

UNIVERSITÀ DI TORINO
MEMORIE DELL'ISTITUTO GIURIDICO

SERIE II

MEMORIA XCV

FRANCO CORDERO

STUDI SULLE DOTTRINE GENERALI DEL PROCESSO PENALE

LE SITUAZIONI SOGGETTIVE NEL PROCESSO PENALE

Prefazione di Paolo Ferrua



G. GIAPPICHELLI - EDITORE - TORINO

PAOLO FERRUA

PREFAZIONE ALLA RISTAMPA

Exegi monumentum aere perennius
regalique situ pyramidum altius,
quod non imber edax, non Aquilo impotens
possit diruere aut innumerabilis
annorum series et fuga temporum

Orazio, *Carmina*, III, 30

1. *Scrivere su Franco Cordero.* – Con grande gioia, ma non senza timore, scrivo questa prefazione alla ristampa de *Le situazioni soggettive nel processo penale* di Franco Cordero. Cordero non è stato il mio Maestro nel senso accademico che si usa dare a questa espressione, ma ha sicuramente, più di ogni altro, rappresentato un costante punto di riferimento per le mie ricerche, i miei scritti e corsi universitari. Quando, diversi anni or sono, proposi ad un brillante studente di svolgere una tesi di laurea sul pensiero di Franco Cordero, lo studente, in visibile imbarazzo all'idea di confrontarsi con l'Autore che, in spirito, ci aveva accompagnato durante tutto il corso, rispose pressappoco in questi termini: «Come si può scrivere sul pensiero di Franco Cordero senza professarsi intelligenti quanto Cordero?». Non aveva del tutto torto, perché questo è propriamente il dramma di uno studio che, per potersi dire scientifico, deve necessariamente essere 'critico', persino quando verte su un autore della grandezza di Cordero. Ed è appunto il piccolo dramma che oggi mi coinvolge. Ma, bando alle divagazioni; passo subito al tema, chiedendo anticipatamente indulgenza – stereotipo inevitabile di ogni prefazione allografa – per gli equivoci in cui incorrerò nell'analisi dell'opera; tanto più insidiosi perché l'A. non può intervenire a rettificarli.

2. *Le situazioni soggettive: la pietra angolare della teorica di Franco Cordero.* – *Le situazioni soggettive nel processo penale* sono la pietra angolare su cui poggia il meraviglioso edificio costruito da Franco Cordero nel settore del-

la procedura penale. I suoi più importanti scritti in questa materia – la *Procedura penale*, i *Tre studi sulla prova penale* e le *Ideologie del processo penale* – sono le strade che si diramano dal crocevia de *Le situazioni soggettive*, opera che, sulla scia di Hans Kelsen, tanto ammirato da Cordero, potrebbe definirsi come la dottrina pura del processo penale¹. Il *potere* e il *dovere* sono, come vedremo, le due elementari situazioni soggettive con cui Cordero è riuscito nella mirabile impresa di riassumere e tenere sotto controllo l'intero svolgimento del processo penale, non soltanto nelle sue fisiologiche cadenze, ma persino nelle disfunzioni, ossia nei vizi degli atti processuali.

Cordero prende le mosse dalla critica che James Goldschmidt rivolge alla teoria del processo come rapporto giuridico, sostituendovi la visione del processo come situazione giuridica²: concezione statica la prima, dinamica la seconda³. Tuttavia, pur apprezzando, nella parte demolitiva, il tentativo di Goldschmidt, Cordero si allontana ben presto da questa impostazione, alla quale imputa la contaminazione delle entità normative con categorie psicologiche, sociologiche e finalistiche, estranee alla scienza giuridica. Mentre loda il modello dinamico e agonistico del processo (che sarà poi magistralmente sviluppato in *Linee di un processo accusatorio*)⁴, disapprova l'idea della situazione

¹ Sul pensiero di Cordero, v., variamente, R. Bonsignori, *La geometria nel pensiero di Franco Cordero*, in *Giurisprudenza penale*, 16 maggio 2020; P. Bronzo, *L'etica della libertà. Un ricordo di Franco Cordero*, in *Questione giustizia*, 30 maggio 2020; A. Capone, *La didattica di Franco Cordero*, in *Giustizia insieme*, 21 maggio 2020; G. Illuminati, *Franco Cordero processualista*, in *Giustizia insieme*, 20 maggio 2020; R. Orlandi, *Franco Cordero e le dottrine del processo penale*, in *Lo Stato*, anno IX, n. 16 (gennaio 2021-giugno 2021), p. 353 s.; T. Padovani, *Ricordo di Franco Cordero*, in *il Penalista*, 11 maggio 2020; G. Santalucia, *Franco Cordero Il lascito formativo di un grande Maestro*, in *Giustizia insieme*, 22 maggio 2020; L. Zilletti, *In ricordo di Franco Cordero. Contro gli idoli dei moralmente incompatibili*, in *Diritto di difesa*, 9 maggio 2020; e di chi scrive, *Teorie della prova: dialogo con Franco Cordero*, in *disCrimen*, 19 dicembre 2020; *L'artista della procedura penale: ricordando Franco Cordero*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 2167 s.; *Prove illegittimamente acquisite: passato ed avvenire di un'illustre teoria*, in *Diritto penale e processo*, 2020, p. 1249 s.

² *Der Prozess als Rechtslage*, Julius Springer, Berlin, 1925.

³ Sul rapporto tra l'impostazione di Goldschmidt e quella di Cordero, v. R. Orlandi, *Franco Cordero*, cit., p. 353 s.

⁴ In *Criteri direttivi per una riforma del processo penale* (IV Convegno Enrico de Nicola, Lecce, 1-4 maggio), Giuffrè, Milano, 1965, p. 61 s. In quel convegno Cordero, con una sublime sfida al processo inquisitorio allora imperante, gettò le basi del modello accusatorio che, senza Lui, probabilmente non sarebbe mai entrato nelle nostre istituzioni. Oggi - forse - vedendolo così sfigurato dalle 'riforme' e dalle prassi, ne scriverebbe con tristezza l'inno funebre. L'asse del processo si è progressivamente spostato verso le indagini preliminari, appesantite da controlli e finestre giurisdizionali che, proprio per la fase in cui si collocano, lungi dal contrastare, ratificano il sostanziale predominio dell'accusa. La fondamentale ga-

giuridica, intesa come somma di aspettative, oneri, prospettive e possibilità, che operano su un piano decisamente eterogeneo rispetto a quello che dovrebbe interessare lo studioso del diritto.

Preoccupato di salvaguardare l'integrità dei concetti giuridici, Cordero procede nell'analisi con due fermi propositi, tra loro connessi ma non coincidenti perché attinenti l'uno a ciò che si dice (al *logos*), l'altro al modo di dirlo (alla *lexis*). Il primo, che nelle opere successive risulterà progressivamente attenuato, è di eliminare dal fenomeno processuale tutto ciò che non gli appartiene direttamente, quindi ogni connotato psicologico, sociologico, etico ecc. Non che l'A. ignori le connessioni che esistono tra il processo penale e le altre discipline; semplicemente le ritiene, sulla scia di un'impostazione schiettamente kelseniana, non pertinenti al tema dell'indagine. Credo che a questo intransigente impegno alla purezza dell'analisi giuridica si riferisse Francesco Carnelutti quando in una recensione, dopo avere definito *Le situazioni soggettive* frutto di un «intelletto forte e generoso», affermava testualmente: «Cordero rifugge dal *fine* come il diavolo dall'acqua santa»⁵.

Ideologicamente uniti nella difesa del processo accusatorio, Carnelutti e il giovane Cordero si dividevano sul piano metodologico e stilistico: Carnelutti, dalla vena mistico-religiosa, incline, specie negli anni della maturità, allo studio del processo con frequenti richiami a metafore e a concetti extragiuridici, finalistici, etici e, persino, teologici (si pensi all'idea medicinale della pena come 'redenzione' rispetto al 'male' del reato, che alla fine lo spinse a negare la garanzia del *ne bis in idem*); Cordero, spirito laico, proiettato verso un'analisi rigorosamente asciutta del processo penale, deciso a non comprometersi con le proiezioni finalistiche e sociologiche dei relativi istituti, sul presupposto della loro estraneità al fenomeno giuridico.

Il secondo proposito di Cordero è di usare il rasoio di Occam, sopprimendo, anche nella fraseologia, ogni entità sovrabbondante, non strettamente necessaria e funzionale all'analisi condotta. Questa propensione alle soluzioni 'eleganti' nel senso matematico del termine accompagnerà costantemente Cordero nei suoi successivi scritti, anzi si accentuerà con il passare del tempo. «Penso alla frase come al segmento di una retta: deve contenere il minor numero possibile di parole rispetto al massimo contenuto concettuale», dirà lui stesso in un'intervista a *la Repubblica* del 20 febbraio 2002. Denotare con il

ranza per l'imputato nelle indagini preliminari resta, infatti, la loro irrilevanza probatoria, oggi fortemente minacciata.

⁵ In *Riv. Dir. Proc.*, 1957. Sicuramente Carnelutti aveva letto il passo in cui Cordero osserva come nella «concezione carneluttiana del processo come pena [sia] rappresentato in chiave soggettiva un fatto di cui il diritto si disinteressa»; nell'ultimo inciso il Cordero della maturità, forse, aggiungerebbe un 'purtroppo'.

minimo di connotati è il metodo seguito da Cordero. Ogni ente non necessario, ogni parola di troppo – a cui spesso si indulge, non foss’altro per il timore di non essere compresi – gli appare come un adipe malsano che soffoca e compromette la forza dell’analisi: fra le cinque situazioni soggettive ipotizzate dalla dottrina, due sole sopravviveranno a conclusione del suo studio, essendo le altre linguisticamente ridicibili alle prime. È singolare che qualcuno, suggestionato dalla sua perfetta padronanza linguistica e dal suo ricchissimo vocabolario, sia giunto a considerarlo uno scrittore di raffinatezza barocca. Nulla di più lontano dallo stile geometrico di Cordero.

3. *La fattispecie*. – Il punto di partenza è il concetto di fattispecie, riducibile al sintagma ‘Se *a*, segue l’effetto *b*’, i cui termini designano classi di fatti tra i quali la norma istituisce un nesso pensato come necessario. La formula, nel linguaggio kelseniano, esprime un *dover essere*, una ‘imputazione’, ben distinta dalla causalità ‘naturale’ che contraddistingue le scienze empiriche, fondate sull’*essere*; in entrambi i casi a designare il fenomeno si usa la parola ‘legge’; ma, contrariamente a quanto verrebbe istintivo supporre, l’idea della ‘legge’ è nata prima come concetto giuridico per poi convertirsi in quello di legge naturale⁶.

Seguono tre importanti corollari. Il primo è che a comporre la fattispecie sono esclusivamente gli elementi necessari e sufficienti per la produzione dell’effetto, inteso come la conseguenza giuridica predefinita dalla legge. Restano, pertanto, estranei alla fattispecie gli elementi previsti come semplici condizioni di regolarità dell’atto, ma la cui assenza non impedisce il prodursi dell’effetto; in breve, gli elementi che sono espressione di una *lex minus quam perfecta*.

Il secondo corollario riguarda i casi in cui un atto imperfetto, quindi invalido, congiungendosi con un elemento successivo, la c.d. sanatoria, diventa idoneo a produrre l’effetto. Qui sarebbe erroneo affermare la presenza di un’unica fattispecie, suscettibile di integrarsi attraverso la sostituzione dell’elemento assente con quello che funge da sanatoria; si è invece al cospetto di due fattispecie, una primaria, relativa ai requisiti contemplati *ab origine* per la validità dell’atto, l’altra sussidiaria, relativa alla causa di sanatoria.

Il terzo corollario riguarda l’eventuale intervento di un fattore estraneo alla struttura dell’atto, ma tale da determinarne l’invalidazione (si pensi, ad esempio, alla revisione o alla revoca dei provvedimenti giudiziari). Anche in questo caso non vi è motivo per includere il fattore invalidante come elemento negativo nella fattispecie dell’atto; si ha, invece, a che fare con un potere di invalidazione ancorato ad un’autonoma fattispecie costitutiva, i cui

⁶H. Kelsen, *Tra metodo giuridico e sociologico* [1911], Guida, Napoli, 1974, p. 85; Id., *La dottrina pura del diritto* [1960], Einaudi, Torino, 1966, p. 99 s.

presupposti sono l'atto produttivo di effetti più il fattore previsto come motivo di annullamento.

4. *La situazione soggettiva come valutazione anticipata di un comportamento.* – Come si colloca in questo quadro la situazione soggettiva contemplata da una norma? Essa ruota intorno a due elementi rappresentati da un soggetto e dalla fattispecie di un determinato comportamento. La norma istituisce una relazione tra i due termini raffigurabile come un'imputazione ipotetica, così enunciabile: se il soggetto tenesse quel certo comportamento, qualificabile come atto normativo, ne deriverebbero determinati effetti. Imputazione ipotetica, perché la situazione soggettiva esprime una mera potenzialità, nel senso che anticipa e prefigura l'atto normativo destinato, quando fosse compiuto, a produrre effetti⁷.

I due modelli di situazione soggettiva sono il *potere* e il *dovere*. L'uno e l'altro implicano la valutazione anticipata di un determinato contegno tenuto dal titolare della situazione soggettiva⁸. Ad esempio, dire che il giudice ha il dovere di decidere su una domanda equivale a dire, in forma riassuntiva, che, se il giudice tenesse il comportamento che corrisponde all'attività processuale di decisione sulla domanda proposta, la sua condotta sarebbe oggetto di una valutazione di conformità alla norma. Analogamente, quando si dice che l'imputato ha il potere di impugnare una sentenza, si intende significare che, se l'imputato compisse l'atto corrispondente all'impugnazione, sorgerebbe per il giudice *ad quem* il dovere di adottare una nuova pronuncia sul tema che gli è devoluto.

Importante è non confondere i due distinti momenti rappresentati dalla nascita della situazione soggettiva e dalla realizzazione del comportamento. La situazione soggettiva, come si accennava, si risolve in una ipotetica valutazione con cui si profetizzano gli effetti che sortirebbe un determinato comportamento tenuto dal titolare del potere o del dovere. Quando il comportamento si sia effettivamente realizzato, si è, invece, in presenza di un'entità concreta su cui si esprime una valutazione: la quale, nel caso del dovere, è positiva o nega-

⁷ Per un richiamo all'esigenza di abbandonare «la superata teoria del rapporto giuridico processuale per abbracciare la ricostruzione del processo in termini di concatenazione di atti e di situazioni soggettive da tempo accolta in dottrina», v. O. Mazza, *Inammissibilità versus improcedibilità: nuovi scenari di diritto giurisprudenziale*, in *disCrimen*, 21.01.2022, p. 6.

⁸ Fra le tante definizioni delle due situazioni giuridiche, v. quella di A. Falzea, *Voci di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano, 1970 p. 300: «Nel quadro delle situazioni giuridiche, al dovere fa riscontro il potere: l'uno rappresenta la necessità assiologica, l'altro la possibilità assiologica; e insieme rappresentano le due categorie modali assiologiche, le due modalità fondamentali di ogni valutazione».

tiva, a seconda che il comportamento sia o no conforme allo schema legale; nel caso del potere, è di validità o di invalidità, ossia di produzione o no degli effetti a cui il comportamento era preordinato.

5. *Le situazioni di dovere; il pubblico ministero e il giudice come destinatari dei precetti penali.* – In perfetta coerenza con il persistente rifiuto di inquinare l'indagine giuridica con quella psicologica o sociologica, Cordero esclude la possibilità di caratterizzare il dovere come un'esortazione al destinatario affinché tenga un certo comportamento o, più in generale, come un mezzo volto ad orientare la condotta dei consociati: concepire il dovere in questa chiave può apparire corretto a chi vede nel diritto una tecnica di controllo sociale, ma riesce inappagante dal punto di vista teoretico e dogmatico. A realizzare la situazione soggettiva del dovere, è necessaria e sufficiente la previsione astratta di un comportamento al quale il soggetto deve adeguarsi per meritare una valutazione positiva e non incorrere in una negativa; valutazione nella quale non entra «alcun criterio fuorché quello rappresentato dalla commisurazione della fattispecie reale a quella astratta»⁹, a prescindere dalle ulteriori conseguenze che possono o no derivare dal contegno anti-doveroso.

Per questa ragione l'A. ritiene errato porre a base del dovere la sanzione, incorrendo nell'equivoco di negare l'esistenza di un dovere a fronte di disposizioni *minus quam perfectae* che non contemplino alcuna conseguenza sanzionatoria in caso di divergenza del comportamento dallo schema legale. Il mito della sanzione, secondo Cordero, è il prodotto di una radicata tendenza a tradurre in termini antropomorfici il fenomeno giuridico o a ridurre il diritto a rapporti di forza; una visione tuttora dominante, anzi, per certi versi, ulteriormente rafforzata. Non credo, in ogni caso, che oggi Cordero rinnegherebbe in questa parte il suo pensiero; semmai, ferma restando la netta distinzione tra le due sfere, arricchirebbe la prospettiva giuridica, affiancandovi quella sociologica.

Ciò premesso, è possibile che la valutazione di anti-doverosità si esaurisca in se stessa, senza ulteriori sviluppi; ma può, invece, accadere – anzi per lo più accade – che la valutazione negativa si atteggi come la fattispecie costitutiva di altre situazioni soggettive¹⁰: ad esempio, integri la premessa per un atto di parte che devolva al medesimo o ad altro organo l'eliminazione dell'atto difforme dallo schema legale con una pronuncia di carattere costitutivo; o provochi l'iniziativa dell'organo pubblico per l'applicazione di una sanzione.

Quanto ai titolari del dovere, in linea puramente logica la situazione soggettiva sarebbe riferibile sia alla condotta degli organi dello Stato sia a quella

⁹ *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 1957, p. 108.

¹⁰ *Ivi*, p. 103.

dei privati, essendo per entrambe astrattamente ipotizzabile una valutazione di conformità o difformità del contegno rispetto al modello legale. Ma, all'interno di un «ordinamento autoritario» ('autoritario' qui è sinonimo di 'giuridico'), Cordero si spinge arditamente ad «escludere che privati siano soggetti di doveri giuridici» nel senso proprio del termine¹¹; il comportamento dei privati, infatti, «non viene in considerazione come oggetto di una valutazione condotta alla stregua di situazioni soggettive di dovere, ma come semplice elemento della fattispecie costitutiva di un dovere degli organi statali»¹². Più in particolare, il privato risulta titolare, non di un 'dovere', ma di un 'obbligo', la cui violazione determina il dovere di intervento degli organi pubblici per applicare la sanzione prevista dalla legge.

Sulla scorta di questi rilievi Cordero confuta l'opinione corrente secondo cui dalle disposizioni penali scaturirebbero doveri a contenuto positivo od omisivo per i consociati, destinatari dei precetti (la c.d. teoria imperativistica). Se la *communis opinio* appare del tutto ragionevole sul piano psicologico o sociologico, dal punto di vista schiettamente giuridico l'unico fenomeno obiettivamente rilevabile nel caso della realizzazione di una condotta criminosa è il nascere di una duplice situazione di dovere: per il pubblico ministero di adottare una certa iniziativa, ossia di promuovere l'azione penale; per il giudice di decidere sulla domanda che gli è rivolta dall'accusatore. È nel prodursi di questi effetti, e non nella violazione di un ipotetico dovere, che sta la nota tipica del reato come fatto giuridicamente rilevante.

La norma incriminatrice – dice Cordero – «crea nei consociati l'obbligo (e non il dovere), a contenuto negativo», di astenersi da un certo comportamento, tenuto il quale sorge per gli organi statali il dovere di punire chi lo ha realizzato¹³. Parlare della violazione di un dovere nel fatto corrispondente alla norma incriminatrice significa incorrere in una qualificazione, forse non errata, ma sicuramente «pleonastica e impropria»: il preteso dovere dei consociati di osservanza dei precetti penali costituisce una sorta di «quinta ruota del carro»¹⁴, un elemento sovrabbondante, estraneo ad una rappresentazione rigorosa del fenomeno giuridico.

Se ne ha una riprova, secondo Cordero, nel fatto criminoso commesso dal non imputabile: in base alla teoria imperativistica si dovrebbe negare a quel fatto la qualifica di illecito penale, dato che un soggetto infermo di mente o immaturo non può essere valido destinatario della norma penale. Conseguenza

¹¹ *Ivi*, p. 120.

¹² *Ivi*, p. 132 e p. 180.

¹³ *Ivi*, p. 133-4.

¹⁴ *Ivi*, p. 123, 126-127.

inaccettabile che si supera, identificando, sulla scia di Kelsen¹⁵, i destinatari dei precetti penali negli organi giurisdizionali. È, infatti, di tutta evidenza che, quanto al sorgere di determinati doveri del pubblico ministero e del giudice, non vi sia alcuna apprezzabile differenza tra il fatto dell'imputabile e quello del soggetto psichicamente immaturo o infermo di mente.

Insomma, un 'dovere' nel senso proprio del termine può profilarsi esclusivamente per gli organi statali. Solo in tal caso, infatti, al dovere corrisponde una valutazione positiva o negativa sulla conformità allo schema legale del contegno tenuto dal soggetto; dopodiché, è possibile, pur non essendo una condizione necessaria, che al dovere si sovrapponga un obbligo con le relative sanzioni o che sorgano altre situazioni soggettive di dovere o di potere.

6. *Il dovere 'discrezionale'* – Cordero fonda il concetto di dovere discrezionale sulla 'indeterminatezza intenzionale' della fattispecie nelle disposizioni che prevedono comportamenti doverosi; e, come già osservato, il momento in cui sorge la situazione soggettiva del dovere (o del potere) non va confuso con il momento in cui si realizza il comportamento doveroso o si esercita il potere, trattandosi di due fattispecie ben distinte.

La nozione di discrezionalità risulta dalle seguenti note identificatrici: un comportamento giuridicamente doveroso, appartenente al tipo degli atti normativi, che è descritto dalla norma in modo incompleto: alcuni elementi sono specificamente indicati, altri lasciati in bianco o indirettamente designati mediante il riferimento al risultato di una valutazione della quale la legge si limita a fissare il parametro (così accade, ad esempio, quando la legge attribuisce al pubblico ministero il potere di impugnare la sentenza; ma anche con la formula che compare nell'art. 267 comma 1 c.p.p.: «quando è assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini»). Una volta individuati gli elementi specificamente contemplati, sorge il dovere dell'organo di accertare quelli lasciati indefiniti dalla legge, e solo a conclusione del secondo passo si concretizza a carico del soggetto il dovere di condotta. Prima, è impossibile dire quale sia il comportamento doveroso.

Stando a questa nozione di dovere 'discrezionale' – conclude Cordero – appare difficile individuare nel processo penale un solo comportamento, normativamente ascritto al giudice o al pubblico ministero, che non sia doveroso¹⁶. Ciò che nel linguaggio corrente viene designato come 'facoltà' del giudice o del pubblico ministero e nel codice stesso indicato con l'espressione 'può', risulta in realtà espressione di un dovere discrezionale, sebbene sia in-

¹⁵ *Teoria generale delle norme* [1979], Einaudi, Torino, 1985, p. 88 s.

¹⁶ *Ivi*, p. 173-4.

dubbio che in sede applicativa la discrezionalità, specie se ancorata a vaghi criteri di valutazione, può facilmente degenerare in arbitrio.

A quanto osservato da Cordero, va aggiunto che la distinzione tra dovere discrezionale e dovere non discrezionale soffre, come la maggior parte delle distinzioni, di nebulosità nella zona di confine. Può darsi, infatti, che la legge, pur specificando analiticamente i presupposti, si avvalga di espressioni dai contorni piuttosto vaghi come ‘giusto’, ‘ragionevole’, ecc.; è evidente che in tal caso il dovere, al di là della veste formale, tende di fatto a convertirsi in dovere discrezionale.

7. *Dovere sostanziale e dovere processuale.* – Resta da individuare il criterio alla cui stregua distinguere le situazioni di dovere sostanziale da quelle di dovere processuale. Al riguardo Cordero individua due modelli: le decisioni che contengono un accertamento intorno al dovere di punire e le decisioni che accertano il dovere del giudice di astenersi da ogni condotta processuale diversa dall’emissione di una declaratoria di non doversi procedere o di improcedibilità, come accade in assenza di querela, istanza, richiesta o autorizzazione a procedere. Riassuntivamente, si può dire che appartengono al diritto sostanziale «i fatti idonei a costituire oggetto di un accertamento giudiziale [...] intorno al dovere di punire»¹⁷, mentre rivestono natura processuale i fatti idonei a costituire oggetto di tale accertamento.

Correttamente Cordero qualifica come decisione di merito, attinente al tema del dovere di punire, la sentenza che dichiara estinto il reato, nonostante il codice la includa tra quelle di non doversi procedere. Nella *Procedura penale*¹⁸ aggiungerà che, ad evitare l’inutile moltiplicazione delle categorie, nulla vieta di considerare come assoluzione anche la sentenza di estinzione del reato, riducendo così ad una tripartizione la tipologia delle sentenze: sentenze a contenuto processuale, sentenze di assoluzione e sentenze di condanna (fra le ultime, sempre all’insegna del rasoio di Occam, include anche la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti).

Non si vede, in effetti, perché la sentenza che dichiara estinto il reato, quindi non più punibile l’imputato, non debba considerarsi un’assoluzione, ferma restando la rilevante differenza tra le varie formule, ossia tra le ben distinte ragioni di fatto o di diritto che stanno a base dell’assoluzione. Di qui un importante corollario. Le sentenze meramente processuali, precludendo ogni verifica positiva o negativa sulla colpevolezza, sono destinate a prevalere su ogni formula di proscioglimento nel merito. Viceversa, l’estinzione del reato, proprio

¹⁷ *Ivi*, p. 149.

¹⁸ *Procedura penale*, 9 ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 985.

per la sua attinenza al merito, non impedisce, quando ve ne siano i presupposti, l'assoluzione con una formula più favorevole quale il fatto non sussiste, l'imputato non lo ha commesso o il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato (secondo la regola oggi contemplata nell'art. 129 comma 2 c.p.p.); risolvendosi tutte le formule nella negazione del dovere di punire, è naturale che prevalga quella più favorevole all'imputato.

Tanto le sentenze di merito quanto quelle processuali, divenute irrevocabili, precludono un nuovo processo relativamente a ciò che accertano: in un caso relativamente al dovere di punire, ferma restando l'identità del fatto e della persona; nell'altro, relativamente all'assenza della condizione di procedibilità in quel dato caso, sempre sul presupposto dell'identità del fatto e della persona. Ovvio, tuttavia, che si possa tornare a procedere, nel caso in cui sopravvenga la condizione di procedibilità, come superflualmente avverte il codice (sia quello abrogato, sia quello vigente); non sarebbe, viceversa, possibile la ripresa del processo ove si accerti che in realtà sussisteva la condizione di procedibilità, già dichiarata assente¹⁹.

Infine, mentre ai temi appartenenti al diritto processuale si applica la regola del *tempus regit actum*, a meno di un diverso regime transitorio, per i temi, appartenenti al diritto sostanziale, in conformità all'art. 25 comma 2 Cost., vale la regola del *tempus commissi delicti*, salva la retroattività della disposizione più favorevole.

8. Excursus *sulla improcedibilità 'temporale'* – Può essere interessante chiedersi, in una breve digressione, quale sarebbe stato il pensiero di Cordero rispetto alla prescrizione processuale o improcedibilità temporale, recentemente introdotta in sede di impugnazione dalla riforma 'Cartabia' (l. 27 settembre 2021, n. 134) e destinata a sostituire la prescrizione sostanziale già abolita dopo il primo grado dalla riforma 'Bonafede'. Si può, senza esitazione, affermare che il giudizio sarebbe stato incondizionatamente negativo. Lo documenta quanto scrisse in rapporto ad un disegno di legge, poi fortunatamente decaduto, che introduceva, all'insegna del 'processo breve', un analogo istituto:

«Imporre tempi massimi; due anni nel primo grado, escluse le indagini preliminari; altrettanti in appello; idem davanti alla Cassazione, e il processo svanisce appena superi una delle tre soglie. Alta stregoneria. Che io sappia [...] non era mai avvenuto; infatti, mancano le parole tecniche con cui dirlo: chiamiamola sopravvenuta improcedibilità, non risultando una sentenza tempestiva; ad esempio, il termine scade dopo la condanna confermata in appello; accusa, prove, due condanne, sprofonda tutto nella curva dell'oblio, come i sogni dissipati dall'alba.

¹⁹ *Le situazioni soggettive*, cit., p. 147 s.

Fenomeno inaudito (l'estinzione del processo civile non scalfisce diritti delle parti né toglie effetto alle sentenze), e ripugna al sistema: l'obbligo del pubblico ministero (art. 112 Cost.) implica azioni irretrattabili; le ruote del processo girano da sole fino alla decisione sul reato. Finché esista l'art. 112 Cost. i processi non svaniranno d'incanto ai rintocchi della mezzanotte: quel pubblico ministero ha agito perché doveva; l'effetto è irreversibile; tribunale o corte competenti giudicheranno, assolvendo o condannando, salvo che un'amnistia o il tempo criminofago inghiottano l'ipotetico reato»²⁰.

Non credo che l'avversione di Cordero verso l'improcedibilità della riforma 'Cartabia' deriverebbe soltanto dal rischio di vedere compromesso il buon esito del processo con una sentenza che rappresenta la più nichilistica e vuota delle possibili conclusioni. Cordero è, anzitutto, un 'loico': ciò che gli apparirebbe inaccettabile in questo teratologico istituto è il suo carattere contraddittorio, ribelle ad ogni inquadramento teorico, in-classificabile nel senso letterale del termine. Se l'azione penale è stata validamente esercitata, come si può consentire che un processo svanisca, evapori e si dissolva nel nulla, pur restando in vita l'ipotetico reato?

A differenza di quanto accade con le condizioni di procedibilità dell'azione penale, nel caso dell'improcedibilità temporale non si è in presenza di una condizione alla quale resti subordinato l'esercizio dell'azione penale, ma di un evento (il superamento di certi termini in sede di impugnazione) che estingue direttamente il processo, nonostante l'azione sia stata regolarmente esercitata e permanga in vita l'ipotetico reato.

A uscire lesa da una simile scelta è anzitutto l'art. 112 Cost relativo all'obbligatorietà dell'azione penale; ma, di riflesso, anche l'art. 101 comma 2 Cost. nella parte in cui l'improcedibilità preclude al giudice di adempiere il dovere di risposta alla domanda di accertamento validamente promossa dal pubblico ministero²¹. 'Potenzialmente punibile ma non processabile' è la stupefacente cifra in cui si riassume l'improcedibilità temporale della riforma 'Cartabia'. È

²⁰ *I mostri del processo breve*, in *la Repubblica*, 24.11.2009; nello stesso senso, *Procedura penale*, cit., p. 1295 s.: «una mannaia pro reo, nel senso che a date scadenze debba essere assolto, manderebbe al diavolo vari articoli della Carta, dal 101² al 112, convertendo gli affari penali in partite d'astuzia defatigatoria; sta bene scarcerarlo (e talvolta l'ossequio alla libertà sa d'immorale lassismo), ma assolverlo equivale a chiudere bottega, Dike vada altrove».

²¹ Sulle avvilenti origini dell'istituto e sui problemi di legittimità che determina, rinvio a quanto scritto in *Improcedibilità e ragionevole durata del processo: uno stupefacente caso di evaporazione del processo*, in *Processo penale e giustizia*, 2022, p. 256 s. V., tuttavia, per una valutazione parzialmente positiva della improcedibilità temporale, O. Mazza, *A Midsummer Night's Dream: la riforma Cartabia del processo penale (o della sola prescrizione?)*, in *Arch. pen.*, 2021, n. 2, p. 2 s.; D. Negri, *Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti*, in *Sistema penale*, n. 2/2022, p. 53 s.

solo sul piano puramente empirico e non giuridico che l'imputato può dirsi 'non punibile': la 'non punibilità', nel significato tecnico della formula, implica un accertamento negativo del dovere di punire²², qui escluso. L'improcedibilità soggiace, pertanto, alla regola del *tempus regit actum* con immediata applicabilità delle disposizioni sopravvenute, siano o no favorevoli all'imputato.

Quanto alla specifica disciplina che connota l'improcedibilità, si profila un ulteriore contrasto con l'art. 111 comma 2 Cost. nella parte in cui i termini di durata massima delle singole fasi non si applicano ai reati punibili con l'ergastolo e consentono un numero indeterminato di proroghe per una serie di gravi delitti, in rapporto ai quali si ripropone, come nella riforma 'Bonafede', il rischio di un processo senza fine. Se l'improcedibilità è funzionale alla ragionevole durata del processo, deve riguardare ogni imputato, quale che sia la gravità del reato ipotizzato; il principio contenuto nell'art. 111 comma 2 Cost. non ammette discriminazioni.

Ben diverso il regime della prescrizione 'sostanziale' che non pretende di assicurare la ragionevole durata del processo; ma, estinguendo il reato, si risolve in un accertamento negativo sul dovere di punire, giustificato dall'impossibilità di garantire la funzione rieducativa della pena e dall'oblio che il decorso del tempo determina sulla memoria del reato: come tale, soggiace alla regola del *tempus commissi delicti*, salva la retroattività della *lex mitior*. L'auspicio – al quale sono convinto si unirebbe Cordero – è di un ritorno alla prescrizione come causa estintiva del reato, abbandonando l'improcedibilità temporale, frutto di un infelice compromesso nato sotto l'incubo della ben nota emergenza sanitaria, economica e politica.

9. *Il potere*. – Alla contrapposizione di Goldschmidt tra una vicenda statica e una dinamica, corrisponde puntualmente, nella prospettiva corderiana, la distinzione tra il dovere, definito da norme statico-sostanziali, e il potere, espresso da norme strumentali-dinamiche, ovvero relative alla produzione giuridica. La valutazione normativa in termini di dovere, come si osservava, si esaurisce in se stessa, non essendovi la necessità di un riferimento a qualcosa di diverso dal giudizio di conformità o no del comportamento tenuto alla fattispecie costitutiva del dovere: il dovere resta tale anche in assenza di qualsiasi conseguenza sanzionatoria.

Più complessa la situazione dinamica che connota il concetto di potere. Cordero lo definisce in questi termini: «il verificarsi degli estremi previsti dalla norma funziona da presupposto rispetto al porsi di una certa condizione in

²² F. Cordero, *Merito nel diritto processuale* [1963], ora in *Digesto delle discipline penali-stiche*, vol. VII, Utet, Torino, 1993, p. 666. V. *retro*, il precedente paragrafo.

forza della quale un soggetto “può”, qualora realizzi un comportamento conforme a quello descritto nel modello legale [...], determinare il sorgere di conseguenze giuridiche predefinite; queste ultime, poi possono risolversi in una situazione di dovere (come avviene nel caso della querela, dell’impugnazione, della costituzione di parte civile) ovvero in un più o meno complesso itinerario di ulteriori stadi strumentali, il cui definitivo punto d’approdo si rinviene nella vicenda costitutiva di un dovere»²³.

Si evidenzia in questa definizione un rapporto dialettico tra due termini, rappresentati dal soggetto, titolare del potere, e da un comportamento appartenente alla categoria degli atti normativi. Atto normativo, nella prospettiva di Cordero, è l’atto che contiene in sé la statuizione dei propri effetti, ossia l’atto che vale come proposizione normativa perché idoneo a realizzare gli effetti a cui è preordinato: ad esempio, la pronuncia della sentenza di primo grado determina una situazione soggettiva di potere nella quale, se determinati soggetti realizzassero l’atto corrispondente al modello legale dell’impugnazione, sorgerebbe per il giudice il potere-dovere di decidere sulla loro domanda.

Anche l’illecito penale o la violazione di un obbligo sono ridicibili, come l’atto normativo, ad un’implicazione del tipo ‘se A segue B’, corrispondente a un dover essere, ad un legame tra due classi di fatti, rappresentati dal contegno di un soggetto e dall’effetto che ne consegue. Tuttavia, vi è una fondamentale differenza. Nell’atto normativo l’effetto è puntualmente quello a cui era preordinato il comportamento del soggetto, sicché «è suscettibile di essere individuato *a priori* grazie alla configurazione espressiva dell’atto». Nell’illecito penale o, più in generale nella violazione di un obbligo, l’effetto resta del tutto estraneo al comportamento tenuto, essendo arbitrariamente determinato dall’ordinamento: sarebbe, quindi, «vano cercare un indizio rivelatore [dell’effetto] nella configurazione della condotta descritta nello schema legale»²⁴.

Come già osservato in rapporto alla situazione soggettiva del dovere, anche nella complessa vicenda del potere non bisogna confondere due diversi momenti, relativi ad altrettante fattispecie legali. Il primo è segnato dal sorgere del potere di impugnazione in capo al soggetto e in ciò consiste, per l’appunto, la situazione soggettiva di potere. Il secondo è il concreto esercizio del potere di impugnazione in base al modello legale previsto. Si evita in tal modo di accomunare in un’unica fattispecie complessa due eterogenee figure²⁵ come l’impugnazione da parte del non legittimato e l’impugnazione esperita dal legittimato ma difforme dallo schema legale: nell’una si riscontra una carenza di po-

²³ *Le situazioni soggettive*, cit., p. 193.

²⁴ *Ivi*, p. 203-204.

²⁵ *Ivi*, p. 219-220.

tere che rende radicalmente inammissibile, *tamquam non esset*, l'impugnazione proposta; nell'altra, la difformità dallo schema legale è fonte di inammissibilità solo in quanto lo preveda la legge, risolvendosi altrimenti in una semplice irregolarità che non incide sull'efficacia dell'atto.

Analoga distinzione vale, come vedremo, in materia probatoria. L'assunzione di una prova in carenza del potere di assumerla determina l'irrelevanza giuridica dell'attività svolta; l'assunzione di una prova ammissibile, in modo difforme dallo schema legale, determina l'invalidità espressamente contemplata dalla legge o, nel silenzio, una mera irregolarità.

10. *Dovere e potere: un'implicazione non reciproca.* – A questo punto si deve concludere che ogni atto normativo del giudice o del pubblico ministero – vale a dire ogni atto contenente la statuizione dei propri effetti – è imputato al soggetto sul presupposto di due diverse situazioni, e cioè a titolo di potere e a titolo di dovere²⁶. Una medesima condotta può essere simultaneamente ipotizzata da una norma dinamica e da una norma statica; in simili casi ci si trova di fronte ad un potere il cui esercizio è previsto secondo modalità giuridicamente doverose o, se si vuole, ad un atto normativo che forma oggetto di una situazione di dovere.

Questo, tuttavia, non significa che, quando un atto è oggetto di una doppia qualificazione a titolo di dovere e di potere, «tra i due schemi esista un rapporto di perfetta correlazione biunivoca»²⁷. Infatti, mentre il realizzarsi del comportamento doveroso implica necessariamente che sia stato esercitato un potere, non è vero l'inverso; un comportamento può produrre i suoi effetti in quanto esercizio di potere, pur costituendo violazione di un dovere. Se un atto, normativamente regolato, produce gli effetti a cui era preordinato, significa inequivocabilmente che è stato compiuto nell'esercizio di un potere, sia o no conforme al comportamento doveroso.

Il congegno della valutazione, sia nel caso del potere sia nel caso del dovere, è identico: tanto il comportamento contrario al dovere quanto quello che non integra lo schema previsto per l'esercizio di un potere sono assunti ad oggetto di un giudizio negativo. Ma vi è, quanto agli effetti, una sensibile differenza. Nella sistematica corderiana, l'atto compiuto in assenza di un potere nasce morto, resta giuridicamente irrilevante, senza necessità che la legge preveda una sanzione processuale, la quale rischierebbe anzi di attenuare il vizio. Ad esempio, l'art. 348 del c.p.p. abrogato affermava che «non possono essere assunti, a pena di nullità, come testimoni gli imputati dello stesso reato o di

²⁶ *Ivi*, p. 175.

²⁷ *Ivi*, p. 175-176.

un reato connesso [...]». Ebbene, l'inciso 'a pena di nullità' non era solo superfluo; riusciva anche dannoso, perché apriva uno spiraglio alla possibilità di sanatoria della nullità, se non tempestivamente eccepita; sanatoria che, in assenza di quell'infelice richiamo, sarebbe stata *a priori* esclusa, mancando il potere di assunzione della prova testimoniale. Opportunamente il nuovo codice, sulla scia del pensiero di Cordero, ha rimediato all'errore, adottando la formula che si limita a negare il potere («Non possono essere assunti come testimoni»: art. 197), senza alcuna specifica previsione di invalidità, sul presupposto che a determinare l'irrelevanza dell'atto sia sufficiente la negazione del potere.

Quanto al comportamento tenuto in violazione del dovere, ma in presenza del potere, l'invalidità non è mai in *re ipsa*; lungi dall'essere giuridicamente inesistente, l'atto è affetto dal vizio tassativamente previsto dalla legge (inutilizzabilità, nullità assoluta, relativa o di terzo genere o altra sanzione: ad esempio vizio di motivazione). Se la legge tace, si è di fronte ad una *lex minus quam perfecta*: l'atto è irregolare, ma perfettamente valido, produttivo dei suoi effetti. In altri termini, la violazione di un dovere non è incompatibile con l'esercizio di un potere.

Di qui la distinzione tra giurisdizione e competenza, la prima che si esprime nel potere di giudicare, la seconda nel dovere del giudice di astenersi dal giudicare per i reati non attribuiti alla sua cognizione. Il difetto di giurisdizione implica l'inesistenza giuridica dell'atto, il difetto di competenza un vizio rilevabile secondo le scadenze temporali contemplate dalla legge. Su questa base Cordero confuta vittoriosamente la formula di Chiovenda che definiva la competenza come la 'misura della giurisdizione', ossia la porzione di giurisdizione spettante al singolo giudice²⁸; formula erronea, ma difficile da estirpare perché largamente entrata nell'uso. Se il giudice incompetente fosse davvero privo della giurisdizione, la sentenza da lui emessa, sarebbe giuridicamente inesistente, inidonea a costituire giudicato.

Analogo discorso vale in altri contesti. Il giudice deve astenersi dall'emettere una condanna in ordine a un fatto non contestato ma, se viola la regola, si integra ugualmente la fattispecie del comportamento processuale-giurisdizionale al quale fa riscontro, con la pronuncia della sentenza, il sorgere del potere di impugnazione. Il giudice ha il dovere di assolvere l'innocente e di condannare il colpevole (*rectius*, coloro che risultano tali in base alle regole processuali); ma ha il potere di condannare l'innocente e di assolvere il colpevole: la sentenza, nell'uno come nell'altro caso, non è carta straccia e, quando non sia riformata o annullata, è destinata a passare in giudicato. Il pubblico ministero

²⁸ G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, 3 ed., Jovene, Napoli, 1923, p. 368.

ha il dovere di chiedere l'archiviazione quando non sussistano elementi idonei a sostenere l'accusa, ma ha il potere di esercitare validamente l'azione anche in assenza di tali elementi.

11. *Prove illecite*. – Sul binomio potere/dovere si dipana la teoria di Cordero sulle prove illecite²⁹. Quando la prova sia inammissibile, ossia il giudice sia sprovvisto del potere di assumerla, la sua eventuale assunzione resta irrilevante, giuridicamente inesistente; e *ça va sans dire*, non essendo necessario agguingere altro. Da questo punto di vista l'attuale art. 191 c.p.p. esprime una mera tautologia: la prova ammessa contro i divieti stabiliti dalla legge è ... inammissibile, quindi inutilizzabile. La circostanza che, esauriti i mezzi di impugnazione, la sentenza fondata su una prova inammissibile, *ergo* giuridicamente inesistente, diventi irrevocabile, non significa che il vizio sia sanato; la prova in sé resta inesistente; significa soltanto che la sentenza irrevocabile è valida a scapito delle prove su cui si fonda (fossero anche materialmente inesistenti), in quanto il giudice era investito del potere di giudicare.

Non così per la violazione delle regole che disciplinano l'assunzione di una prova in sé ammissibile. La difformità dell'atto dallo schema legale è processualmente sanzionata dalla nullità o da altro vizio, solo in quanto lo disponga la legge; in assenza di tale previsione, l'atto resta pienamente valido, sebbene irregolare.

Chiare le conseguenze in tema di rapporti tra perquisizione e sequestro e di indebita rivelazione del segreto professionale o d'ufficio. Il sequestro di cose pertinenti al reato a seguito di una perquisizione illegittima è valido perché è lo stesso art. 253 c.p.p. a stabilire che «l'autorità giudiziaria dispone il sequestro», *id est* l'acquisizione al processo, «del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento dei fatti», senza contemplare altra condizione, se non la pertinenza. Cordero è ben consapevole che tra perquisizione e sequestro sussiste un innegabile nesso causale (la cosa pertinente al reato è rinvenuta *in forza* della perquisizione); ma la causalità 'empirica' non va confusa con quella 'giuridica', che qui si rivela inesistente.

Inutile invocare l'art. 191 c.p.p.³⁰, perché in forza dell'art. 253 c.p.p. ogni

²⁹ Teoria esposta in *Jus*, 1961, p. 68 s. e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 32 s. (gli scritti sono raccolti in *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, Milano, 1963); il tema è ripreso e arricchito nelle varie edizioni della *Procedura penale*.

³⁰ Una lettura opposta a quella svolta da Cordero è praticata da M. Nobili che interpreta l'espressione 'prove illegittimamente acquisite' – anziché come 'prove illegittimamente *ammesse*' – come 'prove illegittimamente *ottenute*', con la conseguenza che qualsiasi deviazione dallo schema legale diventa fonte di inutilizzabilità (*La nuova procedura penale*, Clueb, Bologna, 1989, p. 157 s.). Se la tesi di Cordero ha l'effetto di ridurre l'art. 191 c.p.p. ad una mera

cosa pertinente al reato è, tramite il sequestro, legittimamente acquisita al processo. L'illegitima acquisizione implica una prova non ammessa dalla legge, quale ad esempio, uno scritto anonimo, una testimonianza estorta; o, ancora, una dichiarazione raccolta fuori dal contraddittorio e acquisita al dibattimento oltre i casi in cui ne è ammessa l'utilizzazione. In quest'ultimo caso si parla di 'inutilizzabilità fisiologica' – 'irrelevanza', direbbe Cordero che deplora il neologismo – perché l'atto è utilizzabile in sede di indagini preliminari ed è conforme alla fattispecie che lo disciplina; ma, rispetto al dibattimento, si è in presenza, come nelle altre ipotesi, di una prova inammissibile.

Analoghe le conclusioni di Cordero in tema di rivelazione spontanea del segreto professionale o d'ufficio, in rapporto ai quali non si rinviene nel codice di rito alcun divieto probatorio. Per il segreto professionale, l'art. 200 c.p.p. dispone che i titolari «non poss[a]no essere obbligati a deporre»: inutilizzabile la deposizione a cui fossero stati costretti, perché acquisita contro i divieti stabiliti dalla legge, ma pienamente valida la testimonianza resa in stato di libera volontà.

Più complesso il discorso per il segreto d'ufficio, dove l'art. 201 c.p.p. prevede «l'obbligo di astenersi dal deporre». È probabile che, con questa formula, i compilatori del codice intendessero porre un divieto probatorio; ma, come gli apprendisti stregoni, non sono riusciti ad introdurlo. L'essere 'obbligati a non deporre' non equivale a 'non possono deporre'. La prima figura attiene ad un profilo esclusivamente soggettivo, che apre l'adito a conseguenze sanzionatorie nei riguardi dell'obbligato; la seconda si risolve in un oggettivo divieto probatorio. 'Obbligati' dalla legge penale a non deporre sono tanto i titolari del segreto professionale quanto quelli del segreto d'ufficio; ma né per gli uni né per gli altri è contemplato un divieto probatorio nel senso proprio della parola, ai cui fini servirebbero formule tali da risolversi, per il giudice, nell'assenza del potere di assumere la deposizione (come, per l'appunto, 'non possono deporre' o 'essere assunti come testimoni').

12. *Facoltà, onere e soggezione.* – Cordero le considera come situazioni soggettive improprie, in quanto la valutazione normativa del comportamento può agevolmente essere inquadrata tramite le due situazioni di potere e di dovere. La facoltà è semplicemente la negazione, il rovescio del dovere: una condotta è facoltativa dove non esistano obblighi o doveri; ad esempio, l'imputato non è obbligato a rispondere all'interrogatorio o a sottoporsi all'esame, ma ha la facoltà di avvalersi del diritto al silenzio; così pure – e qui la facoltà convive con l'esercizio di un potere – può impugnare o non impugnare la sentenza

tautologia, quella di Nobili rende superflue le singole comminatorie di nullità e di inutilizzabilità, in quanto assorbite nella generale previsione dell'art. 191 c.p.p.

che lo condanna. Le facoltà competono per lo più alle parti private. Per gli organi pubblici quelle che impropriamente si chiamano facoltà sono, a ben vedere, doveri discrezionali, ossia doveri i cui presupposti, anziché essere tassativamente definiti, sono affidati ad una complessa valutazione di cui la legge si limita a fornire il parametro: ad esempio il pubblico ministero non ha propriamente la facoltà, ma il dovere di impugnare la sentenza ogni qualvolta la ritenga ingiusta (anche se la vaghezza del concetto di ‘ingiustizia’ gli conferisce di fatto la più ampia possibilità di scelta).

L’onere designa una condotta dalla quale dipende un effetto favorevole per una parte processuale. Ma, secondo Cordero, è una figura di scarso rilievo giuridico, rispetto al ‘potere’ e al ‘dovere’. Ogni onere, infatti, è definibile nei termini di un potere dal cui mancato esercizio deriva o, almeno, può derivare una conseguenza negativa per il titolare del potere. Ad esempio, dire che il pubblico ministero ha l’onere di provare la colpevolezza equivale a dire che sul pubblico ministero grava il rischio di assoluzione dell’imputato per la mancata produzione delle prove a carico.

Quanto alla soggezione, Cordero non ritiene che «possa essere impiegata come un utile strumento costruttivo»³¹, perché si dissolve nel fenomeno dell’esercizio del potere, al quale si trova sottoposto l’imputato. Questo non significa il ritorno ad una concezione in cui l’imputato degradi a «semplice oggetto dell’investigazione giudiziale»; il problema politico della tutela dei diritti di libertà dell’imputato si risolve «mediante il congegno dell’imposizione di un sistema di doveri agli organi giurisdizionali ed una simmetrica disciplina dei mezzi di impugnazione»³².

13. *Note a margine.* – Alla fine di questo appassionante viaggio negli itinerari corderiani, svolgo qualche nota a margine. Cordero è poco incline alla lettura retrospettiva dei propri testi, con uno sguardo alle critiche in cui fosse incorso: forse proprio per la consapevolezza che in un simile esercizio, come dice Gérard Genette, le vie dell’autocompiacimento sono infinite, oscillanti tra il trionfalismo (‘avevo proprio visto bene’), la lodevole ammenda (‘avevo torto e ho l’eleganza di ammetterlo’) e l’elogiativa autocritica (‘ho sbagliato, e solo io mi sono accorto dell’errore’).

Per quanto ricordo, Cordero ha espresso giudizi sui propri scritti in due sole occasioni. In una edizione della *Procedura penale* del 1981 dove si legge: «Apparsa quindici anni fa, questa Procedura appare invecchiata all’autore: alquanto mutati gli sfondi politico normativi e un poco è cambiato lui; che il processo

³¹ *Le situazioni soggettive*, cit., p. 275.

³² *Ivi*, p. 276.

penale contenga cose davanti a cui le formule legali sono uno specchio opaco, lo sapeva anche allora, ma, scritta oggi, sarebbe diversa, più aperta a fenomeni quali ‘tecniche’, ‘stili’ prassi’ e simili». E, quando l’università La Sapienza ha voluto onorare il suo settantesimo compleanno con la ristampa di una raccolta di articoli sotto il titolo *Ideologie del processo penale*, ha lapidariamente osservato: «Hanno un terzo di secolo i nove scritti raccolti nelle *Ideologie del Processo Penale*, e tornano quali erano, difetti letterari inclusi, perché ogni ritocco sarebbe sleale: le ripresentazioni esigono una certa crudeltà verso se stessi»³³. Dunque, è difficile immaginare cosa risponderebbe a queste osservazioni.

Primo. ‘Potere’ e ‘dovere’ – le due sole situazioni, propriamente soggettive, che Cordero riconosce nel processo penale – escono nitidamente delimitati nei loro connotati. Il dovere, in particolare, si atteggia come una situazione destinata a risolversi in una valutazione positiva o negativa del comportamento tenuto rispetto a quello contemplato nello schema normativo; valutazione sufficiente a se stessa, ai cui fini non è necessaria la previsione di una qualsiasi sanzione. Su questa base Cordero ritiene che al soggetto privato non si adatti la figura del ‘dovere’, ma solo quella dell’obbligo: il comportamento del privato divergente dallo schema legale non si risolve in una semplice valutazione negativa rispetto allo schema legale, ma determina un dovere del giudice di pronunciarsi sulla rilevanza giuridica del comportamento, applicando la sanzione prevista. Si è, dunque, in presenza della violazione di un ‘obbligo’, rispetto al quale il preteso ‘dovere’ del privato costituisce un estremo sovrabbondante.

Questa negazione del dovere per quanto riguarda i privati – ai quali si adatterebbe solo la figura dell’obbligo – trova un indubbio fondamento nella stessa struttura dell’illecito penale, dove, come afferma Kelsen, la relativa proposizione normativa è costruita avendo il giudice quale destinatario perché titolare del dovere di punire. Tuttavia, nei termini radicali in cui la sostiene Cordero, deciso a rimuovere ogni entità superflua e ad escludere *a priori* l’ammissibilità di un dovere per i privati, può forse apparire eccessiva. Egli stesso provvede, d’altronde, nella *Procedura penale* a rettificarla parzialmente, affermando che l’obbligo sottintende un dovere: «Sebbene nel linguaggio quotidiano si dica spesso “obbligo” intendendo dovere, la chiarezza del discorso esige che i due concetti siano distinti. Il primo implica il secondo perché senza un dovere non si riesce a configurare un obbligo, ma il secondo non implica il primo. Obbligato è colui che incapperebbe in una sanzione se agisse in un dato modo, che perciò definiamo illecito»³⁴.

³³ *Ideologie del processo penale. Edizione integrata da appendice*, Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, 1997.

³⁴ *Procedura penale*, 9 ed., Giuffrè, Milano, 1987, p. 410-411. In realtà, quando afferma che l’obbligo implica un dovere, probabilmente Cordero non intende smentire quanto altrove

A questo punto la differenza tra organi pubblici e privati sul piano delle situazioni soggettive si riduce al fatto che solo per i primi si può configurare un dovere al quale non si accompagni anche un obbligo, come accade appunto per le disposizioni dalla cui violazione non deriva alcuna sanzione; per i secondi, invece, al dovere si sovrapporrebbe sempre un obbligo. In realtà, a mio avviso, anche questa differenza finisce per eclissarsi o, almeno, attenuarsi sensibilmente, a causa di due ragioni, in un certo senso opposte. Anzitutto, è difficile ipotizzare la violazione di un dovere da parte del pubblico ministero o del giudice che, almeno in linea teorica, non possa esporlo ad una qualche sanzione. Ma, se invece si ritiene che doveri non sanzionati possano sussistere per gli organi giurisdizionali, nulla osta ad ammetterli anche per i privati; così accade, d'altronde, nell'ambito familiare per certi doveri – ad esempio, quello di rispettare i propri genitori – che convivono con l'assenza di sanzione; o per taluni doveri dei difensori che, pur rilevanti sul piano deontologico, non comportano, in caso di violazione, sanzioni nemmeno disciplinari.

Penso ad esempio – e qui qualcuno sicuramente insorgerà per manifestare il suo dissenso – alla non punibilità dell'imputato per la falsa testimonianza. Nessun dubbio che, fermo restando il pieno diritto al silenzio, il suo comportamento mendace debba restare indenne da qualsiasi sanzione, a rafforzamento del diritto di difesa. Altro, tuttavia, è teorizzare la menzogna come un diritto. Se fosse tale, sarebbe corretto renderne edotto l'imputato, avvertirlo del suo diritto di mentire, allo stesso modo in cui lo si informa del suo diritto al silenzio o del suo diritto a nominare un difensore di fiducia: non vi sarebbe, infatti, alcuna plausibile ragione per differenziare il regime degli avvisi a seconda del diritto³⁵.

C'è una sottile differenza tra sostenere che il diritto di difesa, per la sua effettività, implichi la non punibilità dell'imputato che menta e sostenere che quest'ultimo abbia il 'diritto' di mentire, essendo la menzogna un mezzo per difendersi. Il processo non è un gioco né un racconto di finzione, ma un luogo dove, chiunque parli, parla a titolo di verità, con il corrispondente impegno, sia o no punibile per il mendacio; dopodiché, è del tutto ragionevole esonerare l'imputato da qualsiasi sanzione in caso di false dichiarazioni, per non costringerlo ad autoaccusarsi ove liberamente decida di non esercitare il suo diritto di

sostenuto sul fatto che per il privato non sia configurabile un dovere: quest'ultimo rilievo, infatti, è semplicemente volto a sottolineare che, per i soggetti privati, ciò che nel linguaggio corrente si chiama 'dovere' risulta interamente assorbito dalla figura dell'obbligo, che lo priva di autonomo rilievo.

³⁵ Immagino lo stupore del pubblico ministero o del giudice se l'imputato, in sede di interrogatorio o di esame, così interlocuisse: «Scusi, alle domande che mi sono rivolte devo rispondere dicendo il vero o sono autorizzato a mentire?».

tacere. Insomma, la non punibilità per il falso pare perfettamente compatibile con un dovere teorico di verità (*rectius*, di dire ciò che si ritiene vero), a condizione naturalmente che sia pienamente riconosciuto il diritto al silenzio³⁶.

Secondo. Cordero, all'insegna di una rigorosa economia concettuale, nega alla figura dell'onere il carattere di situazione soggettiva, in quanto riducibile alla situazione del potere. Tuttavia, nella *Procedura penale* riconosce che l'onere ha svolto in materia probatoria una funzione utile, consentendo di convertire il dovere di prova in onere della prova³⁷. Beninteso, nel nostro processo l'onere della prova non può essere inteso come un onere 'perfetto', in forza del quale la prova su un determinato tema sarebbe valida solo se prodotta dalla parte interessata ad affermare la proposizione da provare; la prova, infatti, è valida anche se assunta d'ufficio dal giudice nei casi previsti dalla legge o, persino, se prodotta dalla parte contro-interessata.

Di onere della prova si può parlare, come spiega Cordero, soltanto nel senso di rischio per la mancata prova³⁸. Pertanto, nel linguaggio delle situazioni soggettive, onerata della prova è la parte alla quale riuscirebbe sfavorevole la decisione in caso di mancata prova della proposizione da provare; e per 'mancata prova' si allude ad ogni ipotesi in cui non sia raggiunta la prova oltre ogni ragionevole dubbio. La regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio – implicita nel concetto stesso di 'provare' – segna, infatti, il limite massimo, ma al tempo stesso minimo, sulla cui base una qualsiasi proposizione può dirsi provata. A variare, a seconda del contesto, non può essere lo *standard* probatorio, ma solo la proposizione da provare, identificata la quale esce per ciò stesso individuata anche la parte onerata della prova. In sostanza 'onere della prova' è la formula con cui si proiettano sul piano delle situazioni soggettive le conseguenze che derivano dall'identificazione della proposizione da provare.

Per quanto attiene al diritto sostanziale, la proposizione da provare è, a seconda delle disposizioni, contenuta nella fattispecie da cui deriva la punibilità, per i fatti costitutivi (positivi o negativi) del reato; o nella fattispecie da cui di-

³⁶ Inutile obiettare che, se vi fosse un dovere di verità, l'imputato dovrebbe essere avvertito, allo stesso modo in cui si avvertono i testimoni. La risposta è semplice. L'avvertimento ha un senso quando al dovere si sovrappone un obbligo con le relative sanzioni, come infatti accade per i testimoni; negli altri casi, come si notava, il mero dovere di verità, svincolato da obblighi e sanzioni, è implicito nel fatto stesso che le dichiarazioni siano rese nel processo (è solo nella vita quotidiana che può restare incerto se un discorso sia svolto a titolo di verità o sotto l'egida della finzione e, quindi, al di là del vero o del falso). Ogni enunciato formulato nel processo può essere falso, ma lo è, con tutte le implicazioni che ne derivano, proprio in quanto espresso a titolo di verità.

³⁷ *Procedura penale* [1987], cit., p. 410.

³⁸ *Ivi*, p. 1008.

scende la non punibilità, per i fatti impeditivi o estintivi. L'onere della prova grava sull'accusa per i primi, sulla difesa per i secondi, salvo il correttivo che in base al *favor rei* introduce l'art. 530 comma 3 c.p.p. in caso di dubbio sull'esistenza di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità³⁹.

Quanto alle fattispecie di carattere processuale, in ogni alternativa decisoria, la proposizione da provare è quella veicolata dal termine di cui la legge contempla i presupposti (il c.d. termine *marcato*); con il risultato che nel dubbio dovrà essere affermato il termine opposto (il c.d. termine *conseguenziale*)⁴⁰. Ad esempio, onerata della prova, nell'alternativa rinvio a giudizio/sentenza di non luogo a procedere, è la difesa perché il rinvio a giudizio dovrà essere disposto in ogni caso in cui non siano interamente provati i presupposti stabiliti dalla legge per la pronuncia del non luogo a procedere.

La recente legge-delega (art. 1 comma 9, lettera *m*) l. 27 settembre 2021, n. 134) invita il delegato a «modificare la regola di giudizio» prevista nell'udienza preliminare, ma in realtà la modifica suggerita riguarda solo i presupposti per la sentenza di non luogo a procedere, che resta il termine 'marcato': «prevedere che il giudice pronunci sentenza di non luogo a procedere quando gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna». La pronuncia del non luogo viene sicuramente agevolata dalla nuova formula. Tuttavia, la regola di giudizio, intesa come la regola che definisce quale provvedimento debba prevalere in caso di dubbio, rimane immutata; nell'incertezza

³⁹ In altri termini, l'effetto in tanto si produce in quanto sia provata sino all'ultima molecola la fattispecie che lo determina, sia essa imperniata sulla punibilità (fatti costitutivi, positivi o negativi) o sia essa imperniata sulla non punibilità (fatti impeditivi della punibilità); ferme restando, naturalmente, le eventuali deroghe previste in sede processuale. Se la fattispecie è complessa – ossia composta da più proposizioni – è importante non confondere il fatto costitutivo-negativo, a cui è subordinata la punibilità, con il fatto impeditivo che la esclude; determinante a questo riguardo è la formulazione della norma. Per il fatto costitutivo-negativo, la 'negazione' (il 'non' o espressione equivalente) cade sul fatto: così, ad esempio, in 'è punito con la pena *x* chi commette il fatto *y* in assenza del fatto *z*' (o formule equivalenti, come: 'quando non sussista *z*', 'purché non sussista *z*', 'sempreché non sussista *z*'). Per il fatto impeditivo, la negazione cade sulla punibilità: così, ad esempio, in 'è punito con la pena *x* chi commette il fatto *y*, a meno che sussista *z*' (o formule equivalenti come 'tranne che sussista *z*', 'salvo che sussista *z*', 'eccetto che sussista *z*'). Nel primo caso, grava sull'accusa la prova di *y* e di non-*z*; nel secondo caso, sull'accusa la prova di *y* e sulla difesa la prova di *z*.

⁴⁰ Sui due poli di ogni alternativa decisoria e sulla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio come unico *standard* probatorio, v. P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, vol. I, *Struttura e procedimento*, 2 ed., Giappichelli, Torino, 2017, p. 107 s.; Id., *Il concetto di "provare" e di "provato"*, in *Diritto penale e processo*, 2021, p. 557 s.; Id., *Onere della prova, regola di giudizio e standard probatorio: alla ricerca della perduta proposizione da provare*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 2639 s.

sarà sempre disposto il rinvio a giudizio (termine ‘conseguenziale’). Altrettanto dicasi per l’alternativa tra archiviazione e richiesta di rinvio a giudizio (art. 1 comma 9, lettera *a*) l. *cit.*).

Terzo. Notavo come, attraverso il binomio potere/dovere, Cordero abbia brillantemente superato la difficile sfida di tenere sotto controllo l’intero svolgimento del processo, persino nelle sue disfunzioni rappresentate dalle invalidità. Nondimeno, alla costellazione di poteri e doveri che si susseguono, guidando il processo verso la fine, aggiungerei volentieri un elemento che dovrebbe costituire il presupposto per il loro esercizio e impedirne la conversione in atti di violenza: il ‘sapere’, che in questo testo resta un grande assente, non certo per disinteresse dell’A., ma perché ritenuto inidoneo a fungere da situazione soggettiva nel processo penale.

Senza dubbio il sapere, come attività conoscitiva, rappresenta una categoria piuttosto sfuggente, intrisa delle connotazioni psicologiche e sociologiche di cui il giovane Cordero diffidava, ma verso le quali, come si accennava, appare più aperto ed indulgente negli anni della maturità, in vista del contributo che possono offrire allo studio dei fenomeni processuali. Capisco bene che, alla luce del classico concetto di situazione giuridica soggettiva, vi siano difficoltà a considerare tale il sapere; ma sono certo che la sua rilevanza giuridica, come condizione che tempera e legittima il potere, non sia affatto secondaria; è, infatti, sul metodo di formazione del sapere e sulla sua trasmissione intersoggettiva che si dividono i diversi modelli di processo.

Chi nel processo esercita un potere, specie se si tratta di un organo pubblico e specie se incide sui diritti di libertà, occorre che lo eserciti come espressione, come conseguenza di un sapere, dal quale non deve mai essere disgiunto. L’esercizio del potere punitivo sulla base di un sapere formato con il contributo delle parti è una condizione di accettazione sociale della pena, oggi imposta dalla stessa Costituzione secondo cui il processo penale è regolato dal contraddittorio nella formazione della prova (art. 111 comma 4). Questo rapporto sinergico tra potere e sapere si percepisce molto bene nella sentenza che afferma o nega la colpevolezza, dove si distinguono due componenti: una cognitiva o conoscitiva, l’altra autoritativa o performativa.

La componente cognitiva, fondata sul ‘sapere’, traspare dalla motivazione della sentenza ed è rappresentata dal discorso argomentativo con cui il giudice sulla base delle prove raccolte ‘ri-conosce’ o no l’imputato come colpevole. La componente autoritativa, fondata sul ‘potere’ e sul ‘dovere’, emerge dal dispositivo, ossia dall’atto con cui il giudice ‘dichiara’ l’imputato colpevole del reato o lo assolve; con l’effetto, tipicamente giuridico, di imporre all’imputato una qualifica che, esauriti i mezzi di impugnazione, sarà inconfutabile, destinata ad accompagnare la persona come il suo nome, restando irrilevante ogni eventuale prova contraria (salvi i casi eccezionali di revisione del processo, quando

nuove prove documentino l'ingiustizia della condanna). La formula con cui il giudice dichiara l'imputato colpevole è una parola performativa che realizza ciò che enuncia.

La differenza tra le due componenti si può bene evidenziare sulla base del rapporto tra giudice e realtà (o, se si preferisce, mondo). Nell'atto 'conoscitivo' del sapere la direzione è dalla realtà verso il giudice, nel senso che è la prima (attraverso il materiale probatorio raccolto) ad influire sul secondo e, quindi, a determinare la sua decisione. Nell'atto 'autoritativo' del potere il rapporto s'inverte, la direzione è dal giudice verso la realtà, in quanto sono le decisioni, giuste o ingiuste, ad imporsi sulla realtà o, meglio, a costruirne una parallela costellata da qualifiche giuridiche⁴¹. La motivazione è un esercizio di conoscenza, il dispositivo un esercizio di potere che certifica e rende inconfutabile l'esito cognitivo. 'Sapere' e 'potere' sono elementi essenziali dell'atto di giudizio: priva del potere, la sentenza, perderebbe ogni efficacia vincolante; priva del sapere, sarebbe puro atto di forza.

Alla distinzione appena illustrata è correlata quella tra regole *costitutive* e regole *regolative*⁴². L'attività conoscitiva è oggetto di regole definibili come 'regolative', perché si limitano a disciplinare un comportamento che può sussistere indipendentemente da esse (ad esempio, l'atto di interrogare i testimoni, di presentare memorie, di valutare le prove, ecc.). Il potere è disciplinato, anzi è 'determinato' da regole definibili 'costitutive' perché istituiscono, creano la possibilità stessa del comportamento che regolano (ad esempio, l'atto con cui si condanna o si assolve, ma anche quello con cui si dichiara una nullità o altro genere di invalidità). L'intero processo può essere studiato come un insieme di regole costitutive (di poteri) e regolative (di saperi), sottilmente intrecciate fra loro, dove spesso non è semplice distinguere le une dalle altre.

Quarto. Cos'è che rende questo libro così bello, di piacevole lettura e, al tempo stesso, astratto e sorpassato? Perché si resta affascinati scorrendo queste preziose pagine scritte *more geometrico*, in uno stile rigorosamente deduttivo? Senza esitazione dico: perché il prodigioso edificio costruito da Cordero ci trasporta in un mondo lontano mille leghe da quello attuale; un mondo tranquillo e ordinato, dove si persegue un'idea di perfezione e di coerenza del diritto, oggi interamente abbandonata sotto la spinta di due eterogenei fenomeni. Da un lato, le disfunzioni del linguaggio legislativo, sempre più oscuro, pleonastico, contraddittorio, talvolta indecifrabile; dall'altro, il diritto vivente, di origine giurisprudenziale che si è progressivamente separato e reso autonomo dal

⁴¹ Naturalmente, questa realtà, determinata dalle parole, è una realtà 'giuridica', frutto di una finzione perché le parole in sé, almeno per chi non creda alla magia, non modificano il reale.

⁴² Su cui v., in altro contesto, J. Searle, *Creare il mondo sociale* [2010], trad. it., Cortina Raffaello, Milano, 2010, p. 9 s.

diritto vigente, eclissando parallelamente il fondamentale principio di soggezione del giudice alla legge; al punto che, in una grottesca inversione del rapporto tra le due sfere, è il diritto vigente, ormai ridotto a suddito della giurisprudenza, ad inseguire quello vivente, traducendolo servilmente in legge. Due fenomeni che si rafforzano reciprocamente in un moto di incessante riflessività: la disfunzione del linguaggio legislativo alimenta la creatività della giurisprudenza che non vede nella legge solidi riferimenti; ma, a sua volta, la creatività della giurisprudenza deprime l'impegno del legislatore nella messa a punto dei suoi testi, sapendo che saranno manipolati in sede interpretativa⁴³.

L'aspetto più avvilente è che la Corte costituzionale abbia accentuato il distacco del diritto vivente da quello vigente in almeno due occasioni. Anzitutto, quando, per ridurre le questioni di legittimità sottoposte al suo esame, ha eccessivamente incoraggiato le c.d. interpretazioni 'adeguatrici' ai principi della Costituzione, anche a costo di acrobazie esegetiche, mentre sarebbe stato decisamente preferibile eliminare, attraverso la declaratoria di incostituzionalità, la disposizione sospetta, destinata invece a rimanere pericolosamente in vita. In seguito, allorché ha affermato il carattere vincolante delle interpretazioni espresse dalla Corte di Strasburgo nella motivazione delle sue pronunce⁴⁴, dando così vita all'abnorme figura di un giudice-legislatore, investito di fatto del potere di attribuire ai precetti della Convenzione europea anche il significato più lontano dal dato testuale.

Ne sono usciti gravemente lesi due fondamentali principi. Il principio di soggezione del giudice alla legge e quello della distinzione tra motivazione e dispositivo. Il primo, perché i giudici nazionali e la stessa Corte costituzionale si trovano così soggetti ad un'autorità che non è la legge né ordinaria né costituzionale, ma un organo giurisdizionale le cui opinioni s'impongono anche a scapito del testo di cui dovrebbe essere il custode. Il secondo, perché in un provvedimento giurisdizionale vincolante può essere solo il dispositivo, che, infatti, costituisce un comando⁴⁵; non la motivazione che, come esercizio di ra-

⁴³ «Il fenomeno della dimensione largamente giurisprudenziale del diritto vivente» – si legge in un recente libro (G. Canzio-F. Fieconi, *Per una giustizia che guarda all'Europa*, Vita e Pensiero, Milano, 2021, p. 37 – «mostra, dunque, la *relatività* del principio di esclusiva soggezione del giudice, cui tradizionalmente è ancorato il fondamento delle prerogative di indipendenza e autonomia dei giudici» (il corsivo è mio). Non è chiaro se il rilievo sia svolto in chiave critica o nella logica della condivisione; ma, se la soggezione del giudice alla legge è 'relativa', 'relative' devono essere anche le garanzie di indipendenza della magistratura. La soggezione alla legge è, nel nostro ordinamento, l'unica garanzia contro gli abusi del potere giudiziario, e va di pari passo con l'indipendenza della magistratura; se si indebolisce l'una, occorre indebolire anche l'altra, se non si vuole che l'indipendenza si riduca a mero privilegio di casta.

⁴⁴ Il riferimento è alle c.d. sentenze gemelle (Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007).

⁴⁵ Come ogni giudice, la Corte di Strasburgo dovrebbe, tramite il dispositivo, produrre nor-

gione, può riuscire più o meno persuasiva, ma mai dotata di efficacia vincolante. Le continue oscillazioni della Corte EDU, ormai munita di poteri paralingislativi, e i tentativi dei nostri giudici di inseguire la sua giurisprudenza hanno ulteriormente aggravato l'incoerenza e la disgregazione del sistema processuale, con i risultati che sono sotto gli occhi di tutti.

Ringraziamo vivamente l'editore Giappichelli per avere reso nuovamente disponibile questo libro che, nella sua intatta limpidezza, resterà sempre un insostituibile strumento di analisi del fenomeno processuale.

me individuali (nella specie, relative alla circostanza che nel singolo processo sia stato o no leso un precetto convenzionale); viceversa, la Corte costituzionale, riconoscendo efficacia vincolante alle interpretazioni espresse in motivazione dalla Corte EDU, la converte in un giudice-legislatore, autorizzato a produrre norme generali, incondizionatamente valide. Vale la pena ricordare che le stesse pronunce della Corte costituzionale vincolano solo rispetto alla dichiarazione di illegittimità contenuta nel dispositivo e non riguardo a quanto figura nella motivazione (incluso il non vincolante richiamo al valore delle interpretazioni dei giudici europei).

ALLA MEMORIA DI MIA MADRE

Questo volume rappresenta la prima parte di una ricerca che conduciamo sulle « dottrine generali del processo penale ». Trattiamo in queste pagine il tema delle « situazioni soggettive nel processo penale », intendendo per tali le qualificazioni giuridiche del comportamento, che riteniamo si riducano al « dovere » ed al « potere ».

A quest'ultimo riguardo facciamo presente che l'indagine circa i doveri ed i poteri processuali penali è impostata nel presente lavoro nei suoi aspetti essenziali ma trova integrazione, anzi compimento nel secondo volume della serie, alla cui redazione attendiamo, e che si intitolerà alle « vicende giuridiche nel processo penale » ossia ai fenomeni della costituzione, modificazione ed estinzione dei doveri e poteri.

Preannunciamo infine come contenuto del terzo ed ultimo volume l'esame delle valutazioni degli atti. Tale ultima parte della nostra investigazione inquadra gli atti nelle situazioni, permettendo di riferire alle seconde le valutazioni dei primi, con una serie di corollari pratici che reputiamo non privi di importanza. Ai bisogni della giurisprudenza pratica la presente ricerca tende appunto ad accostarsi mediante applicazioni grado grado più concrete delle premesse teoriche inizialmente poste.

Milano, inverno '56-'57.

CAPITOLO I.

L'inquadramento dogmatico del processo nell'elaborazione dottrinale

SOMMARIO: § 1. - Il problema metodologico nell'indagine sugli atti processuali. — § 2. - Le prospettive dogmatiche dell'argomento: la concezione del processo come rapporto giuridico. — § 3. - La critica di Goldschmidt: il processo concepito come « situazione giuridica ».

§ 1. - IL PROBLEMA METODOLOGICO NELL'INDAGINE SUGLI ATTI PROCESSUALI.

Il terreno del processo, e di quello penale in specie, appare propizio ad un'indagine intesa a saggiare la validità delle formule scaturite da quella « controversia sul metodo » nella quale si è assiduamente esercitata la speculazione giuridica di questo secolo, sia nel quadro delle indagini di teoria generale, sia, con impostazione meno rarefatta, attraverso singoli spunti ai quali offriva il destro l'elaborazione di particolari istituti (1).

(1) L'inquadramento degli atteggiamenti di pensiero confluiti in questa disputa, nella quale a torto si volle ravvisare da parte di taluno un'infecunda esercitazione verbale, non è possibile se non per scorcii molto sommersi; una rassegna puntuale delle più interessanti posizioni dottrinali traboccherebbe in una vera e propria analisi retrospettiva degli itinerari battuti dalla scienza giuridica negli ultimi decenni, non essendovi giurista sensibile alle esigenze di una sistemazione scientifica criticamente consapevole che non abbia più o meno esplicitamente affrontato il problema del metodo. Lo sfondo è costituito dalle posizioni speculative intorno a cui ruotano ormai celebri concezioni, ciascuna delle quali incarna un'edizione della « giurisprudenza », caratterizzata

E' assai interessante, a questo proposito, dare un rapido sguardo alle linee secondo cui si è dipanata l'indagine sugli atti

da più o meno accentuate componenti filosofiche: la Begriffsjurisprudenz, la teoria del diritto libero (EHRlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, 1903; *Die juristische Logik* in *Archiv. Civ. Praxis*, 1917), la Interessenjurisprudenz (HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, 1914, ed il successivo *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 2^a ed., 1932), la teleologische Jurisprudenz (SCHWINGE, *Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft*, 1930; HIPPEL, *Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakt, Beitrag zur Methode einer teleologischen Rechtsauslegung*, 1931), i cui echi si possono cogliere soprattutto nel settore delle ricerche penali, nel quale l'aspetto di « prodotto culturale » che inerisce ad ogni norma si esprime con più caratterizzata evidenza (si veda a questo riguardo il fondamentale lavoro di ANTOLISEI, *Il metodo nella scienza del diritto penale*, in *Problemi penali odierni*, 1940, 1 e seg.); infine la « Reine Rechtslehre » (al qual riguardo reputiamo superflue dettagliate citazioni sulla notissima produzione di KELSEN, SCHREIER, MERKL, VERDROSS), il cui più potente apporto alle indagini di giurisprudenza scientifica si coglie nella polemica per la purificazione del linguaggio e dei concetti giuridici. Nella dottrina italiana l'istanza della « purezza » nell'elaborazione delle categorie giuridiche bandita da KELSEN rappresenta il motivo ispiratore di una corrente di pensiero che attraverso gli importanti contributi di CAMMARATA (*Limiti tra formalismo e dogmatica*, 1936, *Contributo ad una critica gnoseologica della giurisprudenza*, 1925; ci riferiamo all'atteggiamento metodologico e cioè al « formalismo » della speculazione kelseniana, le cui conclusioni di ordine propriamente dogmatico, invece, appaiono superate già nella critica efficacissima di CAMMARATA), approda alle recenti riaffermazioni di BOBBIO (di cui si vedano soprattutto, *Teoria della scienza giuridica*, 1950; *La dottrina pura del diritto e i suoi critici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, e *Filosofia del diritto e teoria generale del diritto*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, I, 43) ed ALLORIO, (*Saggio « polemico » sulla giurisdizione volontaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1947; *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.* 1955). Si vedano, ancora, come documenti di un'urgente aspirazione ad una riflessione critica, nella quale all'indagine sulle categorie « pure » del diritto fa riscontro una fine sensibilità alle più varie istanze culturali: PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Riv. il. per le scienze giuridiche*, 1948; *La giurisprudenza come scienza pratica*, ibid., 1950; CALOGERO, *La metodologia del naturalismo giuridico*, in *Saggi di etica e di teoria del diritto*, 1947; SATTA, *La tutela del diritto nel processo*, in *Atti del Congresso int. di dir. proc. civ.*, 1953; CAIANI, *Formalismo ed empirismo nella scienza del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1953, I. Per un quadro compiuto degli orientamenti dottrinali

processuali. L'atteggiamento iniziale (2) è espresso in una ricerca ad intento classificatorio e descrittivo, quasi una semplice rilevazione dei caratteri esteriormente percettibili e degli aspetti più vistosamente funzionali. Poi, l'esigenza di una più approfondita analisi del fenomeno propriamente giuridico conduce ad una visione scientificamente matura (3): da un lato, superando le posizioni dell'iniziale empirismo descrittivo, si avverte la necessità di inquadrare il tema nello sfondo di una teoria generale del processo, dall'altro, nell'analisi dei singoli atti, l'indagine si affina e si svolge secondo un consapevole riferimento a categorie generali che trascendono la sfera del processo. In questa direzione affiora una serie di problemi di fondo: l'inquadramento degli atti processuali negli schemi dell'atto o del negozio giuridico, l'analisi della composizione di ogni singola fattispecie (al qual proposito è appena il caso di ricordare le fondamentali ricerche sulla misura in cui nello schema di

sul « Methodenstreit » cfr. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, 1955, nonché, di SCARPELLI, *Filosofia analitica e giurisprudenza*, 1953.

(2) Cfr. i riferimenti bibliografici di BÜLOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, 1868, 1-19.

(3) Per evitare straripanti citazioni, ci limitiamo a ricordare alcune tra le ricerche fondamentali dei giuristi della scuola classica tedesca: BÜLOW (*Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, cit.; *Gesetz und Richteramt*, 1885; *Das Geständnisrecht*, 1899; *Klage und Urteil*, in *Z.Z.P.*, Bd. 31, 191 e seg.); WACH (*Feststellungsanspruch*, in *Festgabe für Windscheid*, 1889; *Das Geständnis, Ein Beitrag zur Lehre von den prozessualen Rechtsgeschäften*, in *Arch. Civ. Praxis*, Bd. 64, 201 e seg.; *Der Rechtsschutzanspruch*, in *Z.Z.P.*, Bd. 32, 1 e seg.), KOHLER (*Der Prozess als Rechtsverhältnis*, 1888; *Prozesshandlungen mit Zivilrechtswirkung*, in *Z.Z.P.*, Bd. 29, 1 e seg.; *Der sogenannte Rechtsschutzanspruch*, in *Z.Z.P.*, Bd. 33, 211 e seg.), PLOSZ (*Beiträge zum Zivilprozess*, 1905), HELLWIG (*Klagerecht und Klagmöglichkeit*, 1905; *Prozesshandlung und Rechtsgeschäft*, in *Festgabe für Gierke II*, 1910, 41 e seg.), HEGLER (*Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht*, 1903; *Zur Stellung der Gerichte im Strafverfahren*, in *Festschrift für Binding* 1911), KIPP (*Ueber Doppelwirkungen im Recht*, in *Festschrift der Berl. jurist. Fak. f. Martitz*, 1911, 211 e seg.), KLEIN (Franz) (*Die schuldhafte Parteihandlung*, 1885), NUSSBAUM (*Die Prozesshandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse*, 1908), KLEIN (Peter) (*Die Rechtshandlungen im engeren Sinne*, 1912), KRÜCKMANN (*Die materielle Urteilswirkung*, in *Z.Z.P.*, Bd. 46, 47, 48)

ogni singolo atto processuale assume rilevanza l'atteggiamento psicologico del suo autore), lo studio delle situazioni di invalidità, ed ancora, in un settore più periferico, l'individuazione del confine tra diritto sostanziale e processo in atti che sembrano rivelare una configurazione biface (4).

Nei rilievi suggeriti da questo fuggevole inquadramento dei più notevoli scorci della dottrina processualistica è implicita la risposta al quesito metodologico accennato in apertura. In altri termini, una ricerca che aspiri a fare opera di definizione scientifica non può prescindere dall'analisi di quel complesso di fenomeni dai quali riceve il predicato della giuridicità ciascuno dei fatti che qui vengono in considerazione.

L'investigazione, poi, potrà svolgersi alla stregua dei più vari criteri, nel porre i quali si esprime un ineliminabile margine di libertà di scelta: gli atti processuali, insomma, possono

(4) L'indagine sui rapporti tra diritto sostanziale e processo, il cui affermarsi costituisce l'inequivoco indizio della compiuta maturazione scientifica d'una ricerca che ha superato lo stadio iniziale esegetico e classificatorio (cfr. in questo senso un interessante spunto di ALLORIO a proposito della comparazione dell'opera scientifica di MORTARA e di CHIOVENDA, in *Atti del Congresso internazionale di diritto processuale civile*, 1953, 133), trova la sua prima impostazione organica nel quadro speculativo risultante dai due concetti dell'azione in senso astratto (DEGENKOLB e PLOSZ, op. cit., nella nota precedente) e della « pretesa alla tutela giuridica » (WACH, op. cit.); già in BÜLOW, peraltro, il problema è posto in modo criticamente consapevole in ordine all'atto processuale nel quale sembra più evidente un substrato di effetti giuridico-sostanziali (in *Das Geständnisrecht*, cit. 286, cfr. il brano in cui è per-spicuamente identificata una « durchaus selbständige prozessrechtliche Bedeutung und Wirkungskraft » che coesiste accanto alla funzione di « dichiarazione di verità » nella confessione).

Sul confine tra diritto e processo nell'istituto della confessione cfr. CARNELUTTI, *Confessione e ricognizione*, *Rivista dir. proc. civ.* 1942, I, 235, ed i recenti studi di MONTESANO, *Confessione ed astrazione processuale*, in *Riv. dir. proc.* 1951, 3 e seg.; *Sull'« animus confitendi » e sulla teoria « oggettiva » della confessione*, ivi, 1950, 3 e seg.). Nella corrente di pensiero che si ispira alla concezione di GOLDSCHMIDT (nel cui quadro la soluzione prospettata al problema dei rapporti tra processo e diritto sostanziale riveste il ruolo di un elemento cardine) il tema è affrontato con ricchezza di sviluppi argomentativi da NIESE, in *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen*, 1950, passim. Sul tema della confessione cfr. ancora, di CARNELUTTI, *La prova civile*², 1947, 40 e seg.

essere, in sede di classificazione, definiti in rapporto all'involucro del quale sono rivestiti o nel nesso (giuridicamente inteso, ben si intende) in cui ciascuno di essi si trova con quel « risultato finale » (5) che è la sentenza, o avendo riguardo al complesso dei requisiti nei quali si risolve la loro fattispecie normativa (al qual proposito assume un notevole interesse lo spunto classificatorio a cui allude Betti (6), in rapporto alla valuta-

(5) La caratteristica di ogni atto processuale, di porsi come momento intermedio di una progressione ascendente che culmina colla sentenza, ha potentemente attratto l'attenzione dei processualisti e costituisce il motivo ispiratore di ogni raffigurazione del processo: dalla formula primitiva del « rapporto giuridico » (cfr. quanto osserva BÜLOW in *Die Lehre von den Prozesseinreden* cit., 5 e seg.), a quella della « situazione » (e qui il concetto della cosa giudicata come « Prozessziel » è tratto alle estreme conseguenze; cfr. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, 1925, 151 e seg.), alla moderna categoria del procedimento, a proposito della quale la posizione dell'« atto finale » ha suscitato i più dibattuti problemi costruttivi (JELLINEK W. *Verwaltungsrecht*³, 1931, 271 e seg.; MERKL, *Allgemeine Verwaltungsrecht*, 1927, 213; FORTI, « Atto » e « procedimento », in *Studi di diritto pubblico*, 1937, I, 457; SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, 1940, 180 e seg.; SAUER, *Allgemeine Prozessrechtslehre*, 1951, 26; ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, 1954, 503 e seg.).

(6) Cfr. BETTI, *Per una classificazione degli atti processuali di parte*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1928, 106 e seg.; in questo fondamentale scritto, nel quale confluiscono, originalmente rielaborati, e trovano un'organica sistemazione i più notevoli scorci costruttivi della scuola processualistica germanica (per un'applicazione di tali concetti al processo penale cfr. DELOGU, *Contributo alla teoria della inammissibilità nel diritto processuale penale*, 1938, 36 e seg.), gli atti processuali di parte sono distinti in sei classi (domande, dichiarazioni di volontà comminatorie, dichiarazioni di volontà dispositive, affermazioni e deduzioni di fatto e di diritto, valutazioni di verità con effetto normativo, comunicazioni di fatti e produzioni di mezzi). alla stregua del criterio desunto « dal contenuto delle singole dichiarazioni, esaminando gli atteggiamenti della volontà o della coscienza in esse espressi, così nella loro natura psicologica, come in ordine alla valutazione legislativa fattane in un dato ordinamento processuale ». Altri criteri di classificazione concernono (ibid., 119 e seg.) il rapporto in cui l'atto si pone coll'effetto giuridico a cui fa riscontro lo « scopo che la parte si prefigge » (viene qui in considerazione la notissima bipartizione tra « Be-Erwirkungshandlungen », sulla quale ci intratterremo oltre nel testo) e la misura in cui in ciascun atto si manifesta « l'esplicazione di una competenza dispositiva ».

zione che l'ordinamento fa dei requisiti psichici della condotta), oppure alla stregua di determinati atteggiamenti tipici che si prestano ad essere ricondotti a categorie di teoria generale.

Le prospettive potrebbero indefinitamente moltiplicarsi, purchè l'indagine sia condotta secondo il parametro offerto dalla considerazione di entità che rivestano un'effettiva rilevanza per il diritto: alcune note classificazioni della dottrina germanica (7), ad esempio, nelle quali ogni aspetto di autentico rilievo giuridico si dissolve in un quadro descrittivo vagamente funzionale e finalistico, rivelano a prima vista un vizio metodologico da cui risulta alquanto compromesso il loro rigore scientifico.

§ 2. - PROSPETTIVE DOGMATICHE DELL'ARGOMENTO: LA CONCEZIONE DEL PROCESSO COME RAPPORTO GIURIDICO.

Tracciando una prospettiva storico-dogmatica intesa a cogliere, oltre al quadro panoramico, i coerenti nessi delle posizioni di pensiero appartenenti ad una data corrente di speculazione giuridica, si incontrano due atteggiamenti che coincidono con i momenti costruttivi probabilmente più im-

(7) Cfr. ad esempio la definizione che SAUER (*Allgemeine Prozessrechtslehre* cit., 132), riprendendo uno spunto accennato già in *Grundlagen des Prozessrechts*, 1919, 167, dà dell'atto processuale: « als das zu der Prozessentwicklung in Beziehung stehende, vom Prozessrecht nach Voraussetzungen und Wirkungen geregelte Willensstreben eines Prozesssubjekts gegenüber einem anderen Prozesssubjekt innerhalb oder zur unmittelbaren Vorbereitung eines Prozesses » (una definizione analoga, nella quale per altro si rinviene l'aspirazione ad evadere dal piano della pura e semplice caratterizzazione finalistica, si trova in SIEGERT, *Die Prozesshandlungen, ihr Widerruf und ihre Nachholung*, 1929, 23 e seg.). Si vedano inoltre gli spunti classificatori di PETERS, *Strafprozess*, 1952, 209, prevalentemente incentrati sulla « Handlungsfunktion ». Ancora, in SCHMIDT (Eberhard), *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung*, 1952, I, 39 e seg., sono largamente usate metafore quali « Urteil als Prozessziel », « Spannungsverhältnis der Prozesshandlungen zum Urteil ». Una citazione a parte richiederebbero le notissime figure della sistematica goldschmidtiana, sulle quali ci intratterremo più avanti nel testo.

portanti della ricerca processualistica: alludiamo alle concezioni del processo come rapporto giuridico e come situazione.

Ciascuna delle due teorie aspira a porsi come una raffigurazione in chiave monistica dei fenomeni del processo: la prima opera collo strumento che rappresenta il prodotto più cospicuo della tradizione giuridica classica (8); la seconda traspone il vario complesso dei fatti processuali sulla trama di un concetto di più recente conio (9), che sembra aprire all'indagine direzioni inusitate.

Il lettore avverte che agli approssimativi lineamenti di questo schema espositivo non fa storicamente riscontro una puntuale successione di correnti di pensiero, delle quali si possa dire che una abbia chiuso il ciclo dell'altra: da un lato, infatti, il concetto del processo come rapporto giuridico, sia pure con varianti che lo differenziano sensibilmente dall'edizione originaria a forte sapore privatistico (10), sopravvive nelle applicazioni che ne fa la dottrina alla critica di Gold-

(8) La nozione di rapporto giuridico come correlazione di diritto ed obbligo costituisce una delle più tipiche acquisizioni della dottrina di ispirazione pandettistica; il suo trapianto in campo processuale, prima della sistemazione attuata da BÜLOW, colla quale si fa coincidere il momento iniziale della « moderna epoca costruttiva della scienza tedesca processuale » (così GOLDSCHMIDT, *Der Prozess*, cit. 1), fu tentato, sia pure nel quadro di una visione empiricamente orientata, da PUCHTA, *Kursus der Institutionen*, II, 1851, § 150; cfr. anche BETHMANN HOLLWEG, *Das 20 Buch der Pandekten*, I, 102.

(9) Il concetto di « situazione giuridica », a proposito del quale possiamo limitarci in questa sede ad un rapido richiamo a carattere esclusivamente storico-bibliografico, fu importato nello studio scientifico dei fenomeni processuali da KOHLER (*Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess*, 1894, 219; *Der Prozess als Rechtsverhältnis*, cit. 65); introdotto come uno strumento sistematico la cui applicazione sarebbe dovuta rimanere circoscritta entro i limiti di certi effetti prodromici o transitori, essenzialmente consistenti in uno « stadio » della vicenda costitutiva di un diritto soggettivo, e quindi saldamente inquadrato nell'orbita del più ampio concetto di « rapporto giuridico », ad opera di Goldschmidt esso doveva poi assurgere al ruolo di « chiave di volta per l'intendimento del processo » (*Der Prozess* cit., 136)

(10) Ci riferiamo soprattutto alla concezione di KOHLER (*Der Prozess* cit.), nella quale il rapporto processuale è concepito come una relazione soggettiva i cui termini si identificano colle parti.