



Revista Brasileira de Direito Processual
Penal
E-ISSN: 2525-510X
revista@ibraspp.com.br
Instituto Brasileiro de Direito Processual
Penal
Brasil

Orlandi, Renzo
LA PROLUSIONE DI ROCCO E LE DOTTRINE DEL PROCESSO PENALE
Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 1, 2015, pp. 88-104
Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal

Disponibile in: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=673971395010>

- Come citare l'articolo
- Numero completo
- Altro articolo
- Home di rivista in redalyc.org

redalyc.org

Sistema d'Informazione Scientifica

Rete di Riviste Scientifiche dell'America Latina, i Caraibi, la Spagna e il Portogallo
Progetto accademico senza scopo di lucro, sviluppato sotto l'open acces initiative

LA PROLUSIONE DI ROCCO E LE DOTTRINE DEL PROCESSO PENALE¹

Renzo Orlandi²

SOMMARIO

L'articolo analizza le conseguenze del pensiero giuridico di Arturo Rocco, dal 1910 nella dottrina di procedura penale, ossia, il metodo tecnico-giuridico (esegesi, sistematica e critica). La dogmatica di procedura penale inizia con la monografia di Giovanni Conso, nel 1955. L'insoddisfazione con il tecnicismo giuridico e con la mancanza di maturità scientifica si è manifestata con Carnelutti nel 1946 (Cerenterola), sottolineando le peculiarità strutturali del procedimento penale. In questa prospettiva, il testo sottolinea la conferenza di Franco Cordero nel 1964 (Lecce), così come le lezioni da James Goldschmidt. Inoltre, negli anni sessanta, divennero importanti diritti fondamentali, di fronte alla Costituzione democratica, con un nuovo orientamento dottrinale. Il diritto processuale penale è stato considerato come diritto costituzionale applicato. Si segnalano gli insegnamenti di Amodio, Amato, Chiavario, Ferrua, Grevi, Iluminati, Massa e Nobili. Successivamente, l'articolo mette in evidenza il CPP del 1988, l'internazionalizzazione dei sistemi giuridici, l'importanza del diritto comparato e dei diritti fondamentali. Si conclude con il nuovo ordine mondiale dei diplomi internazionali e tribunali sovranazionali, con nuove esigenze, oltre il tecnicismo giuridico.

PAROLE CHIAVE: Diritto processuale penale. Tecnicismo giuridico. Critiche. Costituzione. Diritti Fondamentali.

ABSTRACT

The article analyzes the consequences of the speech by Arturo Rocco (1910), in the doctrine of criminal procedure, that is to say, about the

¹ In corso di pubblicazione su *Criminalia 2010*, in una sezione dedicata ai 100 anni della prolusione sassarese di Arturo Rocco.

² Professore ordinario della Università di Bologna – Itália.

technical and legal method (exegesis, systematic and critical). The dignity of dogmatic criminal procedure begins with the monograph of Giovanni Conso, in 1955. Dissatisfaction with the legal technicality, and with the lack of scientific maturity is manifested by Carnelutti in 1946 (Cerenterola), emphasizing the structural peculiarities of the criminal proceedings. In this perspective, the text emphasizes the conference by Franco Cordero in 1964 (Lecce), as well as lessons from James Goldschmidt. In addition, in the sixties, became important fundamental rights, in the face of the democratic constitution, with a new doctrinal orientation. The law of criminal procedure has been regarded as constitutional law applied. In this perspective, we highlight the teachings of Amodio, Amato, Chiavario, Ferrua, Grevi, Iluminati, Massa and Nobili. Subsequently, the article highlights the CPP in 1988, the internationalization of legal systems, the importance of comparative law and fundamental rights. It ends with the new world order of international and supranational courts, with new needs, beyond the legal technicality.

KEYWORDS: Criminal Procedure. Legal technicality. Autonomy. Critical. Constitution. Fundamental Rights.

1. *Premessa.* – Potrà forse apparir singolare che un processualista prenda la parola per commentare la celebre prolusione sassarese di Arturo Rocco. La procedura penale vi è menzionata, infatti, in maniera del tutto marginale. Del resto, all'epoca essa era oggetto di scarsissima attenzione in sede teorica: un accessorio del diritto penale, privo di autonomia didattica e, di conseguenza, oggetto di scarso approfondimento scientifico.

Eppure vale la pena riflettere sugli echi che quel discorso del 1910 ha avuto, negli anni successivi, sulla dottrina processuale. Non tanto nell'immediato, ma a distanza di qualche decennio, quando la procedura penale, acquisita verso la fine degli anni '30 del secolo scorso la dignità di insegnamento fondamentale nella didattica universitaria, diverrà gradatamente oggetto di una più raffinata elaborazione concettuale.

Del resto, l'appello metodologico di Rocco ha un'ampiezza che supera i confini della scienza penalistica. Esso si presenta come decalogo di ogni buon giurista di diritto positivo. I tre gradi dello strumentario tecnico (ricerca esegetica, ricerca sistematica, ricerca critica) non sono un'esclusiva del penalista. In ritardo rispetto ad altre discipline giuridiche, la scienza penale deve mettere a frutto la lezione metodologica maturata nel diritto civile, nel diritto commerciale, nel diritto amministrativo, nel diritto processuale civile.

Non conviene qui indugiare sul contesto che favorì la presa di posizione di Rocco nello scorci iniziale del secolo scorso. Basterà ricordare lo sconvolgimento provocato dagli esponenti della scuola positiva nelle tradizionali categorizzazioni della dottrina penalistica italiana. Tutto un mondo di concetti pazientemente elaborati dagli autori ottocenteschi, sul presupposto di una responsabilità individuale impeniata sul libero

arbitrio, era stato spazzato via come anticaglia inservibile. Gli argomenti suggestivi e demolitori dei positivisti esigevano risposte capaci di andare al di là delle giaculatorie e delle “incrostazioni metafisiche”. A disagio fra le posizioni per così dire passatiste di quella che sarà poi chiamata la scuola classica e il rivoluzionario approccio progressista della scuola positiva, Rocco cerca una sintesi adeguata alla dottrina penale e capace di superare i limiti dei due indirizzi in contrasto. Egli ritiene di trovarla, per l'appunto, nell'indirizzo da lui stesso qualificato *tecnico-giuridico*,³ con una definizione tesa a evidenziare il carattere strettamente giuridico della scienza penale e la sua autonomia da saperi ausiliari quali l'antropologia criminale, la sociologia criminale, la filosofia del diritto, la scienza politica.

Significativamente, il battesimo del nuovo indirizzo avviene sotto il segno della dottrina tedesca che, nella seconda metà dell'Ottocento, aveva prodotto riflessioni di notevole valore sistematico, capaci di irradiare diversi settori del sapere giuridico.⁴

Qualcuno, forse a ragione, dubitò che la sintesi fosse riuscita.⁵ Comunque sia, il metodo suggerito da Rocco esercitò un forte influsso sui giuristi che operarono nella prima metà del secolo scorso.

Ciò riguardò anche la procedura penale, non foss'altro per il fatto che essa era compresa nel recinto didattico del penalista. La codificazione penale e processuale del 1930 si compì, si può dire, con la benedizione del metodo tecnico-giuridico. Anche se non vanno dimenticate le suggestioni che al processualpenalista venivano dalle dottrine del processo civile.

2. Il tecnicismo giuridico nella prima fase delle teorizzazioni processualpenalistiche. –Solo sul finire degli anni Trenta del, come già detto, e precisamente con il r.d. 30 settembre

³ Il problema e il metodo della scienza del diritto penale. *Riv. dir. e proc. pen.* 1910, 506.

⁴ Gli autori di lingua tedesca sono i più citati nella prolusione del 1910. Numericamente superano di gran lunga sia gli autori francesi sia quelli italiani. Del resto, è un dato di fatto che la cultura giuridica italiana fra Otto- e Novecento stava abbandonando la dottrina di ispirazione realista e formazione francese, preferendogli il “modello a struttura” liberale-autoritario di importazione tedesca (come rilevava S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*. *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1969, 416).

La penetrazione del pensiero tedesco era già iniziata qualche anno prima in importanti settori della cultura giuridica italiana. Il *System der Subjectiven öffentlichen Rechte* di Georg Jellinek era stato tradotto in italiano nel 1892 con una prefazione di Vittorio Emanuele Orlando. I civilisti Carlo Fadda e Paolo E. Bensa avevano tradotto il *Pandektenrecht* di Bernhard Windscheid. Ricchissima di riferimenti alla dottrina tedesca era, infine, la celebre prolusione bolognese di Chiovenda dedicata alla *Azione nel sistema dei diritti* (1903), nella quale si ravvisa giustamente l'atto di nascita del moderno diritto processuale in Italia: fino a Mortara, la procedura è francofona; si citano spesso i precedenti della cassazione parigina, anche perché la legislazione italiana era largamente ispirata a quella francese del primo Ottocento; con Chiovenda, il diritto processuale diventa decisamente teutonico. Insomma, la prolusione di Rocco matura in un contesto, sempre più dominato da un'aspirazione alla “purezza del metodo giuridico”, che trovava risposte adeguate nella dogmatica di lingua tedesca.

⁵ Secondo S. Ranieri (Sullo stato della scienza del diritto penale in Italia. *Riv. pen.* 1926, 131) “i postulati della dottrina giuridica sono sostanzialmente gli stessi della ‘scuola classica’, della quale costituisce la continuazione nel tempo”. Si vedano anche i rilievi critici di U. Spirito nello scritto citato infra, nt. 8.

1938, n. 1652, l'insegnamento della procedura penale si sdoppia da quello del diritto penale, acquistando così autonomia didattica. Ci vorranno però anni, anzi decenni, per veder crescere gli specialisti di questa disciplina nuova.⁶

Già in quel periodo, tuttavia, alcuni studiosi che dedicano particolare attenzione alla procedura penale muovono da premesse tecnico-giuridiche. Vincenzo Manzini, *in primis*, che nel suo Trattato (edizione 1931) mette al centro della sua ricostruzione teorica le nozioni fondamentali di *rapporto giuridico processuale* e *dipresupposti processuali*.⁷ L'ispirazione qui non viene dalla prolusione di Arturo Rocco, bensì dall'altrettanto celebre prolusione bolognese (1903) di Giuseppe Chiovenda⁸ sulla *Azione nel sistema dei diritti*.⁹

Del resto, anche l'opera di Chiovenda, coeva a quella di Rocco, si inquadra nella temperie culturale che agevola riflessioni inclini a sfociare nella messa a punto di un

⁶ O, per meglio dire, *rinnovata*, posto che anticamente, quando, nel 1509 a Bologna fu istituita la prima cattedra penalistica, il *ius criminale* era, essenzialmente e prevalentemente, diritto processuale penale (o, per dirla con il lessico dell'epoca, *practica causarum criminalium*). Pochi anni dopo (1520), troviamo a Pavia un insegnamento denominato *De Actionibus* (dedicato alla procedura sia civile sia criminale), come ci ricorda M. Pisani in uno scritto di straordinario interesse per la storia della nostra disciplina (L'autonomia didattica della procedura penale in Italia. *Ind. pen.* 1967, p. 127 ss.).

Sarebbe interessante una ricerca sulle chiamate di specialisti della procedura penale nelle diverse Università italiane, attraverso i verbali dei consigli di Facoltà e consultando i Bollettini del Ministero P.I. Per molti anni, dopo il 1938, la procedura penale è stata insegnata da penalisti "incaricati" della nuova disciplina (si veda, al riguardo, la lamentazione di F. Cornelutti, Continua la mala sorte di Cenerentola, *Riv. dir. proc.* 1960, p. 650). Questo è accaduto soprattutto nei grossi atenei, che procedettero per ultimi alla chiamata di professori di procedura penale (all'epoca, i freschi vincitori di concorso erano destinati alle sedi piccole). Ad esempio, nel 1961 a Milano la procedura penale era ancora insegnata da un "incaricato" (il prof. Alberto Dall'Ora), come risulta dalle parole di Cornelutti al convegno veneziano su *I primi problemi della riforma del processo penale* (si vedano i relativi atti pubblicati nei *Quaderni di San Giorgio*, Sansoni, Firenze 1962, p. 29). Fra le eccezioni – forse unica – l'università di Roma-la Sapienza, dove nel 1938 la cattedra di Procedura penale fu affidata a Vincenzo Manzini (cfr. M. Pisani, *L'autonomia didattica*, cit., p. 136), al quale succedettero prima Alfredo De Marsico (dal 1940 al 1942), quindi Filippo Grispigni, Francesco Cornelutti e poi Giovanni Leone. A Bologna, la prima chiamata sulla cattedra di Procedura penale (prof. Giuseppe De Luca) risale all'anno accademico 1963-1964, un quarto di secolo dopo il decreto del 1938. Consultando gli annuari dell'ateneo bolognese si apprende che, fino ad allora, la disciplina processualistica era stata insegnata, per incarico, dal penalista Silvio Ranieri e (dal 1939 al 1947) da Giulio Battaglini.

⁷ Vol. I, par. 12, p. 72-74.

⁸ Per verità, Manzini non cita Chiovenda. Egli ricorda che la nozione di rapporto processuale, già utilizzata nel suo manuale edito nel 1912, era affiorata pure nella Relazione al Re sul c.p.p. 1913. Cita poi una monografia di Mauro Angioni, *La dottrina del rapporto giuridico processuale nelle sue applicazioni al processo penale*, Cagliari 1913, che già dal titolo lascia intendere un debito di riconoscenza nei confronti degli studiosi del processo civile.

⁹ Vedila in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, Roma, 1930, 1 ss. Grazie a Chiovenda, penetrano in Italia le riflessioni di autori tedeschi quali Oskar Bülow e Joseph Kohler, i quali danno una svolta agli studi processualistici postulando il carattere pubblicistico del "rapporto processuale" (anche civile). La monografia di Bülow sulle eccezioni e i presupposti processuali (*Die Lehre von den Prosesseinreden und die Processvoraussetzungen*, Giessen 1868) è comunemente considerata la prima trattazione moderna di diritto processuale: quella che individua con chiarezza il confine fra diritto sostanziale e diritto processuale, inquadrando il secondo nel rapporto Stato-cittadino (alla luce della concezione dello Stato affermatasi nel XIX secolo).

metodo tecnico-giuridico. Per il penalista, è importante delimitare l'oggetto della sua scienza, superando le astrattezze dell'approccio classico, "ostaggio" di premesse metafisiche e le incongruenze dell'approccio positivistico, "ostaggio" di scienze ausiliarie. Per il processualista, è essenziale chiarire il confine fra diritto e processo, sì da studiare quest'ultimo quale meccanismo di applicazione (se non addirittura di produzione) normativa: un meccanismo regolato sì dalla legge dello Stato, eppur animato da una sua dinamica per così dire "naturale" che lo rende parzialmente autonomo da quella stessa legge. Sia i penalisti sia i processualisti avvertivano, comunque, una medesima esigenza: quella di elaborare una dottrina che facesse leva su concetti sistematici o dogmatici capaci di imporsi come una grammatica comune a giuristi e legislatore.

In questo senso si può certo parlare di un tecnicismo giuridico anche per i cultori del diritto processuale. Oltre al già citato Manzini, seguono codesto metodo autori quali Edoardo Massari e il suo allievo Giovanni Leone. Persino Francesco Carnelutti – giurista difficilmente etichettabile, poco incline al pensiero sistematico – verso la fine degli anni Venti prende le difese dell'indirizzo tecnico-giuridico, contro gli attacchi piuttosto irruenti del filosofo Ugo Spirito.¹⁰

Fondati o meno che fossero, quegli attacchi non sortirono l'effetto di scuotere l'edificio teorico che, nel frattempo, anche i processualisti avevano contribuito a costruire.

Di questo ci si renderà conto subito dopo la caduta del regime fascista, quando si porrà il problema di revisionare la codificazione penale del 1930. A un primo moto impulsivo che propugnava un ritorno alle codificazioni previgenti (al codice Zanardelli del 1889 per il diritto penale, al codice Finocchiaro-Aprile del 1913 per il diritto processuale), seguì un atteggiamento più prudente, orientato a riformare i codici fascisti, depurandoli delle incrostazioni autoritarie incompatibili con il sistema democratico.

I processualisti allora più influenti (Giovanni Leone, Giuseppe Sabatini, Remo Pannain) fecero leva proprio sul tecnicismo giuridico per giustificare le loro proposte di revisione della legislazione penale fascista. Valga per tutti l'esempio di Giovanni Leone che, in un articolo del 1945,¹¹ intende dimostrare che "ad onta delle opposte apparenze, il tradizionale complesso di principi giuridico-penali, di assodata origine liberale sia stato, durante il ventennio trascorso, energicamente e quasi universalmente difeso e

¹⁰ Nel saggio polemico *La concezione tecnico-giuridica del diritto penale*, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, 1929, p. 26 ss., Spirito denuncia il fallimento dell'approccio propagandato da Arturo Rocco e ne svela l'inconsistenza teorica: "nulla di strano" egli scrive, "che i fautori del tecnicismo giuridico abbiano finito per trovarsi con il fardello di entrambe le scuole [la classica e la positiva] sulle braccia e soffocati dal peso di un inutile congerie di morti residui" (ivi, p. 26-27). In replica a quell'attacco, Carnelutti (*Il tecnicismo giuridico*, *ibidem*, p. 117), pur considerando la lezione metodologica di Rocco una tappa destinata ad essere superata, ne riconosce il valore scientifico e rileva che un analogo programma tecnico-giuridico s'è affermato nel diritto commerciale (nella contrapposizione fra Vivante e Bolaffio) così come nel diritto processuale civile, con la "maestrevole opera del Chiovenda e, alla debita distanza, della mia". Lo stesso Carnelutti, dunque, verso la fine degli anni '20, si sentiva vicino all'indirizzo tecnico-giuridico.

¹¹ *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*, in *Arch. pen.* 1945, 23 ss.

tenuto fermo dai giuristi italiani". E più sotto aggiunge che di ciò si trova conferma innanzitutto nella "riconduzione del diritto penale allo schema del rapporto giuridico [...] di cui si fece interprete in Italia l'indirizzo tecnico-giuridico", col risultato di salvaguardare i principi di legalità e di irretroattività della legge penale.

Bisogna riconoscerne, infatti, che sul terreno processuale, la nozione di rapporto giuridico consentì alla giurisprudenza di superare in via interpretativa certe asprezze della legge processuale particolarmente ostili alle ragioni della difesa, come l'abolizione delle nullità assolute per errori procedurali macroscopici.¹²

3. *Gli anni Cinquanta* – Il tecnicismo giuridico caratterizza anche gli anni Cinquanta. In uno scritto del 1952 dedicato proprio ad Arturo Rocco, Girolamo Bellavista fa un bilancio della scienza processualpenalistica dei precedenti decenni.¹³ Si tratta di un documento interessante, perché vi si riflette l'atteggiamento di un giurista già maturo (all'epoca più che quarantenne), consapevole dei limiti della scienza processuale. Fedele seguace del metodo tecnico-giuridico, egli denuncia il "rachitismo" della dottrina processuale penale e ne individua la causa principale nella scarsa autonomia didattica di una dottrina per di più ferma alla ricerca esegetica, ancora incapace di ergersi sul piano della ricerca sistematica (o dogmatica).

All'inizio degli anni Cinquanta, erano ancora rare le Università che avevano fatto chiamate sulle cattedre di Procedura penale. Nella maggior parte degli atenei, la disciplina era affidata per incarico ai docenti di diritto penale, la cui produzione (anche a fini concorsuali) era comprensibilmente sbilanciata su tematiche sostanziali. Non che fossero mancati, in anni precedenti, tentativi di sistemazione concettuale degli istituti processuali. Bellavista cita il manuale di Luigi Lucchini, pubblicato nei primi anni del secolo,¹⁴ come "opera con la quale il diritto processuale penale può dirsi che abbia il suo battesimo scientifico".¹⁵ Per gli anni successivi, si citano autori quali Manzini, Massari,

¹² Innovando rispetto al codice del 1913, quello del 1930 aveva trasformato in relative tutte le nullità. Quale che fosse l'inosservanza sottostante, l'invalidità era sempre sanabile. Proprio traendo spunto dall'idea di rapporto giuridico processuale la giurisprudenza di legittimità andò elaborando il concetto di inesistenza, onde evitare che si sanassero le nullità che il codice previgente considerava insanabili: veniva quindi sfidata la legge attraverso la creazione di una sanzione atipica (eccezione al principio di tassatività delle invalidità processuali) per quelle inosservanze (quali, ad esempio, la celebrazione di un'udienza dibattimentale in assenza del difensore) che pregiudicavano il valido costituirsi del rapporto in questione. Si veda, ad esempio, Cass. sez. I, 28 maggio 1934, in *Giust. Pen.* 1935, IV, c. 397.

¹³ Sullo stato attuale della scienza del diritto processuale penale in Italia, in *Studi in Memoria di Arturo Rocco*, Giuffrè, Milano 1952, p. 151 ss.

¹⁴ *Elementi di Procedura penale*, Firenze, 1905.

¹⁵ *Sullo stato attuale*, cit., p. 155: Lucchini "seppe liberarsi dalla schiavitù del commentario per tracciare, sia pur sommariamente, ma organicamente, la sistemazione scientifica del processo penale ricollegandone le nozioni – così come per primo il Mortara aveva fatto nel campo processuale civile – ai principi fondamentali del diritto pubblico, rilevandone i nessi col diritto amministrativo e col costituzionale, determinandone la cosiddetta posizione enciclopedica, orientando con la teoria dell'azione – già delineata sin dal Chio-

Delitala, Leone, de Marsico, che offrono pregevoli contributi di carattere sistematico.¹⁶ Ma, nel complesso, il panorama degli studi penalprocessualistici resta deprimente, soprattutto se raffrontato con il coevo avanzamento delle doctrine processualcivilistiche.

Ed ecco la ricetta di Bellavista:

“Eliminare le cause della decadenza, intensificare la produzione dogmatica, rifuggire dalla critica, approfondire la conoscenza scientifica degli istituti, sottrarsi alla supina imitazione di schemi e di teorie non adattabili al processo penale, questo, in sintesi è il programma inteso a trarre la scienza del diritto processuale penale dalla *mediocritas*, nemmeno *aurea*, nella quale versa oggigiorno”.¹⁷

Basta, dunque, con le trattazioni piattamente esegetiche. Alla *scienza della legge* va preferita la *scienza del diritto*. All’esegesi, il sistema. Occorre dare il giusto spazio alla ricerca dogmatica, nella quale il metodo tecnico-giuridico individua la chiave di volta di un atteggiamento veramente scientifico.

L’auspicio di Bellavista troverà di lì a poco una sua significativa realizzazione nella prima importante monografia di Giovanni Conso.¹⁸ Esce nel 1955 il volume su *I fatti giuridici processuali penali: perfezione ed efficacia*. Un’opera che – col piglio sistematico raccomandato dal metodo tecnico-giuridico – chiaramente ambisce a porre le basi di una considerazione strettamente giuridica del processo. Rifacendosi alle nozioni (ormai tradizionali) di *rapporto processuale* e di *presupposto processuale*, l’Autore analizza la dinamica del processo alla luce della nozione di *fattispecie giuridica*. Nozione, questa, comune a tutte le discipline giuridiche, ma che attende di essere concettualmente precisata per quella disciplina (ancora nuova) rappresentata dalla Procedura penale. Il merito di questa monografia¹⁹ è stato quello di aver dato dignità dogmatica e, quindi, scientifica

venda sulle orme della dottrina tedesca – la dottrina processuale penale verso i problemi scientifici e pratici muoventesi intorno a questo concetto”.

¹⁶ Non sono molte le opere con pretesa di approfondimento monografico pubblicate prima del 1938 e meritevoli di essere a tal riguardo ricordate: ecco un elenco delle più significative: V. Manzini, *Le questioni pregiudiziali di diritto civile, commerciale ed amministrativo nel processo penale*, Firenze, 1899, e Idem, *Atti in generale, prove, azione penale, istruzione, giudizio, sentenza, impugnazioni, esecuzione*, Milano, 1914; A. De Marsico, *La rappresentanza nel diritto processuale penale*, Milano, 1915; Giacomo Delitala, *Il divieto della reformatio in pejus nel processo penale*, Milano, 1927; Edoardo Massari, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, Napoli, 1934.

Oltre agli autori citati nel testo, vanno ricordate opere di penalisti attenti al fenomeno processuale quali G. Battaglini, *Il diritto di querela: fondamento politico dell’istituto, natura giuridica, nascita del diritto di querela, esercizio, estinzione*, Torino, 1915; E. Florian, *Prove penali*, Milano 1917; S. Ranieri, *L’azione penale*: contributo alla teoria dell’azione nel diritto processuale penale, Milano, 1928 e G. Paoli, *La nozione di lite nel processo penale*, Padova, 1930.

¹⁷ *Sullo stato attuale*, cit., p. 173.

¹⁸ Giovanni Conso è, in ordine di tempo, il primo studioso “puro” del diritto processuale penale. Si può dire che in lui si realizza appieno quell’autonomia didattica della disciplina auspicata da Girolamo Bellavista.

¹⁹ E della monografia (sempre del 1955) su *Il concetto e le specie di invalidità*, che della precedente può esser considerata il completamento.

alla molteplice varietà di effetti giuridici che gli atti e i fatti processuali sono idonei a produrre. Tali effetti giuridici meritano di essere classificati e catalogati per differenze o similitudini, in maniera da ricavarne quei principi di carattere sistematico che – secondo il metodo tecnico-giuridico – permettono, sul piano didattico, di spiegare chiaramente il fenomeno processuale e, sul piano pratico, di affrontare con maggior consapevolezza e cognizione di causa anche la più delicata questione interpretativa.

Molti autori, negli anni successivi, seguiranno la via così tracciata,²⁰ proprio mentre si avvicina il momento di crisi dell'indirizzo tecnico-giuridico nell'ambito degli studi processualpenalistici.

L'insoddisfazione seguita alla vasta riforma processuale del 1955 fa prevalere l'elemento critico su quello dogmatico. Interpreté autorevole del malcontento, Francesco Carnelutti, il quale interviene sulla sua rivista per denunciare lo stato di crisi della giustizia penale,²¹ determinata – a suo avviso – oltre che da immaturità scientifica, anche da un eccesso di reverenza nei confronti del dato normativo.²²

4. *Tramonto del tecnicismo giuridico* – A rileggerla oggi, ci si rende conto che quella denuncia preannuncia se non il rapido tramonto, quanto meno il crepuscolo del metodo propugnato da Rocco nella prevalente cultura processualpenalistica.

Carnelutti non è certo un seguace del tecnicismo giuridico, che pur difese nella già segnalata polemica con Ugo Spirito. Una personalità di grande intuito, lo potremmo definire, fortemente caratterizzata in senso antidiomatico, refrattario a una sistematica di stampo positivistico (nel senso del positivismo giuridico). Egli dedicherà gli ultimi anni della sua carriera accademica alla procedura penale, accettando la chiamata sulla cattedra romana della Sapienza, desideroso di contribuire alla dignità scientifica di co-desta disciplina. L'intento è espresso esplicitamente in uno scritto del 1946 intitolato *Cenerentola*.²³ Come la protagonista della fiaba, anche la procedura penale è costretta a vestire gli abiti smessi dalle sorellastre. Non una vuota autonomia disciplinare, né l'elaborazione di un sistema fatto di concetti astratti, bensì la profonda comprensione dell'intimo rapporto fra processo e pena è la via da seguire per nobilitare la procedura penale, promuovendola al rango di scienza e, dunque, meritevole di mutare il suo nome in *diritto processuale penale*.

Diversamente dal processo civile, la cui posta in gioco riguarda l'*avere*, quello penale ha sempre di mira l'*essere* della persona. Il modello, pertanto, è quello della giurisdizione

²⁰ Si vedano, in particolare, alcune delle monografie pubblicate nella collana “Studi di diritto processuale penale” edita da Giuffrè e diretta proprio da Giovanni Conso a partire dal 1959.

²¹ La crisi della giustizia penale, in *Riv. dir. proc.* 1958, p. 333 ss.

²² Giuristi scientificamente sprovveduti, per giunta abituati a occuparsi “più della legge com'è che non come dovrebbe essere” (*loc. ult. cit.*, p. 334) sono incapaci di far da guida al legislatore, suggerendo le soluzioni tecniche adeguate ai problemi del tempo.

²³ In *Riv. dir. proc.* 1946, I, p. 1 ss.

volontaria, non contenziosa. Ciò comporta una peculiarità strutturale del processo penale. Solo in esso si avverte la necessità di regolamentare la fase che precede l'esercizio dell'azione, la fase dedicata alla preparazione dell'accusa. Nulla di simile esiste nel processo civile di tipo contenzioso.

Muovendo da questa semplice constatazione²⁴ e su posizioni apertamente critiche rispetto al metodo tecnico-giuridico, così ottusamente restio a prender in considerazione il *dover essere* (della norma), Carnelutti si farà paladino, tra la fine degli anni Cinquanta e l'inizio dei Sessanta, di una profonda riforma processuale. La bozza da lui redatta nel 1962 su incarico del ministro della giustizia Gonella non avrà seguito immediato, sul terreno legislativo. Costituirà tuttavia un evento importante sul piano del dibattito interno alla procedura penale italiana e contribuirà al superamento dell'approccio tecnico-giuridico.

Lo conferma l'intervento di Franco Cordero nel convegno leccese del 1964 dedicato alla riforma del processo penale: un convegno memorabile nella storia della nostra disciplina.²⁵ Si capisce subito, dall'*incipit* della relazione, quale distanza separi il giovane Cordero dall'approccio tecnico giuridico. "Vi sono idee che non ammettono neppure il tentativo di un approccio critico" afferma con tono quasi spavaldo: "l'accoglierle è un fatto mistico, ma il processo penale, nel nostro tempo almeno, non appartiene tanto alla sfera del mistico, quanto alla prassi ragionata". Si coglie, in queste parole, una marcata estraneità all'approccio formalistico propugnato dai tecno-giuristi. Il linguaggio è nuovo così come nuovi sono i concetti fondamentali. Non ricorrono le tradizionali categorie del tecnicismo giuridico, quali il *rapporto giuridico processuale* o i *presupposti processuali*. Il processo è concepito ben più realisticamente come fenomeno agonistico, come contesa fra accusa e difesa. La posta in gioco è politica, non solo giuridica. Oltre che di Carnelutti (del cui progetto di riforma Cordero terrà ampiamente conto nella propria relazione), si sente l'eco di James Goldschmidt.²⁶ Nel secondo atto dell'accennato convegno svoltosi, sempre nel 1964, a Bellagio, Cordero difende la proposta ispirata all'idea carnelut-

²⁴ Più volte ribadita in diversi luoghi: si vedano, in particolare, *La crisi della giustizia penale*, cit., p. 336 e p. 348; *Principi del processo penale*, Napoli 1960, p. 8 ss.; Premessa, in *Primi problemi della riforma del processo penale*, a cura di G. De Luca, Firenze 1962, p. 16 ss.

²⁵ Gli atti sono pubblicati nel volume curato dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale col titolo *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Milano 1965.

²⁶ E' bene segnalare che la prima monografia di Franco Cordero, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino 1956, di marcata ispirazione metodologica, svela molteplici punti di contatto col pensiero (pur criticamente vagliato) del grande processualista tedesco e, in particolare, col suo fondamentale *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin 1925. Pur muovendo da un approccio formalistico, la monografia del 1956 ripudia il concetto di "rapporto giuridico processuale" (p. 14-19) e si apre a una visione funzionale della dinamica processuale, vale a dire al rilievo delle interazioni fra le situazioni soggettive di "potere", "dovere", "onere", "facoltà" nel cui avvicendarsi si risolve l'esperienza processuale. L'analisi, imperniata su categorie dogmatiche, è condotta secondo lo stile tecnico-giuridico, ad esempio in quanto persegue la messa a punti di concetti sistematici, ma la scelta di guardare al fenomeno processuale dall'angolo prospettico delle ricordate "situazioni soggettive" proietta il discorso (e l'attenzione del lettore) oltre il formalismo della scuola tecnico-giuridica.

tiana dell'inchiesta di parte, con affermazioni che meritano di essere qui riportate, per il loro evidente valore politico:

“[...] il contraddittorio (seriamente inteso come partecipazione dei contendenti alla formazione delle prove) può essere inteso in due sensi: è utile, in quanto favorisce il buon risultato dell'istruzione probatoria, ed è moralmente necessario; un processo senza contraddittorio, anche se fosse garantita la giustizia della decisione, sarebbe un prodotto ideologicamente deteriore.”

E, subito dopo:

“giudicare un nostro simile è impresa terribile, che supera i limiti della condizione umana; anche qui la caccia val più della preda e cioè il modo in cui si agisce val più del risultato. Si può immaginare un processo dal quale, comunque la cose vadano, la civiltà esca umiliata e un altro nel quale la dignità dell'uomo è rispettata: il che rende tollerabili persino gli inevitabili errori”²⁷

Parole lontane dallo stile del tecno-giurista. Viene piuttosto alla mente un'altra volta Goldschmidt il quale, nell'introdurre la sua monografia sulle situazioni giuridiche, scrive che “il diritto processuale non può allignare che sul terreno del liberalismo”.²⁸ Il giurista si deve battere per affermare anche nel processo la democrazia che si predica in politica. Del resto, anche il processo giudiziario (analogamente a quello legislativo) culmina in una sentenza che, a ben vedere, vale come norma del caso singolo: norma particolare e concreta, adottata sulla scorta di regole generali ed astratte espresse nelle formule legislative, che (da un punto di vista “democratico”) sarebbe scorretto imporre, se chi ne subisce gli effetti non avesse avuto la possibilità di partecipare alla sua formazione.

L'esperienza processuale diventa oggetto di uno sguardo diverso, inedito per la cultura giuridica italiana. A ciò contribuisce anche la prospettazione di radicali riforme, che fa apparire obsoleto il metodo tecnico-giuridico, istintivamente associato – a torto o a ragione – alla conservazione dello *status quo* normativo. Atteggiamenti antiformalistici sono altresì incoraggiati dall'opera della Corte costituzionale, sovente chiamata – nel corso degli anni Sessanta – a esprimersi circa la conformità delle norme del codice di rito con la tavola di valori espressa nella carta fondamentale. Ne scaturisce una tensione verso il nuovo, un ragionar per principi (non dogmatici, bensì costituzionali) che caratterizzerà la generazione dei giovani processualisti che si affacciano in quell'epoca.

Tra la fine degli anni Sessanta e la fine dei Settanta, si verifica un mutamento nello stile dottrinale. Si fanno più serie e ragionate le critiche al formalismo giuridico, ispirato a quella sorta di prosecuzione (pur aggiornata) del metodo tecnico-giuridico

²⁷ *Criteri direttivi per una riforma*, cit. p. 356.

²⁸ “Das Prozessrecht kann nur auf dem Boden des Liberalismus oder es kann gar nicht gedeihen”: così nel *Vorwort a Prozess als Rechtslage*, cit., p. V.

rappresentata dal positivismo giuridico.²⁹ L'astrattezza delle categorie concettuali elaborate per interpretare il diritto positivo appare di colpo incapace di afferrare la ricchezza dell'esperienza giuridica e inadeguata ad accogliere l'orientamento al contempo individualistico esolidaristico che promana dalla costituzione democratica.³⁰

In quegli anni, la società italiana vive momenti di rapida trasformazione. Il benessere accentua la sensibilità comune sui diritti fondamentali della persona e sulla necessità di una loro maggior tutela di fronte alle iniziative repressive dell'autorità pubblica. La magistratura è attraversata da tensioni che sfociano in teorie sull'uso alternativo del diritto. Basti pensare al convegno di gardone organizzato dall'ANM nel 1965, nel quale passa un ordine del giorno che apre nuovi orizzonti all'attività interpretativa del giudice. Si acquista consapevolezza che il diritto processuale penale è, essenzialmente, diritto costituzionale applicato. Anziché cercare nella legge ordinaria conferma dei principi costituzionali, si studiano e si analizzano i principi costituzionali, per trarne spunti e argomenti di critica alla legge processuale ordinaria. Confermano un simile approccio gli studi di Giuliano Amato sulla libertà personale,³¹ di Vittorio Grevi sul diritto al silenzio,³² di Massimo Nobili sul libero convincimento,³³ di Mario Chiavario sulle garanzie individuali nel processo penale,³⁴ di Ennio Amodio sulla motivazione della sentenza,³⁵ di Giulio Illuminati sulla presunzione d'innocenza,³⁶ di Paolo Ferrua sull'oralità della prova.³⁷ Né vanno dimenticati i significativi contributi di Michele Massa sui giudizi di primo e di secondo grado³⁸ che, pur attenti al dato dogmatico, lasciano trasparire una costante preoccupazione per gli sfondi irrazionali e, per così dire, esistenziali dell'esperienza giuridica.

Ingrediente comune di queste opere è la critica serrata all'esistente e la tensione verso un nuovo modello processuale, secondo linee tratte da una lettura socialmente impegnata della Costituzione.³⁹

²⁹ Merita di essere ricordata, al riguardo, l'uscita nel 1967 del *Saggio sul diritto giurisprudenziale* di Luigi Lombardi Vallauri.

³⁰ Si veda il breve e arguto scritto polemico di G. Fassò, Il positivismo giuridico "contestato", *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1969, p. 298 ss.

³¹ *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano 1967.

³² Nemo tenetur se detegere: *interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano 1972.

³³ *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano 1974.

³⁴ *Processo e garanzie della persona*, Milano 1976.

³⁵ *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano 1977, p.173 e s.

³⁶ *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna 1979.

³⁷ *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano 1981.

³⁸ *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano 1964 e *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale*, Milano 1969.

³⁹ Esemplare, al riguardo, il volume su *La disciplina costituzionale del processo*, pubblicato da M. Nobili nel 1976 (Bologna, tip. Lorenzini). Un'opera con finalità didattiche, nella quale l'autore dedica ampio spazio alla questione metodologica. Egli avverte l'esigenza di prender le distanze dal metodo "tecnico-giuridico" o "dogmatico" (p. 11), per approdare a un "metodo integrato" (p. 17 ss.) capace di accogliere nel proprio grembo

La tensione si allenta fino a sciogliersi sul finire degli anni Ottanta, con l'entrata in vigore del codice riformato. Raggiunto il risultato sognato da tempo, occorre spiegare l'esistente, per di più in un contesto politico-costituzionale dai connotati nuovi; un contesto che pone nuove sfide ai giuristi, non esclusi i cultori del diritto processuale penale.

5. Attuali tendenze delle dottrine processualistiche – Non è solo la riforma del 1988 ad aver influito sullo stile dottrinale del processualista. L'entrata in vigore del nuovo codice coincide con l'inizio di una poderosa internazionalizzazione degli ordinamenti giuridici. Gradualmente, il fenomeno tocca anche il diritto e la procedura penale.

Negli anni Novanta – dopo la caduta dei regimi socialisti dell'Est – l'integrazione europea subisce una forte accelerazione. Il diritto interno dei singoli Stati ne esce modificato, per le cessioni di sovranità che il processo di unificazione comporta. Aumenta l'importanza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, giacché le condanne della Corte di Strasburgo debbono essere prese più seriamente di quanto accadeva nei decenni precedenti.

Il giurista deve fare i conti con una realtà normativa che registra trasformazioni profonde. Le diatribe metodologiche dei tempi passati erano tutte incentrate su una legge statale caratterizzata da una certa stabilità nel tempo.

Il tecnicismo giuridico predicava la triade esegezi-dogmatica-critica, avendo di mira un quadro normativo assai semplice. Già l'avvento della costituzione democratica – con le sue norme programmatiche sovraordinate alla legge statale – complicò quel quadro, determinando quel rinnovamento dello stile dottrinale del quale si è detto poco fa.

Ora, la situazione è ancora più complessa, grazie alla presenza di normative soprannazionali direttamente applicabili dal giudice italiano e al peso che vanno assumendo le Corti europee (Strasburgo e Lussemburgo) nel diritto interno. Ciò non può restare senza effetti sul terreno della riflessione metodologica.

I profondi cambiamenti nella realtà degli Stati nazionali, la perdita di centralità della legge statale, la crescente importanza del formante giurisprudenziale rendono necessaria una riflessione sul metodo in tutti i settori dell'esperienza giuridica,⁴⁰ ma principalmente in quello penale, per l'intimo rapporto che intercorre fra idea di sovranità ed esercizio del potere punitivo.⁴¹

anche quelle scienze ausiliarie (in particolare la sociologia del diritto) che il tecnicismo-giuridico aveva inteso emarginare dall'oggetto della scienza penale. Di M. Nobili si veda inoltre lo scritto *La procedura penale tra "dommatica" e sociologia: significato politico di una vecchia polemica*, in *La questione criminale* 1977, p. 51 ss.

⁴⁰ Molto istruttiva, in proposito, la lettura di M. R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Bologna 2010, alla quale si rinvia anche per la ricca bibliografia sulla crisi che stanno attraversando gli ordinamenti statuali per i riflessi che la globalizzazione economica è capace di irradiare sulle istituzioni pubbliche nazionali. Si vedano, inoltre, sull'attuale crisi dello Stato nazionale S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma 2002 e P. Grossi, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Società, diritto, Stato*, Milano 2006, p. 279 ss.

⁴¹ Per qualche iniziale riflessione al riguardo sia consentito rinviare ai precedenti saggi Giustizia penale e ruolo dello Stato, un rapporto in crisi, in *il Mulino* 2002, p. 863 ss., nonché *Trasformazione dello Stato e*

Un riposizionamento metodologico si impone, dunque, anche per lo studioso del processo penale, posto che stiamo vivendo un momento di discontinuità nell'evoluzione dello Stato. In fondo, a ben vedere, il metodo tecnico-giuridico fu messo a punto per adeguare l'arsenale concettuale del penalista alla nuova realtà dello Stato nazionale unitario. E fu l'avvento della Costituzione repubblicana, con le dottrine che da essa lentamente scaturirono, a imporre il superamento. Ora, la varietà e molteplicità delle fonti normative, l'accennata compenetrazione fra diritto interno e ordinamenti sovranazionali, il crescente peso della giurisprudenza sia nel diritto interno (Corte costituzionale e Corte di cassazione) sia nel diritto *lato sensu* europeo (Corte di giustizia europea e Corte europea dei diritti dell'uomo) rendono obsolete le metodologie maturate nelle epoche precedenti.

Ben poco si può salvare, pertanto, del metodo tecnico-giuridico, così come illustrato da Rocco nella sua prolusione sassarese. Intendiamoci: nessuno dubita che pure il giurista odierno fa dell'*esegesi*, quando si sforza di interpretare una norma; fa della *dogmatica*, quando cerca di riunire in concetti generali figure o situazioni distinte, accomunate da significativi tratti comuni; fa della *critica*, quando esprime posizioni dissonanti con gli statuti normativi esistenti, suggerendo modifiche spesso tratte dalla *comparazione* (diacronica e sincronica). Ancor oggi, grosso modo, questi possono esser considerati gli arnesi del mestiere per il giurista positivo. Quel che cambia, mi sembra, è l'ordine del loro impiego.

Per Rocco, la corretta applicazione del metodo prevedeva che l'*esegesi* precedesse la costruzione dogmatica e che quest'ultima precedesse la critica su base comparativa. Oggi parrebbe consigliabile procedere con una sequenza diversamente combinata.

Ogni problema giuridico suppone innanzitutto un'attenta ricognizione delle norme ad esso applicabili (nel diritto interno e nella corrispondente giurisprudenza, oltre che, eventualmente, nel diritto europeo e nella giurisprudenza delle corti europee). Già l'*esegesi* si presenta quindi assai più complessa di quella semplice analisi letterale del testo normativo a cui si pensava cento anni fa, quando il diritto penale e processuale rinviavano all'unica fonte normativa rappresentata dalla legge statale.

Interpretata la norma, il giurista moderno ne verifica la ragionevolezza alla luce di norme sovralegali (Costituzione italiana, Costituzione europea, Convenzione europea dei diritti dell'uomo) e ne saggia la praticabilità sulla scorta di un'intelligente comparazione con esperienze passate o di altri ordinamenti contemporanei. Dall'*esegesi* si passa, dunque, direttamente alla critica, per dirla con i tecno-giuristi.

Quanto alla dogmatica (o sistematica), essa costituisce il risultato di un'opera di astrazione volta a condensare in concetti generali le caratteristiche comuni di istituti e situazioni diverse, sì da migliorare la comprensione del fenomeno giuridico studiato, realizzando al contempo un'economia del pensiero e del discorso.

crisi della giustizia penale, in *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, a cura di M. Vogliotti, Torino 2008, p. 235 ss.

Come la si intende oggi, la dogmatica mi sembra diversa da quella che aveva in testa Arturo Rocco. Quella era calibrata sull'unica fonte normativa data: la legge dello Stato. C'era, in essa, qualcosa di (laicamente) sacrale e duraturo nel tempo, perché ampi erano gli archi temporali che le leggi lasciavano presagire. Oggi, invece, la dogmatica si nutre di una varietà di riflessioni, maturate su normative plurime e interpretazioni giurisprudenziali in permanente evoluzione. Aver di mira la sola legge statale, espone al serio rischio di costruire concetti inadatti allo scopo pratico di meglio intendersi e di meglio orientare le prassi giudiziarie o forensi. La dogmatica odierna – per chi ancora desidera coltivare quest'arte con risultati soddisfacenti – ha bisogno di riflessioni ad ampio raggio, consapevoli dell'intreccio di fonti normative (interne e sovranazionali), pronte a considerare attentamente le rispettive interpretazioni giurisprudenziali e che sappiano altresì valorizzare le elaborazioni concettuali maturate in esperienze straniere, in quanto appaiano utili alla miglior comprensione della nostra esperienza.

Un metodo che pretende di rispondere alle esigenze e alle sensibilità attuali non può tuttavia limitarsi all'analisi giuridica degli istituti. La procedura penale è anche una pratica che, se la si vuol comprendere negli angoli inaccessibili all'analisi giuridica, va studiata nei suoi concreti aspetti applicativi, con attenzione al dato empirico (ad es., quante le archiviazioni in un determinato lasso di tempo? Quante le condanne e quanti i proscioglimenti? Quale la percentuale dei riti speciali? Quante le sentenze impugnate? Con quali esiti? etc.). E' vero che bisogna andarci cauti con le statistiche o, più in generale, con i dati di realtà (es. interviste a magistrati o avvocati). Il giurista (almeno quello italiano) ha, al riguardo, una cocciuta diffidenza. Bisogna però considerare che le scienze sociali hanno raggiunto una considerevole raffinatezza nell'uso di codesti strumenti. Avvalersene da parte del giurista è certo difficile e rischioso, ma non può essere questa una ragione sufficiente per escludere ponderate riflessioni sui dati empirici riguardanti la giustizia, a fronte dei vantaggi che potrebbero venirne in termini di consapevolezza circa i problemi della nostra procedura penale e di formulazione di proposte sensate per affrontarli.⁴²

Il discorso sul metodo del processualista odierno meriterebbe una riflessione più articolata e uno spazio superiore a quello consentito al presente contributo. Il pur frettoloso promemoria sarebbe tuttavia gravemente monco, se non lo completasse qualche altra osservazione.

La prima riguarda i rapporti fra diritto processuale e diritto penale. Quando Rocco scriveva la sua prolusione, le due specialità erano riunite in un unico bagaglio: quello del penalista. Lo sdoppiamento del 1938 ha separato, sul piano accademico, due dis-

⁴² Spesso, chi critica l'uso delle statistiche o di dati empirici nella dottrina processualpenalista non esita, poi, a trarre dalla propria personalissima esperienza (di avvocato o magistrato) spunti per convalidare tesi interpretative, per difendere lo *status quo* o per motivare proposte di riforma: da un punto di vista "scientifico", promuovere l'esperienza personale al rango di esperienza-tipo è atteggiamento assai più discutibile e sbagliato che servirsi di dati empirici (dei quali, ovviamente, sia stata vagliata l'affidabilità). Col che non si vuol escludere che pure esperienze personalissime siano talvolta illuminanti e istruttive.

cipline che nella realtà sono inscindibilmente unite. Il diritto penale, infatti, diversamente dal civile, può attuarsi (giuridicamente) solo attraverso processo. La scissione ha certo avuto l'effetto positivo di conferire alle tematiche processuali un risalto, sul terreno sia didattico sia letterario, che queste non avevano, finché sono state oggetto di un'attenzione, per così dire, marginale nei corsi di diritto penale. Ma quel che si è guadagnato in profondità (nello studio sistematico degli istituti processuali), lo si è perduto, per così dire, in latitudine, giacché il processualista ha amputato dai propri programmi di ricerca e insegnamento la teoria del reato, la teoria della pena, la parte speciale etc. Negli anni immediatamente successivi allo sdoppiamento il problema non è stato avvertito, perché – come già rilevato – la procedura penale era insegnata da docenti specializzatisi nel diritto penale sostanziale. Ma, a partire dagli anni Sessanta, i docenti chiamati sulle cattedre di procedura penale sono pressoché tutti dei processualisti puri. Essi approfondiscono solo una faccia della complessa realtà penale e lo fanno, per lo più, con l'orgoglio che si accompagna a un'autonomia da poco conquistata, timorosi di perderla nel confronto con la folta e agguerrita pattuglia dei "cugini" penalisti. Forse per questo, negli ultimi decenni sono state assai rare le occasioni di incontro e dialogo fra le due discipline. In realtà, la quasi assenza di dialogo impoverisce entrambi i fronti, perché anche i penalisti, non più abituati a guardare il reato dal prisma dell'accertamento processuale, colgono solo una parte della complessa realtà penale. Eppure sono davvero molti e importanti i temi sui quali sarebbe preziosa una riflessione comune: la notizia di reato, la competenza, le misure cautelari, l'oggetto e la valutazione della prova, l'imputazione del fatto, le impugnazioni, la prescrizione e l'elencazione potrebbe continuare. Ognuno di codesti grandi capitoli del diritto processuale potrebbe giovarsi delle raffinate analisi dei colleghi penalisti, i quali, reciprocamente, troverebbero nelle categorie concettuali elaborate dai processualisti spunti per speculazioni meglio calibrate sulla dinamica procedurale.⁴³ Più in generale, le riflessioni di politica criminale costituiscono, in prospettiva futura, un fertile terreno di confronto. Auspicabile perciò che crescano gli spazi e le occasioni di scambio fra i due ambiti disciplinari.

Il diritto penale non è la sola disciplina giuridica con la quale il processualista deve intrattenere rapporti di buon vicinato e di scambio proficuo. Oltre al diritto costituzionale, col quale – come accennato – v'è un rapporto di derivazione o discendenza più che di affinità,⁴⁴ sempre più importante si rivela la relazione o, meglio, l'intreccio con taluni settori del diritto amministrativo. L'evoluzione in senso preventivo del sistema penale, l'enfasi sulla sicurezza delle moderne politiche criminali, espone i diritti individuali al

⁴³ Il penalista-tipo affronta lo studio del reato eliminando mentalmente quell'"accidente" lungo e tortuoso che è l'*iter giudiziario*. Egli dà solitamente rilievo a un solo momento del processo: quello in cui il giudice decide il merito della causa o, addirittura, quello in cui il giudice di legittimità si pronuncia sulla sentenza di merito. Come il fatto di reato sia considerato nelle fasi precedenti (da polizia, pubblico ministero, giudice cautelare etc.) è cosa che per lo più non viene presa in considerazione.

⁴⁴ Vale la pena ripeterlo: il diritto processuale penale è – per dirla con i tedeschi – diritto costituzionale applicato (*angewandtes Verfassungsrecht*, secondo la locuzione introdotta da H. Henkel, *Das Deutsche Strafverfahrensrecht*, Hamburg, 1943, p. 86).

rischio di essere autoritariamente compresi anche in assenza di addebiti penali: si pensi ai sequestri e alle confische disposte nel corso dei procedimenti di prevenzione *ante delictum* oppure ai trattenimenti degli immigrati nei centri di identificazione ed espulsione. Siamo fuori del processo penale, ma gli interessi (individuali e pubblici) in gioco sono gli stessi. Siamo fuori del processo penale, eppure – nell'epoca del diritto penale securitario – accade sovente che attività di carattere amministrativo predispongano materiale conoscitivo utile per avviare un'indagine penale e per formare il convincimento giudiziale. Ed è facile rendersi conto di quanto le sinergie tra attività amministrativa e attività giudiziaria siano agevolate dall'uso delle tecnologie informatiche.

C'è poi un campo che i cultori del diritto processuale penale dovrebbero coltivare in proprio. Alludo all'ordinamento giudiziario, tradizionalmente curato dai colleghi processualcivilisti e, in epoca più recente, dai costituzionalisti (Bartole, Pizzorusso, Romboli, Zanon), nonché da studiosi di scienza politica (Di Federico, Guarneri, Pederzoli). E' strano che i processualpenalisti non avvertano l'esigenza di occuparsene a loro volta, per la parte che strettamente li riguarda. Eppure, negli ultimi vent'anni, le riforme più significative sul terreno dell'organizzazione giudiziaria hanno riguardato il settore penale: si pensi alle riforme che nel 1991 hanno modificato la struttura organizzativa degli uffici d'accusa; a quelle che, a partire dallo stesso periodo, hanno cercato di centralizzare le organizzazioni di polizia per un più efficace contrasto al crimine organizzato. La stessa riforma dell'ordinamento giudiziario varata nel 2006 tocca la realtà della magistratura penale in punti cruciali del suo assetto organizzativo.⁴⁵ Ciò che dimostra come scelte di politica criminale abbiano spesso un riflesso immediato proprio sul terreno organizzativo. Oltre che una maggior considerazione da parte dei processualisti, i temi dell'organizzazione giudiziaria (e di polizia) meriterebbero – a mio avviso – di essere inclusi nel programma istituzionale di insegnamento della procedura penale.

L'ultima osservazione cade, infine, sull'approccio comparatistico, assai trascurato finora dagli studiosi italiani del processo penale. Non mancano lodevoli eccezioni, soprattutto con riguardo alla comparazione con i modelli processuali di *common law*. Restano tuttavia una minoranza i processualisti che hanno studiato ordinamenti stranieri, con l'intento di meglio comprendere il proprio. Per fortuna si riscontra oggi fra i giovani un interesse ad allargare l'orizzonte delle proprie conoscenze oltre i confini del diritto nazionale. Del resto, la dimensione europea che il diritto penale va assumendo rende la conoscenza di altri ordinamenti processuali necessaria anche per ragioni applicative⁴⁶,

⁴⁵ Si vedano le informazioni al riguardo nello scritto *L'organizzazione della giustizia penale*, in P. Biavati, C. Guarneri, R. Orlandi, N. Zanon, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Bologna 2008, p. 199 ss.

⁴⁶ Si pensi all'applicazione del mandato d'arresto europeo, quando si debba stabilire se dal diritto straniero derivino ostacoli alla consegna dell'estradando (esemplare, al riguardo, Cass. s.u. 30 gennaio 2007, n° 4614, Ramoci). E, ancora, si pensi alle sentenze con le quali la Corte di Strasburgo condanna uno Stato straniero per violazioni del *fair trial*: occorre avere una sufficiente conoscenza dell'ordinamento processuale nel quale la violazione è maturata per capire se gli argomenti esposti in quella condanna possano valere anche per la realtà italiana. E rilievi analoghi valgono per le decisioni della Corte di giustizia europea, che risolvano questioni pregiudiziali relative a norme di ordinamenti stranieri.

non solo per motivi di speculazione comparativa. Ma non si trascuri il lato speculativo o, se si preferisce, culturale della faccenda. Chi, con serietà, coltiva la comparazione (anche storica) è naturalmente portato ad assumere un atteggiamento mentale di particolare apertura verso mondi dominati da principi, dogmi, concetti diversi da quelli largamente o universalmente condivisi nel più ristretto ambiente di provenienza. Conoscere l'altro è la condizione che permette di guardare la propria realtà con l'occhio dell'osservatore esterno. Lo straniamento che ne deriva consente di guadagnare un punto di vista più elevato, dal quale cogliere con miglior consapevolezza la ragion d'essere culturale, politica, sociale delle soluzioni giuridiche messe a confronto. Sta qui, nella capacità di cogliere la radice extragiuridica di molte soluzioni giuridiche, il vero valore della comparazione.

Como citar este artigo:

ORLANDI, Renzo. *La prolusione di rocco e le dottrine del processo penale.*
Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p.
88-104, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.5>