
MARCELLO GALLO

Il romanzo di un codice

Con la coscienza e la consapevolezza di chi ne ha condiviso le vicissitudini, il contributo racconta il "codice di procedura penale" nelle sue interazioni con il diritto ed il codice penale sostanziale, rimasto immutato pur dopo l'entrata in vigore della Costituzione.

Novel of a code

With conscience and the awareness of those who have shared the ups and downs, the text tells the criminal procedure code in its interactions with the substantive criminal law and code stays the same after the entry into force of the Constitution.

SOMMARIO: 1. Diritto penale e processo nell'Italia repubblicana. - 2. Il valore della memoria nei rapporti tra individuo e Stato. - 3. Il modello accusatorio che si attualizza. - 4. L'innovazione decisiva e accorta. - 5. Troppe regole e tante deroghe. - 6. Un codice di rito nuovo per un diritto sostanziale immutato.

1. *Diritto penale e processo nell'Italia repubblicana.* Mi chiedono un breve scritto da inserire nel volume dedicato alla genesi e alle successive vicende del Codice di procedura penale oggi vigente, con uno sguardo anche alle modifiche apportate, Repubblica instaurata, al sistema definibile diritto penale. Processo e regola sostanziale, dunque: una visione elegante, acquietante, che assicura alla narrativa sui delitti e le pene sobria compattezza, continuo, rispettoso, riferimento a principi generali, costituzionali o di civiltà che siano. Una sorta di innocenza, non so bene se spontanea o voluta: fatto sta che l'analisi e i tentativi che ne sono derivati di "migliorare" l'esistente chiudevano gli occhi alla realtà. Alla fine degli anni '80 del secolo scorso, con l'ordinato mondo delle regole, alle quali un buon colpo di spazzola non avrebbe certo fatto male, per non parlare di qualche eliminazione accompagnata dalla stipulazione di imminenti, importanti novità, coesisteva un insieme di precetti pudicamente sottratti al vaglio imposto dalla qualifica di penale, relegati ad un mondo sommerso e poco appariscente, ma dotato di sicura efficacia. La Repubblica aveva, quasi contemporaneamente alla proclamazione, avvertito la necessità di adeguare l'ordinamento penale alla Carta che ne rappresentava la cornice, ritenuta allora - oggi in proposito c'è qualche dubbio - ultima, suprema, insuperabile.

Clima culturale ricco di tutti i valori della Resistenza, armata o disarmata che fosse. Esempio a quest'ultimo riguardo quella degli oltre 600.000 soldati racchiusi, dopo l'8 settembre, nei campi tedeschi, fermi, malgrado allettamen-

ti e le ristrettezze della prigionia, al no alla repubblica fascista; poco incline però, questo clima, negli uomini che lo incarnavano, per studi e precedenti esperienze politiche, ad andare oltre la considerazione delle cose penali in filigrana ad una rappresentazione alta, risolutamente concettuale, in una parola, letteraria, si direbbe: disdegnosa della prassi. Fu così che, ad onta di questo spirito, allo stesso tempo nuovo ed antico, la Repubblica non si negò al comodo fascino delle leggi di polizia, pudicamente linguisticamente accettabili sotto l'etichetta "misure di prevenzione". Fascino risalente ai primi passi dell'Italia libera, perpetuato attraverso cambiamenti, formali e sostanziali, che segnarono il passaggio dai notabili ad una temperie meno elitaria, più democratica. Per ironia delle cose di questo mondo, il ventennio fascista fu lesto ad accorgersi dei vantaggi che questa regolamentazione sotterranea presentava e ne approfittò nel modo più spudorato.

2. *Il valore della memoria nei rapporti tra individuo e Stato.* Torniamo alla storia della Repubblica, sorda al cauto ammonimento di un grande costituzionalista, Leopoldo Elia. Vogliamo, però, guardare a questa vicenda con occhiali destinati ad una ottimistica, rosea, visione delle cose. Tutti conoscono i numerosi progetti addirittura di riforma, di nuovo codice sostanziale e processuale, che si sono susseguiti, pregevoli per dizione sobria, chiara e contenuta oltre che per lo spirito sotteso alle formulazioni proposte; tutti conoscono la sorte di questi progetti, confinati al limbo delle buone intenzioni: unico andato a buon fine, quello concernente il codice di procedura penale vigente dal 1989, il codice che oggi disciplina, dovrebbe disciplinare, il procedimento penale. Frutto del lavoro assiduo ed intelligente di una commissione presieduta da Giandomenico Pisapia, nella quale i processualisti penali italiani si impegnarono a fondo, con risultati sempre meritevoli della maggiore attenzione. Il testo redatto fu sottoposto al vaglio di una commissione bicamerale (venti senatori, venti deputati) chiamata a verificarne la fedeltà alla legge delega. Questa commissione, ripeto: tutta parlamentare, composta in massima parte da persone provenienti dalla magistratura, dall'avvocatura e dall'insegnamento universitario di materie giuridiche, affrontò l'impegno sempre in stretta collaborazione con gli esponenti della commissione governativa. Gli intendimenti, le motivazioni, il modello vagheggiato erano comuni ad entrambi i gruppi. Sembra, adesso, tristemente ironico ricordare quale fosse lo spirito che accumulava i due consessi, ma, ad onta delle riflessioni amare, sarcastiche, che oggi sono legittime, le cose andavano, sono andate, proprio illuminate da certe aspirazioni, quasi tutte ragionevoli, quasi tutte tese ad

inverare nel concreto della prassi giudiziaria penale i grandi principi della Carta.

Spontanea la domanda che, a questo punto, si fa avanti: perché, per quali ragioni, per quali sollecitazioni del momento, si arriva ad un codice di procedura penale che sostituisce quello precedentemente in vigore e si lascia da parte il rinnovamento della legge sostanziale. Ci sono, come dicevo, da un lato ragioni, dall'altro sollecitazioni dettate dall'oggi, dal quotidiano, dalla cronaca.

Le ragioni: in primo luogo, l'opinione assai largamente diffusa che, a parte certe incriminazioni chiaramente di matrice fascista, riflessi dell'ideologia organico-totalitaria dell'epoca, il codice penale sostanziale non rinuncia alle precise caratteristiche di una regola fabbricata secondo criteri di certezza del comando giuridico. Salvare l'esigenza di tipicità delle condotte punibili è come porre barriere alla prevenzione e alla repressione punitiva. La tipicità è vincolo che i poteri che hanno in mano la produzione normativa pongono, forse prima che ai destinatari del comando, a se stessi, all'ordine statale. Forse, più che di barriere è giusto parlare di binari. Quello che conta è che prevenzione e repressione debbono svolgersi lungo percorsi chiaramente disegnati e, prima ancora, che questi percorsi siano calcolabili da chi è chiamato a seguirli. Quanto lontani da una legislazione, espressione di una ideologia nei suoi intendimenti coinvolgente la vita intiera di un popolo intiero - questo, almeno, il programma voluto e perseguito: nella realtà un affare ben diverso, intricato, confuso, meglio ancora confusionario, ricco di sovrapposizioni e di intralci, questa la verità dell'ordine nazionalsocialista. Comunque sia, un dato emerge con tutta chiarezza. Il potere non ammette vincoli, neppure quelli che potrebbe imporsi da sé. La sponda ultima è il sano sentimento del popolo, colto e manifestato dal capo che ne è insieme voce e fonte: da qui la contraddizione di un sistema la cui retorica è l'opposto del fatto nudo e crudo. Di tali profonde differenze si doveva tener conto e il conto è stato tenuto. Esempio, per tutte, la coraggiosa reazione di Giuseppe Bettiol al tentativo, correva il 1938, di superare il divieto di analogia, tratto essenziale di un ordine penale rispettoso delle persone. Può darsi che la cautela con la quale sono affrontate e trattate le regole sostanziali abbia finito col frenare la spinta alla modernizzazione, cioè alla piena conformità alla Carta, ma, almeno per questo verso della tipicità, di basilare importanza, la cautela ha funzionato bene. Ad ogni modo, non ha maltrattato il raffinato tecnicismo di studiosi che dai Dioscuri Alfredo e Arturo Rocco al giovanissimo Saltelli Romano Di Falco avevano tutti fatto il loro diritto.

Tutt'altro discorso il codice di procedura. Preso il potere, il regime manifesta subito l'intenzione di rivedere il codice in vigore, e non a caso: quello che si criticava era il codice forse più liberale che l'Italia abbia mai conosciuto - il codice di un grande Maestro, Ludovico Mortara, il codice che prevedeva, per riassumerne il tono il ricorso per Cassazione, naturalmente entro termini assai bravi, avverso la sentenza di rinvio a giudizio. Opposti modi di concepire il potere e il suo esercizio, unitamente a vecchie rivalità di carriera giudiziaria o universitaria, spingevano verso una disciplina del processo in cui lo stesso imputato, secondo la visione del Guardasigilli, partecipava alla funzione giurisdizionale: nella sua posizione e per la sua posizione condivideva il rito supremo della convivenza nello Stato, l'attuazione della regola. In principio doveva essere un puro e semplice "modificare le disposizioni del Codice di procedura penale, tenendo conto degli inconvenienti messi in luce dalla sua pratica applicazione, ed emendare gli articoli che hanno dato luogo a controversie, o che comunque siano riconosciuti formalmente imperfetti". Così la legge delega n. 2260 del 24 dicembre 1925. Poi prevalse il protagonismo di Alfredo Rocco: la modifica, l'emenda divennero un codice di procedura tutto nuovo, sostanzialmente in radicale polemica con quello a cui si sostituiva. Non è azzardato ritenere che la Costituzione sostanziale (dico sostanziale: non "in senso sostanziale", che significa assai poco) era in gran parte incarnata dal Codice di procedura penale del 1930 e, di poco più vecchia, dalla legge italiana di pubblica sicurezza, R.D. 6 novembre 1926 n.1848. Si capisce, allora, perché, sin dall'inizio, c'era stata l'urgenza di disfarsi di uno dei più efficaci arnesi dell'ordine passato. Urgenza che si rinnova negli ufficiali di comando della Repubblica, compresi quelli che avevano votato la fiducia al governo Mussolini dopo la quartarella.

Una pedanteria storiografica, questa della modifica che si trasforma nella stesura di un nuovo codice, che rinfresca e dà il giusto rispettoso rilievo alla memoria di un vecchio solitario avvocato e alla sua campagna perché la Repubblica procedesse immediatamente e in tutto e per tutto a cancellare i codici al momento in vigore (anche per il Codice di diritto penale sostanziale vale l'annotazione) e ripristinare i codici precedenti, la cui abrogazione doveva ritenersi soltanto apparente perché attuata per vie non conformi alla stessa legalità dell'epoca. Comunque sia, col passare degli anni, che vedono affermata senza discussione la Repubblica, il senso di urgenza si stempera, fin quasi ad illanguidire le ragioni di una procedura penale nuova che rappresentasse il momento attuativo della Carta in un settore particolarmente delicato come quello dei rapporti fra individuo e Stato che manda, punisce e assolve.

3. *Il modello accusatorio che si attualizza.* E a questo punto le sollecitazioni che muovono dall'idea stessa di Repubblica, idea fondante di una classe dirigente che del sentire repubblicano si era, in qualche modo, fatta una bandiera. Una faccenda piuttosto complicata che avrebbe meritato la scrittura di Sciascia e prima ancora di Brancati. I grandi processi che annoverano imputate decine di persone, quasi una folla, sono un colpo davvero forte, per certi aspetti decisivo, alla società mafiosa - diciamo le cose come effettivamente stavano: all'ordinamento giuridico mafioso. Dunque, accettati e narrati, questi processi, come un robusto ed efficace pugno battuto sul tavolo intorno al quale sedevano province e regioni assuefatte alla remissione (a quel tempo, province e regioni, oggi purtroppo si direbbe paese intiero: c'era però la speranza). Sbaglierebbe chi dubitasse della ferma intenzione di rompere con il passato, intenzione di cui quei processi facevano testimonianza e garanzia. Ma, come in tutte le vicende umane, insieme al grano c'è la pula. Nel caso nostro il sottoprodotto, indesiderato e indesiderabile dei maxi-processi era decisamente inaccettabile da uomini e donne ricchi di una robusta fiducia nel diritto, nello Stato, quella fiducia che per molti aveva funzionato come solida colonna sulla quale poggiare l'avversione al sistema totalitario. Per necessità di cose, il processo promosso nei confronti di una moltitudine diversamente variegata porta con sé il rischio di una trattazione lungo la quale le innegabili differenze tra caso e caso, tra situazioni e umanità spesso difficilmente accomunabili sotto un'unica etichetta, queste differenze - dicevo - si appannano in una nebbia nella quale tutti i gatti sono bigi, addirittura più neri della pece. Con quale sacrificio, o perlomeno pericolo di scarsa considerazione, di principi e regole essenziali all'ordine repubblicano, si comprende facilmente. Voglia di sensibilizzare la procedura all'individuo, unitamente al fermo proposito di renderla al più possibile cosa pubblica, sotto gli occhi di tutti. Che significava, tradotto in regole e istituti precisi, materiale probatorio, evidenze, utilizzabili solo se realizzati in dibattimento: chi ha partecipato ai lavori delle due Commissioni ricorderà quanto a lungo si è discusso sugli incidenti probatori - vero che in certi casi non si poteva non derogare alla prova nel dibattimento, ma l'eccezione doveva essere misurata e pesata col più rigoroso bilancino. E ancora: il modello accusatorio si attualizza oltre e al di sopra delle declamazioni di rito solo a condizione di dar vita ad una effettiva parità delle parti contrapposte. Se il processo è discussione fra chi pone una certa questione al vaglio di un soggetto al vertice del triangolo e chi propone che alla richiesta *sub iudice* si risponda in senso tendenzialmente contrario, tutto ciò ha un

senso, supera il *cliché* di una spettacolarità purtroppo suggestiva ed accattivante, unicamente quando tra i due protagonisti c'è parità di mezzi, diciamo: di armi, a sostegno delle rispettive posizioni. A parole, nessuna esitazione su questo punto da parte di chi era chiamato ad applicare le regole della nuova procedura; nei fatti la riluttanza ad ammettere che le cose del processo si sarebbero dovute svolgere in modo decisamente diverso dal passato - tacciati di scarso rispetto verso le istituzioni, i sostenitori della svolta: ma questa è storia di cui mi occuperò più avanti. Mi limito ad anticipare come, anche nel pensiero e nella voce di chi avrebbe avuto piena legittimazione a chiedere una effettiva parità di condizioni, l'aspettativa di una risposta netta, senza ombre, si liquefaceva nel compiacimento consolatorio per una regola che metteva, proprio fisicamente, topograficamente, il Pubblico Ministero allo stesso livello degli Avvocati che lo fronteggiavano. Mi capitò di osservare, in proposito, che per conto mio (facevo parte della Commissione parlamentare) avrei visto volentieri il Pubblico Ministero assiso su uno scranno di avorio ed ebano, purché nella dialettica procedurale lo trovassi compiutamente a mio pari. Mi si rispose che mi sfuggiva l'importanza di una certa scenografia. La procedura ha molto in comune con la drammaturgia, ma quante volte e quanto la drammaturgia le ha nociuto. Questo, l'inverno della nostra innocenza. Eravamo un pugno di donne e uomini più o meno tutti della stessa generazione, degli anni da '20 a '40 del secolo scorso, accumulati da una cultura che ci aveva prestato dei Maestri, dei tecnici di assai grande statura: forse, quello dei nostri Maestri di diritto, il gruppo più raffinato e interessante che il Paese abbia mai vantato. Tecnici: quanto a pensieri e sentimenti di fondo, salvo quelli che ci venivano dall'esempio quotidiano dei nostri Maestri, nessun *maître à penser*. Ciascuno si era dovuto sbrigare da sé. Così come era accaduto a molti miei coetanei, personalmente avevo trovato insegnamento e guida in una certa letteratura nordamericana, quella, per intenderci, dei primi decenni del '900 con Dos Passos e John Fante in testa, in compagnia di Dorothea Parker, la sig.ra Parker alle spalle, naturalmente, Melville e Poe. Poi, gli scrittori del decennio weimariano, Döblin e i due Mann al centro, *livre de chevet* "La giovinezza di Enrico IV" di Heinrich, il fratello meno noto, che mi fece annusare l'etica della tolleranza, e il cinema francese tra le due guerre da "Kermesse heroique" a "Les enfants du paradis", in sospetto, però, quest'ultimo di collaborazionismo. Sullo sfondo Malraux, emblema dell'azione portata avanti principalmente per scriverla, poi, in un libro e, naturalmente, i russi - più Tolstoj, debbo dire, che Dostoevskij, assieme a un po' di Puskin. A casa nostra Brancati, che ho già citato, e Vittorini con l'incipit di "Conversazione in

Sicilia” che ci segnò per sempre: su tutti Pirandello, le “Novelle per un anno” prima che i “Sei personaggi...”.

4. *L'innovazione decisiva e accorta.* Iniziamo i lavori. Ci convinse subito il principio sancito dall'art. 2 del progetto governativo: “*Il giudice penale risolve ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito. 2. La decisione del giudice penale che risolve incidentalmente una questione civile, amministrativa o penale non ha efficacia vincolante in nessun altro processo*”. Invece della disciplina frastagliata del codice Rocco, una regola che investe il giudice penale di piena responsabilità. Solo limite: il perimetro penale entro il quale la decisione, circoscritta alla *res iudicanda*, è norma, a meno che, ovviamente, non sia disposto il contrario.

Insigni processualisti illustrano, in questo volume, quel che c'era di veramente nuovo nel testo che diventò, poi, codice. Quel che c'era, innovazione decisiva ed accorta, e quel che, per contro, potesse o, addirittura, dovesse essere censurato.

Quanto a me, che processual-penalista non sono, mi permetto di sottolineare come vada rigorosamente distinto il giudizio sull'atto entrato in vigore il 24 ottobre 1989 dalla congerie di norme a cui, per effetto di interventi legislativi spesso affrettati e frettolosi, pronunce giudiziarie anche della Consulta, interpretazioni talora troppo benevole, altre volte quasi rancorose e comunque programmaticamente ostili, si è ridotto l'insieme che mirava a sistema, a coerenza organica.

Un esempio per tutti: nella versione originaria, l'art. 425 c.p.p. così disegnava le situazioni processuali che legittimavano la sentenza di non luogo a procedere: “Se sussiste una causa che estingue il reato o per la quale l'*azione penale* non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita, se il fatto non è previsto dalla legge come reato ovvero quando risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o che si tratta di persona non punibile per qualsiasi causa, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere, *indicandone la causa nel dispositivo*”. Sottolineo, in questo disposto, la frase *quando risulta evidente che il fatto non sussiste*. Con legge n. 479 del 16 dicembre 1999, una modifica piccola piccola: l'aggettivo *evidente* è soppresso - quindi non basta una prima disamina in base alla quale si possa concludere che c'è o non c'è il fatto contestato: occorre parecchio di più, occorre che si indaghi a fondo su ciò che depone per l'esistenza del fatto, anche quando la mancanza di elementi a supporto della inesistenza sia abbastanza vistosa. L'antico *memento* che basta

una virgola in più o in meno a gettare al macero interi scaffali di una biblioteca, *memento* in sé e per sé scriteriato, questa volta trova piena giustificazione. La modifica apportata alla dicitura può sembrare assolutamente insignificante: in realtà travolge, sconvolge il senso che nel testo originario si era voluto dare all'udienza preliminare. Doveva essere una prima, veloce, scrematura: alla fastidiosa lungaggine della fase istruttoria, si sostituiva una disamina celere che mirava soprattutto a far sì che non si arrivasse a dibattimento quando saltava agli occhi che questo fosse del tutto fuori luogo. Che l'udienza al termine della quale si conclude, positivamente o negativamente, per il luogo a procedere sia, appunto, udienza, si svolga, cioè in pieno contraddittorio, non toglie nulla al carattere della decisione: non fa stato, è puramente e semplicemente momento di una routine necessaria ma in sé e per sé solo preparatoria rispetto alla decisione che fa o, comunque, può fare stato. Non c'è bisogno di molte parole: espellendo l'aggettivo "evidente" dal contesto "quando risulta..." si gettano le basi per quello che inevitabilmente era destinato, e così è accaduto, a diventare, seppur non formalmente, ma certo sostanzialmente, un preliminare grado di giudizio. Con buona pace di chi voleva superare la lungaggine dell'istruttoria, con buona pace di chi, in assoluta fiducia e buona fede, proclamava che, al posto di un'istruzione che poteva durare mesi e mesi, arrivava un embrione di dibattimento assolutamente veloce, un istituto, cioè, la cui *ratio* fondamentale era quella e soltanto quella di dare pubblicità alla pronuncia che dispone o nega il giudizio.

Potremmo moltiplicare gli esempi di ritocchi che hanno portato alla odierna confusione. Non voglio, però, che si creda che quanto sto scrivendo sia soltanto una sorta di pianto di coccodrillo. Cose buone, nel disegno cui demmo il via, c'erano e per fortuna sono rimaste. Accanto alla già menzionata nuova disciplina delle cc.dd. pregiudiziali, uno sguardo da quel sostanzialista che sostanzialmente mi sforzo di essere, alle formule terminali delle sentenze. Basilare l'art. 530: "*Se il fatto non sussiste, se l'imputato non lo ha commesso, se il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato ovvero se il reato è stato commesso da persona non imputabile o non punibile per un'altra ragione, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione indicandone la causa nel dispositivo. 2. Il giudice pronuncia sentenza di assoluzione anche quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile. 3. Se vi è la prova che il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità ovvero vi è dubbio sull'esistenza delle stesse, il giudice*

pronuncia sentenza di assoluzione a norma del comma 1. 4. Con la sentenza di assoluzione il giudice applica, nei casi previsti dalla legge, le misure di sicurezza". Un testo che, letto e riletto, si dispiega chiaro, preciso ed appagante. Peccato, solo, che una parte essenziale ne sia travisata nella prassi forense. Ma soffermiamoci, per il momento, sul testo. Il I e il II comma disegnano le situazioni che, debitamente verificate, impongono l'assoluzione: assoluzione *tout court*, si è o non si è responsabili, non ci sono vie di mezzo. Non c'è posto, insomma, per una formula terminativa imperniata sulla insufficienza di prove. La carenza di evidenze spiega perché bisogna assolvere con formula piena - il *dictum*, però, è, in tutto e per tutto, nella frase che tale formula enuncia e detta: l'insufficienza probatoria sta a spiegare il perché della formula. Lo stesso quando il dubbio cada sulla presenza di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità. Il sospetto che vedere le scriminanti quali elementi negativi del fatto val quanto negare l'assoluzione tutte le volte che sulla presenza della scriminante vi sia un principio di prova, non bastevole, però, a proclamarne la realizzazione nel caso *de quo*, questo sospetto, abbiamo ritenuto, è fugato. La prova, insomma, o c'è o non c'è: parlare di prova insufficiente è, per parafrasare una celebre battuta di Churchill ai Comuni, come dire di una ragazza che è un pochino incinta. Non voglio insistere su *querelles* dottrinarie: conta che l'attuale art. 530 espressamente disponga l'assoluzione anche in ipotesi di causa di giustificazione o di causa personale di non punibilità la cui presenza sia incerta. Le esimenti e le situazioni personali di non punibilità, simmetricamente agli elementi positivi della fattispecie, possono essere ritenute insussistenti solo a condizione che della loro assenza vi sia piena prova: il dubbio giova a favore dell'imputato. E così, mentre degli elementi positivi deve essere accertata la realizzazione, per quelli negativi, scriminanti o cause personali di esclusione della pena, ci vuole prova piena che manchino. Per punire il dubbio non basta. Perentoria, a riguardo, la direttiva n. 11 della legge delega: enunciate le varie formule di assoluzione e di proscioglimento c'è la chiara, esplicita, avvertenza che la prova manca anche quando è insufficiente o contraddittoria.

Per quel fenomeno che ho più volte chiamato vischiosità dei concetti e delle nomenclature giuridiche, la regola che afferma che la prova deve essere compiuta, altrimenti l'assoluzione o il proscioglimento si impongono, è letta, nei fatti, come una sorta di reviviscenza della formula di insufficienza probatoria. Con la stridente conseguenza che, su tal via, il codice attuale, che, ripetiamo, pone sullo stesso piano mancanza, insufficienza e contraddittorietà di prova, rischia di essere inteso sul punto come un passo indietro rispetto alla norma-

tiva precedente, per la quale era tassativamente prescritto che la mancanza di prova dovesse portare all'assoluzione con formula piena. Ne deriva, insomma, che ogni statuizione imperniata su una ritenuta insufficienza è priva di fondamento giuridico: l'insufficienza, ripeto, è pura e semplice carenza di prova. Prova che, nell'attuale sistema, o si realizza in tutta pienezza o fa difetto. Si realizza in tutta pienezza: e questo, ripeto, vuol dire, prova che siano realizzati tutti gli elementi positivi della fattispecie, e per contro prova piena della mancata realizzazione degli elementi negativi. È appena il caso di avvertire che la prova a contenuto negativo è raggiunta secondo l'*id quod plerumque accidit*. Di norma la causazione della morte di una persona non si accompagna ad una scriminante o ad altro elemento negativo: dunque il giudice motiva correttamente quando conclude che il fatto obbiettivo tipico è stato posto in essere al completo degli elementi costitutivi - non occorrono indagini ulteriori se di causa di giustificazione o di causa personale di esclusione della pena non vi è indizio alcuno. Ciò posto, il riferimento al capoverso dell'articolo 530 cp.p. dovrebbe comparire soltanto in motivazione, a chiarimento del perché si ritiene mancante la prova che non vi è stata esimente o condizione personale di non punibilità. Che dal punto di vista delle esigenze probatorie le cose stiano a questo modo è affare di cui bisogna rendere atto nella motivazione: il dispositivo va, poi, modulato sulle formule del primo comma dell'articolo 530. Non è pedanteria di vecchio professore: basta pensare agli effetti, non soltanto d'ordine sociale ma anche giuridici, che un'assoluzione motivata dal dubbio porta con sé, per avvertire come al fantasma di uno spettro fastidioso e molesto vada opposto l'esorcismo. Per una volta - ma non è poi tanto raro il caso - il legislatore si trova un passo avanti rispetto agli studiosi che ne commenteranno il lavoro e a quelli, investiti di funzione giurisdizionale, chiamati a farne applicazione.

5. *Troppe regole e tante deroghe.* Cedo - qualcuno dirà: una volta di più, ma forse le cose che accadono dentro di noi sono le sole di cui possiamo convenientemente parlare - alla tentazione autobiografica. Lo spunto mi viene proprio dalle riflessioni cui fui indotto allorché mi resi conto della valenza, quasi nemmeno puramente verbale, che alla disciplina dettata dal codice *in itinere* sulle formule terminali delle sentenze dottrina e giurisprudenza si disponevano a dare. E non era l'unica sfasatura. Non pochi gli istituti nuovi, innovatori, accettati in modo, vorrei dire, puramente e semplicemente estrinseco, epidermico, in una parola: spettacolare. Il senso vero della normativa appena sfiorato - tutt'al più letto come si legge qualcosa accolta, spesso addirittura esal-

tata, per il suo valore simbolico. Naturalmente era colpa nostra: non riuscivamo a fare emergere le forti ragioni del testo che stavamo fabbricando. Forse, a parte ogni altra considerazione, era questione di tempo: il nuovo, se è veramente tale, deve essere ruminato, assorbito, metabolizzato con dovuta lentezza. Fu così che mi venne in mente di non respingere l'idea che il codice entrasse in vigore per parti successive - tutto, si capisce, per offrire alla comprensione e al giudizio il respiro necessario. Mi azzardai allora a proporre che ad entrare in vigore immediatamente, comunque per primi, fossero i capitoli sulla Cassazione e sulle procedure alternative. Male me ne incolse. Non riuscii a rendere evidente che non si trattava di una ennesima remora, di un ritardo dolosamente studiato per allontanare nel tempo il codice nuovo di cui ci si era fatta una bandiera; non fui capace di comunicare in maniera sufficientemente chiara che l'acquisizione di una tecnica e di una cultura notevolmente distanti da quelle cui eravamo abituati non poteva cadere dal cielo: abbisognava, per cominciare, di un continuo fare i conti con realtà e saperi piuttosto riluttanti a lasciare il campo a realtà e a saperi diversi. Per dare un'idea della reazione, piuttosto concitata, che quanto da me nemmeno proposto, appena ventilato, sollevò, mi basti dire che almeno in due riunioni colleghi, amici di vecchia data, addolorati mi dissero che ero per loro come un amante che tradiva. Figuriamoci. Uno dei più accalorati di questi amici, romano, fra i più stimati penalisti italiani, non molto tempo dopo l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, quello di cui aveva reclamando l'immediata vigenza, si cancellò dall'albo degli avvocati perché nella recente liturgia non trovava lo scenario in cui era solito muoversi. Come tutte le aspettative messianiche che appartengono al secolo, anche questa finì per deludere.

Dei pregi e difetti dell'ordinamento processual-penalistico oggi in vigore, ordinamento - torno a ricordare - assai diverso da quello uscito dal codice del 1989 nella sua formulazione originaria, si occupano gli specialisti che arricchiscono dei loro contributi questo volume. Per parte mia desidero soltanto stringere su alcune considerazioni dettate dall'avventura processualistica alla quale mi è capitato di partecipare: una per tutte a mio avviso decisiva.

Non faccio conto delle alterazioni che, a seguito delle manipolazioni dall'entrata in vigore ad oggi, il codice ha subito. Voglio dire che già nella struttura che lo caratterizzava sin dal principio, questo codice di procedura sfiorava l'eccesso di processualismo. Non gioco a fare il paradossale, né mi carico di facile, bieca, ironia - cerco di vedere come stanno realmente le cose. È giusto, mi domando, risponde a quell'istinto di giustizia che ogni persona

bennata nutre nel suo petto, che, tante volte, il più del procedimento sia spesso nel trattare e risolvere questioni che non riguardano la sostanza della domanda proposta al giudice, bensì come, con quali modalità, con quali cadenze cronologiche la domanda stessa è presentata? Un esercizio di intelligenza e cultura molto spesso affascinante. Di un fascino, però, per così dire, autoreferenziale: compiaciuto, si proietta e si esaurisce in tutto e per tutto sul discutere, su come discutere, non sull'oggetto, sul tema della discussione. Che non di rado è, mi verrebbe da dire, dimenticato, addirittura perso cammin facendo. Non è l'unico caso in cui il mezzo si sostituisce al fine e assurge a dato determinante anziché strumentale: ma quando si tratta di processo penale si rischia di perdere di vista quello che dal processo ci attenderemmo: proclamare, superando ogni dubbio e ogni esitazione, la liceità o l'illiceità della concreta *res iudicanda*. Certo, la *res iudicanda* deve essere provata - l'ho ripetuto tante volte e tante volte ho ribadito che la prova deve essere raggiunta secondo regole precise, ma, e qui vengo al punto, le regole non devono essere pletoriche, più numerose di quanto sarebbe utile o necessario. Debbono essere elementi portanti, chiavi di volta dell'edificio, ma non tali e tante da occupare, in folla, pressoché tutte le stanze dell'edificio stesso.

Dalla predica al concreto. Poiché un codice di procedura è essenzialmente stipulazione di un *modus operandi*, l'operatività abbisogna di una regolamentazione precisa, scarsa di angolature e frammentazioni. Le eccezioni, inevitabili, dovrebbero essere poche e tutte dichiarate con la maggiore evidenza.

Attribuisco grande importanza alla legge che regola il processo penale, unico prezioso manuale per l'uso del diritto penale sostanziale. E sia chiaro: quando dico "manuale per l'uso" non intendo sminuire in alcun modo la centralità del processo, cioè la centralità delle regole che lo attuano. Senza processo, la norma reale, formata da parti che disegnano la condotta vietata e da parti che disegnano come il vietato va accertato perché lo si possa considerare effettivamente posto in essere e quali siano e come debbano essere applicate le conseguenze che ne discendono, senza processo, dicevo, la norma reale resterebbe un puro ottativo, una declamazione per far contenta qualche anima bella e niente di più: monca del braccio processuale, narrazione di un fatto che si spera non abbia a verificarsi.

Succede spesso, e chiunque faccia il faticoso mestiere di sedersi ad una scrivania, penna in mano e foglio in bianco davanti, lo sa benissimo, che solo a lavoro finito capiti di avere ben stagiato in mente come si sarebbe dovuto fare questo lavoro, quali avrebbero dovuto esserne le più salienti caratteristiche: però, *quod factum...*

Non so se per fortuna o per sfortuna, di questi tempi si parla assai spesso di riforma del codice di procedura penale, addirittura di un codice nuovo.

E allora, un'ipotesi su quello che potrebbe essere il futuro: poche regole, tutte perentorie, scandite con ogni precisione, poche eccezioni, poche subordinate, tutte enunciate senza possibilità di dubbi o fraintendimenti. In caso di violazione di queste regole, nullità assolute non rimediabili. Per il resto, ampia libertà di manovra al giudice, ma - e qui mi affretto a prevenire l'eventuale coro negativo di quanti fanno il mestiere delle leggi - libertà accompagnata dal più feroce, stringente, obbligo di motivazione. Nessun ricorso a frasi fatte, nessun ricorso a quanto genericamente disposto per legge. Passo passo, il percorso logico che porta alla decisione dovrebbe essere raccontato e spiegato in tutto il suo svolgimento: ho detto e deciso così perché... quasi una confessione, tutto quanto nei fatti, e secondo il diritto, secondo convincente logica, mi costringe ad un certo verdetto. Mi costringe: "*Hier stehe ich, ich kann nicht anders*".

Facile a dirsi, facile a scriversi: quanto a possibile realizzazione è un altro discorso. Ho avuto occasione di dire che due cose non piacciono agli italiani: la legittima difesa e la motivazione. Quanto alla prima, una volta che un governo ha cercato di dare più forte rilievo al principio che la privata difesa è sempre legittima (si noti, difesa che non è necessariamente sempre e soltanto autodifesa: si difendono anche i diritti altrui, oltre che i propri - Gesù esorta ad offrire l'altra guancia quando è schiaffeggiata la propria faccia, non quella di un altro) non ci si è preoccupati, e sarebbe stato non solo consentito ma addirittura doveroso, di come l'intento trovava attuazione nella disposizione normativa proposta, ma si è preferito evocare il *far west*, la legge della giungla, che avrebbero imperversato nel nostro paese. Altrettanto poco simpatico, si direbbe, l'obbligo di motivazione, a proposito del quale è innegabile una certa verecondia. Non lo si discute a parole, lo si elude, se ne fa a meno nei fatti. Lo stereotipo del "secondo quanto è di legge..." aiuta molto. In fondo lo stesso istintivo rifiuto ad accollarsi funzioni tipiche dello e, perfino, a rendersi conto di come si esplicano: anche, ed è il caso della privata difesa, quando lo Stato non può intervenire. Sono cose che competono al potere statale e chi siamo noi per entrarci. Non mi sogno nemmeno di porre in discussione lo Stato: cerco solo di contribuire a rendere effettuale il principio che lo Stato non è un terzo, comodo o incomodo che sia, lo Stato siamo noi. Quando l'apparato centrale non può agire subentra l'iniziativa individuale (la filosofia del volontariato sta tutta qui); quando l'apparato centrale si esprime attraverso pronunce giudiziarie abbiamo il diritto di conoscere in ogni piega, in ogni

svolgimento, il perché della pronuncia stessa.

6. *Un codice di rito nuovo per un diritto sostanziale immutato.* Questione sulla quale c'è stato acceso dibattito, quella correttezza di un iter legislativo per il quale si è addivenuti ad un codice di procedura nuovo, mantenendo in piedi il codice sostanziale che dell'altro rappresenta necessario punto di riferimento. E non c'è dubbio che l'accertamento dei fatti condizionanti e l'applicazione degli effetti giuridici condizionati risentano delle peculiarità dell'oggetto a cui si riferiscono. Ho già detto, però, come, al di là di formule incriminatrici pesantemente improntate alla ideologia del ventennio, il codice di diritto sostanziale mantenga una identità non troppo lontana dalle istanze liberali - con la cautela e le riserve inevitabili allorché si parla dell'ordinamento giuridico prefascista come di ordinamento democratico-liberale. A parte questo, c'è da dire che uno dei profili più spiccatamente caratterizzati dalla volontà di dare veste giuridica a idee totalitarie è stato rivisitato e aggiustato.

Tipicamente fuori posto in un sistema che non rinunci al rispetto della persona umana e delle sue possibilità, la cd. responsabilità oggettiva: la meccanica che accolla al soggetto agente tutto quanto da lui posto in essere o che ha, comunque, cagionato - senza tener conto, insomma, se conoscesse o potesse conoscere tutte le peculiarità del suo fare o non fare alcunché. Non poche, a casa nostra, le ipotesi improntate a questa meccanica. La più importante quella della imputazione delle circostanze. Particolarmente importante perché le circostanze influiscono oltre che sul dosaggio della pena, nell'arco della previsione normativa, e tutti sappiamo quanto questo arco sia ampio, anche perché la consumazione di un reato nella sua forma semplice è più ipotesi scolastica che concreta realtà. In genere, il reato è accompagnato, qualificato, da elementi circostanziali. Dunque, aggravanti ed attenuanti. E qui la novella dell'art. 1 della L. 7 febbraio 1990, n. 19 ha radicalmente innovato il criterio secondo il quale sono addebitate al colpevole le circostanze aggravanti. Prima della riforma, l'art. 59, co. 1, c.p. affiancava le aggravanti alle circostanze di esclusione della pena e alle attenuanti nel disposto che stabiliva che tutte le situazioni o fatti giuridici riconducibili ad una delle tre categorie menzionate dovessero considerarsi rilevanti puramente e semplicemente a cagione della loro realizzazione obiettiva. Disciplina rimasta immutata per le esimenti e le diminuenti, per le quali non è questione di responsabilità oggettiva: esimenti ed attenuanti sono fatti giuridici da cui non discende responsabilità o maggiore responsabilità, bensì rispettivamente esclusione o diminuzione della pena.

Per le aggravanti si è avuto, invece, un vero e proprio salto di qualità. Si richiede che esse, in ultima analisi, siano ascrivibili solo se ricollegabili a colpa dell'autore del fatto.

Senza soffermarmi sulle domande sollevate dal nuovo II comma dell'art. 59 c.p., le ragioni di una scelta, tutto sommato, assai impegnativa. Non v'è dubbio che la tecnica di imputazione imposta dal vecchio testo dell'art. 59 rappresentasse, per quel che concerneva le aggravanti, una tipica affermazione di responsabilità oggettiva. Un punto va ribadito: a differenza di quanto disposto ancora oggi per le attenuanti, non si trattava di stabilire l'efficacia di fatti o situazioni giuridiche la cui applicazione fosse in *favor rei*. Ponendo a carico le aggravanti, indipendentemente da ogni collegamento di natura psicologica, si entrava a vele spiegate nel dominio della responsabilità oggettiva, *stricto sensu* intesa. Ho già detto che per importanza delle conseguenze e per frequenza con cui l'operatore giuridico a tale tecnica doveva uniformarsi, del ricorso alla responsabilità oggettiva l'imputazione di tali circostanze rappresentasse il caso più importante.

Da qui la polemica contro la normativa, ritenuta per un verso vessatoria, per l'altro troppo favorevole, posta dall'art. 59 *ancien regime*. Scelta di campo che ovviamente coinvolgeva anche il sistema di accollo delle attenuanti. In parte si trattava di frutto dell'equivoco nascente dall'idea che l'addebito delle diminuenti fosse riportabile alla regola della responsabilità oggettiva: cosa che - ho già detto - non poteva sostenersi. In parte, e con motivazione forse più convincente, il pensiero guida era che il caso, il fortuito (cioè la realizzazione al di fuori di ogni legame soggettivo) non potesse né nuocere né favorire l'autore del fatto. Si potrebbe, a questo punto, esclamare: *cave a consequentiariis*. Ma non è il caso. Non si tratta affatto di un ingiustificato giovare del caso, se non vi è accollo responsabilità quando sia presente un'esimente o quando la responsabilità è definita e affermata alla stregua di caratteristiche che attenuano la gravità del fatto concreto posto in essere. Come che sia, sul filo di un pensiero così orientato, si è giunti a proporre, anche in elaborati ufficiali aventi ad oggetto la riforma del primo libro del codice penale (o, addirittura, un testo del tutto nuovo), che le circostanze, attenuanti o aggravanti che fossero, si rendessero applicabili solo se conosciute dall'agente. Soluzione che trascurava la dovuta considerazione dello spessore oggettivo del fatto concreto, esasperando la soggettivazione del reato circostanziato fino a rendere sempre più complicata, e magari evanescente, la distinzione tra figura base e figura circostanziata di illecito. Delle lezioni che si potevano trarre dagli svolgimenti *de jure condendo* del passato, ha beneficiato la novella della L. 7 febbraio 1990,

n. 19: in sostanza, lascia immutato il sistema di imputazione delle diminuenti (e, *a fortiori*, quello delle scriminanti), ma le aggravanti sono applicabili unicamente se “conosciute o ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa” (art. 59, co. 2, c.p.). Poiché ciò che conta, in definitiva, è il minimo comune denominatore sul quale poggia una certa normativa, possiamo dire che l'accollo delle aggravanti si sviluppa sulla base della rappresentabilità ed evitabilità che il colpevole avesse dell'elemento circostanziale aggravante.

Disposto sul quale si innesta quello dell'art. 118 c.p., anche questo frutto di novella, per il quale “Le circostanze che aggravano o diminuiscono le pene concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa e le circostanze inerenti alla persona del colpevole sono valutate soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono”. Dove è chiaro che, anche in caso di concorso di persone, le circostanze attenuanti si imputano a cagione della loro obiettiva esistenza; per le aggravanti occorre, invece, rappresentabilità ed evitabilità. In ogni modo, più agenti non fanno venir meno le caratteristiche personali di circostanze che possono riferirsi soltanto a chi le incarna.

E adesso un saluto affettuoso alle Amiche e agli Amici della commissione dei Quaranta. Li ricordo tutti, uno per uno – e come non ricordare, ad esempio, Ombretta Fumagalli ed Anna Finocchiaro sedute al primo banco della saletta di San Macuto. Due ragazze alla licenza liceale (quella dei miei tempi, naturalmente). Concentrate, intente tra due mucchi di libri, si scambiavano ogni tanto qualche commento, una battuta rapida e poi di nuovo a capo chino sulla pagina, giorno per giorno sviluppando una quantità incredibile di lavoro. E tutti gli altri: e qui il pensiero va a Nereo Battello. Costretto a lasciare Roma per sottoporsi ad un delicatissimo intervento chirurgico, quando potei sentirlo al telefono, con voce appena udibile mi disse soltanto: “difendi il codice, difendi il codice”. E l'ho difeso, purtroppo.