

GUSTAVO PANSINI

IL NUOVO PROCESSO PENALE ITALIANO
(le ragioni di un fallimento)

1. - Il 25 ottobre 1989 sembrò agli studiosi del processo penale, agli avvocati, ai cittadini sinceramente democratici e non intimamente giustizialisti, che fosse sorta l'alba di un nuovo giorno.

L'Italia, che pure nella sua storia registrava una sensibilità accentuata per le influenze che le scelte politiche avevano sulla struttura del processo penale (il codice di procedura penale era il solo ad avere avuto tre riforme dall'unità d'Italia ed era il primo ad essere modificato dopo l'instaurazione del regime fascista), conviveva ormai da quaranta anni, dopo essersi data un regime democratico, con un codice che era stato promulgato in pieno regime fascista, ispirato da quella ideologia. Finalmente sembrava si fosse giunti alla svolta: il primo codice dell'Italia repubblicana era il codice di procedura penale.

Tracciamo, per intenderci, una rapida sintesi dello schema del vecchio processo e della strada percorsa per giungere al nuovo.

Il vecchio processo, che nasceva, nel 1930, sotto la spinta dichiaratamente autoritaria del fascismo (ancorché debba darsi atto ai giuristi compilatori del codice di aver in qualche modo frenato tali spinte), aveva innestato su di uno schema tipicamente inquisitorio, alcune correzioni di tipo accusatorio. La segretezza dell'istruzione, la esclusione di ogni attività difensiva nell'ambito di questa, la mancanza di una seria differenziazione fra accusa e giudice in questa fase, il potere coercitivo riconosciuto al pubblico ministero, caratterizzavano il processo come un processo spiccatamente inquisitorio fino al momento della chiusura della fase istruttoria. Questa, poi, era stata delineata come modellata su due tipologie, l'una - chiamata istruttoria sommaria - condotta dal pubblico ministero, al quale veniva riconosciuto anche il potere coercitivo, tipo di istruttoria riservato ai processi indagine non complessa; l'altra - chiamata istruttoria formale - svolta da un giudice, con la partecipazione del pubblico ministero ma non del difensore; entrambe caratterizzate dalla più assoluta segretezza.

Ad entrambe le opzioni istruttorie faceva seguito la fase dibattimentale, caratterizzata, nella utopia del legislatore, dai principi del processo accusatorio: oralità, concentrazione, parità di diritti fra accusa e difesa, terzietà del giudice, cui, tuttavia era riconosciuto un potere di iniziativa probatoria.

Questa scelta si era rivelata ben presto illusoria e sbagliata. La fase istruttoria assicurava una imponente influenza sulla fase dibattimentale,

determinando un pre-giudizio, nel senso di formazione anticipata del giudizio, che annebbiava la figura del giudice terzo, come giudice aperto a recepire le ragioni dell'una e dell'altra parte: con efficacia un autore definiva la «aspirazione ad un processo moderno come la aspirazione ad un tavolo del giudice sgombro di carte e ad una mente del giudice sgombra di pregiudizi».

Ma la preesistente fase inquisitoria condizionava altresì il dibattimento, con il peso della sua caratteristica di processo scritto, soprattutto nella oralità che, pure, in questa fase il legislatore avrebbe voluto assicurare.

La prassi giudiziaria aveva - in una sorta di spirale perversa - da un canto inavvertitamente preso atto di siffatta inutilità del dibattimento, inteso come fase di ispirazione accusatoria, dall'altro, prendendo atto di ciò, ne aveva ulteriormente svilito la funzione, riducendo ad una pura formalità ripetitiva la istruttoria dibattimentale: non a caso la dottrina aveva messo in luce la impossibilità logica di concepire un sistema processuale misto di **tipo verticale**, vale a dire con una fase inquisitoria seguita da una accusatoria, e, pur nella consapevolezza della inesistenza di schemi processuali assolutamente accusatori o assolutamente inquisitori (da cui la necessità del ricorso al sistema misto), aveva evidenziato la necessità di concepire un sistema misto di **tipo orizzontale**, in cui vi fosse una costante commistione e, quindi, rispettiva delimitazione dei due sistemi.

La evoluzione del sistema, peraltro, aveva subito una ulteriore non irrilevante spinta. Con la entrata in vigore della nuova Costituzione, si era evidenziata immediatamente la necessità di adeguare il codice alle diverse scelte ideologiche che erano alla base della nuova legge fondamentale dello Stato.

Ed il legislatore, già nel 1955 operava una riforma parziale, ma abbastanza vasta, del codice di procedura penale, per adeguarla ai nuovi principi costituzionali.

In attuazione di tali principi, specie quelli della inviolabilità del diritto di difesa **in ogni stato e grado del procedimento** (art. 24 Cost. Ital.), del divieto di sottrazione al giudice naturale precostituito per legge (art. 25 Cost. Ital.), della presunzione di non colpevolezza fino a sentenza passata in giudicato (art. 27 Cost. Ital.), interveniva anche la Corte Costituzionale, chiamata in causa da ordinanze di rimessione da parte di giudici ordinari (nel sistema costituzionale italiano la Corte Costituzionale si occupa della verifica della conformità delle singole norme di legge con i principi fissati nella Costituzione, solo su devoluzione della questione da parte di un giudice ordinario nel corso di un procedimento nel quale la norma sospettata di un contrasto con la Costituzione dovrebbe essere applicata), dichiarando la ille-

gittimità costituzionale di numerosissimi articoli del codice di procedura penale del 1930.

A seguito di tali interventi, si finiva col disegnare, in definitiva, un nuovo modello di procedimento penale. Ne veniva fuori, infatti, la netta distinzione del procedimento in due parti, una dedicata alla fase istruttoria, caratterizzata dalla mancanza di oralità, ma nella quale le garanzie difensive erano sostanzialmente assicurate in maniera quasi completa, fase da svolgersi innanzi ad un giudice, mentre al pubblico ministero si riservava la facoltà di condurre la istruttoria, con eguali garanzie difensive, soltanto nei casi di indagini effettivamente semplici, sotto controllo del giudice in ordine alla scelta del rito.

Anche le modifiche che il legislatore, sotto la spinta di tali interventi della Corte Costituzionale, aveva dovuto a sua volta apportare al sistema previgente si erano mossi in tale ottica.

Alla contrapposizione fra sistema accusatorio, in cui fossero assicurate le garanzie individuali, e sistema inquisitorio, si era sostituita la scelta di un sistema misto, che veniva definito dalla dottrina come **inquisitorio garantito**.

Esso, peraltro, non risolveva il problema che abbiamo visto essere alla base della scelta fra accusatorio e inquisitorio, o anche solo fra sistema misto di tipo orizzontale o verticale. Ed era a questa scelta che tendeva, con la sua pressione massiccia, la dottrina processualistica più moderna.

2. - Nella seconda metà degli anni settanta, finalmente il Parlamento pose mano alla riforma del processo penale, delegando il governo alla emanazione di un codice di rito che - si leggeva in apertura della legge con la quale il Governo veniva appunto delegato a ciò - **attuasse i principi del processo accusatorio** la commissione incaricata della redazione del testo del progetto di codice di procedura penale, si mantenne assolutamente fedele a tali binari posti dal Parlamento, producendo un elaborato che si caratterizzava per tale scelta: scomparsa della fase istruttoria; raccolta della prova nel dibattimento; parità di diritti fra accusa e difesa; garanzia dei diritti di libertà e di difesa del cittadino sin dal primo atto del procedimento.

Ma, mentre si andava elaborando tale nuovo testo codicistico (ne venne redatto un progetto preliminare), alcuni fenomeni delinquenziali caratterizzavano la vita italiana: l'insorgere del fenomeno terroristico, prima, la diffusione della criminalità organizzata, poi.

L'impatto violento che tali accadimenti ebbero sull'opinione pubblica e la enorme diffusione che ad essi ed alla conseguenziale esigenza,

comunemente sentita, di combattere i due fenomeni di criminalità, l'una politica, l'altra comune, ma entrambi di proporzioni e di efferatezza allarmanti, venne data dai mass media, portò a concepire un concetto di funzione del processo penale deviato e deviante: **il processo come strumento di lotta alla criminalità**.

Il legislatore, sempre attento alle aspettative della pubblica opinione, più che alle riaffermazioni di principi ideali forti, cominciò ad operare interventi di tipo novellistico, con i quali si andarono attenuando, sia pure in relazione a determinati tipi di processi, ma con una efficacia diffusiva e devastante sulla struttura stessa del processo penale, le garanzie difensive.

Il contrasto evidente tra una legislazione novellistica, sia pure definita di emergenza, ma corrispondente a sollecitazioni e ad esigenze, come si diceva, concrete e diffusamente sentite, ed un progetto di codice che, ponendosi in una ottica tutt'affatto opposta, comprometteva il raggiungimento di quelle finalità che si era voluto raggiungere appunto con tale legislazione di emergenza, non poteva che sfociare in una decisione politica pernicioso per la trasformazione del processo penale: l'accantonamento e la decadenza del progetto di nuovo codice.

Fu perciò necessario attendere ancora alcuni anni perché, alla fine degli anni ottanta, sulla base di una nuova legge che ricalcava, quanto alla ispirazione ed ai principi, lo schema di quella precedente, venne alla luce il nuovo codice di procedura penale.

3. - Questa apparentemente lunga digressione ci consentirà, nell'ultima parte del nostro discorso, di individuare le cause profonde che hanno determinato un mutamento di tendenza successivo alla promulgazione del nuovo codice, che a sua volta è stato causa di una palese disfunzione nella concreta applicazione della riforma processuale penale in Italia: disfunzione che noi stessi abbiamo in altra occasione definito fallimento e sulla quale riteniamo sia opportuno richiamare l'attenzione degli studiosi e degli operatori, soprattutto in quei Paesi che si sono affiancati o prospettano di affiancarsi al nostro in questa scelta di civiltà giuridica, affinché essi possano trarne esperienza ed evitare il riprodursi di fenomeni di rigetto, che sono la premessa delle controriforme.

Andiamo, quindi a tracciare, sia pure per grandi linee, lo schema del nuovo processo penale italiano, evidenziandone, soprattutto i connotati innovativi rispetto al vecchio.

La logica di fondo cui si ispirava la riforma era che il luogo deputato alla raccolta della prova fosse, in via assolutamente prevalente, se non esclu-

siva, il dibattimento; luogo questo che, attraverso la partecipazione delle parti nella pienezza dei loro poteri consentiva di realizzare quello che con felice espressione è stato definito il contraddittorio **per la prova**, in luogo del contraddittorio **sulla prova**, inteso il primo come partecipazione diretta delle parti alla formazione della prova, il secondo come commento critico - speculativo su di una prova già formata e teso solo ad influire sulla valutazione del giudice.

Da questa indicazione di base, ne derivavano corollari che davano il connotato di novità al sistema.

Per prima cosa, la trasformazione della attività del pubblico ministero in attività di indagine tesa esclusivamente a individuare gli elementi di prova che poi saranno presentati al giudice nel dibattimento; individuazione questa che non avrebbe avuto efficacia alcuna sulla formazione della prova, non essendo possibile utilizzarsi da parte del giudice ai fini della formazione del proprio convincimento le attività del pubblico ministero. Un pubblico ministero che ne usciva caratterizzato nel proprio ruolo di parte, ma allo stesso tempo accresciuto nei suoi poteri di ricerca della prova; cui corrispondeva un parallelo indebolimento dei poteri delle parti private in tale fase, proprio per il carattere non processuale di essa, irrilevante ai fini del convincimento del giudice.

In secondo luogo un giudice, caratterizzato da assoluta differenziazione dal pubblico ministero e terzietà rispetto alle parti, preposto ad intervenire nella fase delle indagini preliminari del pubblico ministero ogni qual volta vi fosse necessità di un intervento giurisdizionale: segnatamente in tema di provvedimenti restrittivi della libertà personale e in tema di raccolta delle prove urgenti che profilassero il pericolo di disperdersi prima del dibattimento.

In terzo luogo un dibattimento caratterizzato dalla presenza di un organo giudicante assolutamente vergine di conoscenza degli atti, e come tale preposto ad assistere alla contesa giudiziaria che dinanzi a lui si sarebbe svolta e dalla quale avrebbe dovuto trarre gli strumenti per la formazione del suo convincimento, contesa rimessa alla iniziativa esclusiva delle parti, giacché al giudice non avrebbe dovuto essere attribuita alcuna iniziativa probatoria.

In quarto luogo, la previsione di tempi estremamente ristretti che avrebbero potuto garantire la preservazione della genuinità della prova, ancorché ne fosse differito il momento di acquisizione: tempi ristretti che si contrapponevano alle lungaggini del precedente schema processuale, che aveva fatto del processo penale italiano quello che è stato definito il grande

malato.

Ma al di sopra di tutto si poneva la individuazione della finalità del processo penale, come strumento di garanzia del cittadino nei confronti dello Stato, nel momento in cui questo esercita il proprio sacrosanto potere repressivo, e non già come strumento di lotta alla criminalità, che ad esso non appartiene.

4. - Verifichiamo, con la necessaria sommarietà quale fosse il tessuto normativo attraverso cui venivano realizzati questi che abbiamo definito come “corollari qualificanti il sistema”.

a) Già dalla indicazione nominativa - indagini preliminari in luogo di attività di istruzione - si percepiva la scelta del legislatore, che si trasfondeva nel testo dell'art. 326 in cui si indicano le finalità di tale fase del procedimento: “il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale”. Una finalizzazione, quindi, estremamente esplicita: la individuazione della sussistenza delle condizioni necessarie perché il pubblico ministero potesse esercitare la azione penale; queste a loro volta individuate nell'art. 125 delle norme di attuazione, qualora “gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari siano idonei a sostenere l'accusa in giudizio”.

Una attività, quindi, non con riflesso processuale, ma, in un certo senso, interna all'ufficio e finalizzata alle scelte di questo, tenendo presente la necessità, attraverso accuse infondate, da un canto di evitare inutili sprechi di energie, dall'altro di non costringere l'incolpato a subire l'ingiustificato tormento di un dibattimento destinato, poi, a risolversi con la sua assoluzione.

Proprio tale finalità consentiva al legislatore di operare una scelta coraggiosa: quella di escludere del tutto la difesa da tale fase, in cui era, proprio per tale finalità ingiustificato, inutile e di inopportuno appesantimento, il contraddittorio. Scelta coraggiosa e significativa per le ragioni che la avevano ispirata, anche se, forse, di dubbia opportunità, che giungeva fino a negare la necessità di quell'istituto che era stato introdotto, nella ottica del garantismo inquisitorio, in precedenza: l'avviso all'indagato sin dal primo atto del procedimento della esistenza di una indagine a suo carico, di fatto soppresso nel nuovo codice.

Ed in tale ottica si orientava il riconoscimento di una parallela attività difensiva, tendente alla ricerca delle prove in proprio favore, anch'essa con finalità interne della difesa, che veniva in qualche modo regolamentata nelle

norme di attuazione.

b) Tutto il sistema delle misure cautelari si muove in tale ottica, con il divieto al pubblico ministero di adottare provvedimenti restrittivi della libertà personale ed il riconoscimento soltanto del potere di richiedere al giudice la emissione della misura cautelare e con l'obbligo per questo di verificare la fondatezza della richiesta, ma con divieto di prendere egli iniziative tanto da prevedersi nell'art. 291. *1bis* che il giudice al quale il pubblico ministero abbia richiesto la emissione di un provvedimento cautelare, pur dovendo tenere presente il principio di **adeguatezza**, cardine fondamentale del sistema delle misure cautelari, possa disporre una misura meno grave di quella richiesta, solo nel caso che il pubblico ministero non abbia fatto richiesta esclusiva di una determinata misura.

c) Il rinvio della assunzione della prova in dibattimento, imponeva al legislatore di tener presente le situazioni in cui tale rinvio ed il conseguente ritardo potesse far disperdere la prova. Di qui la regolamentazione di un intervento anticipato del giudice e di una conseguente anticipazione del contraddittorio, per raccogliere una prova che avrebbe potuto poi essere utilizzata dal giudice del dibattimento.

L'art. 398.2 stabilisce che il giudice al quale una delle parti richiede l'incidente probatorio, che è appunto l'istituto finalizzato a tale raccolta della prova prima del dibattimento, possa svolgere lo stesso soltanto nei limiti della richiesta e delle deduzioni delle parti, ancora una volta negando al giudice qualsiasi iniziativa probatoria.

Ancora significativi per la dimostrazione di questo sforzo del legislatore di costruire un sistema che assicura la assoluta terzietà del giudice, attraverso la non conoscenza di qualsiasi tesi precostituita, sono gli art. 431 e 432, nei quali si prevede che, al termine della fase delle indagini si formino due diversi fascicoli, uno per le parti ed uno per il giudice del dibattimento, nel quale non si include alcun atto di prova, in modo che la prova sia formata in dibattimento, davanti a quel giudice assolutamente privo di pregiudizi, perché "ha un tavolo sgombro di carte".

L'art. 498 che adotta il sistema della "cross-examination" in dibattimento, con esclusione sostanziale del giudice dalla conduzione degli interrogatori.

L'art. 507 con il quale si stabilisce che il giudice, "terminata l'assunzione delle prove, può disporre d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prove" solo se ciò "risulta assolutamente necessario".

Un giudice, quindi, che, se anche non è, come nei sistemi anglosassoni, muto spettatore della contesa fra le parti, si inserisce in essa in posizione

di assoluta terzietà, e con iniziative probatorie limitate soltanto ai casi di assoluta necessità, dopo aver conosciuto le prove introdotte dalle parti.

Un sistema siffatto, che abbiamo delineato necessariamente solo per grandi linee, disegnava un processo in cui si trovavano presenti e garantiti nel massimo possibile i caratteri del sistema accusatorio: parità dei diritti fra le parti; terzietà assoluta del giudice; oralità e immediatezza del giudizio.

5. - Per comprendere appieno quello che si è verificato nel sistema dopo l'entrata in vigore del nuovo codice e le trasformazioni che ha subito tale sistema, è indispensabile mettere a fuoco l'approccio che gli operatori avevano con il nuovo sistema, ancora nel momento precedente la entrata in vigore del nuovo codice.

Innanzitutto il potere politico: aveva voluto la riforma, non potendo opporsi alle proclamazioni ideologiche di chi la riforma sollecitava e soprattutto al rilievo della impossibilità di mantenere in vita un codice di chiara marca fascista; ma, al tempo stesso, temeva che l'opinione pubblica non avrebbe percepito il valore ideale della riforma e l'avrebbe scambiata come un cedimento ed un abbassamento del livello di guardia nella lotta alla criminalità. Donde la speranza, fino all'ultimo coltivata, che si riuscisse in qualche modo a far slittare l'entrata in vigore del nuovo codice.

In secondo luogo il potere giudiziario: una magistratura che aveva assunto il ruolo di protagonista nella lotta alla criminalità, attenuando di conseguenza le caratteristiche di terzietà del giudice, fino a teorizzare la figura del **giudice-combattente**, non poteva certamente guardare di buon occhio una riforma che, in certo modo, ridisegnando i confini dei singoli soggetti nel processo penale, ridimensionava i ruoli egemoni che essa si era ritagliati.

In terzo luogo l'opinione pubblica, che preoccupata del dilagare dei fenomeni di criminalità e da sempre portata ad identificarsi assai più - anche in virtù di un dato statistico che, nell'ambito di una comunità, indica fortunatamente i delinquenti sempre come una minoranza - in possibile vittima del reato, giammai in una possibile vittima del processo: sicché nulla è mai riuscito ad essa più incomprensibile del vecchio brocardo: *il codice penale penale è fatto per i delinquenti, il codice di procedura penale per i galantuomini*.

In quarto luogo - ma probabilmente non ultimo nella gerarchia delle influenze negative che ha avuto sulla riuscita del codice - il c. d. quarto potere. In una spirale perversa, i mass media sono portati ad accontentare i lettori, facendosi portavoce delle opinioni della maggioranza di essi, ma, con

la influenza che esercitano sulla opinione pubblica, a loro volta incidono in maniera massiccia sul formarsi di essa.

In questo quadro di forze convergenti, cominciarono a crearsi immediatamente le prime difficoltà nell'applicazione del nuovo strumento processuale.

E' indiscutibile che per poter funzionare appieno, un codice che giocava tutta la sua funzionalità sulla rapidità della celebrazione del dibattimento, divenuto come si diceva il momento centrale di tutto il processo, avesse bisogno di riforme e di adeguamenti radicali delle strutture. Va qui il pensiero non solo alla adozione della stenotipia, metodica assolutamente indispensabile per la verbalizzazione del dibattimento condotto con il sistema della "cross examination"; all'adeguamento della polizia giudiziaria ai nuovi compiti che le venivano assegnati, sotto la direzione costante sin dal primo momento del pubblico ministero; alla nuova professionalità di pubblici ministeri ed avvocati, immersi in ruoli processuali ben diversi da quelli tradizionali; alla seria regolamentazione della difesa di ufficio e di quella dei non abbienti, non potendo concepirsi un processo di parti in cui la difesa fosse solo apparentemente assicurata; alla regolamentazione dell'attività difensiva di attuazione del diritto alla prova, con nuovi strumenti di ricerca della prova (investigatori privati), di assicurazione degli elementi di prova (possibilità di documentazione degli elementi raccolti), di introduzione nel processo di tali elementi; alla ristrutturazione degli uffici giudiziari, per meglio utilizzare il personale della magistratura e dei collaboratori, molte volte sprecato in uffici non funzionali e carente in uffici di grande rilievo; ma anche e soprattutto alle necessarie riforme del diritto sostanziale. Una ampia depenalizzazione, che sottraesse al magistrato penale la materia bagattellare, l'introduzione del c.d. giudice di pace, un giudice non di carriera, che, giudicando sulla base della equità avesse competenza nella materia minore, specie civile, avrebbe consentito un notevole recupero di forze da destinare ad una giustizia penale, che doveva essere riservata essenzialmente agli affari più importanti, per consentire quella risposta rapida di giustizia, funzionale al processo e idonea a realizzare lo scopo della sanzione penale.

Accanto a ciò, necessitava una ampia amnistia, che cancellando il peso dei carichi arretrati del passato, avrebbe consentito di dedicare al nuovo tutte le energie disponibili. Ma, contemporaneamente, una normativa che consentisse di escludere per il futuro il ricorso alla amnistia, ricorso troppe volte avvenuto in Italia (se ne contano circa quaranta nei cinquanta anni di vita democratica del nostro paese), che finiva con il favorire tattiche

dilatorie nel seno del processo, inconciliabili con un processo da svolgersi all'insegna della rapidità: da cui derivava anche l'introduzione di riti alternativi abbreviati, sul consenso delle parti, che consentissero di far giungere al dibattimento (anche senza arrivare alle percentuali degli Stati Uniti, pari all' 8/10%), solo gli affari più importanti.

Infine, occorre pensare a riforme di struttura, più complesse, da realizzarsi anche sul piano costituzionale, per rendere possibile la netta distinzione del pubblico ministero, divenuto parte, dal giudice, necessariamente terzo, laddove la struttura costituzionale-ordinamentale vigente prevede ancora la magistratura come ordine unico che ricomprende, con possibilità di continua osmosi fra le funzioni, sia quella requirente che quella giudicante; e, forse anche per rendere possibile una discrezionalità, sia pure normativamente regolata, nell'esercizio dell'azione penale, in Italia obbligatoria, che consentisse margini di scelta funzionali ad una attenzione per gli affari di maggior rilievo.

Tutto questo avrebbe dovuto fare in anticipo un potere politico, che era invece paralizzato dalla speranza di poter rinviare l'entrata in vigore del nuovo codice. Sicché: all'adozione della stenotipia si è giunti dopo anni, in cui i dibattimenti o andavano avanti stentatamente o addirittura essi subivano rinvii; si è pensato con ritardo a realizzare corsi di aggiornamento per magistrati, di avvocati, corpi di polizia: l'amnistia ha ritardato un anno e non è stata certo di ampiezza sufficiente, avendo come conseguenza che, quando è giunta, ha eliminato solo una parte dell'arretrato del vecchio processo, quantitativamente inferiore all'arretrato che era andato formandosi nella gestione del nuovo; le riforme ordinamentali ancora non sono state nemmeno abbozzate; la depenalizzazione è tuttora allo studio; gli incentivi per il ricorso ai riti alternativi si sono rivelati insufficienti.

Ma quel che ha soprattutto inciso - e qui è stata determinante anche l'opposizione di quella che oggi in Italia da molti si definisce la *corporazione dei giudici*, sul cui atteggiamento diremo più in avanti - è stata la mancata riforma delle norme costituzionali e ordinamentali in materia di magistratura che non hanno consentito di realizzare appieno la terzietà del giudice.

A ciò va aggiunto che anche il Consiglio Superiore della Magistratura ha operato degli errori di prospettiva, attraverso due inopportune decisioni: innanzitutto quella di non evitare che giudici mantenessero funzioni apparentemente simili a quelle svolte nel precedente sistema (è il caso dei giudici delle indagini preliminari - chiamati nel nuovo sistema a svolgere funzioni di controllo sull'operato del pubblico ministero, in posizione di assoluta terzietà - alle cui funzioni sono stati chiamati in massima parte magistrati che

svolgevano funzioni di giudici istruttori - funzioni cioè di propulsione nella formazione della prova, che non può ovviamente essere una posizione di terzietà -); e quella di evitare che mantenessero le funzioni di presidente del collegio giudicante, oggi mero spettatore della contesa fra le parti, i vecchi presidenti, abituati ad una direzione attiva del dibattimento): conseguenza ne è stata la gestione del nuovo con una mentalità ed un approccio culturale vecchio; in secondo luogo, quella di non distinguere le funzioni, come sembrava indicasse il codice, di giudice delle indagini preliminari (la cui funzione è quella di sovrintendere alle indagini svolte dal pubblico ministero, così venendo a conoscenza dell' *iter* formativo della tesi di accusa e partecipando attivamente ad essa nel riconoscerne il fondamento al momento della emanazione di provvedimenti cautelari), e di giudice della udienza preliminare (chiamato a decidere in posizione di assoluta terzietà su di una tesi accusatoria, alla quale egli dovrebbe non avere in alcun modo partecipato).

6. - E' giunto il momento di tradurre in termini di valutazione della prassi interpretativa la premessa sulle cause dell'approccio dei giudici nei confronti del nuovo codice.

Innanzitutto in materia di libertà personale.

La disciplina della custodia cautelare è nel nostro codice estremamente rigida. E' rilevante in primo luogo la previsione che il presupposto per la emissione di un qualsiasi provvedimento cautelare è la sussistenza di **gravi indizi di colpevolezza**: e non è senza significato che si sia voluto sostituire tale espressione a quella precedente **sufficienti indizi di colpevolezza**. Vi è, poi, la previsione di numerose tipologie di misure cautelari, modellate in maniera graduata dalla minima (divieto di espatrio) fino alla massima (custodia in carcere), passando attraverso l'obbligo di presentazione periodica alla polizia, il divieto o l'obbligo di residenza, gli arresti domiciliari con la specifica indicazione che non può essere adottata una misura superiore a quella che sia sufficiente per ovviare alle ritenute esigenze cautelari. Infine, l'indicazione delle esigenze cautelari, normalmente indicate come **pericolo di fuga, pericolo di inquinamento della prova, pericolo di reiterazione di reati**: ma tutte e tre le esigenze sono legate alla certezza della sussistenza di esse. Il tutto condizionato ovviamente alla necessità della motivazione specifica in ordine alla sussistenza di tali condizioni, che consente il controllo della correttezza dell'attività del giudice.

Ebbene la prassi ha rivelato che, in definitiva, il sottrarre al pubblico ministero il potere coercitivo per trasferirlo al giudice, si è dimostrato rimedio inutile, se non qualche volta controproducente: ad un pubblico ministero

scaricato di responsabilità, dovendo soltanto formulare una richiesta, si è contrapposto un giudice che si è troppo spesso adagiato sulle richieste del pubblico ministero, rivelando quella carenza di terzietà della quale abbiamo parlato come una delle cause della prassi deviante, a sua volta causa del fallimento della riforma. E, ormai, nella assenza di qualsiasi condizione, di quelle richieste dal codice, la custodia cautelare - le inchieste che sono state definite di **tangentopoli** e che hanno dato pubblicità anche all'estero alle nostre cronache giudiziarie e ad alcuni nostri magistrati, hanno soprattutto incrementato il fenomeno - è diventato lo strumento attraverso il quale si ottengono dall'indagato (fenomeno che si accentua nei confronti del delinquente primario, che subisce uno shock particolare dall'impatto con il carcere) confessioni e chiamate in correità, che sono il solo viatico per la restituzione alla libertà.

Nel settore della prova, il codice era stato particolarmente accorto, ad esempio, nella delimitazione del valore della chiamata in correità (da potersi utilizzare solo **unitamente ad altre prove che ne confermino la attendibilità**), nella indicazione della sanzione di inutilizzabilità per le prove raccolte in divieto di legge (da potersi rilevare anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento), nell'iniziativa probatoria delle parti. Ebbene su tutti e tre questi argomenti, la risposta interpretativa della giurisprudenza è stata a dir poco sconcertante: il riscontro di attendibilità della chiamata in correità è stato svincolato dal contenuto di essa, e riferito a qualsiasi elemento della chiamata in correità stessa (una recente sentenza della Corte Suprema, critica verso siffatta interpretazione, indica il seguente esempio: se una persona accusasse un magistrato di averlo corrotto in occasione di un processo celebrato in una certa data, la circostanza che quel magistrato abbia tenuto udienza in quel giorno diverrebbe il controllo della attendibilità della chiamata in correità!), sino ad essere affidato alla esistenza di chiamate in correità multiple, provenienti, cioè, da vari soggetti, e che si pretende si controllino a vicenda; la sanzione della inutilizzabilità è stata relegata solo alla fase del giudizio; il potere di integrazione della prova, che il codice riconosceva al giudice solo quando si fosse esaurita l'escussione delle prove addotte da entrambe le parti e rimanessero ancora lati oscuri nella valutazione del giudice, si è trasformato nel rimedio ad eventuali omissioni, si intende solo dell'accusa. Sicché anche in assenza della iniziativa probatoria del pubblico ministero, il giudice vi ovvia attraverso una sua autonoma iniziativa.

Nel settore del diritto alla prova, si è misconosciuto ogni residua possibilità di esplicazione di esso, già ridotto al lumicino per la mancata regolamentazione legislativa di esso, individuandolo soltanto nella possibilità di

sollecitazione verso il pubblico ministero a ricercare prove a favore dell'indagato.

Ma quel che ha determinato i più gravi scossoni nell'ambito del codice sono stati alcuni interventi alla Corte Costituzionale. Soprattutto due pronunzie della Corte hanno operato una inversione di rotta nelle scelte del codice, che hanno fatto dire a qualcuno che si era passati da un processo inquisitorio garantito ad un processo di tipo accusatorio e che da questo si è poi tornati ad un processo inquisitorio, nemmeno garantito.

Con una prima sentenza, la Corte Costituzionale, veniva chiamata a pronunziarsi sulla conformità alla Costituzione della norma che vietava agli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria di riferire sul contenuto delle dichiarazioni da loro raccolte durante le indagini: non vi è dubbio che una norma siffatta consentiva di accentuare la centralità del dibattimento e quindi la oralità del processo e la raccolta della prova esclusivamente in contraddittorio. La Corte, rilevando che si determinava una diversità di trattamento fra il *quisque de populo* che era autorizzato alla testimonianza *de relato* (sia pure con la riserva dell'obbligo di indicare nominativamente la fonte della notizia), e l'ufficiale o l'agente di polizia non autorizzato a tale tipo di testimonianza, la estendeva alla polizia. La sentenza è ancor più sconcertante se si pensa che la giurisprudenza costituzionale aveva sempre individuato la possibilità della censura per diverso trattamento nel giudizio sulla irrazionalità di tale diverso trattamento: e tutto poteva dirsi, tranne che il divieto di testimonianza *de relato* della polizia fosse priva di giustificazione, il che faceva rientrare la scelta in quelle di insindacabile indiscrezionalità del legislatore. Le conseguenze sul ritorno all'indietro nello schema del processo sono sotto gli occhi di tutti.

La seconda sentenza si appalesava ancor più devastante. Il codice prevedeva che le dichiarazioni rese dai testi alla polizia ed al pubblico ministero potessero essere in dibattimento utilizzate per le contestazioni, in caso di dichiarazioni difformi; ma che le dichiarazioni così utilizzate non potessero essere utilizzate per la formazione del convincimento del giudice, ma solo per la valutazione della credibilità del teste.

La Corte, preoccupandosi del valore della conservazione della prova, che faceva assurgere indirettamente a valore costituzionalmente garantito, dichiarava la illegittimità costituzionale della limitazione alla utilizzabilità delle dichiarazioni rese nella fase delle indagini, attribuendo ad esse pieno valore probatorio.

Abbiamo parlato di conseguenze devastanti: l'affermazione è da rapportarsi sia ai principi fissati dalla Corte, sia alla disciplina quale ne è venu-

ta fuori.

La Corte ha, infatti, affermato che valore assoluto del processo da collegarsi con il principio costituzionale della obbligatorietà dell'azione penale, è la ricerca della **verità reale**, non essendo sufficiente a prestare ossequio a tale valore la ricerca della **verità processuale**: una affermazione che ponendo in discussione la scelta del sistema accusatorio, essendo questo ovviamente legato alla ricerca della **verità processuale** e non certamente a quella della verità reale, scuote dalle fondamenta le attuali e condiziona anche le future possibili scelte del legislatore.

La conseguenza sul piano pratico è stato l'incredibile incremento dei poteri della parte accusatrice. Dicevamo all'inizio come il diniego di valore probatorio della attività del pubblico ministero avesse come contrappeso un incremento dei poteri di quest'ultimo: soprattutto la assoluta essenza di ogni partecipazione difensiva alla fase delle indagini, introdotta nella logica del garantismo inquisitorio dal legislatore novellante del codice precedente e soppressa dal nuovo legislatore. Il dilemma al quale oggi si va incontro appare senza via d'uscita: o la Corte Costituzionale trova il modo, magari nell'ambito di future modifiche introdotte dal legislatore che attenuino gli effetti della sentenza della Corte di rinnegare tali affermazioni; o essa dovrà necessariamente spingersi oltre nella riaffermazione del garantismo inquisitorio, introducendo forme di partecipazione della difesa alla fase delle indagini preliminari.

7. - Abbiamo lasciato per ultimo le osservazioni circa il comportamento successivo <quarto potere> e dell'opinione pubblica. E queste osservazioni ci danno lo spunto anche per riflettere sul più recente atteggiamento del potere politico.

Vi è stato nei mesi scorsi un tentativo fatto dal Governo di introdurre una importante riforma della custodia cautelare. Diremo subito che essa era imperfetta nella formulazione e sbagliata nella forma (la scelta del decreto legge, che, almeno sotto il profilo temporale scavalca il Parlamento, facendolo trovare di fronte al fatto compiuto di un atto legislativo già in vigore, da dover accettare o respingere entro sessanta giorni); ma, nel merito e nella ispirazione, rappresentava una importante inversione di tendenza.

Finalmente si assisteva alla presa di atto della forma divaricante dai suoi principi informatori con la quale era stato sino ad oggi applicato il nuovo codice e si tentava di agire nel solo modo probabilmente possibile: comprimendo il potere discrezionale del giudice.

Purtroppo una opinione pubblica, aizzata dai giudici, specie quelli che

potevano mettere al servizio delle loro ideologie la popolarità conquistata sul campo, e dai mass media, ha decretato la morte del decreto a distanza di una settimana dalla sua entrata in vigore: il Governo ha dovuto accettare che esso venisse immediatamente respinto dal Parlamento e trasformato, con notevoli modifiche, in una proposta di legge che il Parlamento dovrebbe esaminare durante l'anno.

Anche questa vicenda, di per sé triste e sconvolgente, perché determina una confusione dei poteri dello Stato e un cedimento dell'esecutivo alla piazza dovrebbe essere significativa di una volontà di ripristino dei principi fondamentali ai quali si ispirava il codice, che sembra affacciarsi nell'ambito del potere politico.

Se così fosse, potremmo sperare che quel nuovo giorno del quale avevamo intravisto all'alba, potrebbe non essere giunto al tramonto. E in tal caso più intense sarebbero le responsabilità degli studiosi del processo penale, degli avvocati, dei sinceri democratici, che dovrebbero mantenere accesa questa fiammella di libertà, insistendo soprattutto su quella che, a nostro avviso, costituisce la strada obbligata attraverso la quale può giungersi alla riforma della controriforma: la separazione ordinamentale tra giudice e pubblico ministero.

In un recente Convegno, in cui nella mia relazione avevo sostenuto la necessità della suindicata riforma ordinamentale, un acuto magistrato mi obiettò esplicitamente che la Corte Costituzionale aveva individuato come modello processuale conforme alla Costituzione il modello inquisitorio corretto e non quello accusatorio; che il riconoscimento del valore probatorio alla attività del pubblico ministero comportava la necessità che il pubblico ministero fosse un giudice, perché altrimenti si sarebbe dato potere probatorio ad una parte.

Risposi che poiché il traguardo per un Paese democratico non può essere che quello di darsi il solo processo democratico, che è quello accusatorio, il discorso andava rovesciato: la separazione netta delle figure del pubblico ministero e del giudice, sarebbe stata incompatibile con le pronunzie della Corte Costituzionale, e ne avrebbe favorito una rimeditazione.

Sono convinto che quella che appariva una argomentazione dialettica, sia invece la sola strada alla quale i sostenitori del sistema accusatorio possono aggrapparsi, perché come a volte accade anche per le imprese, dal fallimento, che ho delineato, possa risorgere una nuova attività più sana, nel nostro caso un nuovo codice che risponda alle stesse esigenze ed agli stessi principi che ispirarono quello del 1989.

Questa panoramica che abbiamo cercato di tratteggiare a grandi linee

su quella che potremmo definire l'alba ed il tramonto di un grande codice, ha soprattutto un valore ed un significato, che noi abbiamo voluto indicare, esportando la nostra esperienza: quando si vuol fare una riforma, bisogna innanzitutto creare l' *humus* perché essa possa vivere e prosperare; così come, quando si vuol piantare una nuova pianta occorre preventivamente accertarsi che il terreno sia adatto e pronto ad accoglierla, scongiurando il pericolo che essa appassisca. Altrimenti la riforma corre il rischio di restare scritta soltanto nel libro dei sogni non realizzati.