

Nel pieno della crisi di legittimazione che investiva il ceto politico nella stagione di Tangentopoli, il Senato concedeva l'autorizzazione a procedere, in passato negata ai magistrati. Mutava il rapporto tra responsabilità politica e responsabilità penale, dopo che la competenza a giudicare sui reati ministeriali era stata trasferita alla giurisdizione ordinaria, ed era stato introdotto il voto segreto per l'autorizzazione a procedere, col sottoporre ai «principi di legalità un sistema politico che vi si era progressivamente sottratto». Neppi Modona osservava che in quella «tormontata stagione di transizione» si doveva separare la responsabilità penale da quella istituzionale del «singolo uomo politico», a prescindere dal «faticoso esito del processo penale». Il pur sacrosanto principio della presunzione di non colpevolezza fino a sentenza definitiva pareva distorto, per il fine di taluni di «bloccare anche il giudizio di responsabilità politica», col «vecchio e sperimentato meccanismo della pregiudizialità penale»⁶⁴.

Nell'atto di accusa della Procura di Palermo le dichiarazioni di sedici collaboratori di giustizia – tra cui Buscetta, Mannoia, Pennino e Messina – le testimonianze e gli interrogatori di imprenditori, funzionari e colleghi di partito di Andreotti, i riscontri effettuati, l'esame di un'imponente documentazione parlamentare, erano ritenuti elementi sufficienti a far ritenere il senatore responsabile, dal 1969, di aver messo a disposizione di Cosa nostra «il potere derivante dalla sua posizione di esponente di vertice di una corrente politica [...] partecipando in questo modo al mantenimento, rafforzamento, espansione dell'associazione medesima». Andreotti era accusato di aver fornito ai boss

⁶⁴ G. NEPPI MODONA, *Il difficile confine tra responsabilità politica individuale e responsabilità penale*, in *La mafia, le mafie tra vecchi e nuovi paradigmi*, a cura di G. Fiandaca e S. Consentino, Roma-Bari 1994, pp. 179 ss.

appoggio politico e giudiziario in cambio di voti; tra i fatti contestati risaltavano i documentati rapporti con Sindona, Lima, i Di Salvo; gli incontri con Bontate, dal quale Andreotti aveva appreso l'intenzione della mafia di uccidere Mattarella; le proteste per l'omicidio del collega di partito, e al tempo stesso l'impossibilità di ritirarsi dal patto con Cosa nostra, che diventava anzi più stretto dopo la primavera 1980; la garanzia, fornita ai mafiosi, di «aggiustamenti processuali» in Cassazione per l'annullamento delle condanne inflitte nel maxiprocesso di Palermo. Proprio la sentenza 30 Gennaio 1992, che andava nella direzione opposta, era ritenuta all'origine dell'omicidio di Lima e della denuncia di Andreotti da parte dei pentiti. La corrente andreottiana era indicata come «permanente struttura di servizio» di Cosa nostra, di cui il protagonista della vita pubblica italiana, sette volte presidente del Consiglio, era identificato come «referente politico»⁶⁵.

Per taluni l'atto di accusa sollevava problemi giuridici: «le recenti clamorose iniziative giudiziarie palermitane» suggerivano a Grosso una puntuale rassegna teorica e giurisprudenziale in tema di «contiguità alla mafia», scomponibile, anche ai fini della sanzione, in responsabilità in partecipazione, concorso e «irrilevanza penale»⁶⁶. Fiandaca lamentava che l'«istituto giuridico così astruso

⁶⁵ *La vera storia d'Italia*, cit., p. 385. Sulla responsabilità politica e storica, irriducibile a quella giudiziaria cfr. anche N. TRANFAGLIA, *La sentenza Andreotti*, cit., p. 57; S. LUPO, *Andreotti, la mafia*, cit., pp. 86 ss. Insiste sui rapporti di Andreotti con Sindona, tra l'altro mandante dell'omicidio di Ambrosoli, N. TRANFAGLIA, *Le contraddizioni del processo Andreotti*, cit., pp. 171 ss. L'idea che Andreotti avesse solo tollerato la mafia, fino a dover non essere processato in E. MACALUSO, *Giulio Andreotti tra Stato e mafia*, Soveria Mannelli 1995; ID., *Mafia senza identità. Cosa nostra negli anni di Caselli*, Venezia 1999.

⁶⁶ C.F. GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa e irrilevanza penale*, in *La mafia, le mafie*, cit., pp. 177 ss.

e controverso» fosse stato stravolto, in una banalizzazio-
ne da «argomento politico giornalistico». L'allora membro
del Csm rifletteva sul fatto che l'auspicio *de iure conden-*
do di tipicizzazione, avanzato da un parlamentare, fosse
stato criticato dal sostituto Natoli, come un rischio per le
indagini future. Per Fiandaca la magistratura requirente,
«di prima linea», non temeva il «candore scientifico dello
studioso», quanto l'«adesione del politico» alle istanze ga-
rantiste; da qui la presa d'atto che la «scienza» non con-
tava più nulla nei «circuiti della produzione legislativa»;
il «populismo giudiziario», il sentire della «famosa gente
comune» parevano ispirare anche a taluni giuristi un ap-
proccio strumentale al tema del concorso esterno, come
mostravano le dichiarazioni sulla stampa di Giuliano Pi-
sapia – presidente della Commissione giustizia alla Camera
– e di Franco Coppi – docente di diritto penale e difensore
di Andreotti – circa la «inesistenza di quel reato nel codi-
ce», col «risultato di gettare un'ombra sulla legittimità dei
processi in cui l'istituto viene applicato»⁶⁷.

Il 2 Marzo 1995 Andreotti era rinviato dal giudice
per le indagini preliminari al Tribunale di Palermo; la pri-
ma tappa del «processo del secolo» vedeva la battaglia della
difesa per lo spostamento della sede a Roma o a Perugia,
dal momento che il senatore l'11 Aprile 1996 era rinviato
a giudizio anche davanti alle Assise del capoluogo umbro,
con l'accusa di essere il mandante dell'omicidio mafioso del
giornalista Mino Pecorelli, che avrebbe minacciato Andre-
otti di rendere pubblico il coinvolgimento in uno scandalo
politico-finanziario⁶⁸. Nell'aulabunker palermitana il se-

⁶⁷ G. FIANDACA, *Il «concorso esterno agli onori della cronaca»*, in «Il
Foro italiano», 1997, V, pp. 3 ss.

⁶⁸ Nel 1999 Andreotti sarebbe stato assolto dalla pesantissima accusa,
condannato in appello nel 2002, poi assolto in Cassazione senza rinvio nel
2003. Cfr. S. FLAMIGNI, *Dossier Pecorelli*, Milano 2005; M. PACE, *Mino Pecorelli, il delitto irrisolto*, Roma 2009.

natore si difendeva col negare qualsiasi coinvolgimento in
«Cosa Loro. Mai visti da vicino», con una strategia inverosi-
simile, che, per un'antica logica inquisitoria, per taluni ri-
saltava come il «maggiore indizio di una qualche sua colpe-
volezza»⁶⁹. Andreotti escludeva la «lunga coabitazione» tra
mafia e politica, nodo della storia italiana, che da tempo
anche la Commissione parlamentare aveva reso di dominio
pubblico. Il processo metteva dunque in scena la simmetria
tra «potere ufficiale e potere criminale», che Andreotti vo-
leva invece separare, fino a disconoscere o minimizzare la
stessa rilevanza della mafia nella vita italiana. Da qui la *va-*
*nit*as della pretesa a che la prova, profilo nevralgico anche
di questo caso, potesse formarsi in contraddittorio; le te-
stimonianze *de relato*, pur escluse dal codice del 1988, as-
sumeivano valore di prova, come commentava Damaska⁷⁰.
Tra gli episodi più discussi risaltava la testimonianza di un
pentito sull'incontro e «bacio» tra Andreotti e Riina, even-
to clamoroso, che occupava il centro della scena processua-
le e mediatica, e diventava per taluni prova di innocenza,
per altri di complotto. I fatti apparivano selezionati secon-
do strategie dimostrative in rapporto al crimine imputato
al senatore, e non per sè stessi, in una giuridicizzazione
irriducibile alle logiche del giudizio. Dal canto suo Caselli
su *Il Corriere della Sera* rifiutava la rappresentazione del
processo come momento della «storia in tribunale», negan-
dogli il carattere «politico». Scriveva di «un processo a una
persona specifica che di mestiere faceva il politico, per fat-
ti specifici riferibili esclusivamente a questa persona [...] la
politica vera e la storia d'Italia non c'entrano niente». L'argomento era ripreso anche dal difensore di Andreotti,
Coppi, che in aula proclamava: «vogliamo giudicare anche

⁶⁹ S. LUPO, *Che cos'è la mafia*, Roma, 2007, p. 67.

⁷⁰ M.R. DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna 2003, p. 75.

chi ci ha governato [...] ma siamo in un processo penale [...] ogni affermazione deve essere confortata da prove, cioè trovare riscontri nei fatti»⁷¹. Fiandaca coglieva che l'indagine giudiziaria sulla vita politica nell'isola e nel paese era destinata a semplificare la realtà storica, riducendola agli aspetti criminali, e finendo per rimuovere anche quello che era stato accertato dal lavoro della magistratura, nel crinale sempre scivoloso dell'intreccio «tra politica e giustizia»⁷².

La sentenza del tribunale di Palermo del 23 Ottobre 1999 da un lato innovava la prassi dei maxiprocessi, che aveva riconosciuto il vincolo associativo come prova logica di fatti considerati isolatamente, e non ricompresi in un tessuto unitario, con l'approdare alla «antica assoluzione per mancanza di prove». Dall'altro non escludeva i «rapporti» della corrente andreottiana con i Salvo, e Lima, e l'appoggio offerto da Andreotti a Sindona, «riferimento politico» dei boss. L'incontro con Bontate, ove Andreotti sarebbe stato messo al corrente della scelta di eliminare lo scomodo Mattarella, era definito «possibile», ma non «adeguatamente provato». In merito alle aspettative dei mafiosi per il favore di sentenze «aggiustate» da Carnevale, il Tribunale asseriva che la sentenze in tema di reati associativi – che volevano la prova riferita ad ogni singolo reato, e non valutata globalmente – si basavano su un consolidato indirizzo giurisprudenziale, apprezzato anche dalla «corrente più progressista della magistratura», più della Prima sezione della Cassazione attestata su posizioni «garantiste». La costante negativa di Andreotti era ritenuta mossa dall'intento di «non offuscare la propria immagine

⁷¹ L'arringa di Coppi in R. MINNA, *Andreotti Giulio*, cit., pp. 189 ss.; J.L. BRIQUET, *La storia in tribunale*, cit., p. 167.

⁷² G. FIANDACA, *Il processo Andreotti tra politica e giustizia*, in «Segno», 1997, pp. 29 ss.

pubblica»; il «quadro probatorio» appariva «caratterizzato complessivamente da contraddittorietà, insufficienza, e in alcuni casi, mancanza di prove in ordine ai fatti di reato addebitati». Si ricordava la «regola di giudizio» ex comma 2 art. 539, «obbligo del giudice di pronunciare sentenza di assoluzione anche quando manca, è insufficiente e/o contraddittoria la prova della responsabilità dell'imputato»⁷³.

La procura di Palermo ricorreva in appello, argomentando che la «prova logica» e la «valutazione globale e coordinata dell'intero quadro probatorio» sarebbero state sufficienti a far ritenere Andreotti colpevole del reato di cui all'art. 416 fino al 1982 e 416 bis oltre quella data, come da giurisprudenza consolidata. Il processo in appello si svolgeva tra la primavera del 2001 e quella del 2003; innovando la precedente sentenza di primo grado la sentenza ammetteva «amichevoli e anche dirette relazioni» del senatore con «gli esponenti di spicco della cosiddetta ala moderata di Cosa nostra», fino alla «interazione dell'imputato con i mafiosi nella vicenda Mattarella». Col minare la grande narrazione di parte della stampa e del mondo politico su «Andreotti assolto», la corte riconosceva al senatore la piena consapevolezza del fatto che i suoi sodali siciliani intrattenevano amichevoli rapporti con alcuni boss. La sentenza concludeva: «dovendo esprimere una valutazione giuridica sugli stessi fatti, la Corte ritiene che essi non possano interpretarsi come una semplice manifestazione di un comportamento solo moralmente scorretto e di una vicinanza penalmente irrilevante, ma indichino una vera e propria partecipazione alla associazione mafiosa, apprezzabilmente protrattasi nel tempo». Si riconosceva insomma una «autentica stabile e amichevole disponibilità dell'imputato verso i mafiosi», seppur non protratta, perchè non provata, oltre la primavera del 1980; i «rapporti

⁷³ N. TRANFAGLIA, *La sentenza Andreotti*, cit., pp. 83-156.

di scambio» e le «amichevoli relazioni», volti a propiziare voti per la corrente, parevano subire una cesura con la «vicenda Mattarella», l'incontro di Andreotti con Bontate e la «omessa denuncia della responsabilità della scelta sanguinaria» nelle sedi istituzionali da parte del senatore. Da allora sarebbe iniziato il recesso, dimostrato anche dal sostegno al decreto legge 12 Settembre 1989, che evitava la scarcerazione dei boss mafiosi. La «vera e propria partecipazione» dell'imputato all'associazione era definita condizione per «ribaltare, sia pure nei limiti del periodo preso in considerazione, il giudizio negativo del tribunale in ordine alla sussistenza del reato concretamente ravvisabile estinto per prescrizione».

La Procura presentava ricorso, sostenendo che il mancato recesso di Andreotti dall'organizzazione criminale, stabilito dalla corte d'appello, non risultava da inequivocabili segni di ravvedimento. La Cassazione rispondeva con una lunga analisi della giurisprudenza in tema di reato associativo, con particolare riferimento alla prova. Al proposito riconosceva come avvenuta la dimostrazione di «specifiche attività espletate a favore del sodalizio», con la convincente «ricostruzione dei singoli episodi e la valutazione delle relative conseguenze». Da qui la conferma che lo scontro con Bontate, dopo l'omicidio Mattarella, era stato rettamente considerato dalla corte territoriale sufficiente a determinare la rottura tra il senatore e l'associazione mafiosa; la scelta era fondata sul «libero apprezzamento del giudice di merito». Per la suprema corte – che, confermando la sentenza di appello, respingeva sia il ricorso della procura di Palermo che quello di Andreotti, condannato a pagare le spese processuali – altre ipotesi potevano avere «uguale forza logica», essere «stigmatizzate nel merito, ma non in sede di legittimità»⁷⁴.

⁷⁴ U. URSETTA, *Mafia e potere alla sbarra*, cit., pp. 90-96.

6. Processi penali «contro» la criminalità organizzata e «nuovo modello accusatorio puro»: una difficile «compatibilità».

«Il processo penale va trattato come un'attività anche di ricerca sul crimine, o, invece, quale mero *iudicium* su un materiale d'accusa formato altrove?»⁷⁵. Al denso dilemma di Nobili, posto nel 1984, le «istruttorie-inchiesta» di quegli anni andavano proponendo la prima alternativa, con gli inquirenti motori di una guerra giudiziaria alla criminalità organizzata. Il «processo penale contro»⁷⁶, che poggiava sul consenso della società, poneva una ipoteca sul varo di quello che il Parlamento andava discutendo come «nuovo modello accusatorio»⁷⁷. I maxiprocessi imponevano al confronto parlamentare e dottrinale l'ineludibile rinuncia ad un idealtipo «puro» di «parti»; su questo nodo si appuntavano le critiche di Nuvolone, che definiva la legge delega *in fieri* «priva di coerenza sistematica [...] barocca e lacunosa»⁷⁸.

Anche rispetto al Progetto del 1978 il legislatore discuteva dunque di un nuovo *modus procedendi*, con la limitazione della connessione; l'abolizione del giudice istruttore

⁷⁵ M. NOBILI, *Indagini sulla criminalità organizzata, strumenti processuali, autorità giudiziaria*, in «Politica del diritto», 1984, p. 462.

⁷⁶ Sulla distanza dall'ordine liberale cfr. tra gli altri A. BARATTA, *La violenza e la forza, Alcune riflessioni su mafia, corruzione, e il concetto di politica*, in «Dei delitti e delle pene», 1993, pp. 120 ss.; G. GIOSTRA, *Il processo penale «contro» la criminalità organizzata: rischi di strumentalizzazione*, in *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, a cura di G. Giostra e G. Insolera, Milano 1995, pp. 155 ss.

⁷⁷ E. AMODIO, *Un nuovo modello accusatorio per la giustizia penale*, in «Questione giustizia», 1984, pp. 101 ss. Il termine modello era ripreso da un saggio che, dopo il «sacrificio di garanzie» degli anni dell'emergenza, auspicava un cambio di passo; cfr. M. CHIAVARIO, *Nuovo modello di giustizia penale e libertà personale dell'imputato*, in «Politica del diritto», 1984, pp. 427 ss. Per un «modello realistico» cfr. E. FORTUNA, *Modello ideale e modello reale nel sistema processuale penale*, in «Cassazione penale», 1984, p. 2314 ss.

⁷⁸ P. NUVOLONE, *Osservazioni sulla delega legislativa per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale*, in «L'Indice penale», 1983, pp. 598 ss.

– che aveva mostrato capacità di ricostruire trame complesse, dal terrorismo, alla mafia, alla P2, agli incunaboli della corruzione – la facoltà, in capo al pm, di svolgere indagini, cui si negava valore di prova, tale se formata nel contraddittorio. Si lanciava «la parola d'ordine sì alle maxi inchieste e no ai maxidibattimenti»⁷⁹.

Nel tentativo di superare l'ostilità dei magistrati, Amodio ricordava che «proprio dai settori progressisti della magistratura era venuto negli anni Sessanta lo stimolo ad elaborare linee di riforma capaci di rimuovere le incrostazioni inquisitorie che affliggono la nostra giustizia penale». Il testo in discussione al Parlamento non era presentato come il frutto di un «soliloquio di un giurista o dalla bizzarra ingegneria processuale di un comparatista, ma di una riflessione collettiva che ha percorso gli ambienti paludati dell'accademia, quelli di chi è abituato a frequentare le aule giudiziarie, e, infine, la sede parlamentare». Si puntualizzava inoltre che la privatizzazione dell'accusa trovava un correttivo nella previsione che il pm dovesse tener conto anche degli elementi favorevoli all'imputato; che il giudice istruttore era sostituito da un giudice garante della libertà e della formazione della prova in contraddittorio, non «burocratico ratificatore dell'operato dell'accusa»; che «eccezionali esigenze di segretezza», come quella di tutelare il teste nei processi per reati associativi, potevano imporre deroghe ad un modello che si diceva «flessibile», e che comunque non intendeva abdicare allo «scopo istituzionale di accertare la verità»⁸⁰.

⁷⁹ Sullo «slogan», «no ai maxiprocessi, sì alle maxindagini» G. TURONE, *Le «indagini collegate» sui reati della criminalità organizzata*, in «La difesa penale», 1989, p. 32; V. GERACI, *Il maxiprocesso alla mafia*, cit., p. 42; E. FASSONE, *Esperimenti ed esperienze nel corso dei primi maxiprocessi: il maxiprocesso di Torino*, in *Fenomenologia del maxiprocesso*, cit., p. 52.

⁸⁰ E. AMODIO, *Un nuovo modello accusatorio*, cit., pp. 101 ss. Sul ripudio del giudice investigatore come inizio di smantellamento del garantismo in-

Dal canto suo il procuratore generale presso la Cassazione rifletteva sulla difficoltà di «trasferire l'istruttoria nella fase dibattimentale»; affermava inoltre: «suscita qualche perplessità la riserva alla fase dibattimentale della formazione della prova con riguardo, soprattutto, ai processi per reati associativi o di criminalità economica, che richiedono penetranti, difficoltose e articolate indagini», ed aggiungeva che «non sembrano compatibili con il progettato sistema processuale gli strumenti apprestati dalla legge Rognoni-La Torre, che hanno segnato un vero salto di qualità nella scoperta dei traffici delle organizzazioni criminali». Da un lato si stigmatizzavano le «aspettative di condanna generalizzata nell'opinione pubblica», indotte dalle vicende giudiziarie di mafia e camorra; dall'altro si sosteneva che i maxiprocessi erano irriducibili alla rappresentazione di una «giustizia di massa, in cui i collegi giudicanti esprimono la decisione di un più vasto tribunale del popolo». Si poneva comunque il tema di una legislazione «tecnicamente ineccepibile, oltre che intrinsecamente giusta»⁸¹. Da un altro punto di vista Pansini – presidente dell'Unione camere penali – chiamava il Parlamento a fare «chiarezza nelle individuazioni delle scelte ideologiche, della filosofia del processo»; più dell'inerzia del legislatore, incapace quarant'anni dopo la Costituzione ad offrire un «nuovo strumento processuale», si lamentava, con «esempi a piene mani», il «boicottaggio» delle riforme garantiste da parte della magistratura, ad iniziare dalla Novella del 1955. Nella critica della «distorta ideologia» alla base delle «norme penali e processuali per la repressione di gravi

quisitorio cfr. E. AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano 2003, pp. 89 ss. Analoghi toni negli interventi dell'allora guardasigilli Martinazzoli, del presidente di Commissione Pisapia e di Chavario, in «Legislazione penale», 1984, pp. 538 ss.

⁸¹ *Contra* P. CORSO, *Fenomenologia del maxiprocesso*, cit., pp. 249 ss.

reati», varate dal 1974, si ripeteva il senso di un processo come «strumento di verifica che si attua nel contraddittorio», altro dalla «lotta alla criminalità». Alla logica delle maxi inchieste si opponeva la rappresentazione del Carne-lutti sul «rapporto tra l'imputato e il suo giudice», la *vanditas* del «feticcio del saper tutto, dell'individuare tutto». Da qui la proposta della «eliminazione della parte civile», dell'adozione di «procedure differenziate», della piena valorizzazione del contraddittorio, pietra angolare del «processo giusto»⁸².

La centralità del dibattito, sede delle garanzie con la *cross examination*, era peraltro ridimensionata dall'esigenza, posta dalla stessa processualpenalistica e dal legislatore a semplificare il processo, condizione per il funzionamento del modello accusatorio. Non si esitava a definire il dibattito una «eventualità da lasciare sullo sfondo», sottolineando che «il ricorso ai riti alternativi» doveva essere «favorito al massimo», fino alla «smitizzazione dell'idea che il processo abbia bisogno di percorrere tutti i gradi di giudizio»⁸³. Contro il processo forte, praticato dalla magistratura, Amodio indicava il valore garantista dell'alleggerire il carico giudiziario, con «piccoli passi»; ammetteva che il patteggiamento era impensabile nei processi di criminalità organizzata, ma lamentava che anche per la generalità dei riti incontrasse speculari «remore illuministiche e resistenze inquisitorie»⁸⁴. Cordero definiva la ri-

⁸² G. PANSINI, *Chiarezza nelle ideologie del nuovo processo penale*, in «Archivio penale», 1985, pp. 332 ss.

⁸³ G. CONSO, *Verso il nuovo processo penale. È in corso il dibattito sul progetto preliminare del 1988*, in «La giustizia penale», 1988, p. 293.

⁸⁴ E. AMODIO, *La riforma del patteggiamento tra remore illuministiche e resistenze inquisitorie*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1985, pp. 1124 ss.; V. GREVI, *Patteggiamento sul rito e patteggiamento sulla sanzione tra Progetto Martinazzoli e prospettive del nuovo processo penale*, *ibid.*, pp. 1131 ss.

chiesta dell'imputato al giudice di una sanzione sostitutiva, che, previo parere favorevole del pm, estingueva il reato un «istituto mal congegnato»; ma sosteneva che la giustizia negoziata era una «idea felice»; nell'auspicabile «nuovo corso accusatorio» l'accordo tra parti sembrava destinato ad un «futuro importante»⁸⁵. Di fronte all'«ideologismo» contrapposto di magistrati e dottrina si suggeriva di metter da parte l'«inseguire il mito di un unico modello processuale»; la previsione di «modelli processuali differenziati» appariva come condizione del superamento della «paralizzante contraddizione tra garantismo e logica dell'emergenza». Da qui la proposta di un'udienza preliminare per i processi più semplici, ad impianto individuale; mentre per quelli più complessi, per reati associativi, sconosciuti al sistema accusatorio, si prevedevano indagini preliminari del pm – da «giudice» a «parte» – prolungate nel tempo, due anni, ed eventualmente integrate da incidenti istruttori. Il legislatore intendeva superare così le riserve della magistratura, specie di quella impegnata nei «grandi processi»; era chiaro che l'accusatorio si giocava la possibilità di aver successo a condizione di trovare una soluzione soddisfacente al problema del rilievo della prova assunta prima del dibattimento, questione nevralgica nei processi di criminalità organizzata⁸⁶.

Dal canto suo Leone in Senato contestava la discriminazione tra prove ammesse e non ammesse in dibattimento, in quanto contraria al principio del libero convincimento

⁸⁵ F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino 1986, p. 378.

⁸⁶ G. NEPPI MODONA, *Il nuovo processo penale tra emergenza e cultura delle riforme*, in «Questione giustizia», 1984, pp. 125 ss.; V. GREVI, *Indagini preliminari ed incidente probatorio nella progettazione del nuovo processo penale*, in «Cassazione penale», 1984, pp. 1839 ss.; G. LATTANZI e E. LUPO, *La nuova legge delega per il codice di procedura penale. Continuità e differenze di sistema*, in «Cassazione penale», 1983, pp. 181 ss.

del giudice e poco compatibile con una realtà italiana di «testimoni con la pistola alla nuca». L'ex capo delo Stato asseriva inoltre che la *cross examination* avrebbe favorito l'assistito dell'avvocato famoso, specie in assenza di un gratuito patrocinio, di una «Avvocatura di Stato». Respinta una modellistica che pareva ideologica, l'accusatorio all'americana, impossibile a trapiantare, Leone auspicava una legge delega adeguata «alle esigenze del paese»⁸⁷. Non a caso Amodio, attento lettore della «prassi» di accusa e inquisizione⁸⁸, insisteva nel tematizzare i caratteri di un «accusatorio all'europea», per respingere la «sbrigativa e fuorviante immagine continuamente evocata di un processo tutto calcato sull'esperienza americana»⁸⁹.

Nel dibattito in vista della legge delega le ideologie processuali si distanziavano, tra chi vedeva nei «maxiprocessi un vizio capitale: sono inoperabili in termini garantistici, vale a dire non possono giungere a buon esito senza sacrificio per i diritti di difesa e libertà dell'imputato», e chi, come il guardasigilli Rognoni, riteneva che di fronte ai reati associativi la giurisdizione dovesse innanzitutto rispondere alla «grande preoccupazione della gente»⁹⁰. Pertanto si affidava al codice *in fieri* anche il compito di «combattere sul terreno giudiziario [...] i contropoteri criminali»⁹¹, col

⁸⁷ G. LEONE, *Rilievi critici sulla legge delega del codice di procedura penale*, in Id., *Interventi e studi sul processo penale*, Napoli 1990, p. 149.

⁸⁸ E. AMODIO, *Clima inquisitorio e clima accusatorio, due prassi a confronto*, in «La difesa penale», 1988, pp. 20 ss.

⁸⁹ E. AMODIO, *Miti e realtà della giustizia nord americana. Il modello accusatorio statunitense e il codice di procedura penale del 1989*, in Id., *Processo penale, diritto europeo e common law*, cit., p. 230. Una comparazione tra il processo in America e il progetto italiano in *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di E. Amodio e M.C. Bassiouni, Milano 1988.

⁹⁰ P. FERRUA, *I maxiprocessi e la legge 17 Febbraio 1987*, cit., pp. 440 ss.

⁹¹ G. NEPPI MODONA, *Logica dell'emergenza*, cit., p. 145; cfr. anche G. NEPPI MODONA, *I meccanismi processuali differenziati*, in «Cassazione penale», 1984, pp. 423 ss.

rimandare – nelle parole del magistrato Fortuna – il «nuovo modello processuale accusatorio nella sua integralità ad un momento migliore, quando la società sarà migliore»⁹². Al proposito De Leo – sostituito a Napoli – puntualizzava i passaggi di senso della «politicalità della giurisdizione»: negli anni Sessanta il processo era parso un limite anziché uno strumento di coercizione, col corredo della prova come garanzia, piuttosto che mezzo per scoprire la verità. Col «crescente bisogno di legalità nel paese», era mutato il rapporto legge-giudice, «i cui compiti si saldano con le esigenze di legalità, sicurezza e correttezza istituzionale». Da qui la critica delle proposte per l'«evirazione di un pm, privato di poteri istruttori», schiacciato sulla polizia giudiziaria e sull'esecutivo. Nei «grossi processi» – argomentava il magistrato – la «terzietà investigativa di un organo indipendente» era una garanzia «alla quale la società italiana di questi anni non può permettersi di rinunciare», anche a costo di «inquinare la purezza del sistema accusatorio, rinunciare a un processo che sia solo giudizio, rinunciare alla formazione esclusiva della prova in dibattimento». De Leo concludeva: «credo che la metafisica del processo non interessi a nessuno»; nel suo ragionamento pesava l'argomento della inadeguatezza della «situazione italiana» di una «verità processuale che venga fuori da un gioco dove le regole sono rispettate»⁹³. Anche Falcone poneva il tema del «rischio che non si riesca a provare col nuovo rito l'esistenza di Cosa nostra»; metteva in guardia dall'abbandono del *modus procedendi* dettato dalla legge Rognoni-La Torre, che aveva consentito di applicare misure di prevenzione a

⁹² *Un nuovo processo penale per una società migliore*, in *Il nuovo contratto sociale. Dieci anni di attività del centro lunigianese di studi giuridici*, a cura di E. Ferri. Presentazione di S. Pertini, Milano 1985, p. 192.

⁹³ F. DE LEO, *Quale processo per quale giurisdizione*, in «Questione giustizia», 1984, pp. 148 ss.

carattere personale e patrimoniale, in attesa di acquisire le prove per specifici delitti commessi. Un pm «solo parte, non giudice», «sorta di avvocato della polizia», pareva un traguardo «difficile», nella convinzione che una figura istituzionale «priva di mezzi e di una azione incisiva» avrebbe incrinato l'ideale della indipendenza di questo magistrato, ridotta a «miraggio o privilegio di casta»⁹⁴.

Il peso del «caso italiano», dell'Italia dei poteri istituzionali «sviati», destinato ad arginare le aspirazioni per l'accusatorio, non era argomento esclusivo della magistratura. Nobili coglieva che collocare le indagini preliminari fuori dallo *iudicium* faceva scomparire il «magistrato inquisitore», sgravando la magistratura della lamentata «supplenza». Restava però in campo il problema della terzietà e indipendenza del giudice, cui demandare complesse e pentranti inchieste in tema di mafia e «criminalità annidata negli apparati dello Stato»⁹⁵. Dal canto suo Frigo osservava che dall'itinerario parlamentare verso la legge delega emergeva l'istanza per un «diverso processo contro la criminalità organizzata», se non un «sesto rito», accanto ai cinque «differenziati», in virtù soprattutto della preventiva acquisizione della prova secondo il sistema dell'incidente probatorio. D'altro canto appariva chiaro che l'istituto, se riguardante un numero elevato di imputati, poteva risolversi in un «maxi incidente»; pertanto Frigo metteva in guardia da facili ottimismo: «chi vede nel maxiprocesso uno dei frutti diabolici della cd. emergenza, rigogliosamente maturato grazie al sistema che – pur con tutti gli oscillanti garantismi – è inquisitorio, assegna al nuovo processo – almeno tendenzialmente accusatorio – il compito dell'esorcista». Non a caso Vassalli interveniva al Senato osservando

⁹⁴ G. FALCONE e M. PADOVANI, *Cose di Cosa nostra*, cit., pp. 152, 164.

⁹⁵ M. NOBILI, *Indagini sulla criminalità organizzata*, cit., pp. 465 ss.

che la riforma sarebbe stata «presumibilmente buona per i processi di media e minore criminalità, mentre è lecito domandarsi quale sarà il suo effetto sui processi alla grande criminalità». Per Frigo solo il magistrato che «accettava i fondamenti ideologici del nuovo modello» sarebbe stato immune dalla tentazione di inceppare il meccanismo disegnato dalla legge-delega, definito dal guardasigilli Martinazzoli un «non disprezzabile punto di equilibrio tra efficacia e garanzia»⁹⁶.

In omaggio ai magistrati impegnati «sul campo della criminalità più pericolosa»⁹⁷, tra le Commissioni istituite dal guardasigilli Rognoni risaltava quella sui maxiprocessi, presieduta da Caponnetto, e che faceva pervenire proposte e documenti a quella redigente, presieduta da Pisapia⁹⁸. Il nodo dei dispositivi processuali per la criminalità organizzata costringeva dunque il legislatore ad una attenzione al «quotidiano della giustizia»; il dibattito parlamentare cercava di evitare sia la ripetizione delle logiche dell'emergenza, che l'inseguire una «ideale disciplina di processi di gente per bene», scaricando sulla legislazione speciale la «criminalità che conta». Da qui la messa a fuoco di un «incidente istruttorio», che non si risolvesse in un inquinamento delle indagini o nel «cecchinaggio del testimone»;

⁹⁶ G. FRIGO, *Compatibilità del maxiprocesso con le direttive per il nuovo codice di procedura penale*, in «L'Indice penale», 1987, pp. 425 ss.

⁹⁷ M. CHIAVARIO, *Verso la delega-bis*, in *Procedura penale. Un codice tra storia e cronaca*, Torino 1996, p. 71.

⁹⁸ Cfr. *Intervento del prof. Giuliano Vassalli, Ministro di Grazia e giustizia*, in *I riti differenziati nel nuovo processo penale*, Milano 1990, p. 3; G. CONSO, *L'iter sul progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale*, in *Il nuovo codice di procedura penale*, a cura di G. Conso, V. Grevi e G. Neppi Modona, IV, *Il Progetto preliminare del 1988*, Padova 1990, p. 6; G. SPANGHER, *Il nuovo processo penale e il maxiprocesso: l'impianto originario del codice e le modifiche al codice di procedura penale del 1991 per consentire la promozione e la celebrazione dei maxiprocessi*, in *Fenomenologia del maxiprocesso*, cit., pp. 69 ss.

dell'esclusione, per i «magistrati inquirenti», di poteri limitativi della libertà personale, e della durata di tali misure entro «termini fisiologici». Al proposito Fassone – membro della Commissione ministeriale – metteva in luce la «lacerazione nella cultura giuridica», davanti ad un codice che sembrava fatto per la «sfiducia nella magistratura»⁹⁹. Non a torto Vassalli coglieva in queste parole lo sguardo di una parte consistente dei giudici su un codice «assolutamente inapplicabile ed inservibile» sul terreno della acquisizione e valutazione della prova, con il profetizzarne il «nucleo del fallimento»¹⁰⁰. D'altro canto il legislatore insisteva nel voler eliminare i «guasti della giustizia di massa», col «frantumare le maxi-inchieste»; fatta salva l'obbligatorietà dell'azione penale, si prevedeva che il pm, non potendo contare più sulla conoscenza completa del fascicolo da parte del giudice del dibattimento, selezionasse imputati e imputazioni. Il «valore di verità della chiamata di correo» era la questione più spinosa, e lo sarebbe rimasta dopo il codice; il Parlamento esigeva il «riscontro oggettivo» per la «condanna», in un approccio che pareva in linea con alcune pronunzie della Cassazione circa necessari «riscontri certi e univoci»¹⁰¹. Si delineava una valorizzazione del contraddittorio nelle decisioni che negavano valore probatorio alle sommarie informazioni, fornite dall'imputato alla polizia giudiziaria, e alle rivelazioni di un confidente di pubblica sicurezza¹⁰². Da un altro punto di vista Spataro

⁹⁹ E. FASSONE, *Si alla garanzia, no alla sfiducia nella magistratura*, in *Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero*, Milano 1989, a cura di M. Chiavario, p. 238.

¹⁰⁰ G. VASSALLI, *Considerazioni conclusive*, *ibid.*, p. 334.

¹⁰¹ G. NEPPI MODONA, *Dichiarazione dei pentiti e problema della prova*, in *La legislazione premiale*, cit. pp. 249 ss.; E. AMODIO, *Maxiprocessi e «pentiti» nell'esperienza continentale e nel sistema di common law*, in *Processo penale, diritto europeo e common law*, cit., p. 263.

¹⁰² N. COLAJANNI, *Il legislatore sciancato*, in *Crisi della giurisdizione e crisi della politica*, cit., p. 264.

lamentava la «mitizzazione del confronto come strumento di accertamento della verità»¹⁰³.

Per Cordero la legge delega varata nel 1987 con le sue «105 direttive» segnava il «salto genetico [...] l'embrione configurava l'intero organismo»¹⁰⁴. Leone interveniva come presidente onorario dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale per criticare la scelta di rinnegare i principi del *favor rei* e del libero convincimento, iscritto in un modello che, seppur diverso da quello anglosassone, era comunque lontano dalle tradizioni e necessità nazionali. Il giurista napoletano indicava inoltre la *vanitas* di pensare di ridurre la durata dei tempi di un processo diviso in due tronconi; e soprattutto evidenziava certi cruciali «aspetti incostituzionali», azione penale posta alla fine dell'indagine preliminare, giudizio abbreviato, applicazione della pena su richiesta delle parti, scelte che ponevano «completamente da parte il potere giurisdizionale»¹⁰⁵. Pisapia respingeva le critiche dell'«illustre amico», rivendicando le origini dottrinali del codice nella lezione dei Carrara e dei Lucchini, che avevano colto nel sistema accusatorio l'ispirazione per un codice nazionale, garante della «libertà dei cittadini contro i soprusi del potere»¹⁰⁶. «Un nuovo modello di processo che si ispira alla scelta del rito accusatorio» era voluto in continuità con «la migliore dottrina italiana e, storicamente, la genuina tradizione romanistica»¹⁰⁷.

Più pragmaticamente molti insistevano sulla necessità di strutture giudiziarie adeguate a rendere praticabile

¹⁰³ A. SPATARO, *Intervento*, in *La legislazione premiale*, cit., p. 281.

¹⁰⁴ F. CORDERO, *Strutture di un codice*, in *Scienza e tecnica della legislazione*, Trieste 1992, p. 72.

¹⁰⁵ G. LEONE, *Intervento*, in *Il nuovo processo penale dalla codificazione all'attuazione*, Milano 1991, pp. 1 ss.

¹⁰⁶ G.D. PISAPIA, *Introduzione*, cit., p. 12.

¹⁰⁷ G.D. PISAPIA, *Un nuovo modello di processo*, in «Legislazione penale», 1989, pp. 77 ss.

la giurisdizione disegnata dal nuovo codice; per Fassone – all'epoca presidente delle Assise a Torino nel maxiprocesso al clan dei catanesi – la «criminalità organizzata chiedeva una giustizia anche mentalmente organizzata», una «cultura investigativa all'altezza»¹⁰⁸. Violante da un lato metteva in guardia dalla *vanitas* dell'affidarsi al processo penale come ad «unica sede di contrasto al crimine», «grande totem per risolvere i problemi»; dall'altro affermava che «la garanzia costa», fino ad indicare nel «Ministero del Tesoro il nemico del codice»¹⁰⁹. Tra i «profeti di sventura»¹¹⁰, Leone pareva prendere la parola a nome dei magistrati, scrivendo lettere aperte al presidente della Repubblica e al guardasigilli; auspicava almeno un rinvio del codice, visto il «drammatico problema delle strutture giudiziarie»¹¹¹. Dal canto suo il ministro Vassalli tematizzava il senso di altrettanto decisive «strutture mentali», nel commentare duramente un intervento di Bertoni – all'epoca presidente dell'Anm – sul «gioiello che piace ai delinquenti»¹¹². Con sarcasmo Marcello Maddalena – istruttore, poi alla procura di Torino, all'epoca membro del Csm – ricordava che

¹⁰⁸ E. FASSONE, *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in *Processo penale e criminalità organizzata*, a cura di V. Grevi, Milano 1993, pp. 233 ss. Sull'esperienza del Presidente delle Assise a Torino nel maxiprocesso celebrato tra il 31 Marzo 1987 e il 5 Novembre 1988 cfr. E. FASSONE, *Esperimenti ed esperienze nel corso dei primi maxiprocessi: il maxiprocesso di Torino*, in *Fenomenologia del maxiprocesso*, cit., pp. 43 ss.

¹⁰⁹ L. VIOLANTE, *Il nuovo codice e il contesto. Un impegno difficile ma necessario*, in *Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero*, cit., p. 287.

¹¹⁰ Sull'ostilità dei giudici, «profeti di sventura», nei confronti del codice cfr. D. MARAFIOTI, *Le grandi manovre: chi ha paura dell'accusatorio?*, in «Il nuovo processo», 1989, p. 16.

¹¹¹ G. LEONE, *Il nuovo processo penale troverà impreparata la macchina giudiziaria*, in Id., *Interventi e Studi*, cit., pp. 163 ss.; *Invito al rinvio dell'entrata in vigore del nuovo codice*, ibid., pp. 165 ss.

¹¹² G. VASSALLI, *Conclusioni*, in *Un nuovo codice per una nuova giustizia*, Padova 1989, p. 260. Critico di Bertoni, che da subito avrebbe proposto di cambiare il codice I. MEREU, *La giusta ingiustizia*, cit., p. 160.

taluni boss mafiosi, intercettati al telefono, sul codice mostravano un apprezzamento di natura «non scientifica». Il magistrato insisteva sullo scivolamento semantico «accusatorio, assolutorio», e riassumeva il sofferto dibattito sulla compatibilità del modello accusatorio con la giurisdizione per la criminalità organizzata col mettere in relazione «la cultura del ficodindia e il nuovo processo»¹¹³.

¹¹³ M. MADDALENA, *La cultura del ficodindia e il nuovo processo*, in «L'Indice penale», 1989, pp. 294 ss.; Id., *Una magistratura autonoma e indipendente*, in *Governo dei giudici*, cit., pp. 100 ss.

CAPITOLO X
IL «NUOVO CODICE» E I VECCHI PROBLEMI

1. *Verso il primo codice della Repubblica*

Nell'illustrare il Progetto definitivo, il presidente Pisapia pareva voler assicurare soprattutto la magistratura impegnata contro la criminalità organizzata, nell'insistere sulla distanza del modello accusatorio nazionale dalla «teoria sportiva della giustizia»¹. D'altro canto il vice presidente Siracusano non nascondeva le discontinuità col codice del 1930: la distinzione delle parti, l'abolizione del giudice istruttore, la parità delle armi davanti al giudice per le indagini preliminari, il passaggio «dal contraddittorio *sulla* prova al contraddittorio *per* la prova», i riti differenziati, strumentali a lasciar fuori del dibattimento la maggior parte dei processi, pena il mancato funzionamento del codice *in fieri*². Pareva necessaria una «nuova cultura»; e non si nascondevano criticità: una necessaria riforma dell'ordinamento giudiziario, l'aumento degli organici, soprattutto per differenziare i ruoli di pm e giudice anche nelle preture, un assetto del gratuito patrocinio tale da rendere effettivo il diritto di difesa anche per i non abbienti, l'aggiornamento per tutti gli operatori del diritto. L'impegno del guarda-

¹ G.D. PISAPIA, *Lo scenario del rito accusatorio nella dinamica dei ruoli*, in «La difesa penale», 1989, pp. 3 ss.

² D. SIRACUSANO, *Vecchi scenari e nuovi modelli per l'attuazione di un processo di parti*, in «Legislazione penale», 1989, pp. 84 ss.

sigilli Vassalli faceva comunque sperare nella «volontà politica di andare fino in fondo»; finalmente il «nuovo codice» non pareva più un «miraggio»³.

Nel frattempo il dato del milione e mezzo di processati tra il 1980 e il 1986, di cui circa ottocentocinquanta mila poi assolti, e dunque «ingiustamente detenuti»⁴, nell'Agosto 1988 imponeva una significativa «legge anticipatrice» del codice, ancorata alla tutela dei diritti individuali, in primo luogo la libertà personale dell'imputato. Si sopprimeva il mandato di cattura obbligatorio; si privava il pm, salvo casi eccezionali di urgenza, dell'«anomalo» potere di cattura, che gli era stato fino ad allora riconosciuto quale organo dell'istruzione sommaria. Le «misure coercitive», rimesse al «monopolio del giudice», presupponevano «indizi gravi» ed una diagnosi cautelare; se superflue cadevano, con una «rimessione in libertà», ove spariva il riferimento a quell'«arcaismo, provvisoria, che imponeva uno stigma al liberato»⁵. Si introducevano inoltre misure alternative al carcere, almeno sul piano teorico *extrema ratio*, da proporzionare alla gravità del fatto e della sanzione, al pericolo per la prova, per la fuga dell'imputato, ma anche ad esigenze di «tutela della collettività». Nell'auspicabile superamento della sconfortante «normalità dei tempi lunghi», il legislatore guardava ad un processo la cui durata fosse affidata ad una peraltro imprecisata «ragionevolezza». Dal canto suo la dottrina temeva che la lunghezza delle indagini preliminari, specie nei casi più complessi, implicasse «scarcerazioni avvertite come scandalose dall'opinione pubblica», col rischio che «qualche contraccolpo travolga, insieme a veri

³ G. ILLUMINATI, *Non è più un miraggio il nuovo codice di procedura penale*, in "L'Indice penale", 1988, pp. 445 ss.

⁴ *Corte d'assise e maxiprocessi*, in "Questione giustizia", 1989, pp. 163 ss.

⁵ Su questa tra le «idee nuove» della legge 5 Agosto 1988 cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano 2006, p. 476.

o supposti abusi di garanzia, le garanzie in sè stesse»⁶. «Ricodificando» la materia la legge «anticipava» comunque il codice, che avrebbe previsto un libro autonomo per le «cautele», con «disposizioni di principio [...] per staccarsi nettamente sul piano ideologico dalla precedente esperienza». La processualpenalistica metteva in relazione il «nuovo modello» col «processo di parti»; i «principi accusatori» erano indicati come la base del «voltar pagina» nel segno della Costituzione e dei diritti della persona, condizione per la distinzione di ruolo di accusa e giudizio e del rapporto tra prove e contraddittorio⁷. «Ammissibilità» pareva a Cordero la «parola chiave»; riconsiderava così la giurisprudenza in tema di prova assunta illegittimamente, «frutto dell'albero avvelenato», «scovato da un ispettore Callaghan dalla mano troppo lesta, entrato in casa *invito domino*, senza mandato». In seguito Cordero avrebbe criticato il legislatore «incline al divieto probatorio», la «idea asinina del chiamare invalidi i procedimenti instaurati su prove inammissibili», la «fobia della prova» dalla densa politica, a strumentale difesa dai «pubblici ministeri licantropi»⁸.

⁶ M. CHIAVARIO, *Variazioni sul tema delle «misure coercitive» tra nuovo codice e «legge anticipatrice»*, in *Un nuovo codice per una nuova giustizia*, Padova 1989, p. 122; G. VASSALLI, *Diritti dell'uomo e custodia cautelare*, in "Il giusto processo", 1989, pp. 6 ss.; R.E. KOSTORIS, *Modello accusatorio, cultura inquisitoria, scenari europei tra presente e futuro del processo penale*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, a cura di D. Negri e M. Pifferi, Milano 2011, p. 324.

⁷ M. CHIAVARIO, *Il nuovo codice al varco tra l'approvazione e l'entrata in vigore*, in "Legislazione penale", 1989, pp. 16 ss.; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., pp. 478 ss.; G. RICCIO, *La procedura penale tra storia e cronaca*, Napoli 2010, p. 142; E. DEZZA, *Accusa e inquisizione nell'esperienza italiana contemporanea*, in *Diritti individuali*, cit. p. 105; E. AMODIO, *Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea*, *ibid.*, p. 335.

⁸ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., pp. 603 ss. Cfr. inoltre G. DE LUCA, *Cultura della prova e nuovo costume giudiziario*, in *Il nuovo processo penale dalla codificazione all'attuazione*, Milano 1990, pp. 19 ss.; M. NOBILI, *Diritto alla prova e diritto di difesa nelle indagini preliminari*, *ibid.*, pp. 129 ss.

Non mancavano le critiche del codice: «il sistema della giustizia criminale è forse l'unico grande sistema pubblico nazionale che si regge nonostante che la realizzazione dei propri programmi di azione, (cioè la punizione degli infrattori), sia l'eccezione e la mancata realizzazione, (cioè l'impunità), la regola». Per Baratta il nodo dei grandi costi e dei pochi benefici sociali non risparmiava la «attuale riforma del processo in Italia», che appariva nei termini di tarelliani «enunciati»; l'«idea guida della riforma progressista» appariva «avara», in primo luogo per la mancata riduzione della ipertrofia del penale. Il «carattere sperimentale» del codice scontava poi un «paradosso», esaltazione garantista del dibattimento, luogo di formazione della prova, al tempo stesso da evitare grazie ai riti alternativi. Per Baratta molto restava poi da fare in tema di effettiva dialettica processuale, uguaglianza di soggetti, diritto di difesa, misure cautelari, controllo democratico sulla polizia, prerogative delle vittime. Il tema di una «nuova cultura processuale» non investiva solo le parti nel processo, ma l'opinione pubblica e i mezzi di comunicazione di massa, ormai segnati dalla «ideologia od ossessione punitiva». Pareva difficile la «scommessa» per un modello «democratico»⁹. Nello stesso senso Ferrua asseriva che «attuare la riforma del processo penale senza provvedere prima o nel contempo a quella del diritto sostanziale è stato un grave errore metodologico del legislatore del 1988. La ragione è semplice: il processo penale accusatorio esige un diritto sostanziale agli antipodi di quello vigente, vale a dire scarno, costituito da fattispecie lineari, nitide, agevolmente accertabili»¹⁰.

⁹ A. BARATTA, *Il nuovo rito penale: la posta in gioco*, in «La difesa penale», 1989, pp. 231 ss.

¹⁰ P. FERRU, *La riforma del diritto penale e il nuovo processo penale*, in «Questione giustizia», 1991, pp. 56 ss.; analogamente F. PALAZZO, *La politica criminale nell'età repubblicana*, in *Storia d'Italia, Annali* 12, *La criminalità*,

Nonostante l'incarico conferito da Vassalli ad una Commissione per un contestuale codice sostanziale, il primo codice della Repubblica sarebbe rimasto «figlio unico»¹¹; l'«inversione» non era poi «innaturale», dal momento che fin dalla legislazione antiterrorismo ed antimafia il sistema penale aveva subito una giurisdizionalizzazione. Le maxi inchieste ed i maxiprocessi avevano realizzato un «rapporto inverso» tra merito e rito, col «flebotomomo che aveva spodestato i diagnostici e maestri d'alta terapeutica»¹². Di contro a chi chiedeva la realizzazione di una «riforma globale coordinata», ricordando che «la procedura penale non è un'isola», neppure la Corte costituzionale rilevava una «sfasatura»¹³. A chi affermava che il «diritto penale attuale, farcito di fattispecie grondanti elementi valutativi elastici, se non addirittura vaghi», era «il peggior nemico del nuovo processo»¹⁴, Pisapia rispondeva che dopo quaranta anni il «regime politico», nato dalla Costituzione, doveva riformare quel settore dell'esperienza giuridica, dalla dimensione costituzionale. Non era dunque «senza significato che il primo codice dell'Italia repubblicana fosse proprio quello», specie dopo che la legislazione d'emergenza aveva «duramente compresso i diritti di libertà del

a cura di L. Violante, Torino 1997, p. 862. Sui problemi dei rapporti tra diritto sostanziale e diritto processuale penale cfr. E. GALLO, *Sistema sanzionatorio e nuovo processo*, in *1956-2006. Cinquant'anni di Corte costituzionale*, Roma 2006, pp. 1335 ss.

¹¹ M. PISANI, *Negozi processuali e sistema parallelo*, in *Italian style. Il nuovo codice di procedura penale*, Padova 1998, p. 98; R. MINNA, *Il controllo della criminalità. Politica criminale e nuovo codice di procedura penale*, Firenze 1997, pp. 118 ss.

¹² F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 655.

¹³ A. GIARDA, *La nuova procedura penale non è un'isola*, in *Il nuovo codice di procedura penale. Prime esperienze*, Roma-Milano 1991, pp. 13 ss.

¹⁴ T. PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in «La difesa penale», 1989, p. 195.

cittadino e il diritto di difesa dell'imputato»¹⁵. Il concetto era ripreso dal senatore Marcello Gallo – presidente della Commissione interparlamentare – che in tre mesi esprimeva un giudizio complessivo di coerenza del Progetto con la legge delega. Per il penalista il senso del processo come diritto costituzionale applicato imponeva all'«opera di codificazione» repubblicana di iniziare dal sistema processuale penale, ricompreso in una tradizione «mediterranea», anche se aperto al modello dei «paesi anglosassoni», dalla peraltro «innegabile vitalità democratica». Che si fosse iniziato dal codice di procedura non era stato insomma «un caso, ma una scelta consapevole»¹⁶.

Col largo consenso del Parlamento¹⁷ nell'autunno 1988 il Consiglio dei ministri varava il «codice dei professori», anche se «artefice» pareva esserne stata «la politica», con una «delega dettagliata e ipertrofica»; da qui la sua «legittimazione democratica»¹⁸. La *Relazione al testo definitivo* tematizzava una continuità con una tradizione garantista aperta dalle riforme del 1944-45, proseguita con la Novella del 1955, con la scelta accusatoria della bozza Carnelutti, fino al Progetto del 1987 e la legge delega, che si dicevano fondate, tra l'altro, su un «ampio consenso sociale»¹⁹. Per Amodio pareva comporsi la dinamica tra «professorini», interessati a «questioni libresche, non ai veri bisogni», e «magistrati giuristi», portatori di istanze di efficienza della

¹⁵ G.D. PISAPIA, *Lo scenario del rito accusatorio*, cit., p. 11.

¹⁶ M. GALLO, *La riforma del codice di procedura penale: una scelta consapevole*, in «Legislazione penale», 1989, pp. 81 ss.

¹⁷ Sul PSI, che pilotò il codice, senza che DC e PCI ne discutessero troppo le scelte tecniche cfr. R. MINNA, *Il controllo della criminalità*, cit., p. 279.

¹⁸ E. AMODIO, *La scommessa del rito accusatorio nella prima sperimentazione*, in «La difesa penale», 1989, p. 102; analogamente G. CONSO, *L'esperienza nel nuovo diritto processuale penale*, in 1956-2006, cit., pp. 1319 ss.

¹⁹ *Relazione al testo definitivo*, in *Il nuovo codice di procedura penale annotato con le Relazioni e i lavori preparatori*, a cura di G. Lattanzi e E. Lupo, Milano 1989, pp. 9 ss.

macchina della giustizia²⁰. A proposito di metodo codificatorio Chiavario – tra gli artefici del codice – avrebbe ricordato la distanza dal lavoro solitario di Manzini; gli uffici legislativi del Ministero rimettevano le scelte gli «esperti», ritenuti, in quanto tali, estranei alla logica di favorire interessi «di parte». Faceva eccezione una qualche peraltro discreta pressione, specie dal Ministero degli Interni, a non adottare norme che apparissero troppo penalizzanti per gli organi di polizia²¹. Eppure il rapporto tra pensiero giuridico – tecnico – e opera di produzione del diritto – politica, con la responsabilità ministeriale – pareva complicato dalla politicità del processo penale, laddove scelte radicali, esemplare l'abolizione del giudice istruttore, si sarebbero rivelate un «eccesso di zelo ideologico», «foriero di problemi per la funzionalità del novum»²².

Nell'immediato anche chi esprimeva un qualche «disenso volto a stimolare senza tregua una maggiore tutela delle garanzie individuali», ammetteva che «il nuovo codice merita solidarietà ideologica perchè è il primo della Repubblica»²³. I non pochi problemi applicativi non parevano oscurare il rilievo «politico», prima ancora che «normativo», della «prima regolamentazione organica [...] effettuata dalla nascita della Repubblica», con una «elaborazione assai rapida e, cosa rara in Italia, che ha rispettato i termini previsti dalla legge per l'entrata in vigore del nuovo

²⁰ E. AMODIO, *Processo penale*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, a cura di P. Grossi, Milano 1997, pp. 365-383.

²¹ *Testimonianza di un protagonista. Intervista a Mario Chiavario*, in *Diritti individuali*, cit., pp. 422-423; ID., *Alle radici del codice Rocco: la nascita di una delega sostanzialmente in banco. Tra acrobazie tecniche e ombre di una minacciosa politica nel crepuscolo delle libertà*, in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. Garlati, Milano 2010, p. 55.

²² E. AMODIO, *Verso una storia della giustizia penale*, cit., pp. 335 ss.

²³ P. FERRUA, *Prefazione*, in *Studi sul processo penale*, Torino 1990.

testo»²⁴. Da un altro punto di vista i magistrati convergono nel criticare il «primo codice della Repubblica»; un volume a cura di Magistratura democratica intendeva mostrare all'opinione pubblica, oltre la cerchia degli esperti, i profili di un modello «ben diverso da quello di Perry Mason», ove, sulle luci della tutela dell'imputato, si allungava l'ombra dell'indebolimento del «diritto di difesa della società»²⁵. Esponente di un'altra corrente, Maddalena, nel 1990 fondava il «Movimento per la revisione del nuovo codice di procedura penale», cui aderivano oltre seicento magistrati; si asseriva che se la «filosofia del nuovo codice» era incentrata sull'«amore per la sapienza», la «revisione avrebbe fatto contenti i cittadini onesti»²⁶. Il canone della «arma spuntata contro la criminalità» era riproposto nelle Relazioni di apertura dei Convegni dell'Anm; in più occasioni Bertoni metteva in guardia gli operatori del diritto come l'opinione pubblica dal codice «cavallo di Troia» per disegni politici inconfessabili, «comprimere in qualche misura la funzione di controllo della legalità che è propria della giurisdizione»²⁷.

2. «Un codice fondamentale integrale», «finito il tempo delle norme scritte nel marmo»

Vassalli presentava il Progetto distinguendo la sua

²⁴ G. COLOMBO, *Il nuovo codice di procedura penale*, in *Politica in Italia*, 1989, pp. 69 ss.

²⁵ *Il nuovo processo penale. Caratteri ed effetti del primo codice della Repubblica*, Milano 1990.

²⁶ www. *Movimento per la revisione del nuovo codice di procedura penale*. Critico delle «varie Maddalene», che «andavano predicando l'impossibilità di intraprendere con il nuovo codice serie indagini penali, come questo nuovo codice fosse fatto in difesa dei ladri», I. MEREU, *La giusta ingiustizia. Saggio sulla violenza legale*, Pordenone 1994, p. 86.

²⁷ G. BERTONI, *XX Congresso Perugia 1989*, in *Cento anni di Associazione magistrati*, Milano 2009, p. 154.

«paternità formale», di guardasigilli, da quella, «sostanziale», di Pisapia; rifletteva inoltre sul «ruolo del ministro» e sulla distanza dei tempi dell'Italia repubblicana da quelli del «giurista e uomo politico di tempra eccezionale Alfredo Rocco». Intendeva sottolineare il senso democratico della legge delega, l'«imput parlamentare»²⁸, artefice di un testo presentato ai lettori de *Il Corriere della Sera* con toni privi dell'illusione di «introdurre una specie di toccasana per i mali strutturali della giustizia italiana», nella consapevolezza che alla democrazia non si addiceva l'enfasi degli anni Trenta. La cifra politica del codice risiedeva nell'essere una «scelta ripetuta dai legittimi rappresentanti del popolo italiano», non del «capriccio del governo»²⁹. Nel 2001, ai Lincei, Vassalli avrebbe riflettuto con amarezza sul dissesto del nuovo processo, messo in conto soprattutto alla magistratura: «pregherei di non parlare di codice di procedura penale, ma di legge-delega, perchè il codice di procedura penale altro non è che fedelissimo esecutore di tutti i principi consacrati in una legge delega frutto di trentacinque anni di concorde lavoro»; l'ex guardasigilli ripeteva che il codice era stato voluto dal Parlamento, e dunque «presumibilmente alla volontà popolare»³⁰. In uno degli ultimi interventi Vassalli avrebbe ancora ricordato che «nell'Italia del dopoguerra di codici fondamentali integrali ne è uscito in definitiva uno solo; e ci sono volute ben

²⁸ G. VASSALLI, *Il nuovo codice di procedura penale: «spigolature» ed «osservazioni»*, in ID., *Scritti giuridici*, III, *Il processo e le libertà*, Milano 1997, pp. 721 ss. Sul contributo offerto dagli uffici legislativi cfr. *Intervento del prof. Giuliano Vassalli, Ministro di Grazia e giustizia*, in *I riti differenziati nel nuovo processo penale*, Milano 1990, p. 4.

²⁹ G. VASSALLI, *L'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale*, in ID., *Scritti giuridici*, III, cit., p. 746; analogamente ID., *I molti «padri» del nuovo codice*, in «L'Indice penale», 1994, p. 176.

³⁰ G. VASSALLI, *La vittima del reato, questa dimenticata*, in ID., *Ultimi scritti*, Milano 2003, pp. 292-3.

sei legislature, un presidente di Commissione ministeriale come Gian Domenico Pisapia e il rischio continuo di veder tutto sospeso *sine die*³¹.

D'altro canto, nell'età della decodificazione, al «codice fondamentale integrale» parevano imporsi correttivi incomprensibili per il modello ottocentesco come di quello della prima metà del Novecento, generalmente ricompresi entro il mito del codice completo. Nella consapevolezza della «pretesa utopistica e dannosa dell'assoluta intangibilità delle scelte fatte», l'art. 7 della legge delega avallava una specie di meccanismo semplificato di integrazione e correzione, prolungando la delega sino a tre anni dall'entrata in vigore del codice, rendendo vincolante, per il merito, il parere della Commissione, che si trasformava da redigente in organismo incaricato di gestire il monitoraggio e i primi aggiustamenti del codice. Il governo avrebbe dunque potuto emanare «disposizioni integrative e correttive», sempre nel rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dagli articoli 2 e 3, fondativi dell'accusatorio. L'art. 7 appariva una «norma di grandissima importanza», espressione della consapevolezza del legislatore che era venuta meno la «idea del codice monumento intangibile della *voluntas legis*». Sulla codificazione come «edificio del sistema immutabile nella sua ossatura disegnata dai principi fondamentali» aveva la meglio una «moderna e pragmatica visuale». In omaggio alla «prassi», definita «fonte secondaria del diritto processuale», la «omniscienza del legislatore» cedeva il passo alla «esperienza diretta e alle proposte operative di chi, come il magistrato o l'avvocato, conosce il processo nella effettività del suo quotidiano funzionamento». Anche col voler

³¹ Giuliano Vassalli, a cura di F. Palazzo, Roma-Bari 2010, p. 225. Si sofferma su questo passaggio del *Colloquium* P. CAPPELLINI, *Inconscio inquisitorio e regimi autoritari un collegamento necessario?* in *L'inconscio inquisitorio*, cit., p. 41.

rassicurare gli operatori del diritto, l'art. 15 delle disposizioni di attuazione prevedeva che i responsabili degli uffici della pubblica accusa e quelli del giudizio rilevassero i dati dell'applicazione delle nuove norme, da far pervenire al Ministero e al Csm, con «osservazioni e proposte suggerite dall'esperienza operativa»³².

In attesa di sforzi esegetici e dogmatici, specie da parte dei giovani studiosi, la processualpenalistica affidava «la vitalità del codice» al come sarebbe stato «vissuto»³³, dal momento che il testo, rispetto al «vecchio», disegnava un «nuovo sistema», «un processo a fasi disomogenee», suddiviso in una parte «statica» ed in una «dinamica»³⁴. Si chiedeva comunque che all'«opera ricodificatoria» corrispondesse una «stabilità normativa», certo da intendere non come «immutabilità», ma «manovra autocorrettiva di un disegno globale non ridicolizzato dal ritorno alla girandola novellistica». Il «sistema democratico, oltre che le riforme», doveva esser capace di garantire un adeguato «governo delle riforme»³⁵; i dubbi dei giudici sulle interpretazioni possibili dovevano trovare una bussola nella Costituzione e nella legge delega, non certo nel codice del 1930³⁶. Dal canto suo Vassalli pareva consapevole della *vanitas* del mito del codice completo, auspicando un più modesto «costume processuale aderente allo spirito della legge»³⁷.

³² E. AMODIO, *Il modello accusatorio nel nuovo codice di procedura penale*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, I, Padova 1989, p. XXIX; Id., *La scommessa del rito accusatorio nell'impatto della prima sperimentazione*, in «La difesa penale», 1989, p. 86. Sulla distanza del codice del 1988 dal modello compiuto, voluto e destinato a restare immutato nel tempo come il codice del 1930 cfr. R. ORLANDI, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, in *Diritti individuali*, cit., p. 72.

³³ G. CONSO, *Conclusioni*, in *Il nuovo processo penale dalla codificazione all'attuazione*, cit., p. 280.

³⁴ G. RICCIO, *La procedura penale tra storia e politica*, cit., p. 117.

³⁵ M. CHIAVARIO, *Il nuovo codice al varco*, cit., p. 25.

³⁶ G. CONSO, *Conclusioni*, in *I riti differenziati*, cit., p. 272.

³⁷ G. VASSALLI, *Il nuovo codice*, cit., p. 731.

Nella «tessitura linguistica», lontana dagli stili amati da Stendhal, Cordero coglieva un problema: l'«idea sottintesa pessimistica» del legislatore circa la recezione del testo da parte della magistratura, «essendo riluttanti al morso i destinatari [...] conviene scuoterli con una lingua piatta, ridondante, a battute brutali, fuori di ogni scrupolo linguistico, finchè l'idea penetri». Nonostante la previsione dell'art. 7 Cordero affermava che «dal calideoscopio dei dogmi trapela l'illusione illuministica dei codici perfetti, dove l'universo sia definito senza residui [...] tra dettato normativo e direttiva pedagogica». Il difetto del legislatore di «mettere il becco dappertutto con la pretesa di ipotecare ogni atomo del lavoro giudiziario, mentre i legislatori accorti misurano le parole», pareva investire anche certe scelte di contenuto, quale quella, cruciale, dei termini ristretti imposti al pm nelle indagini preliminari. Cordero asseriva invece che «i tempi del lavoro utile non sono desumibili ex ante [...] i codificatori ragionano come se l'indagante fosse un operaio al tornio»³⁸. La scommessa a che il codice «attecchisse» pareva dipendere da «fattori male pronosticabili, radicati nelle macchine psicofisiche; in fondo è stata una rivoluzione libresca; sarà meno comodo insediare nei cervelli»³⁹. Nel 1990 Conso osservava che la metà delle questioni sollevate davanti alla Corte costituzionale riguardava il nuovo codice di procedura⁴⁰; Maddalena asseriva che non era la Costituzione a doversi adeguare al codice⁴¹. Nel dicembre 1992 Cordero avrebbe preso atto che «è finito il tempo delle norme scritte nel marmo»⁴².

³⁸ F. CORDERO, *Miserie della procedura penale*, in *La Costituzione ha sessant'anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*, Napoli 2008, p. 150.

³⁹ F. CORDERO, *Strutture di un codice*, cit., p. 77.

⁴⁰ G. CONSO, *Tra suggestioni e malessere*, in *Azione penale e ruolo del pm*, a cura di A. Gaito, Napoli 1991, p. X.

⁴¹ M. MADDALENA, *Azione penale, funzioni e struttura del pm, prospettive di riforme istituzionali*, *ibid.*, p. 145.

⁴² F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. V.

3. L'accusatorio «all'italiana» tra giustizia negoziata e verità

«Il nuovo processo alla Perry Mason cambierà l'Italia». Il *Corriere della Sera* sceglieva un titolo sensazionalistico per un intervento di Beria D'Argentine, che del codice tematizzava il rapporto tra giustizia e cittadini. Costoro – secondo l'autorevole magistrato – grazie alla televisione avevano conosciuto le «garanzie per la persona», offerte dallo spedito modello accusatorio, mentre ignoravano, salvo la sventura di incapparvi, i tempi lunghi dell'«attuale sistema inquisitorio». L'ottimismo del «dunque ci siamo» si coniugava però con la richiesta di consentire l'accesso ai riti alternativi, patteggiamento *in primis*, anche ai non abbienti, pena il «fallimento»⁴³. Il codice contava sugli effetti deflattivi dei «procedimenti speciali» – disciplinati dal libro VI in cinque titoli – intesi alla «rapida definizione della maggior parte dei processi»⁴⁴, ed accomunati da Pisapia nell'evitare o portare subito al giudizio, con un «patteggiamento», consono ad un modello di «parti»⁴⁵. Per Vassalli l'introduzione dei «procedimenti differenziati» era la novità più significativa, a supplire «ai danni della regola (pur necessaria per la diffidente mentalità italiana dell'obbligatorietà dell'azione penale)»⁴⁶. Nello stesso senso Riccio affermava che la «felice strategia polischematica» non introduceva nel sistema «valutazioni semplificate e/o sommarie, ma veri e propri giudizi», non «forme contrattuali ma più accorti e delicati tipi di giudizio», non «speciali, ma

⁴³ A. BERIA D'ARGENTINE, *Il nuovo processo alla Perry Mason cambierà l'Italia*, in «Il Corriere della Sera», 3 Marzo 1988, p. 13.

⁴⁴ *Relazione al testo definitivo*, cit., pp. 9 ss.

⁴⁵ Il Libro VI del codice disciplinava il giudizio abbreviato, l'applicazione della pena su richiesta delle parti, il giudizio direttissimo, il giudizio immediato, il procedimento per decreto. Cfr. G.D. PISAPIA, *Introduzione*, in *I riti differenziati*, cit., pp. 21 ss.

⁴⁶ G. VASSALLI, *Il nuovo codice*, cit., p. 731.

alternativi o differenziati», altro dalla «anomalia appartenuta al codice Rocco»⁴⁷.

Amodio non taceva sulla contraddizione del codice, il dare dignità autonoma al «diritto delle prove» – tali se formate in contraddittorio, con «escussioni incrociate» – e l'«incoraggiare con meccanismi premiali il rifiuto radicale del contraddittorio». A nome della «cultura processualistica» affermava che l'«antinomia» era riassorbita nei «valori», non disgiunti, di «efficienza e garantismo»; concludeva che la codificazione esaltava il dibattimento, elevandolo a sede esclusiva di accertamento giudiziale, e al tempo stesso predisponendo congegni atti ad evitare lo «stadio della raffinata metodologia probatoria»⁴⁸. Per Conso doveva esser reso chiaro alla «gente» che il valore dominante nel codice era la «massima semplificazione», al punto da far risaltare come una eccezione il dibattimento, reso popolare da Perry Mason⁴⁹. Da un altro punto di vista Ferrua lamentava una «odiosa giustizia sommaria per i non abbienti», prognosticabile esito dei «riti deflattivi»⁵⁰; Ferrajoli osservava che i «riti alternativi» per taluni imputati erano destinati a funzionare come «misure alternative al processo», e che il dibattimento ad «alto tasso di garanzia» era «privilegio dei pochi muniti di sufficienti disponibilità economiche», affiancato da «riti con livelli di garanzia addirittura inferiori a quelli del codice abrogato»⁵¹. Al proposito la copertina di *Perry Mason e il cliente*

⁴⁷ G. RICCIO, *Il codice di procedura penale tra storia e politica*, cit., p. 240.

⁴⁸ E. AMODIO, *Il modello accusatorio*, cit., pp. XXXVI ss.

⁴⁹ G. CONSO, *Conclusioni*, in *I riti differenziati*, cit., p. 275.

⁵⁰ P. FERRUA, *Scelte accusatorie e reviviscenze inquisitorie nel nuovo processo penale*, in «La difesa penale», 1989, p. 53; analogamente G. COLOMBO, *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 81.

⁵¹ L. FERRAJOLI, *Patteggiamenti e crisi della giurisdizione*, in *Contraddittorio e verità*, cit., p. 371 ss.; analogamente P. FERRUA, *La riforma del diritto penale*, cit., p. 62; G. COLOMBO, *Il nuovo codice*, cit., pp. 80 ss.

povero era la locandina di un affollato Convegno, tenutosi nel Marzo 1989 a Sanremo, nel teatro riservato ogni anno al Festival. L'avvocato Corso Bovio affermava: «nel romanzo il procuratore distrettuale dice a Perry Mason: ma faccia patteggiare il suo cliente, non ha una lira. Io rinuncerò all'accusa più grave e se la caverà con poca pena. Perry Mason risponde se il mio cliente è innocente, povero o ricco che sia, affronterò il dibattimento». Bovio ricordava che il libro di Gardner si chiudeva con l'assoluzione dell'assistito e il lauto risarcimento per le calunnie, ordite da un miliardario; ma ammoniva che in Italia la «giustizia dei poveri» aveva altri tratti, e che i costi dell'accusatorio avrebbero colpito anche gli studi professionali meno ricchi, chiamati ad una «ristrutturazione» all'altezza delle nuove necessità dell'avvocato, investigative e dibattimentali⁵². A «Perry Mason» rispondeva con particolare insistenza la «zampata del Leone»; oltre che sui profili classisti della giustizia negoziale, le critiche si fondavano sulla compatibilità del nuovo processo con il senso della giurisdizione disegnata dalla Costituzione. L'obbligatorietà dell'azione penale pareva contraddetta dal pm posto «fuori del processo», incapacitato a raccogliere prove, un «diavolo da esorcizzare»⁵³; in risposta a Vassalli e Conso, Leone negava inoltre l'attitudine del codice a risolvere i problemi della giustizia, con l'asserire che «i principi del rito accusatorio rappresentano null'altro che una ideologia»⁵⁴.

⁵² C. BOVIO, «Perry Mason e il cliente povero», in «La difesa penale», 1989, pp. 135 ss.

⁵³ G. LEONE, *La zampata del Leone*, in Id., *Interventi e studi sul processo penale*, Napoli 1990, p. 179. Con questo titolo «Il Mattino» pubblicava un'ampia intervista all'ex capo dello Stato; analogamente E. FORTUNA, *Funzioni e ruolo del pubblico ministero nel nuovo processo penale*, in *Un nuovo codice per una nuova giustizia*, cit., pp. 20 ss.

⁵⁴ *Intervento del professor Leone*, in *Il nuovo processo penale dalla codificazione all'attuazione*, cit., p. 1.

Non a caso Pisapia si sforzava di calare il modello accusatorio nella realtà giudiziaria italiana, sottolineando di aver tenuto conto dei «problemi di bilanciamento delle ideologie»; scongiurava la dottrina e gli operatori del diritto dal porre troppo l'accento sulla «accusatorietà», che il preambolo della legge delega imponeva sì di attuare, ma in coerenza con i «principi e criteri che seguono»: obbligatorietà dell'azione penale, rifiuto della scissione tra giudice e giuria, spazio alla parte civile, scelte ben lontane dal «mondo anglosassone»⁵⁵. Si percepiva una «coscienza sociale» avversa alla «teoria sportiva»; il punto investiva soprattutto il ruolo del giudice, cui si negava «la passività», iscritta nell'«accusatorio puro»⁵⁶. Più in generale, alla ricerca di una legittimazione del «primo codice della Repubblica» fondata sulla continuità con l'esperienza giuridica nazionale, Dominioni, Grevi, Neppi Modona, Vigna – già membri della Commissione ministeriale – indicavano le norme come innovative, ma radicate al tempo stesso in risalenti scelte progettuali, legislative, dottrinali e giurisprudenziali⁵⁷, in un «lungo cammino»⁵⁸, avviato nel 1963 con le leggi delega fino agli ultimi decreti delegati, disegnato anche dal *Commentario* di Conso, Grevi, Neppi Modona⁵⁹.

Sul piano della modellistica, in chiave comparata, il codice italiano pareva dunque «a cross-roads between the

⁵⁵ La testimonianza di un protagonista. Intervista a Mario Chiavario, cit., p. 425. Di recente sulla ricezione dei concetti e delle espressioni anglosassoni nel nuovo codice, anche per indicazioni, cfr. F. RUGGIERI, *Il caso della procedura penale*, in *L'italiano giuridico che cambia*, Firenze 2012, pp. 144 ss.

⁵⁶ E. SOMMA, *Il giudizio abbreviato*, in *I riti differenziati*, cit., p. 107.

⁵⁷ *Il nuovo codice di procedura penale dalle indagini preliminari al dibattimento*, a cura di G.D. Pisapia, Milano 1989.

⁵⁸ M. PISANI, *Il lungo cammino del codice del 1988*, in Id., *Manuale di procedura penale*, Bologna 2002.

⁵⁹ G. CONSO, V. GREVI e G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, Padova 1989.

adversarial and inquisitorial systems»⁶⁰. Anche Cordero coglieva che «l'idea accusatoria vi risulta elaborata in una sintassi ignota alle pratiche anglosassoni», e che «l'assetto attuale conserva qualosa del vecchio». La scelta pareva opportuna «nel quadro organico italiano (codice genetico, culture e subculture, apparati, corporazioni, poteri palesi e occulti)», al punto di considerare «probabilmente nefasta una riforma spinta all'estremo purismo accusatorio». La «fedeltà dogmatica a tale modello, sotto qualche aspetto povero», pareva impossibile, dal momento che il nuovo «testo» non poteva non scontare il peso dell'eredità della storia della giustizia nazionale, «l'inquisizione forma perversa d'una ricca cultura; amputare tutto sarebbe terapia vandalica». Se, uscendo dal «riformismo sterile», il legislatore aveva varato un «codice nuovo nel repertorio italiano, anzi europeo», di «altissimo significato», a Cordero non sfuggiva che la magistratura avrebbe ostacolato la scelta di fondo del codice, i «procedimenti speciali», il «negozio giuridico-penale», per cui, «correlativamente regredisce l'oracolo giusdicente»⁶¹.

Col nuovo codice non tramontavano insomma la «vecchia vulgata contraddittorio *versus* ricerca della verità» e le «fortune del sistema misto»⁶²; per taluni l'«esasperazione del principio dispositivo»⁶³ privava il processo della essen-

⁶⁰ M. LANGER, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, in «Harvard International Law Journal», 2004, pp. 1 ss.

⁶¹ F. CORDERO, *Strutture di un codice*, cit., p. 77; Id., *Procedura penale*, cit., p. 237.

⁶² Sulla «vulgata», per la quale l'accusatorio era ritenuto in grado di valorizzare il diritto di difesa a scapito dell'interesse alla verità, di contro all'inquisitorio, che meglio lo avrebbe dovuto garantire, cfr. P. FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di L. Gianformaggio, Torino 1993, p. 212.

⁶³ F. PALAZZO, *Conclusioni*, in *Diritti individuali*, cit., p. 417.

za ontologica di «tensione verso la verità»; «cacciando via quel parametro» – ha scritto Nobili – «ci si sposta nei mondi della volontà. A loro volta contigui o coincidenti con quello del potere». Dal colpevole impunito, fino all'«innocente che chiede e ottiene la pena», stremato dal «processo e la stampa», il punto di crisi del modello accusatorio italiano pareva iscritto nella polarità tra verità e «giustizia negoziata»⁶⁴. Con particolare efficacia Maddalena lamentava che, soprattutto grazie al patteggiamento, «nel nuovo rito l'accertamento della verità è stato ufficialmente bandito dagli scopi del nuovo processo, per bocca e penna dei suoi autori. Alla verità sostanziale si è sostituita quella formale. È la grande scoperta del novello legislatore». Il magistrato criticava l'«originale idea di verità», estranea ai «valori costituzionali», che impedivano la trasformazione del processo in «agone»; la «civilizzazione» pareva destinata a condannare la magistratura ad un «progressivo esautoramento del ruolo che la Costituzione le assegna»⁶⁵. Anche Vladimiro Zagrebelsky – presidente della Commissione per l'adeguamento dell'ordine giudiziario al nuovo codice – asseriva: «trovo affascinante e educativa la dissolvenza della verità operata da Pirandello. Tuttavia il giudice susciterebbe grave sconcerto se uscisse dalla Camera di Consiglio dicendo così è se vi pare»⁶⁶. La critica radicale di Fassone – «l'idea di un giudice notaio, che solleva il braccio del vincitore, spettatore di un balletto recitato da altri, mi allarma e mi deprime» – si basava sulla Costituzione, che chiedeva al giudice «una decisione quale la società l'attende». Il punto

⁶⁴ M. NOBILI, *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Bologna 2009, pp. 212, 238.

⁶⁵ M. MADDALENA, *Una magistratura autonoma e indipendente*, in *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, a cura di E. Bruti Liberati, A. Ceretti e A. Giasardi, Milano 1996, pp. 114 ss.

⁶⁶ V. ZAGREBELSKY, *Il giudice del dibattimento*, in «La difesa penale», 1989, p. 161.

aveva una dimensione costituzionale: la Repubblica democratica era altro dallo Stato liberale, dalla «società di libere volpi tra libere galline»⁶⁷.

In questo orizzonte il 2 Luglio 1990 la Corte costituzionale – relatore Ettore Gallo – dichiarava l'illegittimità costituzionale di parte dell'art. 440, laddove non prevedeva che il giudice potesse valutare la «congruità della pena» su richiesta delle parti⁶⁸. Il processo di parti non pareva riducibile a «giudizio di parti»; nel commento di Fassone il passaggio «dalle ideologie alla realtà» imponeva un ripensamento del senso del «giudicare» ai tempi del nuovo codice, una questione ad alta densità politica, tra il «mantenere la pace sociale», col colpire la «devianza marginale», e tollerare la «impunità delle vere deviazioni». Il giudice appariva davanti ad un bivio, tra il «ruolo neutrale volto all'accertamento del fatto», e l'impegno costituzionale a «convalidare i valori della collettività»⁶⁹. A contrastare questi argomenti, Vassalli presentava la traduzione del codice in inglese scrivendo di un «misto accusatorio», laddove il pm, magistrato, non aveva potere di archiviazione, indagava in funzione di fatti anche favorevoli all'imputato, poteva indicare alle parti temi nuovi, «utili alla ricerca della verità»⁷⁰. Chiavario assicurava che il modello accusatorio nazionale non aveva voluto realizzare una «teoria sportiva della giustizia, che premia i giochi di abilità delle parti, per

⁶⁷ E. FASSONE, *Giudice arbitro, giudice notaio, o semplicemente giudice?*, in «Questione giustizia», 1989, p. 592.

⁶⁸ E. GALLO, *Pena senza giudizio e giudizi costituzionali*, in *La giustizia contrattata dalla bottega al mercato globale*, a cura di S. Moccia, Napoli 1998, pp. 11 ss.; P. FERRUA, *La giustizia negoziata nella crisi della funzione cognitiva del processo penale*, *ibid.*, pp. 49 ss.; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1045.

⁶⁹ E. FASSONE, *Garanzie e dintorni: spunti per un processo non metafisico*, in «Questione giustizia», 1991, pp. 107 ss.

⁷⁰ G. VASSALLI, *Il codice di procedura penale del 1988: suoi contenuti e successive vicende*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, III, cit., p. 805.

una verità formale»⁷¹. Amodio argomentava che «la svolta» investiva la «tecnica» del processo, e non la «tutela giurisdizionale», che le parti non disponevamo dell'«oggetto del processo», su cui era chiamato a deliberare un giudice non vincolato dalle parti⁷². Nel Settembre 1993 un titolo de *Il Sole 24 ore* faceva dire a Pisapia «Perry Mason non abitò mai qui»⁷³.

Alla luce della comparazione per Neppi Modona risaltava la «contraddizione» del codice con la struttura «gerarchico burocratica» della magistratura italiana, inadatta alla «riforma in senso accusatorio», dal momento che il pm, e le forze dell'ordine, oltre che come parti erano concepiti come istituzioni pubbliche, in grado di portare un contributo all'accertamento della verità processuale. L'effetto deflattivo era poi vanificato dal limitare la riforma al primo grado; il codice pareva scontare un eccesso di impugnazioni, in alcuni casi sproporzionato alla posta in gioco, nella tensione per un ripetuto esame di merito⁷⁴. In un processo, come quello nazionale, fondato sui controlli giurisdizionali, le logiche dell'accusatorio erano destinate a scontrarsi con la cultura, profonda e radicata, che quella emessa dai giudici di vertice fosse da ritenersi la «sentenza giusta»⁷⁵.

⁷¹ M. CHIAVARIO, *Qualche sollecitazione per un confronto*, in *Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero*, a cura di M. Chiavario, Milano 1991, p. 9.

⁷² E. AMODIO, *Il processo penale statunitense e il nuovo processo penale italiano. Miti e realtà della giustizia americana*, in *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di A. Amodio e M.C. Bassiouni, Milano 1988, pp. XXII ss.

⁷³ G.D. PISAPIA, *Ma Perry Mason non abitò mai qui. Finzione e realtà del processo accusatorio*, «Il Sole 24 ore», 15 Settembre 1993, p. 23.

⁷⁴ R. ORLANDI, *L'utilità dello sguardo storico in epoca di grandi svolte*, in *La giustizia criminale: premesse per un terreno di indagine comune*, a cura di E. Tavilla, Bologna 2012, p. 83-84.

⁷⁵ G. NEPPI MODONA, *Processo accusatorio e tradizioni giuridica continentale*, in *Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero*, cit., pp. 263 ss.

Al di là delle ideologie, a dieci anni dall'entrata in vigore del codice sarebbe parso evidente il «fallimento della funzione deflattiva»⁷⁶, una «inflazione non domata»⁷⁷, mentre in America il *plea bargaining* concludeva il 90% dei processi⁷⁸. Oltre all'attesa nella prescrizione, in Italia giocava un ruolo decisivo l'ostilità ad una giustizia negoziale; il processo non era declinato come situazione giuridica soggettiva; non ci si aspettava dalla giustizia la messa in scena *liberale* di una lotta tra uguali, ma quella *democratica* tra imputato e comunità politica. Col suo accusatorio, sia pure «all'italiana», il codice aveva voluto «sistemi forse più avanzati della nazione e dei suoi giudici»⁷⁹; questi ultimi, piuttosto che arretrati, parevano intesi a non abdicare ad un ruolo di protagonisti di un processo vocato alla tutela dell'interesse generale, consolidato da una lunga storia. Neppure la società italiana appariva disposta a rinunciare al «monopolio pubblico della verità»⁸⁰; se la verità era un termine assente nel codice, esso era recuperato dalla Corte costituzionale come cuore vitale dell'accertamento giudiziale. La sentenza 255/1992 scolpiva: «fine primario e ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità». Soprattutto la n. 111/93, relatore Natoli, era esplicita nel rifiuto di un modello come «tecnica di risoluzione dei conflitti nel cui ambito al giudice sarebbe riservato essenzialmente un ruolo di garante dell'osser-

⁷⁶ G. NEPPI MODONA, *La parabola dei riti alternativi tra interventi della Corte costituzionale e modifiche legislative*, in *Studi in onore di Gian Domenico Pisapia*, II, Milano 2000, pp. 450 ss.

⁷⁷ E. SOMMA, *Il giudizio abbreviato*, cit., p. 137.

⁷⁸ G. FISHER, *Plea Bargaining's Triumph: a History of Plea Bargaining in America*, Standford 2003.

⁷⁹ G. ALESSI, *Populismo, legalità, riforma della giustizia*, in *Diritti individuali e processo penale*, cit., p. 349.

⁸⁰ In generale A. GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milano 2007, p. 161.

vanza delle regole di una contesa tra parti contrapposte, ed il giudizio avrebbe la funzione non di accertare i fatti reali onde pervenire ad una decisione il più possibile corrispondente al risultato voluto dal diritto sostanziale, ma di attingere – nel presupposto di un'accentuata autonomia finalistica del processo – quella sola "verità" processuale che sia possibile conseguire attraverso la logica dialettica del contraddittorio e nel rispetto di rigorose regole metodologiche e processuali coerenti al modello». La Corte sottolineava che «a prescindere da astratte modellistiche», in un «ordinamento improntato al principio di legalità (art.25, secondo comma, Cost.) [...] fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità (sentenza n. 255 del 1992)», dato che «è, per la verità, incontrovertito che sarebbe contrario ai principi costituzionali di legalità e di obbligatorietà dell'azione concepibile come disponibile la tutela giurisdizionale assicurata dal processo penale [...] ne sarebbe tradita la funzione conoscitiva del processo, che discende dal principio di legalità e da quel suo particolare aspetto costituito dal principio di obbligatorietà dell'azione penale»⁸¹.

4. L'ordinamento giudiziario

Taluni sostenevano che «il codice del 1988 è, prima di ogni altra cosa, il frutto di una riforma dell'ordinamento giudiziario, che restituisce la purezza dei ruoli ai magistrati chiamati a operare nel processo»⁸²; altri opponevano l'assenza di un «organico disegno riformatore post-costituzionale [...] ispirato ai valori ed ideali del giusto pro-

⁸¹ www Consulta, ad annum. Su questa «summa del processo penale costituzionale» cfr. A. GIARDA, *Intervento, in Giurisdizione e cultura della legalità. Le regole del processo penale alla prova*, Roma 1993, p. 61.

⁸² E. AMODIO, *Il modello accusatorio*, cit., p. XXXIV.

cesso»⁸³. In effetti il legislatore non affiancava alla codificazione una nuova legge sull'ordine giudiziario, di cui il testo entrato in vigore nel 1989 innovava non poco l'organizzazione. Damaska affermava che «in accordo con la sua recente apostasia della tradizione europea il codice di procedura penale italiano richiede ora che il fascicolo del giudice del dibattimento contenga solo in minimo di informazioni sui risultati delle indagini preliminari». Da qui i problemi applicativi, per altre diverse «abitudini profondamente radicate»⁸⁴. Il codice aboliva dunque l'ufficio del giudice istruttore, protagonista della giustizia italiana; le indagini – fino a 24 mesi per i casi di criminalità organizzata – erano affidate al pm, parte processuale, privo di poteri di coercizione, ed al tempo stesso organo di giustizia; oltre a «prendere notizia dei reati di propria iniziativa e ricevere notizie di reato», era tenuto a ricercare anche fatti e circostanze a favore dell'indagato, come magistrato della Procura dalla «marcata autonomia»⁸⁵. Si creava un ufficio del pm anche presso il pretore, cui si affidava circa l'80 per cento del carico giudiziario, rinunciando alla garanzia della collegialità⁸⁶. La polizia giudiziaria era resa autonoma ed indipendente dal Ministero degli Interni e posta alle dipendenze dei magistrati degli uffici della Procura; pochi

⁸³ D. MARAFOTTI, *Riflessioni su ordinamento giudiziario e nuovo processo penale*, in "Il giusto processo", 1989, p. 63.

⁸⁴ M.R. DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna 2003, p. 107.

⁸⁵ V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione ad oggi*, in *Storia d'Italia, Annali 14, Diritto, legge, giustizia*, a cura di L. Violante, Torino 1998, p. 737; V. GREVI, *Archiviazione per inidoneità probatoria ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Il nuovo processo penale dalla codificazione all'attuazione*, cit., pp. 53 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Modifiche all'ordinamento giudiziario e nuovo ruolo del Pubblico ministero e del giudice*, *ibid.*, pp. 105 ss.; R. CANOSA, *Storia della magistratura in Italia da Piazza Fontana a Mani pulite*, Roma 1996, p. 245.

⁸⁶ G. NEPPI MODONA, *Il pubblico ministero nel processo pretorile*, in "La difesa penale", 1989, p. 51.

anni dopo si sarebbe osservato che disposizioni non erano andate «a regime»⁸⁷.

L'attività investigativa del pm, segreta – che Vigna indicava come «tendenzialmente libera da pastoie formali, svincolata da una serie tipizzata e preordinata di atti da compiere» – non serviva a formare prove, ma ad individuare fonti, persone, documenti, oggetti, fermo restando l'incidente probatorio se l'assunzione della prova non era rinviabile al dibattimento. In quel che sembrava un controllo preventivo generalizzato, la ricerca poteva esser rivolta ad uno stadio anteriore alla stessa *notitia criminis*⁸⁸. Al proposito Guariniello – pretore a Torino – narrava su *Micromega* che certe indagini, dal forte impatto sociale, erano nate dall'iniziativa del pm e della polizia giudiziaria sulla base di notizie attinte dalla stampa. In particolare le decine di processi per «morti d'amianto» erano state rese possibili grazie allo studio dei risultati dell'Osservatorio sui casi di tumore di sospetta origine professionale⁸⁹. Chi criticava lo «sconfinato potere» dell'attività inquirente, fondato sul «sospetto e la fama»⁹⁰, rilevava che all'amplificazione delle facoltà dell'accusa non corrispondeva la previsione di una qualche forma di «responsabilità politica (verso l'alto o verso il basso)»⁹¹. Il punto era condiviso dallo stesso Fal-

⁸⁷ G. PELLEGRINO, *La polizia giudiziaria e il suo ambito operativo*, in «La difesa penale», 1989, p. 17; analogamente G. GIOSTRA, *PM e polizia giudiziaria nel processo di parti*, in «Politica del diritto», 1994, p. 39; R. ORLANDI, *L'organizzazione della giustizia penale*, in *La giustizia civile e penale in Italia*, Bologna 2008, p. 245; L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino 2009, p. 33.

⁸⁸ P.L. VIGNA, *Le indagini del pubblico ministero e i loro esiti*, in «La difesa penale», 1989, p. 7.

⁸⁹ R. GUARINIELLO, *I politici e la legge*, in «Micromega», 1999, p. 36 ss. Sulle vicende processuali delle fabbriche della morte cfr. anche B. GUIDETTI Serra, *Bianca la rossa*, Torino 2009, pp. 215 ss.

⁹⁰ T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in «L'Indice Penale», 1999, p. 533.

⁹¹ R. ORLANDI, *L'organizzazione della giustizia penale*, cit., p. 232.

cone, che coglieva lo scarto tra magistrati dell'accusa «assolutamente irresponsabili e regime liberal-democratico»⁹².

D'altro canto, a bilanciare le parti, il codice consentiva alla difesa la ricerca di prove, nel passaggio da una posizione «passiva» del difensore a quella di «protagonista della formazione della prova»⁹³. Non a torto l'Unione camere penali lodava Pisapia ed offriva la sua «solidarietà al Ministro guardasigilli Giuliano Vassalli alla cui tenacia si deve il primo codice della Repubblica italiana»⁹⁴. In un editoriale de *Il giusto processo* il cuore vitale della codificazione risiedeva nella «rinnovata presenza dell'avvocato, tale da comportare una somma di poteri e responsabilità, ignote per il passato, nella prospettiva dei rapporti con gli altri pilastri della dialettica processuale»; i difensori salutavano il rilancio di un «ruolo» eroso da «visioni provvidenziali della giurisdizione»⁹⁵. In questo orizzonte la «involuzione del nuovo processo» sarebbe stata messa in conto al mancato intervento del legislatore per ovviare alle ricorrenti vocazioni dei magistrati ad una «funzione politica»⁹⁶.

Nei confronti dell'ordine giudiziario disegnato del codice non mancava comunque «una linea, allora inusuale, di critica garantista», circa il contrasto tra un modello incardinato sulla inefficacia della prima fase procedurale, ove, al tempo stesso, il «centro di gravità» dell'intervento penale «s'era andato a scaricare all'indietro», col risultato

⁹² G. FALCONE, *Interventi e proposte (1982-1992)*, Milano 1994, pp. 163 ss.

⁹³ E. AMODIO, *Il modello accusatorio*, cit., p. XLVIII.

⁹⁴ *Documento votato dall'Unione Camere penali italiane*, in *Un nuovo codice per una nuova giustizia*, Padova 1989, p. 227. Sul tema cfr. V. PERCHIUNNO, *Il nuovo ruolo del difensore nella ricerca delle fonti di prova*, in *Il nuovo processo penale dalla codificazione all'attuazione*, Milano 1991, pp. 149 ss.; D. SIRACUSANO, *Diritto di difesa e formazione della prova nella fase dibattimentale*, *ibid.*, pp. 163 ss.

⁹⁵ D. MARAFIOTI, *Editoriale*, in «Il giusto processo», 1989, p. 6.

⁹⁶ D. MARAFIOTI, *Commiato*, *ibid.*, 1992, p. 292.

di fare del processo uno «strumento di controllo sociale anticipato». Il deficit di tutela difensiva e di diritto alla prova nella fase preliminare pareva far correre il «rischio» del passaggio dal «garantismo inquisitorio» all'«accusatorio non garantito». I «poteri e funzioni inusitate di politica criminale», assegnati al pm, non erano bilanciati da quelli del giudice delle indagini preliminari, lontano dal modello della «scuola di Irnerio», «*in medio cognoscens*», dal momento che il gip non poteva «conoscere», e dunque «non garantire nè controllare»⁹⁷. Si ripensava il canone del codice e della legislazione dell'emergenza come «due linee indipendenti», la prima garantista, la seconda ispirata dalla «tutela della collettività»; per le non poche limitazioni all'oralità e al contraddittorio la «schizofrenia» appariva minore di quanto la dottrina avesse pensato. Forse – concludeva Ferrua – il legislatore di metà anni Settanta non era «così liberticida», forse quello del 1988 non era «così liberale»⁹⁸. Ferrajoli criticava in particolare il fermo ed interrogatorio senza difensore da parte della polizia e del pm, privato di funzione «giurisdizionale», e soggetto al rischio del «risveglio dell'aspirazione mai sopita del potere esecutivo a portarlo sotto il suo controllo»⁹⁹.

Da un altro punto di vista Mereu lamentava che nel nuovo codice il ruolo del pm fosse ancora quello tipico del «processo inquisitorio»; ed asseriva che «i princi-

⁹⁷ M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Milano, 1998, pp. 32 ss.; V. PERCHIUNNO, *Percorsi di procedura penale. Dal garantismo inquisitorio all'accusatorio non garantito*, Milano 1996.

⁹⁸ P. FERRUA, *La formazione delle prove nel nuovo dibattimento: limiti all'oralità e al contraddittorio*, in «Politica del diritto», 1989, p. 267.

⁹⁹ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1989, p. 781. Sul discorso di Ferrajoli «fondato e coraggioso quando prevalevano tra i processualpenalisti toni apologetici» di un codice fatto oggetto «di aggressioni quasi tutte in senso autoritario» cfr. P. FERRUA, *Contraddittorio e verità*, cit., pp. 244 ss.

pi non si addicono al cocktail»¹⁰⁰. Dezza metteva a fuoco l'«accusatorio possibile» per la codificazione italiana, venata da «scorie inquisitorie» proprio in virtù del «giudice factotum», che consentiva al pm di ricercare anche fatti e circostanze a favore dell'indagato. Il legislatore pareva aver recepito la versione *adversary* nord-americana, consolidatasi nella giurisprudenza del Presidente Warren tra il 1953 e il 1969, calando però il modello entro un ordinamento, quello italiano, radicalmente diverso da quello statunitense, nel prevedere l'obbligatorietà dell'azione penale, la non netta separazione, istituzionale e culturale, tra l'accusatore e il giudice, l'assenza di giuria¹⁰¹. Attraverso la comparazione Damaska rilevava che il processo americano si avvicinava a quello del *civil law* per il declino della giuria, il rafforzamento delle Corti, l'allungamento dei tempi del processo¹⁰². A dare senso, e a complicare, l'accusatorio italiano, era comunque il ruolo del pm, incardinato sui binari dell'art. 112; Di Federico, pur aperto a discutere di discrezionalità, non dimenticava le «aspettative della comunità»¹⁰³. Nei fatti più che avvocato dell'accusa il pm era destinato a restare il difensore della legalità¹⁰⁴; a proposito della domanda di fondo del codice, la scelta sul «di chi è il processo», delle parti o del giudice, pareva rispondere

¹⁰⁰ I. MEREU, *La giusta ingiustizia*, cit., p. 164.

¹⁰¹ E. DEZZA, *Accusa e inquisizione nell'esperienza italiana contemporanea*, in *Diritti individuali e processo penale*, cit., pp. 105 ss. Sulla presidenza Warren cfr. anche E. AMODIO, *Il modello accusatorio e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana*, in *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di E. Amodio e C.M. Bassiouni, Milano 1988, pp. XXVIII.

¹⁰² M.R. DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, cit. p. 133.

¹⁰³ G. DI FEDERICO, *Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pm e loro rispondenza alle aspettative della comunità*, in *Accusa penale e ruolo del pm*, a cura di A. Gaito, Napoli 1991, pp. 169 ss.

¹⁰⁴ A. SPATARO, *Ne valeva la pena. Storie di terrorismi e mafie, di segreti di Stato e di giustizia offesa*, Roma-Bari 2010, p. 530.

in modo esemplare la sentenza della Corte costituzionale 111/1993, «il fine della giustizia della decisione e i principi di legalità ed uguaglianza esigono che il giudice sia messo in grado di porre rimedio alle carenze, negligenze ed inerzie delle parti processuali»¹⁰⁵.

5. *I processi «contro» la criminalità organizzata dopo i «provvedimenti legislativi che hanno estremamente ostacolato la lotta alla mafia»*

Dai primi anni novanta anche la lingua del legislatore nominava la criminalità organizzata¹⁰⁶, per taluni dimenticata dalla codificazione¹⁰⁷; altri rilevavano che i crimini associati già nella legge delega avevano imposto una deroga alla speditezza delle indagini, la restrizione dei casi di connessione, la preventiva acquisizione della prova secondo il sistema dell'incidente probatorio, in un «non disprezzabile punto di equilibrio tra efficacia e garanzia»¹⁰⁸. Il guardasigilli Vassalli voleva peraltro sottolineare la distanza della codificazione dalla logica del «doppio binario», cui il legislatore avrebbe poi fatto ricorso; sottolineava che né la legge delega né il codice intendevano adottare strategie «differenziate», dal momento che proprio i reati più gravi imponevano «maggiori garanzie». Se i maxiprocessi avevano scandito gli ultimi anni della vigenza del vecchio codice,

¹⁰⁵ www Consulta ad annum; cfr. tra gli altri R. MINNA, *Il controllo della legalità*, pp. 236 ss.

¹⁰⁶ G. CONSO, *La criminalità organizzata nel linguaggio del legislatore*, in «Giustizia penale», 1992, col. 386.

¹⁰⁷ R. MINNA, *Crimini associati, norme penali e politica del diritto*, Milano 2007, p. 202, pp. 210 ss.

¹⁰⁸ G. FRIGO, *Compatibilità del maxiprocesso con le direttive per il nuovo codice di procedura penale*, in «L'Indice penale», 1987, pp. 425 ss.; R. MINNA, *Crimini associati*, cit., pp. 210 ss.; G. TURONE, *Le «indagini collegate» sui reati della criminalità organizzata*, in «La difesa penale», 1989, p. 32.

si imponeva il ritorno del processo penale al compito istituzionale di «stabilire le responsabilità dei singoli», dopo le logiche del «grande affresco della criminalità»¹⁰⁹. D'altro canto, quasi a bilanciare il codice, nel 1990 le «nuove misure ante delictum per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e altre forme di manifestazioni di pericolosità sociale» intendevano colpire con efficacia gli indiziati di mafia. In particolare il sequestro di patrimonio non giustificato dell'indagato pareva comportare il collasso del principio *nemo tenetur se detegere*. La previsione sarebbe stata dichiarata incostituzionale nel 1994, perché lesiva del principio di presunzione di non colpevolezza¹¹⁰; per Vassalli il «processo di prevenzione» era l'«esatto contrario del nuovo processo penale»¹¹¹.

Dal canto suo Falcone coglieva che il nuovo codice aveva voluto «tendenzialmente esclusi i maxiprocessi», tutelando l'«inquisito», ma senza garantire una «efficace repressione della criminalità organizzata». Erano invece necessarie strutture investigative, non rimesse solo alla «buona volontà dei singoli magistrati»; l'«accusatorio» era declinato come premialità nei confronti dei «pentiti», da considerare «teste della Corona» in virtù di provvedimenti legislativi, tesi a rendere conveniente la «collaborazione con la giustizia»¹¹². Il magistrato siciliano non vedeva

¹⁰⁹ G. VASSALLI, *Il nuovo codice*, cit., pp. 731 ss.; G. VASSALLI, *Il codice di procedura penale del 1988: suoi contenuti e sue successive modifiche*, in ID., *Scritti giuridici*, III, cit., p. 805. Sul punto cfr. E. AMODIO, *Il modello accusatorio*, cit., pp. XXX ss.; G. COLOMBO, *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., pp. 73 ss.

¹¹⁰ M. ZANNOTTI, *L'art. 12 quinquies del d.l. n. 306/92: un'altra fattispecie di sospetto*, in *Lotta alla criminalità organizzata*, cit., pp. 135 ss.

¹¹¹ G. VASSALLI, *Il codice di procedura penale italiano del 1988*, cit., p. 820.

¹¹² G. FALCONE, *La lotta alla criminalità organizzata e il nuovo modello processuale*, in *Un nuovo codice per una giustizia*, cit., p. 210 ss.

lo scandalo nel riconoscere il ruolo dei dichiaranti; Nobili annotava: «un tempo si asseriva di premiare un valore etico (il ravvedimento) si parlava di pentiti. Oggi non lo si afferma più. Quella parola è scomparsa e resta una normativa dichiaratamente protesa ad ottenere un atto processuale specifico [...] è il modello processuale cooperatorio [...] una linea procedurale imperniata sulle confessioni-delazioni intese come strumento principe delle indagini e delle prove»¹¹³.

Dal 1990 – anche per la presenza di Falcone al Ministero come direttore generale degli affari penali – il legislatore interveniva sul codice con modifiche intese a consentire la celebrazione dei maxiprocessi; un appunto rivolto dalla Procura di Palermo alla Commissione antimafia chiedeva la possibilità di acquisire verbali di prova relativi ad altri procedimenti, anche senza il consenso delle parti, imputati e difensori, sempre decise a negarlo. Era un punto nevralgico¹¹⁴, premessa alla scelta legislativa di

¹¹³ M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni*, cit., p. 192.

¹¹⁴ G. FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, II, Milano 1991, p. 66. Sulla Commissione antimafia in questa stagione cfr. *Mafia, 'ndrangheta, camorra dopo la legge La Torre. Atti della Commissione parlamentare*, Roma 1989; R. MINNA, *Il controllo della criminalità: politica criminale e nuovo codice di procedura penale*, Firenze 1997; L. VIOLANTE, *Il nuovo processo penale e la criminalità mafiosa. Relazione della Commissione parlamentare antimafia*, in «Cassazione penale», 1990, pp. 2047 ss. Sulle immediate riforme del codice cfr. G. SPANGHER, *Il nuovo processo penale e il maxiprocesso: l'impianto originario del codice e le modifiche al codice procedura penale del 1991 per consentire la promozione e la celebrazione dei maxiprocessi*, in *Fenomenologia del maxiprocesso*, cit., pp. 69 ss.; M.M. BARILLARO, *Le modifiche al codice di procedura penale del 1991 dopo le stragi. La disciplina della connessione dei reati e delle indagini collegate*, *ibid.*, pp. 75 ss.; G. COLOMBO e L. MAGISTRÒ, *La legislazione antimafia annotata con la giurisprudenza ed integrata con la normativa complementare*, Milano 1994, pp. 794 ss.; G. INSOLERA, *Relazione introduttiva*, in *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, a cura di G. Giostra e G. Insolera, Milano 1995, pp. 3 ss.

ampliare la connessione probatoria e soprattutto i poteri del pm nell'inchiesta preparatoria, in quel che pareva una sorta di *inquisitio generalis*, destinata a determinare anche il momento decisorio. Nel 1991 con le direzioni distrettuali antimafia si istituzionalizzano i *pool* dei pm specializzati nell'avviare e dirigere indagini; la direzione nazionale aveva compiti di coordinamento e non di direzione, per scongiurare la dipendenza dall'esecutivo di organismi intesi a dare un'interpretazione unitaria e uniforme della criminalità organizzata¹¹⁵. La «cura Falcone» funzionava, ed i procedimenti a carico di associazioni criminali occupavano gran parte dell'attività giurisdizionale. Dei circa venti mila processi celebrati, il 30% si chiudeva con condanne al carcere, dato considerato lusinghiero, rispetto alla precedente diffusa impunità¹¹⁶. Di fronte alla criminalità, che le statistiche dei primi anni Novanta indicavano «di massa»¹¹⁷, la dottrina lamentava il riesumare l'inquisitorio con «nuovi contorti intrecci normativi sostanziali processuali»¹¹⁸. A proposito del codice penale, che, dopo quello di rito, pareva dover essere varato, Bricola coglieva una soluzione «alla Carrara» nella proposta di lasciar fuori la legislazio-

¹¹⁵ L. PEPINO, *Provvedimenti in tema di politica criminale e politica giudiziaria*, in «Dei delitti delle pene», 1993, p. 82 ss.; V. GERACI, *L'associazione di tipo mafioso nella l. 13/9/82 n. 646*, in «Legislazione penale», 1986, pp. 570 ss.; S. MOCCIA, *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Napoli 1999, pp. 161 ss.; R. ORLANDI, *L'organizzazione della giustizia penale*, cit., pp. 248 ss.; A. NICOLI, *Gli organi requirenti*, in *Manuale di ordinamento giudiziario*, a cura di G. Di Federico, Padova 2005, pp. 119 ss.

¹¹⁶ R. MINNA, *Crimini associati*, cit., pp. 211 ss., pp. 287 ss.; R. MINNA, *La mafia in Cassazione*, Firenze 1995, pp. 143 ss.; G. CASELLI e A. INCROIA, *Normativa premiale e strumenti di protezione per i collaboratori di giustizia*, in *Processo penale e criminalità organizzata*, cit., pp. 200 ss.; P.L. VIGNA, *Indagini preliminari nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata*, *ibid.*, pp. 41 ss.

¹¹⁷ R. MINNA, *Il controllo della criminalità*, cit. p. 145.

¹¹⁸ M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni*, cit., p. 196.

ne antimafia. Siracusano rilevava che con i «nuovi articoli» le modifiche entravano invece stabilmente in quella di procedura, e non solo a carico dei mafiosi¹¹⁹. Dal canto loro i magistrati impegnati nelle indagini sulla criminalità organizzata rispondevano che, soprattutto grazie alla previsione del «voto di scambio politico-mafioso», dopo la «stagione esaltante dei maxiprocessi», si potevano contrastare con efficacia «crimini dalle profonde radici nell'attuale sistema socio-politico-economico»¹²⁰.

Proprio la *vexata questio* dei processi per mafia pareva all'origine della «fucilata», sparata sul codice dalla Corte costituzionale, ove nel 1992 sedeva anche Vassalli. Il giudice delle leggi interveniva in nome della Costituzione, nel ridare valore probatorio al materiale raccolto unilateralmente, fuori della dimensione epistemica del contraddittorio. La sentenza 24 del 1992 – relatore Mauro Ferri – dichiarava l'illegittimità dell'art. 195, laddove aveva vietato d'ascoltare uomini della polizia giudiziaria sul contenuto delle informazioni sommarie, con un divieto di testimonianza indiretta, ritenuto dalla Consulta «irragionevole»¹²¹. Cordero

¹¹⁹ F. BRICOLA, *Relazione introduttiva*, D. SIRACUSANO, *Relazione introduttiva*, in *Lotta alla criminalità organizzata*, cit. pp. 9, 13. Sottolineava che certe misure processuali potevano ritorcersi contro «tutti i cittadini, anti mafiosi compresi» G. DI LELLO, *Retoriche dell'antimafia*, in «Il Ponte», *Giustizia come. Giurisdizione e sistema politico*, 1998, p. 139.

¹²⁰ A. INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., pp. 52 ss., 135.

¹²¹ P. FERRUA, *Contraddittorio e verità*, cit., pp. 218 ss.; Indicazioni bibliografiche sulla giurisprudenza della Corte Costituzionale in S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 1997, pp. 283 ss.; P. FERRUA, *Processo penale e verità. Note in margine al giusto processo*, in «Democrazia e diritto», 2000, *La bilancia e la misura*, a cura di S. Anastasia e M. Palma, pp. 207 ss.; O. DOMINIONI, *La Corte e i problemi cruciali della prova nel primo quadriennio di vigenza del codice di procedura penale*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, pp. 570 ss.; G. RICCIO, *La procedura penale tra storia e politica*, cit., p. 122 ss.

invece affermava che «lì sta la differenza tra storico e giudice: uno prende i fatti da qualunque fonte; l'altro è legato alla selezione normativa delle fonti»¹²².

La sentenza n. 254 del 1992 dichiarava illegittimo l'art. 513, laddove impediva al giudice del dibattimento, sentite le parti, la lettura dei verbali resi nel corso delle indagini preliminari per imputati in processi connessi. In nome del «principio di non dispersione della prova» la n. 255 riconosceva valore probatorio ai verbali usati per le contestazioni nel caso che, nel dibattimento, il testimone fosse rimasto in silenzio o avesse fornito una versione difforme da quella resa in segreto al pm o alla polizia giudiziaria. Prima delle stragi di mafia di Capaci e Via D'Amelio la Corte era esplicita nel dover tenere conto della «pesante esigenza di difesa della società dal delitto quando per di più l'intimidazione dei testimoni si verifica assai più di recente», e ribadiva che «fine primario e ineludibile del processo penale non può rimanere che quello della ricerca della verità (in armonia con i principi della Costituzione)»¹²³.

Nelle critiche della processualpenalistica anche la Cassazione «spuntava l'arma del legislatore» in molti punti, laddove affermava che le dichiarazioni rese al pm potessero costituire «prova tout court»; estendeva il potere del giudice di esaminare le prove d'ufficio; limitava la portata del divieto assoluto di prove ottenute illegalmente; respingeva la richiesta di nuove prove, se la istanza fosse parsa mossa da intento meramente dilatorio. Sembrava radicarci la «teorizzazione dei magistrati (ma, in qualche misura,

¹²² F. CORDERO, *Miserie della procedura penale*, cit., p. 152.

¹²³ *Consulta on line*, 1992. Cfr. sul punto T. RAFARACI, *Contraddittorio, oralità, diritto alla prova: dal prolungato ossequio alle sentenze del 1992 all'interpretazione «virtuosa» del nuovo articolo 111 della Costituzione*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 607 ss.; R. MINNA, *Il controllo penale*, cit., p. 233.

anche dei giudici della Consulta), in nome della carta costituzionale, di un potere giudiziario antagonista alla legge, ossia di un potere da affermare – all’occasione – come preminente su essa», «un governo degli uomini» sul «governo della legge»¹²⁴. Si osservava che in tre anni erano state sollevate più questioni di illegittimità che nella lunga vigenza del codice del 1930; chi lamentava «resistenze eversive», prendeva atto che le «emergenze» prevalevano su «assetti codicistici per natura stabili», col codice sentito dalla magistratura come un «corpo estraneo»¹²⁵. Da un altro punto di vista Fassone rifiutava di considerare il «nuovo codice» un «terminale della marcia verso la civiltà, e perciò la trincea dalla quale non si può tornare indietro». Nei processi per mafia la «paura dei testimoni» e gli «inquinamenti praticati dagli accusati» parevano contare più della «purezza metafisica dei concetti», più dell’istanza per un codice per i galantuomini. Polemicamente il magistrato torinese si chiedeva perché, nel discorso pubblico sulla giustizia, non pochi lamentassero più i pretesi torti da «colonna infame» della magistratura che la «lupara» dei mafiosi; ribadiva che il processo non era solo pensabile come «argine al potere oppressivo», ma anche come strumento di «stabilità alle risposte politiche, sociali, economiche e culturali alla criminalità organizzata»¹²⁶.

In questo clima alcuni «provvedimenti tampone» servivano ad impedire l’uscita dal carcere di grandi mafiosi, condannati in primo grado o in appello; si innalzavano i termini massimi, col «capovolgimento» del principio codi-

¹²⁴ M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni*, cit., p. 61.

¹²⁵ G. RICCIO, *Ragioni del processo penale e resistenze eversive, tra novellazioni e prassi*, in *Scritti in memoria di Renato dell’Andro*, Bari 1994, pp. 771 ss.; ID., *La procedura penale tra storia e politica*, cit., p. 122.

¹²⁶ E. FASSONE, *Garanzie e dintorni*, cit., p. 140.

cistico del carcere come *extrema ratio*¹²⁷. Gli uffici ministeriali parevano rinunciare alla linea di incondizionata fiducia nell’opera dei tecnici; i magistrati che avevano operato nella Commissione Pisapia erano chiamati a dare pareri in altre sedi sulla legislazione emanata ed *in fieri*, mentre altri commissari si dimettevano¹²⁸. Ad un mese dall’assassinio di Falcone un drammatico discorso di Paolo Borsellino alle Associazioni antimafia di Palermo metteva in relazione l’essaurirsi del fenomeno della «gente che fa il tifo per noi» e certi «provvedimenti legislativi che hanno estremamente ostacolato la lotta alla mafia, il loro codice di procedura penale»¹²⁹.

Di lì a poco le «modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti a contrasto alla criminalità mafiosa» differenziavano il trattamento penale e processuale, reintroducendo la custodia cautelare obbligatoria ed il reato di false dichiarazioni al pm. Il «doppio binario processuale», assente nel codice, disegnava una nuova disciplina delle indagini preliminari ed un diverso regime delle prove; erano ammesse al dibattimento le dichiarazioni assunte in segreto dalla polizia e quelle assunte nel corso di altri processi. Pareva «angosciante che a fare da capo stazione e a scegliere i binari possa essere un organo di polizia giudiziaria», ma le doppie rotaie erano ritenute costituzionali dalla sentenza n. 306 del 1993¹³⁰. Magistrati e dottrina si dividevano: i primi apprezzavano un «decreto

¹²⁷ G. RICCIO, *La procedura penale tra storia e politica*, cit., p. 125. Sul punto cfr. G.M. FLICK, *Costituzione e processo penale tra principio di ragionevolezza e uno sguardo verso l’Europa*, in «Questione giustizia», 2010, p. 10.

¹²⁸ *La testimonianza di un protagonista. Intervista a Mario Chiavario*, cit., p. 426.

¹²⁹ Cfr. E. DEAGLIO, *Il vile agguato. Chi ha ucciso Paolo Borsellino. Una storia di orrore e di menzogna*, Milano 2012, p. 104.

¹³⁰ A. GALATI, *Le degenerazioni del maxiprocesso*, cit., p. 147.

Falcone antimafia, ultima buona riforma processuale»¹³¹; i secondi criticavano una «degradata specie di istruzione sommaria [che] minacciosamente incombe all'orizzonte»¹³². La processualpenalistica lamentava che la «verità giudiziaria» si formasse ancora in questa prima fase, una accusa provvista di senso attraverso il vaglio legittimante della ricerca e per mezzo delle prove allestite dall'inchiesta stessa. Come nel passato, il giudizio pareva prendere forma fin dal porsi della «questione penale», con un ontologico «pre-giudizio»¹³³. Amodio scriveva di «macerie della procedura penale»¹³⁴; Bricola di «inquisitorio nel cuore di molti»¹³⁵; Nobili di «accusatorio sulle labbra, inquisitorio nel cuore», con un ricordo del timore di Nuvolone, puntualmente avverato, della «degenerazione dell'inchiesta preliminare in istruttoria squisitamente inquisitoria condotta dal pm»¹³⁶. Giostra asseriva che «il processo penale in senso stretto, come luogo in cui si prova e si valuta l'ipotesi accusatoria del pubblico ministero non è e non può essere considerato uno strumento di lotta contro la criminalità organizzata [...] un'arma». Da un lato si riproponeva la grande fondazione del processo «semmai deputato a valutare i risultati di tale lotta», dall'altro si coglieva la realtà di un «procedimento» inteso come «risposta giudiziaria». Da qui l'«abiura dell'accusatorio», il «giudice-idrovora

¹³¹ P. BORGNA e M. MADDALENA, *Il giudice e i suoi limiti. Cittadini, magistrati e politica*, Roma-Bari 2003, p. 79.

¹³² P. FERRUA, *Contraddittorio e verità*, cit., p. 262.

¹³³ In generale cfr P. MARCHETTI, *Introduzione*, in *Inchiesta penale e pregiudizio. Una riflessione interdisciplinare*, a cura di P. Marchetti, Napoli 2007, p. XI.

¹³⁴ E. AMODIO, *Rovistando tra le macerie della procedura penale*, in «Cassazione penale», 1993, pp. 2941 ss.

¹³⁵ F. BRICOLA, *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, in *Processo penale e criminalità organizzata*, cit., p. 11.

¹³⁶ M. NOBILI, *L'accusatorio sulle labbra, l'inquisitorio nel cuore*, in «Critica del diritto», 1993, p. 11 ss.; Id., *Scenari e trasformazioni*, cit., p. 73.

che ingoia ogni dato conoscitivo potenzialmente utile alla sua decisione per restituirlo *sub specie* di pronuncia razionalmente motivata». Questa logica pareva inutile e «inaccettabile in linea di principio», laddove, con Montesquieu, le «formalità della giustizia» erano legate allo «libertà e sicurezza dei cittadini»¹³⁷.

Orlandi registrava il passaggio dal «maxiprocesso della previgente codificazione» al «grande processo diffuso», ove i singoli processi contro il crimine organizzato, dal carattere «pericoloso», perdevano la loro individualità di «vicenda autonoma» – ideologia cardine del paradigma accusatorio – per offrire un «contributo informativo» su una realtà criminale pretesa «unica», con un modello «speciale»¹³⁸. Nel giudizio della dottrina il codice pareva aver voluto evitare i «maxi-dibattimenti invano»¹³⁹; la scena processuale sembrava smottare da un processo al «servizio della legalità sostanziale verso una legalità sostanziale al servizio del processo»; rispetto al diritto sostantivo proprio quelli di mafia passavano dal ruolo di «servo muto a quello di socio paritario e a quella di socio tiranno»¹⁴⁰. «Risposta giudiziaria», «misure di contrasto», «strumenti processuali» nel linguaggio del legislatore e nel discorso pubblico erano scelte semantiche che sostituivano il termine concetto «legge», con «vari atti del procedimento usati e vissuti – essi, non la pena – come strumenti di contrasto: la procedura

¹³⁷ G. GIOSTRA, *Il processo penale «contro» la criminalità organizzata: rischi di strumentalizzazione*, in *La lotta alla criminalità organizzata*, cit., p. 163.

¹³⁸ R. ORLANDI, *Il procedimento penale per fatti di criminalità organizzata*, cit., pp. 97 ss.

¹³⁹ A. GALATI, *Le degenerazioni del maxiprocesso*, in *Il giusto processo*, Milano 1998, pp. 130 ss.

¹⁴⁰ T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1992, pp. 431 ss.

penale, piuttosto come luogo deputato ad esercitare potere, che come regola destinata a limitarlo»¹⁴¹. Chi lamentava la «involuzione» del codice, «un *revirement* d'inquisizione poco soave», registrava il passaggio «dalla lotta alla mafia alla lotta ai diritti dell'individuo»¹⁴². Da un altro punto di vista, per Fassone, una «rude empiria» pareva aver ovviato all'«eccesso di formalismo»; meritoriamente la Corte costituzionale aveva inteso «svincolare il processo penale dal regno delle sterili forme fini a sè stesse», per collocare «libertà e garanzia nell'etica della responsabilità, anziché in quello delle forme»¹⁴³. Il giudizio accomunava, con toni diversi, operatori del diritto come Caselli, Ingroia, Vigna; ma anche Grevi – che nel 1993 raccoglieva gli Atti di un Convegno, privo del contributo, promesso, di Falcone – asseriva che «i processi si fanno, dopo tutto, non solo per prosciogliere gli imputati innocenti, ma anche per condannare i colpevoli»¹⁴⁴. A proposito delle modifiche urgenti si apprezzava la tensione del legislatore a «rendere il codice di rito più consono a reprimere l'insorgere tracotante della criminalità mafiosa»¹⁴⁵. Ancora nel 2005 Grasso – all'epoca procuratore a Palermo – avrebbe misurato la distanza tra il codice del 1988, che aveva disegnato «un processo dove c'è un testimone che vede un accadimento, va dal giudice come testimone, dice la sua e il giudice decide», e il «processo di mafia totalmente diverso dal normale processo pe-

¹⁴¹ M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni*, cit., p. 191.

¹⁴² S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 142 ss., p. 281 ss.

¹⁴³ E. FASSONE, *La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in *Processo penale e criminalità organizzata*, cit., p. 233.

¹⁴⁴ G. CASELLI e A. INGROIA, *Normativa premiale*, cit., pp. 200 ss.; P.L. VIGNA, *Indagini preliminari*, cit., pp. 41 ss.; V. GREVI, *Premessa*, in *Processo penale e criminalità organizzata*, cit.; ID., *Nuovo codice penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, *ibid.*, pp. 41 ss.

¹⁴⁵ *La mafia nella realtà siciliana e la risposta dello Stato*, in «L'Indice penale», 1993, p. 208.

nale, perchè lo Stato non ha di fronte un individuo, bensì un'organizzazione [...] di potenziale inquinamento del normale corso della giustizia»¹⁴⁶.

Lacchè ha osservato che il codice del 1988 ha condiviso la sorte di quelli «liberali», del 1889 e del 1913, preparati da lunga gestazione, voluti soprattutto da avanguardie della processualpenalistica «civile», con un «fuga in avanti»; da qui i «ritorni all'indietro», imposti da «settori importanti della giurisprudenza», anche perchè il legislatore non era stato capace di fissare «equilibri normativi appena convincenti, in grado di resistere alla prova dell'ultima emergenza»¹⁴⁷. Il modello processuale «repubblicano», diverso da quello «liberale» – disegnato dal codice del 1913, dalla Novella del 1955 – si rivelava terreno di conflitto di culture, ove lo Stato assecondava un bisogno di giustizia attiva contro la criminalità, piuttosto che a tutela dei «galantuomini». Il cardine di questa ideologia, il maxiprocesso, «figura meta-giuridica», ancora nel 2011 sarebbe parso un «modello insostituibile di politica moderna ed efficiente di contrasto alla mafia»¹⁴⁸.

Nell'estate 2012 Grasso – all'epoca procuratore generale antimafia – annunciava che avrebbe tenuto alcune lezioni su Cosa nostra alla televisione. Era l'occasione per

¹⁴⁶ P. GRASSO, *Intervento*, in *La tavola rotonda*, cit., p. 235.

¹⁴⁷ L. LACCHÈ, *I diritti della storia e la storia dei diritti. Riflettendo sul processo nell'Italia repubblicana*, in *Diritti individuali*, cit., p. 96.

¹⁴⁸ G. TINEBRA, *Conclusioni. Fenomenologia del maxiprocesso: le ragioni del successo, i motivi della crisi*, in *Fenomenologia del maxiprocesso*, cit., pp. 150 ss. Sui processi per le stragi dell'estate 1992, sui problemi sollevati, i nodi irrisolti cfr. P. FALCONE, *I processi per le stragi di Capaci e Via D'Amelio: le questioni processuali in tema di valutazione delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia e di incompatibilità dei giudici dopo le sentenze della Corte costituzionale*, *ibid.*, pp. 97 ss.; M. PATANÈ, *Il maxiprocesso in appello in seguito a rinvio e in costanza di indagini parallele*, *ibid.*, p. 146; A. CENTONZE, *Le fattispecie associative e i reati fine: riunione e separazione processuale di fronte alla regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio*, *ibid.*, p. 138.

chiedere «poteri diretti di indagine per agire ben oltre le ipotesi di coordinamento», per una «verità e giustizia» in grado di aggredire l'intreccio tra «mafia e politica», specie in relazione alle indagini che, a vent'anni dalla morte di Falcone e Borsellino, profilavano una «trattativa» tra uomini delle istituzioni e boss¹⁴⁹. Il processo penale, nell'agorà mediatica, era ancora una volta vocato a luogo simbolico di affermazione della legalità davanti ad ogni ordine di poteri, nel legame tra la democrazia e la verità giudiziaria.

¹⁴⁹ P. GRASSO, *Intervista a R. Melati, In Tv vi spiego la mafia e le menti raffinatissime che vi stanno dietro*, in "Il Venerdì di Repubblica", 12 Settembre 2012, p. 48.

CAPITOLO XI GIUSTIZIA E POLITICA AL TEMPO DEL «GIUSTO PROCESSO»

1. «provvedimenti» di Tangentopoli

«La normalità dell'emergenza e l'emergenza della normalità»¹ segnavano il tempo di «Mani pulite», epopea non solo giudiziaria sulla corruzione, «unica nel contesto

¹ T. PADOVANI, *Il problema Tangentopoli tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 1996, pp. 448 ss. Sulla vicenda cfr. tra gli altri M.R. FERRARESE, *La giustizia penale aggregata. Iudicial intelligence e meccanismi narrativi*, in "Politica del diritto", 1994, pp. 661 ss.; A. PAGLIARO, *La lotta contro la corruzione e la recente esperienza italiana di Mani pulite*, in "Rivista trimestrale di diritto penale" 1994, pp. 311 ss.; C.E. PALIERO, *L'autunno del patriarca*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 1994, pp. 1220 ss.; A. BEVERE, *La giurisprudenza di Tangentopoli: conservazione e rivoluzione a confronto*, in "Critica del diritto", 1995, pp. 74 ss.; *La magistratura fra politica e autonomia*, in "Nuova Antologia", 1995, pp. 5 ss.; N. COLAJANNI, *Mani pulite? Giustizia e politica in Italia*, Milano 1996; D. MARAFIOTTI, *L'egemonia giudiziaria*, Milano 1999; D. NELKEN, *Il significato di Tangentopoli. La risposta giudiziaria alla corruzione e i suoi limiti*, in *Storia di Italia, Annali, 14, Diritto, legge, giustizia*, a cura di L. Violante, Torino 1998, pp. 597 ss.; G. BIANCONI, *Tangentopoli in Parlamento*, in *Storia d'Italia, Annali 17, Il Parlamento*, a cura di L. Violante, Torino 2001, pp. 1071 ss.; C.F. GROSSO, G. NEPPI MODONA e L. VIOLANTE, *Giustizia penale e poteri dello Stato*, Milano 2002, pp. 132 ss.; gli interventi raccolti da "Micromega" 1/2002 di Caselli, Galante Garrone, Maddalena, Nepi Modona, Zagrebelsky; L. MUSELLA, *Il «giudizio» della politica. Clientela e sistema delle tangenti tra Nord e Sud*, in *La costruzione della verità giudiziaria*, a cura di M. Marmo e L. Musella, Napoli 2003, pp. 219 ss.; C. GUARNIERI, *L'espansione del potere giudiziario fra prima e seconda repubblica*, in "Ius 17", 2009/1, pp. 233 ss.; C. GALLI, *Tangentopoli, crisi di legalità, crisi di*

delle democrazie liberali»². La «funzione accusatoria del pm e, con essa, l'ipoteca della fase preliminare sugli esiti del giudizio», disegnata dal codice, non a torto pareva offrire una grande «agevolazione» nei «provvedimenti di Tangentopoli»³. Le Procure trapiantavano nelle indagini sulla corruzione le tecniche sperimentate con successo nei processi per mafia, il coordinamento, la collaborazione, il pool⁴; si avvalevano della facoltà di svolgere investigazioni libere, informali e segrete, senza obbligo di avvertire il sospettato. Il gip si rivelava una «figura esangue di fronte al debordante gigantismo dell'accusa»⁵, in una prassi giudiziaria sorretta da un ampio «consenso sociale»⁶. Il «rito ambrosiano», che «passava in Cassazione», si dipanava in una «sequela», aperta dalla custodia cautelare in carcere; seguivano la non collaborazione dell'arrestato, l'istanza di revoca della misura, il rigetto, la richiesta di nuovo interrogatorio, la collaborazione – confessione e chiamata di correità – la libertà o gli arresti domiciliari. D'altro canto la prova documentale, decisiva nell'accertamento dei reati di criminalità economica, non si sarebbe potuta forma-

legittimità, in "Ius 17", 2009/1, pp. 233 ss.; V. MANES, *Il fenomeno Tangentopoli, la legalità della politica e la legittimità dell'intervento penale*, *ibid.*, pp. 243 ss.; C. GUARNIERI, *La giustizia in Italia*, Bologna 2011, pp. 119 ss.

² P. PORTINARO, *Introduzione*, in A. DEMANDT, G. ROSEN e H.-W. SCHUTT, *Processare il nemico*, Torino 1996, p. X.

³ R. ORLANDI, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, a cura di D. Negri e M. Pifferi, Milano 2011, p. 75; analogamente M. PISANI, *La stagione delle «mani pulite»*. *Notizie dall'Italia*, in "L'Indice penale", 1995, p. 167.

⁴ C. GUARNIERI, *I nodi della seconda Repubblica*, Bologna 2003; D. MARAFIOTI, *Metamorfosi del giudice. Riflessioni su giustizia e politica*, Soveria Mannelli 2004, pp. 18 ss.

⁵ E. AMODIO, *Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea*, in *Diritti individuali*, *cit.*, p. 344.

⁶ G. ILLUMINATI, *I riflessi della stagione di «Mani pulite» sulla procedura penale degli anni Novanta*, in *Diritti individuali*, *cit.*, p. 280.

re in dibattimento, e la collaborazione degli imputati era decisiva per risalire a chi aveva dato o ricevuto una tangente. In un'ottica di «mero scambio», di «collaborazione processuale», parevano perdere rilievo i fatti, a favore del valorizzare la «tendenza alla corruzione» o a «inquinare le prove»⁷. Di fronte alla prassi dei «salvacondotti» per gli indagati, concordati direttamente tra i difensori e la Procura, si asseriva che la «operazioni Mani pulite esige anche, come operazione di giustizia, manette pulite»⁸.

Cordero osservava che le trasmissioni televisive dal vivo delle udienze, popolarissime al tempo di Tangentopoli, rispondevano ad «un interesse sociale particolarmente rilevante», ma erano anche occasione di «novità pericolose»⁹. La televisione mandava in onda il trionfo della fase inquirente, quella destinata a contare, il racconto giudiziario di una lunga cronaca politica della immensa nazione delle tangenti. Anche da qui l'archiviazione dei grandi partiti e di quella che sarebbe stata chiamata prima Repubblica, con l'Italia che, per la procedura particolarmente pervasiva nella vita economica e sociale, appariva come una «Repubblica penale»¹⁰. Nell'intreccio di «giudici e telecamere»¹¹ la «magnifica gogna» mediatica del processo Cusani – difeso, tra diritto e politica, da Giuliano Spazzali¹² – faceva assurgere i testimoni ad un ruolo improprio¹³, «Craxi nel ruolo

⁷ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale italiano*, Napoli 1997, pp. 154 ss.

⁸ M.P., *Libertà patteggiata e tregua d'armi*, in "L'Indice penale", 1993, p. 54.

⁹ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano 2006, p. 931.

¹⁰ A. GARAPON e D. SALAS, *La Repubblica penale*, Milano 1998.

¹¹ F. GIANARIA e A. MITTONE, *Giudici e telecamere. Il processo come spettacolo*, Torino 1995.

¹² G. SPAZZALI, *L'Aiace raccontato. Arringa pronunciata in difesa di Sergio Cusani*, in "La difesa penale", 1994, pp. 44 ss.

¹³ M. NOBILI, *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Bologna 2009, p. 147.

di gran dominatore, Forlani nel ruolo di gran codardo, Cirino Pomicino nel ruolo di simpatica canaglia»¹⁴. Dal canto suo Pecorella – nel 1994 presidente della Unione camere penali – fotografava il «mutamento del ruolo dell'avvocato» al tempo di Mani Pulite: «è accaduto che alcuni difensori portassero in Procura persone non ancora raggiunte da alcun indizio: il cliente si confidava con l'avvocato che lo portava in Tribunale, perchè non corresse il rischio di essere individuato sulla base di dichiarazioni rese da altri indagati consigliati da altri avvocati. Tutto ciò sarebbe stato impensabile per difensori come De Marsico o Pisapia, che concepivano il processo come la sede di uno scontro, di un duello che ruotava attorno all'arringa, alle tecniche di convincimento». Pecorella sottolineava che «i processi di Tangentopoli non hanno storia, salvo il processo Cusani che è stato l'unico in cui l'imputato si è contrapposto al pm: se Cusani avesse confessato o patteggiato non ci sarebbe stato spazio per la difesa». Il «ritorno alla normalità» pareva proponibile «attraverso un processo sul processo [...] su come si è costruita l'inchiesta Mani pulite [...] si torna alla normalità processando il modo come sino ad oggi si sono fatti i processi»¹⁵.

In questo clima tra magistratura e avvocatura si accendeva un conflitto acuto, che sfociava in clamorosi scontri tra Anm e Camere penali, con gli avvocati che si dicevano mere comparse di un «processo impossibile»¹⁶. Anche

¹⁴ M.R. FERRARESE, *La giustizia penale aggregata*, cit., p. 666.

¹⁵ C. PECORELLA, *La difesa negata*, in *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, a cura di E. Bruti Liberati, A. Ceretti e A. Giasardi, Milano 1996, p. 150. Sul processo a Cusani, che vide sfilare i politici della cosiddetta Prima repubblica cfr. P.P. GIGLIOLI, S. CAVICCHIOLI e G. FELE, *Rituali di degradazione. Anatomia del processo Cusani*, Bologna 1997; G. ILLUMINATI, *I riflessi della stagione di "Mani pulite"*, cit., p. 280.

¹⁶ G. SPAZZALI, *Il processo impossibile*, in «Critica del diritto», 1996, pp. 159 ss.; *Codice di procedura penale e diritti della difesa. L'opinione de-*

Fassone scriveva di un «processo che non c'è», se inteso come sede giurisdizionale, deputata all'accertamento della verità; a chi lamentava una «involuzione» – i «dottrinari», Amodio, Cordero, Ferrua, Nobili, Pisapia, Siracusano – il magistrato rispondeva che «il modello accusatorio non ha retto alla prova della realtà», perchè non meritava «tutta le fede tributata». Un «discorso serio sulle garanzie» avrebbe dovuto prendere le mosse dal fatto che il processo di parti non era riuscito ad essere «visibile, a comunicare con la società», ed era stato sostituito dalle indagini preliminari del pm, organo in grado di operare con immediatezza e comunicare con la collettività, senza bisogno del magistrato, con prove e sanzioni anticipate, fungibili nei processi paralleli, celebrati sui media. Dalla fondata preoccupazione circa una «Repubblica dei procuratori della Repubblica» si poteva uscire con il recupero della «centralità del giudice», cui restituire «poteri decisionali» sulle indagini, prima del «tempo morto in attesa del dibattimento»¹⁷.

Nel discorso giuridico e politico si rafforzava il canone di un inarrestabile passaggio dal «governo della legge» al «potere della magistratura», del «dominio del processo sul diritto penale», della centralità della «fase preliminare sorta di regno del pm»¹⁸. Taluni mettevano in conto il suicidio in carcere di alcuni indagati agli inquirenti e ai loro «eccessi»¹⁹; al tempo stesso nell'opinione pubblica si radiceva uno «spostamento della cultura della giurisdizione a

gli avvocati penalisti italiani, Bologna 1996. Indicazioni sul conflitto tra magistratura e Camere penali in I. MEREU, *La giusta ingiustizia. Saggio sulla violenza legale*, a cura di R. Boggiani, Parma 1990, p. 83; R. ORLANDI, *Diritti individuali*, cit., p. 76.

¹⁷ E. FASSONE, *Il processo che non c'è*, in «Questione giustizia», 1994, p.

¹⁸ M. Nobili, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova 1998, p. 117; ID., *Nuovi modelli, connessioni, processo, teoria dello Stato, epistemologia*, in «L'Indice penale», 1999, p. 29.

¹⁹ L. MARAFIOTTI, *Le scelte dell'accusa*, cit., p. 2.

quella dell'investigazione», con l'avviso di garanzia inteso come prova di colpevolezza²⁰. Rodotà stigmatizzava la «pericolosa riduzione dell'attenzione sulla fase delle indagini, ritenendo secondario il processo [...] momento essenziale di trasparenza e controllo pubblico sull'attività svolta dagli stessi magistrati»²¹. Dal canto suo Borrelli definiva «un pò farisaico fingere che per prendere politicamente atto della sconvolgente realtà emersa si debbano aspettare le sentenze». Nella *Lettera* pubblicata su *Il Sole 24 ore* il procuratore capo di Milano rispondeva ai rilievi del guardasigilli Flick, critico del ruolo delle misure cautelari all'origine del numero elevatissimo di rei confessi; dati alla mano Borrelli mostrava che «nel novanta per cento dei casi ci troviamo di fronte a confessioni incondizionate, riscontrate e note»²².

La processualpenalistica stigmatizzava invece la «ideologia sbrigativa secondo cui non conta il metodo ma i risultati»; se la misura cautelare era subordinata allo svolgimento delle indagini, fino a durare oltre i quaranta giorni previsti dalla previgente istruzione sommaria, pareva necessario «restituire dignità alla giurisdizione fin dalle prime battute del procedimento», dal momento che era sfumato «il sogno accusatorio»²³. Pertanto anche le «indagini parallele», o la proposta dell'avvocatura di un «fascicolo autonomo della difesa», a garanzia dell'indagato, apparivano «un rimedio impossibile». In particolare Nobili coglieva che Tangentopoli, «imponente capitolo di storia giudiziaria», era l'esito di complesse «cause e condizioni sto-

²⁰ G. NEPPI MODONA, *Tangentopoli e Mani pulite: dopo le indagini, i processi*, in *Stato dell'Italia*, a cura di P. Ginsborg, Milano 1995, p. 529.

²¹ S. RODOTÀ, *Magistratura e politica in Italia*, in *Governo dei giudici*, cit., p. 29.

²² G.M. FLICK, *Lettera a un procuratore della Repubblica*, *Il Sole 24 ore* libri, Milano 1994.

²³ G. ILLUMINATI, *In difesa del diritto al silenzio*, in «L'Indice penale», 1993, pp. 500.

riche», irriducibili alle norme scritte nei «diversi codici». «Informazioni di garanzia o simili» andavano «azzerando» protagonisti della scena «politica ed economica», con «conseguenze dirompenti, senza dibattimenti, udienze preliminari o rinvio a giudizio», «con i provvedimenti e non con i processi». Un ruolo cruciale nella vicenda pareva giocato dall'*habitus* attivo della magistratura, nato col pretore impegnato degli anni Sessanta, fino all'utilizzo del codice del 1988 in funzione di un «accusatorio del pm», apprezzato dalla giurisprudenza di Cassazione e dalla Corte costituzionale.

Se la separazione delle carriere appariva, non a torto, la parola d'ordine di ospiti impresentabili alla tavola del garantismo «dell'ultim'ora, doloso o interessato», pure la diversificazione tra funzioni sembrava una scelta più garantista del «sistema dei due magistrati fungibili», «congiunti nel processo», fino al paradosso del «giudice parte». L'eresia giuridica era messa in conto alla «nuova ideologia», costruita dalla televisione, che metteva in scena come fatto «gravissimo» la rappresentazione dei «giudici che hanno distrutto l'opera del pm», e del «popolo», che riteneva il lavoro degli «inquirenti» più importante di quello dei «giudicanti». Nobili osservava che la storia del processo penale era stata un polo di tensione tra individuo ed autorità, in un'Italia dove, senza distinzione, «giudice e pm sono autorità»; «un nuovo gip oltre la crisi» doveva assolvere il ruolo di «garante giurisdizionale». Il processualpenalista concludeva: «se non si è riusciti o non si può costruire una fase preliminare che davvero non conti e non pesi, essa venga almeno assimilata al processo [...] con le garanzie, non un nuovo giudice istruttore poliziotto, ma un vero giudice»²⁴.

²⁴ M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni*, cit., pp. 102 ss.

Da un altro punto di vista Colombo – tra i protagonisti del pool di Milano – asseriva che il senso di Tangentopoli, vicenda non solo giudiziaria, andava gli oltre 3000 indagati, le 1.300 tra condanne e patteggiamenti definitivi, i 430 assolti nel merito – anche se non dichiarati estranei ai fatti – lo scattare della prescrizione per oltre il 50% degli indagati, per i quali era stato chiesto il rinvio a giudizio. Le indagini della magistratura mandavano in onda un insostenibile «sistema della corruzione», che nel passato nessuno avrebbe immaginato così profondo; se il giudice non poteva sottrarsi all'applicazione della legge, quella processuale era comunque indicata come sede impropria per restituire «legalità alla politica»²⁵. Anche Bruti Liberati da un lato prendeva le distanze dagli «osanna delle folle», nel negare al processo, vocato ad «accertare fatti specifici e responsabilità individuali», il senso di «indagare fenomeni sociali»; dall'altro rivendicava per i giudici il «controllo di correttezza sull'esercizio del potere». Le indagini erano rappresentate come irriducibili ad una «resa dei conti del sistema»; al tempo stesso si riconosceva loro la funzione di «innescare per un risanamento, che non può venire che dalla società civile e dal sistema politico»²⁶.

In una certa sintonia con la proposta di «soluzione politica» – auspicata nel dibattito alla Camera sulla questione morale del febbraio 1992 dall'allora guardasigilli Conso²⁷ –

²⁵ G. COLOMBO, *Le indagini della magistratura italiana nei reati contro la pubblica amministrazione. Il danno conseguente alla corruzione*, in «Questione giustizia», 1994, pp. 467 ss. Sul senso di quella vicenda ID. *Il vizio della memoria*, Milano 1996. Degli altri protagonisti del pool cfr. A. DI PIETRO, *Memoria*, Milano 1999; P. DAVIGO e G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, Roma-Bari 2007.

²⁶ E. BRUTI LIBERATI, *Potere e giustizia Postfazione*, in *Governo dei giudici*, cit., p. 207; ID., *Le Tangentopoli non milanesi*, *ibid.*, 1994, pp. 873 ss.; analogamente G. GILARDI, *Tangentopoli e processo penale*, *ibid.*, p. 689 ss.

²⁷ G. NEPPI MODONA, *Tangentopoli e Mani pulite*, cit., p. 529.

i magistrati di Milano presentavano discusse proposte per «uscire da Tangentopoli», con la previsione della cattura obbligatoria e provvedimenti premiali, fino alla non punibilità, intesi a rompere il «muro dell'omertà della corruzione»²⁸. D'altro canto si osservava che eventuali soluzioni transattive, in linea con i riti alternativi, vanificavano una risposta processuale che anche la pubblica opinione doveva sentire come «equa, altrimenti sarebbe una soluzione dal sapore di confezione su misura predisposta da un sarto che è al tempo stesso cliente»²⁹.

Al culmine di uno scontro istituzionale tra governo e magistratura nel 1994 il guardasigilli inviava a Milano gli ispettori, per scongiurare che l'epurazione giudiziaria portasse con sé quella politica; da qui, tra l'altro, una lettera di Borrelli al Presidente della Repubblica, circa la «inchiesta che tende ad avocare alla sede amministrativa valutazioni sulla legittimità e sul merito di concrete espiazioni della funzione giurisdizionale [...] denunciabili alla Corte costituzionale». Si chiedevano «garanzie» per i magistrati titolari dell'inchiesta sulla corruzione, con la denuncia di una indebita «impostazione politicizzante» dell'iniziativa dell'esecutivo, che premeva per far luce sul «fronte rosso», sulle «tangenti rosse»³⁰.

I provvedimenti giudiziari, che pure avevano suscitato nell'opinione pubblica aspettative di regole e prassi anticorruptive, non sarebbero bastati per una «via del non

²⁸ Critiche in M. PISANI, *Uscire da «Tangentopoli»*, in «L'Indice penale» 1994, p. 649. Sul punto cfr. anche L. FERRAJOLI, *La giustizia penale nella crisi del sistema politico*, in *Governo dei giudici*, cit., p. 74; M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni*, cit., p. 193.

²⁹ *Premessa*, in *L'equità della pena alla prova dei riti alternativi*, in «Giustizia e Costituzione», 1994, p. 4.

³⁰ *Quesiti della Procura della Repubblica di Milano sul rapporto magistrati ispettori. Lettera del Procuratore Borrelli al Presidente della Repubblica*, in «Questione giustizia», 1994, p. 904.

ritorno a Tangentopoli»³¹. Di fronte ad un legislatore che pareva assecondare le «mani impunte»³², nel 2009 Bruti Liberati aggiornava il decennio mancante in *Italia corrotta* di Alessandro Galante Garrone, legando il «doveroso intervento» della magistratura nella vita pubblica degli anni Novanta all'eredità civile del «mite giacobino»³³.

2. Il «giusto processo»

Nel Luglio 1993 Scalfaro interveniva nel Convegno organizzato dalla Commissione giustizia, tematizzando la ricerca di un problematico equilibrio tra la «libertà della persona, sacra anche quando la persona è inquisita», e la «libertà del giudice». In vista di una stagione di riforme, più agitata che credibile, il presidente auspicava un dialogo tra «legislatori, magistrati, giuristi, avvocati a servizio dell'uomo»³⁴. Le parole, pur raccolte in tanti interventi, parevano cadere nel vuoto; sul senso del processo in quella drammatica stagione si sedimentavano sguardi diversi: il presidente dell'Anm ricordava che «funzione primaria del diritto processuale non è offrire materia di studio nelle Università nè creare lo spazio per cavallereschi agoni fra avvocati o avvocati e pubblici ministeri [...] ma strumento pratico da cui la società si aspetta risultati

³¹ F. FORZATI, *Illecito finanziamento ai partiti ed ultima ratio: la via del non ritorno a Tangentopoli*, "Archivio penale", 1997, pp. 266 ss.

³² Per le inchieste giudiziarie e la legislazione successive agli anni Novanta cfr. tra gli altri D. DELLA PORTA e A. VANNUCCI, *Mani impunte. Vecchia e nuova corruzione in Italia*, Roma-Bari 2007, p. 5.

³³ A. GALANTE GARRONE, *Italia corrotta (1985-1996). Cento anni di malcostume italiano*, prefazione di E. Bruti Liberati, Milano 2009; A. GALANTE GARRONE, *Il mite giacobino*, Roma 1994.

³⁴ O.L. SCALFARO, *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, (art. 2 della Costituzione)*, in *Giurisdizione e cultura della legalità. Le regole del processo penale alla prova. Atti del Convegno promosso dalla Commissione giustizia della Camera dei Deputati*, Roma 1993, p. 34.

pratici»; Cicala asseriva che, visti i tempi, «l'assoluzione degli innocenti» era meno importante socialmente della «sicurezza sociale», «ce lo ricorda l'opinione pubblica»³⁵. Al contrario Pisapia – che pure dichiarava di non voler «negare i meriti dell'operazione Mani pulite» – lamentava una «distorta applicazione pratica di strumento superinquisitorio di un codice cui si era mossa l'accusa di essere troppo garantista»³⁶. D'Ambrosio – aggiunto alla Procura di Milano – opponeva che proprio il posticipo dell'informazione di garanzia, previsto dal nuovo codice, aveva consentito «i grandi successi ottenuti nella lotta contro la criminalità», ad iniziare dal «procedimento a carico di Chiesa Mario»³⁷; il docente e avvocato Stile ironizzava sui «fasti della Santa Inquisizione (magari con la benedizione di S. Ambrogio»³⁸.

Affrontando il tema della separazione delle carriere, ad alta densità politica, Di Federico ragionava sull'organizzazione giudiziaria, che il codice e soprattutto la prassi andavano ridisegnando. Lamentava la percezione dell'opinione pubblica delle attività del pm come di un lavoro svolto da un giudice, per cui nell'«immaginario collettivo» le indagini del «giudice Di Pietro» erano già «sentenze di condanna»³⁹. Anche Frigo osservava che dalla rappresentazione del pm come «giudice» scaturiva l'«immagine speculare di un giudice pubblico ministero»⁴⁰. Dal canto suo Tamburino – vice presidente della giunta esecutiva

³⁵ M. CICALA, *Intervento*, *ibid.*, p. 55.

³⁶ G.D. PISAPIA, *Le garanzie di difesa dell'imputato: l'informazione di garanzia e la custodia cautelare*, *ibid.*, p. 118.

³⁷ G. D'AMBROSIO, *Procedimenti speciali: giudizio abbreviato e applicazione della pena su richiesta delle parti*, *ibid.*, p. 151.

³⁸ A.M. STILE, *Intervento*, *ibid.*, p. 209.

³⁹ G. DI FEDERICO, *Dilemmi del ruolo del pubblico ministero: indipendenza, responsabilità, carriera separata da quella del giudice*, *ibid.*, p. 230.

⁴⁰ G. FRIGO, *La formazione della prova nel dibattimento*, *ibid.*, p. 385.

dell'Anm – metteva in guardia dall'indebolire il ruolo del pm con «riforme o pseudoriforme», intese a vanificare il contrasto alle recenti «prassi intollerabili cresciute all'ombra del potere». Il magistrato coglieva che certe proposte legislative erano un profilo del conflitto tra esecutivo e magistratura, dalla densità ideologica, piuttosto che attente ai problemi della prassi⁴¹; non a caso dal 2005 le leggi sull'ordinamento giudiziario si sarebbero avvicinate in rapida successione a seconda delle maggioranze politiche⁴².

Nel 1993 Conso – guardasigilli nel governo Amato – rilanciava il compito del legislatore nell'intervenire sulle criticità della giustizia, ad iniziare dalla necessità di investimenti: «una volta si diceva che la Cenerentola era la procedura penale. Mi sono accorto che la Cenerentola è la giustizia». Al tempo stesso Conso leggeva la crisi del processo alla luce dell'applicazione del codice; proponeva di rendere effettivo il segreto istruttorio; di ripensare le ipotesi di custodia cautelare; di rafforzare i poteri del gip, per evitare l'appiattimento sulle attività del pm; di ampliare i procedimenti speciali, nell'auspicio di un «epilogo anticipato di molti processi [...] come ci insegnano i paesi dall'attività giudiziaria più efficiente»⁴³.

«Tutto in Italia sta diventando giustizia penale [...] tutta la magistratura cammina con una gamba sola, quella requirente». Nel 1994 Beria D' Argentine fotografava ai Lincei lo stato delle cose⁴⁴; a proposito del «sistema pro-

⁴¹ G. TAMBURINO, *Intervento*, *ibid.*, p. 320.

⁴² Anche per indicazioni cfr. S. SICARDI, *Reclutamento e carriera dei magistrati in Italia, tra disciplina costituzionale e modifiche alla legge di ordinamento giudiziario*, in *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, Napoli 2010, pp. 57 ss.

⁴³ G. CONSO, *Intervento*, in *Giurisdizione e cultura della legalità*, p. 348.

⁴⁴ A. BERIA D' ARGENTINE, *La magistratura*, in *Lo stato delle istituzioni italiane. Problemi e prospettive*, Milano 1994, p. 441.

cessuale riformato» Conso lamentava l'«anomalia di un accusatorio», ove il dibattimento distava anni dalla chiusura delle indagini, ove le parti non ricorrevano ai riti alternativi, contando sulla prescrizione, e la custodia cautelare funzionava da unica pena possibile⁴⁵. D'altro canto lo stesso Beria D' Argentine apriva un Convegno dedicato alla giustizia penale nel «sistema paese in transizione» con parole esemplari del senso della giurisdizione. Assegnava al giudice un ruolo attivo non solo contro «i tanti piccoli nemici interni (i devianti *nel* sistema)», quanto contro i «grandi nemici quasi esterni (nemici *di* sistema) [...] il terrorismo, la criminalità organizzata di stampo mafioso, le devianti distorsioni»; riponeva la giustizia nella «difesa della società contro le prevaricazioni particolaristiche di potenti invadenti»⁴⁶. Il punto era ribadito da molti magistrati presenti al Convegno⁴⁷, di contro all'Unione camere penali, che – per bocca del presidente, Chiusano – auspicava un intervento legislativo per un riequilibrio del rapporto tra «accusa e difesa»⁴⁸.

In questo orizzonte la legge 332 del 1995, che la processualpenalistica riconduceva al «giusto processo», intendeva soprattutto correggere l'indirizzo della Cassazione, che aveva riconosciuto al magistrato la facoltà di considerare il silenzio dell'imputato come indice del pericolo di inquinamento delle prove, da cui la misura cautelare. Si rafforzava il diritto di difesa durante la fase preliminare,

⁴⁵ G. CONSO, *L'ordinamento della giurisdizione nei suoi profili di maggiore attualità*, *ibid.*, p. 408.

⁴⁶ A. BERIA DI ARGENTINE, *Giustizia penale e difesa della società*, in «Giustizia e Costituzione», 1995, *La giustizia penale nel sistema-paese in transizione*, p. 7.

⁴⁷ Particolarmente cfr. gli interventi di Fassone, Maddalena, Spataro, *ibid.*, pp. 24 ss.

⁴⁸ V. CHIUSANO, *Considerazioni conclusive*, *ibid.*, p. 134.

nel tentativo di non configurare più questa parte della procedura come «sorta di regno del pm»⁴⁹. Della legge 322 la dottrina apprezzava il riconoscimento dei «limiti», che il «favor libertatis» poneva alla «ricerca della verità materiale»⁵⁰; intravedeva un passo in direzione garantista dopo il «reticolo di legghine in chiave di emergenza»⁵¹, seppur nella consapevolezza che, ancora una volta, i «mores» avrebbero vanificato le «leges»⁵². Si metteva in conto alla Cassazione e alla Corte costituzionale l'«autoritarismo», la disarticolazione del nuovo codice, il «principio di autorità», che aveva avuto la meglio su quello «dialettico». Un «giudice idrovora», forte del libero convincimento, pareva trasformare come Re Mida ogni dato cognitivo in «pronuncia razionalmente motivata». In risposta a Fassone, critico delle «sterili forme», si indicavano le «formalità della giustizia» come «tributo che ogni cittadino paga alla sua libertà»⁵³. Con particolare efficacia Nobili metteva a fuoco la distanza tra «atti politici» e «giustizia», alla ricerca di «cosa si può rispondere all'invettiva di Robespierre nel discorso per la condanna a morte del Re: voi invocate le forme perchè non avete principi». L'«indipendenza del magistrato dalla legge processuale», costante dei provvedimenti di quegli anni, non pareva produrre «sentenze» ma «atti politici», e dunque «non giustizia»⁵⁴.

⁴⁹ M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni*, cit., p. 117.

⁵⁰ G. CONSO, *Intervento*, in *Il giusto processo*, Roma 2003, p. 5.

⁵¹ D. SIRACUSANO, *Introduzione*, *ibid.*, p. 27.

⁵² A. GIARDA, *Imparzialità del giudice e difficoltà operative derivanti dall'incompatibilità*, *ibid.*, p. 50.

⁵³ Cfr. in particolare O. DOMINIONI, *Oralità, contraddittorio e principio di non dispersione della prova*, in *Il giusto processo*, cit., pp. 79 ss.

⁵⁴ M. NOBILI, *Cosa si può rispondere all'invettiva di Robespierre nel discorso per la condanna a morte del Re: voi invocate le forme perchè non avete principi?*, in «Critica del diritto», 1994, pp. 67 ss.; *Id.*, *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola)*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1995, pp. 651 ss.

La legge 267 del 1997, intesa a recuperare lo «spirito» del codice, affermava il diritto dell'imputato di confrontarsi con i testi d'accusa, modificando l'articolo 513 nel segno di spezzare il meccanismo delle confessioni a catena, sperimentate nei processi a politici ed amministratori corrotti. Le modifiche parevano realizzare le contestate proposte dei guardasigilli Conso e Biondi, il «colpo di spugna» e il «decreto salvaladri», quest'ultimo ritirato dopo l'intervento televisivo del pool milanese di Mani pulite, che annunciava dimissioni collettive in caso di approvazione. Nel Novembre 1998 la Corte costituzionale dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 513 c.p.p. e di tutta una serie di disposizioni ad esso collegate (artt. 500 e 238 c.p.p.), dando luogo a un sistema in cui, attraverso le contestazioni formali del pm alla parte che si fosse rifiutata di rispondere, potevano nuovamente essere utilizzate le dichiarazioni raccolte nella fase delle indagini preliminari. Era ammessa la lettura dei verbali redatti dal pm e dalla polizia giudiziaria, in nome di un processo vocato dalla Consulta all'«accertamento della verità» e «repressione dei reati»⁵⁵. La riformulazione dell'art. 111 della Costituzione era intesa in primo luogo a correggere questa giurisprudenza, col voler sancire una volta per tutte il principio del contraddittorio nella formazione della prova; erigeva a valore costituzionale la «regola d'oro del diritto penale»⁵⁶. Approvato da tutti i gruppi parlamentari, salvo significative eccezioni

⁵⁵ Cfr. G. ILLUMINATI, *I riflessi della stagione di Mani pulite*, cit., p. 280 ss.; sul libero convincimento nel codice e nella giurisprudenza cfr. P. FERRUA, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione della prova*, «Questione giustizia», 1998, p. 602.

⁵⁶ P. FERRUA, *Il contraddittorio nella formazione della prova tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Convenzione europea dei diritti dell'uomo: processo penale e garanzie*, a cura di R. Gambini e M. Salvatori, Napoli 2010, p. 49..

a titolo personale⁵⁷, del «giusto processo»⁵⁸ erano entusiaste le Camere penali; le critiche venivano dall'Anm, che chiedeva al legislatore la riduzione dell'area del diritto al silenzio, per evitare l'invalidità delle prove già raccolte in processi giunti a dibattimento⁵⁹. Il «nuovo» art. 111 era comunque percepito dall'opinione pubblica come la posta in gioco della polarità tra politica e giustizia, come il «cavallo di battaglia dei nemici della magistratura»⁶⁰, come risposta del potere politico alla Consulta, «giudice politico»⁶¹. Anche Vassalli osservava che la legge costituzionale era una tappa dell'acuirsi della controversia istituzionale e politica in tema di acquisizione della prova; l'ex guardasigilli ne va-

⁵⁷ A titolo personale si astenevano i senatori diessini Fassone, Bertoni, Smuraglia; votava contro Di Pietro; cfr. F. ZANNOTTI, *La costituzionalizzazione dei principi del giusto processo nel dibattito parlamentare*, in *Giusto processo? Introduzione ai diritti fondamentali dei cittadini o creazione di canoni processuali di leggi costituzionali. Scritti in onore di Giuseppe Di Federico*, a cura di C. Guarnieri e F. Zannotti, Padova 2006, pp. 55 ss.

⁵⁸ Sul giusto processo cfr. fra gli altri M. PISANI, *Riflessioni su «giusto processo» penale*, in *Italian style. Figure e forme del nuovo processo penale*, Padova 1998, pp. 139 ss.; G. ALESSI, *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari 2001, p. 206; M. CHIAVARIO, *Giusto processo*, in *Enciclopedia giuridica*, XV, Roma 2001, pp. 1-22; E. AMODIO, *Giusto processo, procès équitable, e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale*, in Id., *Processo penale, diritto europeo, common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano 2003, pp. 141 ss.; P. FERRUA, *Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione*, in «Questione giustizia», 2000, p. 49 ss.; G. UBERTIS, *Diritti fondamentali e processo penale*, in *Neocostituzionalismo e tutela (sovra) nazionale dei diritti fondamentali*, a cura di T. Mazzaresse, Torino 2002, pp. 173 ss.; G. ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, in «Giurisprudenza italiana», 2008, pp. 521 ss.; G. RICCIO, *La procedura penale tra storia e politica*, Napoli 2010, pp. 268 ss.; R. ORLANDI, *Diritti individuali*, cit., p. 77.

⁵⁹ V. GREVI, *Qualche variazione sui rapporti tra contraddittorio «per la prova» e limiti del diritto al silenzio su fatti altrui*, in «Politica del diritto», 2001, pp. 89 ss.

⁶⁰ L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino 2009, p. 126; analogamente M. NOBILI, *L'immoralità necessaria*, cit., p. 143.

⁶¹ R. MINNA, *Crimini associati, norme penali e politica del diritto*, Milano 2007, p. 400.

lorizzava comunque la sintonia con lo «spirito» del codice del 1988, la «giustizia attraverso il processo»⁶².

Da Pisapia a Grevi a Chiavario si insisteva però sulla «distinzione lessicale» tra giusto processo e processo giusto, laddove le garanzie oggettive e soggettive, coerenti col modello costituzionale, non implicavano una sentenza conforme a giustizia. «Principi provenienti da tradizioni giuridiche diverse», che aumentavano la «ispirazione accusatoria» del sistema, parevano sommarsi ai correttivi voluti dalla Costituzione a correzione dello stampo inquisitorio del codice del 1930, senza «contemperamento». Da qui la mancata risposta al senso istituzionale del processo, la giustizia giusta, di cui la legge costituzionale frustrava l'istanza della «ragionevole durata»⁶³; al proposito non a torto Grevi lamentava una «mancata valutazione delle conseguenze da parte della cultura giuridica». In un discorso pubblico segnato dall'impossibilità di una fuoriuscita dalla «rozza contrapposizione tra garantismo e giustizialismo»⁶⁴, la tensione del legislatore a conferire rango costituzionale all'art. 6 della Cedu, relativo anche alla «ragionevole durata» dei tempi processuali, non avviava alla realtà italiana della «morta gora dove i cadaveri del processo attendono il corvo vorace della prescrizione»⁶⁵. Del resto la costituzionalizzazione del «giusto processo» non era accompagnata

⁶² G. VASSALLI, *Il giusto processo*, in Id., *Ultimi scritti*, Milano 2003, pp. 301 ss.

⁶³ M. CHIAVARIO, *Garanzie individuali ed efficienza del processo*, in *Il giusto processo*, cit., p. 74.

⁶⁴ V. GREVI, *Alla ricerca di un processo penale «giusto». Itinerari e prospettive*, Milano 2000, pp. 41, 311 ss.

⁶⁵ T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in «L'Indice Penale», 1999, p. 542. Dati statistici sulla prescrizione e in generale sul collasso di senso del processo in C. GUARNIERI, *La giustizia in Italia*, Bologna 2011, pp. 66 ss.

da un ripensamento del sistema dei gradi di giudizio e delle impugnazioni, anche incidentali; nè il legislatore tentava di contrastare la strumentalizzazione delle stesse da parte dei ricorrenti, intesi, più che ad esercitare il diritto di difesa, a lucrare vantaggi dilatori. Il diritto dei cittadini ad ottenere in tempi ragionevoli risposte alla domanda di giustizia era agitato dal potere politico come dalla magistratura⁶⁶; d'altro canto non si era disposti ad affidare il senso del processo allo «sgombrare il tavolo dei procuratori della Repubblica e dei giudici, eliminare il carico giudiziario, e quindi non punire»⁶⁷. Anche Vassalli metteva in guardia da «garanzie salvaguardate come funzioni del processo [...] oltre un limite garanzie contro il processo»⁶⁸; l'Italia avrebbe continuato a rivestire il non lusinghiero ruolo di «sorvegliata speciale» del Consiglio d'Europa, per ripetuta violazione del principio sancito nell'articolo 6 della Cedu⁶⁹.

La legislazione attuativa del «giusto processo» ripristinava l'uso delle contestazioni negli esami dibattimentali per il solo controllo sulla credibilità del testimone e il divieto di testimonianza indiretta per la polizia giudiziaria. Limitava l'utilizzabilità del materiale probatorio prima del dibattimento; ampliava le investigazioni difensive, col complicare la conduzione delle indagini e il prolungare i tempi

⁶⁶ M. FABBRI, *Per le strade d'Europa e d'Italia. Alla ricerca di una ragionevole durata dei processi*, in *Il processo breve. L'aspirazione alla brevità del processo penale fra storia e attualità*, a cura di M. Cavina, Bologna 2012, pp. 93 ss.

⁶⁷ G. MARINUCCI, *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Milano 2006, p. 106.

⁶⁸ G. VASSALLI, *Il giusto processo*, cit., p. 301.

⁶⁹ D. CARNEVALE, *La violazione della ragionevole durata: alcuni dati sulla applicazione della Legge Pinto*, in *Giusto processo?*, cit., pp. 289 ss.; sull'Italia che firma e dimentica i Trattati cfr. M. CHIAVARIO, *Le garanzie della giurisdizione e il processo penale*, in *Le garanzie della giurisdizione*, Milano 1999, pp. 125 ss. Più in generale sulla Corte di Strasburgo G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, Milano 2009.

del processo; restringeva l'utilizzabilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia⁷⁰. A proposito della polarità tra contraddittorio e diritto al silenzio su fatto altrui Grasso – nel 2005 Procuratore a Palermo – ricordava che al «Sud la lingua più parlata è il silenzio»⁷¹. La prassi mostrava inoltre la *vanitas* di un regime probatorio fondato sul contraddittorio, e dunque all'altezza di un «giusto processo», dal momento che le perizie scientifiche ed informatiche assurgevano al ruolo di prova regina, in una «deriva», che vedeva la tecnica da serva a padrona del rito⁷². Le intercettazioni occupavano il campo del dibattito, oggetto d'elezione del contendere tra potere politico e magistratura, comunque considerate rilevanti dai giudici, al punto di far parlare di riviviscenza delle prove legali, entro un sistema probatorio peraltro ancorato all'*arbitrium iudicis*⁷³. Nobili ripensava un tema a lui caro: «il libero convincimento del giudice quanto di benefico poteva partorire lo diede già negli anni tra Voltaire e Carrara. Da allora è stato solo un calvario»⁷⁴.

3. Alla ricerca di un processo «giusto»

Col tempo il codice subiva un crescente «dissesto» legislativo; esemplare il passaggio dal pretore al tribunale

⁷⁰ R. ORLANDI, *Garanzie individuali e esigenze repressive (riguardo al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)*, in *Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia*, II, *Procedura penale*, Milano 2000, p. 580.

⁷¹ P. GRASSO, *Intervento*, in *La Tavola rotonda. Il processo penale quindici anni dopo la riforma. Tramonto di un sogno? Motivi di speranza?*, in «Legislazione penale», 2005, p. 222.

⁷² M.R. DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna 2003.

⁷³ E. DEZZA, *Accusa e inquisizione nell'esperienza italiana contemporanea*, in *Diritti individuali*, cit., p. 151.

⁷⁴ M. NOBILI, *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze*, Milano 2004, p. 59.

monocratico, per cui in dieci anni mutava tre volte la «più frequentata sede giudiziaria»; analoga sorte subiva il regime delle impugnazioni, «la cui struttura» pareva variare «secondo la decisione favorevole o no all'imputato»⁷⁵. La inattualità delle «norme scritte nel marmo» era peraltro comprensibile entro la crisi del cardine dello Stato nazionale di matrice ottocentesca, la legge, per Sbriccoli «giunta da tempo al suo punto di dinosauro»⁷⁶. Tra la riflessione di chi riteneva plausibile un «diritto senza codice»⁷⁷, e chi intendeva recuperare la norma penale a «insieme di vincoli e regole per l'esercizio del potere»⁷⁸, il processo pareva smarrirsi in un «dedalo delle riforme»⁷⁹, col porre alla dottrina l'arduo compito di un «recupero del sistema»⁸⁰; il «tramonto di un sogno» pareva più forte dei «segnali di speranza»⁸¹.

Dopo la tragedia dell'11 Settembre 2001 l'Italia non si sottraeva ai canoni del «diritto penale del nemico»⁸², che vedeva lo «speedy trial» distorto in giustizia sommaria, anziché in «funzione di garanzie dell'individuo», «con buona pace della Cedu e delle Corti internazionali»⁸³. D'altro can-

⁷⁵ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., pp. 958, 1135.

⁷⁶ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia, Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano 2009, p. 670.

⁷⁷ C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano 2007.

⁷⁸ L. FERRAJOLI, in *Governo dei giudici*, cit., p. 72.

⁷⁹ M. PISANI, *Il processo penale nel dedalo delle riforme*, in "L'Indice Penale", 1999, pp. 545 ss.

⁸⁰ E. AMODIO, *Disgregazione e recupero del sistema*, in *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Milano 2003, pp. 27 ss.

⁸¹ M. CHIAVARO, *Intervento in La Tavola rotonda*, cit., p. 216.

⁸² P. COSTA, *Pagina introduttiva. I diritti del nemico: un ossimoro*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 2009, pp. 1 ss.; *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di G. Di Chiara, Torino 2003; R. ORLANDI, *Diritti individuali*, cit. pp. 77 ss.

⁸³ E. AMODIO, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in "Cassazione Penale", 2003, p. 1422.

to non pareva lineare, sotto il profilo garantista, neppure il rapporto tra Corte europea, *due process* e legislazione nazionale⁸⁴; la prima pareva esprimere una concezione delle garanzie sostanziale, ancorata al caso giudiziario, diversa da quella italiana, «statualistico-formale», che anche il codice del 1988 aveva ereditato dal passato, nella sottovalutazione dei diritti individuali. Da qui un auspicabile superamento della «dimensione meramente interna ed autarchica delle fonti»⁸⁵. Comunque l'«inedito modello» di *due process* all'italiana sollevava più di un rilievo, a seconda degli schemi ideologici: per taluni il potere politico approntava garanzie processuali, pensate più come limiti all'esercizio della giurisdizione, che come tutela dei diritti inalienabili dei cittadini; per altri sul «giusto processo» per l'imputato si imponeva il diritto dei cittadini al «processo giusto per tutti», con sentenze che la stessa Corte costituzionale non voleva meramente procedurali – nelle parole di Cordero «la caccia», piuttosto che «la preda» – ma *attive* nei rapporti *sostanziali* delle parti. Nel commentare la giurisprudenza costituzionale Grevi criticava l'ambiguità del garantismo del tempo, e riproblematizzava lo «scopo istituzionale del processo», «giusto» se in grado di «prosciogliere gli imputati innocenti e condannare i colpevoli»⁸⁶. L'accento era posto però sulla seconda istanza; per Pisani l'«adagio» del codice penale «codice dei delinquenti», e di quello di procedura «delle persone perbene», appariva «stucchevole». Ai sensi dell'art. 2 della Costituzione si indicava il diritto dei cittadini ad avere un processo «giusto»,

⁸⁴ R. GAMBINI, *Corte costituzionale «europeista»: una svolta non priva di rischi per la tavola delle garanzie*, in *Convenzione europea*, cit., pp. 70 ss.

⁸⁵ R.E. KOSTORIS, *Modello accusatorio, cultura inquisitoria, scenari europei tra presente e futuro del processo penale*, in *Diritti individuali e processo penale*, cit., p. 328.

⁸⁶ V. GREVI, *Introduzione*, in *Alla ricerca*, cit., p. XV ss.

declinato come «attuazione del principio di legalità», cui non bastava il paradigma del «giusto processo»⁸⁷.

Dall'orizzonte ideale del «giusto processo» pareva poi restare fuori la tutela delle ragioni delle vittime, che, dai tempi dei processi per stupro della fine degli anni Settanta, davano senso alla decisione e alla sua legittimazione sociale. Nell'ultimo decennio del Novecento soprattutto i martiri della mafia irrompevano sul senso della giustizia, con il sorriso di Don Puglisi ai suoi assassini ed il sacrificio del piccolo Giuseppe Di Matteo⁸⁸. La democrazia amplificava la dimensione ideologica del posto delle vittime, col dilatare lo spazio dell'accusa; il centro del processo slittava dall'accertamento della responsabilità alla condanna a tutti i costi, nel consenso del dibattito politico e sociale. A questo proposito Vassalli rifletteva sui limiti di una legislazione che aveva voluto porre l'esercizio dei diritti delle parti civili fuori dal processo, «in un altrove che non si è realizzato»; l'ex guardasigilli riconosceva inoltre che, con «l'irruzione dei riti alternativi», intesi a realizzare il «mito della massima semplificazione», si era finito per «scoraggiare la costituzione di parte civile»⁸⁹. A proposito della «vittima, questa dimenticata»⁹⁰ dall'Italia – non certo dalla giustizia

⁸⁷ M. PISANI, *Riflessioni sul «giusto processo» penale*, in *Istituzioni pubbliche e diritti del cittadino*, Milano 2009, pp. 139 ss.; V. GREVI, *Alla ricerca*, cit., p. 43.

⁸⁸ G. DI CHIARA, *Dignità della persona, tutela della vittima e rappresentazione del processo: amorfismi, imprinting inquisitori, ottativi riformatori*, in *Diritti individuali*, cit., p. 409. Analogamente P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna 2005, p. 10. *Le vittime del reato nel processo penale*, Torino 2003; C. POVOLO, *La vittima nello scenario del processo penale. Dai crimini senza vittima all'irruzione delle vittime nel dibattito sociale e politico*, in "Acta Istriae", 2004, p. XI; E. DEZZA, *Modello inquisitorio, modello accusatorio e ruolo della vittima nel processo penale*, *ibid.*, pp. 1 ss.

⁸⁹ G. VASSALLI, *La vittima del reato*, in *Id.*, *Ultimi scritti*, cit., p. 293.

⁹⁰ *La vittima, questa dimenticata*, Roma 2003.

statunitense o da quella della Corte europea⁹¹ – Chiavario ha ricordato che «presso l'opinione pubblica fu quasi disastroso, dopo tante speranze, il primo impatto del codice in atto, anche perchè la gente si trovò a veder applicati patteggiamenti e inflitte condanne ridotte nei giudizi abbreviati, anche per reati di non piccolo allarme sociale, senza che le vittime (o, nei reati sessuali i genitori), venissero nemmeno ascoltate»⁹².

Analogo bilancio negativo si tracciava a proposito dell'attuazione del principio di uguaglianza tra accusatore e difensore; lo spauracchio dell'accusatorio come «processo per ricchi» – molto agitato negli anni, da Leone a Nuvolone a Ferrajoli – pareva sostanziarsi nell'impraticabile accesso ad un effettivo diritto di difesa per molti imputati; questo «nodo» appariva il cardine della «crisi del processo»⁹³. Del resto anche sull'uguaglianza processuale si profilavano punti di vista diversi, da un lato l'istanza per una parità tra le parti, accusa e difesa; dall'altro la ricerca di una giustizia attiva, dal momento che la celebrata «uguaglianza delle armi» non pareva appagare la ricerca di un argine processuale efficace contro l'«immunità di potenti e prepotenti»⁹⁴. In questo senso la prefigurazione di un diritto assoluto della «persona accusata» ad essere informata fin dall'avvio delle indagini a suo carico pareva minare

⁹¹ Indicazioni di fonti in R. GAMBINI, *Corte costituzionale «europeista»*, cit., p. 74.

⁹² *Testimonianza di un protagonista. Intervista a Mario Chiavario*, in *Diritti individuali*, cit. p. 431.

⁹³ G. NEPPI MODONA, *Crisi del processo penale e principio di uguaglianza tra accusa e difesa*, in *Diritto, uguaglianza e giustizia penale*, Milano 1995, pp. 191 ss.; analogamente G. CASELLI, *L'uguaglianza nei processi di mafia*, *ibid.*, pp. 222 ss.; L. FERRAJOLI, *Uguaglianza penale e garantismo*, *ibid.*, p. 47 ss.

⁹⁴ M. CHIAVARIO, *Uguaglianza e processo penale... non solo parità delle parti*, in *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano 2009, p. 253.

la «efficienza investigativa», ipotesi da scongiurare, specie di fronte alle «complesse inchieste per delitti di criminalità organizzata». Nel commento dell'ambiguo progetto di costituzionalizzazione dei «diritti dell'accusato» da parte della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali si asseriva che le «garanzie soggettive» non dovevano imporsi su quelle «oggettive del processo penale»; non a torto si coglieva la strumentalità politica delle proposte riformatrici, dal momento che la «questione giustizia», inizialmente non prevista, era stata introdotta per l'interesse personale del *leader* del centrodestra⁹⁵. I problemi concreti del processo erano infatti oscurati dall'unica risposta prospettata dal legislatore, il tentativo di ridurre il peso della magistratura requirente, cui sottrarre l'esercizio di controllo della legalità⁹⁶. Una inedita immunità dal processo penale, riconosciuta alle più alte cariche dello Stato, provocava la sospensione di un processo a Milano a carico del presidente del Consiglio; la Consulta ne dichiarava poi l'incostituzionalità⁹⁷.

Nel conflitto aperto tra diritto e politica, la giustizia costituzionale si misurava con la problematica dei regimi immunitari, prevalente nei ricorsi sollevati. La tensione del legislatore per una tutela del parlamentare di fronte alle iniziative penali⁹⁸ conviveva con l'introduzione di «pac-

⁹⁵ V. GREVI, *Garanzie soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il Progetto della Commissione Bicamerale*, in *Alla ricerca*, cit., p. 166.

⁹⁶ Sul populismo e sulla «particolare situazione di perenne imputato del suo leader» cfr. G. ALESSI, *Populismo, legalità, riforma della giustizia*, in *Diritti individuali*, cit., p. 354; cfr. anche L. FERRARAJOLI, *Il giudizio penale, in Il giudizio, filosofia, teologia, diritto, estetica*, Roma 2000, p. 204.

⁹⁷ G. GIOSTRA, *Il «lodo Berlusconi» alla prova dei giudici (Un inevitabile incidente di costituzionalità e un anomalo provvedimento presidenziale)*, in «Questione giustizia», 2003, pp. 833 ss.

⁹⁸ R. ORLANDI e A. PUGIOTTO, *Introduzione*, in *Immunità politiche e giustizia penale*, Torino 2005, pp. XIII ss.; sulla legge 20 Giugno 2003 cfr. S.

chetti sicurezza» per i «pericolosi», in un «garantismo selettivo», una giustizia «à la carte»⁹⁹. Dopo gli «scempi consumati nella XIV legislatura»¹⁰⁰ era proposto un «processo breve», risposta fuorviante ma demagogicamente efficace ad una giustizia dai tempi lunghissimi, problema cui nel 2005 il Centro De Nicola aveva indicato «rimedi ragionevoli», non stravolti dalla logica *ad personam*¹⁰¹. Nella loro strumentalità politica le «misure per la tutela del cittadino contro la durata indeterminata dei processi» si scontravano invece col fronte compatto di magistrati e studiosi; l'Associazione Pisapia coglieva che il «diritto alla celerità processuale viene irragionevolmente garantito ad una ristretta cerchia di imputati»¹⁰².

A proposito del «processo all'italiana»¹⁰³ è stato scritto che «grava sul nostro processo l'errore di base per cui nè legislazione nè giurisprudenza curano i fatti»¹⁰⁴. Al di

CARNEVALE, *I parlamentari, Profili processuali*, *ibid.*, pp. 163 ss.; A. PUGIOTTO, *Improcedibilità e sospensione del processo per le altre cariche dello Stato*, *ibid.*, pp. 471 ss.

⁹⁹ *Justice pénal à la carte. L'ultimo pacchetto sicurezza*, a cura di M. Pavarini, in «Ius 17» 2/2010.

¹⁰⁰ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. V; F. PALAZZO, *Profilo del sistema penale dopo la XIV legislatura*, in «Democrazia e diritto», 2006, p. 73.

¹⁰¹ Al convegno promosso dal Centro partecipavano i protagonisti della processualpenalistica, da Vassalli a Conso, Amodio, Coppi, Giostra, Conso, Pisani, Orlandi, Lattanzi; cfr. *Per una giustizia penale più sollecita*, cit.

¹⁰² Il documento in A. SPATARO, *Ne valeva la pena. Storie di terrorismi e mafie, di segreti di Stato e di giustizia offesa*. Roma-Bari 2010, p. 589. Sulla «eco della ideologia antigiusprudenziale nelle polemiche attuali» cfr. M. CAVINA, *Il mito del processo breve. Fra cultura giuridica dei giuristi e cultura giuridica dei non giuristi*, in *Il processo breve*, cit., p. 10.

¹⁰³ P. DAVIGO e L. SISTI, *Processo all'italiana*, Roma-Bari 2012; A. MURA e A. PATRONO, *La giustizia penale in Italia. Un processo da sbloccare. La lezione americana*, Padova 2011.

¹⁰⁴ R. MINNA, *Il controllo della criminalità. Politica criminale e nuovo codice di procedura penale*, Firenze 1997, pp. 223, 297 ss.; C. GUARNIERI, *La magistratura in Italia: un profilo storico e comparato*, in *La giustizia civile e penale in Italia*, Bologna 2008, p. 69.

lità dell'impatto ideologico, il «giusto processo» non centrava la cura dell'eterno grande malato, amplificandone, se possibile, «l'insostenibile lunghezza», mostrando la *vanitas* delle «sorti progressive dei riti speciali»¹⁰⁵, strumenti di una «bassa cucina giudiziaria», ritenuti comunque preferibili alla prescrizione¹⁰⁶, o al processo breve, «evaporazione a reato non estinto, anomalia senza precedenti, ribelle all'inquadramento giuridico»¹⁰⁷. La storia della procedura degli ultimi anni ha dunque scontato l'assenza di un progetto legislativo coerente, organico, di regole generali, di *principi*, ed ha visto il legislatore inseguire la singola vicenda giudiziaria, con leggi *ad personam* o comunque distorte, perchè ritagliate su questioni troppo particolari. In questo senso il processo penale è parso soprattutto l'incrocio dei venti tra giustizia e politica, tra magistratura e potere politico.

Anche nel tempo della democrazia l'esperienza storica ha mostrato un rito dotato dal legislatore e dalla magistratura del senso, improprio per l'ordine liberal-democratico, di strategia contro il crimine; dal terrorismo alla mafia alla corruzione la procedura ha dato visibilità soprattutto ai pm e ai giudici istruttori, uomini pubblici oltre le aule dei tribunali. Per l'attitudine a comunicare con la società quel modello ha occupato la scena, fino a divenire l'unico pensabile, anche col costringere in questo schema la riflessione del «giurista civile». In un paese lontano da quello dei «galantuomini» è parso coerente con la Costi-

¹⁰⁵ R. ORLANDI, *L'insostenibile lunghezza del processo penale e le sorti progressive dei riti speciali*, in "Rivista di diritto processuale", 2012, pp. 22-37.

¹⁰⁶ E. AMODIO, *Intervento*, in *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano 2007, p. 78.

¹⁰⁷ P. FERRUA, *Il modello costituzionale del pubblico ministero e la curiosa proposta del processo breve*, in "Questione giustizia", 2010, p. 28.

tuzione un intervento attivo e promozionale della giustizia anche penale, vocata non solo al controllo delle regole, ma al servizio dei cittadini, specie come argine ai «contropotenti». D'altro canto la tensione per una giurisdizione protesa all'attuazione del diritto penale sostanziale ha prodotto il carneluttiano processo come pena, e non solo per l'exasperante lentezza per il formarsi del giudicato. Più che la garanzia dei diritti individuali la «tutela della collettività» si è imposta come elemento costitutivo del sistema processuale reale. Nell'intreccio tra «processo e telecamere» il giudizio ha così preso forma fin dai porsì dell'azione penale, col rito irriducibile a regola per limitare il potere, piuttosto tecnica per esercitarlo. In questo orizzonte la «sentenza» sulla politica non è stata affidata al tribunale della storia, o a quello dell'opinione pubblica, ma al tribunale ordinario. Alla ricerca di un «diritto costituzionale applicato», in grado di coniugare la tutela dei diritti individuali col principio cognitivo, con la verità, valore non integralmente disponibile, cuore vitale dei diritti dei cittadini¹⁰⁸, pare lontano lo spirito della Costituente e vicino l'invito di Calamandrei, «sistemare il terreno e sgombrare le macerie».

¹⁰⁸ In questo senso cfr. P. COSTA, *Il modello accusatorio in Italia fra "attuazione della Costituzione" e mutamenti di paradigma*, in *Diritti individuali e processo penale*, cit., pp. 131 ss.; F. PALAZZO, *Conclusioni*, *ibid.*, pp. 413 ss.; P. CAPPELLINI, *Un dialogo finalmente maturo. Prospettive storiche e ricostruttive nel processo penale come "diritto costituzionale applicato" nell'Italia repubblicana*, *ibid.*, pp. 5 ss.