

Renzo Orlandi

*Osessioni inquisitorie nell'Italia repubblicana*

SOMMARIO: 1. Preambolo. – 2. Illusione garantista (anni Cinquanta). – 3. Utopia accusatoria (anni Sessanta). – 4. Riforma processuale e leggi d'emergenza (anni Settanta). – 5. Illusione accusatoria (anni Ottanta). – 6. Risveglio inquisitorio (anni Novanta). – 7. Oltre il binomio inquisitorio/accusatorio: la tutela dei diritti inviolabili come cardine ideale della cultura processualistica negli anni Duemila. Scenari inquisitori della prevenzione *ante delictum*.

1. *Preambolo*

Intendiamoci innanzitutto sul valore dell'aggettivo 'inquisitorio': termine polivalente aperto ad almeno tre significati. Abbinato a un sistema processuale, esso denota rispettivamente (a) un processo attivato d'ufficio dal giudice che opera anche come accusatore; (b) un processo a struttura triadica nel quale le prove raccolte da polizia e pubblico ministero valgono come prove per il giudizio di colpevolezza; (c) una pratica amministrativa o giudiziaria che – anche in spregio di diritti inviolabili della persona – punta a neutralizzare soggetti socialmente pericolosi.

Gli ordinamenti processuali contemporanei (fra questi, certamente, quello italiano) sono in linea generale rispettosi della struttura triadica. Non si possono pertanto definire inquisitori nel senso di cui alla lett. (a). Diverso il discorso per le due ulteriori definizioni dell'aggettivo: sia l'uso probatorio di atti compiuti da agenzie investigative (principalmente polizia e magistratura penale), sia la compressione di diritti fondamentali della persona in funzione di controllo sociale rappresentano tratti attuali della nostra procedura penale come quella di altri ordinamenti contemporanei.

Guardando alla recente storia della procedura penale italiana, ritengo che le ossessioni inquisitorie siano generate o alimentate da simmetriche illusioni accusatorie. Siamo pur sempre soggetti (e forse abituati) alle antinomie della 'normativa rinnegante'<sup>1</sup>. Enunciazioni solenni di diritti e ga-

---

<sup>1</sup> «... quel metodo mediante il quale il legislatore pone nello stesso contesto normativo (o in testi diversi) due principi fra loro opposti e contrastanti, lasciando a chi detiene il potere la possibilità di valersi dell'uno o dell'altro» (I. MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa. Sospettare e punire, l'inquisizione come modello di violenza legale*, Milano, 1988, p. 20 – il corsivo nella citazione è dell'autore).

ranzie convivono con eccezioni rigoriste e autoritarie, alle quali si ricorre per fronteggiare asserite emergenze sempre presenti nella mente di chi manovra le leve del potere politico. Non è una novità, si può dire che in ogni epoca sono esistiti *crimina excepta* che giustificano deviazioni dalla normativa ordinaria per sradicare fenomeni di insopportabile gravità, considerati pericolosi per la tenuta dell'organizzazione sociale. Ci sono certamente state epoche contraddistinte da legislazioni penali particolarmente attente alla tutela delle libertà individuali, ma in tutte sono presenti elementi di rigore e severità che siamo soliti associare a un paradigma inquisitorio. Il discorso vale anche per gli ordinamenti di *common law*, comunemente considerati alieni dalla cultura inquisitoria e sicuro rifugio dei modelli accusatori<sup>2</sup>.

La cronologia evocata dal titolo copre il periodo che ci separa dall'entrata in vigore della riforma fascista (1931). La collega Garlati si occuperà dei primi tre lustri passati sotto quella codificazione. Io mi occuperò del tratto temporale che va dalla fondazione della Repubblica democratica ai giorni nostri.

Più di settant'anni, costellati da ripetuti, incessanti tentativi di riforma della nostra procedura penale per adeguarla ai parametri di una Costituzione politica che modificava fino a rovesciarlo il rapporto fra individuo e autorità pubblica: non più un cittadino assorbito nell'elemento statale, bensì un individuo al quale lo Stato assicura diritti inviolabili.

Un periodo lungo, ricco di eventi e di iniziative riformistiche anche di segno contraddittorio sul terreno della giustizia penale. Conviene dividerlo in fasi per meglio evidenziare le linee (zigzaganti) seguite da

---

<sup>2</sup> Benché gli emendamenti alla costituzione americana promettano ai cittadini le garanzie della *fairness* processuali, è noto che negli USA le sentenze emesse a seguito di regolare *trial* ammontano a percentuali bassissime (circa 3%). Le condanne sono emesse sulla base di accertamenti di polizia (*plea bargaining, charge bargaining; sentencing bargaining*) in oltre 90% dei casi. Si vedano, al riguardo, AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Plea Bargain Task Force Report 2023*, reperibile in <<https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/criminaljustice/plea-bargain-tf-report.pdf>>, nonché R. SUBRAMANION, L. DIGARD, M. WASHINGTON II, S. SORAGE, *In the Shadows: A Review of the Research of Plea Bargaining*, reperibile in <<https://www.vera.org/downloads/publications/in-the-shadows-plea-bargaining.pdf>>. Inoltre, che le pratiche penali nordamericane siano inclini a negare i diritti fondamentali della persona quando si tratta di 'salvare la società', è dimostrato dalla esperienza delle *Military Commissions* istituite dopo l'11 settembre 2001 per contrastare il terrorismo internazionale di matrice islamica e, ancor prima, dalla attività della *Commissione per le attività antiamericane* (*Committee on Un-American Activities*) che operò con particolare zelo in funzione anticomunista fra la fine degli Quaranta e i primi anni Cinquanta del secolo scorso.

protagonisti e ispiratori di dette riforme.

Pur consapevoli della artificiosità (e inevitabile arbitrarità) di ogni partizione temporale, l'osservazione del periodo considerato suggerisce una scansione in sei movimenti, scelti in ragione di accadimenti (normativi, giurisprudenziali, dottrinali) capaci di caratterizzare un intero decennio. Vale per le illusioni garantiste coltivate tra la fine degli anni '40 e gli anni '50 del secolo scorso; per l'utopia accusatoria vagheggiata negli anni '60; per l'evoluzione emergenziale degli anni '70; per l'illusione accusatoria degli anni '80; per il risveglio inquisitorio degli anni '90 e, infine, per gli sviluppi della giustizia penale nel primo ventennio di questo secolo, dove il binomio accusatorio/inquisitorio sembra sbiadire, restando sotto traccia per lasciar in evidenza tematiche più legate alla tutela dei diritti fondamentali della persona minacciati dall'attività di prevenzione e repressione di gravi reati.

## 2. *Illusioni garantiste (anni Cinquanta).*

La Costituzione del 1948 pose imperiosamente il problema di un adeguamento del codice di rito penale ai principi garantistici in essa affermati. Soprattutto il diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento, enunciato nell'art. 24 comma 2, esigeva una riforma della fase istruttoria, ancorata alla cautela tipicamente inquisitoria della segretezza. Superata la proposta, affiorata in sede politica nell'Italia post-fascista, di cancellare la legge processuale del ventennio, tornando al codice del 1913<sup>3</sup>, si optò per una 'bonifica costituzionale' del codice del 1930.

<sup>3</sup> Fu la prima, istintiva reazione alla caduta del fascismo, già nel luglio 1943, ribadita, quanto al codice di procedura penale dalla Commissione insediata nel gennaio 1945 dal ministro della giustizia Tupini.

In dottrina, le opinioni sulla riforma dei codici penali furono tuttavia meno severe ed ebbero la meglio. Autorevoli voci patrocinarono il mantenimento della riforma penale fascista, pur depurata di talune spigolosità autoritarie: questo sul presupposto che il tecnicismo giuridico professato dalla maggior parte dei giuristi nella prima metà del secolo scorso avrebbe preservato i tratti liberali e illuministici anche della legislazione penale del 1930. Si vedano, in tal senso, G. LEONE, *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*, in *Arch. pen.* 1945, p. 23 ss.; T. DELOGU, *L'elemento politico nel codice penale*, ivi, p. 161 ss. oltre agli autori (fra i quali P. CALAMANDREI, F. SANTORO PASSARELLI) citati da R. PANNAIN, *Notizie e spunti sulla riforma dei codici penali*, in *Arch. pen.* 1945, p. 56 ss. In proposito si vedano le puntuali informazioni fornite dal saggio di F. COLAO, *Il «nuovo codice del nostro paese». Itinerari della «riforma» del codice Rocco dal 1944 al 1981*, in questo stesso volume.

Ne sortì, a metà degli anni Cinquanta<sup>4</sup>, una riforma assai ampia e ricca sul piano quantitativo (più di 120 articoli del c.p.p. 1930 furono modificati o inseriti), ma che sostanzialmente confermava il modello misto delle due codificazioni previgenti (1865 e 1913). Una ‘riformetta’, la apostroferà qualche anno dopo Francesco Carnelutti.

Affioravano scelte garantiste in quel primo intervento di metà anni '50. Ricordiamo le modifiche di maggior peso: ripristinato il sistema delle nullità assolute che il legislatore fascista aveva abbandonato; restituito alla difesa il diritto di assistere al compimento di alcuni atti compiuti dal giudice istruttore (esperimenti giudiziari, perizie, perquisizioni domiciliari e ricognizioni); riscritte le norme in tema di ricusazione del giudice e rimessione dei processi; sottratto alla polizia giudiziaria il potere di disporre intercettazioni telefoniche o il sequestro di corrispondenza di propria iniziativa; rivista la disciplina del fermo e dell'arresto; revisionata altresì la normativa sulla ‘carcerazione preventiva’, con l'assegnazione di termini di durata per le fasi istruttorie e con la possibilità di impugnare davanti alla corte di cassazione il provvedimento cautelare.

Le scelte garantiste – in tema di diritto di difesa e di libertà personale – erano una novità imposta dalla Costituzione<sup>5</sup>. Alcuni degli interventi novellatori rappresentavano, in realtà, riproposizioni di norme che già avevano caratterizzato la codificazione processuale del 1913, maturata nell'Italia liberale come frutto (un po' tardivo) da accostare, completandola, alla prima riforma penale dell'Italia unitaria realizzata con il codice Zanardelli del 1889. La riforma del 1955 si presentava, al contempo, come proiettata verso il futuro, in quanto attuava i principi della Costituzione, e rivolta al tranquillizzante passato dell'Italia liberale precedente il ventennio fascista.

Restava tuttavia – come accennato – la divisione del procedimento di primo grado in due fasi, con il segmento istruttorio (gestito alternativamente dal giudice istruttore o dal pubblico ministero) che ipotecava pesantemente l'esito dibattimentale.

Il tema animerà la discussione dottrinale degli anni Sessanta, alla quale conviene volgere ora l'attenzione.

---

<sup>4</sup> L. 18 giugno 1955, n. 317 – *Modificazioni al codice di procedura penale*.

<sup>5</sup> La prima, grande riforma processuale dell'Italia repubblicana è datata 1955 non per caso: si sa che, a breve, con otto anni di ritardo (!), entrerà in funzione la Corte costituzionale, pronta a demolire numerose disposizioni lesive di diritti individuali. Ne sarebbero derivate lacune che solo la creatività giurisprudenziale avrebbe potuto colmare. Varie commissioni ministeriali – già dalla seconda metà degli anni Quaranta – si erano cimentate con progetti di riforma senza approdare a nulla. Ora non si poteva più aspettare.

### 3. *Utopia accusatoria (anni Sessanta)*

Ipertrofia della fase istruttoria. Insensatezza dell'istruzione sommaria, a fianco dell'istruzione formale. Critica della duplicazione funzionale fra 'istruzione' formale e 'istruttoria' dibattimentale: a che serve raccogliere due volte la stessa prova? Perché non accontentarsi di un unico accertamento? Può, tale accertamento, essere condotto in presenza del difensore, ora che la Costituzione impone esplicitamente il diritto di difesa «in ogni stato e grado del procedimento»? Come conciliare l'ovvia esigenza di segretezza che deve caratterizzare la fase investigativa, con la necessità di affermare il contraddittorio nella formazione delle prove?

Questi rilievi critici, comuni a molti studiosi dell'epoca, trovarono in Francesco Carnelutti un interprete particolarmente vigoroso. Val la pena ripercorrere i passaggi più significativi attraverso i quali egli riuscì a rilanciare su altre basi il tema della riforma processuale penale.

L'antefatto risale alla fine degli anni '50. Carnelutti – che si era tenuto distante dalle dispute sulla riforma penale e processuale degli anni precedenti – redige un saggio (in onore di Emilio Betti), pubblicandolo in anteprima sulla sua *Rivista*<sup>6</sup>. Titolo del saggio è: *Crisi della giustizia penale*. In quello scritto prende posizione contro il 'sistema misto' di derivazione napoleonica, che pretendeva di giustapporre – nel procedimento di primo grado – due fasi ispirate a principi incompatibili: l'istruzione (formale o sommaria) di marca inquisitoria e il dibattimento, aperto ai principi accusatori (pubblicità, immediatezza, oralità). Rileva che, in realtà, questo abbinamento degli opposti è fatto per consentire all'elemento inquisitorio di fagocitare l'accusatorio. Abbiamo due fasi del processo penale che puntano allo stesso scopo: accertare la verità. Chiamiamo istruzione (formale o sommaria) la fase diretta dal giudice istruttore o dal pubblico ministero. Chiamiamo istruzione (dibattimentale) la fase del giudizio. Ma è evidente che, arrivati a dibattimento, la verità è già stata sostanzialmente accertata. I verbali istruttori pesano come pietre che il contraddittorio, pur formalmente ammesso in quella fase, non riesce a scalfire: un'arma spuntata nelle mani della difesa.

Queste idee sono riprese e ribadite nel successivo volume intitolato *Principi del processo penale*<sup>7</sup>: la forma esteriore è quella del manuale, ma lo stile è decisamente critico, a partire dallo scrupolo linguistico nell'uso del termine (cruciale) di 'istruzione' che Carnelutti riserva in via esclusiva a quella dibattimentale, preferendo etichettare come 'procedimento preliminare'

<sup>6</sup> *Rivista di diritto processuale*, 1958, p. 333 ss.

<sup>7</sup> Napoli, Morano, 1960.

l'istruzione formale o sommaria<sup>8</sup>. Erano poste le basi per una nuova aspirazione riformistica, che, superata l'idea di rimaneggiare il codice allora vigente, puntasse alla redazione di un nuovo codice di rito lontano dal cosiddetto 'sistema misto'.

L'opera riformistica di Carnelutti (ormai ultraottantenne) continua con la convocazione nel settembre del 1961 di un seminario di studio presso la fondazione Cini (isola di S. Giorgio, Venezia). Sono invitati magistrati e accademici esperti in procedura penale.

Dettaglio da non trascurare: è quello il periodo in cui il diritto processuale penale comincia ad affrancarsi effettivamente dal diritto penale. Crescono in tutta Italia cattedre dedicate alla procedura, coperte da studiosi che vi dedicano l'intero anno accademico e non più le ultime due o tre ore del corso, come quando la disciplina era impartita da cultori del diritto penale sostanziale. Sono presenti a Venezia alcuni *seniores* (Girolamo Bellavista, Gaetano Foschini, Alfredo De Marsico, Giuseppe Sabatini) e un gruppo di 'giovani' (trenta- quarantenni), destinati ad avere un ruolo determinante sia nella cultura processualistica, sia per le sorti della riforma negli anni successivi (Giovanni Conso, Franco Cordero, Giuseppe De Luca, Giandomenico Pisapia, Giuliano Vassalli).

Gli esiti di quell'incontro – alla presenza dell'allora ministro della giustizia Guido Gonella – sono raccolti nel volume *Primi problemi della riforma del processo penale*<sup>9</sup>. Lettura istruttiva. Vi si scorgono i germi degli svolgimenti riformistici che caratterizzeranno la dottrina e la legislazione processualpenalistica dei decenni successivi.

Dall'iniziativa veneziana, infatti, scaturisce l'idea di una nuova commissione ministeriale per la riforma del processo penale. Nei primi mesi del 1962 Carnelutti incaricato da Gonella di presiederla, sceglierà come collaboratori alcuni dei partecipanti al citato convegno di Venezia (Conso, Cordero, De Luca, Vassalli, ai quali si aggiungerà anche Pietro Nuvolone). Nel settembre dello stesso anno Carnelutti sfornerà una versione pressoché definitiva del suo progetto di riforma<sup>10</sup>.

Vi si propone l'abbandono del sistema misto e la sua sostituzione con un procedimento distinto in fasi separate: non più 'istruzione' (formale o

---

<sup>8</sup> *Principi del processo penale*, cit., p. 134.

<sup>9</sup> Curato da G. De Luca e pubblicato nei Quaderni di S. Giorgio, Sansoni, Firenze, 1962.

<sup>10</sup> L'andamento dei lavori della commissione da lui presieduta è brevemente commentato dallo stesso Carnelutti nella *Avvertenza* al volume *Verso la riforma del processo penale*, Napoli, Morano, 1963, p. 5 ss. (dove è pubblicato lo schema del suo progetto).

sommaria), bensì ‘inchiesta preliminare’ affidata al pubblico ministero e intesa a raccogliere gli elementi destinati a suffragare la possibile accusa e a essere utilizzati dall’accusatore come spunto per la vera istruzione che avverrà nella fase del giudizio; elementi (quelli dell’inchiesta preliminare), irrilevanti come prove nella successiva fase dibattimentale, dedicata all’assunzione delle prove che alimenteranno il convincimento giudiziale. Sparisce il giudice istruttore e con esso, la componente inquisitoria del processo penale cosiddetto misto.

A prima vista parrebbe che Carnelutti, nel formulare la sua proposta, si fosse invaghito del modello *adversary*, tipo degli ordinamenti processuali di *common law*. Ma sarebbe un’impressione fallace. Nei suoi studi sulla riforma del processo penale egli non cita mai le esperienze di matrice anglosassone. Del resto, le fonti dottrinali dei suoi studi precedenti provenivano principalmente dall’area tedesca e, in parte, francese. Le teorie anglosassoni gli sono pressoché sconosciute (o indifferenti). Egli è piuttosto influenzato dal modello processualcivilistico della giurisdizione volontaria<sup>11</sup>.

Carnelutti è prossimo a uscire di scena (morirà nel 1965). La sua proposta di costruire un sistema accusatorio, liquidando la cultura inquisitoria prevalsa in Italia da sette secoli, sarà tuttavia fatta propria e sapientemente raffinata da Franco Cordero, in una serie di scritti e prese di posizione che animeranno il dibattito negli anni ’60. Memorabile, in particolare, il suo intervento al convegno svoltosi in due atti fra Lecce e Bellagio nella primavera e nell’autunno del 1964<sup>12</sup>. Seguiranno altri scritti critici con il [nei confronti del] ‘sistema misto’ che troveranno definitiva collocazione nel suo fortunato manuale, a partire dalla prima edizione datata 1966. Cordero si batte per l’‘inchiesta di parte’ con argomenti simili a quelli sfoderati qualche anno prima da Carnelutti. Nemmeno lui evoca l’esperienza del processo di *common law* quale modello da imitare. È semmai attratto dalla dottrina tedesca (su tutti, James Goldschmidt), nella cui impostazione crede di trovare altri argomenti adatti a superare – come lui sosteneva – sette secoli di cultura inquisitoria propagata (almeno inizialmente) dal diritto canonico nell’intera Europa continentale.

È sembrato opportuno indugiare su questo passaggio dottrinale di ini-

<sup>11</sup> Come risulta dal già citato saggio sulla *Crisi della giustizia penale* (*supra* nota 6), in particolare pp. 339-340.

<sup>12</sup> Gli atti sono stati pubblicati a cura del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale nel volume dal titolo *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Milano, Giuffrè, 1965. La relazione di F. Cordero, *Linee di un processo accusatorio*, la si può leggere alle p. 61 ss.

zio anni Sessanta, in ragione del peso che esso avrà nelle discussioni degli anni, anzi dei decenni successivi.

Nell'immediato, né il 'progetto Carnelutti', né le proposte di Cordero approderanno tuttavia ad esiti normativi. Semplici documenti offerti alla speculazione accademica.

Nel frattempo, infatti, le riforme processuali proseguono sulla via tracciata dalla citata legge del giugno 1955: garantire al meglio la fase istruttoria, mantenendo inalterata la struttura del sistema 'misto' che caratterizzava il codice del 1930. In ciò si prodigherà la nostra Corte costituzionale, che nel corso degli anni Sessanta, estenderà la presenza difensiva praticamente a tutti gli atti istruttori (esclusa la sola testimonianza). Il legislatore, dal canto suo, interverrà nello stesso senso, anche perché incalzato dalle numerose dichiarazioni di illegittimità sfornate dalla Corte costituzionale in quel periodo<sup>13</sup>.

#### 4. *Aspirazioni riformistiche e leggi d'emergenza (anni Settanta)*

Nella prima metà degli anni Settanta sembrano maturi i tempi per una nuova codificazione processuale. È la prima volta che si cerca di abbandonare la strada di una riforma, per così dire, dall'interno del c.p.p. 1930. Fino a questo momento – come detto – solo Carnelutti si era espresso nettamente a favore di una riscrittura integrale del codice di rito penale, del quale non poteva essere salvata la scelta del modello 'misto' che lo ispirava.

Nel 1974 viene approvata una legge-delega per il varo di un nuovo codice di procedura penale<sup>14</sup>. Non vi si prefigura con nettezza il superamento del sistema misto, anche se – come auspicava Carnelutti – il termine 'istruzione' (che evoca accertamenti della verità non propri di questa fase propedeutica al dibattimento) viene sostituito dall'espressione 'indagine preliminare', le cui finalità sono esplicitamente limitate all'obiettivo di fornire al pubblico ministero gli elementi necessari alla formulazione dell'accusa. Viene mantenuto il giudice istruttore, anche se in una posizione meno

---

<sup>13</sup> A titolo di esempio possono essere qui ricordate la l. 5 dicembre 1969, n.932 che novella l'art.304 c.p.p., introducendo la comunicazione giudiziaria (oggi informazione di garanzia) proprio per rendere possibile l'assistenza di difensiva al compimento di atti istruttori ai quali il difensore ha diritto di assistere, e il d.l. 1° maggio 1970, n. 192 (conv. con l. 1° luglio 1970, n. 406) che impone termini rigidi di durata della carcerazione preventiva per ogni singola fase del processo.

<sup>14</sup> L. 3 aprile 1974, n. 108.

‘protagonistica’ di quella che caratterizzava il codice del 1930. Le sue iniziative ‘istruttorie’ andrebbero limitate all’acquisizione di prove che rischiano di andar disperse. Gli è assegnato un termine (10 mesi dall’esercizio dell’azione penale) entro il quale sbrigare quanto gli compete. Un modello ibrido che non prende del tutto le distanze dal sistema misto, ma che indubbiamente indebolisce la figura del giudice istruttore pretendendo di fare dell’istruzione dibattimentale il luogo per la raccolta di prove ‘purificate dal filtro del contraddittorio’, come si amava ripetere nella dottrina dell’epoca<sup>15</sup>.

La citata legge-delega cade in un momento complicato della storia italiana. La riforma codicistica – da tutti percepita come di segno accentuatamente garantista – deve fare i conti con nuove allarmanti forme di devianza criminale (sequestri di persona a scopo di estorsione, rapine) e con una crescente conflittualità sociale destinata a deflagrare prima in violente manifestazioni di piazza e poi in avventure terroristiche.

A pochi giorni dal varo della legge-delega appena ricordata viene pubblicato un decreto-legge contenente *Provvedimenti urgenti sulla giustizia penale*<sup>16</sup>, di segno nettamente rigoristico sul piano sia sostanziale sia processuale. Sarà il primo di una lunga serie di provvedimenti legislativi che caratterizzeranno l’intera stagione italiana degli anni Settanta: le leggi sull’ordine pubblico del maggio 1975 (cosiddetta legge Reale) e dell’agosto 1977; il decreto-legge emanato a cinque giorni dal sequestro Moro (marzo 1978); il cosiddetto decreto-Cossiga (dicembre 1979), che accresceva i poteri investigativi della polizia e introduceva regole severissime in tema di carcerazione preventiva. Insomma, una ventata antigarantista, presto etichettata come ‘legislazione dell’emergenza’<sup>17</sup>, del tutto antitetica alle aspirazioni accusatorie coltivate nella legge delega del 1974 e nel successivo progetto preliminare del 1978<sup>18</sup>. La riforma processuale può attendere.

<sup>15</sup> Si vedano gli atti del Convegno nazionale di studio su *I problemi della istruzione formale penale* (Bologna, 9-10 giugno 1973, Archiginnasio), Tip. Compositori, Bologna 1974 ripubblicati successivamente a Bologna, Patron, 1977.

<sup>16</sup> D.l. 11 aprile 1974, n. 99 (conv. con modificazioni nella l. 7 giugno 1974 n. 220).

<sup>17</sup> GIOVANNI CONSO vi dedicò addirittura una collana (*La legislazione dell’emergenza*, Giuffrè) che collezionò 26 volumi dal 1979 al 1991. Un giurista del suo calibro riteneva, evidentemente, che quell’emergenza sarebbe stata duratura, se non addirittura ‘perenne’, come ebbe a qualificarla un altro Autore, con efficace ossimoro: S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, ESI, 2000.

<sup>18</sup> Presieduta da Giandomenico Pisapia, la Commissione ministeriale incaricata di redigere il progetto preliminare annoverava fra i propri componenti alcuni degli studiosi (Giovanni

5. *Illusione accusatoria (anni Ottanta)*

Il clima sociale cambia all'inizio del decennio successivo, con effetti rilevanti anche sul terreno della legislazione processuale penale. Nei primi mesi del 1982 vengono disarticolate numerose organizzazioni terroristiche. L'impressione che si stia uscendo da quell'emergenza trova riscontro nella legge del maggio di quell'anno (n. 304) che premia con congrui sconti di pena e, in qualche caso, con la non punibilità gli appartenenti a formazioni terroristiche disposti a dissociarsi dal sodalizio criminoso e/o a collaborare con l'autorità giudiziaria<sup>19</sup>.

Il 1982 segnerà la fine dell'emergenza terroristica e l'inizio di una nuova emergenza, quella mafiosa, con gli omicidi di un importante politico siciliano (Pio La Torre – 30 aprile) e del prefetto di Palermo (Carlo Alberto Dalla Chiesa – 3 settembre). Ne seguirà una legge antimafia (13 settembre 1982, n. 646) che – ai fini per noi qui rilevanti – si segnala per una duplice caratteristica: da un lato, ingloba nel *corpus* codicistico (penale e processuale) le speciali norme per reprimere i delitti di mafia; dall'altro, potenzia il procedimento di prevenzione *ante-delictum* per contrastare con nuovi strumenti di marca inquisitoria il fenomeno mafioso, grazie soprattutto alle indagini patrimoniali destinate a sfociare nella confisca preventiva dei patrimoni illeciti<sup>20</sup>.

La nuova emergenza non ostacola la ripresa del disegno di riforma tramontato nel precedente decennio. Sempre nel 1982 (agosto) viene approvata una normativa di ispirazione garantista, che – ripescando una delle proposte presenti nella legge-delega del 1974 – introduce l'impugnazione di merito contro i provvedimenti di coercizione personale (cosiddetto 'tribunale della libertà')<sup>21</sup>. Un'apertura ai diritti dell'imputato – sul delicato terreno della libertà personale – che interrompe la sequenza di leggi di segno

---

Conso, Franco Cordero, Giuseppe De Luca), che circa quindici anni prima avevano coadiuvato Francesco Carnelutti nella elaborazione della sua bozza. Alla Commissione Carnelutti e al tentativo di 'radicale innovazione' che la stessa intraprese si fa esplicito riferimento nella Premessa alla *Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale*, pubblicata nel 1978 a cura del Ministero della giustizia, Roma, Ist. Poligrafico dello Stato, 1978, p. V.

<sup>19</sup> In particolare, artt. 2 e 3 l. 29 maggio 1982, n. 304.

<sup>20</sup> Sul singolare uso che l'ordinamento italiano fa della giustizia penale preventiva in funzione di contrasto a gravi fenomeni criminosi sia consentito il rinvio a R. ORLANDI, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e diritti fondamentali*, in *Criminalia* 2015, 2016, p. 557 ss.

<sup>21</sup> L. 12 agosto 1982, n. 512, completata e perfezionata dalla legge 28 luglio 1982, n. 330.

ben diverso da quelle che caratterizzarono il ricordato periodo dell'emergenza antiterroristica.

Riprende dunque vigore l'idea di una radicale riscrittura del codice di procedura penale che porterà – nel febbraio 1987 – al varo di una nuova legge-delega<sup>22</sup>. Esattamente un anno dopo (marzo 1988) sarà pronto il progetto preliminare di nuovo codice, redatto dalla stessa commissione che aveva elaborato il progetto preliminare del 1978. Nel settembre dello stesso anno sarà pronto il progetto definitivo, che sarà poi pubblicato sulla Gazzetta ufficiale del 24 ottobre 1988.

Può sorprendere la rapidità con la quale si passa dalla delega all'articolato codicistico. Nel decennio precedente non erano bastati quattro anni a condurre in porto l'operazione. Ora un anno e mezzo si rivela sufficiente a riscrivere per intero il 'primo codice dell'Italia repubblicana', come si disse con una certa enfasi all'indomani della sua pubblicazione.

A spiegare questa rapida conclusione contribuirono – io credo – due importanti fattori.

Il primo, essenzialmente tecnico: la commissione incaricata di redigere il nuovo codice era in buona parte la stessa che aveva lavorato al progetto preliminare del 1978. Il lavoro svolto nel decennio precedente non va quindi perduto. Anzi, il testo di quel progetto viene usato come palinsesto per riscrivere l'articolato con l'innesto di qualche nuova idea<sup>23</sup>.

Il secondo fattore ha natura spiccatamente politica. La riforma nasceva con il dichiarato intento di liberare la legislazione processuale dalle incrostazioni inquisitorie che continuavano a caratterizzare il sistema misto, pur nella versione emendata dalla giurisprudenza garantista della nostra Corte costituzionale nei due decenni precedenti. Larga parte della magistratura (specie requirente) non si rassegnava a questo salto 'culturale', il cui disegno tradiva un senso di profonda sfiducia nell'opera degli organi incaricati dell'investigazione. È verosimile che a indebolire gli argomenti della magistratura contraria alla riforma abbia contribuito il 'caso Tortora' che proprio nel novembre 1987 era culminato nella iniziativa referendaria sulla 'responsabilità civile dei magistrati per danni arrecati nell'esercizio delle loro fun-

<sup>22</sup> L. 16 febbraio 1987, n. 81.

<sup>23</sup> Lo stretto rapporto di continuità cui si allude nel testo è confermato dall'incipit della Relazione accompagnatoria al Progetto preliminare del codice di procedura penale pubblicata come numero speciale della rivista ministeriale Documenti giustizia nel marzo 1988, «La presente Relazione si ricollega, in alcune parti addirittura riproducendola, a quella che accompagnò il Progetto preliminare del 1978, redatto sulla base della legge-delega 3 aprile 1974, n. 108».

zioni? La vicenda giudiziaria del noto presentatore televisivo, condannato in primo grado e assolto in appello sulla base di fasulle chiamate in correità, si era prestata – nel triennio precedente – a un'intensa attività di propaganda politica che aveva tratto linfa da un madornale errore dei magistrati inquirenti. Il *referendum* fu stravinto dai 'critici' del comportamento giudiziario (più dell'80% dei votanti). Si era creato, in tal modo, il clima propizio per una riforma processuale di stampo accusatorio che avesse fra i suoi fini anche quello di limitare il potere investigativo delle procure della Repubblica e degli uffici istruzione.

Il 24 ottobre 1989, esattamente un anno dopo la sua pubblicazione in Gazzetta ufficiale, il nuovo codice di procedura penale entra in vigore. Un anno di *vacatio*, anche per consentire ai pratici (avvocati, magistrati) di acquisire familiarità con le nuove norme e i nuovi istituti.

Sbaglierebbe chi ravvisasse nella nuova codificazione processuale penale un'imitazione del processo di *common law*. L'ascendenza ideale resta il progetto Carnelutti modellato sull'inchiesta di parte. Viene eliminato il giudice istruttore, figura evocatrice di scenari inquisitori. Al pubblico ministero si attribuisce il potere di condurre l'indagine finalizzata non già all'«accertamento della verità», bensì al solo scopo di acquisire gli elementi necessari per formulare l'imputazione (art. 326). La prova per il giudizio di colpevolezza va formata in dibattimento (artt. 496 ss.). L'unica differenza (rispetto al progetto Carnelutti) è rappresentata dai riti alternativi al dibattimento (patteggiamento e giudizio abbreviato), la cui introduzione viene giustificata con il rilievo realistico che il nuovo dibattimento, per le sue regole stringenti e tali da assegnare alla difesa cospicui spazi di intervento – non potrà essere assicurato alla stessa maniera a tutti gli imputati<sup>24</sup>. Le affinità di codesti riti alternativi con le pratiche negoziali dei sistemi di *common law* è del tutto superficiale. Il patteggiamento – applicabile ai soli reati di medio-bassa gravità, almeno nella prima versione del codice riformato – non prevede una dichiarazione di colpevolezza e non ammette trattative sulla qualifica giuridica del reato. Quanto al giudizio abbreviato, è procedura priva di modelli cor-

---

<sup>24</sup> «È diffuso il convincimento che ad essi (ai riti alternativi) è affidata in gran parte la possibilità di funzionamento del procedimento ordinario, che prevede meccanismi di formazione della prova particolarmente garantiti, e quindi non suscettibili di applicazione generalizzata, per evidenti ragioni di economia processuale. Soprattutto ai riti abbreviati è affidata la funzione di evitare il passaggio alla fase dibattimentale di un gran numero di procedimenti, secondo uno schema di deflazione comune a tutti i sistemi processuali che si ispirano al modello accusatorio». Così la *Relazione al progetto preliminare del c.p.p. 1988*, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale – Supplemento ordinario* del 24 ottobre 1988, n. 250, p.104.

rispondenti negli ordinamenti anglo-americani: in esso rivive – a ben vedere – lo spirito del codice abrogato, giacché l'imputato, in cambio di un sensibile sconto di pena, chiede di essere giudicato sugli atti formati nella fase preliminare (come accadeva nel dibattimento regolato dal codice di rito del 1930).

In definitiva, la riforma processuale del 1988, resa possibile da una momentanea crisi di legittimazione della magistratura (caso Tortora), realizza il superamento del modello 'misto' (prevalentemente inquisitorio) in favore di un modello accusatorio che ha il suo ascendente principale nella proposta carneluttiana del 1962, propagandata da Franco Cordero e, in buona parte accolta nell'abortito progetto preliminare di nuovo codice del 1978.

La sua entrata in vigore provocherà forti reazioni polemiche della magistratura (soprattutto requirente), che nella riforma ravvisa un segnale di sfiducia nella figura del pubblico ministero<sup>25</sup>.

## 6. *Risveglio inquisitorio (anni Novanta)*

La reazione negativa della magistratura (anche giudicante) non tardò a farsi sentire e trovò espressione in numerose questioni di legittimità costituzionale che colpivano i cardini del nuovo processo penale.

La Corte costituzionale rispose con tre sentenze che – nel giro di pochi mesi – affossarono di fatto il modello accusatorio varato nel 1988.

Si stabilì che le dichiarazioni raccolte dalla polizia nel corso delle indagini potessero essere oggetto di testimonianza indiretta (sent. n. 24 del 1992); che le dichiarazioni rese in fase preliminare da coimputati coperti dal diritto al silenzio potessero essere fatte valere contro accusati sforniti del diritto di contro-esaminare i loro accusatori (sent. n. 254 del 1992); che le dichiarazioni raccolte unilateralmente da polizia e pubblico ministero vallesero come prove di colpevolezza, se usate per contestare al teste la difforme dichiarazione resa in dibattimento (sent. n. 255 del 1992). Detto in breve, queste tre sentenze ebbero l'effetto di trasformare in marcatamente

<sup>25</sup> Per iniziativa dei magistrati Marcello Maddalena e Francesco M. Agnoli nasce, nel 1990, il Movimento per la Revisione del nuovo codice di procedura penale. Si osteggia apertamente lo spirito della riforma, denunciando l'assurdità della scelta che limita temporalmente le indagini del pubblico ministero privando sistematicamente i relativi risultati del valore di prova. In un incontro pubblicato sul sito di Radio radicale è ancora possibile seguire gli argomenti dei due magistrati citati: <<https://www.radioradicale.it/scheda/35700/movimento-per-la-revisione-del-nuovo-codice-di-procedura-penale>>.

inquisitorio il modello accusatorio uscito dalla riforma di fine anni Ottanta. Era un rischio del quale la dottrina era ben consapevole. Occorreva guardarsi dal pericolo di affidare poteri istruttori (vale a dire, di formazione della prova) al pubblico ministero, come avrebbero preteso i fautori dell'istruzione sommaria. Merita citare un passo di Cordero tratto dal suo intervento al già ricordato convegno di Lecce-Bellagio: «Qui, come in materia di fede – diceva Cordero – il sentiero dell'ortodossia è stretto e difficile: una deviazione in apparenza impercettibile e dalla sfera del processo accusatorio ci si ritrova in quella del pubblico ministero-giudice ossia dell'aberrazione inquisitoria»<sup>26</sup>. Circa trent'anni dopo esser stato chiaramente denunciato, il rischio si concretizzò, creando fra i protagonisti della vita giudiziaria italiana un clima di diffidenza e ostilità del quale ancor oggi si avvertono gli effetti.

Quasi l'intero decennio degli anni Novanta sarà dominato da una sorta di febbre inquisitoria. Il contesto politico-sociale favorisce questa curvatura marcatamente anti-garantista della procedura penale. I numerosi processi per gravi fatti di corruzione politica (Mani pulite) e la nuova emergenza mafiosa (attentati di Capaci e via D'Amelio) investono la magistratura, specie requirente, di inediti compiti di palingenesi sociale. Alla crisi di legittimazione che aveva caratterizzato lo scorcio finale degli anni Ottanta, segue una rapida (e irrazionale) legittimazione del magistrato penale, visto come eroe liberatore da vasti strati dell'opinione pubblica. L'accesa conflittualità che ne scaturisce, con la classe politica da un lato e con l'avvocatura, dall'altro, troverà una (almeno parziale) composizione con la revisione costituzionale dell'art. 111 cost. varata nel novembre 1999.

Con essa si recepiscono i principi del *fair trial* scolpiti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, soprattutto, si eleva al rango di canone costituzionale la «formazione della prova nel contraddittorio fra le parti»: la locuzione cara a Franco Cordero sin dai tempi delle note relazioni svolte

---

<sup>26</sup> In *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, cit., p. 387. Nello stesso convegno, Pietro Nuvolone aveva ripetutamente espresso il suo personale scetticismo sulla proposta di una inchiesta affidata al pubblico ministero, che presentava il rischio di uno stravolgimento inquisitorio del sistema: «... molti hanno il cosiddetto processo accusatorio sul labro, ma l'inquisitorio nel cuore», *ivi*, p. 86 e p. 196. Il rischio di tale stravolgimento lo si sarebbe prevenuto, a suo dire, modificando lo statuto del pubblico ministero: non più magistrato che opera nell'interesse della legge, bensì avvocato dell'accusa destinato a operare su un piano di sostanziale parità con la difesa (*ivi*, p. 196-197). In altre parole, la riforma del processo penale doveva essere abbinata a una revisione dell'ordinamento giudiziario, come oggi sostengono i fautori della separazione delle carriere.

al Convegno di Lecce-Bellagio. Vengono in questo modo mutati i parametri per la valutazione di legittimità costituzionale delle ordinarie norme processuali, sicché la Corte, messa di fronte dieci anni dopo agli stessi quesiti che avevano occasionato le tre sentenze del 1992 dovrà superarle, riconoscendo il mutato quadro sovraleale definito dal citato art. 111<sup>27</sup>.

Si può dire che la revisione costituzionale di fine 1999 segna un punto di arrivo e di ripartenza delle diatribe pocessualpenalistiche. Il riconoscimento costituzionale del diritto alla «formazione della prova nel contraddittorio fra le parti» rappresenta certamente un punto a favore del modello *adversary*. Benché autorevoli voci insistano nel riscontrare tuttora la persistenza di retaggi inquisitori<sup>28</sup>, non va trascurato il cambio di passo che le discussioni intorno alla procedura penale hanno subito per effetto dell'importante innovazione normativa che verso la fine del secolo scorso ha investito l'attività della Corte europea dei diritti dell'uomo. In particolare, l'11° protocollo addizionale alla Convenzione europea, entrato in vigore il 1° novembre 1998, ha contribuito a fare della Corte EDU un soggetto centralissimo anche per la giustizia penale italiana. La possibilità del ricorso individuale (art. 34) unita al maggior peso che le condanne della Corte hanno per le Alte Parti contraenti (art. 46) inaugurano, si può dire, una nuova stagione dei diritti individuali, sia degli imputati, sia delle vittime dei reati.

*7. Oltre il binomio inquisitorio/accusatorio: la tutela dei diritti inviolabili come cardine ideale della cultura processualistica negli anni Duemila. Scenari inquisitori della prevenzione ante delictum*

Il nuovo secolo si apre, pertanto, sotto il segno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Le note sentenze gemelle della nostra Corte costituzionale (n. 348 e n. 349 del 2007) sanciscono la natura sovra-legale dei

<sup>27</sup> La sent. n. 32 del 2002 deve così smentire la sent. n. 24 del 1992 riguardante le testimonianze indirette della polizia giudiziaria sulle dichiarazioni ricevute nel corso dell'indagine. Con l'ord. n. 36 del 2002 si supera la sent. n. 255 del 1992 che aveva favorito il promovimento al rango di prove delle dichiarazioni provenienti dalla fase preliminare, quando fossero state utilizzate per le contestazioni al testimone caduto in contraddizione davanti al giudice del dibattimento. Infine, ben tre ordinanze (n. 81, 82 e 215 del 2002) superano la sent. n. 254 del 1992, che aveva reso possibile esonerare il chiamante in correità dal confrontarsi in dibattimento con la persona accusata.

<sup>28</sup> Si veda, ad es., P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, Zanichelli, 3<sup>a</sup> edizione, 2012, in particolare il capitolo 7° dal titolo *Sopravvivenze inquisitorie*, p. 259 ss.

principi enunciati nella Convenzione del 1950, idonei a fungere – quali norme interposte fra Costituzione e legge ordinaria – quali parametri per censurare le scelte del legislatore statale. Tendono a sopirsi le diatribe sul problematico rapporto indagine preliminare/dibattimento che avevano animato il decennio precedente (e, anzi, si può dire, i cinque decenni precedenti). Acquistano importanza le discussioni intorno alla tutela dei diritti inviolabili della persona (libertà personale, libertà domiciliare, libertà e segretezza delle comunicazioni interpersonali e della corrispondenza) che erano rimaste per così dire oscurate dalle controversie sul modello processuale misto a prevalenza inquisitoria.

La giurisprudenza della Corte EDU costringe inoltre lo studioso italiano a fare i conti con gli ordinamenti di altri Paesi aderenti al Consiglio d'Europa, nei quali si presentano problemi analoghi a quelli del nostro diritto interno la cui soluzione non può lasciarci indifferenti.

La maggior sensibilità che si va così maturando sul terreno dei diritti fondamentali raffina anche l'analisi giuridica della loro tutela. La comparazione diventa strumento indispensabile per orientarsi in discussioni relativamente nuove per la dottrina italiana. In particolare, l'uso accorto del criterio di proporzionalità per misurare la comprimibilità dei diritti inviolabili della persona (così come messo a punto dalla lunga elaborazione del *Bundesverfassungsgericht*) consente di inquadrare sotto una diversa luce la tematica delle speciali regole dettate per un efficace contrasto ad allarmanti fenomeni criminosi (mafia, terrorismo, pedofilia etc.), nelle quali qualche autore è incline a ravvisare incrostazioni di tipo inquisitorio. L'uso del suddetto criterio nelle sue tre componenti della idoneità, adeguatezza e proporzione in senso stretto permette di affrontare con razionale senso della misura i delicati problemi sollevati dalla necessità di reprimere anche i delitti più gravi e di difficile accertamento<sup>29</sup>.

Una ripresa (anche assai vigorosa) dell'elemento inquisitorio la si può oggi notare, non tanto nell'asserita prevalenza della fase investigativa sul giudizio, quanto piuttosto nell'allestimento di una procedura squisitamente inquisitoria destinata ad affiancare il procedimento penale. Si allude al procedimento di prevenzione *ante delictum*<sup>30</sup>, che viene attivato, sulla base di

---

<sup>29</sup> Per un approfondimento di questa tematica sia consentito il rinvio a R. ORLANDI, *Droits de la défense et poursuite du crime organisé*, in *Arch. de philosophie du droit* 2022, p. 463 ss., nonché, per una sintetica esposizione del criterio di proporzionalità (secondo l'elaborazione del *Bundesverfassungsgericht*) R. ORLANDI, *Uso poliziesco dell'intelligenza artificiale*, in *Cass. pen.* 2023, p. 2167 ss.

<sup>30</sup> Oggi regolato dal d.lgs. n. 159 del 2011 (cosiddetto codice antimafia).

semplici sospetti di pericolosità, al fine di controllare soggetti percepiti come devianti o di sequestrare (ed eventualmente confiscare) patrimoni dei quali il possessore non riesce a provare la liceità.

Nato inizialmente per controllare ‘oziosi e vagabondi’, il procedimento di prevenzione si è andato nel tempo caratterizzando come efficace strumento per il contrasto (preventivo) di forme gravi di criminalità (mafia – terrorismo anche internazionale – corruzione sistemica).

La circostanza che ad attivarlo – nei casi più allarmanti – sia il pubblico ministero (anziché il questore), segnala l’intimo rapporto fra questa procedura (ufficialmente amministrativa, ancorché ‘giurisdizionalizzata’) e il vero procedimento penale.

Tale rapporto è suscettibile di svilupparsi in una duplice direzione.

Da un lato, il procedimento di prevenzione può costituire l’epilogo di un processo penale chiuso con una sentenza assolutoria per essere incerta la responsabilità penale dell’imputato (art. 530 comma 2 c.p.p.): siccome però l’incertezza non esclude del tutto i sospetti di collusione dell’assolto con l’ambiente criminoso al quale lo si vuole legato, è possibile aprire nei suoi confronti un procedimento di prevenzione per sorvegliare i suoi movimenti e controllare la liceità dei suoi proventi economici.

D’altro lato, il procedimento di prevenzione può costituire l’*incipit* di una procedura destinata a ricercare e acquisire notizie di reato, fornendo in tal modo l’alimento base di un’indagine penale. La circostanza che un medesimo organo – il pubblico ministero – sia protagonista e, per così dire, iniziatore di entrambe le procedure assicura una relazione di continuità fra la prima e la seconda<sup>31</sup>.

In definitiva, se oggi (2023) ci si chiede dove si annidi la ‘ossessione inquisitoria’ evocata dal titolo del presente contributo, è nel procedimento di prevenzione che – a mio avviso – va individuato il focolaio.

---

<sup>31</sup> Per un esame critico dei rapporti fra procedimento penale e procedimento di prevenzione si rinvia a R. ORLANDI, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali*, in *Criminalia* 2015, 2016, p.