

QUADERNI DI «STUDI SENESI»

RACCOLTI DA PAOLO NARDI

132

FLORIANA COLAO

**GIUSTIZIA E POLITICA
IL PROCESSO PENALE
NELL'ITALIA REPUBBLICANA**



MILANO - DOTT. A. CIUFFRÈ EDITORE - 2013

[ISBN 88-14-18650-2]

COMITATO SCIENTIFICO

ANDREW ASHWORTH - EMANUELE CANTEUCCI - GIULIO CIANFEROTTI - FLORIANA COLAO
GIANDOMENICO COMPORTI - GIOVANNI COSI - PETER DENLEY - ENRICO DICHIOTTI
LORENZO GAETA - DENIS GALLIGAN - MARTIN GERAUER - BERNARDO GIORGIO MATTARELLA
LEONARDO MAZZA - STEFANIA PACCHI - VALERIA PIRIGLI - FRANCESCO PISTOLESI
JUANA POLGAR - VITTORIO SANTORO - GIULIANO SCARSELLI - GERALD SPINDLER
EMANUELE STOLEI - MARCO VENTURA

DIRETTORE

PAOLO NARDI

VICE - DIRETTORI

SONIA CARMIGNANI - STEFANO PAGLIANTINI

COMITATO DI REDAZIONE

GIANDOMENICO COMPORTI - ROBERTO CUERBINI - PAOLO NARDI
MARIA LUISA PADILETTI - ANDREA PISANESCHI - STEFANIA PACCHI

SEGRETARI DI REDAZIONE

GIAN LUCA NAVONE - MARIO PERINI

A Caterina e Martino

© Dott. A. Guffrè Editore, S.P.A., Milano

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

(2013) Tipografia «PISTOLESI Editrice B. LECCEO srl»
53035 Monteriggioni, loc. Badesse (Siena) - Via della Resistenza, 117

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MACERATA

Centro d'Ateneo per i Servizi Bibliotecari

Serie USB n. 1726 del 2/10/2017

Questo libro si avvale delle risorse del Prin Anno 2009, prot. 2009 LKRCFE, dal titolo *La giustizia penale e la politica. Modelli processuali, profili dottrinali, forme di responsabilità giuridica nell'esperienza italiana tra Otto e Novecento*. Desidero ringraziare gli amici riuniti anche in altri Prin, e che negli anni hanno sostenuto in tanti modi i miei studi sul processo penale: in particolare Claudia Storti, che ha letto la prima stesura di questo lavoro, ed è stata prodiga di consigli; Giulio Gianferrotti, Luigi Lacchè, Paolo Passaniti. Per questo libro è stato importante il confronto con Giorgia Alessi, Pasquale Beneduce, Aurelio Cernigliaro, Pietro Costa, Franco Migliorino, Maceo Miletti, Guido Neppi Modona, Loredana Garlati, Giovanni Cazzetta e Michele Pifferi mi hanno invitato in importanti incontri di studio sul processo penale. Da tutti ho imparato molto; i limiti del libro sono solo miei.

Un grazie a Francesco Poesini e a tutti i lavoratori della Biblioteca del Circolo giuridico, per aver facilitato le mie ricerche; a Graziano Magnani, per la cura attenta e la pazienza nella composizione del volume. Sono grata a Paolo Nardi, che ha seguito e accolto questo lavoro nella Collana che onora la nostra Comunità.

SOMMARIO

<i>Premessa</i>	pag. XI
-----------------------	---------

CAPITOLO I

IL PROCESSO PENALE NELLA «REPUBBLICA CHE SI VIENE FACENDO»

1. Politica e giustizia nel tempo della «democrazia»	»	1
2. «Riforme di un certo rilievo»	»	12
3. Tra «nuovi codici» e «defascistizzazione»	»	19
4. I provvedimenti per «gli organi di giurisdizione»	»	24
5. Magistratura e potere politico in uno Stato democratico ..	»	31

CAPITOLO II

L'«OGGETTO DEL PROCESSO» ED I «DIRITTI DELL'IMPUTATO» DALLA COSTITUENTE AL «CONGRESSO DI BELLACIO»

1. Il modello costituzionale	»	37
2. L'«oggetto del processo» e le «garanzie»	»	47
3. Accusatorio e inquisitorio nel «Congresso di Bellagio» ...	»	60
4. Coerenza tra «fatigue dogmatiche» e politica del diritto ..	»	66

CAPITOLO III

DAI PROCESSI ALLA GIUSTIZIA ALLA NOVELLA DEL 1955

1. Processi alla giustizia: il caso Egidi, l'affare Montesi, Danilo Dolci e l'articolo 4 della Costituzione alla sbarra ..	»	71
2. Verso la «convalescenza del processo grande malato»	»	81
3. La Novella del 1955	»	87
4. Giustizia e politica «dieci anni dopo»	»	92

CAPITOLO IV

IL TEMPO DELLE «IDEOLOGIE DEL PROCESSO PENALE»

1. Un processo per Carnelutti, scienziato e avvocato	»	97
2. «Principi e criteri direttivi» del legislatore	»	104
3. I «due sistemi» nel Convegno di Lecce- Bellagio del 1964	»	109
4. «Per la prima volta dei magistrati si rivolgono direttamente ai cittadini»	»	118
5. Tra la «vestale della legge» e la «vestale della Costituzione»	»	123
6. «Le ideologie non si discutono»	»	131

CAPITOLO V

TRA LE «RIFORME LIBERALI» ED IL «PIÙ EMBLEMATICAMENTE
SCIAGURATO AFFARE GIUDIZIARIO»

1. Le «riforme liberali» e la legge delega 3 Aprile 1974	»	137
2. La giustizia politica e lo Stato democratico. La commissione inquirente tra «giurisdizione domestica» e «processo penale»	»	143
3. La rimessione nel caso La Zanzara	»	147
4. Un «giudice non preconstituito e meno che mai naturale» per la strage di Piazza Fontana	»	149
5. Segreto di Stato e processo penale	»	154

CAPITOLO VI

IL TEMPO DELLA «EMERGENZA»

1. Il sequestro di persona a scopo politico dal caso Lavorini all'omicidio di Aldo Moro	»	159
2. «Provvedimenti urgenti in materia penale»: i regressi nella disciplina della libertà personale e l'ampliamento del rito direttissimo	»	164
3. Il processo e la «naturale politicità dell'ordine pubblico»	»	169
4. «Premi processuali»	»	175

CAPITOLO VII

IL TEMPO DEL «GARANTISMO»

1. «La lunga marcia dei giuristi verso un processo umano e giusto»	»	181
2. Il Progetto preliminare del 1978	»	184
3. Garantismo, realpolitik, «terza fase della politica processuale»	»	188
4. «Garantisti a Palermo?»	»	194
5. La P2 e il processo al «potere occulto»	»	198
6. Il Tribunale della libertà	»	204
7. Dalla carcerazione preventiva alla custodia cautelare	»	207
8. Il caso Naria	»	209
9. La teoria del garantismo penale	»	211

CAPITOLO VIII

STRATEGIE DEL PROCESSO POLITICO.
STORIA, MEMORIA, RESPONSABILITÀ

1. Un processo «normale» per le Brigate rosse	»	215
2. Il processo- inchiesta 7 Aprile	»	228
3. Il «caso Sofri» e Marino	»	238

CAPITOLO IX

DAI «MAXIPROCESSI» AL «NUOVO MODELLO ACCUSATORIO»

1. Il caso Enzo Tortora	»	259
2. La difesa nei «processi da Colosseo»	»	267
3. Il processo di Strasburgo alla giustizia italiana	»	270
4. La Norimberga della mafia	»	273
5. Segue: il processo Andreotti e la «vera storia d'Italia» ..	»	282
6. Processi penali «contro» la criminalità organizzata e «nuovo modello accusatorio puro»: una difficile «compatibilità»	»	291

CAPITOLO X

IL «NUOVO CODICE» E I VECCHI PROBLEMI

1. Verso il primo codice della Repubblica	» 305
2. Un «codice fondamentale integrale», «finito il tempo delle norme scritte nel marmo»	» 312
3. L'accusatorio «all'italiana» tra giustizia negoziata e verità	» 317
4. L'ordinamento giudiziario	» 326
5. I processi «contro» la criminalità organizzata dopo i «provvedimenti legislativi che hanno estremamente ostacolato la lotta alla mafia»	» 332

CAPITOLO XI

GIUSTIZIA E POLITICA AL TEMPO DEL «GIUSTO PROCESSO»

1. «I provvedimenti di Tangentopoli»	» 345
2. Il «giusto processo»	» 354
3. Alla ricerca del processo «giusto»	» 363
Indice dei nomi	» 373

PREMESSA

“Eppure K. viveva in uno stato di diritto, ovunque regnava la pace, tutte le leggi erano in vigore, chi poteva osare di piombare così in casa sua? [...]”

Non sono a conoscenza di alcuna assoluzione vera [...] ovviamente è possibile che in tutti i casi a me noti non ci fosse nessun innocente».

(F. Kafka, Il processo)

L'arresto di Franz K. ed il discorso di Titorelli, ritrattista di magistrati, sono parsi esprimere con la forza dei classici un doppio volto del processo penale, legge garanzia e legge potenza, «tutela della collettività», formula ricorrente nell'Italia repubblicana. La procedura come meccanismo pilotato dal giudice funzionario, signore della prova, dall'età di *ius commune* è parsa arrivare ai giorni nostri, non scalfita dal codice del 1988. Da qui la fortuna della rappresentazione dei dispositivi processuali come strumenti di attuazione di giustizia, intesi alla ricerca della *verità*, fino a mettere nel conto l'impossibilità di una assoluzione *vera*. Di questo paradigma, radicato nella storia anche italiana, sono stati testimoni, tra gli altri, grandi processualisti, come Francesco Carnelutti, critico della *vanitas* del «diaframma tra processo e pena», e Salvatore Satta, che non guardava al «vero innocente come a colui che viene assolto, bensì a colui che passa la vita senza giudizio».

Nel lungo cammino dalla caduta del fascismo al giusto processo questa immagine non è parsa poi troppo mutata, anche se l'ordine costituzionale del 1948 voleva improntare la procedura. Pertanto, per leggerne quel che il magistrato Marco Ramat chiamava la «cronaca-storia», si è qui scelto

l'incrocio tra politica – politica del diritto, progetto legislativo – e giustizia, ideologie e pratiche di amministrazione. Questo lavoro ha dunque cercato di narrare i percorsi del processo penale tra giustizia e politica, nelle note pagine di Francesco Carrara polarità per l'ordine liberale, in quanto «non sorelle». Nell'Italia repubblicana, alla ricerca di un processo come «diritto costituzionale applicato», la contaminazione non avrebbe dovuto destare scandalo; certi passaggi di *Processo e Democrazia* di Piero Calamandrei indicavano una politica vocata al compito primario dell'attuazione della legalità da parte di ogni ordine di poteri, non volta certo a ridarre la giustizia a mero strumento di composizione di conflitti tra accusa e difesa, rinunciando alla verità sul tema dell'imputazione. In questo orizzonte al senso della procedura come tutela dei diritti individuali, assunti nell'accezione vetero liberale, si aggiungeva un cuore vitale ancorato al nesso libertà-uguaglianza-riconoscimento, coerente con il pluralismo giuridico contemporaneo.

Dalla caduta del fascismo la riforma del codice di Rocco e Manzini scontava un paradosso, per dover essere legata da un lato alla «defascistizzazione», che soprattutto il potere politico intendeva avviare; dall'altro all'istanza della separazione tra giustizia e politica, nell'orizzonte di una tradizione liberale del processo e dell'ordine giudiziario, faticosa e talora contraddittoria, ma che metteva d'accordo processualpenalisti, magistrati e avvocati, entro i canoni della critica della giustizia di transizione, e della riaffermazione del tecnicismo e della continuità dello Stato.

Nella discontinuità politica entro la continuità giuridica, la Costituzione coniugava il primato dei diritti individuali, presunzione di non colpevolezza, centralità della libertà personale, giurisdizionalità del giudizio, con una funzione attiva e promozionale delle garanzie, volute per

l'imputato e per l'ordine giudiziario, ancorate all'inderogabilità del giudizio, infungibilità della giurisdizione e obbligatorietà dell'azione penale. Col porre la grande questione della legalità, la Carta del 1948, presa sul serio, avrebbe fatto del giudice il critico della legge; negli anni a venire, anche grazie alla (tardiva) istituzione della Corte costituzionale, le «ideologie» avrebbero fatto irruzione nel discorso sul processo, fino a contare, per il legislatore come per la dottrina, più di uno sguardo pragmatico sui problemi dell'eterno «grande malato».

L'ideale di una procedura ancorata ai pubblici poteri, di una verità processuale vocata a rispondere alle aspettative della società, era destinato a complicare il rapporto tra la Costituzione e il sistema accusatorio, cui guardava parte della processualpenalistica, fin dal dopoguerra in cerca di una piattaforma tecnica ed ideologica in grado di coniugare garanzie individuali e tutela della collettività. In un appassionato confronto tra magistrati, giuristi e legislatore, l'*adversary system* si sarebbe risolto in un «modello italiano», di parti, ma non nella disponibilità delle parti: dove al pm si riconosceva una densa funzione pubblica, di ricerca della verità, e non delle sole prove *contra reum*. Del resto lo stesso Carnelutti, precoce assertore del superamento dello schema istruzione-giudizio, assegnava al processo penale il compito di «ristabilire il regno della giustizia turbato dal delitto». In risposta alle ironie, tra gli altri, di Nuvoletti e Leone sul mito di Perry Mason, Gian Domenico Pisapia, impegnato per anni come presidente della Commissione redigente del codice del 1988, avrebbe ripetuto di pensare la scelta accusatoria del codice entro il liberalismo processuale dei Carrara e Lucchini, vocati a fare della procedura il luogo dei diritti individuali, nel rifiuto della «teoria sportiva».

A questo proposito mi sono chiesta se la coppia accu-

sa e inquisizione, idealtipi peraltro sempre ibridati, possa offrire in modo del tutto persuasivo i tratti della procedura nazionale, o se sia più convincente la rappresentazione di una alternativa tra una giustizia penale attiva, legittimata da poteri pubblici – sancita anche dalla Costituzione – ed una indifferente al gioco delle parti, radicatasi nel mondo anglosassone e nella sua *competitive market society*. Nell'ordine processuale italiano continuava ad aver fortuna il primo modello; la critica dell'ideologia negoziale, iscritta nell'accusatorio, accomunava, tra gli altri, Leone e Ferrajoli; il processo di parti si scontrava col senso di una giurisdizione vocata, soprattutto dai magistrati come portavoce della coscienza sociale, a fornire una decisione «quale la società l'attende». Nonostante le retoriche sul contemperamento delle due istanze, si profilava un campo di tensione tra processo come garanzia per l'individuo e come risposta al «bisogno di legalità del paese», che ridefiniva, tra l'altro, lo spazio processuale della magistratura e dell'avvocatura.

Nelle parole dei magistrati impegnati sul fronte processuale «contro» il terrorismo e la mafia – modello impensabile, almeno sul piano teorico, nell'idealtipo liberale – risaltava la fiducia che la verità giudiziaria potesse essere utile alla storia e alla politica e che certi processi penali dovessero assolvere soprattutto al compito di narrare all'opinione pubblica la storia d'Italia. Questo passaggio era scandito dalla giurisdizione, che faceva i conti con ricorrenti emergenze, dal terrorismo a metà anni Settanta, a mafia e camorra per tutti gli Ottanta e Novanta, alla corruzione politica nei Novanta ed oltre. La legislazione era un cantiere di lavori in corso, col legislatore incalzato dal contingente, dalla singola vicenda giudiziaria, esemplare la legge Valpreda. Anche grazie alla Corte costituzionale, certe riforme «liberali», il divieto di interrogatorio del

fermato da parte della polizia, una settimana prima della «notte di Pinelli», lasciavano il posto a strette repressive, l'allungamento dei termini della carcerazione preventiva, il ritorno del mandato di cattura obbligatorio. Il riassetto della connessione e rimessione e la legge sul segreto di Stato erano anche una risposta alla oscura strategia processuale legata alla strage di Piazza Fontana; la cultura garantista della processualpenalistica esprimeva il Progetto di codice del 1978 e il Tribunale della Libertà, garanzia spuntata per Giuliano Naria, detenuto politico per oltre nove anni in «attesa di reato».

La rappresentazione di un accusatorio congeniale alla democrazia e di un inquisitorio funzionale ai regimi autoritari è parsa da ripensare anche alla luce delle leggi speciali, che dal 1974 rispondevano alla violenza politica di quegli anni, ampliando le ipotesi di rito direttissimo, col delineare un *actus trium personarum* con intento non certo garantista. Nello stesso senso le norme premiali per i «pentiti», o comunque dichiaranti, favorivano il radicarsi di un modello processuale cooperatorio, inteso all'accelerazione dei tempi del «grande malato», a costo del collasso del contraddittorio, luogo epistemico di formazione della prova, propagandato, soprattutto dalla processualpenalistica, come cuore vitale delle garanzie del «nuovo» modello, realizzato dal libro III del codice del 1988. Emergenza e garantismo si rivelavano dunque profili speculari di una complessa questione giustizia; specie con l'irruzione delle riprese radiofoniche e televisive nelle aule di tribunale il processo perdeva la cifra tecnica, per farsi narrazione popolare della storia italiana, specchio scuro della nazione, dei suoi mutamenti, dei suoi drammi. Dei più discussi processi politici, quello ai capi storici delle Brigate rosse, l'Inchiesta 7 Aprile, il caso Sofri, si sono seguiti taluni percorsi, per l'attitudine a mettere in scena, oltre alle responsabilità individuali, quelle

politiche e morali nella violenza in Italia, col politicizzare giustizia e memoria. I dispositivi processuali divenivano dunque strumenti di «lotta», con una differenza: nel contrastare il terrorismo la politica aveva supportato l'azione dei pubblici ministeri dei giudici istruttori; di fronte ai «contropoteri» pareva sottrarsi a quel compito.

Il processo era vocato soprattutto all'esercizio di un controllo generale di legalità, strumento ad alta densità politica. Grazie ai magistrati, uomini pubblici oltre l'aula dei tribunali, le maxi inchieste ed i maxiprocessi definivano il senso della giurisdizione di questa stagione, irriducibile ad abito da «giorni di festa», luogo deputato ad esercitare il potere, piuttosto che tecnica intesa a limitarlo. Sia lo scandalo del caso Tortora che la «Norimberga della mafia», celebrata nella Palermo che più tardi avrebbe visto il processo ad Andreotti, mostravano che un giudice indifferente all'esito della partita mero controllore del rispetto delle regole non era adatto al «paese senza regole»; pareva impensabile il senso dell'*Elogio di Ponzio Pilato* di Gramsci. La vicenda della P2, scoperta dalle indagini dei giudici istruttori, che il codice avrebbe cancellato, è parsa uno snodo: le caute aperture al codice erano subordinate, soprattutto dalla magistratura, al dislocare le pretese sociali di punizione in altri settori dell'intervento statale, che al tempo stesso pareva inerte, se non connivente, con i «contropoteri». Nonostante l'accusatorio in dirittura d'arrivo, pareva finito il tempo del «codice per la gente per bene», del senso del processo come verifica della fondatezza dell'accusa attraverso prove acquisite nel dibattimento, delle memorabili pagine di Cordero, scritte a metà anni Sessanta, sulla «caccia, che vale più della preda».

Anche se il legislatore teneva aperto il cantiere per il codice penale, la realtà di un codice di rito «figlio unico» non appariva «innaturale», dal momento che, fin dalla

legislazione antiterrorismo ed antimafia, la legalità aveva perso la cifra sostanziale, per risolversi in una giurisdizionalizzazione; inoltre nell'età della decodificazione alla crisi delle fonti primarie corrispondeva il primato dell'interpretazione. Anche da qui la «controriforma» del primo codice della Repubblica, nell'ironia amara di Vassalli voluto dalle leggi delega del Parlamento, «e dunque presumibilmente dal popolo sovrano». In particolare la rappresentazione codicistica del pm avvocato dell'accusa non scalfiva quella di difensore della legalità; un processo giusto per tutti i cittadini, vocato ad una verità fattuale, pareva più importante socialmente e moralmente di un giusto processo per l'imputato. La stessa Corte costituzionale non indicava come giuste le sentenze meramente procedurali, ma quelle attive nei rapporti sostanziali delle parti, ed intese all'«accertamento della verità e la repressione dei reati».

La procedura penale è parsa insomma oggetto di una partita, tra chi assegnava al processo il fine dell'accertamento della responsabilità individuale, nel canone della democrazia liberale individualista, e chi non rinunciava al farne anche uno strumento di affermazione della legalità o almeno della sua messa in scena. Al tempo di Tangentopoli le vicende giudiziarie divenivano sedi che anche gli «inquirenti» sapevano improprie per imporre a politici, amministratori, imprenditori le «regole», inseguite invano venti anni dopo. Culmine di conflitti istituzionali anche il «giusto processo», destinato a convivere con la fuga dalla giurisdizione di «pacchetti sicurezza» e leggi *ad personam*, può esser letto come un altro momento dell'incrocio dei venti tra giustizia e politica, nelle parole memorabili di Mario Sbriccoli carattere originario e tratto permanente della storia italiana.

CAPITOLO I

IL PROCESSO PENALE NELLA «REPUBBLICA CHE SI VIENE FACENDO»

1. Giustizia e politica nel tempo della «democrazia»

Il primo governo di unità nazionale dell'Italia libera pareva guardare al processo penale come ad una questione legata alla «giustizia di transizione», che, con parte del paese ancora sotto il dominio nazifascista, «giudicava» il regime caduto con gli occhiali del penale, dando un nome al passato, con la delega ad un'alta corte e ad assise speciali a individuare i responsabili dell'«insurrezione armata del 28 Ottobre 1922», del «colpo di Stato 3 Gennaio 1925», della collaborazione col «tedesco invasore» dopo l'8 Settembre 1943¹. Con le parole di Giuliano Vassalli «il processo alle

¹ G. BERNIERI, *Le Sanzioni contro il fascismo. Il decreto legislativo 27 Luglio 1944, n. 159, annotata dal p. La Torre e dal d. G. Bernieri*, Roma 1945. Sulle sanzioni contro il fascismo, «applicate nel senso voluto dal legislatore nel 1945 e applicate alla rovescia nel 1947» cfr. già A. BATTAGLIA, *Giustizia e politica nella giurisprudenza. in Dieci anni dopo. 1945-1955*, Bari 1955, p. 320; P. CALAMANDREI, *La crisi della giustizia*, in *Crisi del diritto*, Padova 1953, p. 169. Di recente anche per indicazioni cfr. H. WOLLER, *I conti con il fascismo. L'epurazione in Italia 1943-1948*, Bologna 1997; J. ELSTER, *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche*, Bologna 2008, pp. 86 ss.; M. DONINI, *La gestione penale del passaggio dal fascismo alla Democrazia in Italia*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2009, pp. 183 ss.; G. MONTIRONI, *L'epurazione in Italia (1943-1949)*, in *Gli italiani in guerra. Conflitti, identità, memorie dal Risorgimento ai giorni nostri*, IV-2, *Il ventennio fascista*, a cura di M. Isnenghi e G. Albanese, Torino 2008, pp. 689 ss. Una riflessione sul concetto di giustizia di transizione, anche per indicazioni, in P.P. PORTINARO,

responsabilità del fascismo» era ispirato da una «ragione politica», irriducibile all'orizzonte del positivismo imperante, destinata pertanto a sollevare «problemi giuridici»². In quella stagione i giuristi³ guardavano infatti al processo come percorso *giuridico* alla ricerca di quel che legittimava una pena, in continuità con la funzione che, nel 1942, lo stesso Vassalli aveva assegnato alla giurisdizione penale, veicolo per la realizzazione della norma sostanziale contro gli arbitri del legislativo e del giudiziario, fino a riconoscere che per lo Stato fosse preferibile «mettere in conto l'eventualità di una assoluzione ingiusta rispetto a quella di una condanna giusta»⁴.

La spola sulla bilancia. Funzioni e paradossi della giustizia politica, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 2009, pp. 15 ss.

² G. VASSALLI, *Il processo alla responsabilità del fascismo*, in "Socialismo", 1945, pp. 22 ss. Su Vassalli da ultimi cfr. F. PALAZZO, *Giuliano Vassalli: perché legge e giustizia non si separino*, in *Giuliano Vassalli*, a cura di F. Palazzo, Roma-Bari 2010, pp. IX-XXVI; D. NEGRI, *Agli albori di un paradigma dell'Italia repubblicana: il processo come diritto costituzionale applicato*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana. Materiali dall'incontro di studio* (Ferrara 12-13 Novembre 2010), a cura di D. Negri e M. Pifferi, Milano 2011, cit., pp. 23 ss.; G. CUMMA, *Custodia preventiva e garanzie della libertà personale nel primo decennio repubblicano: il caso della scarcerazione automatica*, *ibid.*, pp. 239 ss.; G. DE FRANCESCO, *Giustizia penale e diritti fondamentali nel pensiero giuridico di Giuliano Vassalli*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 2011, pp. 1099 ss.

³ Di recente cfr. L. LACCHÉ, «Sistemare il terreno e sgombrare le macerie» Gli anni della "costituzione provvisoria": alle origini del discorso sulla riforma della legislazione e del codice di procedura penale (1943-1947), in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processual-penalistica italiana*, a cura di L. Garlati, Milano 2010, pp. 271-304; L. GARLATI, *Novità nel segno della continuità. Brevi riflessioni sulla processual-penalistica italiana di ieri e di oggi*, in *Diritti individuali e processo penale*, cit., pp. 285 ss.; M.N. MUELLER, *Un vestito per Cenerentola. L'identità del diritto processuale penale all'alba della Repubblica*, *ibid.*, pp. 364 ss.; C. STORTI, *Magistratura e il diritto di difesa nell'istruzione penale: il dibattito sui pericoli giuridici (1955-1965)*, *ibid.*, pp. 179 ss.

⁴ G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino 1942, p. 232 ss. Si sofferma sul passaggio C. STORTI, *Magistratura e il diritto di difesa*, cit., p. 180.

Remo Pannain – docente e avvocato, nel 1939 entusiasta delle norme del codice Rocco contro la «canea antifascista»⁵, dal 1945 protagonista dell'*Archivio penale* – rappresentava le sanzioni contro il fascismo come antiggiuridica «resa dei conti»⁶. Di contro al «processare il nemico»⁷ si auspicava una «normalizzazione»⁸; l'istanza pareva condivisa perfino da Mario Berlinguer – alto commissario aggiunto per i delitti fascisti, pm, tra l'altro, nei processi celebri Caruso e Roatta – per il quale la «legge eccezionale punitiva» era condizione per il «ripristino di una sostanziale giustizia», «al di sopra delle vicende e dei contrasti politici»⁹. Della tensione ad esorcizzare il carattere non neutrale, se non apertamente politico, di ogni forma di giudizio criminale, nel 1945 era inoltre esemplare un confronto tra Carlo Arturo Jemolo e Piero Calamandrei, alla ricerca di una garanzia giuridica, indifferente alla storia e alle sue tragedie perché riposta nella «legalità»¹⁰. In questo senso anche Giuseppe Guarneri – docente di procedura penale a Parma – lamentava la crisi di credibilità della giustizia per «tutte

⁵ R. PANNAIN, *Personalità internazionale dello Stato, (delitti contro)*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino 1939, p. 1094.

⁶ R. P., *Problemi e notizie della magistratura*, in «Archivio penale», 1945, p. 235. Su Pannain cfr. L. LACCHÉ, «Sistemare il terreno e sgombrare le macerie», cit., pp. 280 ss.; L. GARLATI, *Novità nel segno della continuità*, cit., pp. 286 ss.

⁷ Sul punto in generale A. DEMANDT, K. MEYER e K. ROSEN, *Processare il nemico, Da Socrate a Norimberga*, a cura di P.P. Portinaro, Torino 1996, p. XVII; O. KIRCHHEIMER, *Giustizia politica* (1955), a cura di R. Racciaro, Maccata 2002; P.P. PORTINARO, *I conti col passato. Vendetta, amnistia, giustizia*, Milano 2011.

⁸ F. LUZZA, *Bilancio dell'Alta Corte*, in «Rivista penale», 1945, p. 315.

⁹ M. BERLINGUER, *La crisi della giustizia nel regime fascista*, Roma 1944, particolarmente pp. 9, 47. Sull'avvocato e politico sardo cfr. F.M. BISCIONE, *Berlinguer Mario*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, I supplemento, Roma 1988, pp. 376-378.

¹⁰ C.A. JEMOLO, *Le sanzioni contro il fascismo e la legalità*, in «Il ponte», 1945, pp. 277 ss. su cui l'intervento di Calamandrei, P. C., *Postilla*, *ibid.*, pp. 285-286. Cfr. anche C.A. JEMOLO, *Per l'ordine giudiziario*, Milano 1946.

queste situazioni spesso contraddittorie in cui i nostri bravi funzionari del pm [...] si dimostrarono e si dimostrano servi del ministro, se ora devono proclamare reato quello che ieri esaltavano nobile e doverosa condotta»¹¹. «L'organo che voglia applicare la norma giuridica in dipendenza di principi politici viene meno alla sua funzione costituzionale», asseriva anche Giuseppe Sabatini, processualpenalista particolarmente sensibile al nesso «democrazia e processo penale»¹², e che, con Vassalli, avrebbe curato una rassegna dell'applicazione della amnistia politica del 1946 da parte della Cassazione¹³.

Un «processo penale moderno» prendeva poi forma in un denso scritto di Giuseppe Bettiol, critico della «presunzione di colpevolezza», che pareva iscritta nel decreto istituivo le corti d'assise straordinarie, ove, per i «giudici popolari», l'iscrizione al partito fascista da titolo di merito era divenuta ostacolo. Il penalista lamentava l'eccezione alla regola «in dubio pro reo»; ribadiva che l'onere probatorio dovesse spettare al pm e che il sovvertimento di questi principi impediva «la ricerca e la scoperta della verità materiale». Affermava inoltre che in un «regime democratico-liberale» non doveva sfuggire la «posizione difensiva dell'imputato (chiunque esso sia) che non può venire sacrificata ad esigenze di vendetta o di bassa speculazione politica»; al «sistema democratico» era fatto corrispondere un «processo penale nel quale si discute ciò che l'individuo ha fatto»¹⁴.

¹¹ G. GUARNERI, *Sul problema dell'uguaglianza di armi nel processo penale*, in «La scuola positiva», 1947, p. 125.

¹² G. SABATINI, *Il sistema processuale per la repressione dei crimini fascisti*, in «La giustizia penale», 1946, col. 3.

¹³ G. SABATINI e G. VASSALLI, *Il collaborazionismo e l'amnistia politica nella giurisprudenza della Corte di Cassazione. Diritto materiale, diritto processuale, testi legislativi*, Roma 1947.

¹⁴ G. BETTIOL, *La presunzione di colpevolezza stabilita dall'art. 1 del D.L.L. 22 Aprile 1945*, n. 142, in «Rivista penale», 1946, p. 299. Su Bettiol cfr.

Con l'esempio di un «prevenuto», che aveva collaborato coi tedeschi, ma «d'accordo con le forze della Resistenza, per giovare alla causa della Liberazione», Giacomo Delitala argomentava che i «principi fondamentali del diritto e della civiltà nega(no) in materia penale una presunzione assoluta di responsabilità», ammettendone una «relativa»¹⁵. In seguito il docente alla Cattolica avrebbe considerato quella stagione giudiziaria un momento della «crisi del diritto»¹⁶.

Nel migliore dei casi la giustizia politica sollevava insomma problemi di «interpretazione»; a rafforzare i concetti *Rivista Penale* – diretta da Aloisi, già esegeta delle «riforme fasciste nel campo del diritto e della procedura penale»¹⁷ – pubblicava il «raro» *Eresie giuridiche. Presunzioni iuris et de iure in criminale* del Carrara¹⁸. Anche Pannain trovava nella separazione tra politica e giustizia la chiave di volta dell'erigenda «democrazia», ponendo a fondamento di legittimazione di un mai smarrito ideario liberale «Francesco Carrara, la massima gloria del diritto in Italia, che or sono tre quarti di secolo scriveva: le novelle esperienze mi hanno sempre purtroppo mostrato che sem-

da ultimi S. RIONDATO, *Un diritto penale detto "ragionevole"*, Padova 2006; F. MANTOVANI, *Il personalismo e la personalità del reo nel pensiero di Giuseppe Bettiol*; M. RONCO, *L'attualità di Giuseppe Bettiol nel centesimo anniversario della nascita e del venticinquesimo anniversario della morte*, in «Criminologia. Annuario di scienze penologiche», 2007, pp. 135-145, 147-164; G. MARINUCI, *Giuseppe Bettiol e la crisi del diritto penale negli anni trenta*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 2008, pp. 325-340; R. BETTIOL e P. BRUNO, *Giuseppe Bettiol. Una vita tra diritto e politica*, Milano 2009.

¹⁵ G. DELITALA, *Il reato vien meno se difetta la volontà*, in «Rivista penale», 1946, p. 300.

¹⁶ G. DELITALA, *La crisi del diritto nella società contemporanea*, in *La crisi del diritto*, Padova 1953, p. 91.

¹⁷ U. ALOISI, *Le riforme fasciste nel campo del diritto e della procedura penale*, Roma 1933, pp. 267 ss.

¹⁸ *Dottrina*, in «Rivista penale», 1946, pp. 291 ss.

pre e dovunque quando la politica entra dalla porta del tempio la giustizia fugge impaurita dalla finestra»¹⁹.

Tra gli esempi di quel che sembrava un cortocircuito tra giustizia e politica, innescato dalle sanzioni contro il fascismo, *La Giustizia Penale* pubblicava la requisitoria del procuratore generale di Roma a carico di alcuni tra i responsabili del linciaggio di Donato Carretta, già direttore di Regina Coeli. Il 18 Settembre 1944 Carretta era stato convocato come testimone nel processo al questore di Roma, Caruso, celebrato in un'aula gremita di pubblico a guardare alla sbarra uno dei responsabili, tra l'altro, dell'eccidio delle Fosse ardeatine. Proprio la pressione della folla, che tentava di avventarsi su Caruso, suggeriva alla Corte di rimandare l'udienza, in una scelta percepita dal pubblico in aula come tentativo di sottrarre l'imputato alla condanna a morte. Nella calca una donna additava nell'innocente Carretta il responsabile della morte del figlio, detenuto in carcere, consegnato ai fascisti e ai tedeschi; da lì una spietata violenza di folla, che pareva politica, perché esercitata in margine ad uno dei processi più in vista tra quelli contro gli esponenti del caduto regime. La minuziosa narrazione dei fatti – la «via crucis» di Carretta, che, ripetutamente colpito, fuggiva dal Palazzo di Giustizia, e che, inseguito, si gettava nel Tevere, ed annegava sotto i colpi di

¹⁹ R. P., *Problemi e notizie della magistratura*, cit., p. 235. Sul noto passo del Carrara cfr. M. SBRICCOLI, *Politica e giustizia in Francesco Carrara*, ora in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano 2009, pp. 485-492; A. SCHUMÉ, «Quando la politica entra dalla porta, la giustizia fugge impaurita dalla finestra»: giudici e sentimento della giustizia dall'Unità al primo Novecento, in *Europäische und amerikanische Richterbilder*, Herausgegeben von A. Gouton, L. Mayali e A. Padoa Schioppa, Frankfurt am Main 1996, pp. 165-193; L. LACCHÉ, *La penalistica costituzionale e il «liberalismo giuridico»*, *Problemi e immagini della legalità in Francesco Carrara*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 2007, *Principio di legalità e diritto penale* (per Mario Sbriccoli), pp. 663-695.

remo, inferti da alcuni barcaioli, incitati dagli inseguitori, fino ad essere esposto cadavere a testa in giù ai cancelli di Regina Coeli – ribadiva lo scollamento tra giustizia e dispositivi processuali delle norme contro i fascisti, all'origine di quel tragico processo, sui cui troppo, per l'alto magistrato, aveva pesato il «morboso interesse destato nel pubblico»²⁰.

«Graziani non può essere giudicato perché già è stato condannato oppure è condannata la Repubblica». Il passaggio dell'arringa di Francesco Carnelutti in difesa dell'ex ministro delle forze armate di Salò era esemplare dell'approccio all'esercizio del diritto di difesa nei processi politici; una eventuale condanna dell'assistito era indicata come «recedere verso il fascismo, perché è un voler mettere in discussione la stessa rivoluzione antifascista»²¹. Il processualista ed avvocato misurava la distanza della giustizia di transizione, che definiva «di marca inglese», dai cardini della tradizione giuridica nazionale²². Pannain difendeva dagli attacchi della stampa la Cassazione, che annullava le sentenze di condanna di esponenti del caduto regime da

²⁰ G.G. LO SCHIAVO, *Criminalità e tumulto di folla*, in «La giustizia penale», 1945-1946, coll. 108 ss. Sulla vicenda cfr. G. RANZATO, *Il linciaggio di Carretta. Roma 1944. Violenza politica e ordinaria violenza*, Milano 1997.

²¹ F. CARNELUTTI, *In difesa di Rodolfo Graziani*, in ID., *Controvento*, Napoli 1961, p. 155. Sul Carnelutti avvocato di grido, dal caso Bruneri Cancelli al processo Graziani, cfr. G. TARELLO, *Carnelutti Francesco*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma 1977, p. 455. Sul processo a carico di Graziani cfr. anche G.P. AUGENTI, G. MASTINO DEL RIO e F. CARNELUTTI, *Il dramma di Graziani nelle arringhe della difesa*, Bologna 1950. Il processo, fissato per il 24 maggio 1946, iniziava nel 1948 per motivi di salute dell'imputato. Dopo oltre settanta udienze la Corte si dichiarava incompetente e trasmetteva gli atti alla procura militare; il tribunale militare speciale condannava Graziani a diciannove anni di reclusione per collaborazione militare con i tedeschi, assolvendolo da altre imputazioni, quali la deportazione di connazionali. Grazie a condoni e amnistie di lì a poco l'ex ministro di Salò usciva dal carcere. Cfr. M. FLORES, *L'età del sospetto. I processi politici della guerra fredda*, Bologna 1995, pp. 52 ss. Su Graziani cfr. R. CANOSA, *Rodolfo Graziani. Il maresciallo d'Italia dalla guerra di Etiopia alla Repubblica di Salò*, Milano 2004.

²² F. CARNELUTTI, *In difesa di Rodolfo Graziani*, cit., p. 205.

parte delle assise straordinarie²³. I giuristi riflettevano sul processo di Norimberga, mettendo in luce l'«assenza di consenso in Italia» per le «condanne politiche», impensabili entro il modello della «giustizia a garanzia del diritto»²⁴. Di questo orizzonte erano esemplari le pagine di Salvatore Satta sul «processo rivoluzionario [che] non è, per il giurista, un giudizio»²⁵.

Anche la magistratura – che pure, fin dentro agli anni Cinquanta, avrebbe visto ai vertici magistrati formati durante il fascismo²⁶ – nel Settembre del 1945 pareva muoversi tra strategie di adesione al nuovo ordine politico, continuità istituzionale, garanzia della legalità al di sopra della politica; da qui l'auspicio per il ritorno al «giudice ordinario anche in materia politica»²⁷. Già guardasigilli nel primo governo Badoglio, il primo presidente di Cassazione, Ettore Casati, auto rappresentava giudici vocati alla mediazione tra un «corpus di leggi che portava l'impronta di un regime autoritario e totalitario, pur essendo in gran parte il prodotto di una lunga elaborazione scientifica e giurisprudenziale», e l'«esprimere dalla sperimentazione dei casi singoli, le tendenze della nuova coscienza giuridica democratica»²⁸.

²³ R. P., *Notizie della magistratura*, cit., p. 234.

²⁴ G. CODACCI PISANELLI, *I processi per delitti internazionali* (1946), ora anche in *Il processo di Norimberga. Scritti inediti o rari*, a cura di A. Tarantino, R. Rocco e R. Scorrano, Milano 1999, p. 71; contro la «condanna politica, che vizia l'intero processo di Norimberga» cfr. S. LENER, *Crimini di guerra e delitti contro l'umanità*, Roma 1946, p. 63. Sul tema cfr. A.M. DE ZAYAS, *Il processo di Norimberga davanti al tribunale militare internazionale (1945-1946)*, in A. DEMAND, *Processare il nemico*, cit., pp. 99 ss.; ampie indicazioni bibliografiche ibid., pp. 164-165.

²⁵ S. SATTA, *Il mistero del processo*, Milano 1994, pp. 27, 35. Sull'opera cfr. L. LACCHÉ, «Non giudicate». *Antropologia della giustizia e figure dell'opinione pubblica tra Otto e Novecento*, Napoli 2009, p. 63.

²⁶ A. GALANTE GARONE, *Il mite giacobino*, Roma 1994, p. 42.

²⁷ G.C. RUBBIANI, *Nuovi orientamenti della giustizia penale*, in «Archivio Penale», 1945, p. 155.

²⁸ E. CASATI, *Considerazioni e proposte sulla riforma dei codici penali*, in «Archivio penale», 1945, I, p. 52. Su Casati, che aveva rifiutato di giurare

Al tempo stesso il maggior rischio del *Sacerdote di Temi* pareva risiedere nella «partigianeria»²⁹, nella militanza politica, incompatibile con l'*habitus*; gli alti magistrati affermavano di voler farsi carico di una «elaborazione evolutiva della giurisprudenza che, nel trapasso da un regime all'altro, prepara silenziosamente le riforme del legislatore». Il «concorso del Supremo collegio all'opera di ricostruzione spirituale» trovava il suo fondamento di legittimazione nel porsi «al di sopra delle passioni politiche»; Massimo Piloti – procuratore generale presso la Cassazione, che pure, inaugurando l'anno giudiziario 1947, tra le critiche avrebbe omesso l'omaggio al capo provvisorio dello Stato, presente in sala³⁰ – asseriva che «nella giurisprudenza si viene attuando la revisione delle sentenze in quanto siano da ritenersi che abbia influito nei rispettivi processi una coercizione morale di carattere politico. Il voto che giova esprimere in questa occasione è che non si abbia mai più a parlare di influenze politiche sull'andamento di un processo»³¹.

fedeltà a Salò cfr. F. VENTURINI, *Un sindacato di giudici da Giolitti a Mussolini. L'Associazione nazionale tra i magistrati italiani. 1909-1926*, Bologna 1987, p. 94; C. GUARNIERI, *La Corte di Cassazione*, in *Storia d'Italia, Annali* 14, *Diritto, legge, giustizia*, a cura di L. Violante, Torino 1998, p. 804; L. LACCHÉ, «Sistemare il terreno e sgombrare le macerie», cit., p. 279; M.N. MILETTI, *Un vestito per Cenerentola*, cit., p. 364.

²⁹ G.A. RAFFELLI, *Il sacerdote di Temi*, Milano 1945, 1945, p. 167. Dal titolo del libro del magistrato prende spunto la lettura della autorappresentazione della magistratura italiana di M. LUMINATI, *Priester der Themis. Richterliches Selbstverständnis in Italien nach 1945*, Frankfurt a. M. 2007. Cfr. inoltre Id., *Linguaggi e stili della magistratura italiana nel secondo dopoguerra*, in *L'impiegato allo specchio*, a cura di A. Varni e G. Melis, Torino 2002, pp. 197 ss.

³⁰ L. BIANCHI D'ESPINOSA, *Il «caso Piloti»*, in «Il ponte», 1947, p. 1108. A difesa di Piloti dalle contestazioni cfr. R. P., *Il «caso» del Proc. Gen. Piloti*, in «Archivio penale», 1947, p. 175. Sulla vicenda cfr. V. ZACHREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione ad oggi*, in *Storia d'Italia, Annali* 14, cit., p. 720.

³¹ M. PILOTI, *La giustizia e la ricostruzione nazionale*, in «La giustizia penale», 1946, p. 3. Analogamente M. BERLINGUER, *La crisi della giustizia*, cit., p. 17 ss.

Il legislatore era in sintonia con questo ideario; Bettiol – in qualità di relatore della Commissione giustizia alla Consulta nazionale – asseriva: «si marcia ancora sui binari di una politicizzazione della giustizia, che riflette preoccupazioni di parte, per le quali [...] si collocano nell'ufficio del pubblico ministero e sul seggio del giudice uomini che non stanno fuori dalla mischia e che non possono giudicare con quell'equilibrio e quella serenità che sono la caratteristica fondamentale della giustizia di uno Stato democratico [...] democrazia è chiara determinazione e divisione dei poteri, è soprattutto indipendenza del potere giudiziario, che deve essere sottratto all'influenza delle raccomandazioni o delle circolari del potere esecutivo [...] molte tossine fasciste sono in ciascuno di noi, e ci inducono a portare volontà di vendetta nell'ambito della giustizia; col che si fa del vero e proprio fascismo»³².

Al penalista democratico cristiano, che riproponeva la grande fondazione del giudicare indipendente dal potere³³, il guardasigilli Togliatti rispondeva al spiegando il senso della giustizia politica, intesa alla «pacificazione democratica»; dopo i processi penali in corso, che andavano mettendo in scena la storia del ventennio e quella di Salò, si poteva «tornare alla normalità»³⁴. In questo orizzonte an-

³² *Lavori della Consulta sulle modificazioni da apportare alla legislazione in tema di delitti fascisti*, in "Archivio penale", 1946, pp. 233-234. Sulla Consulta «assemblea precostituente» cfr. P. CALAMANDREI, *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana* diretto da Piero Calamandrei e Alessandro Levi, Firenze 1950, p. CVII. Cfr. inoltre A. G. Ricci, *Aspettando la Repubblica. I governi di transizione. 1943-1946*, Roma 1996; M. FORNO, 1945: *L'Italia tra fascismo e democrazia*, Roma 2008, pp. 110 ss.

³³ «Nel momento in cui si fondava il potere di giudicare [...] la delegazione divina sanciva pure l'indipendenza dall'autorità politica»; così A. GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milano 2001, p. 12.

³⁴ *Lavori della Consulta*, cit., p. 235. Su Togliatti ministro cfr. G. NEPPI MODONA, *Togliatti guardasigilli, in Togliatti e la fondazione dello Stato demo-*

che Giulio Andrea Belloni – penalista formatosi con Ferri, repubblicano, perseguitato dal fascismo per appartenere a Giustizia e Libertà, condirettore de *La Giustizia Penale* – riconosceva alla «falce» della contestata amnistia politica di Togliatti il merito di aver sanato l'«antifascismo giudiziario in nome del luogotenente del Re dei tribunali politici speciali». «La Repubblica che si viene facendo [...] col capo dello Stato rispettabile rappresentante della nostra famiglia di studiosi della drammatica scienza dei delitti e delle pene» per Belloni trovava il suo senso nel riporre il «diritto sovrano sulle rovine del paese disfatto dalla politica del cessato regime»³⁵.

Il canone carrariano, inteso a scongiurare la politicizzazione della giurisdizione, era tra gli elementi costitutivi della «continuità dello Stato»³⁶; in questo orizzonte l'art.

cratico, a cura di A. Agosti, Milano 1986, pp. 291 ss.; E. SCALABRINO, *I guardasigilli comunisti Togliatti e Gulla: sanzioni contro il fascismo e processo alla Resistenza*, in *La grande cesura. La memoria della guerra e della Resistenza nella vita europea del dopoguerra*, a cura di G. Miccoli, G. Neppi Modona e P. Ponibeni, Bologna 2001, pp. 327 ss.

³⁵ G. A. BELLONI, *Repubblica italiana*, in "La giustizia penale", 1945-1946, col. 178. Su Belloni cfr. B. DI PORTO, voce, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma 1965, p. 777. Sulla amnistia del 1946 cfr. M. FRANZISELLI, *L'amnistia Togliatti. 22 Giugno 1946. Colpo di spugna sui crimini fascisti*, Milano 2006, pp. 139 ss. Di recente sulle amnistie della Repubblica cfr. G. NEPPI MODONA, *Perdono e clemenza di Stato nella giustizia penale italiana*, in *Grazia e giustizia. Figure della clemenza fra tardo medioevo ed età contemporanea*, a cura di K. Hart e C. Nubola, Bologna 2011, pp. 375; G. ALESSI, *Lo scandalo della grazia nell'orizzonte contemporaneo. Riflessioni a margine*, ibid., pp. 591 ss.; sia consentito rinviare anche a F. COLAO, *Il volto della nazione nelle amnistie politiche del Novecento*, ibid., pp. 463 ss. Una ampia riconsiderazione del ricorso all'amnistia nella giustizia politica cfr. H. QUARITSCH, *Giustizia politica. Le amnistie nella storia*, Milano 1995.

³⁶ Cfr. ancora C. PAVONE, *La continuità dello Stato. Istituzioni e uomini in Italia. 1945-48. Le origini della Repubblica*, Torino 1974, pp. 73 ss.; con particolare riferimento alla scienza giuridica P. PIASENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e della legge di pubblica sicurezza*, in "Politica del diritto", 3/1979, pp. 290 ss.; A. SOMMA, *Alle origini della Repubblica italiana. Cultura liberale e rimozione*

25 della Costituzione *in fieri*, momento tra i «postulati del giusnaturalismo illuminista»³⁷, ispirato da Leone – processualpenalista, relatore nella Commissione dei 75 del Progetto di Costituzione sulla disciplina costituzionale della magistratura – avrebbe scolpito: «nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge [...] principio dal valore attuale, dopo le dolorose esperienze fatte in tanti anni»³⁸.

2. «Riforme di un certo rilievo»

Le *Lezioni sul processo penale* di Carnelutti indicavano come «riforme di un certo rilievo» i «decreti legislativi»

dell'esperienza fascista, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2008, pp. 91 ss.; S. ROBOTÀ, *La libertà e i diritti*, in *Storia dello Stato italiano dall'Unità ad oggi*, a cura di R. Romanelli, Roma 1995, p. 351. Sul «tecnicismo arma affilata perché riportava il dibattito dentro lo schema forte della continuità dello Stato» cfr. L. LACCHÈ, «Sistemare il terreno e sgombrare le macerie», cit., p. 300. Sulla processualpenalistica di questa fase, ancorata ad un «passato che non si cancella» cfr. M.N. MILETTI, *Un vestito per Centocento*, cit., pp. 365 ss.

³⁷ P. COSTA, *Un modello per un'analisi: la teoria del "garantismo" e la comprensione storico giuridica della "modernità" penalistica*, in *Le ragioni del garantismo. discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di L. Gianformaggio, Torino 1993, p. 20.

³⁸ Assemblea Costituente, *Atti*, seduta 25 Gennaio 1947, Roma 1947, p. 180; *La Costituzione della Repubblica italiana nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, I, Roma 1970, p. 900 ss. Sull'art. 25 cfr. tra gli altri M. NOBILI, *Art. 25, 1 comma*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BIANCA, Bologna-Roma 1981, pp. 135 ss.; F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino 1986, pp. 112 ss. Su Leone alla Costituente cfr. G. LEONE, *Il mio contributo alla Costituzione repubblicana*, Roma 1985; V. CAIANIELLO, *Il contributo di Giovanni Leone all'Assemblea Costituente*, in *Giovanni Leone. Giurista e legislatore*, a cura di G. Conso, Milano 2003, pp. 13-38; G. RICCIO, *Istanze di riforma e chiusure ideologiche in ordine al problema del Pubblico Ministero*, *ibid.*, pp. 39-50; M. CALO, *Giovanni Leone e la scienza giuridica*, in *Giovanni Leone*, cit., pp. 51-58; G. VASSALLA, *Giovanni Leone maestro di diritto penale*, *ibid.*, pp. 83-89; G. CONSO, *Giovanni Leone maestro della procedura penale*, *ibid.*, pp. 91-131; R. OBIANO, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, in *Diritti individuali e processo penale*, cit., p. 61.

14 Settembre 1944, 8 dicembre 1944, 5 ottobre 1945, che, tra l'altro, sottoponevano il fermo di polizia e le perquisizioni al controllo giudiziario, con l'osservanza delle disposizioni garantita da provvedimenti disciplinari; concedevano il ricorso in corte d'appello e in Cassazione contro le decisioni in materia di esecuzione delle misure di sicurezza; ristabilivano le nullità d'ordine generale insanabili; abolivano i limiti temporali all'intervento del difensore in dibattimento; limitavano, sia pure «temporaneamente», i casi di arresto, mandati di cattura e custodia preventiva, con aumento di termini per il giudizio direttissimo; subordinavano al controllo del giudice istruttore il potere di archiviazione del pm e del pretore, cancellando lo strumento chiave del controllo politico del fascismo sul processo. Per Carnelutti i decreti luogotenenziali erano espressione di una «Rivoluzione italiana»; il codice del 1930, «per quanto frutto di una elaborazione accurata», non pareva all'altezza di una «vera civiltà», né per la «direttiva spirituale, né per la struttura tecnica»³⁹.

Un ritorno alla «giustizia per i galantuomini»⁴⁰ prendeva dunque corpo già nel «limbo istituzionale»⁴¹; da allora, come ha scritto Vassalli, «è come se esistessero due codici Rocco: c'è il codice Rocco del rito puro, quale voleva essere, e c'è il codice Rocco che ha vissuto per più di quarant'anni, subendo continue modifiche»⁴², in una «seconda

³⁹ E. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, Roma 1949, p. 40.

⁴⁰ L. LACCHÈ, *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913)*, Milano 1990.

⁴¹ P. CALAMANDREI, *Nel limbo istituzionale* (1945), ora anche in *Id.*, *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, Montepalciano 2003, p. 42.

⁴² G. VASSALLA, *Introduzione*, in *L'inconscio inquisitorio*, cit., p. 13. Una convincente riflessione sui «topoi storiografici» su accusatorio e inquisitorio in P. CAPPELLINI, «Inconscio inquisitorio» e regimi autoritari: un collegamento necessario?, *ibid.*, p. 25.

vita del codice»⁴³. Per Peronaci – sostituto procuratore, segretario della Commissione ministeriale – talune tra le «leggi modificatrici del codice penale e di procedura penale», dalla densità politica, erano destinate a restare nell'ordinamento⁴⁴; Pilotti ne lodava il «tutelare insieme le esigenze della giustizia e gli interessi delle parti». Oltre a queste «liberali disposizioni» pareva matura la reintroduzione della scarcerazione automatica, seppur «limitatamente alle persone non pericolose». Si insisteva sulla necessità di una «non troppo lunga restrizione di libertà del cittadino prima dell'intervento del magistrato», argomento legato alla proposta di sopprimere l'autorizzazione a procedere per reati commessi nell'esercizio di funzioni di polizia⁴⁵.

In un'ottica più moderata Bernieri – sostituto procuratore in Cassazione – asseriva che «eliminare tutte le espressioni dell'autoritarismo fascista per i quali i diritti individuali non trovano una sicura e diretta tutela, ma erano tutelati soltanto in funzione e in conseguenza della tutela che era sempre assicurata a pretesi preminenti diritti dello Stato», non imponeva «alcuna modificazione della disciplina generale dell'imputato [...] principale soggetto del processo penale». Il magistrato apprezzava comunque i «non pochi ritocchi apportati al codice», che, anche con l'ovviare al sovraffollamento delle carceri, modificavano il processo nel segno di una più «efficace tutela della libertà personale»⁴⁶. Anche la dottrina cominciava

⁴³ G. CHIODI, «Tornare all'antico». Il codice di procedura penale Rocco tra storia e attualità, *ibid.*, p. 117.

⁴⁴ A. PERONACI, *Le leggi modificatrici del codice penale e di procedura penale illustrate da uno dei collaboratori delle ultime riforme*, Roma, sd., pp. 9 ss., 50 ss.

⁴⁵ M. PILOTTI, *La giustizia e la ricostruzione nazionale*, cit., p. 19. A. PERONACI, *Sguardo d'insieme sulle modificazioni introdotte nel Codice di procedura penale*, in «La giustizia penale», 1945, col. 125.

⁴⁶ G. BERNIERI, *Per l'aggiornamento politico del codice di procedura penale*, in «Archivio penale», 1945, p. 543.

a porre il tema di limiti massimi alla custodia cautelare, sia pure, per Manzini, da adottare in via provvisoria; la scelta garantista era motivata più in considerazione del congestionamento delle carceri che in nome del riconoscimento del valore del principio della libertà personale dell'imputato. Questa scelta valoriale era sostenuta invece con forza da Leone, critico della posizione dell'artefice del codice del 1930⁴⁷.

Nelle pagine di Calamandrei l'evocativo rapporto tra «gli avvocati e la libertà» diveniva la pietra miliare per costruire il diritto di difesa sulle «macerie» del passato fascista⁴⁸. Anche per Rubbiani – procuratore generale presso la corte d'appello di Roma – uno dei profili più apprezzabili delle norme del Settembre 1944 era la «restituzione nella pienezza della libertà di discussione e di replica dell'attività del difensore nel processo penale»⁴⁹. Il diritto di difesa tecnica da allora sarebbe stato al centro delle prese di posizione del Consiglio nazionale forense come della magistratura, favorevole all'intervento del difensore nelle perizie e negli «esperimenti giudiziari», in quelli «generici» ed ove fosse previsto l'intervento diretto del giudice. In un orizzonte lontano dai conflitti che, decenni dopo, avrebbero opposto Camere penali e Associazione nazionale magistrati, era comune l'intento di garantire all'imputato di «conoscere in

⁴⁷ G. LEONE, *Problemi contingenti di riforma*, in «Archivio penale», 1947, pp. 442 ss. Sulle prime reazioni alla scarcerazione automatica, disposta nel 1944, anche per indicazioni cfr. G. CHIODI, *Custodia preventiva*, cit., p. 224 ss.

⁴⁸ P. CALAMANDREI, *Gli avvocati e la libertà*, ora anche in *Id., Utopie di idealisti ingenui? I fondi per il Corriere della Sera*, introduzione di A. Padua Schioppa, Milano 2009, pp. 34 ss. Sul tema cfr. F. CIPRIANI, *Avvocatura e diritto di difesa*, Milano 1999; F. TACCHI, *Gli avvocati italiani dall'Unità alla Repubblica*, Bologna 2002; A. MENICONI, *La «maschia» avvocatura. Istituzioni e professione forense in epoca fascista (1922-1943)*, Bologna 2006.

⁴⁹ G. RUBBIANI, *Nuovi orientamenti*, cit., p. 153.

qualsiasi momento lo sviluppo dell'azione che è esercitata contro di lui»⁵⁰.

Le riforme dell'Italia liberata, e il dibattito che aprivano nel mondo giuridico, erano espressione della prospettiva, comune al legislatore come agli operatori del diritto, di riporre ancora il senso del processo in quel che Leone chiamava il «codice degli innocenti»⁵¹, ferma restando la logica del doppio binario, ereditato dal passato liberale e fascista; del resto neanche la Repubblica avrebbe abdicato alla prassi del diverso trattamento dei soggetti, rinunciando ai diversi «livelli di legalità»⁵². Inoltre nel complicare l'effettività delle garanzie volute dai decreti luogotenenziali pesava l'indisponibilità della magistratura, al di là delle prese di posizione di taluni alti magistrati, a dare effettività al messaggio «liberale» delle «novelle» del 1944-1945. In

⁵⁰ E. CASATI, *Considerazioni*, cit., p. 52 ss.; G.G. RUBBIANI, *Nuovi orientamenti*, cit., pp. 153 ss.; *Schema di di sulla partecipazione della difesa all'istruzione formale*, in «La giustizia penale», 1946, col. 22 ss. Sul diritto di difesa cfr. C. STORTI, *Difensori e diritto di difesa nel processo penale italiano nel primo decennio dell'unificazione legislativa*, in *Officium advocati*, hrsg. L. Mayali, A. Padua Schioppa e D. Simon, Frankfurt am Main 2000, pp. 319-392; M.N. MILETTI, «Uno zelo invadente». *Il rifiuto della pubblicità istruttoria nel codice di procedura penale del 1930*, in *Processo penale e opinione pubblica tra Ottocento e Novecento*, a cura di F. Colao, L. Lacchè e C. Storti, Bologna 2008, pp. 227-262; sul «malleabile diritto di difesa» cfr. R. ORLANDI, *Rito penale e salvaguardia dei galantuomini*, in «Criminalia», 2006, pp. 293 ss. Sul tema cfr. ora l'attenta ricostruzione di C. STORTI, *Magistratura e il diritto di difesa*, cit., pp. 179 ss.

⁵¹ G. LEONE, *Le linee generali della riforma del codice di procedura penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1956, p. 5.

⁵² M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, ora in *Id.*, *Storia del diritto penale*, cit., I, p. 597. Sulla categoria storiografica di Mario Sbriccoli sul doppio livello di legalità nell'Italia liberale cfr. M. MECCARELLI, *Fuori dalla società: emergenza politica, espansione del penale e regimi della legalità nel tardo Ottocento. Una comparazione tra Italia e Francia*, in *Perpetue appendici e codicilli alle leggi italiane. Le circolari ministeriali, il potere regolamentare e la politica del diritto in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di F. Colao, L. Lacchè, C. Storti e C. Valsecchi, Macerata 2011, pp. 465-487.

particolare faceva discutere l'indirizzo giurisprudenziale in tema di ritardo nel trasformare l'istruttoria sommaria in formale, laddove la prima negava all'imputato alcune garanzie della seconda. Ancora a metà anni Ottanta Cordero avrebbe peraltro osservato che il pm continuava a «governare l'istruzione sommaria conducendola da solo, se vuole, segreti gli atti, custodie cautelari virtualmente indefinite, sanabile ogni nullità»⁵³.

Nel 1946 la Cassazione asseriva dunque che il «diritto alla scarcerazione» non era stato riconosciuto dalla legge; distingueva tra diritto privato – con la simmetria tra obbligo di una parte e diritto dell'altra – e rito penale, dalla cifra di «ordine pubblico», ove i diritti erano attribuiti dalla legge in modo espresso e regolandone l'esercizio. All'imputato non si riconosceva il diritto ma una più limitata facoltà di istanza per denunciare l'eventuale ritardo nell'istruzione al magistrato superiore. Pur nello spazio di una nota a sentenza Pietro Nuvolone – allievo di Delitala – metteva a fuoco i «diritti dell'imputato»; coglieva lucidamente la posta in gioco, lo *status* della persona e la sua capacità di essere soggetto di diritto, sia privato che pubblico. A differenza di quanto asserito dalla Cassazione, Nuvolone argomentava che un «concetto formale» di diritto soggettivo non mutava «col mutare del contenuto delle norme», e che la tutela dell'imputato era fine «essenziale, d'ordine pubblico della norma processuale». Il senso del processo penale era ricondotto al rapporto tra Stato e cittadino, col sostenere che l'imputato è il naturale portatore di un interesse di libertà, interesse di fatto, come afferma il Delitala, fino a che non intervenga una norma a tutelarlo espressamente che lo trasforma in diritto soggettivo». Da qui, per Nuvolone, nasceva il «diritto alla liberazione», la scarcerazio-

⁵³ F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, cit., p. 100.

ne, subordinato ad una «gianniniana» discrezionalità del giudice; questi era chiamato a bilanciare tra accertamento processuale della verità e interesse personale alla libertà, valore giuridicamente tutelato da una norma, e dunque «diritto soggettivo».

Per il giurista nella mancata trasformazione dell'istruzione, da sommaria a formale, il giudice avrebbe commesso una omissione di atti d'ufficio, con diritto dell'imputato al risarcimento; la «logica del sistema» consentiva di affermare il principio del «diritto soggettivo» alla libertà personale. Nuvolone era peraltro consapevole che l'opposto indirizzo giurisprudenziale poteva esser superato, *de iure condendo*, solo con l'unificazione delle due forme di istruzione⁵⁴. Di fronte ad una proposta dirompente, Carnelutti rispondeva a Nuvolone con argomenti compromissori: da un lato escludeva il diritto soggettivo dell'imputato alla conversione dell'istruzione; dall'altro ammetteva una responsabilità civile del pm nel protrarre oltre i termini la carcerazione preventiva per il ritardo nella chiusura dell'istruzione sommaria⁵⁵. Il tema, legato da Leone alla Costituente al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale⁵⁶, anche per Vassalli era l'occasione per ripensare la presenza di due istruttorie, percepita come uno dei punti di crisi del processo, sia in relazione al diritto di difesa che alla scarcerazione⁵⁷. Già nel 1948 il penalista avrebbe rica-

⁵⁴ P. NUVOLONE, *Diritti e interessi dell'imputato nel processo penale*, in «La giustizia penale», 1946, coll. 146-160. Per indicazioni su Nuvolone e su questo scritto in particolare cfr. ora C. STORTI, «L'acuta tesi della difesa», *Profili dell'istruzione nella giurisprudenza di Cassazione tra 1930 e 1950: le nullità e le funzioni della sezione istruttoria*, in *L'inconscio inquisitorio*, cit., pp. 136 ss.; C. STORTI, *Magistratura e il diritto di difesa*, cit., pp. 181 ss.

⁵⁵ F. CARNELUTTI, *Durata della detenzione preventiva e diritto dell'imputato*, in «Rivista di diritto processuale», 1946, p. 137-145.

⁵⁶ G. LEONE, *I problemi della magistratura*, cit., pp. 3 ss.

⁵⁷ G. VASSALLI, *Sul diritto di difesa giudiziaria nell'istruzione penale*, in *Id., Scritti giuridici*, III, *Il processo e le libertà*, Milano 1997, p. 52.

vato queste garanzie dai valori della Costituzione, in risposta all'indirizzo giurisprudenziale della Cassazione, teso a depotenziare la portata garantista delle novelle varate dal 1944⁵⁸.

3. Tra «nuovi codici» e «defascistizzazione»

Alla caduta del fascismo il legislatore procedeva in un difficile crinale, inteso da un lato a tener ferma l'invenzione della tradizione liberale del prefascismo, con l'espunzione del politico dal giuridico, dall'altro a dover «defascistizzare» la codificazione penale e penalprocessuale, di cui si percepiva la dimensione costituzionale⁵⁹. Già l'annuncio della pubblicazione di «nuovi codici» – formulato dal d.l.t. 14 Settembre 1944 – poneva la condizione della continuità con le «tradizioni giuridiche del popolo italiano». La Commissione, istituita nel Gennaio 1945 dal guardasigilli Tupini, proponeva a maggioranza un ritorno al codice del 1913, pur con l'«impegno di aggiornarlo»; il ministro democratico cristiano esprimeva la tensione a «dissociare i limiti del diritto e della politica»⁶⁰.

Dal canto suo la dottrina poneva i temi della continuità dell'esperienza giuridica, della «forza imponente della scienza» sulle ragioni di una qualunque «forza politica», specie quando «tutto crolla», evocata da Pannain già nel Settembre 1944 a proposito di una «riforma della legislazione»⁶¹; della «resistenza della scienza a qualsiasi infil-

⁵⁸ G. VASSALLI, *Libertà provvisoria e scarcerazione automatica del delinquente abituale*, *ibid.*, pp. 9 ss.

⁵⁹ *Le leggi modificatrici del codice penale e di procedura penale illustrate e commentate da uno dei collaboratori delle riforme*, Roma 1945.

⁶⁰ La commissione per la riforma dei codici, in «Cassazione penale», 1945, p. 94. Su Tupini cfr. F. MALGERI, *Umberto Tupini (1889-1973): dal Partito popolare al secondo dopoguerra*, Urbino 1993.

⁶¹ R. PANNAIN, *La riforma della legislazione*, in «Annali della Facoltà di giurisprudenza, Università degli Studi di Camerino», 1942-1944, p. 28.

trazione del dato politico nel tradizionale sistema penale», rivendicata da Leone⁶²; dell'accusa, mossa all'«indirizzo tecnico-giuridico, di risolvere il diritto col diritto, trascurando l'elemento politico», rovesciata da Tullio Deleghi in difesa della «Scuola», del «diritto» vocato a «dominar la politica»⁶³. A proposito della riforma dei codici Pannain ribadiva il canone della separazione tra politica e scienza, lamentando oltretutto la mediocrità dei nuovi legislatori rispetto ai redattori della codificazione del 1930, «generazione di giuristi purtroppo quasi estinta»⁶⁴.

Non a caso il progetto del Tupini non avrebbe trovato sbocco normativo⁶⁵; così come sarebbe restata lettera morta la «formazione di un nuovo codice», compito assegnato da Togliatti nel Settembre 1945 ad una Commissione ministeriale, che, cinque anni dopo, avrebbe presentato un meno ambizioso Progetto, sia pure dal titolo evocativo, «modificazioni ispirate ai principi della rinnovata democrazia»⁶⁶. I protagonisti del metodo tecnico giuridico non parevano voler porre le basi di quel che Calamandrei negli anni Cinquanta avrebbe stigmatizzato come «inadempimento costituzionale»⁶⁷, quanto mirare alla costruzione di un processo

⁶² G. LEONE, *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*, in «Archivio penale», 1945, p. 28; analogamente Id., *Contro la riforma del codice penale*, *ibid.*, pp. 277.

⁶³ T. DELEGHI, *L'elemento politico nel codice penale*, *ibid.*, p. 195.

⁶⁴ R. P., *Notizie e spunti sulla riforma dei codici penali*, *ibid.*, p. 60.

⁶⁵ R. P., *Problemi e notizie della magistratura. Giustizia e politica*, *ibid.*, p. 235.

⁶⁶ G. GUARNERI, *Osservazioni sul progetto di modifica del codice di procedura penale*, *ibid.*, 1950, p. 453. Sul testo cfr. G. CONSO, *Precedenti storici ed iter della legge n. 108 del 1978*, in *Il nuovo codice di procedura penale*, Milano 1988, p. 4.

⁶⁷ P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in *Dieci anni dopo*, cit., p. 225. Sul tecnicismo davanti alla Costituzione cfr. M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., pp. 1033 ss.; L. LACCHÉ, *«Sistemare il terreno e sgombrare le macerie»*, cit., p. 304.

compatibile con l'ordine liberale, iscritto negli stessi termini tensivi individuo/autorità anche riguardo ai diritti individuali⁶⁸. Senza riscrivere la codificazione, l'Italia liberata si impegnava ad innestare nel «granitico sistema Rocco»⁶⁹ non marginali «innesti di garanzia»⁷⁰. Lo stesso Calamandrei – che nel 1947 avrebbe tematizzato il «poco coraggio o accortezza dei legislatori di sconfessare la vecchia legalità e crearne una nuova»⁷¹ – nel marzo 1945 scriveva: «credo di non offendere nessuno se remissivamente dichiaro che ogni mattina, quando al risveglio mi si affollano in mente da tutte le parti i problemi spasimanti di questa giornaliera angoscia, il mio primo pensiero non è per la riforma dei codici». Il giurista fiorentino asseriva che una meritoria «disinfezione provvisoria» aveva già «soppresso o riformato gli istituti che sotto il fascismo avevano funzionato come strumenti di inquisizione poliziesca, o, addirittura (penso al celebre art. 16 del codice processuale) come salvacondotto della tortura» [...]

La parola d'ordine «prima la Costituzione, prima

⁶⁸ L. LACCHÉ, *I diritti della storia e la storia dei diritti. Riflettendo sul processo penale nell'Italia repubblicana*, in *Diritti individuali*, cit., p. 87. Sul punto cfr. anche M. PIERRE, *Le ragioni di un dialogo. Qualche riflessione sulle alterne vicende di un complesso confronto disciplinare*, *ibid.*, p. 32.

⁶⁹ L. LACCHÉ, *«Sistemare il terreno e sgombrare le macerie»*, cit., p. 30; sulla codificazione del 1930 cfr. ora G. VASSALLI, *Passione politica di un uomo di legge. Introduzione* in A. Rocco, *Discorsi parlamentari*, Bologna 2005, pp. 13-68; M. CHIAVARIO, *Codice di procedura penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, II, Torino 1988, pp. 261 ss.; G. NEPPI MODONA e M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia, Annali*, 12, *La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino 1997, pp. 789 ss.

⁷⁰ G. CONSO, *Il diritto processuale penale vecchio e nuovo, facina inesaurita di sperimentazioni costituzionali*, in Id., *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Conso, Napoli 2006, pp. 1 ss. Analogamente P. FERRUA, *Dal codice di rito del 1913 al codice del 1930*, in *Il Codice penale per il Regno d'Italia*, Ristampa anastatica, Padova 2010, p. CCXLVI.

⁷¹ P. CALAMANDREI, *Restaurazione clandestina*, in «Il ponte», 1947, p. 966.

la democrazia, poi i codici», era una precisa politica del diritto, che chiamava in causa anche il ruolo dei giuristi, già decisivo nella codificazione del 1930, per Calamandrei irriducibile, salvo l'«autoritarismo poliziesco», ad «opera del regime». I codici erano definiti come «la forma conclusiva di una sostanza storica che non si improvvisa, e la cui elaborazione è compito non dei giuristi, ma dei politici, ossia del *popolo*»; la riforma era ancorata alla capacità del «pensiero giuridico», già sperimentata nel «ventennio», di garantire la «continuità tra il passato e l'avvenire»⁷². Da qui, nel 1950, l'appello rivolto da Calamandrei alla *scientia iuris*: «restaurare le nostre cattedrali di concetti [...] ripigliamo il discorso come se l'avessimo lasciato ieri. Heri dicebamus. Ma possiamo veramente ripigliare così, come se nulla fosse accaduto?»⁷³.

Le memorabili pagine di Mario Sbriccoli sulle «responsabilità» dei penalisti sotto il fascismo si chiudevano alludendo a quelli che, «appiattati dietro un metodo che glielo consentiva, pur nella presenza di qualche discussione cifrata, manteneva accesa una piccolissima fiammella di penalistica civile»⁷⁴. Tra costoro Bettiol tra il Natale del 1942 e l'Agosto del 1943 riprendeva le fila di certi suoi saggi di metà anni Trenta – in particolare *Correlazione tra accusa e sentenza* e *La regola «in dubio pro reo»*⁷⁵ – per scrivere *Diritto Penale. Parte generale*. L'opera, pubbli-

⁷² P. CALAMANDREI, *Sulla riforma dei codici*, in *Costruire la democrazia*, cit., pp. 45-46. Su Calamandrei da ultimo cfr. G. CIAMBEROTTI, *Ufficio del giurista ed ermeneutica della reticenza. Mario Bracci e Piero Calamandrei nella giurisdizione di equità*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 2008, pp. 260 ss.; P. GROSSI, *Lungo l'itinerario dei Piero Calamandrei*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2009, pp. 865 ss.; L. LACCHÈ, «Sistemare il terreno e sgombrare le macerie», cit., pp. 272 ss.

⁷³ P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in *Id., Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, I, Napoli 1965, p. 564.

⁷⁴ M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta*, cit., p. 1034.

⁷⁵ G. BETTIOL, *Scritti giuridici*, Padova 1966, pp. 102 ss., pp. 307 ss.

cata nel 1945, intendeva «interpretare liberisticamente e democraticamente un complesso legislativo che pure pretendeva d'essere espressione di una concezione totalitaria dello Stato», e «salvare una tradizione di cui l'Italia era andata sempre orgogliosa particolarmente nei momenti nei quali sembrava che una buia cortina di caligine fosse venuta a coprire anche le poche luci che agonizzavano. Ma per fortuna da noi la tradizione non si era spezzata del tutto». I penalisti e processualpenalisti nell'Italia liberata potevano candidarsi a questa operazione di interpretazione civile dei codici; Bettiol tematizzava nel segno della carrariana «sicurezza giuridica» la tutela della «libertà individuale di fronte a pretese esigenze collettive»⁷⁶.

Senza che per il momento nessuno ponesse il dilemma tra accusatorio, inquisitorio, misto, e che ripettesse l'assunto del primo espressione dei regimi democratici e del secondo di quelli autoritari⁷⁷, anche per la magistratura la politica delle riforme del codice di procedura era destinata a passare dall'espunzione dal *sistema iuris* di quel che appariva come una patina, i profili politici nel segno dell'autoritarismo. In questo senso Casati parlava di «urgenti modificazioni imposte dal nuovo regime democratico»⁷⁸; Pilotti auspicava una riforma ispirata ai «sani principi della democrazia»⁷⁹; Bernieri poneva il tema dell'intreccio tra «aggiornamento politico» e «defascistizzazione»⁸⁰.

Nell'estate 1945 il Comitato istituito in seno all'Istituto italiano di studi legislativi declinava la «defascistizzazione»

⁷⁶ G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 1945, p. XVIII.

⁷⁷ Sulla «ricorrente affermazione» G. ILLUMINATI, *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, I, Roma 1989, p. 2.

⁷⁸ E. CASATI, *Considerazioni e proposte*, cit., p. 279.

⁷⁹ M. PILOTTI, *Orientamenti sulla riforma del processo penale*, cit., p. 540.

⁸⁰ G. BERNIERI, *Per l'aggiornamento politico del codice di procedura penale*, cit., p. 541.

come «riforma del codice penale»; la *Relazione* del Delogu metteva però in guardia dal sovvertirne la «specialmente elaborata intelaiatura sistematica»⁸¹. Si iniziava a prospettare un «aggiornamento», che investisse separatamente il penale sostanziale, il processuale, l'ordinamento giudiziario e penitenziario. Sulla tesi della «riforma totale» prendeva il «sopravvento quella della riforma parziale»⁸², «sancta autorevolmente da Togliatti»⁸³. Una serrata novellistica, incalzata dal contingente, nei decenni a venire avrebbe sostituito la codificazione; alla «storia negativa» del codice penale dell'Italia repubblicana, e, fino al 1989, di quello di procedura, sarebbe corrisposta la «storia positiva della politica criminale»⁸⁴.

4. I provvedimenti per «gli organi di giurisdizione»

«Non si comprende il processo penale moderno se non si parte dalla premessa della divisione dei poteri». Bettiol

⁸¹ Istituto italiano di studi legislativi, *Defascistizzazione e riforma dei codici e dell'ordinamento giudiziario - Corte di giustizia costituzionale*, Roma 1946, p. 128. Sul tema G. TARI BARBIERI, *La "defascistizzazione dei codici"*, in *La prima legislatura repubblicana. Continuità e discontinuità nell'azione delle istituzioni*, a cura di U. De Siervo, I, Roma 2004, p. 184.

⁸² G. Cosso, *Il lungo e laborioso cammino verso un nuovo codice di procedura penale*, in *Id.*, *Costituzione e processo penale: dodici anni di pagine sparse*, Milano 1969, p. 6. Tra le previsioni ad alta densità politica, il codice penale era riformato già nel 1944, con l'abolizione della pena di morte, poi reintrodotta nel 1945, per essere eliminata nel 1948; si reintroducevano le attenuanti generiche, si cancellavano alcune norme a tutela avanzata della personalità dello Stato. Nel 1949 il Progetto Petrocchi Vannini era criticato dalla dottrina; tra il 1956 e il 1963 i testi a firma dei guardasigilli Moro, Gonella, Leone, oscillanti tra modificazioni e riforma globale dei codici del 1930, non sarebbero stati neppure discussi dal Parlamento. Cfr. G. VASSALLI, *Il tormentato cammino della riforma nel cinquantennio repubblicano*, ora in *Id.*, *Ultimi scritti*, Milano 2007, p. 47.

⁸³ L. LACCHÈ, *I diritti della storia*, cit., p. 94.

⁸⁴ F. PALAZZO, *La politica criminale nell'Italia repubblicana*, in *Storia d'Italia*, *Annali*, 12, cit. p. 856.

poneva in questi termini il tema dell'organizzazione degli organi giurisdizionali, intesi, entro la lezione di Mortara, come protagonisti della procedura⁸⁵. L'assetto della macchina della giustizia non pareva poter trascurare il ruolo di chi la metteva in moto⁸⁶; il rapporto tra giudice e rito era visto come una questione che investiva i rapporti tra legislativo e giudiziario. I protagonisti delle riforme di questi anni riconoscevano alla magistratura un posto decisivo tra gli «organi costituzionali dello Stato», condizione per «ricostruire la giustizia»⁸⁷. Il punto avrebbe segnato le scelte della Costituzione; Rubbiani inaugurava l'anno giudiziario 1945 indicando il «codice di procedura penale» come «intimamente connesso al funzionamento pratico degli organi di giurisdizione»⁸⁸. Alfredo Jannitti Piromallo – presidente di sezione di Cassazione, relatore nell'Istituto italiano di studi legislativi – sottolineava che il «principio autoritario» della legislazione del regime si faceva sentire soprattutto nell'organizzazione dell'ordine giudiziario, «per ininterrotta tradizione protagonista nella vita dei codici», e pertanto bisognoso di «riforme urgenti»⁸⁹. Alla Costituente Le-

⁸⁵ G. BETTIOL, *Su alcune caratteristiche giuridiche e politiche del processo penale*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, IV, Padova 1950, p. 129.

⁸⁶ Sul punto in generale cfr. P. COSTA, *Di che cosa fa storia la storia della giustizia? Qualche considerazione di metodo*, in *Storia della giustizia e storia del diritto*, a cura di L. Lacchè e M. Meccarelli, Macerata 2012, p. 38.

⁸⁷ R. ANGELONI e M. SANTONI RUGIU, *Ricostruire la giustizia*, Roma 1946; R. ANGELONI e M. SANTONI RUGIU, *La Magistratura nel nuovo ordine costituzionale*, in «Archivio penale», 1946, I, p. 483-502. Sul tema cfr. G. NEPPI MODONA, *Il problema della continuità dell'amministrazione della giustizia dopo la caduta del fascismo*, in *Giustizia penale e guerra di Liberazione*, a cura di G. Neppi Modona, Milano 1984; G. NEPPI MODONA, *La giustizia in Italia tra fascismo e democrazia repubblicana*, in *La grande cesura*, cit., pp. 223-283; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giustizia e garanzie giurisdizionali. Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Torino 2011, pp. 111 ss.

⁸⁸ G. G. RUBBIANI, *Nuovi orientamenti della giustizia penale*, in «Archivio penale», 1945, p. 153.

⁸⁹ ISTITUTO ITALIANO DI STUDI LEGISLATIVI, *Defascistizzazione*, cit., p. 247.

one tematizzava la «materia di ordinamento giudiziario» come «garanzia costituzionale, che bisogna conferire al cittadino»⁹⁰.

Anche il discorso sul nuovo assetto degli «organi di giurisdizione» passava dall'invenzione della tradizione di un liberalismo, che pure, dalle lacune dello Statuto albertino al controllo esercitato sulla magistratura dal fascismo, aveva mostrato limiti e contraddizioni. In questo senso Pannain riproponeva l'urgenza del «faticosamente ricostruire l'ossequio per il diritto»⁹¹; *La giustizia penale* chiedeva al legislatore di «riasserire lo spirito liberale»⁹². Negli interventi di taluni alti magistrati la autorappresentazione della «magistratura indipendente» era cuore vitale e premessa di ogni riflessione, condizione per assicurare ai «diritti individuali», «strumento di lotta contro l'arbitrio», «sicura e diretta tutela». Se ad alcune disposizioni codicistiche si riconosceva «carattere astrattamente ultraliberale», pure si affermava che durante il fascismo le garanzie erano state vanificate dal legame con l'«esecutivo, solo e prepotente potere attivo». Uno degli assi della «riforma» doveva dunque investire il pm, che si voleva in primo luogo «indipendente», dal momento che l'«indipendenza» era stata «negata» dall'art. 69 del rd 30 Gennaio 1941. L'obbligatorietà dell'azione penale era indicata come condizione e garanzia di indipendenza; si ribadiva che «solo allo Stato spetta far valere la pretesa punitiva mediante l'esercizio dell'azione penale»; e si insisteva sull'urgenza di spogliare il pm dal ruolo – stigmatizzato da un Carrara ancora molto evocato dai magistrati – di «figlio della politica»⁹³.

⁹⁰ G. LEONE, *I problemi della magistratura*, in *Intorno alla riforma del codice di procedura penale*, Milano 1964, p. 33.

⁹¹ R.P., *Problemi e notizie*, cit. p. 235.

⁹² *Ripresa*, in «La giustizia penale», 1945, p. 1.

⁹³ G. BERNIERI, *Per l'aggiornamento politico*, cit., p. 546; analogamente G.G. RUBBIANI, *Nuovi orientamenti*, cit., p. 160. Indicazioni sulle note pagi-

Con particolare insistenza Casati tematizzava il pm come «organo di giustizia», chiamato a garantire la «oggettiva applicazione della legge», la «impersonale tutela degli interessi della legge nello sviluppo delle pretese punitrice [...] con la funzione imparziale conservatrice delle garanzie legali del procedimento in tutto il corso dell'azione penale», fin nel «ricorso nell'interesse della legge». Casati guardava ad un pm ricusabile «come ogni altro magistrato»; apprezzava l'art. 6 del r.d.l. 14 Settembre 1944 – che, per impedire «arbitri», aveva voluto l'arresto dell'azione penale e la facoltà di archiviare la *notitia criminis* manifestamente infondata «coperti dal concorso con la funzione giurisdizionale» – ed il dlgt 31 Maggio 1946, che recitava «il pm esercita sotto la vigilanza del ministro le funzioni che la legge gli attribuisce», col sostituire il termine «vigilanza» a «direzione»⁹⁴.

Un'altra tra le questioni più discusse in questa stagione riguardava il rapporto di dipendenza, tutto da costruire nella «pratica attuazione», della polizia giudiziaria – fino

ne del Carrara in M. DI RENZO VILATA, *Un pubblico ministero «figlio della politica». Azione penale e pubblico ministero tra dipendenza e libertà nell'Italia postunitaria*, in *Staatsanwaltschaft. Europäische und amerikanische Geschichten*, hrsg. B. Durand, L. Mayali, A. Padua Schioppa e D. Simon, Frankfurt am Main 2005, pp. 293-331; G. NERI MODONA, *Quali giudici per quale giustizia nel ventennio fascista*, in *L'inconscio inquisitorio*, cit., pp. 209-224; C. STORTI, *Accusare il delitto, difendere l'innocenza. Le impugnazioni del pubblico ministero nella legislazione e nella dottrina italiana nella prima metà del XX secolo*, in *Amicitiae Pigrae. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, III, Milano 2003, pp. 2191-2236.

⁹⁴ E. CASATI, *Considerazioni e proposte*, cit., p. 52 ss. Sulle «riforme antifasciste» cfr. M. CHAVARRO, *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova 1995, p. 94. Sulla disciplina sul provvedimento di archiviazione e sul pm cfr. ancora M. PISANI, *Libertà personale e processo*, Padova 1974, pp. 47 ss.; F. CAPRIORI, *L'archiviazione*, Napoli 1994, pp. 34 ss.; E. ZAPPALÀ, *Il pubblico ministero e l'azione penale*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 5 ss.; M.N. MULETTI, *Il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale oggi: confini e prospettive*, in «Criminalia», 2010, p. 327.

al codice del 1988 sottoposta al Ministero degli Interni — dagli organi giurisdizionali. Nella condanna di un abuso della polizia ai danni di un arrestato, Pannain chiedeva una chiara ripartizione di compiti tra pubblica sicurezza e polizia giudiziaria, sottolineando lo scarto tra la disciplina «che è e quella che potrebbe essere»⁹⁵. Il tema era riconosciuto, come altri, alla duplicazione degli uffici istruttori, iscritta nella distinzione tra istruzione formale e sommaria, ritenuta «poco utile» e soprattutto frutto di «interferenze, complicazioni, lungaggini, ripetizioni degli atti»⁹⁶. Leone alla Costituente chiedeva l'istituzione di un «corpo specializzato alle dipendenze dirette dell'autorità giudiziaria»; da allora la tensione a sottrarre alla discrezionalità della polizia le «prime indagini» sarebbe stato uno dei cardini del discorso sulle «garanzie»⁹⁷.

Le «esigenze democratiche di una giustizia popolare» trovavano un terreno d'elezione nel confronto sulla giuria, che al legislatore pareva un dovuto omaggio alla «sovranità popolare»⁹⁸. Riprendendo nel 1945 temi affrontati dieci anni prima a proposito dell'equità nel diritto penale, Carnelutti proponeva che nei «grandi delitti» fosse consentito ai «giurati il potere di giudicare discrezionalmente quando l'applicazione della legge non risponda alla loro coscienza». Il processualista intendeva così superare la tradizionale divisione tra fatto e diritto e rovesciare il

⁹⁵ R.P., *Pubblica sicurezza e polizia giudiziaria*, in "Archivio penale", 1945, p. 52. Sul tema cfr. P. TONINI, *Polizia giudiziaria e magistratura. Profili storici e sistematici*, Milano 1979. Per una dell'importanza del «sotto sistema penale di polizia» cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1989, pp. 824 ss.

⁹⁶ G.G. RUBBIANI, *Nuovi orientamenti*, cit., p. 155.

⁹⁷ A. BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, cit., pp. 47 ss.

⁹⁸ *Lavori della Consulta*, cit., p. 234; sul tema cfr. anche M. PIOTTI, *Orientamenti*, cit., p. 157; G. BERNIERI, *Per l'aggiornamento politico*, cit., p. 544; M. BERLINGUER, *La crisi della giustizia*, cit., p. 17 ss.

rapporto tra giurati e togati, coll'assegnare ai primi la pronunzia, pur non vincolante, sulla colpevolezza dell'imputato. Rifletteva peraltro sulla *vanitas* della verità processuale, nel tematizzare la «distanza invalicabile tra giustizia e certezza, come tra l'uomo e il fantoccio»⁹⁹.

L'idea dei penetranti compiti da assegnare alla giuria popolare cadeva nel vuoto, con un esito che Rubbiani non a torto metteva in conto alla distanza tra l'«incandescente clima politico» di quella stagione e gli «elementi di fredda ragione giuridica»¹⁰⁰. Erano infatti molte le voci dei giuristi contrarie al «giuri», soprattutto perchè l'istituto pareva irriducibile ad una «completa indipendenza da influenze politiche di qualsiasi genere»¹⁰¹. Il legame della giuria con la politica segnava le pagine di Zerboglio sulla «illusione democratica» e sulla proposta dello scabinato, sia pure «riveduto e corretto in un regime di libertà»¹⁰²; mentre il socialista Enrico Gonzales era mentore del «vigile e sovrano criterio popolare, aderente alle attuali quotidiane realtà della vita e della difesa sociale»¹⁰³. Si ripetevano considerazioni circa l'«amministrazione della giustizia cosa molto seria», come scriveva il positivista Enrico Altavilla, ricordando l'«arguta frase di Enrico Ferri, che direste se dessi ad aggiustare il mio orologio al mio calzolaio?»¹⁰⁴. Manzini si ripeteva contrario all'istituto e fautore del passaggio di «competenza al tribunale, sia pure costituito con un nume-

⁹⁹ F. CARNELUTTI, *L'equità nel giudizio penale*, in "La giustizia penale", 1945, col. 64. Cfr. già F. CARNELUTTI, *L'equità nel diritto penale*, in "Rivista di diritto processuale civile", 1935, pp. 105 ss.

¹⁰⁰ G.G. RUBBIANI, *Nuovi orientamenti*, cit., p. 155.

¹⁰¹ U. ALOISI, *La motivazione è la base granitica per la retta amministrazione della giustizia*, in "Rivista penale", 1946, p. 176.

¹⁰² A. ZERBOGLIO, *Scabinato riveduto e corretto*, *ibid.*, p. 186.

¹⁰³ E. GONZALES, *Giudizio di popolo: giudizio di Dio?*, *ibid.*, p. 181.

¹⁰⁴ E. ALTAVILLA, *L'amministrazione della giustizia è una cosa molto seria*, *ibid.*, p. 177.

ro più alto di giudici»¹⁰⁵. Leone interveniva alla Costituente per forzare il pensiero di Carrara sul «vizio della giuria», «la giustizia criminale trasformata in lotteria se si tolgono le bilancie dalla mano della giustizia e si sostituiscono con le urne»¹⁰⁶.

Tra i magistrati Ernesto Battaglini – leader della magistratura associata, in seguito presidente di Commissione per la riforma del codice di procedura penale, avvocato generale della Cassazione, giudice delle Corti costituzionale – argomentava che a sfavore dell'amministrazione popolare della giustizia giocavano un ruolo decisivo «la ineditudine dei giurati» ed il «verdetto monosillabico», che sopprimeva una «garanzia conquista della civiltà»¹⁰⁷. Peretti Griva si diceva avverso ai giurati nonostante la «fede democratica», argomentando che la motivazione ed il doppio grado di giudizio, esclusi nella giuria, erano invece irrinunciabili «canoni del diritto processuale»¹⁰⁸.

Il legislatore pareva dunque in minoranza, laddove, nel richiamo al codice del 1913, il d.lgs. lgt 31 Maggio 1946 voleva un «ritorno alla giuria prima della legislazione fascista»; il testo, pur pubblicato in *Gazzetta ufficiale*, restava però lettera morta¹⁰⁹. In omaggio al principio della sovranità popolare la Costituzione riconosceva una «posizione primaria ai giudici senza toga» – «la legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia» – cardine di un processo incen-

¹⁰⁵ V. MANZINI, *Tribunale, sia pure con maggior numero di giudici*, *ibid.*, p. 183.

¹⁰⁶ G. LEONE, *I problemi della magistratura*, cit., p. 13. Critico delle «modeste rimasticature» dei giuristi contro la giuria A. BATTAGLINI, *Il processo alla giustizia*, Bari 1954, pp. 187 ss.

¹⁰⁷ E. BATTAGLINI, *Scelta e specializzazione del giudice*, in «Rivista penale», p. 178.

¹⁰⁸ D. PERETTI GRIVA, *A proposito della Corte d'assise*, *ibid.*, 1947, p. 863.

¹⁰⁹ *Lavori della Consulta*, cit., p. 235.

trato sull'oralità del procedimento, «luogo privilegiato per l'assunzione della prova»¹¹⁰. Come nel passato liberale il rapporto tra processo e opinione pubblica «saggiamente rappresentata» appariva però compromesso dalla debolezza costituzionale della giuria in Italia¹¹¹; non a caso nel 1951 una legge avrebbe ripristinato il collegio unico¹¹². Da allora, nonostante i ricorrenti tentativi di riforma, non sarebbe stato più messo in discussione «il predominio degli uomini in toga nella gestione del potere giurisdizionale»¹¹³.

5. Magistratura e potere politico in uno Stato democratico.

Nel tempo della democrazia il rapporto tra magistrati e potere politico si imponeva come la questione più nevralgica; nel 1945 Peronaci asseriva: «non è la magistratura a dover essere misurata sul metro della politica, ma viceversa. Occorre domandare a ogni sedicente Stato democratico quali giudici abbia istituito»¹¹⁴. La questione del reclutamento dei futuri giudici e avvocati investiva anche il processo penale, ove, tra l'altro, appariva più visibile il legame tra magistratura e cittadini¹¹⁵. Il discorso pubblico oscil-

¹¹⁰ Cfr. ancora E. AMODIO, *Prefazione*, in *I giudici senza toga, Esperienze e prospettive della partecipazione popolare ai giudizi penali*, a cura di E. Amodio, Milano 1979, p. IV.

¹¹¹ Cfr. L. LACCHÉ, *Un luogo "costituzionale" dell'identità giudiziaria nazionale: la Corte d'assise e l'opinione pubblica (1959-1913)*, in *Processo penale e opinione pubblica in Italia*, cit., pp. 77-120.

¹¹² *I problemi della Corte d'assise*, Milano 1963; da ultimo anche per indicazioni R. ORLANDI, *La riforma fascista delle corti d'assise*, in *L'incoscio inquisitorio*, cit., pp. 236 ss; lo., *L'organizzazione della giustizia penale*, in *La giustizia civile e penale in Italia*, Bologna 2008, pp. 209 ss.

¹¹³ E. AMODIO, *Giustizia popolare, garantismo e partecipazione*, in *I giudici senza toga*, cit., p. 3.

¹¹⁴ A. PERONACI, *Magistratura e politica*, in «La giustizia penale», 1945, col. 10. Cfr. anche A. PERONACI, *Sguardo d'insieme alle modificazioni introdotte nel codice di procedura penale*, *ibid.*, col. 123 ss.

¹¹⁵ M. PIOTTI, *Il reclutamento di giudici e avvocati*, in «Archivio penale», 1946, p. 57.

lava tra la riproposizione di una necessaria distanza tra magistratura e politica, come condizione di indipendenza dell'ordine giudiziario, e la tensione a superare una separazione che appariva veteroliberal, in nome della condivisione dei valori della nuova Italia da parte degli operatori del diritto. Nel primo caso lo stesso guardasigilli Togliatti nel Giugno 1945 tematizzava una «continuità» con l'ordine liberale, nel guardare a «magistrati eredi e continuatori di una grande tradizione»¹¹⁶. Nelle parole di Mario Elia – giudice addetto al gabinetto del ministro – la questione dell'autonomia e indipendenza della magistratura appariva «preliminare ad ogni Costituzione democratica»¹¹⁷. In questo orizzonte il comma 3 dell'art. 98 della Costituzione – «si possono con legge stabilire limitazioni al diritto d'isciversi ai partiti politici per i magistrati» – era prefigurato dal risultato del referendum della rinata Anm tra gli iscritti. Nello stesso senso Pannain condannava una Circolare di Togliatti aperta alla libertà d'opinione e dunque di associazione – in sintonia peraltro con un analogo testo del guardasigilli Arangio Ruiz – ricordando al «compagno Ministro», con forza anche grafica, che «il magistrato deve essere «APOLITICO»¹¹⁸.

In altri interventi il rapporto tra giudici e politica assumeva una diversa dimensione costituzionale, nel presupporre una adesione del magistrato alle scelte della Co-

¹¹⁶ La Circolare in G. NEPI MODONA, in *La magistratura e il fascismo*, in «Politica del diritto», 1972, p. 597.

¹¹⁷ M. ELIA, *Per un nuovo ordinamento giudiziario*, in «Archivio penale», 1946, pp. 234 ss.

¹¹⁸ R. P., *Problemi e notizie*, cit., p. 583. La Circolare Togliatti era in continuità con una analogia del 1944, a firma del guardasigilli Arangio Ruiz, che intendeva consentire ai magistrati di iscriversi ad associazioni e partiti, in nome della libertà d'opinione e di partecipazione. Cfr. V. ZACREBELSKI, *La magistratura ordinaria*, cit., pp. 718 ss.; L. PEPINO, *Politizzazione*, in *Giustizia. La parola ai magistrati*, Roma-Bari 2010, p. 155.

stituzione *in fieri*. Negli scritti del giudice Alberto Apponi, azionista, la distanza della democrazia dal fascismo si misurava sugli organi a tutela dell'indipendenza della magistratura, prima tra le garanzie per i cittadini, che la nuova Italia era chiamata a istituire. Il rapporto tra giudici e Stato democratico si risolveva nel prospettare per i magistrati non l'*habitus* degli esegeti formalisti, indossato nel ventennio, ma quello dei custodi e garanti del nuovo ordine costituzionale¹¹⁹. Col complicare la rappresentazione dei giudici affezionati alla «separatezza», «ideologia tranquillizzante»¹²⁰, la Anm riapriva le pubblicazioni de *La magistratura* rivendicando da un lato la «apoliticità» dell'associazione, dall'altro il «valore politico, seppur sottratto all'ondeggiamiento dei partiti al governo, della giustizia»¹²¹.

In una prospettiva destinata a pesare nell'erigendo assetto dell'ordine giudiziario l'Anm concludeva i suoi lavori con un impegnato ordine del giorno, che asseriva: «in un regime democratico, a tutela della libertà e dei diritti dei singoli e degli stessi interessi dello Stato deve essere garantita alla magistratura piena e assoluta indipendenza». Si voleva una rottura col passato fascista, condannato nel suo «proposito di asservire l'ordine giudiziario al potere esecutivo». In nome dell'«indipendenza del giudice» e dell'«autogoverno del potere giudiziario» si chiedeva alla «Costituente» una svolta nella storia italiana, con l'avvio di un organo, che si sarebbe voluto composto di soli magistrati, e della Corte costituzionale, tramite della Costituzione nel-

¹¹⁹ A. APPONI, *I magistrati e la politica*, ora in *Il Ponte di Piero Calamandrei*, Firenze 2005, pp. 127 ss. Sul magistrato azionista cfr. Alberto Apponi: *il politico, il magistrato*, a cura di R. Rossi e M. Volpi, note critiche di A. Biti, Perugia-Foligno 1999.

¹²⁰ Sul punto cfr. G. MELIS, *L'amministrazione*, in *Storia dello Stato italiano*, cit., p. 223.

¹²¹ E. PIGA, *Presentazione*, in «La Magistratura», 1945, p. 1.

la giurisdizione. Il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale in capo al pm era ribadito come cardine dell'indipendenza della magistratura dal potere politico¹²².

Fin dalla formulazione, «guarentigie della magistratura», il d.lgs. lgt 31 Maggio 1946 – con le autorevoli firme del presidente del Consiglio De Gasperi e del guardasigilli Togliatti – raccoglieva le proposte dell'Anm e sanciva la scelta di un ordinamento liberaldemocratico, soprattutto in virtù della «integrale inamovibilità del magistrato», garantita dal Csm. La legge 392 del 1951 avrebbe distinto i magistrati per funzione, come proposto da Battaglini¹²³. Nelle parole di Leone il «decreto Togliatti» anticipava i «temi fondamentali», posti alla Costituente o legati a doppio filo al processo penale, «indipendenza del giudice, indipendenza della Magistratura o, meglio, del potere giudiziario, unità della giurisdizione».

All'indipendenza esterna del giudice, rispetto all'esecutivo, non rispondeva una interna, rispetto al superiore, peraltro in continuità con la tradizione nazionale, che voleva una organizzazione gerarchica dell'ordine giudiziario posta sotto la «alta sorveglianza» del guardasigilli¹²⁴. D'al-

¹²² La magistratura e la Costituzione, in «Rivista Penale», 1947, p. 300; Petizione all'Assemblea costituente, *ibid.*, p. 363. Sul Csm cfr. tra gli altri P. ALVIZZI DEL FRATE, *L'istituzione del Consiglio superiore della magistratura, in Le istituzioni repubblicane dal centrismo al centrosinistra*, Roma 2006, pp. 165 ss.; *Id.*, *Giustizia e garanzie giurisdizionali*, *cit.*, pp. 111 ss.; M. BERUTTI, *Il Csm dopo 50 anni: il precario equilibrio tra giurisdizione e sistema politico?*, in «Questione giustizia», 2009, pp. 7 ss.; L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino 2009, pp. 27 ss.; D. PIANA-A. VAGGIEZ, *Il Consiglio superiore della magistratura*, Bologna 2012.

¹²³ E. BATTAGLINI, *Scritti giuridici*, Milano 1967, pp. 911 ss.

¹²⁴ G. LEONE, *I problemi della magistratura*, *cit.*, pp. 3-40; analogamente *Id.*, *Nuovi provvedimenti per l'indipendenza della funzione giudiziaria da ogni influenza politica*, in «Rivista penale», 1946, pp. 607 ss. Sull'ordinamento costituzionale della magistratura cfr. tra gli altri G. DI FEDERICO, *L'indipendenza della magistratura in Italia: una valutazione critica in chiave comparativa*, in *Manuale di ordinamento giudiziario*, a cura di G. Di Federico,

tro canto tra i giuristi della nuova Italia l'indipendenza aveva ancora senso nei confronti del potere politico, in un discorso pubblico alimentato anche dalla memorialistica di taluni magistrati. Le esperienze civili dei Peretti Griva e Berutti mostravano che durante il fascismo la separazione tra diritto e politica aveva saputo contrastare le leggi più ripugnanti del regime, come quelle anticbraiche. Per l'Italia repubblicana si riaffermava il senso del magistrato come difensore del diritto se soggetto soltanto alla legge, e per questo «indipendente»¹²⁵. *L'Elogio dell'habitus dei giudici* non politicizzati segnava anche le edizioni successive al 1935 del volume di Calamandrei, esempio di «letteratura antifascista allusiva»¹²⁶.

Anche per la magistratura la Costituzione, che in questo Calamandrei voleva «presbite»¹²⁷, costruiva «vincoli e principi destinati ad agire in profondità sulla qualità e sulla natura del sistema penale italiano»¹²⁸. Raccoglieva lo spirito del tempo di quegli anni, condensato nel discorso pubblico, nei provvedimenti legislativi, nelle proposte

Padova 2004, pp. 322 ss.; M. DOGUSI, *Garanzie di indipendenza della magistratura*, in *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma 1997, pp. 51 ss.; C. NEPI MODONA, *La magistratura dalla liberazione agli anni cinquanta. Il difficile cammino verso l'indipendenza*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, III, 2, *L'udio nella crisi mondiale: l'ultimo ventennio*, Torino 1997, pp. 91 ss.; E. BERUTTI LABRACI, *La magistratura dall'attuazione della Costituzione agli anni Novanta*, *ibid.*, pp. 141 ss.

¹²⁵ M. BERUTTI, *Un magistrato indipendente e altri racconti di vita e costumi giudiziari contemporanei*, Milano-Roma 1950; D.R. PERETTI GRIVA, *Esperienze di un magistrato*, Torino 1956.

¹²⁶ P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze 1993; analogamente *Id.*, *Anche i giudici sono uomini*, in «Il ponte», 1956, pp. 1683 ss.

¹²⁷ P. CALAMANDREI, *Relazione alla Commissione per la Costituzione sul potere giudiziario e Suprema Corte costituzionale*, in *Id.*, *Opere giuridiche*, III, Napoli 1968, pp. 222.

¹²⁸ M. SBRUCCOLI, *Il problema penale*, in *Id.*, *Storia del diritto penale*, *cit.*, p. 698.

dell'Anm sui giudici soggetti soltanto alla legge ed inamovibili, con una regola da estendere al pm, cui demandare l'azione penale obbligatoria come garanzia di indipendenza da ogni ordine di poteri. L'autorappresentazione dei magistrati indipendenti non implicava comunque sordità dei Sacerdoti di Temi alle scelte di politica del diritto.

Sull'assetto e sul senso dell'ordine giudiziario il potere politico e la magistratura parevano condividere un orizzonte comune, col tempo conflittuale, fino all'ormai lunga stagione dei tentativi di rispondere al «protagonismo dei giudici, questione antica»¹²⁹, con «controlli politici sull'azione penale»¹³⁰. Del resto era questo il momento del rito ad «altissimo tasso di strumentalizzazione faziosa», destinata a «distorcere la naturale (e in sé per nulla spregevole) politicità dell'argomento»¹³¹.

¹²⁹ G. ALESSI, *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari 2001, p. XII. Da ultimi cfr. L. MARAFIOTTI, *Metamorfosi del giudice. Riflessioni su giustizia e potere*, Postfazione di Giuliano Vassalli, Soveria Mannelli 2003; C. GUARNIERI, *L'espansione del potere giudiziario fra prima e seconda repubblica*, in "Criminalia. Studi e materiali di diritto penale", 1/2009, pp. 236 ss.; C. GUARNIERI, *La giustizia in Italia*, Bologna 2011, p. 75.

¹³⁰ P. FERRUA, *Processo penale*, in *Attacco ai diritti, giustizia, lavoro, cittadinanza*, a cura di L. Pepino, Roma-Bari 2003, p. 90.

¹³¹ M. CHIAVARO, *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova 1996, p. X.

CAPITOLO II

L'«OGGETTO DEL PROCESSO» ED I «DIRITTI DELL'IMPUTATO» DALLA COSTITUENTE AL «CONGRESSO DI BELLAGIO»

1. Il modello costituzionale

I «diritti dell'imputato», messi a fuoco dalla processualpenalistica dall'indomani della caduta del fascismo, erano al centro dei lavori della Assemblea Costituente, che procedevano assieme al cantiere della riforma legislativa, avviata dal Tupini. I giuristi si impegnavano nel prospettare soluzioni in armonia con i principi di civiltà liberale, che avrebbero trovato sbocco nella Costituzione. Tra gli esempi della vocazione per un rito dalla dimensione costituzionale, nel 1946 un denso scritto di Nuvolone coglieva una polarità tra gli «interessi individuali» e l'«oggetto del processo», la *res iudicata*, dalla cifra pubblicistica, ma da svincolare dal «dogma statualista». L'autore rifletteva sul senso dei diversi modelli in campo: l'«eclettico agnosticismo dei codici Rocco», la nascente «influenza anglosassone», lontana dal «legalismo», la «concezione russa», col diritto «strumento di lotta per l'affermazione di un ideale politico, di partito o di classe». Il pragmatismo della cultura d'oltreoceano pareva poter costringere la scienza nazionale ad aprire la gabbia dello statualismo; la tragica esperienza della dittatura insegnava che i «confini rigidi del diritto positivo» non

avevano offerto «al cittadino nessuna garanzia sostanziale contro gli arbitri dello Stato»¹.

Nel Congresso nazionale promosso a Firenze nel 1947 dal Consiglio nazionale forense – presieduto da Calamandrei – Leone elaborava un ampio schema di riforma, che, nel 1990, avrebbe definito «architrave» delle sue successive «posizioni». Il giurista napoletano citava Nicolini e Carrara come protagonisti di un ordine liberale, ancora provvisto di senso, e dichiarava di non volersi muovere «ab irato nei confronti del codice Rocco, da posizione di preconconcette antitesi, rispettando la tradizione fin dove questa non si trasformi in un ostacolo al passo deciso che lo spirito democratico dovrà muovere nel campo della giustizia penale». Le «dinee centrali» del modello processuale proposto poggiavano sulla «partecipazione dell'imputato» e di altri «soggetti privati», che il codice del 1930 aveva avuto in «antipatia per esasperazione del principio di autorità», su una «nuova disciplina dei diritti del difensore», del pm, della giuria, di cui però si «sconsigliava il ripristino». Tra le «innovazioni dei principali istituti» era indicata l'adozione dell'istruzione formale per «tutti i processi»². Dopo

¹ P. NEVOLONE, *Il momento penale*, in "Archivio penale", 1946, pp. 263 ss. Su questo scritto cfr. L. LACERNA, «Sistemare il terreno e sgombrare le macerie». Gli anni della «Costituzione provvisoria»: alle origini del discorso sulla riforma della legislazione e del codice di procedura penale (1943-1947), in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processual-penalistica italiana*, a cura di L. Carlati, Milano 2010, p. 291.

² G. LEONE, *Interventi e studi sul processo penale*, Napoli 1990, pp. 11-52. Su Leone e sulla processualpenalistica in questi anni cfr. R. ORLANDI, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, in *Diritti individuali nell'età repubblicana*. Materiali dall'incontro di studio (Ferrara 12-13 Novembre 2010), a cura di D. Negri e M. Pifferi, Milano 2011, pp. 61 ss.; G. CIGNOLI, *Custodia preventiva e garanzie della libertà personale nel primo decennio repubblicano: il caso della scarcerazione automatica*, *ibid.*, pp. 244 ss.; M.N. MILETTI, *Un vestito per Cenerentola: l'identità del diritto processuale penale all'alba della Repubblica*, *ibid.*, pp. 368 ss.

un ampio dibattito, il Congresso fiorentino sintetizzava alcune «improrogabili riforme», «espressione e presidio di libertà», in grado di «agevolmente inserirsi nella struttura del codice vigente». I relatori, lo stesso Leone e l'avvocato Gaetano Pacchi, ponevano al centro i diritti dell'imputato, nel segno del *favor libertatis*. Tra le «modificazioni da attuare con la massima sollecitudine» risaltavano il diritto del privato denunciante o querelante a veder promossa l'azione penale o la richiesta di archiviazione al giudice istruttore; l'abolizione dell'autorizzazione richiesta per i reati commessi in servizio di polizia; l'obbligo di comunicazione sollecita del promovimento dell'azione penale. La permanenza dell'imputato in stato di libertà fino a sentenza definitiva era indicata come regola interna al processo; si chiedeva al legislatore di fissare termini perentori alla durata della carcerazione preventiva e di riconoscere la facoltà di impugnare i provvedimenti limitativi della libertà personale. Si proponeva inoltre di abolire l'istruzione sommaria e garantire quella formale per la generalità dei processi; di ampliare i casi di citazione diretta e le impugnazioni; un'azione penale sussidiaria rispetto a quella del pm; di ripristinare le nullità assolute; di abolire l'obbligo per il latitante di costituirsi in carcere come condizione di ammissibilità dell'impugnazione; di rafforzare il ruolo del difensore nel segno della parità delle armi, col diritto a partecipare ad atti di ricognizione, perizie, ispezioni, «ed in genere a tutti quegli atti istruttori ai quali il pm chiede di partecipare»³.

Poggiavano su questa piattaforma tecnica i temi posti alla Costituente, impegnata a «tradurre la poesia dell'ideo-

³ *Atti del primo Congresso nazionale giuridico forense del secondo dopoguerra (settembre-novembre 1947)*, a cura di G. Alpa, S. Borsacchi e R. Russo, Bologna 2008, pp. 151 ss.

logia nella prosa delle forme del processo»⁴; risaltavano la «inviolabilità dagli arresti, il diritto di essere giudicato dai giudici naturali, punito secondo una legge preventiva e con pene legali, il diritto ad una libera ed efficace difesa processuale e presunzione di innocenza fino alla condanna». Con le parole di Aldo Moro la I Sottocommissione presentava l'«elenco sistematico dei diritti e doveri dei cittadini», col mettere a fuoco un processo come «forma di garanzia della libertà individuale», della «libertà del cittadino», *in primis* quella «personale»⁵. Si dedicava alla materia processuale un'attenzione di gran lunga maggiore che non a quella sostanziale, nella consapevolezza della centralità del processo nel nuovo ordine costituzionale; i diritti individuali, in reazione all'esperienza fascista, apparivano come decisivo banco di prova⁶. Era legata a questo orizzonte la formula «l'innocenza dell'imputato è presunta fino alla condanna definitiva», proposta da Basso, La Pira e Dossetti, e che occupava il centro della scena. Moro sottolineava l'«arbitrio» del considerare «l'imputato o arrestato o detenuto in senso

⁴ Sul tema in generale cfr. M.R. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna 1991, p. 394.

⁵ La Costituzione della Repubblica italiana nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, VI, Roma 1970, pp. 307 ss. Sulla penalistica in questa stagione cfr. C. CARISIMA, *Ideologie penali e tecnicismo giuridico nel dibattito alla Costituente*, in *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, II, Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale, Bologna 1980, pp. 483 ss. In particolare su Moro e i «professorini» alla Costituente cfr. G. BETTIOL, *La concezione della pena in Aldo Moro*, in *Id., Gli ultimi scritti e la lezione di congedo*, a cura e con prefazione di L. Pettoello Mantovani, Padova 1984, p. 34. Di recente cfr. L. VIOLANTE, *Aldo Moro penalista. L'eretico*, in «Democrazia e diritto», 2011, pp. 345 ss.

⁶ La Costituzione riserva 24 norme alla materia processuale rispetto alle 3 della sostanziale. Sul processo penale nella Costituzione cfr., tra gli altri, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1989, pp. 761 ss. Sui «diritti procedurali» cfr. M. SINISCALCO, *Giustizia penale e costituzione*, Torino 1969, pp. 109 ss.; A. PIZZORUSSO, *Il processo e la funzione giurisdizionale*, in *Il valore della Costituzione: l'esperienza nella democrazia repubblicana*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari 2008, pp. 79 ss.

negativo per la società»; Cevolotto chiedeva di inserire la «prova diretta dell'esistenza del reato». L'articolo 27 molto doveva all'intervento di Leone sul «principio d'innocenza di natura romantica», mentre quello di «non colpevolezza» appariva più calzante alle «esigenze concrete», ad iniziare dalla «carcerazione preventiva», ineliminabile, seppure da porre in «limiti di assoluta necessità». Da qui il legame con la regola di civiltà *in dubio pro reo* e l'esclusione dal sistema probatorio di presunzioni a carico dell'imputato, per evitare l'«arbitrio, sia pure illuminato dal senso di giustizia degli organi di polizia o del magistrato, che un cittadino, fino a che non sia definitivamente dichiarato colpevole, possa veder ristretta la sua libertà personale»⁷.

Dal canto suo Achille Battaglia – avvocato, azionista, alla ricerca dei dispositivi processuali da adeguare alla democrazia, anche oltre il recinto del rito misto – avrebbe posto ben presto il tema concretissimo dei «rimedi» da opporre alla «antipatia» dei giudici istruttori nei confronti della libertà personale dell'imputato, fino a richiamare il principio della responsabilità del funzionario per atti com-

⁷ La Costituzione della Repubblica, cit., I, pp. 701 ss. Sul rilievo del tema cfr. già A. BATTAGLIA, *Sulla libertà personale dell'imputato*, in «Rivista penale», 1949, pp. 173 ss.; G. BETTIOL, *Sull'umanizzazione del diritto penale*, in «Rivista italiana di diritto penale», 1949, pp. 1 ss. Sull'art. 27 come uno dei cardini di un nuovo processo cfr. tra gli altri G. ILLUMINATO, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna 1979, pp. 13 ss.; sulle «valenze ambigue» della formula F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino 1986, p. 257; V. GREVI, *Presunzione di non colpevolezza, garanzia dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, Milano 2000, pp. 23 ss.; P. P. PAULES, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino 2009; E. MARZADURI, *Considerazioni sul significato dell'art. 27 comma 2 della Costituzione: regola di trattamento e regola di giudizio*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di F. R. Diuacchi, Milano 2010, pp. 303 ss.; G. RICCIO, *La procedura penale tra storia e politica*, Napoli 2010, pp. 138 ss.; E. MARZADURI, *La prassi applicativa delle disposizioni sulla custodia cautelare ed i sofferti rapporti con la garanzia sancita nell'art. 27 comma 2 Costituzione*, in *Diritti individuali e processo penale*, cit., pp. 269 ss.

più «in violazione dei diritti»⁹. Nello stesso senso Vassalli avrebbe rilevato che la formula della difesa «diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento» – preferita a «la difesa processuale è garantita a tutti» – non avrebbe comunque potuto «rimuovere con efficacia abrogante gli istituti e i divieti che comportano una esclusione»¹⁰.

Con le parole di Mario Sbriccoli si può leggere nel contributo dei giuristi al processo penale disegnato dalla Costituzione una «continuità di caratteri nella discontinuità costituzionale»¹¹, fino a ridimensionare la rappresentazione della processualpenalistica di una Carta del 1948 come «accadimento rivoluzionario che segnava la discontinuità storica e politica (e quindi sistematica rispetto al passato per la procedura»¹², levatrice di una «scienza del processo penale autonomo e organico settore di ricerca [che] nasce storicamente con la Costituzione»¹³. Per comprendere appieno il modello di procedura pare

⁹ A. BATTAGLIA, *Sulla libertà personale*, cit., p. 183; *Id.*, *La libertà personale dell'imputato e la responsabilità civile del giudice*, in «Rivista penale», 1949, pp. 617 ss. Sull'avvocato e politico, tra i giuristi protagonisti dell'Italia civile tra fascismo e Repubblica cfr. A. CAROSCI, *Prefazione*, in A. Battaglia, *I giudici e la politica*, Roma-Bari 1962, pp. V ss.; G. ARMANI, *Profilo di Achille Battaglia*, in A. BATTAGLIA, *Diritto e libertà. Scritti e discorsi di un giurista militante. Edizi e inediti (1944-1960)*, a cura di G. Armani, Roma 1988, pp. V ss.; C. VASSALLI, *Introduzione*, in *L'inconscio inquisitorio*, cit., pp. 14 ss.

¹⁰ G. VASSALLI, *Ancora sulla nullità della sentenza istruttoria per omesso avviso di deposito degli atti al difensore*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, III, *Il processo penale e la libertà*, Milano 1997, p. 159; *Id.*, *Sul diritto di difesa giudiziaria nell'istruzione penale*, *ibid.*, pp. 52 ss.

¹¹ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1865-1950)*, ora in *Id.*, *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano 2009, p. 649. Sul gran tema storiografico cfr. in generale i due volumi monografici *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 1999.

¹² G. RICCIO, *La procedura penale tra storia e politica*, cit., p. 3.

¹³ G. CONSO, *Diritto processuale penale*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano 1981, p. 457.

decisivo considerare le scelte costituzionali in tema di magistratura; il «breviario giuridico del popolo»¹⁴ costruiva un modello di giustizia come serie di attività compiute da giudici indipendenti, nelle forme previste dalla legge, in vista di un pubblico contraddittorio tra accusa e difesa, e di un giudizio, consistente nella verifica o falsificazione empirica di un'ipotesi accusatoria e nella conseguente condanna o assoluzione dell'imputato. Da un lato proclamava il primato dei diritti individuali – presunzione di non colpevolezza, giurisdizionalità del giudizio – in reazione alla statolatria del fascismo; dall'altro indicava una funzione attiva e promozionale delle garanzie, volute per l'imputato e per l'ordine giudiziario. La giurisdizionalità in senso lato era la prima garanzia ordinamentale per lo statuto del magistrato – imparziale ed al tempo stesso coinvolto attivamente nel processo – e si connetteva al principio del giudice naturale, dell'inderogabilità del giudizio, dell'infungibilità della giurisdizione penale e obbligatorietà dell'azione penale. Inteso all'attuazione del diritto penale sostanziale, il modello costituzionale era legittimato sia dalla correttezza dei metodi impiegati che dal realizzare nella vita sociale le scelte politiche della Repubblica. Calamandrei avrebbe riposto nella Costituzione il senso di un giudice vocato ad andar oltre l'esegesi della legge per raccordare la giurisprudenza ai valori della Carta, in una svolta per la giustizia in Italia, «contro il passato, e contro il presente»¹⁵.

Il modello costituzionale era dunque complesso, nel coniugare la tutela dei canoni oggettivi della giurisdizione con quella dei diritti individuali e dei diritti dei cittadini,

¹⁴ P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari 2012, p. 74.

¹⁵ P. CALAMANDREI, *La crisi della giustizia*, in *La crisi del diritto*, Padova 1953, p. 167.

nel fissare la centralità dell'esperienza giudiziaria, anche a scapito del ruolo delle parti coinvolte nel processo, nel guardare alla «ricerca della verità» come ad un valore non disponibile, in quanto componente di una entrinseca eticità del rito. La tutela dei diritti individuali conviveva con la grande fondazione del processo penale vocato ad «attuare la giustizia», «distinguere il colpevole dall'innocente», «dare a ciascuno il suo»¹⁵. Soprattutto per il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale – condizione di uguaglianza per i cittadini e indipendenza del pm da ogni ordine di poteri¹⁶ – la Carta del 1948 non guardava ad una «teoria sportiva della giustizia», ad un magistrato impassibile spettatore del «processo di parti» «al quadro tipico del modello accusatorio»¹⁷. Da qui il difficile radicarsi, negli anni a venire, dell'idea negoziale, architrave di un modello accusatorio «puro»¹⁸; entro la impensabili-

¹⁵ Sul punto in generale cfr. tra gli altri M. FOUCAULT, *La verità e le forme giuridiche*, Napoli 1994, particolarmente pp. 28 ss.; *La costruzione della verità giudiziaria*, a cura di M. Marmo e L. Musella, Napoli 2003; E. RESTA, *La verità e il processo*, in «Politica del diritto», 2004, pp. 369 ss.; M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari 2009; *Verità e processo penale*, Milano 2012.

¹⁶ G. NEPPI MODONA, *Commento all'art. 112 in Commentario della Costituzione. La magistratura*, a cura di G. Branca, IV, Bologna-Roma 1987, pp. 39 ss.

¹⁷ La processualpenalistica si è interrogata sulla scelta dei Costituenti tra l'accusatorio e la variante inquisitorio-mista della tradizione codicistica nazionale, peraltro irriducibili alla rappresentazione di idealtipi «puri». Sul modello costituzionale da non ricondursi al «quadro tipico del modello accusatorio», cfr. V. GREVI, *Alla ricerca di un processo penale "giusto"*, Milano 2003, p. XIV. Per la interpretazione che avrebbe voluto la Costituzione indifferente alla scelta tra sistema accusatorio o inquisitorio, superata dalla legge costituzionale 23 Novembre 1999 cfr. P. TOMINI, *Manuale di procedura penale*, Milano 2003, p. 31.

¹⁸ R. GAMBINI MUSSO, *Il plea bargaining tra common law e civil law*, Milano 1985; G. FISHER, *Plea Bargaining's Triumph. A History of Plea Bargaining in America*, Stanford 2003; S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata: l'accertamento della responsabilità nell'applicazione della pena su richiesta delle parti tra ricerca di efficienza ed esigenze di giustizia*, Milano 2005.

tà di idealtipi «puri»¹⁹ il primo codice della Repubblica, inteso ad attuare i principi della Costituzione, avrebbe espresso un accusatorio che Gian Domenico Pisapia – dal 1974 presidente della Commissione redigente – avrebbe detto «all'italiana»²⁰.

Pietro Costa ha osservato che la «antropologia giuridica soggiacente alla Carta del '48» non esprimeva un individuo competitivo, «spenceriano», ma uno in grado di realizzarsi con gli altri, contando sull'intervento «attivo e promozionale dello Stato», «organo che agisce al servizio dei diritti». Questa scelta avrebbe reso possibile il decollo del modello accusatorio «in un momento storico sempre più lontano dall'ethos solidaristico dei costituenti e sempre più vicino al modello economico-competitivo caratteristico degli Stati uniti d'America», fino al dover comunque inserire con una legge costituzionale nell'art. 111 i principi del «giusto processo»²¹. Se, in effetti, delle garanzie dell'*adversary system* la Costituzione recepiva il principio di non

¹⁹ Tra la recente storiografia sui modelli storico-comparativi e sulle loro contaminazioni cfr. H.L. PACKER, *I limiti della sanzione penale*, presentazione di G. Vassalli, Milano 1978; M.R. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere*, cit., pp. 8 ss.; J.B. LANGBEIN, *The origins of adversary criminal trial*, Oxford 2005; *The trial on Trial*, Oxford 2006; B.A. KACAN, *La giustizia americana. Come il contraddittorio si fa diritto*, Bologna 2009; R. COLSON e S. FIELD, *La fabrique des procédures pénales. Comparaison franco-anglaise des réformes de la justice répressive*, in «Revue de science criminelle et de droit comparé», 2010, pp. 365 ss.; E. DEZZA, *Accusa e inquisizione nell'esperienza italiana contemporanea*, in *Diritti individuali*, cit., pp. 101 ss.; G. ALESSI, *Populismo, legalismo, riforma della giustizia*, ibid., p. 349.

²⁰ G.D. PISAPIA, *Un nuovo modello di processo*, in «Legislazione penale», 1989, p. 77 ss. Analogamente V. GREVI, *Garanzie individuali ed esigenze di difesa sociale nel processo penale*, in *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, a cura di L. Laofranchi, Roma 1997, pp. 255 ss.; G. VASSALLI, *Introduzione*, in *L'inconscio inquisitorio*, cit., pp. 13 ss.; M. PISANI, *Riflessioni sul «giusto processo penale»*, in *Istituzioni pubbliche e garanzie del cittadino*, Milano 2009, pp. 139 ss.

²¹ P. COSTA, *Il modello accusatorio in Italia tra attuazione della Costituzione e mutamento di paradigma*, in *Diritti individuali*, cit., p. 154.

colpevolezza e della separazione delle funzioni di accusa, difesa, giudizio, pure rifiutava l'ideologia performante la legalità americana, disinteressata alla verità²². Il nesso giustizia/verità – non immune da rischi inquisitori²³ – era invece ribadito dalla Carta del 1948, in sintonia con i giuristi, non disposti a rinunciare questo paradigma. Si guardava alla «magia del processo»²⁴, al suo «mistero» come ad un far rivivere l'accaduto, con giudizi penali cognitivi in fatto e ricognitivi in diritto, sempre alla «ricerca della verità»²⁵. Carnelutti, precoce fautore del superamento dello schema istruzione giudizio, rappresentava un «processo penale [che] non serve a comporre una lite, ma a ristabilire il regno della giustizia turbato dal delitto»²⁶. Molti, nel tempo, avrebbero ricondotto la ricerca della verità processuale allo «spirito» della Costituzione: tra costoro Gherardo Colombo – giudice istruttore impegnato in indagini ad alta densità politica, dalla P2 alla corruzione – a metà anni Novanta coglieva un sentimento diffuso, anche nell'opinione pubblica: «credo che nessuno oggi in Italia, salvo forse gli inquisiti, si accontenterebbe di una verità processuale separata da quella fattuale»²⁷.

²² R. KAGAN, *Adversarial legalism. The american way of Law*, Cambridge-London 2001, pp. 61 ss.

²³ Cfr. in generale l'intreccio di *Law and Literature* di M. NOBIL, *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Bologna 2009.

²⁴ G. CAPOCRASSI, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in «Rivista di diritto processuale», 1950, pp. 1 ss.

²⁵ S. SATTA, *Il mistero del processo*, *ibid.*, pp. 273 ss., poi riproposto con altri scritti in *Id.*, *Il mistero del processo*, Milano 1994.

²⁶ F. CARNELUTTI, *Introduzione*, in *Id.*, *Verso la riforma del processo penale*, Milano 1964, p. 27; analogamente *Id.*, *Torniamo al giudizio*, in *Id.*, *Questioni sul processo penale*, Bologna 1950, p. 35.

²⁷ G. COLOMBO, *Dal giudice interprete del conflitto al giudice interprete della legge*, in *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Milano 1996, p. 97.

2. L'«oggetto del processo» e le «garanzie»

«L'ordinamento giuridico processuale penale è rimasto sempre identico nelle sue linee fondamentali, nella sua funzione, nella sua ragion d'essere». Nei primi anni Cinquanta le *Istituzioni* di Manzini esprimevano in questi termini la continuità di senso del processo penale, nel mutare dei tempi politici. Per il giurista friulano le «garanzie a salvaguardia degli interessi degli individui, esposti a pericolo dell'imputazione penale», non intaccavano lo «scopo dell'attività processuale [...] non unicamente la salvezza degli interessi individuali [...] ma tutt'altro fine, la difesa sociale giuridicamente garantita»²⁸. L'edizione 1947 del *Trattato* dello stesso Manzini, poco diversa da quelle precedenti, riproponeva la logica del codice del 1930, ad iniziare dalla critica della presunzione di innocenza, definita «idea goffamente paradossale e irrazionale», non pensabile «tecnicamente»²⁹. Al contrario nel 1950 Bettiol riconosceva a quel principio valore di «idea forza», secondo «l'enuciiazione nella nuova Costituzione»; in un denso scritto in onore di Carnelutti l'«enigma del processo penale», vocato alla «ricerca della verità e attuazione della giustizia», era iscritto nel «conciliare l'imparzialità dell'organo che giudica» col «diritto soggettivo di punire dello Stato». Bettiol legava i termini «accusatorio» e «processo penale democratico», per descrivere un modello per il quale «ogni attività processuale è diretta alla salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo». Non prospettava peraltro la fuoriuscita da un sistema di cui l'«atmosfera politica anti-liberale» non pareva aver «deformato lo «spirito tradizio-

²⁸ V. MANZINI, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Padova 1954, p. 5.

²⁹ V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, I, Torino 1947, p. 201.

nale», ma «intaccato alcuni singoli istituti in modo da non tutelare rigorosamente la libertà individuale». Affermava che la «riforma» doveva intervenire su quei «singoli istituti», col «criterio di libertà penale come bussola»³⁰.

A proposito di orientamenti per la navigazione, Carnelutti tematizzava la necessità di una «verificazione della rotta da parte del navigante», cioè di un dovere del giudice di accertare la «probabilità», prima ancora che la «esistenza del reato»; proponeva pertanto un «giudizio provvisorio o sentenza allo stato degli atti». Innovando quanto scritto nel 1925 circa l'unificazione della parte generale del rito civile e penale, il giurista friulano metteva a fuoco la dimensione costituzionale del processo penale, ove, a differenza che nel processo civile, «non si tratta del recupero d'un pugno d'oro ma del riacquisto della libertà». Da qui l'idea della «assoluzione grave insuccesso, male infitto ad un innocente e solo perchè il giudice ha battuto una strada sbagliata»; il magistrato doveva esser chiamato a dichiarare di non procedere se, alla luce delle prove raccolte in istruttoria, il reato non «esisteva». Carnelutti poneva così il tema della doverosa distinzione tra soggetti chiamati a svolgere una attività sostenendo l'accusa, da sottoporre a successiva verifica, ed altri, destinati a scegliere la tesi che i contraddittori sottoponevano alla loro attenzione³¹. L'idea circolava da tempo nella dottrina del processo, esemplare un passaggio del 1939 di Calamandrei su *Il giudice e lo storico*: «quando si confondono le funzioni, psicologicamente incompatibili, dell'inquirente e del giudice, nell'atto di accusa c'è già *in nuce* la condanna, e la coscienza del giudice è

³⁰ G. BETTIOL, *Su alcune caratteristiche giuridiche e politiche del processo penale*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, IV, Padova 1950, pp. 126 ss.

³¹ E. CARNELUTTI, *Giurisdizione penale d'onore*, in «Rivista penale», 1947, p. 139.

soverchiata dall'amor proprio dell'accusatore, che si sente impegnato, più che a rendere giustizia all'imputato, a giustificare (proprio come lo storico a dimostrare una sua tesi) la fondatezza dell'imputazione»³².

Anche una densa *Prolusione* di Leone guardava al «tradurre in norme legislative le garanzie costituzionali di libertà e democrazia», in vista di un «futuro processo», che era ancora quello «liberale». Non a caso il giurista e politico napoletano trovava nella lezione del Carrara, vista in continuità con la Costituzione, la rappresentazione di due idealtipi, inquisitorio e accusatorio, quest'ultimo improponibile per la «funzione altissima ed insostituibile del pm nella società moderna». Ma qualche aspetto di quel modello poteva contribuire ad un «orientamento democratico del processo penale»: «interrogazione diretta di parti, testimoni e periti, maggiormente idonea alla ricerca della verità materiale»; oralità, «estesa ad improntare il rapporto tra istruzione e dibattimento»; diritto di difesa fin nella «istruzione attuale, tutta ispirata al sistema inquisitorio»; «custodia preventiva, che risponde a talune innegabili esigenze, configurata in limiti molto angusti, che rispettino la sostanziale istanza di libertà dell'imputato»; più accurata «indagine sulla personalità dell'imputato»; «garanzie giurisdizionali», da estendersi al processo concernente le misure di sicurezza, il «cosiddetto processo di prevenzione». Leone identificava il processo nel «rapporto giuridico di tradizione liberale», vocato a «rispettare al massimo la libertà individuale». La accettazione di profili accusatori, volti ad una maggior «efficienza delle parti», ad esempio col ripristino delle nullità assolute, lasciava intatta la «funzione pubblica del processo penale che non può essere né

³² P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1939, p. 110.

sfaldata nè diminuita». L'ideario che il giurista e politico napoletano voleva indicare «della civiltà di un popolo, specie nei momenti costruttivi nella storia di un Paese», trovava dunque un fondamento di legittimazione nella tradizione liberale, che si voleva congeniale alla democrazia repubblicana. Si addiveniva ad una scelta realistica, forse l'unica percorribile, senza fughe in avanti sul piano del superamento della «funzione pubblica del processo»³³. Del resto dalla fine degli anni Quaranta Leone era il giurista più coerente nel voler mostrare la tenuta delle ragioni del modello nazionale, «misto», rispetto ai valori della democrazia, pur nella necessità di «sgombrare il campo da ogni preoccupazione politica in senso storico, intesa cioè come reazione al fascismo». Da allora la tutela dei diritti individuali nello «Stato democratico» avrebbe imposto l'introdurre garanzie nell'istruttoria, comunque entro l'ordito del codice del 1930, che già nel 1945 Leone aveva definito «tradizionale complesso di principi giuridico-penali di assodata origine liberale»³⁴. Il *Trattato* sottolineava: «i codici respirano l'atmosfera delle costituzioni che ne son presupposti [...] quando la formazione dello spirito costituzionale è compiuta [...] riesce più facile tradurre in leggi ordinarie i precetti e dare norme che si armonizzano con le reali esigenze del paese»³⁵.

Si muoveva in quest'orizzonte il «progetto di modificazioni per aggiornamento» del codice di procedura penale», approntato nel 1950 dalla Commissione ministeriale,

³³ G. LEONE, *Linee generali di una riforma nel processo penale*, in *Id., Intorno alla riforma del codice di procedura penale. Raccolta di scritti*, Milano 1964, pp. 43-75. Sulla Prolozione del 1948 cfr. M.N. MILETTI, *Un vestito per Cenerentola*, cit., pp. 368 ss.

³⁴ G. LEONE, *La scienza giuridico-penale nell'ultimo ventennio*, in «Archivio Penale», 1945, p. 23.

³⁵ G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, I, *Dottrine generali*, Napoli 1961, p. 108.

incaricata fin dal 1945, presieduta da alti magistrati, Miraulo e poi Jannitti Piromallo. La *Relazione*, posta anche «il codice penale vigente», era chiara nel dare il senso di una «riforma che ha dovuto limitarsi all'indispensabile lasciando immutato (quando per ragioni di altra natura non si è creduto di modificarlo) il testo vigente, rinviando al futuro e ad altri il compito di una radicale riforma, qualora se ne profili la necessità». Il Progetto non intaccava dunque la struttura del processo; il «coordinamento con la Costituzione» era inteso come un «incorporare nel codice le norme approvate dall'8 Settembre ad oggi», a correggere un rito «troppo severo con le parti private e dominato dal principio di autorità»; da qui la previsione garantista dell'«avviso di procedimento», di un maggior riconoscimento per la «qualità dell'imputato» e dei «diritti del difensore»³⁶. Anche il disegno di legge d'iniziativa parlamentare a firma, tra gli altri, dei processualpenalisti Leone, Bellavista e Riccio, era inteso a modificare il codice, ampliando il diritto di difesa e le garanzie per l'imputato nell'istruttoria. Leone indicava una continuità con i lavori avviati già nel 1945 dalla Commissione ministeriale; insisteva sull'urgenza dello «snellimento del processo» e della «revisione più ampia del codice», legata ad una contestuale riforma di quello di diritto sostanziale e dell'ordinamento giudiziario. L'«attuazione della Costituzione» era posta nel crinale tra «interesse pubblico dello Stato e libertà del cittadino sul piano giudiziale»³⁷. Queste proposte, poi recepite nella novella del 1955, più tardi sarebbero parse arretrate, nel non voler o poter scegliere un processo senza istruttoria; da qui

³⁶ *La Riforma del codice di procedura penale*, in «Rivista Penale», 1950, pp. 149 ss.

³⁷ *Modifiche al codice di procedura penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1954, pp. 81 ss.

l'etichetta, coniata a metà anni Settanta da Ennio Amodio, «garantismo inquisitorio»³⁸.

Fin dalla fine degli anni Quaranta taluni guardavano a più radicali riforme nel segno dell'accusatorio: Girolamo Bellavista – avvocato, docente a Messina, deputato liberale – metteva al centro del suo ragionamento un decisivo «fattore politico», costituito dai «principi informativi della Costituzione della Repubblica in materia processuale», e che imponeva anche il ripensamento delle «dottrine generali del processo»³⁹. Nello stesso senso Giuseppe Guarneri – docente a Parma – avvertiva l'insufficienza della proposta di riforma di cui era «magna pars il prof. Leone», e che, a suo avviso, non sceglieva di accentuare la «struttura accusatoria riducendo l'aspetto inquisitorio». Le «leggi emanate alla spicciolata» dal 1944 erano apprezzate per aver potenziato i diritti della difesa, «accorciando le distanze con la pubblica accusa»; ma, per non mettere il «vino nuovo in botti vecchie», Guarneri raccomandava una «riforma radicale», che comunque poco voleva concedere alla «demagogia». Ad esempio l'autore rifiutava la proposta di abrogazione dell'articolo relativo all'autorizzazione del ministro della giustizia per reati commessi dalla polizia e carabinieri nell'esercizio delle loro funzioni; non rilevava «iato con la Costituzione»⁴⁰ nell'articolo 16, che Calaman-

³⁸ Ricorda di aver adottato la felice formula su «Democrazia e diritto» a metà anni Settanta E. AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano 2003, p. 116. Sul «garantismo inquisitorio che ci ha retto per più di trenta anni, dal 1955 al 1988» cfr. i rilievi mossi ad Amodio da G. VASSALLI, *Introduzione*, in *L'inconscio inquisitorio*, cit., p. 16.

³⁹ G. BELLAVISTA, *Sullo stato attuale della scienza del diritto penale processuale in Italia*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, I, Milano 1952, pp. 149-173. Su Bellavista cfr. M.N. MILETI, *Un vestito per Cenerentola*, cit., pp. 371 ss.

⁴⁰ G. GUARNERI, *Osservazioni sul progetto di modificazioni per l'aggiornamento del codice di procedura penale*, in «Archivio Penale», 1950, p. 453.

drei definiva invece «salvacondotto della tortura»⁴¹. Guarneri era comunque tra i più convinti assertori del modello anglossassone; in una monografia del 1949 sosteneva che «l'avvenire del processo italiano, quale voluto dalla nostra Costituzione, appartiene ad una sempre più intensa e piena attuazione del principio accusatorio»⁴². Da un altro punto di vista Satta criticava l'impostazione riformatrice di cui si dibatteva, stigmatizzando un «progetto di riforma del processo penale fatto apposta per legalizzare ed esaltare l'evasione dal giudizio», con la libertà intesa come *favor rei* e «disfavore del giudice». A proposito della dialettica ordine autorità, il processualista sardo coglieva un nodo destinato a pesare sul senso del processo, e sulla sua riforma: la vischiosità di logiche inquisitorie, che oltretutto poggiavano sul consenso della società, nonostante la Carta del 1948: «quando noi vediamo gli imputati languire nel carcere oltre ogni giusta misura in attesa del giudizio, abbiamo ragione di lamentare la violata Costituzione, ma dobbiamo anche chiederci se quel carcere non sia, nel profondo istinto sociale, un surrogato della condanna alla quale si ha la sensazione che non si riuscirà mai ad arrivare»⁴³.

In occasione del Congresso internazionale dei giuristi democratici del 1949 neanche Mario Berlinguer tematizzava un'alternativa alla legalità definita nel 1930, pur riconoscendo la necessità di un profondo impegno riformatore degli «studiosi» nel chiedere garanzie processuali: «Si è soliti ripetere che il diritto e la politica non devono mai confondersi. Ma se il principio può ritenersi valido rispetto

Su Guarneri cfr. D. NEGRI, *Agli albori di un paradigma dell'Italia repubblicana: il processo penale come «diritto costituzionale applicato»*, in *Diritti individuali*, cit., pp. 19 ss.

⁴¹ P. CALAMANDREI, *Sulla riforma dei codici*, in *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, Montepulciano 2003, p. 62.

⁴² G. GUARNERI, *Le parti nel processo penale*, Milano 1949, pp. 174 ss.

⁴³ S. SATTA, *Il mistero del processo*, cit., p. 79.

all'applicazione delle leggi da parte dei giudici [...] esso è assurdo nei confronti dei legislatori e degli studiosi, cioè di quei riformatori che devono adeguare la loro opera alla formazione di nuove leggi». L'asse delle «libertà democratiche», su cui incardinare il processo, per Berlinguer poggiava sulla «autonomia e indipendenza del potere giudiziario, la salvaguardia dei diritti dell'uomo nell'applicazione delle leggi, uguaglianza processuale, obbligatorietà dell'azione penale». Da qui la necessità di intervenire sulla disciplina del fermo, degli arresti, delle indagini della polizia giudiziaria, della scarcerazione, della libertà provvisoria, come condizione per l'«applicazione pratica dei diritti dell'uomo di fronte alla giustizia penale»⁴⁴. Nel 1950 la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali stabiliva precise garanzie processuali; l'articolo 6 prevedeva, tra l'altro, il diritto dell'individuo ad una causa esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole, la presunzione di innocenza, il diritto ad essere informato, quello di difesa ed autodifesa, quello di esaminare i testimoni. Nelle due lingue ufficiali erano questi i lineamenti del *Right to a Fair Trial* e del *Droit à un procès équitable*, tradotti negli anni come «diritto ad un equo processo», fino alla locuzione «giusto processo», accolta dal legislatore costituzionale nella riforma dell'art. 111 della Costituzione. La Convenzione sarebbe stata resa esecutiva in Italia proprio poco dopo la Novella del 1955⁴⁵; pur senza prospettare mutamenti radicali verso l'accusatorio, Vassalli, attento alle positive ricadute delle

⁴⁴ M. BERLINGUER, *Diritto e politica al Congresso Internazionale dei giuristi democratici*, in «La giustizia penale», 1949, col. 314.

⁴⁵ Il testo in *Codice di procedura penale*, a cura di G. Conso e S. Riccio, Torino 1998, pp. 451 ss. Cfr. inoltre A. MALINVERNI, *Lineamenti di storia del processo penale*, Torino 1972, p. 62. Sulle origini della locuzione dell'art. 6 della Convenzione cfr. P. AINAZZI DEL FRATE, *Garantismo e giusto processo*, in *Giustizia e garanzie giurisdizionali*, Torino 2011, pp. 149 ss.

scelte internazionali nel sistema italiano, già nel 1953 indicava all'agenda del legislatore la riforma della custodia preventiva e del regime della scarcerazione automatica, tematizzate come istanze legate alla effettività del principio della libertà personale, sancito dalla Costituzione e dalla Convenzione⁴⁶. Il giurista indicava nei magistrati i responsabili delle resistenze all'incivilimento del processo; lamentando «interpretazioni restrittive e incompatibili» con le riforme, si chiedeva, retoricamente, se «i giudici penali italiani incaricati dell'istruzione, si rendono conto dello spirito di cui è pervasa la Costituzione repubblicana del 1948 in tema di libertà personale»⁴⁷.

Il dibattito sulla riforma del codice era ancora segnato dalle risaltanti diverse prospettive di «scuola». In nome di una «visione positivista», Santoro riproponeva i toni ferriani di un processo vocato alla «formulazione di un giudizio di pericolosità dell'autore di reato», col chiedere alla polizia giudiziaria e al giudice accertamenti non limitati al delitto, con l'ammettere il «riserbo istruttorio ed una preponderanza del pm quanto all'accertamento del fatto costituente reato». Il rilievo riconosciuto alla personalità dell'imputato e del condannato consigliava di sottoporre l'esecuzione al giudice che aveva pronunciato la «sentenza»; la «ricerca materiale della verità, alla quale deve tendere il processo penale», portava a mettere in discussione anche il divieto liberale della *reformatio in peius*⁴⁸. Su questo terreno Bettiol criticava il positivismo

⁴⁶ G. VASSALLI, *Libertà provvisoria e scarcerazione automatica*, in Id., *Scritti giuridici*, III, cit., pp. 44 ss.; G. VASSALLI, *La riforma della custodia preventiva*, *ibid.*, pp. 75 ss.

⁴⁷ G. VASSALLI, *Custodia preventiva*, in *Atti del Convegno nazionale. Di alcune fra le più urgenti riforme della procedura penale*, Milano 1954, pp. 105 ss.

⁴⁸ A. SANTORO, *Visione positivista del processo penale*, in «La Scuola positiva», 1947, pp. 47 ss. Analogamente E. ALTAVILLA, *Ferri di fronte alle scuole*

criminologico, contestando in particolare il pensiero di Altavilla, «psicologo nel processo penale», «liberale», ed al tempo stesso seguace di Ferri e Florian nel prospettare un processo a «sfondo positivistico». Bettiol affermava che i «postulati scientifici del positivismo» cozzavano con quelli «politici della democrazia»; opponeva il retribuzionismo, immerso nella storia, al criterio della «pericolosità sociale», spiegando che «liberalismo vuol dire azione garantita dal diritto, positivismo vuol dire pericolosità individuale esposta ad ogni intervento statale»⁴⁹. Guarneri proponeva un approccio innovativo al processo evocato dai positivisti: «oggi invero tutti sono convinti che non la condanna a ogni costo, ma la condanna del colpevole rappresenta lo scopo del processo penale. D'altra parte si deve evitare di dar vita ad una posizione favorevole all'imputato sul presupposto del *favor defensionis*». In questa logica la «attuazione del principio costituzionale» imponeva una netta redistribuzione delle funzioni processuali, da un lato con un «pubblico ministero che faccia l'accusatore e non si preoccupi di difendere l'accusato» – da qui la proposta di «vietare il passaggio alla magistratura giudicante dei magistrati requiranti e viceversa» – dall'altro col rafforzare i diritti della difesa. Scartata l'idea del Carrara di una difesa «ufficio pubblico», Guarneri considerava l'«avvocatura» in un ambiguo «equilibrio tra la libertà di difendere il cliente e il dovere di non tradire l'interesse della giustizia». Con Carnelutti ripeteva però il diritto dovere dell'avvocato ad

penali, in Enrico Ferri, *maestro della scuola criminologica*, Milano 1941, p. 107 ss; *Id.*, Florian psicologo del processo penale, in Eugenio Florian, *maestro del positivismo italiano*, Milano 1940, pp. 13 ss; *Id.*, *Il delinquente. Trattato di psicologia criminale*, Napoli 1949.

⁴⁹ G. BETTIOL, *Sull'umanizzazione del diritto penale*, in: *Scritti giuridici*, II, Padova 1966, p. 799. Sul denso scritto cfr. G. MARINUCCI, *Giuseppe Bettiol e la crisi del diritto penale negli anni Trenta*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 2008, pp. 347 ss.

essere «parziale», con la sua «parzialità che trova un antidoto nella parzialità avversaria, colla quale in una sintesi superiore concorre a dare fondamento all'imparzialità del giudice». Nell'ampio scritto del Guarneri, aperto alla comparazione con l'ammirato modello anglosassone, c'era un passaggio esemplare di un senso ben poco garantista assegnato al rito: «il processo lo si fa all'imputato e non alla pubblica accusa e nella maggior parte dei casi l'imputato risulta colpevole, un nemico della società. Con questo non si dice che contro di lui debbano valere presunzioni sfavorevoli, nè un trattamento ostile, ma semplicemente che come oggetto di prova non può sfuggire a quelle indagini che al giudice, giusto il suo prudente arbitrio, possano apparire opportune»⁵⁰.

Anche il *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da Calamandrei e Levi, leggeva i «principi attinenti al diritto penale processuale» in continuità con l'ideologia del codice, in primo luogo con l'obbligatorietà dell'azione penale e la preminenza dei diritti *pubblici* alla difesa della società sui più flebili *individuali*. Al «principio di presunzione di innocenza [...] dalla migliore dottrina e dallo spirito della nostra legge ripudiato», Frosali preferiva la «formula negativa di non presunzione di colpevolezza», «opportunamente» accolta dalla «nostra carta costituzionale», in un «giusto equilibrio dei diritti dell'uomo con i diritti della collettività». I diritti all'inviolabilità della libertà personale, domiciliare e di comunicazione erano messi in relazione con le norme del codice e dei decreti luogotenenziali del 1944-45, senza prospettare innovazioni di «sistema». La Costituzione pareva «argomento» per modificare la legislazione vigente in tema di diritto di difesa, fermo

⁵⁰ G. GUARNERI, *Sul problema dell'uguaglianza di armi nel processo penale*, in «La scuola positiva», 1947, pp. 138 ss.

restando, per l'autore, che essa dovesse esser limitata nei primi atti istruttori, come disposto anche in altri «sistemi liberali». In un ritorno al «codice del 1913», si auspicava l'intervento del difensore negli esperimenti giudiziari, perquisizioni domiciliari e ricognizioni. Su un altro punto garantisticamente sensibile Frosali diluiva il messaggio della Carta del '48: il principio della riparazione degli errori giudiziari doveva imporre alle «nuove leggi» una «maggiore liberalità», fermo restando che «tanto il codice quanto la costituzione parlano di riparazione e non risarcimento del danno, in omaggio alla teoria per la quale lo Stato non è tenuto a risarcimento per danni arrecati nell'esercizio legittimo della sua sovranità»⁵¹.

La «funzione pubblica del processo penale» risaltava come cardine del discorso; era, tra l'altro, motivo dell'abbandono da parte della dottrina dell'ipotesi dell'unificazione della parte generale del rito civile e penale⁵². Nel dibattito teorico e nei progetti del legislatore si imponeva il disegno di Leone, forte di una indiscutibile qualità tecnica; la tensione per una «impostazione più liberale del processo» si risolveva in una via compromissoria, *mista*, di una «nuova più idonea sintesi tra l'indefettibile carattere pubblicistico del processo penale ed il riconoscimento degli interessi e dei diritti dei privati, intendendo per privati non solo l'imputato, bensì l'offeso e il danneggiato dal reato»⁵³. A sbarrare la strada all'accusatorio, che pareva

⁵¹ R.A. FROSALI, *La giustizia penale*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, Firenze 1950, pp. 217 ss.

⁵² E. BATTAGLINI, *Per l'unificazione legislativa della parte generale del rito civile e penale*; G. SABATINI, *Le preleggi processuali*; G. GUARNERI, *E' possibile l'unificazione legislativa della procedura penale e civile?*, in «La Scuola positiva», 1951, pp. 439 ss.

⁵³ G. LEONE, *Problemi contingenti di riforma*, in *Id., Intorno alla riforma*, cit., p. 117.

incompatibile col profilo «pubblicistico» del processo, era dunque determinante la cultura della «pretesa punitiva dello Stato», di cui si poteva magari «moderare la forza», col rafforzare i «diritti della difesa»⁵⁴. Anche per risolvere le incertezze della giurisprudenza tra Costituzione e codice, i processualpenalisti ripetevano il senso *pubblico* di un processo vocato alla *res iudicanda*, all'accertamento del reato, all'attuazione dello *ius puniendi*, all'applicazione delle misure di sicurezza nei confronti dei soggetti pericolosi. Il discorso, chiuso entro le muraglie del tecnicismo, pure si apriva ad un *favor libertatis*, coerente con la Costituzione⁵⁵; sul terreno nevralgico della libertà personale dell'imputato Leone scriveva una significativa nota a sentenza, mediando tra libertà provvisoria ed obbligatorietà del mandato di cattura⁵⁶. Più tardi Cordero avrebbe messo in luce l'ambiguità della formula, contestata nel supporre «figura normale l'imputato detenuto»⁵⁷.

Se Tullio Ascarelli legava processo e democrazia nell'indicare la «giustizia della sentenza [che] sta nel cammino seguito pel risultato»⁵⁸, se, da Calamandrei a Carneletti, non mancavano toni sulla contesa giudiziaria modulazione di un binomio gioco-diritto⁵⁹, per tutti gli anni Cin-

⁵⁴ *La riforma del codice di procedura*, cit., p. 150.

⁵⁵ Cfr. ad esempio G. LEONE, *Elementi di diritto processuale penale*, Napoli 1949, I, p. 8; O. VANNINI, *Manuale di diritto processuale penale*, Milano 1953, p. 5; G. BELLAVISTA, *Sulla libertà personale dell'imputato a seguito di cassazione della sentenza di proscioglimento*, in *Id., Studi sul processo penale*, I, Milano 1953, pp. 82 ss.

⁵⁶ G. LEONE, *Libertà provvisoria e obbligatorietà del mandato di cattura. Efficacia vincolante delle decisioni della Cassazione per il giudice di merito. (Un singolare caso giudiziario)*, in «Archivio penale», 1948, pp. 50 ss.

⁵⁷ In generale su questo profilo della «tutela cautelare» cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano 2006, p. 467.

⁵⁸ T. ASCARELLI, *Processo e democrazia*, in «Rivista trimestrale di diritto processuale civile», 1958, p. 858.

⁵⁹ P. CALAMANDREI, *Il processo come gioco*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carneletti*, Padova 1950, pp. 487 ss; rilievi in F. CARNELETTI, *Gioco*

quanta la processualpenalistica non vedeva l'«oggetto» del rito in una teoria ludica, ma nella «ricerca del vero», la verità oggettiva, sostanziale, con la «V maiuscola», quasi un precedente della «ricerca della verità giudiziale»⁶⁰. Anche se Leone apriva all'oralità ed all'interrogatorio incrociato, la salvaguardia delle garanzie non doveva far perdere di vista la verità come fine d'elezione del processo. Sarebbe durato a lungo la «nefasta antitesi contraddittorio vs ricerca della verità»⁶¹, di cui erano esemplari le pagine di Foschini, che riconoscevano una influenza nella determinazione della pena alla «confessione dell'imputato»⁶², definita da Capograssi una «costante conclusione del processo, perfettamente coerente con tutto il sistema»⁶³.

3. Accusatorio e inquisitorio nel «Congresso di Bellagio»

«E' urgente necessità di raggiungere tre obiettivi; primo quello di armonizzare le norme del rito penale con le norme e i principi consacrati nella Costituzione; secondo instaurare un processo penale rapido, snello ed efficace strumento di giustizia; terzo quello di adeguare il codice

e processo, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio Ruiz*, III, Napoli 1953, pp. 3 ss. Sul tema in generale cfr. J. VERCÈS, *La justice est un jeu*, Paris 2002.

⁶⁰ G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, ora in *Id.*, *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino 1993, p. 89. Sull'uso delle maiuscole e minuscole per termini come verità e giustizia cfr. in generale C. ZAGREBELSKY, *Contro l'etica della verità*, Roma-Bari 2008.

⁶¹ P. FERRUA, *Il processo asburgico del 1788 visto nell'ottica del «giusto processo»*, in *Regolamento generale austriaco della procedura criminale (1788)*, Ristampa anastatica, Padova 2012, p. CCXXVIII; *Id.*, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di L. Gianformaggio, Torino 1993, p. 213.

⁶² G. FOSCHINI, *Confessione dell'imputato e misura della pena*, in «Archivio penale», 1945, p. 29.

⁶³ G. CAPOGRASSI, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, in *La crisi del diritto*, cit., p. 33.

di procedura penale ai progressi della scienza del diritto processuale penale»⁶⁴. Con queste parole Ernesto Battaglini presentava gli Atti del Convegno, organizzato tra Milano e Bellagio nella primavera e autunno 1953 dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale. Animato dal magistrato Adolfo Beria d'Argentine – a lungo impegnato sul fronte dell'incivilimento della giustizia⁶⁵ – il Centro si sarebbe rivelato prezioso laboratorio per le riforme anche processuali a venire. In questo primo grande confronto che si apriva tra docenti, avvocati, magistrati, intellettuali si mettevano a fuoco il senso e le tecniche del processo, specie sotto il profilo di una scelta tra accusatorio ed inquisitorio, nella variante mista del sistema nazionale; si guardava a riforme realistiche e praticabili per il legislatore della giovane Repubblica, che, sul banco di lavoro, avrebbe da allora tenuto «il Congresso di Bellagio»⁶⁶.

⁶⁴ E. BATTAGLINI, *Premessa*, in *Atti del Convegno nazionale Di alcune fra le più urgenti riforme della procedura penale*, cit., p. 1. Il Convegno, oltre ai penalisti e processualpenalisti delle Università italiane, rinvia studiosi stranieri, giornalisti, deputati, avvocati, magistrati, psicologi, psichiatri, medici legali, filosofi, come, tra gli altri, Antonio Banfi, Renato Treves, Uberto Scarpelli, all'epoca giudice di Tribunale. Segretario generale del Convegno era Adolfo Beria d'Argentine; ne era segretaria la dottoressa Rossana Banfi Rossanda, «della Sezione sociologica del Centro»; cfr. *Elenco dei partecipanti*, in *Atti*, cit.

⁶⁵ Beria d'Argentine tematizzava il ruolo costituzionale dei giudici nel «far vivere le istituzioni» per la «crescita della società, che non si realizza nell'ordine securitario dello Stato forte o totalitario»; cfr. A. BERIA D'ARGENTINE, *Giustizia. Anni difficili*, Milano 1985, p. 313. Sul magistrato torinese, membro del Cam, capo di Gabinetto del Ministro di Grazia e giustizia, segretario della Commissione consultiva interparlamentare per la riforma del codice di procedura penale, segretario generale e presidente dell'Anm, magistrato cassazionista con funzione di presidente del Tribunale dei minori di Milano, cfr. M. FRANZINELLI e C. POGGIO, *Storia di un giudice italiano. Vita di Adolfo Beria d'Argentine*, Milano 2004.

⁶⁶ Cfr. *Relazione del ministro De Pietro al disegno di legge presentato alla Camera*, in «Rivista Penale», 1954, p. 569. Sull'importanza di quel Convegno del 1953 cfr. tra gli altri G. CONSO, *Intervento*, in *Atti in ricordo del presidente emerito della Corte costituzionale Giuliano Vassalli*, Roma 2010, p.

Tra i temi più densi, il legame tra processo e verità risultava con particolare efficacia dal confronto sulla personalità dell'imputato e della persona offesa, e sulla perizia, relatori, tra gli altri, Gemelli, Musatti, Nuvolone. Gemelli, pur critico della criminologia e della concezione naturalistica del delitto, sosteneva l'importanza di uno studio sulla personalità del delinquente, ammettendo lo spazio dei saperi psicologici e psichiatrici a tutela dell'imputato; continuava al tempo stesso a guardare al giudice come al «perito dei periti», nel rifiuto di un obbligo all'indagine sulla personalità. Musatti rivendicava un più incisivo ruolo della psichiatria e psicologia nel processo, «per meglio giudicare». Nuvolone, che pure riconosceva l'importanza dei «recenti orientamenti criminalistici», asseriva che l'«oggetto del processo» era «pur sempre l'imputazione», e che l'«accertamento» doveva svolgersi «con piene garanzie giurisdizionali». *De iure condito* il «futuro legislatore», fermo restando il principio del libero convincimento, avrebbe dovuto dettare norme in tema di «esame della personalità come strumento processuale agli scopi di una giustizia formale e sostanziale e di una più efficace lotta contro la criminalità». Restava al centro del confronto il tema spinoso dei «metodi scientifici per la ricerca della verità»⁶⁷.

Si discuteva di modelli nelle sessioni dedicate alle indagini preliminari, alla polizia giudiziaria, all'intervento della difesa, alla custodia preventiva, all'istruzione. Questa fase appariva decisiva nella struttura del processo; si coglieva che una sua riforma radicale avrebbe implicato la «trasformazione del processo penale». Carnelutti met-

67. Testimonianza di un protagonista. Intervista a Mario Chiavario, in *Diritti individuali*, cit., p. 427; G. CIUONI, *Custodia preventiva*, cit., pp. 245 ss.

68. A. GEMELLI, *La personalità del delinquente nei suoi fondamenti biologici e sociologici*, Milano 1948; *Atti del Convegno*, cit., pp. 143 ss., 173-188; Relazioni di MUSATTI e GEMELLI in *Appendice*, *ibid.*, pp. 347 ss.

teva a fuoco il nucleo della sua «bozza» del 1962: l'opzione dell'inchiesta preliminare, di derivazione civilistica, da sostituire all'istruzione. Il processualista friulano affermava dunque che il rito era «plasmato nove volte su dieci in sede di indagine di polizia giudiziaria», con le «sommarie informazioni piaga di questa fase»; a suo avviso bisognava invece evitare che «rapporti e verbali cadessero sotto gli occhi del giudice nel dibattimento», dal momento che il «favor libertatis» coincideva con quello «veritatis»⁶⁸. Vassalli argomentava che la proposta Carnelutti andava a colpire il principio del libero convincimento, ed asseriva che il «magistrato (e con lui accusa e difesa) devono poter vedere e vagliare le prime fonti della notizia di reato». Per Vassalli il punto di crisi del processo risiedeva nella insopportabile lunghezza, che finiva per assimilare l'imputato al condannato; indicava l'introduzione di «limiti legali di durata di carcerazione preventiva in ogni fase» come soluzione praticabile «in Italia», una scelta certo più modesta dell'auspicato «*habeas corpus* [...] immediato controllo sulla legittimità della cattura da parte di un organo diverso [...] troppo lontano dal nostro sistema processuale vigente»⁶⁹.

Era la Relazione di Pisapia sull'intervento della difesa nell'istruzione a centrare il problema: nell'impossibilità di una «radicale riforma di struttura», bisognava contentarsi di «iniezioni di libertà ad un codice che, soprattutto per quanto concerne la fase istruttoria è decisamente inquisitorio, e come tale, antidemocratico»⁷⁰. Con le parole di Leone, Pisapia affermava che rafforzare i diritti della difesa e moderare quelli del pm avrebbe adeguato al dettato della Costituzione la «pretesa punitiva dello Stato»⁷¹. Entro un

69. *Atti del Convegno*, cit., p. 51.

70. *Ibid.*, pp. 59, 113.

71. *Ibid.*, p. 72.

72. *Ibid.*, p. 79.

modello «misto», che pareva comune a tutti i paesi, Pisa-pia auspicava una «tendenza» verso l'«accusatorio, tipico dei regimi democratici», declinato nel segno del *favor libertatis*, ad ispirare nuove norme in tema di mandato di cattura, custodia preventiva, scarcerazione automatica⁷². Carnelutti interveniva per evocare una «grossa eresia», il superamento dello schema bifasico; poneva al legislatore il tema di una scelta di fondo: «un processo di parti o un processo senza parti», o l'«esperimento» dell'accusatorio, (pericoloso perchè siamo troppo intelligenti in Italia), o «l'inquisitorio». Il giurista friulano concludeva che «l'equilibrio esige parità tra pm e difensore», ed asseriva «non ho proposto una soluzione ma impostato logicamente un problema»⁷³. Conso commentava l'intervento di Carnelutti con la consapevolezza che l'unificazione dell'istruttoria, strumento di «speditezza dei giudizi penali», avrebbe mutato «volto al nostro processo», aprendo una troppo «vasta questione»⁷⁴.

I magistrati mostravano un approccio più pragmatico; De Ruggiero – che si diceva forte dell'esperienza «in lunghi anni negli uffici del pm» – affermava che «l'oggetto invero di questo Convegno è quello di avviare alle più urgenti riforme». Fotografava la realtà, proponendo una unificazione dell'istruzione nel segno della sommaria, dal momento che gli «uffici del pm finiscono frequentemente per trattenere in istruzione sommaria la maggior parte dei procedimenti», e poi entrava in campo il giudice istruttore, con l'istruzione formale. De Ruggiero asseriva che «si giunge in tal modo al pratico insabbiamento del processo», testimoniando che «questa è vita giudiziaria vissuta», che «giustificherebbe il colpo di spugna [...] unica si vorrebbe

⁷² *Ibid.*, pp. 140 ss.

⁷³ *Ibid.*, p. 83.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 91.

l'istruzione e unico l'organo chiamato a compierla [...] il pm, trasformato nella fase dibattimentale in consulente del giudice, innanzi al quale prenderebbe vita il vero processo». E dunque, oltre agli «urgenti ritocchi», si raccomandavano al legislatore «coraggio e soluzioni radicali» per un «sistema superato, contrario alla sollecitudine colla quale è dovuta l'amministrazione della giustizia»⁷⁵.

I non molti processualpenalisti affascinati dal modello anglosassone intervenivano sulla proposta del magistrato; Guarneri apprezzava che il «presupposto» della *Relazione* del De Ruggiero risiedesse nel «dare al pm un carattere esclusivamente di parte e al giudice un carattere esclusivamente di giudice [...] accentuato il carattere accusatorio della istruzione sulla falsariga del procedimento anglosassone, questa viene a guadagnare in rapidità e semplicità». Carnelutti coglieva che l'eventuale scelta per una «istruzione a tipo accusatorio» esigeva la «collaborazione di ambo le parti all'istruzione [...] implica in ciascuna di esse una devozione al pubblico interesse, che non si può ritenere ancora matura nella presente fase della cultura giuridica italiana»⁷⁶.

Anche nelle Conclusioni dei lavori il superamento dello schema bifasico pareva «bellissimo, ma troppo coraggioso», dal momento che l'«unificazione» implicava la «trasformazione del processo». La proposta di ordine del giorno dell'avvocato Dall'Ora – «il Convegno si pronunci anche nel senso di informare il processo penale al sistema accusatorio» – si stemperava nel voto a che «venga soppressa la distinzione tra istruzione formale e istruzione sommaria» e che «al pm vengano attribuiti compiti puramente inquirenti e al giudice istruttore riservate tutte le

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 317-326.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 328-329.

pronunce istruttorie che importino coercizione personale e reale e che in definitiva incidono sui diritti di libertà (ordini di cattura, di arresto, perquisizione ecc) [...] che sia garantita la parità di diritti tra difesa e pm nell'istruzione [...] nel caso di urgenza, che vi sia possibilità per il pm di emettere tali provvedimenti». Rispetto al codice scienziati e pratici del processo penale tematizzavano dunque alternative di sistema, che però sceglievano di non sottoporre al legislatore; la «manifestazione di pensiero» di Carnelutti, peraltro consapevole della inattualità del processo di parti per l'Italia dei primi anni Cinquanta, non era messa ai voti, seppur «acquisita agli Atti del Convegno»⁷¹.

4. Cenerentola tra «fatiche dogmatiche» e politica del diritto

Per imprimere una virata liberale al processo per così dire dall'interno, entro il codice vigente, la processualpenalistica si voleva forte della identità disciplinare di scienza emancipata dal ruolo di «Cenerentola, a contendersi le vesti delle sorelle più fortunate»⁷². Il tecnicismo, che anche in questa nuova stagione aveva ancora un senso, si prelevava per questa operazione. Un episodio rivestiva un alto valore simbolico: nel 1954, alla presenza del guardasigilli De Pietro, Manzini riceveva gli omaggi solenni de La Sapienza, ove Bettiol celebrava l'indiscusso «maestro» come il fondatore dell'unico «metodo» pensabile, quello «scientifico», decisivo, tra l'altro, nel rendere privi di senso i dis-

⁷¹ Ibid., pp. 330-323.

⁷² F. CARNELUTTI, *Cenerentola*, in *Id. Questioni sul processo penale*, Bologna 1950, pp. 1 ss. Sul tema cfr. M.N. MILETTI, *Un vestito per Cenerentola. L'identità del diritto processuale penale all'alba della repubblica*, in *Diritti individuali*, cit., pp. 363 ss. Sulla fortuna del tecnicismo in questa stagione da ultimo cfr. R. ORLANDI, *La Profusione di Arturo Rocco e le dottrine del processo penale*, in «Criminalia», 2010, pp. 207 ss.

sidi delle scuole. In Manzini si riconosceva l'artefice della «legislazione penale italiana», di codici «legati, malgrado tutto, ad una tradizione di civiltà e libertà»⁷³. La prima esigenza per candidare ancora una volta la processualpenalistica al ruolo di legislatore pareva quella di irrobustire lo specialismo scientifico; in particolare Bellavista dettava ai colleghi il compito prioritario di conquistare una autonomia sul piano della scienza e dell'accademia, puntando su «fatiche dogmatiche», sull'«accostamento sensibile al metodo costruttivo dei processualisti civili»⁷⁴. Anche per Carnelutti — che scriveva di scoprire, ormai avanti negli anni, un «antico amore segreto» per il processo penale — il far leva su un robusto strumentario scientifico appariva la condizione ideale per guarire il «grande malato». A questo proposito indicava il senso, non solo lessicale, di sostituire «procedura» con il termine più tecnico, e dunque scientifico, «diritto processuale penale»⁷⁵. Il giurista friulano non prospettava peraltro la costruzione di un sistema di principi astratti, per proporre semmai uno studio sulla radicazione del nesso ontologico tra processo e pena, anche in risposta alla «crisi della giustizia»⁷⁶. Carnelutti non nascondeva inoltre la radicale *politicità* della posta in gioco del processo penale, la libertà, che differenziava il «regno degli straccioni» da quello «degli agiati», il rito civile, e che rendeva problematica, tra l'altro, la costruzione di una teoria generale del processo⁷⁷.

⁷³ *Omoranze a Vincenzo Manzini*, in «Archivio Penale», 1954, pp. 49 ss.

⁷⁴ G. BELLAVISTA, *Sullo stato attuale della scienza del diritto processuale penale in Italia*, cit., p. 173.

⁷⁵ F. CARNELUTTI, *Questioni sul processo penale*, cit., p. 6. Analogamente A. De Marsico, *I problemi della giustizia penale*, in «Archivio penale», 1954, p. 5.

⁷⁶ F. CARNELUTTI, *La crisi della giustizia penale*, in «Rivista di diritto processuale», 1958, p. 333.

⁷⁷ F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, Roma 1949, pp. 15, 36, 50, 53.

Nel 1954 Leone, Bellavista, Foschini, Guarneri fondavano la *Rivista di diritto processuale penale*; la rivendicazione della «autonomia della disciplina» non era presentata solo come un problema, pure importante, di «cattedre», anche se iniziava in quegli anni l'insediamento di processualpenalisti specialisti nei corsi di pressochè tutte le Facoltà giuridiche. La *Direzione* avanzava l'istanza di protagonismo nella politica legislativa, che, non a torto, soprattutto Leone poteva rivendicare. Dopo la riforma, che pareva in dirittura d'arrivo – sarebbe stata varata nel Giugno 1955 – ci si assumeva l'onere di interventi più «radicali, in relazione alle mutate esigenze politiche, costituzionali, sociali e pratiche del processo»⁸⁴.

Il principio del processo penale come rapporto giuridico, di cui, tra gli altri, soprattutto Leone e Nuvolone tematizzavano una vocazione *liberale*, non impediva alla dottrina di trattare, sia pur entro i canoni del tecnicismo, temi originali, ad alta densità politica. Tra gli esempi, una monografia di Stefano Riccio – che si diceva debitore dell'insegnamento di Leone – analizzava la legge costituzionale n. 1 del 1953, istitutiva della Commissione parlamentare inquirente, competente sulla messa in stato d'accusa del presidente della Repubblica, del presidente del Consiglio e dei ministri⁸⁵. Le *leggi Penali e la Costituzione* di Nuvolone, un corso di lezioni universitarie, ponevano il tema dell'affidare alla Corte costituzionale il compito del-

⁸⁴ La *Direzione*, *Ai Lettori*, in «Rivista di diritto processuale penale», 1954, p. 2. Sul riconoscimento dell'autonomia didattica, nel 1938, fino alle chiamate dei docenti di ruolo a partire dagli anni Cinquanta cfr. M. PISANI, *Procedura penale: itinerari dell'autonomia didattica*, in «Rivista di diritto processuale», 1998, pp. 1171 ss; R. ORLANDI, *Un antidoto contro la marginalità*, in *Giustizia criminale: premesse per un terreno di indagine comune*, a cura di E. Tavilla, Bologna 2012, p. 80.

⁸⁵ S. RICCIO, *Il processo penale avanti la Corte costituzionale*, Napoli 1955, pp. 102 ss.

l'«attuazione dei principi della Costituzione»⁸⁶. Le *Lezioni* di Bellavista indicavano nella Carta del 1948 la «fons fontis», ed aprivano l'orizzonte del giurista alle norme di diritto penalprocessuale internazionale⁸⁷. Dogmatica e politica del diritto innervavano la riflessione di Leone sulle «garanzie nel processo penale», dalla dimensione pubblica, come «garanzie per la giustizia, garanzie cioè convergenti nell'apprestamento di un complesso di norme atte ad assicurare la decisione giusta»⁸⁸. Così come Sabatini affidava il «dovuto processo penale» – traduzione del *due process* – alla tradizionale cultura delle garanzie entro il sistema misto, nel «riferirsi umilmente ai precedenti storici»⁸⁹.

A metà anni Cinquanta Satta indicava nel processo penale la «massima esperienza – solenne e popolare ad un tempo – del mondo del diritto che si è sottratta alla scienza, che è rimasta procedura». L'opera dello stesso Carnelutti era apprezzata da Satta per le pagine «che possono dirsi felicemente antiscientifiche»⁹⁰. Nella sottolineatura del carattere «popolare» della giustizia penale come ramo dell'esperienza giuridica più visibile per i cittadini, il processualista sardo asseriva che, tra gli specialismi disciplinari, la scienza del processo penale aveva senso come politica del diritto. Dal canto suo la processualpenalistica guardava alle «fatiche dogmatiche» come al presupposto per candi-

⁸⁶ P. NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano 1953, particolarmente *Premessa*.

⁸⁷ G. BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano 1956, p. 17. Sull'opera M.N. MILETU, *Un vestito per Cenerentola*, cit., p. 338.

⁸⁸ G. LEONE, *Garanzie nel processo penale*, in *Id.*, *Intorno alla riforma*, cit., p. 163.

⁸⁹ G. SABATINI, *Democrazia e processo penale dal codice Zanardelli alle proposte di riforma del codice vigente*, in *Cento anni di diritto in Italia (1865-1965)*, Calzanti 1966, pp. 89-105.

⁹⁰ S. SATTA, *Prefazione*, in *Manuale di diritto processuale*, Padova 1956, ora in *Id.*, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, con prefazione di F. Mazzarella, Nuoro 2004, p. 144.

dare e legittimare gli specialisti del rito penale ad un diretto impegno *de lege ferenda*, esercitato in sedi diverse, scientifiche, parlamentari, dalla cattedra, sulla stampa. Anche per questa scelta di farsi forte di una dignità scientifica all'interno, e di aprirsi al tempo stesso all'esterno, entrando direttamente ed ai massimi livelli nell'agone politico — da Leone a Vassalli — Cenerentola avrebbe tagliato prima ed unica il traguardo della codificazione.

CAPITOLO III

DAI PROCESSI ALLA GIUSTIZIA
ALLA NOVELLA DEL 19551. *Processi alla giustizia: il caso Egidi, l'affare Montesi, Danilo Dolci e l'articolo 4 della Costituzione alla sbarra*

Nei primi anni Cinquanta certi processi penali «dai forti scalpori» facevano irrompere oltre le aule dei tribunali la questione giustizia, macchina incivile ed al tempo stesso incapace di assicurare la «verità», richiesta dalla pressione della società, soprattutto di fronte a delitti particolarmente odiosi. Tra questi casi giudiziari, spiccava la vicenda di Lionello Egidi, fermato nel 1950 nell'ambito di difficili indagini sull'omicidio di una bambina, trovata cadavere in fondo ad un pozzo nella borgata romana di Primavalle. Trattenuto per giorni dalla questura, Egidi confessava sotto tortura, e ritrattava davanti al magistrato. Anche se la requisitoria del pm definiva legittimo l'uso della forza nell'interrogatorio, Egidi era assolto in primo grado per insufficienza di prove; in attesa dell'appello era accusato di molestie ai minore; da qui la campagna di stampa contro il «mostro» e la condanna a ventisei anni. Nel 1957 la sentenza sarebbe stata annullata dalla Cassazione, che dichiarava «inammissibile lo psicobiogramma redatto dai sanitari della polizia»; esigeva il controllo del giudice sulla «veridicità delle dichiarazioni rese dall'imputato», specie di fronte a ipotesi di «volontà viziata da errore o violenza morale»; definiva «illegittima la esten-

sione del fermo oltre il settimo giorno»; prendeva in considerazione una eventuale «applicazione di sanzioni a carico degli ufficiali»¹.

Il caso Egidi risaltava come la punta di iceberg di una prassi diffusa; più del dibattito dottrinale e parlamentare poneva all'agenda del legislatore il tema dell'incivilimento del processo, soprattutto delle prime e decisive fasi. Si avviava una Inchiesta parlamentare, protagonisti Calamandrei e Rossi, sui «metodi e abusi della polizia giudiziaria»²; De Marsico proponeva che il fermato fosse visto da un medico, per certificarne lo stato di salute prima e dopo la misura cautelare; concludeva l'applaudito discorso in Senato coll'evocativo «sorga un processo penale quale Francesco Carrara auspicava»³. Leone legava il tema delle «pressioni»

¹ Cassazione penale, I sezione in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", con nota adesiva di G. CONSO, *Considerazioni sul processo Egidi dopo l'intervento della Corte suprema*, ibid., pp. 567 ss. Sul caso celebre cfr. il difensore di Egidi A. SALMONI, *Ho difeso un innocente*, Roma 1952; In., *La creazione di un mostro. Arringa in difesa di Lionello Egidi davanti alla Corte d'Appello di Roma*, 27-29 Novembre 1955, Roma 1956. Nel 1961 Egidi sarebbe stato condannato per molestie a danno di minore; cfr. In., *In difesa di Lionello Egidi un perenne candidato alle avventure del processo indiziario*, Roma 1961. Cfr. anche G. BUCCIANTE, *Processo Egidi. Arringa di parte civile per coinvolgere Calamandrei e Cappelletti*, fino all'annullamento della condanna in Cassazione cfr. T. RAFARACI, *Vis modica e altri espedienti. La polemica sugli interrogatori duri al processo per la morte di Annarella Bracci*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, a cura di D. Negri e M. Pifferi, Milano 2011, pp. 117 ss. Il caso celebre suscitava un rinnovato interesse della dottrina per la confessione; cfr. L. LUPARIA, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Milano 2006, p. 5. Un cenno sulla vicenda, a proposito di errori giudiziari, in L. MARAFIOTI, *Le scelte dell'accusa. Orgoglio e pregiudizio*, in *Inchiesta penale e pre-giudizio. Una riflessione interdisciplinare*, a cura di P. Marchetti, Napoli 2007, p. 7.

² *Inchiesta sui metodi e gli abusi della polizia giudiziaria*, in «La Giustizia penale», 1954, pp. 362 ss.

³ A. DE MARSICO, *I problemi della giustizia penale*, in «Archivio Penale», 1955, p. 482. Sul giurista e politico di Sala Consilina cfr. C. VASSALLI, *Alfredo De Marsico*, in «Archivio Penale», 1952, pp. 157 ss.; *Per Alfredo De Marsico. Due secoli di eloquenza forense*, Napoli 2000.

sugli imputati da parte delle forze dell'ordine alla riforma del processo, da realizzare nel segno della giuridizionalizzazione delle prime fasi dell'istruzione. Mario Berlinguer chiedeva che la polizia fosse sottoposta all'autorità giudiziaria, nella condanna, condivisa da tutti gli interventi, di metodi indegni della «democrazia» e della «Costituzione»⁴. Il «commovimento della pubblica opinione» per i troppi scandali processuali trovava una eco appassionata in una *Protusione* di Bellavista⁵; Battaglia interveniva sulla stampa per chiedere l'applicazione della Costituzione nei casi di responsabilità dei «funzionari dello Stato per atti compiuti in violazione dei diritti»⁶. Per Vassalli ogni giorno prassi di polizia e stili giudiziari accenutavano i caratteri oppressivi del codice, con le «confessioni, e i metodi per ottenerle», la dubbia «liceità» di interrogatori suggestivi e violenti, come della narcosi, strumenti incivili ed inefficaci per lo scopo del processo, pure vocato all'«accertamento della verità»⁷. «Nel tempo nuovo» anche per Belloni si doveva «contrapporre all'ondata crescente della criminalità criteri e metodi meno anacronistici e meno barbari»⁸. Un intervento di Lelio Basso faceva irrompere il tema dei diritti costituzionali dell'imputato nell'ovattato clima scientifico del Convegno di Bellagio; nella consapevolezza della difficoltà di cambiare con la legge un «costume», il deputato proponeva

⁴ M. VENDITTI, *Difendo la personalità umana, la Costituzione, la legge, non Egidi. Discorsi davanti al Senato della Repubblica*, Roma 1952.

⁵ G. BELLAVISTA, *Polizia giudiziaria e magistratura nel processo penale*, in «Archivio Penale», 1952, p. 289.

⁶ A. BATTAGLIA, *Gli abusi di polizia. La giustizia deve pagare*, pubblicati nel 1951 e nel 1953 rispettivamente su «La voce repubblicana» ed «Il Mondo» ora in In., *Diritto e libertà. Scritti e discorsi di un giurista militante. Editi e inediti (1944-1960)*, a cura di G. Armani, Roma 1988, pp. 199-208.

⁷ G. VASSALLI, *I diritti dell'uomo di fronte alla giustizia penale*, in «La Giustizia penale», 1950, col. 2 ss.

⁸ G.A. BELLONI, *In un'operetta riposta del Romagnosi*, in «La Giustizia penale», 1949, col. 41.

un «correttivo semplice [...] impedire che gli interrogatori avvengano nei locali di polizia, meglio in carcere, o nelle sedi giudiziarie. In carcere succedono cose meno tremende che nelle camere di sicurezza»⁹. In questo quadro nel 1953 Pio XII rivolgeva un alto appello ai partecipanti al VI Congresso dell'associazione internazionale di diritto penale, che, dalle condanne dell'impunità degli autori di crimini di massa del conflitto mondiale, investiva anche il tema del processo in Italia. Il Pontefice invocava «garanzie giuridiche» dai primi atti delle indagini all'esecuzione della pena; poneva con forza il tema della tutela della dignità degli imputati e delle vittime, in una procedura da fondare sulla assoluta priorità dei «diritti individuali»¹⁰.

«I cultori del diritto, e quindi della misura, saranno spesso infastiditi da qualche esorbitanza polemica; ma io non ho scritto per loro, che mi sono stati, o possono essermi maestri. Ho scritto per i cittadini». Il «pamphlet» di Battaglia, pubblicato nel 1954¹¹ – che un anno dopo Calamandrei già definiva un «classico»¹² – esordiva con la consapevolezza che, di fronte ad «problema di libertà», poco potevano «misurate riforme e sapienti aggiornamenti», da anni sul tavolo del legislatore; l'«intero paese» doveva prendere coscienza dei «pericoli che minacciano non meno che il colpevole l'innocente». A Battaglia il «codice del 1931» appariva, con le parole di Recco, «il più fascista», tappa di un «estremo grado di corrompimento del sistema misto», di cui *Processo alla giustizia* ricostru-

⁹ Atti del Convegno nazionale di alcune fra le più urgenti riforme della procedura penale, Milano 1954, p. 54.

¹⁰ S.S. Pio XII, *Principi fondamentali del diritto penale*, in «Archivio Penale», 1953, pp. 421 ss. Ricorda la «straordinaria allocuzione» G. VASSALLI, *Cinquant'anni dopo*, in *Id.*, *Ultimi scritti*, Milano 2007, p. 430.

¹¹ A. BATTAGLIA, *Processo alla giustizia*, Roma-Bari 1954, p. 5.

¹² P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in *Dieci anni dopo. Saggi sulla vita democratica italiana*, Roma-Bari 1955, p. 253.

iva la genesi e il ruolo nella giustizia nazionale dalla metà dell'Ottocento. E se i Carrara e i Lucchini preferivano davvero «cento colpevoli il libertà piuttosto che un innocente in carcere», l'«oggi» mostrava una realtà diversa, «funzionari di polizia, istruttori, cittadini benpensanti» convinti del contrario, intesi a rispondere ai problemi della società italiana chiedendo più «protezione allo Stato». Parevano iscritte in questo bisogno profondo dell'opinione pubblica, prima, durante e dopo il fascismo, le logiche inquisitorie, «penetrate nei processi penali» fino a «dominarli», con i poteri illimitati accordati alla polizia, vizio «all'origine del processo misto», col corredo di errori giudiziari, ingiuste carcerazioni preventive, «interrogatori, confessioni e tortura», una giurisprudenza intenta a sanare gli atti nulli. Con una serrata argomentazione, intenta a leggere il processo nazionale tra storia e sistema, tra norme e prassi, *Processo alla giustizia* mostrava che le garanzie volute dalla «riforma veramente liberale» dell'agosto 1944 in tema di libertà provvisoria e scarcerazione per decorrenza dei termini «cominciavano a funzionare soltanto dopo tre anni di custodia preventiva». Statistiche alla mano, Battaglia argomentava che, nonostante la Costituzione, la procedura si risolveva nel «violare i diritti di libertà» ed «alimentare le speranze di impunità dei cittadini peggiori»¹³.

I primi anni Cinquanta erano attraversati dalla conflittualità politica e sociale, cui rispondeva la tensione a costruire una «democrazia protetta» in virtù di «leggi eccezionali», a tutela della stabilità del governo più che strumenti di «difesa civile». Cresceva la distanza tra le forze di maggioranza e opposizione, ostacolo ad un compiuto disegno di riforme legislative, specie nel timore di un indebolimento

¹³ A. BATTAGLIA, *Processo alla giustizia*, cit., p. 226.

dell'«ordine pubblico»¹⁴. A proposito del dilemma tra individuo ed autorità, fin dal 1949 Berlinguer aveva presentato un disegno di legge per abrogare l'art. 16 sull'autorizzazione ministeriale a procedere per reati commessi dalle forze dell'ordine. Se in un primo momento si era registrato un accordo generale, condiviso dal guardasigilli Zoli, nel 1954 un «mutato e più aspro scontro politico» in Parlamento faceva decadere la nuova proposta del deputato sardo. Pareva decisivo l'argomento di Scalfaro, per il quale «un regime democratico non può indebolirsi per falsa paura del ricatto continuo determinato da una costante accusa di essere un regime antidemocratico»¹⁵. Di fronte ad nuovo disegno di legge, presentato da Basso del 1956, i procuratori generali e i magistrati ripetevano il senso del processo «strumento di difesa sociale», e mettevano in guardia da una «spinta verso una maggiore democraticità di rapporti tra Stato e cittadini [...] troppo ispirata alla difesa dei diritti di libertà che paralizza certamente l'azione della polizia, e confina con la demagogia»¹⁶.

Dall'aprile 1953 l'opinione pubblica si appassionava al mistero di Wilma Montesi, trovata morta sulla spiaggia di Torvajonica; il caso si sarebbe concluso diversi anni dopo con l'assoluzione con formula piena degli imputati di omicidio della giovane. Contro le disposizioni del codice,

¹⁴ Anche per indicazioni cfr. G. SCARDARI, *La democrazia cristiana e le leggi eccezionali 1950-1953*, Milano 1977; L. ROSSINI, «Democrazia protetta» e «leggi eccezionali» nel dibattito politico italiano (1950-1953), in «Dimensioni e problemi della ricerca storica», 2011, pp. 75 ss.; M. FURIOZZA, *Nemici veri e nemici strumentali. Protezione civile e ordine pubblico nell'Italia del secondo dopoguerra*, in *Amico/nemico. Spionaggio, intrighi e sicurezza tra Ottocento e Novecento*, Pisa-Roma 2012, pp. 269 ss.

¹⁵ Una proposta di legge per la soppressione dell'art. 16 del codice di procedura penale, in «Rivista Penale», 1954, p. 668.

¹⁶ P. SALVO, *Considerazioni sull'art. 16 del codice di procedura penale*, in «Archivio Penale», 1956, p. 323.

l'iter processuale era aperto da scritture anonime e false testimonianze; le indagini erano accompagnate da martellanti campagne di stampa, alimentate dalla polemica politica, dal momento che, tra gli imputati, risaltava Piero Piccioni, figlio dell'esponente della DC, all'epoca ministro degli esteri, e che si sarebbe dimesso dagli incarichi. Il procedere sussultorio ed incoerente di inchieste di polizia e magistratura, che investivano il malfermo equilibrio parlamentare di quegli anni, mettevano in scena il primo clamoroso cortocircuito tra giustizia e mondo politico dell'Italia repubblicana, in un ossessivo discorso pubblico sui segreti della periferia del potere, tra festini di potenti, droga, appalti, violenze, il mistero di un reggicalze. Il caso era destinato a pesare nel profondo sulla credibilità della stampa, di esponenti politici, di forze di pubblica sicurezza, di carabinieri, di magistrati, col coinvolgere anche i dispositivi processuali della giovane Repubblica, come coglievano da subito le pagine polemiche di Pannain per l'*Archivio Penale*¹⁷.

Carnelutti – che avrebbe difeso Piccioni nel processo, celebrato anni dopo a Venezia – asseriva che «col ritorno ai metodi democratici la cronaca non tanto ha avuto una inevitabile ripresa quanto ha assunto proporzioni addirittura impressionanti». Si chiedeva se, «di fronte agli ultimi eccessi», messi in conto alla «democrazia», non fosse

¹⁷ R. P., *L'affare Montesi*, in «Archivio Penale», 1954, I, p. 407; Piccioni e Montagna al tribunale di Roma per il caso Montesi, *ibid.*, p. 337. Sulla complessa vicenda, conclusasi nel 1957 con l'assoluzione degli imputati alle Assise di Venezia, difensori, tra gli altri, Carnelutti, Delitala, Bellavista, cfr. l'arringa di F. CARNELUTTI, *In difesa di Giampiero Piccioni*, in *Im.*, *Controcanto*, Napoli 1962, pp. 379 ss. Cfr. inoltre M. DE LUCA, *Lo scandalo Montesi*, in *Storia d'Italia, Annali 12, La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino 1997, pp. 593-618; F. CRIGNETTI, *Il caso Montesi. Sesso, potere e morte nell'Italia degli anni Cinquanta*, Venezia 2003. Sul commento di Euszensberger sul caso, «là dove c'è stato un delitto, ci saranno prima o poi delle chiacchiere», cfr. L. MARAFIOTI, *Le scelte dell'accusa*, *cit.*, p. 10.

il caso di «rimeditare» un cardine del modello accusatorio, «la pubblicità», della «funzione come della struttura». In una declinazione ambigua dei diritti nella Costituzione, articolo 27 *in primis*, il giurista friulano definiva il «segreto» come tutela dell'imputato, ridimensionando il senso costituzionale del processo aperto al pubblico. Nel negare significato agli stessi diritti individuali, concludeva: «in un momento in cui le idee sono piuttosto confuse e i sentimenti alquanto eccitati intorno ai cosiddetti diritti fondamentali [...] è un dovere della scienza dissipare questa superstizione»¹⁸. Da un altro punto di vista Battaglia, sostenitore della pubblicità come cardine dell'accusatorio, auspicava la «soppressione del segreto istruttorio», e sosteneva l'urgenza di sottoporre il controllo sulla opportunità e legittimità degli arresti ad un magistrato diverso da quello che aveva spiccato le misure¹⁹.

Nel segno del nesso tra processo e democrazia Calamandrei riproponeva i temi delle battaglie civili de *Il ponte*, nella condanna del «codice di procedura penale che abbandona il cittadino alla mercé di una polizia non dipendente e non sufficientemente controllata dal magistrato, e nella fase istruttoria lo lascia senza difensore, infliggendo anche all'innocente la pena, che può trascinarsi per anni, della carcerazione preventiva»; una nota sintetica accennava al «disegno di riforma presentato alla Camera dal ministro De Pietro»²⁰. Più in generale il giurista fiorentino coglieva lo scarto tra processo come «meccanismo di precisione», frutto di «concettualismo», e prassi giudiziaria, dalla *notitia criminis* alla sentenza, dove stentava a radicarsi un

¹⁸ F. CARNELUTTI, *La pubblicità del processo penale*, in «Rivista di diritto processuale», 1955, pp. 1-11.

¹⁹ A. BATTAGLIA, *Sulla libertà del cittadino, La magistratura ha bisogno della stampa*, in *Id.*, *Diritto e libertà*, cit., pp. 215-241.

²⁰ P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, cit., p. 252.

«costume democratico», pure imposto dal passaggio dallo Stato di diritto liberale allo Stato di diritto promozionale, voluto dalla «Democrazia»²¹. In una densa analisi della realtà processuale dei primi anni Cinquanta Calamandrei asseriva che la «netta separazione tra giustizia e politica», chiave di volta della legalità, era possibile nei «periodi statici della vita sociale». Affermava inoltre che in Italia, tra un «crollo di regime, una guerra perduta, la instaurazione di una repubblica», il giudice era costretto ad applicare leggi che non rispondevano più alla «coscienza sociale». Per il magistrato si poneva allora un dilemma, tra il divenire «da servitore a critico della legge», o restare un «degalitario», che, «dopo aver per vent'anni considerato il fascismo come l'ordine e gli antifascisti come sovvertitori dell'ordine [...] doveva rovesciare il suo conformismo»²².

I temi della legalità e del senso della giurisdizione erano al centro del processo celebre a Danilo Dolci, intellettuale, impegnato a svolgere un «lavoro sociale» nella Sicilia afflitta dalla disoccupazione, spinto in questo impegno dalla morte per fame di un bambino. Nel 1956 Dolci guidava a Partinico un gruppo di braccianti a lavorare in una «trazzera» abbandonata, in una sorta di sciopero alla rovescia. Arrestato e trattenuto in carcere come «noto agitatore politico», era accusato di manifestazione non autorizzata, resistenza a pubblico ufficiale, grida sediziose; sarebbe stato condannato per il primo capo di accusa ad una pena modesta, già scontata con la carcerazione in attesa di giudizio. Grazie alla mobilitazione di intellettuali come Lucio Lombardo Radice, Alberto Carocci, Norberto Bobbio, Elio Vittorini, Carlo Levi, e degli avvocati Batta-

²¹ P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Milano 1954, p. 569 ss.

²² P. CALAMANDREI, *La crisi della giustizia*, in *La crisi del diritto*, Padova 1953, p. 165.

glia e Calamandrei, nel collegio di difesa, il caso irrompeva sulla scena politica, ed il processo, di «rottura», metteva in scena la distanza tra il diritto al lavoro, proclamato dalla Costituzione, e la drammatica realtà del mondo bracciantile in Sicilia. I difensori asserivano che il governo Tambroni trascinava alla sbarra non i manifestanti, ma l'articolo 4 delle Costituzione, che la Repubblica doveva impegnarsi a rendere effettivo. L'aula del tribunale di Palermo diveniva la cassa di risonanza delle violenze della polizia, dell'autoritarismo della magistratura, della distanza tra la Carta del 1948, le norme dei codici del 1930, la cultura dei giudici. Calamandrei e Battaglia indicavano anche all'opinione pubblica l'incostituzionalità del considerare i verbali della pubblica sicurezza come fonti di elezione, e della lunga detenzione preventiva come strumento di pressione e repressione. Davano notizia di un «giornale straniero, che fa arrossire [...] in Italia a chi chiede il rispetto della Costituzione si nega la libertà provvisoria».

In particolare nella arringa di Calamandrei la difesa degli imputati diveniva anche la sede per tematizzare la «funzione dei giudici» nel tempo della democrazia, ove, su una «legalità decrepita», doveva imporsi il «creare gradualmente la nuova legalità promessa dalla Costituzione», «tavola di salvezza» per i «derelitti». Il lavoro e la dignità della persona, posta in gioco di quel processo celebre, erano indicati come cuore vitale della legalità repubblicana, l'art. 4 come promessa da adempiere, «come la legge comanda»²³.

²³ Cfr. D. DOLCI, *Processo all'art. 4*, con postfazione di P. Beneduce, Palermo 2011, p. 319. Cfr. anche P. CALAMANDREI, *In difesa di Danilo Dolci*, in «Il Ponte», 1956, p. 529 ss. Sull'importanza dell'arringa di Calamandrei cfr. P. GROSSI, *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, in «Rivista di diritto e procedura civile», 2009, pp. 883 ss.; L. LACCHÈ, *Il nome della «libertà. Tre dimensioni nel secolo della Costituzione (1848-1948)*, in *Un secolo per la Costituzione (1848-1948). Concetti e parole nello svolgersi del lessico costituzionale italiano*, a cura di F. Bambi, Firenze 2012, p. 49.

A proposito di senso della giurisdizione nel 1955 *Diario di un giudice* costava all'autore, Dante Troisi, magistrato a Cassino, un provvedimento disciplinare per offesa all'ordine giudiziario. L'opera rappresentava lo *ius dicere* nei termini di una crisi di dispositivi processuali come di uomini, non ministri di una «divinità», ma prosaici spettatori, talora dolenti, talora annoiati, di una realtà angosciante, poco propensa a dare a ciascuno il suo, a separare il giusto dall'ingiusto. Troisi fotografava la realtà di processi dove i magistrati percepivano il loro come ruolo d'ordine, più che di giustizia, distanti dalla vita, per quanto intenti a scavare nella coscienza dell'imputato e nella loro; mostrava la *vanitas* della verità come cuore vitale del processo, prendendo in prestito molte pagine tratte dall'opera di Franz Kafka. Troisi – che avrebbe lasciato la magistratura – era difeso davanti alla Commissione disciplinare da Alessandro Galante Garrone, che nel caso letterario e giudiziario leggeva la distanza del rendere giustizia dal popolo, nel cui nome pure si giudicava. Quella vicenda metteva in scena due diversi sguardi sul senso del giudicare: quello «laico» di Troisi, quello «religioso» della Corte disciplinare, che emetteva un provvedimento di censura in nome di un particolare *habitus*, che le pareva ancora valido, quello del «sacerdote che non può divulgare libri irreligiosi»²⁴.

2. Verso la «convalescenza del processo grande malato».

«Coordinare il codice con la Costituzione» era indicato come cuore vitale del disegno di legge *Modificazioni*

²⁴ A. GALANTE GARRONE, *Ulogio dei giudici sotto processo*, in «Il Ponte», 1956, p. 567. Cfr. D. TROISI, *Diario di un giudice*, Torino 1962; ora anche Palermo 2012, con postfazione di A. Camilleri. Sulla vicenda e sul dibattito che suscitò il libro del giudice a Cassino cfr. M. LUMINATI, *Linguaggi e stili della magistratura italiana nel secondo dopoguerra*, in *L'impiegato allo specchio*, a cura di A. Varni e G. Melis, Torino 2002, pp. 303 ss.; P. BENDUCE, *Autori a verbale*, Napoli, in corso di pubblicazione.

al codice di procedura penale, presentato alla Camera nel Novembre 1952 dal guardasigilli Adone Zoli. Il clima della frattura politica, legata alla guerra fredda e destinata a durare decenni, segnava anche il discorso parlamentare sul processo; Zoli faceva proprio il livello di mediazione tra ordine e libertà messo a fuoco dalla giuristica dopo la Liberazione, guardando ad una «riforma liberale, seppur parziale», intesa ad «andare incontro a talune aspirazioni fatte palesi dal movimento dell'opinione pubblica in ordine al rito penale e determinate da una rinnovata attenzione alla vita giudiziaria», alla ricerca di una «collettività consenziente», di una «consonanza delle esigenze processuali con la coscienza sociale». Il «collegamento con la Costituzione» imponeva di «ridurre al minimo i casi di limitazione della libertà personale per le esigenze del processo», col sottoporre fermi, perquisizioni, arresti alla «garanzia giurisdizionale». Zoli sottolineava la necessità che il mandato di cattura fosse emesso davanti a «indizi sufficienti», fatto salvo l'arresto «obbligatorio per il delinquente abituale, professionale e per tendenza», e che la carcerazione preventiva fosse limitata alla «necessità di interrompere reati di un certo rilievo», «subito dopo commessi», tenuto conto della «gravità delle imputazioni». Nell'istruzione formale si anticipava ai primi atti l'intervento del difensore, escluso comunque dall'interrogatorio dell'imputato; si ammetteva l'impugnabilità in Cassazione dei provvedimenti limitativi della libertà personale; si dettavano nuove regole per talune cause di nullità, che, rispetto al codice, diventavano non sanabili. Il testo recitava: «le norme concernenti i cardini del processo, quelli che la dottrina qualifica i presupposti del rapporto processuale, vanno osservate pena nullità»²⁵.

²⁵ *Modificazioni al codice di procedura penale*, in «Rivista Penale», 1952, pp. 406 ss. Dell'allora guardasigilli democratico cristiano, avvocato,

Nell'Agosto 1954 il guardasigilli Michele De Pietro presentava un disegno di legge, che diceva forte del lavoro di Zoli, dei pareri della Cassazione e delle Corti d'appello sul «progetto Leone» del 1950, del disegno di legge d'iniziativa parlamentare proposto, tra gli altri, dai processualpenalisti Leone, Riccio, Bellavista nel 1952, del «Congresso di Bellagio»²⁶. Nel dibattito parlamentare Berlinguer auspicava una «riforma integrale nello spirito delle Costituzioni»; Leone, relatore in Commissione, invitava ad accettare la «impostazione novellistica» di una «riforma parziale», intesa a rispondere a bisogni urgenti maturati nel «decennio del dopoguerra». Riccio argomentava che il pur lodevole «allargare il campo» avrebbe fatto correre il rischio di non trovare un «accordo, anche per ragioni politiche», col risultato di veder «inutilizzato tutto il lavoro». Anche Bucciarelli Ducci scongiurava il far «prevalere l'aspetto politico»; Leone rispondeva a Berlinguer che la discussione in aula avrebbe fatto slittare di anni le «aspirazioni e pressanti richieste al regime delle impugnazioni e della libertà personale». La partita, anche a colpi di emendamenti, si giocava tra il «garantire che un imputato sia assicurato alla giustizia» e che «sia dichiarato innocente fino a condanna definitiva», tra la «libertà personale, esigenza prevalen-

protagonista della Resistenza, sfuggito alla condanna a morte, cfr. A. Zoli, *Discorsi*, Roma 1961; *Id.*, *Scritti e discorsi politici*, Bologna 1987.

²⁶ *La Relazione del ministro De Pietro al disegno di legge presentato alla Camera*, in «Rivista Penale», 1954, pp. 369 ss. Su De Pietro, avvocato antifascista, in carcere nel 1942, democratico cristiano, impegnato anche in seguito nella ricerca per una «efficace tutela giurisdizionale del cittadino», protagonista dell'istituzione del Csm, di cui sarebbe stato vicepresidente, cfr. *Riforme legislative urgenti per una più efficace tutela giurisdizionale della procedura penale*, in *Convegno nazionale giuridico forense*, Milano 1966, pp. 705-727. Attribuisce la riforma del 1955 «in gran parte all'impulso e alla penna di Giovanni Leone, anche se varata da un apprezzato conservatore come il senatore Michele De Pietro» G. VASSALLA, *Dalla Costituzione provvisoria all'attuazione della Costituzione*, in *Id.*, *Ultimi scritti*, cit., p. 550.