

CAPITOLO I

LA STORICIZZAZIONE DEL CODICE DI PROCEDURA PENALE ATTRAVERSO LE VARIE EPOCHE

SOMMARIO: 1. L'intelaiatura del processo penale: scopi ed esigenze. – 1.1. Le fasi salienti dei c.d. “quattro codici dell'Unità d'Italia”. – 1.2. Il difficile confronto tra l'ideale inquisitorio e l'ideale accusatorio. – 2. Il punto di rottura con l'impianto codicistico previgente: i criteri direttivi della legge-delega del 16 febbraio 1987, n. 81. – 2.1. I principi informativi del processo penale italiano. – 2.2. Il giusto processo. – 3. L'organizzazione del vigente codice di procedura penale. – 3.1. L'impianto probatorio: dal *Codice Rocco* al *Codice Vassalli* attraverso il principio del libero convincimento del giudice. – 3.2. La differenza tra i mezzi di prova e i mezzi di ricerca della prova.

1. L'intelaiatura del processo penale: scopi ed esigenze.

Uno dei capostipiti della Scuola classica, Francesco Carrara, definiva il processo penale come «una serie di atti solenni, coi quali certe persone a ciò legittimamente autorizzate, osservato un certo ordine e forma determinata dalla legge, conoscono dei delitti e dei loro autori, affinché la pena si storni dagli

innocenti e si infligga ai colpevoli»¹. Con tale affermazione l'autore richiama l'attenzione sul processo quale fenomeno regolato da norme secondo una molteplicità di forme: ma qual è l'obiettivo che si vuole perseguire “intrappolando” il processo in forme e regole?

Un primo scopo è concatenato al significato etimologico del termine processo, il quale sta ad indicare, generalmente, una via, un cammino, un avanzamento; infatti, i processi non sono altro che successioni di atti che si snodano da uno stato iniziale di dubbio e marciano verso uno stato di (relativa) certezza. Regole e forme, dunque, mirano in primo luogo a questo: a guidare, aiutare, indirizzare un percorso di conoscenza².

Occorre però non farsi ingannare dal trabiccolo che vede il formalismo quale garante della certezza fenomenologica: quando l'imputato viene giudicato colpevole o innocente del reato contestatogli alla fine del giudizio, il giudice non si esprime mai in termini di certezza, ma in termini approssimativi, quasi come se fosse una convenzione. «Noi non siamo in grado di conoscere la verità storica. Neppure nelle cosiddette scienze esatte la verità risulta alla nostra portata: gli studiosi ormai convengono che la certezza di oggi è spesso l'errore di domani e che quindi sarebbe più corretto esprimersi in termini di probabilità e di verità provvisorie. Ma il fatto che noi non possiamo essere certi di conoscere la verità storica non ci esime dall'agire come se la conoscessimo»³. Questo però non deve sminuire l'essenza delle regole ed anzi, è importante che quando il giudice, alla fine di questo percorso chiamato “processo”, pervenga alla decisione, lo faccia seguendo attentamente tutte le mediazioni processuali.

Come accade nei più illustri spettacoli, lo scenario sino ad ora descritto nasconde un retroscena che vale la pena sottolineare: l'esercizio della forza. Il processo si caratterizza per il fatto di distinguersi da altre forme di conoscenza

¹ CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, il Mulino, 2004, p. 64.

² CAMON A., DANIELE M., NEGRI D., CESARI C., DI BITONTO M.L., PAULESU P.P., *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, 2021, p. 4.

³ GIOSTRA G., *Prima lezione sulla giustizia penale*, Edizioni Laterza, 2020, p. 3.

perché implica proprio l'uso della forza, e questo perché essendo il delitto “un fenomeno che tende a rimanere in un bugigattolo con la speranza che mai nessuno ci metta piede”, si deve cercare di duellare contro questa resistenza adoperando dei meccanismi che possono prevedere l'uso della violenza.

A ragion del vero, il processo penale contempla una serie di azioni che, se effettuate in sede extraprocessuale, sarebbero reato: si pensi, a titolo esemplificativo, all'ispezione personale, alla perquisizione personale, all'ispezione domiciliare, alla perquisizione domiciliare, al sequestro, all'intercettazione telefonica o ambientale, alla localizzazione satellitare, alle riprese visive. Dunque, proprio perché il processo penale comporta sofferenze non solo al traguardo dello stesso, ma anche agli albori, che viene in rilievo la seconda importante funzione delle regole, che mirano ad imbrigliare l'uso della forza, prevedendo dettagliatamente il dove, il come e il quando possa legittimamente esplicarsi.

Si può agevolmente comprendere, pertanto, il motivo per cui il vigente codice di procedura penale schivi (quasi) sempre il termine “verità”; ovvero, la adopera pochissime volte e sempre in relazione a soggetti che non governano il processo (a titolo esemplificativo, si pensi al testimone, al perito, all'interprete).

A sostenere tale tesi, c'è anche il cambio di rotta di natura terminologica che il legislatore ha utilizzato nel passaggio dal progetto preliminare al testo definitivo: le norme che attribuivano al giudice il compito di ricercare la verità sono state sostituite con formule più prudenti; l'esempio più lampante lo si rinviene nell'art. 506, comma 1, c.p.p., nella misura in cui si prevede che «il presidente [...] in base ai risultati delle prove assunte nel dibattimento [...] può indicare alle parti temi di prova nuovi o più ampi, utili per la completezza dell'esame» (e non per la ricerca della verità).

Non è tutto. Il processo, oltre a svolgere la funzione di mutamento dalla *res iudicanda* alla *res iudicata*, non può spiegarsi in una complicata opera di ingegneria normativa orientata semplicemente al dato codicistico, ma deve congegnare una importante opera di ponderazione di regole e di garanzie in

modo tale da costruire un “edificio” che possa essere considerato “della collettività”. È importante tenere sempre a mente questa cifra etico-politica, perché «la giustizia penale può essere considerata la più fedele carta di identità di un popolo»⁴.

1.1. Le fasi salienti dei c.d. “quattro codici dell’Unità d’Italia”.

Il principale strumento attraverso cui si persegue lo scopo di “intrappolare” il processo in forme e regole, nella duplice dimensione che in precedenza si è rilevato, è il codice di procedura penale: questo rappresenta una sistematica raccolta delle leggi che disciplinano il processo penale italiano.

La prima regolamentazione organica del processo penale italiano si rinviene nella codificazione del 1865, la quale offrì il primo codice di procedura penale dell’Unità d’Italia. Il codice in questione presentava una struttura apparentemente approssimativa, in quanto constava solo di tre libri: “istruzione probatoria”, “giudizio” e “procedure particolari e disposizioni regolamentari” ed entrò in vigore il 1° gennaio del 1866, a seguito di alcuni accorgimenti dettati dalla necessità di estendere la regolamentazione contemplata all’interno del codice su tutto il territorio.

Le modifiche alla disciplina del primo codice di procedura penale italiano non tardarono ad arrivare, soprattutto per la corrente innovatrice che aveva travolto la materia sostanziale nel 1889; ad avvertire l’esigenza di rimodellare la disciplina processual-penalistica fu l’allora Ministro di Grazia e Giustizia e Culti Teodorico Bonacci, il quale, nei primi anni Novanta, preconizzò insistentemente l’entrata di un nuovo codice di procedura penale. Il tentativo del Ministro Bonacci e della relativa commissione preposta ai lavori rettificatori del codice si rivelò, ben presto, effimero, e dopo la piccola parentesi del progetto (infelice) del Ministro Emanuele Gianturco del 1897, fu il turno del Ministro Camillo Finocchiaro Aprile.

⁴ GIOSTRA G., *Prima lezione sulla giustizia penale*, Edizioni Laterza, 2020, p. 7.

Questi nominò, nel 1898, una nuova commissione che aveva l'obiettivo di emanare un nuovo codice di procedura penale anche sulla base dei pareri degli operatori e dei cultori di diritto: il lavoro di tale commissione sfociò in un primo testo, in forma schematica, che venne presentato alla Camera dei deputati sette anni dopo, e precisamente a novembre del 1905. Il testo che emerse fu stringatamente rifiutato da una commissione *ad hoc*, ma offrì le basi per un nuovo lavoro basato sui diversi disegni di legge che l'allora Ministro Vittorio Emanuele Orlando varò per la riforma della giustizia.

Fu lo stesso Camillo Finocchiaro Aprile, nominato Guardasigilli, a dare l'input risolutivo: l'idea era quella di restaurare il progetto del 1905, apportando diverse e profonde modificazioni dettate dai diversi disegni di legge e riforme che nel frattempo erano intervenute. Solo a seguito di ingenti modificazioni ad opera del governo, che era stato delegato alla revisione del progetto, questo fu presentato al Re e finalmente pubblicato nel 1913.

Il nuovo codice di procedura penale raccolse consensi positivi. Di lì a poco, però, la materia processual-penalistica avrebbe dovuto fare i conti con la temuta scia fascista. Così, nel 1929, il Guardasigilli Alfredo Rocco contemplò un progetto preliminare del codice di procedura penale, redatto da Vincenzo Manzini. Il testo fu accuratamente divulgato e trasmesso a professori, avvocati e magistrati, al fine di ricevere un parere prima della sua presentazione. Recepite le osservazioni e redatto il progetto definitivo, e a seguito di ulteriori accorgimenti, il testo venne presentato al sovrano nel 1930 e, una volta approvato, entrò in vigore dal 1° luglio del 1931. Il nuovo codice di procedura penale (c.d. *codice Rocco*), che sostituì, dunque, quello del 1913, constava di ben 404 articoli, suddivisi in cinque libri: “disposizioni generali”, “istruzione”, “giudizio”, “esecuzione” e “rapporti giurisdizionali con autorità straniere”.

Il “terzo codice” di procedura penale dell'Unità d'Italia sopravvisse per circa quindici anni. Con la caduta del regime fascista, emersero nuove ed evidenti ragioni di revisione, soprattutto quelle volte alla eliminazione di leggi ed articoli di impronta fascista. A tal fine, il 2 gennaio del 1945 fu istituita dal

Guardasigilli, Umberto Turpini, una commissione ministeriale che avrebbe dovuto rimodellare il codice al fine di renderlo compatibile con la nuova realtà socio-politica; le operazioni di tale commissione, però, si esaurirono nel *Progetto di modificazioni per l'aggiornamento del Codice di procedura penale* del 1949.

Allo stesso tempo, l'entrata in vigore della Costituzione rappresentò un punto cruciale ai fini della riformulazione del codice di procedura penale, nella misura in cui la materia doveva adeguarsi al dettato costituzionale che rivoluzionò radicalmente l'interno ordinamento giuridico e sociale. Iniziarono, così, i primi lavori di adeguamento: mentre Giovanni Leone si impegnava a promuovere e proporre il *Progetto di modificazioni* dinanzi al Parlamento, il Guardasigilli Adone Zoli presentò, nel 1952, un nuovo progetto-stralcio. I due lavori non furono per nulla ramificati o caratterizzati tra di loro da un principio di incompatibilità e, anzi, ebbero a sposarsi in un unico testo approvato, nel 1953, dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati; nondimeno, le operazioni subirono un improvviso arresto per mezzo della conclusione della legislatura.

Reiterati nuovamente, i suddetti progetti dovettero fare i conti con un clima politico tutt'altro che pacato, e il rischio di inciampare in quei meccanismi governativi che, inconsapevolmente, indugiavano verso nuovi orizzonti non ancora meditati, era davvero elevato. Così, per evitare un pericoloso sfacelo giuridico, si giunse ai decreti presidenziali 18 giugno 1955, n. 517 e 25 ottobre 1955, n. 932, proposti dal ministro Michele Di Pietro, che aggiornarono 129 articoli del testo.

L'operato delle Corti supreme, ovvero della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale, non tardò ad arrivare. Avvertite le esigenze di ponderazione delle nuove norme rispetto al contesto storico venuto in essere, iniziarono i lavori per una riforma organica e radicale. Così nel 1962, sotto la direzione di Francesco Carnelutti, si raggruppò una commissione, istituita dal Ministro di Grazia e Giustizia Guido Gonella, che partorì una *Bozza di Codice*

di procedura penale, meglio conosciuta come *progetto Carnelutti*; tale progetto, però, nonostante fosse altamente innovativo e idoneo a sopperire talune delle esigenze che vennero a presentarsi in quel critico periodo storico, non ebbe una buona sorte e fu ridimensionato congiuntamente alle dimissioni del governo, e così la commissione preposta al vaglio del progetto non riuscì più a riunirsi.

Solamente un anno dopo il tentativo di Francesco Carnelutti, fu presentato un disegno di legge che pronosticava l'emanazione di una legge di delega al governo per la riforma di tutti i codici vigenti, compreso, dunque, il codice di procedura penale. Nonostante il forte auspicio, il disegno di legge-delega non ottenne successo e non si concretò in nessun provvedimento legislativo.

L'idea fu recuperata nel 1965 quando il Parlamento si trovò a dover esaminare un nuovo disegno di legge che rimetteva al governo l'emanazione di un nuovo codice di procedura penale: esaminato dalla Commissione Giustizia della Camera nell'anno 1966, il testo si inceppò per colpa della conclusione della legislatura.

Si dovettero attendere circa due anni affinché il Guardasigilli Gonella si decise a ripresentare il disegno di legge-delega, seppur con qualche modificazione rispetto a quello presentato nella legislazione precedente. Dopo un andirivieni tra le camere del Parlamento, il testo subì un arresto in Senato nell'ottobre del 1971, anche questa volta per via dello scioglimento della legislatura.

Il disegno di legge-delega, che effigiava fedelmente il testo nella ultima versione approvata dalla Camera, fu riproposto dal Guardasigilli Gonella: se da una parte incisive modificazioni furono contemplate dalla Commissione giustizia della Camera dei deputati, rallentando così il processo di approvazione dello stesso testo, più celeri furono i lavori dell'Aula. I principi che avrebbero dovuto orientare il nuovo codice di procedura penale furono approvati in prima

lettura il 24 gennaio 1974. Il Senato si decise ad accettare il testo e la delega venne finalmente e solamente promulgata come l. 3 aprile 1974, n. 108.

La presente delega al governo rappresentava un importante provvedimento perché all'interno di questo erano riportati i principi e le direttive che il governo avrebbe dovuto seguire al fine di emanare il nuovo codice di procedura penale: fu proprio così che avvenne per la commissione ministeriale istituita dal Guardasigilli Mario Zagari il 18 ottobre 1974 e presieduta da Gian Domenico Pisapia e Giovanni Conso, la quale mise al mondo il *Progetto preliminare* del 1978, costituito da 656 articoli e 132 disposizioni preliminari. Il testo fu sottoposto non solo all'attenzione di una Commissione consultiva interparlamentare, ma anche a diverse Università, all'Ordine forense e, soprattutto, alla Magistratura, la quale non esitò a sollevare diverse obiezioni, tra le quali spiccava radicalmente quella della riduzione dei poteri a carico dei Pubblici Ministeri.

Fu proprio così che tra le recriminazioni addossate al testo e la legislazione d'emergenza che caratterizzò quel periodo che decadde la delega per l'inosservanza del termine (ripetutamente prorogato) da parte dell'esecutivo. Dunque, ancora una volta il progetto non si concretizzò nell'emanazione di un nuovo codice.

Trascorso un anno dall'ultimo insuccesso, nel 1979 il Guardasigilli Tommaso Morlino presentò un secondo disegno di legge-delega per l'emanazione del tanto acclamato nuovo codice di procedura penale: come era previsto, però, non si trattò di una semplice riesposizione del testo, in quanto l'esecutivo decise di presentare diverse e numerose modificazioni rispetto alla legge-delega del 1974, richiamando l'attenzione anche dell'Università di Firenze per l'esamina di diverse opzioni che prevedevano la omogeneizzazione delle diverse proposte legislative finalizzate alla riforma in questione.

Così la legge-delega, come modificata dall'esecutivo, fu esaminata dapprima dalla Commissione Giustizia, poi dalla Camera dei deputati, dove il testo fu licenziato solo il 18 luglio del 1984, e infine passò al Senato, ove vi

furono ulteriori e approfondite revisioni: la delega fu promulgata con l. 16 febbraio 1987, n. 81.

Nella legge-delega il Parlamento si impegnò a indicare accuratamente all'esecutivo quelle che erano le direttive che avrebbero dovuto accompagnare la redazione del codice di procedura penale, tra le quali spiccavano l'adeguamento del processo penale italiano alle Convenzioni internazionali e, soprattutto, l'esigenza di improntare il procedimento penale ad un sistema fondamentalmente o maggiormente accusatorio.

I lavori procedettero a rilento. Il progetto preliminare fu allestito da una Commissione ministeriale istituita nel marzo del 1987, diretta da Gian Domenico Pisapia, e inviato al ministro Guardasigilli, Giuliano Vassalli, il 20 gennaio 1988; in un secondo momento, il testo fu presentato ai presidenti della Camera e del Senato, che decisero, congiuntamente, di raccomandarne l'esamina ad una commissione interparlamentare guidata da Marcello Gallo.

Per raccogliere il maggior numero di consensi, il progetto preliminare fu anche rimesso al Consiglio Supremo della Magistratura, alle associazioni forensi, ai più illustri magistrati e all'universo universitario.

Le osservazioni della commissione Gallo non si fecero attendere: il 20 maggio 1988 la risposta venne fatta pervenire al Guardasigilli, il quale sottopose il testo, così come modificato e arricchito da diverse considerazioni, al Consiglio dei Ministri che, di conseguenza, autorizzò la trasmissione alle Camere il 18 luglio 1988.

Dopo che la commissione presieduta da Marcello Gallo ebbe a dare il proprio riscontro conclusivo, la redazione del testo definitivo fu affidata alla commissione ministeriale presieduta da Gian Domenico Pisapia: il ministro sottopose al Consiglio dei Ministri il testo del nuovo codice di procedura penale, che finalmente fu emanato con d.p.r. n. 447 del 22 settembre del 1988⁵.

Il codice entrò in vigore il 24 ottobre 1989, segnando una nuova epoca.

⁵ *I lavori preparatori dei codici italiani. Una bibliografia*, in www.giustizia.it, Biblioteca centrale giuridica, 2013, p. 66 s.

1.2. *Il difficile confronto tra l'ideale inquisitorio e l'ideale accusatorio.*

La contrapposizione tra il modello accusatorio e la configurazione inquisitoria del processo penale è, in realtà, frutto di presupposti politici e istanze culturali che hanno caratterizzato le diverse epoche storiche.

Bisogna premettere che, relativamente a questa antitesi, parte della dottrina mette in dubbio l'utilità di questo paradigma in quanto è considerato un vetusto aggeggiamento servito a nobili cause, ma che adesso non riesce a stare al passo con l'avanzare dei tempi. A ragione del vero, adottando la prospettiva dell'armonizzazione europea, l'antinomia tra i due sistemi processuali viene tracciata da una linea di demarcazione molto labile, a favore dell'avvicinamento tra i diversi sistemi processuali penali degli Stati membri. Sembra dunque si sia contemplato un sistema di "sostituzione di concetti-base" nella misura in cui, in tempo recenti, ha preso quota la tendenza ad orientarsi secondo le coordinate unificanti desumibili da forme sintetiche con un elevato grado di elasticità, di modo tale da non rendere difficoltoso il processo di omogeneizzazione che vede l'accostarsi dei diversi modelli penali degli ordinamenti.

L'origine di questo importante confronto tra la dimensione inquisitoria e quella accusatoria è frutto di una conquista intellettuale dell'illuminismo che sosteneva la tesi secondo cui l'organizzazione del processo penale rappresenta l'indice più sicuro per misurare il grado di civiltà. Grazie a questa consapevolezza che si riuscì a dimostrare l'inadeguatezza delle istituzioni dell'*ancien régime*, soggette a una astante critica destinata a lasciare il segno indelebile al pensiero moderno sulla giustizia penale; fu così che l'impalcatura inquisitoria iniziò a subire duri colpi che ne demolirono le fondamenta.

«L'operazione riesce tanto più efficace grazie all'abile espediente di opporre allo schema inquisitorio le soluzioni consonanti con i nuovi valori (garantisti e umanitari) trovate nel metodo accusatorio»⁶. Dunque, la soluzione all'esigenza di tutelare le libertà dei cittadini da parte dello Stato fu rivenuta

⁶ CAMON A., DANIELE M., NEGRI D., CESARI C., DI BITONTO M.L., PAULESU P.P., *Fondamenti di procedura penale*, cit., p. 20.

proprio nel modello accusatorio, il quale riuscì non solo a soddisfare questa pretesa, ma fu in grado di offrire anche la c.d. legalità processuale che gli illuministi tanto invocavano.

La legislazione postrivoluzionaria francese si ispirò ai canoni proposti dall'esperienza illuminista che aveva tracciato le linee dell'innovato processo penale con l'obiettivo di ridurre il predominio dell'autorità in favore dei diritti dell'individuo; così l'Assemblea costituente francese emanò due decreti (1789-'91) aventi la finalità di realizzare il sistema processuale di forte impronta accusatoria.

Lo scenario sino ad ora descritto servì come esempio per dimostrare a tutta l'Europa come, per ricostruire i fatti in materia penale, non fosse necessario ricorrere agli schematismi finemente inquisitori, ma l'obiettivo poteva anche essere perseguito mediante una discussione pubblica dell'accusa nel contraddittorio con la difesa dell'imputato.

Le prime difficoltà, però, non tardarono ad arrivare. La rapida evoluzione storica nella Francia postrivoluzionaria non permise di perseguire efficacemente gli scopi che inizialmente si erano prefissati gli illuministi: fu così che nel *code d'instruction criminelle* del 1808 si assistette alla restaurazione autoritaria nell'età napoleonica.

Il codice napoleonico rappresentò un compromesso tra le antiche modalità inquisitorie e le nuove conquiste di stampo accusatorio: la fase dell'istruzione era adibita alla raccolta delle prove, all'insaputa dell'imputato, mentre la successiva fase dibattimentale, pubblica e orale, serviva a discutere dei risultati acquisiti in precedenza.

La legislazione francese del primo Ottocento venne ad assumere la veste di capostipite in quanto esercitò una forte influenza rispetto agli altri ordinamenti processuali che si ispirarono ad essa, compreso il codice di procedura penale italiano d'epoca fascista rimasto in vigore per quasi sessant'anni. Benché il processo accusatorio realizzato ebbe breve vita, non può sindacarsi sul fatto che l'esperienza illuministica abbia lasciato il segno,