

ANTICIPAZIONI

CRISTIANA VALENTINI

Situazioni soggettive*

Tutta l'opera di Franco Cordero è stata un punto di svolta per lo studio scientifico degli istituti del processo penale. In particolare, la prima monografia manifesta oggi più che mai la sua importanza ricostruttiva.

Subjective situations.

All of Franco Cordero's work was a turning point for the scientific study of the institutes of the criminal trial. In particular, the first monograph shows today more than ever its reconstructive importance.

SOMMARIO: 1. C'era una volta - 2. Cordero, Goldschmidt e Calamandrei. - 3. Doveri e poteri. - 4. Fattispecie discrezionali. - 5. Poteri e doveri. - 6. Attualità delle situazioni.

1. *C'era una volta.* Ricordo come fosse ora, quel giorno in cui, alla sua prima lezione perugina, il mio Maestro ci presentò “il Cordero”, ovvero il manuale su cui avremmo studiato la procedura penale.

In quel momento della mia carriera di studentessa, ero sufficientemente annoiata dalla facoltà di Giurisprudenza e talvolta dubbiosa di aver compiuto la scelta giusta, ma il combinato disposto delle lezioni del mio Maestro e dello studio del manuale corderiano fu come una scarica di adrenalina, ovvero l'intuizione che il diritto poteva essere ben diverso dallo studio asettico che sin lì avevo sperimentato: era il mondo, era la vita, visti -certo- attraverso la lente del giurista, eppure veri, crudi, grondanti lacrime e sangue, densi di battaglie, di conquiste e di sconfitte, di ideali alti e condotte brutali.

Presi l'abitudine di sprofondare ciclicamente dentro le opere di Cordero, cedendo sempre di più al fascino della sua prosa, divenuta, con gli anni, seneciana all'ennesima potenza, da sempre densissima, irta di pensieri; e ancora oggi percepisco, leggendo, quel che sentii all'inizio: un intelletto lucidissimo, capace di tagliare concetti con maestria tale da essere ripetuti all'infinito, concetti sotto la cui leggiadria alloggiava, però, uno sguardo amareggiato sul mondo e uno spirito sarcastico che mettevano a nudo la pochezza con cui la macchina del processo veniva umanamente gestita.

Apparentemente più formale degli scritti successivi, la prima monografia di Cordero -Le situazioni soggettive nel processo penale¹- contiene, in realtà,

* Il presente contributo è destinato alla pubblicazione nel volume *Corderiana. Sulle orme di un maestro del rito penale*, a cura di CATALANO e FERRUA.

¹ L'opera, datata 1956, è stato oggetto di ristampa nel 2022, per i tipi (originari) della Giappichelli, con prefazione di Paolo FERRUA.

tutti gli snodi concettuali che erano destinati a rendere indistruttibili al decorso del tempo il suo pensiero e la sua opera.

2. *Cordero, Goldschmidt e Calamandrei*. È ben noto che l'opera trae ispirazione dalle "ribellione" contro il tradizionale inquadramento dogmatico del processo realizzata nel 1925 da James Goldschmidt, con il suo notissimo *Der Prozess als Rechtslage. Kritik des prozessualen Denkens*.

Allo sguardo di chi legge, il giovane Cordero pare condividere la ribellione, ma non le sue modalità, e del resto dichiara *expressis verbis* quest'ultimo aspetto del suo pensiero.

Da un lato, prende le mosse notando come «del concetto originario del processo come rapporto non rimane che la traccia di una vaga aspirazione a ridurre nei termini di una visione unitaria l'eterogenea varietà dei fenomeni processuali», così dunque condividendo, appunto, la ribellione goldschmidtiana avverso la ricostruzione tradizionale del fenomeno-processo; dall'altro, però, l'innovativa prospettiva di Goldschmidt gli appare inadeguata a sostituire l'armamentario teorico del rapporto processuale.

Ed ecco allora che Cordero descrive l'opera come «sconcertante mescolanza di svolgimenti lineari e di petizioni di principio, di potenti scorci critici e di ostinato apriorismo»; in ultima analisi, una «visione a tinte fortemente sociologiche... che si alimenta ad una posizione di pensiero pragmatistico e individualistico».

In questi passaggi -peraltro circondati da confutazioni raffinate- Cordero fa propria l'opinione inizialmente espressa sull'opera di Goldschmidt da Piero Calamandrei, citandolo espressamente a conforto e criticandone, anzi, il successivo *revirement*.

Vale la pena di soffermarsi un attimo su questo aspetto, che lo stesso Cordero riepiloga in una nota a piè di pagina².

L'opera del Goldschmidt è datata all'anno 1925; ancora "a caldo", dunque, ovvero nel 1927, Calamandrei la commentava nei termini ben sintetizzati da questo passaggio: «La impressione più viva che si ha leggendo il libro del G. è che egli guardi il processo non quale dovrebbe essere secondo il diritto processuale, ma quale esso, indipendentemente e fuori dal diritto, si riduce ad essere nella realtà pratica, in conseguenza delle manchevolezze del giudice

² CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, 20, n. 15.

che non sa o non vuole decidere secondo il diritto, e della maggiore o minore destrezza con cui le parti riescono a profittar delle circostanze e a sfruttare a loro vantaggio gli istituti giudiziari che per definizione dovrebbero servire soltanto alla giustizia... Orbene, questa concezione, che possiamo chiamare realistica, del processo, potrà anche in qualche caso (e nessuno lo sa meglio di chi guarda il processo con occhi di avvocato) esser la vera; ma ci domandiamo se questo modo di considerare il processo, sotto un aspetto diciamo così metagiuridico, sia quello meglio appropriato per costruire una teoria giuridica del processo...»³.

Calamandrei, dunque, non può fare a meno di cogliere il profondo afflato di realismo che spira dall'opera di Goldschmidt e la diffidenza nasce non già da una mancata condivisione di quel che il processo «si riduce ad essere nella realtà pratica», ma -diremmo quasi- dal timore che l'impostazione goldschmidtiana finisca con il legittimare l'assunto per cui «il diritto si riduce alla promessa di una sentenza favorevole o alla minaccia di una sentenza contraria», minando così i rapporti con una fondamentale incertezza: il diritto esiste, se e nella misura in cui tale lo proclami il giudice.

Non errava Calamandrei in questo riassunto del pensiero altrui, come si comprende benissimo dalla lettura della famosa prefazione di Goldschmidt al suo volume, laddove rilevava: «ho sentito crescere in me le idee che stanno alla base di questo lavoro sin da quando iniziai ad occuparmi di diritto processuale, ma è stato solo lo scoppio della guerra che mi ha spinto prepotentemente a dare ad esse forma. Infatti, solo allora, per me, è stato giocoforza prendere coscienza di un fatto che non si può più sottacere: i nostri diritti, anche quelli inviolabili, altro non sono che aspettative, possibilità e oneri... Pur con la presenza dello stato o della Società delle Nazioni, della giurisdizione statale o di quella arbitrale, qualsivoglia diritto - e così, anche il diritto proprio di ciascun soggetto - non è che un condensato di possibilità e oneri in lotta per quello che, alla fine, s'imporrà come diritto...»⁴.

Quando Goldschmidt scrive che la guerra gli ha insegnato come -ad onta di ogni nobile istituzione- tutti i diritti «anche quelli inviolabili, altro non sono che aspettative, possibilità e oneri», Calamandrei raggela dinanzi ad una simile

³ CALAMANDREI, *Il processo come situazione giuridica*, in *Riv. Dir. proc. Civ.*, 1927, 1, 219 e ss.

⁴ GOLDSCHMIDT, *Il processo come situazione giuridica. Una critica del pensiero processuale*, trad. italiana, Torino, 2019, 1.

prospettazione e la respinge –diremmo- con una sorta di orrore intellettuale ed etico dinanzi a siffatta prospettiva.

Epperò, ecco cosa accade nel prosieguo: il Calamandrei che, 25 anni dopo, s'intrattiene nuovamente su Goldschmidt, è una persona molto diversa, che anch'essa ha incrociato gli accadimenti della guerra e pure dei regimi totalitari, descrivendone le parabole dei relativi sistemi processuali con termini che appaiono inquietanti per la somiglianza che le accomuna a certi quadri dell'oggi: «progressivo affievolimento del diritto soggettivo fino a ridursi a un interesse occasionalmente protetto;... aumento dei poteri discrezionali del giudice; annebbiamento dei confini non solo tra diritto privato e diritto pubblico, ma anche tra diritto sostanziale e diritto processuale; discredito crescente non solo delle codificazioni ma della stessa legge intesa come norma generale e astratta preesistente al giudizio; aspirazione sempre più viva al diritto del caso per caso – tutti questi sono gli aspetti di una crisi che il processualista segue con ansietà nel suo specchio; nel quale si riflette, tradotto in formule di teoria, il vasto travaglio del mondo»⁵.

Ancora in quegli anni, Calamandrei sintetizza in brevi tratti cos'era divenuto il processo proprio nella Germania divenuta nazionalsocialista: «limitazioni sempre più penetranti del principio di legalità e corrispondente prevalenza sempre più decisa del potere discrezionale» e poi «abolizione delle forme processuali»⁶.

Ecco dunque che quando, all'inizio degli anni '50, Calamandrei prende nuovamente in mano il volume di Goldschmidt, i fatti dell'ultima guerra pesano su di lui, come nel '25 influivano sui pensieri dello studioso tedesco, tanto da notare che «forse la perdurante vitalità della sua opera di scienziato deriva anche da una specie di presaga angosciosa, che oggi, attraverso le prove di questi venti anni, ci sembra di scoprire circolante al disotto di essa e appena affiorante qua e là: quasi un ansito vissuto e sofferto, che dà a queste pagine, quantunque di contenuto rigorosamente scientifico, la gravità di un sottinteso ammonimento convalidato dall'esperienza»⁷.

La realtà s'impone sulle astratte geometrie dogmatiche –continua il più recente Calamandrei- e sempre la realtà impone di non distogliere lo sguardo, dal fatto che, alla fine, il vero termine di riferimento è la «sentenza che dal giudi-

⁵ CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, pt. 1, 22.

⁶ CALAMANDREI, *La crisi del processo civile in Germania*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, pt. 1, 130.

⁷ CALAMANDREI, *Un maestro di liberalismo processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, 1 e ss.

ce si attende», cosa che (appunto) «porta in tutti i rapporti giuridici una fondamentale incertezza, la quale ha la sua origine non solo nella libertà del potere discrezionale del giudice, ma altresì nel soggettivismo della sua concezione dei fatti e del diritto».

Per farla breve, la dura materialità di quei vent'anni trascorsi tra uno scritto e l'altro aveva insegnato a Calamandrei che un diritto esiste solo se ed in quanto il Giudice dichiara che quel diritto esiste.

Torniamo allora alla prima opera di Cordero, pubblicata –merita rammentarlo– nel '56, ossia poco tempo dopo la pubblicazione del secondo scritto di Calamandrei dedicato a Goldschmidt; in nota, il Nostro ne esamina brevemente l'evoluzione del pensiero e sottolinea come il *revirement* (il «recente elogio...della concezione goldschmidtiana») si spieghi sul piano di una «riflessione politicamente orientata», mentre «sul piano di una valutazione propriamente dogmatica» esso non regge, mentre «sembra cogliere nel segno il precedente giudizio espresso da Calamandrei».

Il dato interessante in questi rilievi, è presto detto: il giovane Cordero respinge la costruzione di Goldschmidt esattamente come aveva fatto il giovane Calamandrei, ed entrambi lo fanno dopo aver puntigliosamente evidenziato una serie di snodi, nel pensiero del tedesco, che sempre ad entrambi appaiono incoerenti con la costruzione di un'autentica dogmatica del processo; entrambi, però, al contempo non possono fare a meno di cogliere gli aspetti effettivamente iconoclasti⁸ del suo pensiero, facendoli tracimare inesorabilmente nel proprio; nel caso di Cordero conducendolo alle limpidissime e indimenticabili intuizioni espresse all'interno de "Le situazioni soggettive", ispirate da uno scopo che a chi scrive pare abbastanza evidente: costruire un ordine concettuale che tenesse conto della magmatica realtà implicita nel processo visto come situazione giuridica, cercando di domarla e di cancellare così il timore che tutti i diritti «anche quelli inviolabili, altro non [divengano] che aspettative, possibilità e oneri»⁹.

Insomma, Cordero scrive per cancellare quel fantasma di processo esposto all'arbitrio del mondo reale che Goldschmidt aveva descritto.

⁸ ORLANDI, *Franco Cordero e le dottrine del processo penale*, in *Lo Stato*, n. 16, 2021, 353.

⁹ GOLDSCHMIDT, *Il processo come situazione giuridica.*, cit., 1

3. *Doveri e poteri*. L'intero volume è dedicato a questo: sfrondare di orpelli le astrazioni, fare pulizia concettuale e linguistica¹⁰, illuminare architetture concettuali traballanti, e restituire, infine, pregnanza alle qualificazioni giuridiche all'interno di quello specifico *genus* che è il processo penale; costruire, insomma, basi solide per lo specifico discorso processuale.

Cordero -è un'osservazione giusta- rifugge dalla considerazione della finalità delle norme¹¹ e da qualunque cornice di senso esortativo; ciò nonostante pare a chi scrive che nell'opera aleggi un suo personalissimo scopo, ovvero quello di restituire ordine al famoso magma che il processo penale «si riduce ad essere nella realtà pratica»; un intento emergente già dalla premessa dell'opera «trattiamo in queste pagine il tema delle situazioni soggettive nel processo penale, intendendo per tali le qualificazioni giuridiche del comportamento, che riteniamo si riducano al dovere e al potere».

Nel prosieguo del lavoro -come ben si sa- questa estrema *reductio* concettuale porta Cordero a fruttificare idee e pensieri che a tutt'oggi gettano luce negli anfratti dove legislatori sbadati o pronunziamenti alieni dalla grammatica minima del processo, producono mostri.

La prima "situazione soggettiva" ad essere trattata è quella configurata dal "dovere", individuato come tema cui «si suole riconoscere un indiscutibile primato rispetto ad ogni altro ordine di problemi concernenti l'individuazione delle figure di qualificazione soggettiva»¹²; affermazione interessante, questa, che lo stesso Cordero però pare qualificare solo come una «sorta di massima tralaticia», un «inevitabile corollario delle strutture qualificative di ogni complesso di regole che si pongano come giuridiche»¹³.

La spiegazione della scelta diventa più chiara ad una visuale complessiva della trattazione dello specifico tema del dovere, con le sue successive ramificazioni concettuali.

L'esito di quella trattazione -lo sappiamo- è che nel processo gli unici titolari di posizioni di dovere sono gli organi pubblici e quando si giunga all'ulteriore conclusione dell'autore secondo cui «per quanto specificamente riguarda il processo penale, appare difficile individuare un solo comportamento, normativamente ipotizzato, del giudice o del pubblico ministero, che non assurga ad

¹⁰ ORLANDI, *Franco Cordero*, cit., 356.

¹¹ FERRUA, *Prefazione alla ristampa*, in *Le situazioni soggettive*, cit., V e ss.

¹² CORDERO, *Le situazioni*, cit., 97.

¹³ *Ibidem*, nota 1.

oggetto di una situazione di dovere»¹⁴, si comprende bene come porre sotto la luce dei riflettori anzitutto la figura del dovere significa porre in essere una fondamentale *actio finium regundorum* dei rapporti tra autorità e individuo nel processo penale.

Cordero ci pone, insomma, come prima cosa dinanzi ad un autentico rovesciamento di prospettiva rispetto alla visione tradizionale che ammantava (e ammantava) gli organi pubblici nell'aura suggestiva del "potere", tanto suggestiva da coprire quasi e rendere rarefatta l'idea che dietro il potere abitassero anche precisi doveri.

Non credo affatto di far torto al grande Maestro nel pensare che egli abbia scientemente avviato la propria prestigiosa trattazione non tanto sulla base di una «massima tralaticia», valida «anche sul piano di un'indagine formale», quanto piuttosto in virtù del potente impatto del successivo svolgimento del tema sull'intero assetto delle situazioni giuridiche processuali.

Ripercorriamo alcuni passaggi che crediamo apicali, a tutt'oggi fondamentali per intendere il tessuto del processo.

Anzitutto quello per cui il fenomeno del dovere dev'essere ravvisato in questo nucleo essenziale: «un certo soggetto "deve" comportarsi in un dato modo, predeterminato dal modello contenuto nella parte descrittiva della regola, per meritare una valutazione positiva della sua condotta»¹⁵.

Null'altro occorre perché l'interprete sappia di trovarsi dinanzi ad una fattispecie doverosa, visto che lo schema identificativo minimo è appunto questo. Naturalmente, in questa prospettiva esula completamente dalla sfera definitoria del concetto di dovere il suo essere accompagnato da una sanzione, di qualsivoglia genere; Cordero boccia come una «trasposizione in termini di psicologia»¹⁶, le teorie sanzionatorie, evidenziando gli estremi cui esse conducono: «l'adozione della premessa su cui si regge la concezione sanzionatoria del diritto conduce ad esempio a ritenere che determinati precetti costituzionali si esauriscano in una semplice promessa solenne»¹⁷.

La c.d. necessità di una reazione dell'ordinamento è insomma una superfetazione che conduce a conclusioni inammissibili.

¹⁴ CORDERO, *Le situazioni*, cit., 173-174.

¹⁵ CORDERO, *op. cit.*, 98.

¹⁶ CORDERO, *op. cit.*, 99.

¹⁷ CORDERO, *op. cit.*, 101, n. 12.

«Non essendo previste sanzioni a carico del giudice che condanni per un fatto non contestato o proceda senza l'iniziativa del pubblico ministero... bisognerebbe concludere che non si profila la violazione di un dovere», esito esegetico evidentemente inaccettabile, cui si giunge a voler seguire Kelsen anche su queste chine; conclusione evitabile, invece, sol che si operi con un concetto di dovere giuridico ricavato esclusivamente dalla struttura sintattica normativa, di guisa che «ogni comportamento che non collimi con quello di cui la norma fornisce la descrizione, per ciò stesso può essere qualificato antidoveroso, senza che nella valutazione entri alcun criterio fuorchè quello della commisurazione della fattispecie reale a quella astratta»¹⁸.

Chiaro no, dove conduce il pensiero di Cordero nello specifico contesto del sistema penale?

Sfoltito di ogni accessorio superfluo –in particolare, la c.d. reazione dell'ordinamento rispetto al comportamento difforme dal modello- la posizione di dovere si staglia nettissima nella costellazione delle situazioni soggettive: dovere significa valutazione positiva della condotta conforme al modello e valutazione negativa della condotta difforme; il giudice che non si astiene dal condannare per il fatto non contestato, che condanna l'imputato per un fatto non previsto come reato, il pubblico ministero che non ottemperi al suo dovere istruttorio o che non eserciti l'azione penale nei casi dovuti, violano tutti precisi doveri stagliati dalla legge processuale, seppure, per avventura, non esistesse sanzione alcuna per le loro condotte.

Un richiamo fortissimo, anzitutto etico, alla sostanza doverosa che connota le fattispecie di condotta degli organi pubblici nel procedimento penale.

Fondamentali, per il giurista, anche le riflessioni successive sull'identificazione della fattispecie di dovere in base alla sua veste sintattica: «accade di imbattersi in una varietà di formulazioni, che vanno da quella, assai lineare, incentrata sulla formula verbale “deve”, a quella più involuta nella quale la locuzione “non potere” è usata come sinonimo di “doversi astenere da un dato contegno”... Si riscontrano ancora proposizioni apparentemente incolori e prive di un contenuto espressivo immediatamente rivelatore di un atteggiamento imperativo, come avviene nel caso in cui l'azione doverosa è descritta con un verbo all'indicativo, diverso da dovere o non potere»¹⁹.

¹⁸ CORDERO, *op. cit.*, 108.

¹⁹ CORDERO, *op. cit.*, 111.

Sono argomenti che a tutt'oggi adoperiamo per stigmatizzare la costante tendenza giurisprudenziale a trasformare autentici doveri del giudice o del pubblico ministero, in una sorta di “buon consiglio” del codice di rito, che l'organo pubblico è libero di ottemperare o meno o di dilatare in direzioni pregne di discrezionalità impreviste e perfino non volute dal legislatore.

Come si accennava, un pensiero apparentemente condotto sul filo di argomenti appartenenti al formalismo giuridico, ma in realtà profondamente anti-conformista, nel senso dei rapporti tra autorità e individuo all'interno del sistema penale.

4. *Fattispecie discrezionali*. Alcuni passaggi di quest'opera meritano di esser letti più e più volte, ed ogni volta essi riescono a suscitare nuove riflessioni e nuovi *link* alla costellazione attuale del nostro processo.

Così è, in particolare, per le pagine che Cordero dedica a quello che egli stesso definisce come il «fenomeno della discrezionalità», rigorosamente inteso quale modalità di previsione di comportamenti doverosi²⁰.

Con chiarezza davvero scultorea, il discorso parte dapprima dalla distinzione tra tipi di fattispecie descrittive di comportamenti: le une che limitano il compito del giudice ad un'attività di commisurazione tra la fattispecie concreta e una legale compiutamente determinata; le altre configurate da casi in cui «la previsione della condotta tipica non risulta da una descrizione di specie, per cui all'individuazione del parametro cui è riferita la valutazione in termini di dovere non si può pervenire se non per il tramite di un'ulteriore operazione concettuale»²¹.

In dichiarato parallelismo con il concetto kelseniano di “indeterminatezza non intenzionale della fattispecie”, Cordero rovescia il concetto, facendone applicazione geniale: l'astratta possibilità di riferire alla norma una pluralità di plausibili contenuti cagionata dall'uso legislativo di termini «ambigui e quindi plurivoci» non è altro che un «accidente la cui presenza si manifesta sul piano dell'indagine interpretativa, pertanto non è dogmatico, ma ermeneutico»²².

Viceversa, il fenomeno risulta ben diverso -ed è di pieno interesse dell'analisi dogmatica- tutte le volte in cui il legislatore intenzionalmente lasci incompleta

²⁰ CORDERO, *op. cit.*, 158 e ss.

²¹ CORDERO, *op. cit.*, 159.

²² CORDERO, *op. cit.*, 161, n. 141.

la descrizione di taluni elementi della fattispecie, che vengono tracciati dalla disposizione solo in maniera indiretta, tramite l'indicazione di parametri per il giudice che sarà chiamato appunto ad identificare gli elementi mancanti; una valutazione, dunque, che «attuа un processo di eterointegrazione dello schema normativo, nel quale l'elemento estraneo è dato dall'attività razionante del destinatario»²³.

Il discorso -davvero affascinante- si dipana ad individuare molteplici sfumature del fenomeno discrezionalità, e aveva ragione da vendere Cordero, quando rilevava che esso rivela «appariscenti manifestazioni»²⁴ nella specifica costellazione normativa del processo penale.

Resta indimenticabile, difatti, per la sua chiarezza cristallina -che elude ogni tentativo di interessate confusioni- il primo dei tanti esempi del *genus* che adduce, contrapponendo «il caso in cui il giudice proscioglie l'imputato per l'esistenza di una causa di giustificazione ovvero dichiara l'estinzione del reato, a quello in cui è concessa al condannato la sospensione condizionale della pena; nel primo, una volta accertata l'esistenza di una situazione collimante con quella di cui il modello legale fornisce una compiuta descrizione, il giudice deve prosciogliere, adottando una certa formula, senza che si profili alcuna possibile alternativa in ordine alle modalità del comportamento doveroso; nel secondo la prospettiva si pone in termini alquanto diversi, in quanto la fattispecie del comportamento decisivo deve essere estratta da un parametro normativo incompleto, nel quale è lasciato in bianco un certo elemento, accertabile in base ad una valutazione della quale sono legislativamente fissati i criteri...»²⁵.

L'idea di riconoscere anche nelle fattispecie discrezionali forme di «valutazione vincolata nell'*an* e nel *quomodo*»²⁶ è intuibilmente acutissima e non solo contribuisce a deprivarle della consueta ed ingannevole *allure* implicita nel definirle come situazioni di potere (anziché di dovere), ma soprattutto contribuisce in modo decisivo a sottrarre la formula al tentativo, sempre ritornante, di identificare la fattispecie discrezionale con l'ambiguo concetto di "facoltà" o con pretese situazioni di sostanziale "libertà" o incontrollabilità dell'organo pubblico.

²³ CORDERO, *op. cit.*, 169.

²⁴ CORDERO, *op. cit.*, 170.

²⁵ CORDERO, *op. cit.*, 171.

²⁶ CORDERO, *op. cit.*, 169.

5. *Poteri e doveri.* Il tema del dovere è prediletto, all'interno di quest'opera. Non vi è dubbio che la personale propensione di chi scrive sia sempre andata alle pagine che Cordero dedica appunto a questo tipo di situazione soggettiva, pur nell'apprezzamento dell'intero costruito.

Epperò, rileggendo le "Situazioni" oggi, dopo un certo numero di anni dall'ultima incursione, mi pare di cogliere che anche per l'autore il tema fosse così prediletto da sfuggirgli tra le dita pure nel contesto di argomenti altri.

Si legga cosa scrive Cordero, partendo dalla critica all'idea che esistano nel processo «atti neutri, che si fondano su un diritto di chiedere, ma non di ottenere», come le conclusioni delle parti²⁷.

Questi presunti atti neutri –obietta Cordero– sono in realtà veri e propri poteri delle parti, provvisti dell'effetto peculiare di costruire i confini del dovere decisorio e motivazionale del giudice, dimodoché «la decisione, si modelli secondo lo schema logico prospettato dalle parti o ne diverga, deve in ogni caso contenere una presa di posizione dialetticamente plausibile nei confronti del *petitum* proposto, delle ragioni addotte ovvero dei mezzi di prova di cui si chiede l'assunzione»²⁸. Le conclusioni, insomma, «segnano un preciso termine di paragone all'attività decisoria giudiziale»²⁹.

In poche righe, Cordero anticipa qui temi archetipici del *fair trial*, ma soprattutto –come si accennava– sottolinea plasticamente lo stretto legame che intercorre tra i poteri processuali delle parti e i doveri decisorii del giudice, per cui Cordero traccia anche un'etichetta appropriata, quella del «dovere di prendere in considerazione l'attività assertiva delle parti»³⁰, che sorge e si commisura alla forma concretamente assunta dall'esercizio di questi peculiari poteri delle parti medesime.

6. *Attualità delle situazioni.* Mi permetto di non condividere l'idea secondo cui «bisogna riconoscere che la... monografia giovanile sulle Situazioni soggettive appare oggi superata, anche perché scritta in un linguaggio ricco di astra-

²⁷ CORDERO, *op. cit.*, 250 e ss.

²⁸ CORDERO, *op. cit.*, 253.

²⁹ CORDERO, *op. cit.*, 255.

³⁰ CORDERO, *op. cit.*, 253.

zioni, che sfida le capacità di comprensione delle generazioni di ricercatori ora in attività»³¹.

Non credo che vi sia alcunché di *passè*, non solo nelle tante, ricchissime intuizioni che costellano l'opera, ma, prima ancora, nella sua idea di fondo del processo penale quale mondo costellato di doveri che astringono gli organi pubblici e che restano tali anche qualora non appaia all'orizzonte, nella prassi e/o nel diritto, neanche la parvenza di una sanzione.

Quel potentissimo richiamo all'idea che per il giudice e per il pubblico ministero i doveri siano regole di condotta comunque ineludibili, mantiene una sua inesausta attualità; anzi, appare particolarmente proficua in questi torbidi tempi presenti.

La frase per cui «il dovere del giudice di applicare correttamente le norme di diritto sostanziale è tale anche se il comportamento divergente dall'ipotesi normativa non funziona da presupposto di conseguenze sanzionatorie ed anche se è *a priori* esclusa la possibilità di un'impugnazione della pronuncia, come ad esempio avviene per le decisioni di cassazione»³², è illuminante nella sua drastica semplicità e scaraventa il processo al di fuori degli inesausti balletti interpretativi con cui la giurisprudenza troppo spesso affligge gli utenti.

Quanto al linguaggio astratto e dunque ostico alle generazioni moderne di ricercatori, ritengo invece che il linguaggio sia quello che ben si addice al Cordero-filosofo del diritto che taluno ha dipinto con maestria³³ e che i moderni ricercatori farebbero anzi bene a frequentare maggiormente, non foss'altro che per avere gli strumenti tecnici atti a comprendere la perniciosità di tanti incidenti legislativi o inciampi giurisprudenziali.

Le situazioni soggettive, in verità, è un'opera che dona chiarezza di visione al lettore.

Cordero aspirava a fare di essa una griglia di lettura della realtà cristallizzata nel diritto positivo e nel formante giurisprudenziale; di qui l'apparente asetticità dell'esposizione, conforme, del resto, all'*intentio* -dichiarata dallo stesso autore a più riprese- di mantenere la trattazione libera da contaminazioni di scienze altre, come la psicologia o la sociologia³⁴.

³¹ ORLANDI, *Franco Cordero*, cit., 366.

³² CORDERO, *op. cit.*, 197.

³³ PINO, *Franco Cordero, filosofo del diritto*, in *Lo Stato*, 2021, n. 16, 369 e ss.

³⁴ FERRUA, *Prefazione*, cit., VII.

La realtà, però –lo si notava già all’inizio di questo scritto- preme alle porte del pensiero corderiano e l’intrusione del “pensiero politico” nella dogmatica scorre sottile, ma limpida, anche attraverso la prima opera, sicchè è ben leggibile il filo diretto che collega quella originaria messe di pensieri ai pensieri espressi, ad esempio, nella suggestiva “Guida alla procedura penale” di trent’anni dopo, datata 1986.

Si pensi a quando, proprio in quest’ultimo volume, Cordero indulge ad una valutazione della qualità media della giurisprudenza su temi di procedura penale, pungendo elegantemente chi opera permettendo che «nella scala tecnica del discorso giurisprudenziale»³⁵, la procedura sia collocata all’ultimo posto, perché «il tasso di fallibilità vi tocca soglie allarmanti», e poi precisa: «stiamo parlando della cassazione: ad esempio cavilla *in claris*, noncurante dei canoni elementari, confonde ‘facoltativo’ e ‘discrezionale’, postulando giudici sovrani»; o a quando censura il legislatore dell’ultimo Codice Rocco, reo di aver abdicato a favore di chi la legge dovrebbe limitarsi ad applicarla, concendendo una «discrezionalità dai canoni vaghi», in base alla quale «sulle stesse prove l’imputato va all’ergastolo o esce quasi indenne»³⁶.

Ecco, le parole di Cordero potrebbero adoperarsi tal quali con riferimento al sistema penale odierno; la pulizia concettuale e linguistica che emergeva potente dalla costruzione delle “Situazioni soggettive” era ignorata nei tardi anni ’80, da parte del legislatore come da tanti prodotti giurisprudenziali, e la sua costruzione concettuale continua ad essere ignorata in questi anni di interregno del Codice Vassalli, che ci stanno traghettando verso un tipo di processo con fattezze impossibili da prevedere.

Diremmo, anzi, che l’opera congiunta del legislatore e di molteplici pronunzie giurisprudenziali sta plasmando un tipo di sistema processuale al cui interno le figure dei poteri e dei doveri sono sempre più confuse tanto nel linguaggio quanto nella concettualizzazione sottostante.

La mano e l’intento del legislatore in questo senso sono evidentissime: tanto la Riforma Orlando, del 2017, quanto e ancor più la Riforma Cartabia oggi, mostrano segni limpidi dell’intento legislativo di iscrivere in capo alle parti poteri che non sono realmente tali, secondo la pulita logica corderiana, in quanto ineffettivi, incapaci d’incidere sulla vicenda processuale; al contempo cedendo spazi sempre più ampi di discrezionalità al potere giurisdizionale,

³⁵ CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986, 6.

³⁶ CORDERO, *Guida alla procedura*, cit., 464.

tramite prodotti legislativi dove la fattispecie è costruita su termini di relazione privi del necessario riferimento, «narrative che possono essere completate solo dall'invenzione del lettore, al quale il testo normativo non fornisce sufficienti elementi per una interpretazione sicura»; fattispecie che costituiscono - come è stato elegantemente detto - una chiave di vetro, che non serve allo scopo per cui in teoria dovrebbe essere forgiata, perchè va in frantumi al primo tentativo d'uso³⁷.

Si tratta di un fenomeno evidentemente noto e ben studiato per le fattispecie sostanziali, ma anche per quelle processuali; una deriva inarrestabile verso tecniche di normazione che paiono apparentemente inconsapevoli delle regole che presiedono al *drafting*, apparentemente ignare di decenni di ammonimenti dottrinali; indimenticabili, del resto, le pagine scritte sul punto da Ferrajoli, con riferimento ad entrambe le tipologie di fattispecie³⁸.

Facciamo un ragionamento, allora, e chiediamoci: supponendo ragionevolmente che il legislatore non possa essere davvero ignaro delle suddette regole, perché si prosegue ormai da anni sulla strada letteralmente autodistruttiva della costruzione di disposti comunque rarefatti a livello denotativo e sempre meno adatti a costituire fattispecie di doveri vincolati?

Si tratta -lo ammetto- di un interrogativo che ha in verità un carattere propriamente sociologico, se è vero che questa scienza ha come proprio obiettivo originario quello della comprensione di fenomeni sociali di carattere enigmatico³⁹.

Il che' non rende affatto l'interrogativo medesimo meno importante per il giurista, quanto meno laddove esso intenda (anche) proporsi in funzione proattiva.

Interrogativo tanto più logico, poi, laddove si consideri giustappunto la natura autodistruttiva di queste scelte del legislatore, perché -come attesta una messe di studi ormai sterminata- essa porta con sé a diminuire in termini drastici la sfera d'azione del potere legislativo, sempre più spesso ceduta al potere giurisdizionale, in dimensioni tali da rendere ormai fattualmente alterato l'equilibrio tra poteri dello Stato.

³⁷ L'efficace espressione sintesi semantica è tratta dall'*abstract* dello scritto di GALLO, *La chiave di vetro*, in *questa Rivista (web)*, 2022, 1 e ss.

³⁸ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, *passim*.

³⁹ Si vedano sul punto gli acuti distinguo di FORNARI, *Prove d'orchestra. Il progetto incompiuto della cultura sociologica*, in *Sociologia*, 2022, 35 e ss.

Quella del legislatore è poi, diremmo visivamente, una scelta assolutamente consapevole, un'opzione drastica a favore del modello ben descritto da Cordero, col noto rovesciamento della formula kelseniana che si risolve nella "indeterminatezza intenzionale della fattispecie"⁴⁰.

E non solo: a questo fenomeno, che conduce il legislatore ad affidarsi in misura crescente al potere discrezionale degli organi applicatori del diritto, evitando le fattispecie vincolate e prediligendo quelle intenzionalmente indeterminate, fa da controcanto la scelta di un linguaggio sempre ambiguo o plurivoco, così sommando all'indeterminatezza tipica (strutturale) dovuta alla scelta di affidare al giudice il completamento della fattispecie, l'indeterminatezza (ermeneutica) tipica dei termini vaghi; sommando, insomma, indeterminatezza ad indeterminatezza, in un vero e proprio crescendo di fuga dalla (stretta?) legalità, di cui, in ultima analisi, lo stesso potere giudiziario finisce per dolersi, per l'ormai drastico snaturamento della propria funzione cui è comunque costretto.

Il Cordero delle "Situazioni soggettive" è attualissimo, se ci pensiamo bene.

⁴⁰ Nel diritto penale sostanziale, merita leggere in questa prospettiva anche le recentissime pagine di BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, Pisa, 2023, 8, allorquando spiega il successo della formula con tutto il peso del suo essere costruita mediante norme penali in bianco: «Il ricorso al modello elastico del reato omissivo improprio è spiegabile... perché offre all'operatore straordinaria versatilità di impiego nella costruzione di forme di responsabilità non visibili ad occhio nudo, basate su pretese comportamentali ex ante rarefatte e inconsistenti, ma presentate ex post come stringenti ed ineludibili».