

CLAUDIA STORTI

«L'ACUTA TESI DELLA DIFESA».
PROFILI DELL'ISTRUZIONE
NELLA GIURISPRUDENZA DI CASSAZIONE
TRA 1930 E 1950: LE NULLITÀ E LE
FUNZIONI DELLA SEZIONE ISTRUTTORIA



giuffrè editore - 2010

Estratto dal volume:

L'INCONSCIO
INQUISITORIO

L'EREDITÀ DEL CODICE ROCCO
NELLA CULTURA PROCESSUALPENALISTICA ITALIANA

a cura di
LOREDANA GARLATI

Claudia Storti

«L'ACUTA TESI DELLA DIFESA».
PROFILI DELL'ISTRUZIONE NELLA GIURISPRUDENZA
DI CASSAZIONE TRA 1930 E 1950: LE NULLITÀ
E LE FUNZIONI DELLA SEZIONE ISTRUTTORIA

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. — 2. Istruzione formale e istruzione sommaria tra 1865 e 1930. Orientamenti della Corte sul regime delle nullità e sul controllo giurisdizionale dell'istruzione. — 3. La preparazione del codice Rocco e la sua prima applicazione. — 4. Istruzione sommaria e custodia preventiva nel 1945. — 5. Il... riscatto della sezione istruttoria.

1. *Cenni introduttivi* (*).

L'indagine sull'ampio materiale delle decisioni della Corte di Cassazione continua a confermare l'incisivo ruolo di indirizzo assunto dalla magistratura di legittimità nella progressiva definizione di alcuni nodi fondamentali del processo penale e della sua complessiva struttura. Tale ruolo fu esercitato anche in momenti decisivi della «formazione» del diritto nazionale, con sentenze che, nel corso dei vari percorsi di riforma normativa, appaiono mirate a costituire un punto di riferimento per il legislatore (1).

(*) Dedico questo mio saggio con la più viva stima al Prof. Mario Pisani un processualista particolarmente attento agli aspetti storici del diritto.

Per i riferimenti bibliografici all'espressione usata nel titolo cfr. *infra* nt. 115.

(1) Così ad esempio, con esclusivo riguardo al diritto civile, L. COVIELLO, *Gli errori della giurisprudenza ed i suoi trionfi. Prolusione al corso ufficiale di diritto civile nella R. Università di Napoli letta l'11 marzo 1918*, estratto dalla *Giurisprudenza Italiana*, LXX (1918), p. 1. Secondo l'illustre giurista due erano i motivi che inducevano la giurisprudenza a deviare dalla «diritta strada»: l'eccessivo attaccamento alla tradizione o alla lettera della legge, oppure «il desiderio di precorrere le riforme legislative sempre lente a venire, mentre i bisogni sociali e le esigenze dei tempi nuovi premono vivacemente ed incalzano senza posa». Per limitarsi all'arco cronologico qui

Sotto i profili che saranno considerati in questo scritto, fin dai primi anni del Novecento la giurisprudenza della Corte può essere considerata come preparatoria rispetto a talune riforme del regime (2), mentre, ancora all'inizio dei lavori che portarono al codice del 1930, nella contrapposizione tra le diverse anime della dottrina penalistica italiana rimanevano sensibili le «divergenze in alcuni concetti generali» — primi tra tutti, quello della «presunzione di innocenza dell'imputato» e del ruolo della difesa nel processo — che ebbero nella legislazione fascista l'epilogo a tutti ben noto (3).

Merita, sotto questo profilo, rileggere l'introduzione scritta nel 1924 da Ludovico Mortara e Ugo Aloisi all'ultimo volume, quello sulle impugnazioni, del monumentale commento al codice di procedura penale del 1913, pubblicato per iniziativa di alcuni dei massimi esponenti della scienza giuridica e dell'organizzazione giudiziaria del tempo: di Lodovico Mortara già Guardasigilli, Procuratore generale e Presidente di Cassazione ma ormai indotto dal regime al «riposo» anticipato, Alessandro Stoppato docente nell'Università di Bologna, Guglielmo Vacca già Procuratore generale della Corte di Cassazione,

considerato, si può rilevare anche come, nelle lacune dello statuto albertino sul ruolo della magistratura e nell'incertezza sull'interpretazione di alcune norme fondamentali per la caratterizzazione della natura costituzionale dello Stato italiano, la consapevole esigenza e la volontà di assumere (o di continuare a svolgere in ciò sostenuta da una parte della dottrina) una funzione di controllo sul corretto funzionamento delle istituzioni si manifestò con riguardo alla legislazione di guerra negli anni Venti.

(2) M.N. MILETTI, «*Uno zelo invadente*». *Il rifiuto della pubblicità istruttoria nel codice di procedura penale del 1930*, in *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di F. COLAO, L. LACCHÉ e C. STORTI, Bologna, il Mulino, 2008, pp. 227-262, in part. p. 231. Per quanto concerne, il controllo esercitato dal Governo fascista fin dal suo insediamento sulla magistratura, G. NEPPI MODONA, *Diritto e giustizia penale nel periodo fascista*, in *Penale Giustizia Potere. Metodi, Ricerche, Storiografie. Per ricordare Mario Sbriccoli*, a cura di L. LACCHÉ, C. LATINI, P. MARCHETTI e M. MECCARELLI, con il contributo di N. Contigiani e M. Stronati, Macerata, eum, 2007, pp. 341-378, in part. pp. 373-377. La monografia di O. ABBAMONTE, *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante il Fascismo* (Milano, Giuffrè, 2003) ha affrontato il problema di scoprire da molteplici profili «attraverso quali tecniche ed in che misura la giurisprudenza delle corti giudicanti abbia contribuito all'affermazione concreta delle nuove basi politiche e sociali alle quali il fascismo dichiarava di mirare».

(3) L. MORTARA e U. ALOISI, *Codice di procedura penale, Dei mezzi di impugnazione, Commento in Commento al Codice di procedura penale* a cura di L. MORTARA, A. STOPPATO, G. VACCA, S. LONGHI, R. DE NOTARISTEFANI, Torino, Unione Tipografica-Editrice Torinese, 1924, pp. 1-9.

Silvio Longhi Primo Presidente di Corte d'Appello, Raffaele De Notaristefani già Procuratore generale della Corte di Cassazione. Nel 1925 Silvio Longhi passò alla magistratura giudicante in Corte di Cassazione: divenuto nel 1930 direttore della *Rivista penale*, che era stata fondata nel 1874 dal liberale Luigi Lucchini, egli assegnò al periodico il programma di attuare «il trionfo del “diritto penale unitario” sulla base dei principi della “repressione e prevenzione” razionalmente coordinati», nonché, in adesione allo spirito della rivoluzione politica di assicurare «la volontà dello Stato», la funzione di privilegiare «ogni direttiva che non diminuisca o annulli, con eccessive analisi soggettive, l'autorità della norma e la sicurezza della sua osservanza» (4).

In questa prospettiva è parso utile riesaminare due aspetti particolari del procedimento istruttorio configurabili, per così dire, come due facce della medesima medaglia: quello delle impugnazioni per vizi dell'istruzione sommaria e quello del ruolo e delle funzioni della sezione istruttoria. Si tratta di profili solo apparentemente minori. Il primo offre, infatti, l'occasione di affrontare, da uno speciale punto prospettico, oltre al problema della carcerazione preventiva, temi di teoria generale del diritto. Il secondo, invece, affonda nella struttura complessiva del rapporto tra procuratori (e potere esecutivo) e giudici.

Tale esame riguarda, inoltre, un momento particolare: quello dei primi passi del lungo cammino verso nuovi orizzonti della disciplina processualpenalistica che iniziò, alla caduta del fascismo, proprio con la modifica di talune norme qualificanti del rito penale. Sotto il profilo della disciplina dell'istruzione, si segnalano nel 1944 «durante lo stato di guerra», l'art. 6 del D.L.L. 10 agosto sulla «temporanea limitazione dei casi di arresto e di mandato di cattura e della custodia preventiva», che modificò l'art. 272 c.p.p. (5), e l'art. 6 del D.D.L. 14 settembre che ristabilì la competenza del giudice istruttore per le

(4) S. LONGHI, *Ai lettori della nuova “Rivista penale”*, in *Riv. pen.*, I (1930), p. I, e cfr. M.N. MILETTI, «*Uno zelo invadente*», cit., in part. pp. 234-238 e nt. 16. Sulla fondazione e i caratteri originali della Rivista Penale rimane fondamentale lo studio di M. SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale. La «Rivista Penale» di Luigi Lucchini (1874-1900)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 16 (1987), pp. 104-183.

(5) Cfr. oltre testo corrispondente a nt. 85 ss. Proprio il 10 agosto 1944, nell'Italia repubblicana, veniva perpetrato a Milano l'eccidio di piazzale Loreto.

decisioni sull'archiviazione richiesta dai pubblici ministeri (6). Nel 1945, dopo che il 22 aprile nell'imminenza della Liberazione fu adottato il rito sommario per l'istruzione dei processi contro i reati di collaborazione con i Tedeschi sottoposti al giudizio delle neonate Corti Straordinarie di Assise (7), l'art. 12 del D.L. 5 ottobre riaffermava la competenza generale della Sezione istruttoria a decidere sulle requisitorie del Procuratore generale nei procedimenti per i reati di competenza delle Assise (8).

Diritti dell'imputato e autonomia della magistratura furono due dei principali interessi chiamati in gioco, di fronte ad una magistratura per molti versi ancora legata al passato (9), mentre si stava «ri-mettendo in discussione — con l'intera legislazione penale e con la prassi repressiva — la politica anticriminale dello Stato» (10) nell'in-

(6) A modifica dell'art. 74 del codice di rito del 1930 intervenne fin dal 1944 il D.L.L. 14 settembre n. 288 (*Provvedimenti relativi alla riforma della legislazione penale*), in *Lex. Le leggi luogotenenziali*, XXX (8 settembre 1943-31 dicembre 1944), pp. 424-464, che stabiliva all'art. 6: «Il pubblico ministero qualora reputi che per il fatto non si debba promuovere l'azione penale, richiede il giudice istruttore di pronunziare decreto. Il giudice istruttore se non ritiene di accogliere la richiesta, dispone con ordinanza l'istruttoria formale. Nel caso preveduto dal comma precedente, il pretore provvede parimenti con decreto, informandone il procuratore del Re, il quale può richiedere gli atti e disporre invece che si proceda». Cfr. in proposito G. CONSO, *Il provvedimento di archiviazione*, in *Rivista italiana di diritto penale*, III, n.s. (1950), pp. 320-361 e, anche per la ricostruzione storica dell'istituto, M. PISANI, *Libertà personale e processo*, Padova, Cedam, 1974, pp. 47-52; Id., *Introduzione al processo penale*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 129ss.

(7) DDL 22 aprile 1945 n. 142 (*Istituzione di Corti Straordinarie di Assise per i reati di collaborazione con i tedeschi*) in *Lex*, a. XXXI, 1(1945), pp. 411-414, in part. art. 14. e, in proposito, anche con riguardo ad altre norme di quei due anni: Giuseppe SABATINI, *Il sistema processuale per la repressione dei criminali fascisti*, in *La Giustizia penale, parte terza: Procedura penale*, III (1946), coll. 129-138.

(8) Cfr. anche oltre testo corrispondente a nt. 119.

(9) L. BERNARDI, G. NEPPI MODONA, S. TESTORI, *Giustizia penale e guerra di liberazione*, Milano, Angeli, 1984, pp. 46-47.

(10) Così tra i tanti G. A. BELLONI, *La prevenzione criminale in un'operetta "riposta" del Romagnosi*, in *La Giustizia penale*, I (1949), Parte prima: *I presupposti*, coll. 41-45), che richiamava all'opportunità di riesaminare criticamente i risultati della riflessione e della cultura giuridica del passato, come fondamento per il rinnovamento. In quell'anno il riferimento alla crisi della giustizia penale e alla necessità di rivedere la struttura del processo, in considerazione del turbamento provocato da sentenze che lasciavano «forti motivi di dubbio intorno alla colpevolezza effettiva dell'imputato», ricorre anche nello scritto di A. TESTA, *La funzione del Pubblico Mi-*

interpretazione delle prime modifiche del codice Rocco che ebbero a protagonisti i grandi «maestri» della nuova processualistica italiana.

2. *Istruzione formale e istruzione sommaria tra 1865 e 1930. Orientamenti della Corte sul regime delle nullità e sul controllo giurisdizionale dell'istruzione.*

Nei settanta anni di riforme e dibattiti compresi tra il 1865 e il 1930, un considerevole spazio era stato senza dubbio riservato all'istruzione: la sua funzione di «premesse logica e necessaria del giudizio» (11) o, come potremmo dire, di impalcatura del procedimento penale non andò disgiunta, soprattutto nel periodo compreso tra il 1880 e il 1913, dalla consapevolezza della sua «correlazione con le garanzie di libertà del cittadino» (12).

Il procedimento per citazione diretta, disciplinato da soli quattro articoli del codice del 1865, ma fortemente sostenuto dai primi Ministri di giustizia dell'Italia unificata con lo strumento delle circolari (13), si era evoluto sulla base della giurisprudenza di legittimità fin dagli anni Settanta dell'Ottocento. Il legislatore del 1913 l'aveva promosso, sotto il titolo di *istruzione sommaria*, al ruolo di forma ordinaria del processo sia per i reati di competenza del tribunale sia, in caso di confessione dei rei colti in flagranza, per i reati di competenza delle corti di assise (artt. 187 e 277) (14) e l'aveva presentato

nistero nel processo indiziario, cit. in questa nt., parte terza: *Procedura penale*, coll. 183-189 e cfr. oltre, §§ 4 e 5.

(11) A. BERENINI, *Dell'istruzione*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, direttori R. Garofano, A. Berenini, A. Zerboglio, E. Florian, II, Milano, Vallardi, 1914, p. 3.

(12) Sulla genesi della differenziazione tra l'istruzione formale e quella sommaria: P. TONINI, *La scelta del rito istruttorio nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1974, in part. p. 22 e sulla custodia preventiva, L. LACCHÉ, *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo 1865-1913*, Milano, Giuffrè, 1990.

(13) Mi si consenta di rinviare a *Difetti del sistema e difetti di uomini. Citazione diretta e logica dell'istruzione dal codice di procedura penale del 1865 alle soglie della pubblicazione del codice del 1913*, in *Riti tecniche interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, Atti del Convegno di Foggia 5-6 maggio 2005, a cura di M.N. MILLETTI, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 227-263.

(14) L'art. 277 del codice del 1913 disponeva come ordinaria, per i reati di competenza della Corte di assise, l'istruzione formale, ma, come fu rilevato nel com-

come il fiore all'occhiello dell'inversione in senso accusatorio della nuova procedura penale. Sotto questo profilo, come fu autorevolmente rilevato nel commento di Mortara e Aloisi, la legislazione del 1913 si era «orientata prevalentemente verso un'attività istruttoria sempre maggiore del procuratore del Re»: seguendo tale orientamento «i poteri di questo magistrato» erano stati accresciuti, mentre risultavano «corrispondentemente» diminuiti quelli del giudice istruttore (15).

La rapidità e la snellezza delle indagini svolte nel corso dell'istruttoria segreta avrebbero, grazie al rispetto dei principi di «economia processuale» (16), consentito di giungere in tempi brevi alla fase pubblica del dibattimento nel quale le prove si sarebbero formate e l'imputato avrebbe potuto esercitare il proprio diritto di difesa in contraddittorio e tramite l'assistenza dell'avvocato. Il rito sommario non sarebbe stato convertito in formale nemmeno qualora si fosse presentata l'esigenza di spiccare il mandato di cattura — e di interrogare l'imputato in custodia — o di svolgere, in quanto indilazionabili, accertamenti che nel giudizio avrebbero assunto il ruolo di prova in senso tecnico (17). In tutti questi casi, al fine di assicurare il rispetto

mentario di Mortara e Aloisi, il numero delle eccezioni previsto dall'art. 277 («Si può procedere con citazione diretta per ogni delitto di competenza della corte di assise se l'imputato sia stato arrestato nell'atto di commetterlo, o immediatamente dopo di averlo commesso, mentre era inseguito dalla forza pubblica, o dalla parte lesa, o dal pubblico clamore, e abbia nell'interrogatorio confessato di essere autore del fatto per il quale si procede») era tale e alcune di queste erano «di portata così generale» da estendere l'applicazione dell'istruzione sommaria, e la «volonterosa solerzia del pubblico ministero», anche ad una serie considerevole di casi di competenza delle Corti: L. MORTARA e U. ALOISI, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, parte prima, libri primo e secondo, Torino, Unione Tipografica-Editrice Torinese, 1922, p. 334 e, in proposito, P. TONINI, *La scelta del rito istruttorio*, cit., in part. pp. 28-29. Sulla formazione e sui caratteri del codice del 1913 cfr. M.N. MILETTI, *Un processo per la terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913*, I *L'attesa*, Milano, Giuffrè, 2003.

(15) L. MORTARA e U. ALOISI, *Spiegazione pratica*, cit., p. I, pp. 335-336.

(16) Così anche L. MORTARA e U. ALOISI, *Codice di procedura penale*, *Dei mezzi di impugnazione*, cit., p. 42.

(17) Sotto il titolo della istruzione sommaria del codice del 1913, cfr. rispettivamente gli artt. 278, 279 e 285. L'art. 278 stabiliva che il procuratore del Re avrebbe dovuto «attenersi alle norme stabilite per l'istruzione formale per ciò che riguarda le ispezioni, le perquisizioni personali e i sequestri»; l'art. 279 disponeva: «Per gli esperimenti giudiziari, le perizie, le perquisizioni domiciliari, le ricognizioni e l'esame dei testimoni nei casi indicati dal capoverso ultimo dell'art. 254 [ossia, a futura memoria], la spedizione di un mandato e il successivo interrogatorio dell'im-

delle garanzie giurisdizionali previste dal codice sia per il rito formale (art. 196) sia per quello sommario (art. 279), il procuratore del Re o il procuratore generale avrebbero dovuto trasmettere gli atti al giudice istruttore o alla sezione d'accusa al solo fine di compiere tali adempimenti.

È ben nota la preoccupazione del legislatore del 1913 di «salvaguardare da ogni insidia l'amministrazione della giustizia». Si voleva evitare che il giudizio di Cassazione per l'impugnazione di vizi formali occorsi persino nella fase istruttoria costituisse per gli avvocati e i loro clienti un'estrema ancora di salvezza. Il Ministro Finocchiaro-Aprile nella relazione al Re aveva confermato l'esigenza «di sottrarre la validità del procedimento a ogni insidia e sorpresa» (18), per la sua ben nota diffidenza nei confronti degli avvocati (19) che aveva peraltro radicati profonde nella giurisprudenza unitaria fin dal 1865 (20).

A tale scopo, ad esempio, il regime delle nullità era stato sottoposto ad una profonda revisione rispetto al codice del 1865 ed era stato razionalmente riordinato, come già nel codice redatto dal Romagnosi nel 1807 per il Regno d'Italia napoleonico (21), in un apposito

putato, il procuratore del Re richiede il giudice istruttore. Agli atti suddetti si procede con le norme stabilite per la istruzione formale, osservata la disposizione dell'art. 196 [nomina del difensore di fiducia o d'ufficio]». A norma dell'art. 405 c. 1°, inoltre, la lettura in dibattimento dei verbali di tali atti istruttori sarebbe stata ammessa soltanto se espletati secondo le formalità previste dall'art. 279. Cfr. in proposito P. TONINI, *La scelta del rito istruttorio*, cit., in part. pp. 22-25.

(18) Cfr., ad esempio, *Nuovo Codice di procedura penale approvato con R. D. 27 febbraio 1913*, n. 127, preceduto dalla *Relazione a S. M. il Re*, Napoli, Casa Editrice E. Pietrocòla, 1916, p. 32.

(19) M.N. MILETTI, *Un processo per la terza Italia*, cit., pp. 450-454.

(20) Il mito dell'inquisitorio e l'insofferenza di magistrati e procuratori verso gli avvocati costituivano un problema antico: secondo una sentenza della Cassazione di Torino del 1872, gli avvocati tendevano a fare cattivo uso degli strumenti difensivi loro offerti in dibattimento dalla nuova procedura (mi si consenta di rinviare a *Difensori e diritto di difesa nel processo penale italiano nel primo decennio dell'unificazione legislativa*, in *Officium advocati*, hrsg. L. MAYALI, A. PADOA SCHIOPPA, D. SIMON, Frankfurt am Main 2000 (Jus Commune, Sonderhefte), pp. 319-392, in part. p. 359, nt. 167). L'ordinamento giudiziario nel suo complesso non aveva ancora metabolizzato il diritto di difesa, comunque esso fosse esercitato, tanto che l'assicurare la presenza dell'avvocato in dibattimento era considerato una forma illusoria di diritto di difesa (*ibidem*, pp. 355 ss.).

(21) E. DEZZA, *Codice di procedura penale del Regno Italico (1807). Storia di un decennio di elaborazione legislativa*, Padova, Cedam, 1983.

capo che comprendeva otto corposi articoli (artt. 135-142) fatti oggetto di chiarimenti specifici nella stessa relazione al Re (22).

Comunque sia, l'intento di evitare che i ricorsi in Cassazione per vizio di atti istruttori trascinassero nell'annullamento tutto il lavoro compiuto nel dibattimento fu tenacemente perseguito anche dalla Cassazione, in linea di continuità con la giurisprudenza relativa al codice del 1865 (23), fin dalla prima applicazione del codice del 1913.

Con riguardo all'istruzione formale, uno dei sintomi di tale orientamento fu costituito dall'interpretazione restrittiva dell'art. 345 che concedeva al pubblico ministero e all'imputato una gamma considerevole di motivi di impugnazione avverso la sentenza della sezione d'accusa che aveva rinviato l'imputato al giudizio della corte di assise (24). Sia la mancanza di ricorso in Cassazione avverso tale sentenza, sia il rigetto di tale impugnazione da parte della Corte di legittimità avrebbero precluso qualsiasi ulteriore ricorso avverso nullità istruttorie quand'anche si fosse trattato di vizi previsti a pena di nullità assoluta dall'art. 136, la cui effettività fu del pari praticamente annullata dalla stessa Corte (25). La scadenza del termine previsto dal-

(22) *Relazione a S. M. il Re 1913*, pp. 29-32.

(23) Mentre nei primi anni del Novecento (in coincidenza con la presidenza del Lucchini) l'indirizzo "liberale" riuscì a fronteggiare le tendenze più restrittive, queste ultime assunsero di poi la prevalenza [cfr., ad esempio, già Cass., 19 aprile 1901, Pres. De Cesare, Est. Floreno, Ric. Garbarino, in *Il foro italiano*, XXIV (1901), coll. 285-287 e successivamente Cass., Sez. I, 16 luglio 1907, Pres. Fiocca, Rel. Canas, P.M. Coppola, Ric. Capuis Vittoria, in *Cassazione Unica*, (1907), col. 1388].

(24) A norma del I comma dell'art. 345, sia il procuratore generale che l'imputato potevano proporre ricorso per cassazione contro le sentenze di rinvio alla corte di assise pronunciate dalla sezione d'accusa «per incompetenza, violazione od erronea applicazione della legge, per eccesso di potere, omissione o violazione di forme prescritte a pena di nullità in cui siasi incorso o nella sentenza stessa o negli atti che la hanno preceduta. Il termine per proporre il ricorso decorre dalla notificazione della sentenza all'imputato. Se il ricorso non sia stato proposto o sia dichiarato inammissibile, possono essere opposte nel giudizio soltanto le violazioni di legge che riflettono la esistenza o il titolo del reato. Le altre violazioni di legge, o le nullità relative agli atti anteriori, non possono più essere opposte in alcun tempo successivo».

(25) L'art. 136 sanzionava con l'insanabilità e la proponibilità «in ogni stato e grado del procedimento» e anche «d'ufficio» l'inosservanza delle disposizioni concernenti «la costituzione del giudice, l'intervento e la rappresentanza del pubblico ministero, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato, nei casi e nelle forme che la legge stabilisce». Cfr. in proposito, per i primi anni di applicazione del Codice, C. STORTI, *Incredulità e «malsana curiosità» dell'opinione pubblica: la logica dell'istruttoria tra politica legislativa e giurisprudenza di Cassazione (1898-1930)*, in *Processo pe-*

l'art. 345, così come il passaggio in giudicato della sentenza di rigetto del ricorso per nullità chiudevano il periodo istruttorio «definitivamente» e «irretrattabilmente»: con tale norma, il legislatore aveva inteso «purificare il detto periodo istruttorio e non rendere ulteriormente possibile qualunque altra doglianza» (26). Come fu rilevato successivamente nel commento di Aloisi e Mortara del 1922, a parziale rettifica «dell'esegesi del capoverso dell'art. 345 esposta nelle precedenti edizioni», la «deroga alla disciplina generale delle nullità assolute» era stata dovuta all'esigenza di evitare qualsiasi ostacolo e impedimento al successivo giudizio dei giurati (27).

Non diverso fu l'atteggiamento della Cassazione con riguardo all'istruzione sommaria. La Corte approfittò dell'incertezza interpretativa e delle difficoltà di applicazione relative al complesso meccanismo previsto dal codice del 1913 per il trasferimento degli atti al giudice istruttore per l'espletamento di incidenti probatori indilazionabili che richiedessero tutela giurisdizionale e finì per escludere che nell'istruzione sommaria le norme di tutela dell'imputato avessero carattere assoluto e che la violazione di tali norme, non impugnata alla chiusura dell'istruzione e nei giudizi di merito, fosse deducibile per la prima volta nel giudizio di legittimità (28).

In aggiunta, fu giudicato che soltanto nell'istruzione formale l'assenza dell'interrogatorio dell'imputato costituiva causa di nullità. Nel procedimento sommario che aveva natura «amministrativa» (come già prospettato anni prima dal Civoli (29) e poi sostenuto autorevolmente dal Longhi) (30) l'interrogatorio dell'imputato assumeva, infatti, a sua volta il carattere di atto amministrativo. Uniche cause di

nale e opinione pubblica, cit., pp. 121-162, in part. pp. 153-157 e per la giurisprudenza degli anni Venti, M.N. MILETTI, «*Uno zelo invadente*», cit., pp. 236-238.

(26) Cass., Sez. I, 5 luglio 1915, Pres. Gui, rel. Manferoce, P. M. Nonis (concl. conf.), Ric. Polimeni (Avv. Fulci), in *Procedura penale*, I (1915), coll. 758-761, in part. col. 760.

(27) L. MORTARA e U. ALOISI, *Spiegazione pratica*, cit., pp. 731-733. Nel commentario per l'interpretazione del regime delle nullità (artt. 135-142) era stato fatto ricorso, significativamente, alla relazione di Alessandro Stoppato (*Ibidem*, pp. 192-209).

(28) C. STORTI, *Incredulità e «malsana curiosità» dell'opinione pubblica*, cit., pp. 157-160.

(29) *Ibidem*, p. 133.

(30) Sul ruolo della Cassazione e su Silvio Longhi: M.N. MILETTI, «*Uno zelo invadente*», cit., in part. pp. 234-238 e 249-250.

nullità deducibili dall'art. 136 (che elencava le nullità di carattere assoluto) erano dunque l'assenza di interrogatorio nell'istruzione formale e l'assenza del difensore negli atti per i quali era prescritta la sua presenza.

3. *La preparazione del codice Rocco e la sua prima applicazione.*

Non si può sottacere che nella progressiva costruzione di una ferrea limitazione del sistema delle nullità la Cassazione si era fondata su un presupposto che venne a mancare quando esso fu sostanzialmente accolto e "perfezionato" dal legislatore del 1930. Il legislatore abolì, o quantomeno circoscrisse fortemente, la funzione di vigilanza sulla regolarità dei procedimenti istruttori di qualsiasi natura essi fossero e sull'attività del pubblico ministero fino ad allora esercitata dai cinque magistrati della Corte d'appello che costituivano le sezioni di accusa secondo le norme anteriormente vigenti e rafforzate da una robusta giurisprudenza della Corte (31). Spettava alla corte di appello, tramite la sezione, intervenire affinché eventuali violazioni delle norme di procedura e, in particolare, di tutela dell'imputato fossero rilevate e riparate a tempo debito in modo da evitare appunto che l'intero procedimento fosse travolto dopo la conclusione dei gradi di giudizio di merito per effetto di un ricorso in Cassazione.

Come rileveremo ancora nelle conclusioni, con il codice Rocco la magistratura perse il suo avamposto istruttorio: non solo gran parte dell'attività istruttoria della sezione venne a cadere, ma anche la funzione di vigilanza sulla correttezza dei procedimenti istruttori fu sottratta alla magistratura giudicante e posta sotto il controllo del Procuratore generale.

Per quanto concerneva i vizi dell'istruttoria, dopo quanto detto in merito alla giurisprudenza di Cassazione, non può stupire che, fin dal primo progetto di riforma del codice di procedura penale risalente al 1925, la disciplina della nullità fosse stata portata dal legisla-

(31) Testo unico delle disposizioni sull'ordinamento degli uffici giudiziari e del personale della magistratura R.D. 30 dicembre 1923, in *Lex*, IX (1923), art. 44 e con il nome di sezione istruttoria nell'*Ordinamento giudiziario* del 30 gennaio 1941, in *Lex*, XXVIII (1941), art. 57.

tore all'estremo di escludere la proponibilità in Cassazione di impugnazioni non opposte entro un termine molto esiguo ed anteriore al giudizio (32). Tale orientamento derivava, a detta del legislatore, sia — con una parafrasi delle espressioni utilizzate una ventina d'anni prima dal Finocchiaro-Aprile — dalla necessità di «salvaguardare da ogni insidia l'amministrazione della giustizia», sia da quella di evitare, con riguardo ai «galantuomini», ogni «manifesta e ingiusta lesione» dell'onore (33). Tale principio andava di pari passo con il ridimensionamento complessivo della figura dell'imputato (34) (contro coloro che «per un curioso daltonismo psichico, vedono nell'imputato un innocente») (35) incentrato sull'interpretazione dell'art. 65 del c.p.p. 1913 già adottata dalla giurisprudenza di Cassazione del periodo 1914-1930 su ispirazione della scuola tecnico-giuridica (36).

Nel 1928, nell'imminenza della pubblicazione del nuovo codice di rito, la Corte addusse l'esigenza di evitare «i noti inconvenienti verificatisi sotto l'impero del vecchio codice [sc. quello del 1865]» che avevano indotto il legislatore del 1913 a limitare la proponibilità delle eccezioni per nullità dell'istruzione onde «impedire che vengano insidiosamente tenute in serbo questioni atte a invalidare l'attività già

(32) *Progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco*, in *Ministero della giustizia e degli affari di culto, Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. VIII, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929, pp. 419-427 e cfr. il testo definitivo dell'art. 377 a nt. 65.

(33) *Ibidem*, rispettivamente p. 32 e pp. 33-34.

(34) A norma dell'art. 78, la qualità di imputato si acquistava per effetto dell'arresto oppure per effetto di «un atto qualsiasi del procedimento nel quale viene attribuito il reato». Inoltre, «quando si deve compiere un atto processuale rispetto al quale la legge riconosce un determinato diritto all'imputato», si considerava tale chi nel rapporto, nel referto, nella denuncia, nella querela, nella richiesta o nell'istanza era «indicato come reo», o risultava «indiziato di reità».

(35) *Progetto preliminare*, cit., p. 429.

(36) A norma dell'art. 65 del 1913, imputato era colui contro il quale nel giudizio si esercitava «l'azione penale» e nell'istruzione si ordinavano «perquisizione o sequestro» o mandato di arresto o la citazione a giudizio o l'atto di accusa. La semplice richiesta di «chiarimenti» non rendeva la persona «imputato», precisò la Cassazione, per respingere il ricorso contro la sentenza di rinvio a giudizio per violazione del diritto di difesa in istruttoria, né la perizia sul «corpo dell'imputato», con riguardo all'applicazione dell'art. 198, configurava l'ipotesi di perizia sul corpo del reato. Cfr. Cass., Sez. I, 19 dicembre 1916, Pres. Micali, Rel. Cantone, P.M. Casella (concl. conf.), ric. D'IGNAZIO, *ibidem*, coll. 105-107.

svoltasi nel dibattimento, con l'intenzione di giovarsene o no, a seconda dell'esito della istruzione orale» (37).

Nel 1930, la Rivista penale pubblicò un articolo di Giacomo Primo Augenti. Il suo scritto fu ancorato a ben precise idee di fondo: l'unità del sistema processuale civile e penale, la necessità di contemperare l'interesse dello Stato di reprimere con quello dell'imputato di difendersi, la contestazione sia del luogo comune secondo il quale nel processo penale le parti «non possono esercitare alcuna limitatrice influenza» di fronte «all'interesse pubblico predominante», sia del mito delle ricerche della verità dei fatti, più realisticamente riconducibile ad una parziale verità processuale (38). Tali presupposti indussero l'avvocato casertano ad avvalorare la concezione «dispositiva» del processo penale e a sostenere — alla luce delle norme, ma non della lettera del codice del 1913 — che tanto nell'istruzione formale quanto in quella sommaria il pubblico ministero assumeva il ruolo di «parte»: tutti gli atti da lui compiuti (ivi compresi i provvedimenti di natura cautelare) non avevano pertanto carattere giurisdizionale, bensì amministrativo e al giudice istruttore competeva nei loro riguardi «un sindacato di mera legittimità». Non negava l'autore che restringere la libertà personale costituisse «una eccessiva facoltà del soggetto pubblico richiedente»: ma questa era «questione di politica legislativa».

Il suo ampio scritto si concludeva con una riflessione provocatoria, che — a fronte di tale posizione quantomeno ambigua — può aiutare a comprendere meglio la posizione da lui assunta sui temi dell'istruzione sommaria una quindicina d'anni più tardi: «Noi crediamo che non basti, per giustificare nel processo un potere inquisitorio, ricorrere al luogo comune dell'interesse pubblico, bisogna invece concretizzarlo [...] e vedere in qual modo lo stato partecipi alla costitu-

(37) Cass., Sez. I pen., 9 luglio 1928 (Pres. Bianchi, Est. Rende, P. Tancredi (concl. conf.), ric. Talamanca, in *Il Foro Italiano*, p. II *Giurisprudenza penale*, LIII (1928), coll. 305-307, in part. 306.

(38) G.P. AUGENTI, *Onere di prova e processo penale*, in *Rivista penale fondata dal Senatore Luigi Lucchini. Rassegna di dottrina legislazione giurisprudenza*, Direttore Silvio Longhi Senatore del Regno, Procuratore Generale della Corte di Cassazione, I (1930), VIII E. F., pp. 1037-1069 e cfr. in part. pp. 1037-1044. Su tale articolo anche M.N. MILETTI, «*Uno zelo invadente*», cit., p. 246. Tra i suoi scritti successivi merita ricordare G.P. AUGENTI, G. MASTINO DEL RIO, F. CARNELUTTI, *Il dramma di Graziani nelle arringhe della difesa*, Bologna, C. Zuffi, 1950; cfr., inoltre, *infra*, testo corrispondente a nt. 75 ss.

zione di rapporti giuridici nuovi; bisogna vedere come predisporre e come limita la sua stessa attività per raggiungere determinati fini» (39).

Nel frattempo, la tendenza a minimizzare l'iniziativa della difesa anche in dibattimento era stata evidenziata dalla Corte di Cassazione. La Suprema Corte nel 1928 aveva respinto un ricorso del sempre combattivo ed indomito avvocato napoletano Gennaro Escobedo, fondatore de *La Giustizia Penale* (40), e aveva ritenuto incensurabile la decisione del giudice di dibattimento che, senza motivazione, aveva respinto la richiesta di supplementi istruttori in un procedimento che «aveva già assunto proporzioni eccessive» (41). La Cassazione enunciava così, pur nella vigenza del Codice del 1913, la tendenza a privilegiare — non diversamente da quanto era avvenuto nella prassi preunitaria che proseguì, dopo il 1865, per lo meno nei giudizi dei tribunali — la fase istruttoria e a relegare il dibattimento alla funzione di mera verifica di decisioni già assunte. È ben noto come questo aspetto abbia successivamente connotato il rito penale del 1930 (42).

Come si è rilevato, gli orientamenti della Cassazione nei primi anni di applicazione del codice del 1913 avevano posto le basi dell'indirizzo adottato fin dal primo progetto del futuro codice Rocco con riguardo alla disciplina del rito sommario che fu definito — con «deprecabile terminologia senza contenuto logico e valore sistematico», secondo Pompeo Biondi (43) — quale attività «senza giurisdizione con carattere accusatorio» (44). Fu questo uno degli aspetti

(39) G.P. AUGENTI, *Onere di prova*, cit., pp. 1054-1057 e 1062-1063.

(40) Sulla figura e l'attività dell'Escobedo, M. ESCOBEDO, *Prefazione a Le sentenze suicide*, Milano, Fratelli Rocca Editori, 1942, pp. 1-20.

(41) Cass., Sez. II, udienza 2 aprile 1928, Pres. Carrara, Rel. Cuboni, P. M. Liguori (concl. conf.), Ric. Mari (avv. Escobedo), in *La Giustizia penale e la procedura penale italiana. Riviste critiche di dottrina, giurisprudenza, legislazione*, XXXIV (III s. IV) de *La Giustizia penale*, XIV (IV, s. II) de *La Procedura Penale Italiana*, coll. 592-601, in part. 599.

(42) G. NEPPI MODONA, *Diritto e giustizia penale*, cit., pp. 362-365 e M. N. MILETTI, «*Uno zelo invadente*», cit., p. 255.

(43) Cfr. oltre nt. 73-74.

(44) F.P. GABRIELI (Consigliere d'Appello addetto alla Corte di Cassazione), voce *Istruzione penale*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. VII, Torino, UTET, 1938, pp. 348-368, in part. p. 350. Cfr. ora M.N. MILETTI, «*Uno zelo invadente*», cit., pp. 244-249.

caratterizzanti del codice Rocco tra le altre ulteriori modifiche di fondo rispetto al codice previgente (45): la fissazione di nuovi equilibri nel rapporto tra procure e giudici, dopo che, come si è rilevato, già nel codice del 1913 il controllo delle procure sull'istruzione si era dilatato grazie all'ampliamento delle ipotesi di reato istruibili con il rito sommario; la riattribuzione all'istruzione formale del ruolo di procedimento ordinario, diretto dal giudice istruttore anche per i casi di competenza delle corti di assise (art. 296) (46), salvo che eventualmente la sezione istruttoria fosse stata « investita dell'istruzione » (art. 297) sotto la vigilanza del procuratore generale (art. 298); l'esclusione della pubblicità e di qualsiasi diritto di difesa dell'imputato in entrambe le forme di istruzione (al fine di evitare, come si diceva, la « malsana curiosità del pubblico » e lo « zelo invadente » dei difensori) (47); l'eliminazione dell'articolo 280 del 1913 che prevedeva la scarcerazione dell'arrestato per decorrenza dei termini dell'istruttoria (48). Nel primo articolo della nuova *Rivista Pe-*

(45) Sintesi efficaci in F.P. GABRIELI, M. MAZZA, voce *Codice di Procedura penale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, III (1957), pp. 395-397; G. NEPPI MODONA, L. VIOLANTE, *Poteri dello Stato e sistema penale. Corso di lezioni universitarie*, Torino, Tirrenia, 1978, pp. 322-325; G. DELITALA, voce *Codice di Procedura Penale*, in *Enciclopedia del diritto*, VII (1960), pp. 284-287; G.D. PISAPIA, *Appunti di Procedura penale*, I, Milano, Cisalpino-Goliardica, 1971, pp. 45-66.

(46) A norma dell'art. 195 del 1913, nel corso dell'istruzione formale, il pubblico ministero avrebbe potuto fare richieste, assistere agli atti d'istruzione, prenderne visione in ogni stato del procedimento. Nel caso che il pubblico ministero avesse manifestato di voler assistere, il giudice istruttore era tenuto ad avvertirlo per mezzo del cancelliere « senza ritardare le operazioni ». Diversamente, a norma dell'art. 199 il pubblico ministero e i difensori delle parti avevano facoltà di presentare istanze, osservazioni e richieste, delle quali sarebbe stato dato atto nel processo verbale, insieme con l'annotazione dei provvedimenti conseguenti. Tali articoli furono confermati dall'art. 303 del codice del 1930, con l'ovvia differenza dell'eliminazione di qualsiasi facoltà del difensore.

(47) *Progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco*, in *Ministero della giustizia e degli affari di culto, Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. VIII, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929, rispettivamente pp. 62 e 59-60.

(48) A norma dell'art. 280, il procuratore del Re avrebbe dovuto trasmettere al giudice istruttore, decorso il termine di dieci giorni previsto per la durata dell'istruzione sommaria; il giudice istruttore pronunciava ordinanza di scarcerazione oppure stabiliva un nuovo termine per la chiusura non superiore a dieci giorni, oppure disponeva per la prosecuzione del procedimento istruttorio « in via formale ». Tale disciplina si applicava anche all'istruzione sommaria per i reati di competenza delle

nale sugli aspetti politici del codice di procedura penale, tale innovazione, di carattere appunto politico, fu giudicata come « tutto sommato » « meritevole di consenso », in quanto destinata a « realizzare un più rigido ordine politico e giudiziario nello scabroso tema della libertà individuale » (49).

Oltre che con la sottoposizione dei giudici istruttori (ed eventualmente della sezione istruttoria) alla vigilanza dei procuratori che — con riguardo all'osservanza delle leggi — riferivano al Ministro di giustizia (50), l'intento di ristabilire il primato delle procure sull'istruzione fu realizzato con l'assegnare all'esclusiva discrezionalità dei pubblici ministeri la scelta tra rito formale e sommario (se ne riparlerà nel prosieguo a proposito di un caso del 1945) (51). La procura aveva anche insindacabili poteri di archiviazione (art. 74 c. 3) (52), nonché quello di avocazione, ossia di richiamare gli atti e rimettere l'istruzione alla sezione istruttoria, prima della sentenza che chiudeva l'istruzione formale o prima del decreto di citazione (art. 392) (53).

L'istruzione sommaria era riservata al procuratore del re e al procuratore generale i quali, senza « interferenze del giudice istruttore »,

Corti d'assise diretta dal Procuratore generale e sottoposta alla vigilanza della Sezione d'accusa (art. 285).

(49) S. CICALA, *Aspetti politici di un nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. pen.*, I (1930), p. I, pp. 14-30, in part. p. 22.

(50) Oltre agli articoli citati cfr. *Progetto preliminare*, cit., pp. 58-59 e G. NEPPI MODONA, *Diritto e giustizia penale*, cit., pp. 368-373.

(51) P. TONINI, *La scelta del rito istruttorio*, cit., pp. 93 ss. e in part. p. 118: fino alla sentenza della Corte Costituzionale del 28 novembre 1968, n. 119 che pronunciò l'illegittimità dell'art. 389 c. 3° del c.p.p. 1930 e alla legge 7 novembre 1969, n. 780, il pubblico ministero cumulava i poteri « di esercitare l'azione penale, di accertare i presupposti di scelta del rito istruttorio, di condurre l'istruzione sommaria e di decidere sulla necessità di rinvio a giudizio ».

(52) A norma del codice del 1913 tale potere spettava al giudice istruttore oppure alla sezione di accusa (artt. 281 e 285) e per l'evoluzione successiva cfr. sopra nt. 6.

(53) A norma dell'art. 234 « il procuratore generale presso la corte d'appello trasmette al procuratore del Re le querele, le denunce, le istanze, le richieste, i rapporti, i referti e le autorizzazioni che ha ricevuto, quando non ritiene di esercitare la facoltà attribuita al procuratore del Re dall'art. 232 (il p.m. prima di richiedere l'istruzione formale o di iniziare l'istruzione sommaria può procedere ad atti di di polizia giudiziaria) o di procedere egli stesso a istruzione sommaria. Può inoltre insindacabilmente richiamare gli atti e rimettere l'istruzione alla sezione istruttoria, prima della sentenza che chiude l'istruzione formale o prima del decreto di citazione ».

ne detenevano gli stessi poteri (54). Agivano nella loro qualità di « titolari dell'azione penale », con il titolo di « parte » o meglio di « parte pubblica che incarna gli interessi dello Stato » (55) — una definizione che secondo le parole del 1946 del Carnelutti aveva « l'aria di un indovinello » (56) — ed erano pertanto privi delle prerogative e degli obblighi connessi con l'esercizio della funzione giurisdizionale, senza, in aggiunta, che fosse previsto alcun controllo giurisdizionale sulla richiesta di rinvio a giudizio. In altre parole, come è stato rilevato, il procedimento sommario, creato per corrispondere alle esigenze del sistema accusatorio, « con poche, ma profonde modifiche », era stato trasformato nel « perfetto esempio del processo inquisitorio, in cui tutte le funzioni processuali sono concentrate nell'organo che conduce le indagini » (57).

In aggiunta, l'istruzione sommaria rischiava di assumere di bel nuovo il ruolo di procedimento ordinario quantunque il legislatore la considerasse residuale rispetto all'ordinario procedimento formale

(54) *Progetto preliminare*, cit., pp. 464-471 e cfr. il testo definitivo degli art. 391 e 393.

(55) *Ibidem*, pp. 408-409 e 441 ss. e cfr. F.P. GABRIELI (Consigliere d'Appello addetto alla Corte di Cassazione), voce *Istruzione penale*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. VII, Torino, UTET, 1938, pp. 348-368, in part. pp. 361-362.

(56) Rivolgendosi ai discenti al corso di introduzione al diritto processuale penale il Carnelutti rilevava infatti: « Il problema dell'accusa pubblica ha così l'aria di un indovinello ». La soluzione avrebbe potuto essere rinvenuta nella distinzione da lui proposta tra « parte in senso materiale » e « parte in senso strumentale », che comprendeva sia l'accusatore sia il difensore, quantunque la disparità tra le due figure costituisse « uno dei vizi fondamentali del sistema » (F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, Roma, Edizioni dell'Ateneo, s. d. ma 1946, pp. 157 ss. e 161). Il Carnelutti riteneva altresì che « La formula legislativa dello stadio ancora arretrato, in cui si trova, sotto questo profilo, il processo italiano, è data appunto dalla contrapposizione del pubblico ministero come *parte (strumentale) pubblica* al difensore come *parte privata*. Nella qualificazione di *parte privata* assegnata al difensore era, inoltre, implicito che egli non fosse contrapposto al pubblico ministero, bensì "sovrastato" da quest'ultimo: « ora è proprio questo sovrastare il segno della persistente immaturità del sistema ». In ogni caso, il fatto che l'art. 69 dell'ordinamento giudiziario del 30 gennaio 1941, nr. 12, avesse eliminato la definizione di pubblico ministero come rappresentante del potere esecutivo e si fosse limitato a indicare che il pubblico ministero esercita le funzioni attribuitegli dalla legge « sotto la direzione del ministero di grazia e giustizia » costituiva tuttavia « un buon segno » (*ibidem*, p. 160).

(57) P. TONINI, *La scelta del rito istruttorio*, cit., in part. pp. 89 e 38, dove si rileva l'aggravante della soppressione dell'interrogatorio dell'imputato per « schiarimenti ».

«per la maggior garanzia funzionale offerta dal giudice» (58). Infatti, sia per i reati di competenza dei tribunali, sia per quelli di competenza delle corti di assise, l'art. 389 — «la norma-chiave» dell'istruttoria (59) — faceva obbligo ai procuratori di ricorrere all'istruzione sommaria in un considerevole numero di ipotesi: non solo nei casi di flagranza e di confessione durante l'interrogatorio effettuato nell'istruzione formale (60), ma anche per i reati «punibili con la detenzione temporanea o con pena meno grave», allorché la «prova» fosse «evidente» ed è inutile soffermarsi sulla discrezionalità cui dava adito l'espressione «prova evidente».

Per quanto concerne, in particolare, i vizi dell'istruzione, allo scopo di eliminare gli «inconvenienti» del sistema del 1913 (61), il legislatore del '30 introdusse con l'art. 184 la regola generale secondo la quale tutti i casi nullità erano espressamente previsti dal codice stesso e tutte le nullità potevano essere sanate nei modi prescritti dalla legge (62). Veniva così a cadere la categoria delle nullità assolute, già disattesa dalla Cassazione (63): il Manzini difese tale soluzione con accenti critici nei confronti di alcuni tentativi di reintro-

(58) *Progetto preliminare*, cit., pp. 76-78: «e del resto è per la maggior garanzia funzionale offerta dal giudice, che ho ristabilito, come regola, l'istruzione formale; mentre la sommaria è ammessa soltanto quando gli elementi di prova esistenti sono tali da togliere ogni preoccupazione circa la possibilità di arbitri partigiani».

(59) P. TONINI, *La scelta del rito istruttorio*, cit., pp. 39-40 e sull'interpretazione di tale articolo in dottrina, *Premessa* e pp. 41-44. Cfr. anche: *Progetto preliminare*, cit., pp. 448-464.

(60) Il giudice istruttore e la sezione istruttoria avevano obbligo di trasmettere «appena avvenuta la confessione» gli atti al procuratore.

(61) *Relazione sul progetto definitivo*, cit., p. 33 «Tutto ciò si ridurrebbe, in sostanza, a rendere proponibili per la prima volta tali nullità nel giudizio di cassazione: cosa che non è di tanta importanza da consigliare una deroga al sistema accolto dal progetto, che è poi quello del codice del 1865, e che mira a liberare la nostra procedura da inconvenienti, i quali sono tra i più gravi che oggi si lamentano».

(62) Art. 184 «L'inosservanza delle forme prescritte per gli atti processuali è causa di nullità soltanto nei casi in cui questa è comminata espressamente dalla legge [art. 185 nomina e capacità del giudice, iniziativa penale e partecipazione del P.M. con le sue requisitorie motivate tendenti ad ottenere un provvedimento dal giudice, rappresentanza dell'imputato]. Tutte le nullità possono essere sanate nei modi stabiliti dalla legge». In pratica, inoltre, i vizi dell'istruttoria non impugnati con ricorso avverso la sentenza che concludeva il procedimento formale oppure la richiesta di citazione a giudizio nel caso di procedimento sommario, sarebbero stati sanati *ope legis*.

(63) Cfr. sopra testo corrispondente a nt. 25 ss.

durre la distinzione tra nullità assolute e relative (64). Per quanto concerneva l'istruzione, l'art. 377 prevedeva la sanatoria delle nullità verificatesi nell'istruzione formale e non dedotte entro cinque giorni dal deposito degli atti in cancelleria dopo la sua chiusura (65). Simmetricamente, l'art. 401 disponeva la sanatoria dei vizi occorsi nell'istruzione sommaria che non fossero stati impugnati entro cinque giorni dall'atto di citazione in giudizio (66), ma, come vedremo tra breve, il testo di questa norma, meno preciso nella formulazione, poteva prestare il fianco a qualche ardita interpretazione della difesa.

In realtà, nei primi quindici anni di applicazione del codice Rocco, se ci si attiene alle sentenze pubblicate, furono pochi gli avvocati che osarono agire in Cassazione per impugnare vizi della fase istruttoria e tali impugnazioni riguardarono per lo più l'istruzione formale. La testimonianza del Calamandrei sulla condizione degli avvocati nel fascismo può spiegare l'inerzia, o la renitenza del ceto forense a mettere in discussione il megalito dell'istruttoria (67).

Le possibilità per l'imputato di impugnare sentenze istruttorie fu, infatti, drasticamente limitata dalla Corte con giurisprudenza univoca alle sole sentenze di proscioglimento per insufficienza di prove e per concessione del perdono giudiziale (artt. 378, 379) (68). Nel 1933,

(64) V. MANZINI, *Diritto processuale penale italiano*, con prefazione di Alfredo Rocco, seconda edizione aggiornata e accresciuta, vol. III *Atti del processo penale*, Torino, UTET, 1943, pp. 94 ss.

(65) Art. 377: «*Sanatoria delle nullità verificatesi nell'istruzione* - Le nullità incorse nell'istruzione formale sono sanate se non vengono dedotte con dichiarazione scritta e motivata ricevuta dal cancelliere del giudice istruttore, entro cinque giorni dalla scadenza del termine indicato nell'art. 372 [deposito degli atti in cancelleria dopo la chiusura dell'istruzione formale da parte del giudice istruttore]».

(66) Art. 401: «*Sanatoria delle nullità verificatesi nel procedimento con istruzione sommaria* - Le nullità incorse nel procedimento con istruzione sommaria sono sanate, se non sono dedotte con dichiarazione scritta e motivata, ricevuta dal cancelliere del giudice competente per il giudizio, nel termine di giorni cinque da quello della notificazione del decreto di citazione». A norma dell'art. 411, qualora il presidente ne riconoscesse l'esistenza, pronunciava ordinanza con cui le dichiarava e annullava il decreto di citazione. Il presidente ordinava altresì la trasmissione degli atti al P.M. affinché gli atti nulli fossero rinnovati o rettificati. Il pretore procedeva d'ufficio.

(67) Cfr. oltre, § 5.

(68) Cass., Sez. I, 15 maggio 1933, Ginepro e Forestiero (*Foro Italiano*, 1933, II, 369) con nota di richiamo cit. nella decisione in Camera di Consiglio dell'8 novembre 1933 (sulla quale cfr. oltre nt. 71 ss.).

l'avv. Enrico Altavilla (69) aveva impugnato la sentenza istruttoria di rinvio a giudizio del proprio cliente, perché in seguito alla modifica del titolo di reato il giudice istruttore aveva ommesso di pronunciare la sentenza di proscioglimento per il reato più grave di violenza per il quale il suo difeso era stato perseguito. Si trattava di un atto dovuto, a giudizio del difensore, in quanto non si era trattato soltanto di un diverso apprezzamento, ma di vera e propria esclusione di un elemento del reato per mancanza di prove. Al proscioglimento per il reato più grave, secondo un antico orientamento della Corte, avrebbe dovuto far seguito la pronuncia di sentenza specifica di rinvio a giudizio per il reato meno grave (corruzione di minorenni) che era stato al fine provato (salva estinzione per effetto di amnistia) (70).

Nelle motivazioni del rigetto, la Corte osservò, in aggiunta ai riferimenti alla giurisprudenza maturata sul codice del 1913 (71), che non soltanto il giudice può e deve modificare nel corso dell'istruzione il titolo di reato, ma anche che non era riconosciuto al privato il diritto di pretendere che l'assoluzione fosse pronunciata. Ribadì, in proposito, che le «nozioni e principi» che sorreggevano il procedimento civile e quello penale — in contrasto con quanto probabilmente invocato dal difensore in nome dell'unità del processo sostenuta da una parte della dottrina — erano profondamente differenti tra loro e, secondo un leit-motiv della politica processualpenalistica del regime, concluse «Nel processo penale i diritti o le guarentigie del privato sono in rapporto della pretesa punitiva che lo Stato af-

(69) Enrico Altavilla (1883-1968), allievo di Gennaro Marciano, fu tra i firmatari del “contro-manifesto” di Benedetto Croce pubblicato il 1° maggio 1925 in risposta al “Manifesto degli intellettuali del fascismo” di Giovanni Gentile, uscito il 21 aprile 1925. Seguace della scuola positiva, legato ad Enrico Ferri e successivamente a Eugenio Florian, oltre a diverse opere di diritto penale e di criminologia scrisse un *Manuale di procedura penale*, Napoli, Morano, 1935, (e cfr. in part. pp. 320 ss. sul rapporto tra istruzione sommaria e istruzione formale; in proposito P. TONINI, *La scelta del rito istruttorio*, cit., p. 97), aggiornato successivamente nei *Lineamenti di diritto processuale penale*, Napoli, Morano, 1946. La sua commemorazione fu scritta da De Marsico e su di lui scrisse Tullio Rispoli. Alcune delle sue aringhe furono pubblicate ne *L'avvocato penale*.

(70) Così del resto si era pronunciata la Corte al tempo della presidenza Lucchini, con riguardo, però, alla sentenza di primo grado (STORTI, *Accusare il delitto* [infra, nt. 97], pp. 379-380 nt. 77 ss.).

(71) App. Palermo, 5 giugno 1927, Cucco (*Foro it. Rep.* 1927, voce *Istruzione penale*, n. 22) cit. nella decisione in Camera di Consiglio dell'8 novembre 1933 (sulla quale cfr. oltre nt. 72 ss.).

ferma e fa valere, e nei limiti di essa soltanto. Come il privato non può pretendere che si proceda contro di lui all'effetto di scagionarsi da accuse che gli vengono rivolte, così non può avere diritto a chiedere la pronuncia su una imputazione che non gli viene più contestata» (72).

Nel 1934 una nota redazionale del *Foro Italiano* sottolineò la novità, rispetto al regime del codice del 1913, introdotta dall'art. 377 con la sanatoria delle nullità istruttorie. La nota riguardava una sentenza della prima sezione di Cassazione, presieduta da Aloisi, che aveva rigettato un ricorso avverso una sentenza di rinvio a giudizio per mancanza di motivazione in merito a vizi incorsi durante l'istruzione formale (73).

Se si sta alla giurisprudenza pubblicata nei periodici giuridici di quegli anni, eccettuati gli sporadici tentativi di alcuni avvocati che, come nei casi appena citati, cercarono inutilmente di ottenere dalla Corte l'annullamento di qualche sentenza istruttoria, si deve a Pompeo Biondi una critica del 1936 alla disciplina codicistica. Egli la argomentò su un piano eminentemente formale: in questa materia, la celebrata tecnica normativa del legislatore del Trenta non aveva mostrato i suoi apici. L'occasione gli fu offerta da un caso pratico che, «nella sua rarità clinica», rivelava «le notevoli imperfezioni che vizioano tutta la disciplina delle nullità istruttorie». A suo giudizio, le difficoltà di applicazione verificatesi in relazione all'art. 377 derivavano dal fatto che esso era stato formulato dal legislatore unicamente per evitare le insidie e gli espedienti dilatori della difesa ed esclusivamente in vista delle eccezioni di nullità proponibili dai difensori. Tale articolo era, in realtà, «più d'imbarazzo che di vantaggio» (74), tanto

(72) I sez. camera di consiglio 8 novembre 1933, Pres. ed Est. De Ficchy, P.M. Ruggiero (concl. conf.), Ric. Baiocchi (Avv. Altavilla, Loffreda), in *Il foro italiano*, p. II, 59 (1934), coll. 104-107. Le sentenze anteriori, in verità, riguardavano casi nei quali il giudice istruttore aveva attribuito al fatto una definizione più grave di quella contestata nel mandato.

(73) Cass., Sez. I pen., udienza 28 settembre 1934, Pres. Aloisi, Est. De Ficchy, P.M. De Villa (concl. conf.), Ricc. Spanu (Avv. D'Angelo) e Piras (Avv. Sechi), in *Il foro italiano*, p. II (1934), coll. 393-395, con rinvio a A. JANNITTI PIROMALLO, *Illustrazione pratica dei codici penale e di procedura penale*, Roma, Società del Foro Italiano, vol. III, p. 398.

(74) P. BIONDI, *In tema di nullità della sentenza istruttoria*, in *Il Foro italiano*, 61 (1936) *Dottrina*, coll. 177-203 richiamato da *Procura della Repubblica di Velletri*, 7 febbraio 1950, in *La Giustizia penale*, XX (1950), p. III *Procedura Penale*, col. 296.

è vero che, in alcune occasioni, non offriva nessuna possibilità al pubblico ministero di adempiere agli obblighi previsti dall'art. 76 secondo il quale nel procedimento penale il giudice non poteva deliberare se non sentito il pubblico ministero eccettuati i casi espressamente previsti. In alcune fasi del procedimento istruttorio formale, infatti, ai procuratori non era dato conoscere quando fosse stato effettuato il deposito dei documenti né la data di notifica dell'avviso, né le proroghe concesse al giudice, né i supplementi di istruzione e i loro risultati. In aggiunta, il disposto dell'art. 377 era imperfetto, in quanto, fissando un termine di cinque giorni per dedurre le nullità, non stabiliva se questo termine fosse riferibile, oppure no, ad una sentenza istruttoria già pronunciata. Non aveva dunque riguardo al «sistema» delle sanatorie processuali, nel quale si doveva tenere ben distinto l'aspetto diretto «a sanare la nullità di atti processuali già compiuti», da quello teso «ad eliminare le cause di nullità già verificate» che tuttavia influivano «su atti processuali ancora da compiere» (75).

4. Istruzione sommaria e custodia preventiva nel 1945.

Quanto alla disciplina dell'istruzione sommaria, una crepa nel codice, per chi l'avesse voluta scovare, poteva essere individuata nell'assenza di definizione dell'atto conclusivo della fase segreta e inquisitoria dell'istruttoria sommaria, o, in altre parole, del momento nel quale essa terminava e in quale iniziava, invece, il dibattimento.

Proprio su questo si incentrò un ricorso rivelatore sotto diversi punti di vista. Tale ricorso dimostra, da un lato, come una parte dell'avvocatura e della dottrina fin dal 1945 fossero ben pronte a sfruttare qualsiasi appiglio che — pur nel contesto del sistema concettuale e normativo vigente — offrisse una via d'uscita dal labirinto normativo posto in atto dal regime. Dall'altro, come, ancora in quell'anno, la prima sezione della Cassazione presieduta dall'Aloisi — che pur era un profondo conoscitore del «codice più liberale» del 1913 —, restasse fedele ai principi e alle linee direttive tracciate, innanzitutto, nelle relazioni al progetto del 1930.

(75) P. BIONDI, *In tema di nullità della sentenza istruttoria*, cit., coll. 186-188.

Fu l'avvocato Augenti, del quale si è detto più sopra (76), ad affrontare la questione cruciale dell'istruzione sommaria e ad aprire la strada a ricorsi che misero in luce quanto fosse arduo incidere sul ferreo e capillare sistema di "legalità" costruito dal regime. Un assetto che, nonostante le critiche del Biondi, perseguiva con lucidità, persino nelle norme di 'dettaglio', il fine della completa subordinazione dell'individuo allo Stato. L'abile tessitura del legislatore, sotto il vigilante controllo delle Procure e di una Cassazione solidale con i più alti gradi del pubblico ministero, sembrava non presentare smagliature. Soltanto i principi garantistici predisposti tempestivamente dalla Carta costituzionale offrirono, di poi, i presupposti per avviare l'iter di smantellamento del codice di rito, che tuttavia, come è ben noto, non fu né breve, né privo di fasi alterne.

Nel caso specifico, l'avvocato Augenti aveva presentato ricorso davanti alla Corte di Assise di Bologna perché annullasse la richiesta del decreto di citazione a giudizio del suo cliente presentata dal pubblico ministero al giudice a norma dell'art. 396 (77): insieme con il procedimento sommario, anche la custodia dell'imputato era durata più dei quaranta giorni previsti dall'art. 272 e, al quarantesimo giorno, il pubblico ministero non aveva richiesto né il decreto di citazione a giudizio, né la sentenza di proscioglimento, né, tanto meno, aveva trasmesso gli atti al giudice istruttore per la trasformazione dell'istruzione da sommaria in formale. Quantunque si trattasse di istruzione sommaria, l'avvocato Augenti aveva ritenuto applicabile per analogia il secondo comma dell'art. 385 relativo al termine per l'impugnazione delle nullità della sentenza istruttoria di chiusura del procedimento formale (78) e pertanto aveva depositato il ricorso dopo l'inizio del giudizio. Il ricorso era stato accolto dalla Corte di Assise di Bologna e tale decisione era stata impugnata in Cassazione dal procuratore generale.

(76) Cfr. sopra testo corrispondente a nt. 75 ss.

(77) Art. 396: *Richiesta di citazione a giudizio*. Il procuratore generale o il procuratore del Re, se ritiene che si debba procedere al giudizio contro l'imputato, richiede al presidente della corte o del tribunale competente il decreto di citazione (art. 405 s.) [...].

(78) Art. 385: *Nullità e rettificazione della sentenza istruttoria* c. 2. Quando si tratta di sentenza di rinvio a giudizio le predette nullità e quella preveduto dall'art. 376 [mancanza dell'interrogatorio dell'imputato] possono farsi valere soltanto nel giudizio, purché siano proposte immediatamente dopo compiute per la prima volta le formalità d'apertura del dibattimento.

Premettiamo che i giudici di legittimità, conformandosi alle conclusioni del procuratore generale, sbrogliarono la matassa da un punto di vista formale, annullando la sentenza del giudice di merito, in quanto giudicarono illegittima l'applicazione analogica dell'art. 385 e, di conseguenza, tardiva l'impugnazione della richiesta del decreto di rinvio a giudizio (79).

Per restare nella metafora, la matassa era davvero intricata. Nel decorso dei termini non era, infatti, incorso soltanto il ricorrente, ma, prima di lui, il pubblico ministero. Era in questione, inoltre, anche la violazione delle norme sulla custodia preventiva. Giudicando erronea la decisione dei giudici di merito che avevano accolto tale impugnazione, la Corte sostenne che era preventivamente necessario sia stabilire quale fosse l'atto destinato a dividere nettamente il periodo istruttorio da quello del giudizio, sia operare una netta distinzione tra istruzione formale e istruzione sommaria. In altre parole, si doveva definire quale fosse il momento in cui il pubblico ministero investiva il giudice di merito della competenza del reato col precisare «definitivamente l'accusa contro l'imputato». A dire dei giudici di legittimità, nell'istruzione formale questo passaggio coincideva, per espressa previsione legislativa, con la pronuncia della sentenza del giudice istruttore di rinvio a giudizio. Nell'assenza di una norma esplicita, si doveva ritenere che nel rito sommario esso corrispondesse, invece, con la richiesta del decreto di citazione da parte del pubblico ministero al giudice istruttore regolata dall'art. 396 (*Richiesta di citazione a giudizio*). Per queste considerazioni, l'estensione analogica dell'art. 385 prospettata dal difensore era illegittima, perché, diversamente da quanto lui prospettato, avrebbero dovuto essere rispettati i termini prescritti dall'art. 401. Il ricorso era dunque tardivo perché presentato dopo la scadenza di cinque giorni dalla notificazione del decreto di citazione diretta — che a norma dell'art. 397 avveniva contestualmente con quella della richiesta di citazione diretta da parte del pubblico ministero — previsto appunto dall'art. 401.

Sgomberato il campo dalle questioni formali e decisive quanto all'esito dell'impugnazione, la Corte si diffondeva anche sulle altre que-

(79) Cass., Sez. I pen., 27 giugno 1945, Pres. Aloisi, Est. Borragine, P.M. Fornari (concl. conf.), ric. Pizzato intesa Tanzi (avv. Augenti), in *La Giustizia penale* (1945-46), III, coll. 146-164 e in *Rivista di diritto processuale*, I (1946), pp. 137-145.

stioni sollevate dal difensore con riguardo alla scadenza dei termini per la custodia preventiva.

Sul punto difensivo che contestava la violazione dell'art. 272, perché la richiesta del decreto di citazione era stata presentata dopo la scadenza dei quaranta giorni di custodia preventiva, la Corte ricorrevva ai principi generali che avevano informato la riforma processual-penalistica del 1930 in merito al controllo sulla trasformazione del rito. Contrariamente a quanto si può presumere avesse sostenuto l'avvocato difensore, riprendendo argomentazioni già adottate con riguardo al codice del 1913, la Cassazione negava che l'art. 272 avesse imposto alla pubblica accusa il «preciso dovere» di trasmettere gli atti al giudice istruttore alla scadenza dei quaranta giorni.

Rilevava, inoltre, che si doveva escludere che dopo tale termine il pubblico ministero fosse «decaduto» dall'esercizio dei suoi poteri per la perdita della «legitimatío ad causam» (80), in quanto tale termine non poteva essere considerato come perentorio: in base alla relazione al progetto preliminare del codice — osservava la Suprema Corte — motivi di interesse pubblico esigevano che in tale materia non fossero stabiliti termini perentori (81). Nel sistema generale del codice, inoltre, le nullità erano soltanto quelle comminate espressamente dalla legge, nessuna nullità era espressamente prevista dall'art. 272 e tale mancanza corrispondeva anche ad un criterio «logico e giusto» (82). In conclusione: se era vero che sul pubblico ministero gravava il «dovere giuridico di svolgere la sua attività secondo le norme della legge positiva», si doveva altresì considerare che il dedurre la nullità della citazione diretta sarebbe risultato «del tutto contrario agli interessi supremi della giustizia e, sotto certi riflessi, anche a quelli privati degli stessi imputati».

Si doveva aggiungere, ancora, che un'autorevole dottrina aveva sostenuto che l'applicabilità dell'art. 272 era molto ridotta e che tale articolo poteva concernere solo il caso dell'istruzione condotta dal

(80) Cass., Sez. I pen., 27 giugno 1945, cit., coll. 152-154.

(81) *Ibidem*, coll. 154-156. Come ha rilevato il Tonini, le scelte sul rito (sommario o formale) adottate dal pubblico ministero in assenza di un'espressa previsione del codice, e contro talune opinioni dottrinali, erano considerate insindacabili, e pertanto prive di controllo giurisdizionale, non solo per motivi politici, ma anche per il peso della prassi, per i caratteri dell'ordinamento giudiziario e per giurisprudenza costante (P. TONINI, *La scelta del rito istruttorio*, cit., pp. 43-46).

(82) Cass., Sez. I pen., 27 giugno 1945 cit., coll. 157-159.

procuratore; quando, invece, si fosse trattato del procuratore generale si sarebbero dovuti «ritenere sufficienti il potere che egli ha di rimettere gli atti alla sezione istruttoria e il suo dovere generale di vigilanza sulle varie istruzioni». Anche gli interessi dell'imputato avrebbero ottenuto maggior tutela da un'interpretazione flessibile dell'art. 272 (83). L'inottemperanza dei termini da parte del pubblico ministero, dunque, avrebbe potuto provocare soltanto l'inflizione di una sanzione disciplinare nei suoi confronti secondo l'insindacabile giudizio del procuratore generale, al quale spettava eventualmente valutare discrezionalmente i motivi del ritardo (84).

Da ultimo la Corte prendeva in considerazione il punto forse più delicato del ricorso dell'imputato, quello incentrato sull'applicazione della *novella* del 10 agosto 1944 n. 194 che, a modifica dell'art. 272 del codice di rito, in via temporanea, ossia fino a sei mesi dopo la cessazione dello stato di guerra, aveva con l'art. 6 «ripristinato il sistema della scarcerazione automatica per decorrenza dei termini, già contenuto nel codice del 1913 (art. 325 ss)» (85).

(83) *Ibidem*, coll. 160-161. Rievocando motivazioni ricorrenti al tempo dell'applicazione del codice del 1913, la Corte segnalava come gli interessi dell'imputato consistessero, infatti, nella celebrazione «nel più breve termine del dibattimento» nel corso del quale «il raccoglimento delle prove sotto il vigile controllo della difesa, dà luogo, cioè, a quella fase ultima del procedimento, alla quale ben si deve assai spesso pervenire anche in seguito alla trasformazione dell'istruzione sommaria in formale».

(84) A norma dell'art. 272, infatti, con la trasmissione degli atti al giudice istruttore il pubblico ministero era tenuto a «fare immediatamente rapporto al procuratore generale enunciando i motivi che determinano il ritardo. Il procuratore generale esamina se vi è responsabilità per il ritardo».

(85) Così A. PERONACI, *Sguardo d'insieme alle modificazioni introdotte nel Codice di Procedura Penale*, in *La Giustizia penale*, Parte prima I presupposti, LI (I della VI serie), (1946), coll. 123-128, in part. coll. 125-126. Il decreto è pubblicato in *Lex. Le leggi luogotenenziali*, XXX (8 settembre 1943-31 dicembre 1944), pp. 316-319 (sono evidenziati in corsivo i commi aggiunti dal decreto legge all'originaria formulazione dell'art. 272 c.p.p.): Quando nell'istruzione formale la durata della custodia preventiva per il reato per cui si procede ha oltrepassato i quattro mesi, il giudice istruttore deve fare immediatamente rapporto al presidente del tribunale dei motivi per i quali la istruzione non è stata ancora chiusa. Il presidente, esaminati gli atti se lo ritiene necessario, dà gli opportuni provvedimenti per accelerare il procedimento e, qualora ne sia il caso, per accertare la responsabilità del ritardo. Il consigliere delegato della sezione istruttoria fa rapporto al presidente della sezione, il quale provvede in egual modo. Il presidente che ha dato i predetti provvedimenti vigila sul proseguimento dell'istruzione. *Nei casi in cui è ammessa la libertà provvisoria, quando*

Secondo la tesi del difensore (86), decorso il termine di quaranta giorni, all'imputato sarebbe spettato un vero e proprio «diritto» alla trasformazione dell'istruzione sommaria in formale. La Cassazione negava l'esistenza di tale diritto, innanzitutto, alla luce dei principi generali del codice del 1930 (in nome del «sistema adottato dal legislatore») ed escludeva che esso potesse nascere per effetto della decorrenza dei termini. Diversamente che nel diritto privato, ove vi era effettiva simmetria tra l'obbligo di una parte e il diritto dell'altra, in un sistema normativo di «ordine pubblico», come appunto quello regolato dal codice del rito penale, i diritti erano attribuiti esclusivamente dalla legge «in modo espresso» e regolandone «l'esercizio». Si doveva escludere che l'art. 272 corrispondesse a tali requisiti (87). A differenza che nel codice del 1913, infatti, il sistema di garanzie relative alla durata della custodia preventiva previsto dal codice Rocco non considerava «soltanto l'interesse dell'imputato», ma al contrario consisteva nell'eventuale applicazione di sanzioni disciplinari «all'istruttore che non abbia condotta l'istruzione con la diligenza e la sollecitudine necessaria» (88). L'imputato, dunque, non aveva alcun diritto, ma solo la facoltà di presentare un'istanza scritta per denunciare l'e-

la durata della custodia preventiva ha oltrepassato i sei mesi se il reato per cui si procede è di competenza del tribunale o gli otto mesi se è di competenza della corte di assise, e non è stata depositata in cancelleria la sentenza di rinvio a giudizio, l'imputato deve essere scarcerato. [...] Quando nell'istruzione sommaria la durata della custodia preventiva per il reato per cui si procede ha oltrepassato quaranta giorni, senza che il pubblico ministero abbia fatto la richiesta per il decreto di citazione a giudizio o per la sentenza di proscioglimento, il pubblico ministero medesimo deve trasmettere gli atti al giudice istruttore perché proceda all'istruzione formale e deve immediatamente fare rapporto al procuratore generale, enunciando i motivi che determinarono il ritardo. Il procuratore generale esamina se vi è responsabilità per il ritardo. Quando nei procedimenti di competenza del pretore la durata della custodia preventiva per il reato per cui si procede ha oltrepassato i trenta giorni e non è stato emesso il decreto di citazione a giudizio, l'imputato deve essere scarcerato; il pretore deve fare immediatamente rapporto al procuratore del Re, enunciando i motivi del ritardo. Il procuratore del Re esamina se vi è responsabilità per il ritardo informandone il procuratore generale [...].

(86) L'assenza di precedenti in proposito sembra rilevata anche dallo studio di P. TONINI, *La scelta del rito istruttorio*, cit., pp. 37-38 e 46.

(87) Cosa che appunto si verificava espressamente nel caso di opposizione alla costituzione di parte civile oppure alle impugnazioni, ma non dell'art. 272: Cass., Sez. I pen., 27 giugno 1945 cit., col. 161-162.

(88) *Ibidem*, coll. 164.

ventuale ritardo nell'istruzione al magistrato superiore a norma dell'art. 145.

In secondo luogo, nemmeno la *novella* del '44 avrebbe potuto indurre ad una diversa soluzione del caso in esame (89). L'art. 6, infatti, aveva modificato l'art. 272 c.p.p. con esclusivo riguardo all'istruzione formale, mentre per quanto concerneva quella sommaria, tale articolo riguardava soltanto i procedimenti di competenza del pretore, coll'ordinare la scarcerazione dopo la scadenza del termine senza che fosse stato emesso il decreto di citazione a giudizio (90).

Ci si potrebbe attendere che tra il 1944 e il 1945, con la caduta del regime, l'evoluzione della guerra e i primi interventi di modifica del codice Rocco, i giudici di legittimità fossero indotti ad adottare soluzioni o principi differenti da quelli applicati nel regime, almeno con riguardo a disposizioni che per la loro formulazione — come già aveva rilevato Pompeo Biondi (91) — potevano prestarsi ad un'interpretazione meno letterale e meno legata ai « motivi » del legislatore del Trenta. In realtà, almeno sugli aspetti in esame, la Cassazione continuò a perseverare in tale orientamento fino a generare una netta contrapposizione con la parte più liberale della scienza giuridica e dell'avvocatura.

La sentenza fu annotata da Pietro Nuvolone, uno dei primi allievi di Giacomo Delitala e già docente a Pavia dopo aver pubblicato una monografia sulla sentenza istruttoria (92). Significativo il suo esordio sulle colonne della *Giustizia Penale*: « sentenza esatta nel dispositivo, ma non altrettanto, a nostro sommo avviso, nella motiva-

(89) A. PERONACI, *Sguardo d'insieme*, cit., col. 125, rilevò che tale legge era stata ispirata da motivi contingenti e, prima di tutto, per porre riparo alla grave situazione carceraria e al « camarico eccessivo di detenuti ».

(90) Cass., Sez. I pen., 27 giugno 1945, cit., col. 164.

(91) Cfr. sopra testo corrispondente a nt. 73 ss.

(92) P. NUVOLONE, *Contributo alla teoria della sentenza istruttoria penale*, Milano, Vita e Pensiero, 1943. Su Pietro Nuvolone, il suo « carattere poliedrico » e i suoi contributi allo sviluppo delle scienze penalistiche cfr. *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milano, Giuffrè, 1991 e in part. vol. I, M[ario] P[isani], *Presentazione*, nonché, per un quadro sintetico ed efficace del ruolo assunto da molte delle personalità che qui verranno citate, sia in prospettiva generale, sia con riguardo all'insegnamento tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano G. MARINUCCI, *I penalisti e i processualpenalisti*, in *Gli 80 anni della Facoltà di Giurisprudenza. Atti dell'incontro del 14 ottobre 2004*, a cura di Roberta Clerici, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 87-95.

zione. Ci sembra, infatti, che non vada oltre il segno quando, dopo aver giustamente osservato che non si può parlare di nullità e neppure, sotto un altro aspetto, di decadenza, ha creduto di poterne concludere che l'imputato non ha un diritto alla trasformazione dell'istruttoria, sulla base di argomenti di dubbio valore» (93).

A detta dello studioso, occorre distinguere tra il diritto alla scarcerazione, non riconosciuto dalla legge, e il diritto alla trasformazione dell'istruttoria: il fatto che il primo non fosse stato accordato non aveva come conseguenza che — quantunque non indicato dal Manzini (94) — non esistesse il secondo. In aggiunta era errato desumere l'inesistenza di un diritto dall'assenza di «garanzie poste a tutela di un interesse», perché questo derivava dalla confusione «tra il diritto e i mezzi di far valere il diritto».

Non poteva mettersi in dubbio che esistesse l'interesse dell'imputato alla trasformazione dell'istruttoria da sommaria in formale per le maggiori garanzie che quest'ultima offriva; era altresì indubbio che tale interesse fosse preso in considerazione dall'ordinamento sia dall'art. 272 del codice di rito del 1930, sia, a maggior ragione, dalle modifiche introdotte dall'art. 6 del D.D.L. del 1944 che riformava l'istituto della carcerazione nell'istruzione formale. Il problema consisteva allora nello stabilire se all'imputato fosse stato offerto soltanto un interesse protetto oppure un vero e proprio diritto soggettivo (95).

Nuvolone puntava diritto al nodo della sentenza di Cassazione: «l'osservazione fatta in sentenza per escludere che ci troviamo di fronte a un diritto, e cioè che siamo nel campo di una legge di ordine pubblico, e quindi i presupposti dell'indagine sono diversi che nel campo del diritto privato, o è lapalissiana o è inesatta».

Tutto il ragionamento del giovane docente ruotava intorno a questo: era lapalissiano oppure era inesatto sostenere che lo *status* della persona e la sua capacità di essere soggetto di diritti erano diversi nel diritto privato e nel diritto pubblico («nel campo di una legge di ordine pubblico»)? La sua posizione era definita con fermezza: era la-

(93) P. NUVOLONE, *Diritti e interessi dell'imputato nel processo penale*, nota alla sentenza Cass., Sez. I pen., 27 giugno 1945, in *La Giustizia Penale* (1945-46), III, col. 146.

(94) V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. II *I soggetti del rapporto processuale penale*, Torino, 1942, vol. II, pp. 344-348.

(95) P. NUVOLONE, *Diritti e interessi dell'imputato*, cit., coll. 146-147.

palissiana se «presa alla lettera», era invece inesatta se fondata sul presupposto che il diritto soggettivo avesse «presupposti logici diversi nei due campi dell'ordinamento». La presa di posizione era coraggiosa: il «concetto formale» di diritto soggettivo e la sua natura non potevano mutare «col mutare del contenuto delle norme» (96).

Coraggioso era, inoltre e se si considera il perseverare dell'attitudine dei giudici della Corte di Cassazione, lo spunto che portò il giurista a immergersi nei meandri della teoria generale del diritto: non era possibile sostenere che l'interesse del singolo imputato fosse subordinato all'interesse «obiettivo di verità che anima tutto il processo penale». Come aveva sostenuto Giacomo Delitala (in verità, nella vigenza del codice del 1913) (97), alcuni settori della materia processualpenalistica, come quello della *reformatio in pejus* dimostravano, invece, al contrario, una preminenza della tutela del primo rispetto a quella del secondo. Si doveva aggiungere che sotto altri punti di vista la tutela dell'imputato costituiva un fine «essenziale, d'ordine pubblico, della norma processuale» (98).

La nota del Nuvolone è ampia e complessa perché numerosi erano i problemi di teoria generale del diritto che tormentavano la dottrina in quel tempo in cui si stavano maturando i presupposti per una modifica del rapporto Stato-cittadino (99): i problemi del diritto processuale penale erano pertanto inquadrati nel sistema complessivo del diritto (da quello amministrativo a quello processuale civile). In tale fase evolutiva, la definizione dei diritti del cittadino doveva, dal punto di vista delle categorie giuridiche, superare la difficoltà della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e tra titolarità

(96) *Ibidem*, col. 147.

(97) Il rinvio era a G. DELITALA, *Il divieto della reformatio in pejus nel processo penale*, Milano, Società Editrice Vita e Pensiero, 1927 e mi si consenta di rinviare a *Accusare il delitto, difendere l'innocenza. Le impugnazioni del pubblico ministero nella legislazione e nella dottrina italiane nella prima metà del XX secolo*, in *Amicitiae Pignus in ricordo di Adriano Cavanna*, Milano, Giuffrè, 2003, vol. III, pp. 2191-2236 e in *Staatsanwaltschaft. Europäische und amerikanische Geschichten*, hrsg. von B. Durand, L. Mayali, A. Padoa Schioppa und D. Simon, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2005, pp. 357-400, in part. pp. 391-395.

(98) P. NUVOLONE, *Diritti e interessi dell'imputato*, cit., col. 147.

(99) Sul pensiero del Nuvolone di quegli anni pare utile anche la breve, ma incisiva recensione che egli fece a Salvatore LENER S.J., *Diritto e politica nelle sanzioni contro il fascismo e nella epurazione dell'amministrazione*, Roma, Ed. La Civiltà Cattolica, 1946, in *Rivista Italiana di Diritto penale*, II, n.s. (1949), pp. 53-54.

ed esercizio di quest'ultimo, riconfigurare la definizione di rapporto processuale nonché ridefinire la responsabilità del giudice e del pubblico ministero sia nel processo civile sia in quello penale, soprattutto in seguito alle novità introdotte dagli artt. 55, 56 e 74 del codice di procedura civile del 1942.

L'enunciazione della teoria di Nuvolone è stringente. Definito il diritto soggettivo quale «interesse tutelato da una norma giuridica facente capo ad un soggetto» e l'interesse protetto da una norma giuridica quale oggetto specifico della tutela di una norma, tra diritto soggettivo e interesse protetto esisteva la medesima differenza che intercorre tra un diritto assoluto e un diritto di credito, ossia tra «categorie logiche che abbracciano ogni campo dell'ordinamento giuridico» (100). L'assenza di mezzi di tutela per garantire la titolarità di un diritto non costituiva un motivo per negare l'esistenza dello stesso: occorre, infatti, «distinguere tra la situazione giuridica attiva e i mezzi forniti dall'ordinamento giuridico per la sua affermazione nel caso in cui il comando non venga eseguito». Essenziale era che il «comando giuridico» a tutela dell'interesse fosse previsto, mentre era ininfluenza che il rimedio contro la lesione dell'interesse tutelato fosse inesistente o imperfetto. Date le sue caratteristiche di maggior tutela per l'imputato, quello all'istruttoria formale poteva essere considerato, se non un diritto assoluto, quantomeno un diritto di credito a godere di un diritto soggettivo.

«Nel processo penale l'imputato è il naturale portatore di un interesse di libertà, interesse di fatto (101), come afferma il Delitala, fino a che non intervenga una norma a tutelarlo espressamente che lo trasforma in diritto soggettivo» (102). In realtà, nel diritto vigente, come aveva sostenuto la Corte, l'imputato non poteva trovare tutela, né a norma dell'art. 145 (103), né, nel caso specifico, nelle modifiche all'art. 272 apportate dal D.L.L. 10 agosto 1944 con riguardo all'i-

(100) P. NUVOLONE, *Diritti e interessi dell'imputato*, cit., col. 151.

(101) Ricordiamo in proposito il testo della sentenza 1933 cit. sopra nt. 88.

(102) P. NUVOLONE, *Diritti e interessi dell'imputato*, cit., col. 152.

(103) Gli interessati potevano presentare al giudice o al pubblico ministero memorie o istanze scritte, ma non avevano diritto a risposta, nemmeno nel caso che si trattasse di richiesta di cessazione della carcerazione preventiva per decorrenza dei termini dell'istruzione e cfr. con riguardo agli artt. 145 e 305 V. MANZINI, *Diritto processuale penale*, I, in part. p. 541 e ora F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 597-598.

struzione formale e all'istruzione sommaria del pretore (104). Per superare tale ostacolo, elementi di riflessione avrebbero potuto essere tratti dal regime della concessione della libertà provvisoria, che il legislatore aveva subordinata alla discrezionalità del giudice senza però attribuirgli un potere arbitrario (105). Il giudice penale era tenuto a concedere la libertà provvisoria se sussistevano i requisiti necessari desumibili dal bilanciamento tra l'interesse all'accertamento processuale della verità e quello personale alla libertà.

Pertanto, in contrasto con la dottrina dominante rappresentata dal Manzini (106), il Nuvolone sosteneva che «l'imputato ha un diritto alla liberazione subordinato all'accertamento delle garanzie di cui sopra: un diritto che può essere assimilato alla categoria dei diritti affievoliti, ma che rimane pur sempre un diritto, in quanto il giudice non è libero di disporre dell'interesse della libertà, ma è legato a condizioni che, pur non essendo previste da una norma specifica, ergono però dalla logica del sistema, e hanno quindi un carattere obiettivo».

In determinate condizioni obiettive, «il magistrato è obbligato a prendere quel provvedimento». In altre parole, l'interesse alla libertà è «giuridicamente tutelato da una norma, e quindi è un diritto soggettivo». Da questo punto di vista, in base alla nuova disciplina della responsabilità del giudice, a causa dell'«illecito» commesso dal giudice penale con l'«omissione di atti d'ufficio» e consistente nella mancata trasformazione dell'istruzione da sommaria in formale, l'imputato avrebbe potuto chiedere un risarcimento se questo non fosse stato espressamente escluso dal secondo comma dell'art. 55 con riguardo all'«azione civile in seguito a condanna penale» (107).

(104) P. NUVOLONE, *Diritti e interessi dell'imputato*, cit., col. 156.

(105) *Ibidem*, col. 153. Il Nuvolone ipotizzava un'estensione alla discrezionalità del giudice penale dei principi elaborati dal Giannini con riguardo alla giustizia amministrativa (M. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, pp. 51 ss. e p. 74: l'essenza della discrezionalità consiste in un apprezzamento politico che si attua mediante una valutazione dei differenti interessi; «al giudice amministrativo spetta la comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie»).

(106) Cfr. sopra nt. 93.

(107) *Ibidem*, coll. 156-159 e in part. col. 160.

In nome della «logica del sistema», il giurista riaffermava il «diritto soggettivo» alla libertà personale, conculcata da tempo in nome della preminenza degli interessi dello Stato e di una concezione della legalità che ad essi subordinava i diritti della persona, interessi e concezioni che avevano compenetrato — e nel contempo rispecchiavano — l'azione e gli orientamenti della magistratura di legittimità. Del resto il Nuvolone non si nascondeva le difficoltà di far valere, nel diritto vigente, la tesi dell'esistenza di un diritto dell'imputato alla trasformazione dell'istruttoria e concludeva che, a suo giudizio, *de iure condendo* le due forme di istruzione avrebbero dovuto essere unificate, i poteri del pubblico ministero ridotti a quello di impulso processuale e restituita al giudice la funzione di garantire nell'istruttoria maggiori tutele alla difesa come già era avvenuto nel codice del 1913 (108).

I suoi timori erano del tutto fondati e la replica del Carnelutti non si fece attendere nel primo volume della *Rivista di diritto processuale* appena fondata da lui con Giuseppe Chiovenda e diretta con Piero Calamandrei.

Meritevole appariva al Carnelutti l'intento del giovane Nuvolone di prendere spunto dalla sentenza «per disegnare certe linee della teoria del processo penale, le quali sono, finora, parecchio incerte» (109). Altri, però, erano i compiti ai quali avrebbe dovuto essere applicato «l'ardire dei nostri giovani processualisti» (110): quello di ristrutturare la definizione e la teoria del rapporto processuale (111) e soprattutto quello di definire analiticamente, in connessione con il più ampio — e non processuale — concetto di libertà, «il sistema di poteri e doveri processuali, alcuni dei quali sono concessi od imposti all'imputato» (112). Esclusa l'esistenza di un diritto soggettivo alla conversione dell'istruzione, il Carnelutti non escludeva, però, che esistesse una responsabilità civile del pubblico ministero: non per l'omissione della conversione, bensì per il ritardo nella chiusura dell'istruzione sommaria e quindi per la protrazione della custodia preventiva oltre i termini (113).

(108) *Ibidem*, coll. 156-159 e in part. col. 160.

(109) F. CARNELUTTI, *Durata della detenzione preventiva e diritto dell'imputato*, in *Rivista di diritto processuale*, I (1946), p. 137.

(110) *Ibidem*, p. 143.

(111) *Ibidem*, p. 139.

(112) *Ibidem*, p. 143.

(113) *Ibidem*, pp. 144-145.

Sul tema, come è ben noto, seguì un intenso dibattito non solo di carattere dottrinale (114), ma anche con l'elaborazione di tesi difensive che provocarono la Corte di Cassazione su lacune normative che mai in precedenza erano state evidenziate.

Come ebbe modo di esprimersi Giuseppe Sabatini con riguardo ad un ricorso presentato nel 1949 alla corte di assise di Bologna nientemeno che da Giacomo Delitala e Alessandro Stoppato (115), l'«acuta tesi della difesa» aveva messo in discussione orientamenti tenacemente ribaditi dalla Corte di Cassazione in attuazione dei principi ispiratori del rito istruttorio regolato dal codice Rocco. Si trattava nella specie di stabilire quale fosse la posizione dell'imputato dopo che era stato prosciolto in istruttoria da un'accusa di omicidio pluriaggravato e se l'efficacia del mandato di cattura originariamente spiccato sussistesse o potesse essere «resuscitata» dalla sentenza di rinvio a giudizio pronunciata dalla Corte di Cassazione in seguito al ricorso del pubblico ministero. Come rilevò il Liebmann in relazione a questo caso che aveva destato considerevole attenzione nell'opinione pubblica, sia l'art. 13 della Costituzione appena entrata in vigore, sia i principi generali enunciati dal Carnelutti in tema di natura ed effetti dell'annullamento di una sentenza e della conseguente pronuncia di rinvio avrebbero dovuto indurre l'assise bolognese ad accogliere le tesi della difesa e ad adottare una soluzione ad essa conforme (116).

(114) Cfr. ad esempio E. BATTAGLINO, *La responsabilità personale dell'imputato e la responsabilità civile del giudice*, in *La Giustizia penale*, XXX (1949), III *Procedura penale*, coll. 210-212; A. BATTAGLIA, *Sulla libertà personale dell'imputato*, in *Riv. pen.*, 19 (1949), I, pp. 173-185; G. BETTIOL, *Sull'umanizzazione del diritto penale*, in *Rivista Italiana di Diritto penale*, II, n.s.(1949), pp. 1-14. Il tema della libertà personale dell'imputato fu al centro del Congresso Nazionale forense del 1949 (*Il secondo Congresso Nazionale Forense. Le mozioni per la procedura penale*, in *La Giustizia Penale*, Parte terza: *Procedura penale*, coll. 189-192).

(115) G. SABATINI, *La custodia preventiva nel giudizio di rinvio a seguito di annullamento di sentenza assolutoria di corte di assise*, Nota a Corte di assise di Bologna, 20 gennaio 1949 (Pres. Nigro, P.M. De Polis (concl. Conf.), Imp. Grande (Avv. Delitala e Stoppato), P. C. Virando (Avv. Caron e Villabruna), in *La Giustizia penale*, XXX (1949), III, *Giurisprudenza delle Magistrature di merito*, coll. 123-126.

(116) E.T. LIEBMAN, *Condizione personale dell'imputato dopo la cassazione della sentenza di proscioglimento*, in *Rivista Italiana di Diritto Penale*, II, n.s. (1949), pp. 42-45.

5. *Il... riscatto della sezione istruttoria.*

Nel sistema istruttorio regolato del codice del 1913, come rilevato più sopra, la sezione d'accusa, costituita da cinque consiglieri di corte d'appello, aveva esercitato una funzione di controllo giurisdizionale sull'istruttoria e di giudizio sui ricorsi avverso le irregolarità o i vizi dell'istruttoria. Il suo ruolo era stato precisato ed enfatizzato durante i lavori preparatori di quel codice dalla giurisprudenza della Corte di cassazione anche contro l'opinione di taluni personaggi illustri (117): la «giurisdizione preventiva» si concentrava e si esauriva nella sezione d'accusa, titolare della somma dei poteri istruttori che offriva le maggiori garanzie alla giurisdizione medesima (118). Secondo il giudice di legittimità, alla sezione non competeva soltanto, a norma del codice, il potere di avocare a sé l'istruzione (art. 448) o di richiederne ampliamenti e approfondimenti, ma anche, nella sua qualità di «regolatrice suprema dell'istruzione», il potere autonomo, «senza uopo che il processo ripassi per la trafila del giudice istruttore e della camera di consiglio», di rinviare a giudizio parti per le quali il giudice istruttore non avesse richiesto il rinvio (119).

Solo nell'imminenza dell'entrata in vigore del nuovo codice, nel 1930, la Corte di Cassazione sembrò voler abbandonare la sezione d'accusa al suo destino. Forse inaspettatamente, l'avvocato Escobedo si vide accolto un ricorso per violazione dell'art. 295 del codice di procedura del 1913 che ai fini della riapertura dell'istruzione richiedeva la sopravvenienza di «di nuove prove» rispetto a quelle rinvenute nell'istruzione chiusa (e non di semplici elementi) avverso una sentenza della sezione che non aveva specificato «per le dovute garanzie» quali fossero le «nuove prove» e non aveva motivato l'esistenza degli «estremi necessari per la riapertura dell'istruzione» (120). La Corte aveva, infatti, ritenuto che la sezione avesse

(117) Mi si consenta di rinviare a C. STORTI STORCHI, *Difensori e diritto di difesa*, cit., pp. 338-339.

(118) 3 ottobre 1906, Pres. Fontana, Relatore Martino, Ric. Verre, parte civile c. Iorio, in *Foro Italiano*, XXXII (1907), coll. 17-19, col. 19.

(119) Cass., Sez. II, 27 settembre 1907, Pres. Gui, Est. Vitelli, Ricc. Filosa e altro (avv. Pansini per ricc.; avv. Pantano per la parte civile), in *La Giustizia penale*, XIV (IV dell s. 2a) (1908), coll. 300-304, in part. col. 303.

(120) Sez. I, 8 febbraio 1930, Pres. Puja, Rel. Gioffredi, P.M. Del Vasto (concl. conf.), Ric. Glorioso (avv. Escobedo), in *La giustizia penale. Rivista critica di*

violato tale articolo con il disporre la riapertura dell'istruzione sulla sola base di un rapporto del giudice istruttore di Termini Imerese, non allegato agli atti, e con la sola motivazione che «il rapporto dà completi nuovi elementi contro Glorioso Domenico».

La sentenza appena segnalata può essere indicata come emblematica dell'inversione di tendenza che la Cassazione dimostrò nel 1930 di pari passo con la declassazione che la sezione d'accusa, divenuta ormai sezione istruttoria, aveva subito nel nuovo sistema del rito penale.

Come già rilevato, nel codice del 1930 alla sezione istruttoria fu riservato un ruolo residuale e fu disciplinata da soli quattro articoli. Aveva competenza esclusiva per le decisioni sulla competenza e per quelle definitive dell'istruzione. Solo la richiesta del procuratore generale (art. 234 c. 2) l'autorizzava, invece, a procedere direttamente all'istruzione tramite un consigliere delegato, con le stesse forme stabilite per l'istruzione formale compiuta dal giudice istruttore (artt. 297 e 388). Giudicava, infine, sull'impugnazione di atti istruttori tassativamente stabiliti (121). Tale riforma si giustificava, come rispose il legislatore alle critiche sollevate da alcuni ordini (122), sia perché l'aboli-

dottrina, giurisprudenza, legislazione, direttore avv. Gennaro Escobedo, vol. XXXVI (VI, s. IV), p. III, *La procedura*, coll. 508-510. Secondo l'art. 295 del 1913: «L'imputato riguardo al quale sia stata chiusa l'istruzione con sentenza che dichiara non doversi procedere, può essere sottoposto a procedimento per il medesimo fatto soltanto quando siano sopravvenute nuove prove a suo carico. [...] Sono considerate nuove prove le deposizioni di nuovi testimoni, i nuovi accertamenti periziali, i documenti o processi verbali che non abbiano potuto essere sottoposti all'esame del giudice, quando valgano ad integrare le prove già esaminate o somministrino nuovi mezzi per la scoperta della verità».

(121) Cfr. sopra testo corrispondente a nt. 32 ss.. A norma dell'art. 234 c. 2: «Il procuratore generale può con provvedimento insindacabile, prima della sentenza che chiude la istruzione formale o prima del decreto di citazione quando si procede con istruzione sommaria, richiamare gli atti e rimettere la istruzione alla sezione istruttoria». A norma dell'art. 387, il procuratore del re poteva impugnare davanti alla sezione le sentenze di proscioglimento del giudice istruttore; contro tali sentenze poteva ricorrere alla sezione anche l'imputato quando di proscioglimento fosse stato deciso per insufficienza di prove e per concessione del perdono giudiziale. Le sentenze di non doversi procedere della sezione erano impugnabili in Cassazione dal procuratore generale.

(122) *Osservazioni e proposte sul progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale*, p. III, articoli 220-407, in *Ministero della giustizia e degli affari di culto, Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IX, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1930, pp. 403-405, 409-418.

zione della giuria popolare rendeva meno rischioso il dibattimento, sia, sotto il profilo terminologico, per la constatazione che già il codice del 1913 aveva utilizzato impropriamente il nome di sezione d'accusa (123). Per quanto concerneva i casi nei quali avrebbe dovuto decidere sulla conclusione dell'istruzione, la sezione doveva limitarsi ad un giudizio di fondatezza dell'accusa promossa dalla pubblica accusa ovvero ad un giudizio sull'idoneità dei risultati dell'istruzione a disporre l'apertura del dibattimento.

Si vede bene come nella struttura del nuovo processo, nel quale unico accusatore era il pubblico ministero, il ruolo di controllo assunto dalla procura avesse in buona parte sostituito l'attività di controllo giurisdizionale della sezione.

Tale ulteriore correzione al codice di rito del 1913 completava, nell'intento del legislatore, il disegno di deprimere il ruolo delle sezioni istruttorie delle corti di appello e di concentrare nelle mani delle procure il controllo sui procedimenti istruttori. Proprio su questo punto, però, le stesse sezioni, in certi momenti e in certe sedi, dimostrarono segni di resistenza, che non sempre furono ostacolati dalla corte di legittimità.

Per quanto riguarda, in primo luogo, la Cassazione, appare considerevole nel 1941 una decisione della solita prima sezione presieduta dall'Aloisi, nella quale, nonostante le conclusioni parzialmente difformi del procuratore generale, i poteri istruttori della sezione — che a norma del codice era stata investita dell'istruzione dal procuratore generale — furono riaffermati a chiare lettere e secondo l'antica terminologia (124).

In secondo luogo, relativamente alle sezioni, occorre rilevare che quantomeno quella napoletana aveva continuato ad interpretare estensivamente le norme del codice (costituite essenzialmente dagli

(123) V. MANZINI, *voce Sezione Istruttoria*, in *nuovo Digesto Italiano*, XII, 1, Torino 1938 (?), pp. 248-252, in part. pp. 248-249, P. TONINI, *La scelta del rito istruttorio*, cit., p. 38.

(124) «Orbene, nello stesso momento processuale in cui il procuratore generale presenta le sue requisitorie chiedendo la chiusura dell'istruzione, il dominio del processo passa alla Sezione istruttoria non solo in relazione agli accertamenti già fatti, ma anche in rapporto alle eventuali lacune, nullità, impugnazioni sulla libertà personale degli imputati, contestazioni circa le misure di sicurezza già inflitte o da infliggere, insomma in rapporto a tutti gli eventuali accertamenti da fare» (Cass., Sez. I, Pres. Aloisi, Rel. Palopoli, P. m. Cordova (concl. parz. difformi), ricc. Falanga e altri, in *La Giustizia penale*, p. IV *La procedura*, 47 (1941), coll. 23-27.

articoli 279 e 371) tanto da costringere la Corte di Cassazione a richiamarla alla necessità di rendere conto analiticamente dei motivi che l'avevano indotta a disporre autonomamente ulteriori accertamenti e nuove indagini (125). La sezione istruttoria di Napoli, ad esempio, aveva sostenuto nel 1946 che i suoi poteri di ordinare i supplementi istruttori e di eseguirli direttamente con i propri consiglieri erano legittimi e fondati su una «giurisprudenza costante e incontrastata» (126).

Il dissenso delle procure nei confronti di tale atteggiamento esplose quando era ormai troppo tardi. Se si sta ai periodici giuridici e per quanto è stato possibile accertare, soltanto nel 1946 fu pubblicata la protesta del procuratore generale contro la sezione istruttoria di Napoli che si era arrogata il potere autonomo di effettuare l'istruzione contro le disposizioni del codice di rito il quale le aveva assegnato soltanto la funzione di decidere sui risultati dell'istruzione.

Sempre sotto la presidenza di Aloisi, la Corte di Cassazione non accolse sotto questo profilo l'impugnazione del procuratore generale, che non sottoscrisse questa parte della sua decisione. Contestualmente la stessa corte avallò, pur ritenendola censurabile, la prassi della sezione napoletana che, dopo aver accolto l'appello del pubblico ministero avverso la sentenza di proscioglimento pronunciata dal giudice istruttore, invece che limitarsi ad ordinare il supplemento di istruzione, aveva disposto direttamente l'assunzione di atti istruttori, ossia l'interrogatorio dell'imputato (127).

Nel frattempo, però, l'art. 12 del D.L. 5 ottobre 1945, n. 679 aveva ampliati i poteri della sezione istruttoria nei procedimenti per reati di competenza della corte d'assise e, a modifica dell'art. 369 del codice Rocco, aveva affidato di nuovo alla sezione istruttoria la funzione di emettere sentenze di rinvio al giudizio per i reati di competenza delle corti d'assise (128). La *ratio* della riforma era stata —

(125) Corte di Cass., Sez. I, 24 luglio 1939; 2 giugno 1941.

(126) Corte di App. Napoli, sez. istrutt., 21 giugno 1946, in *Riv. pen.*, 71 (1946), p. 963.

(127) Cass., Sez. I, 5 giugno 1940, pres. Aloisi, rel. Palopoli, p.m. Cordova (concl. parz. Conf.) ricc. Falana e altri, in *La Giustizia penale*, 47(1941), p. IV *La procedura*, coll. 23-27.

(128) D.L.L. 5 ottobre 1945 n. 679 (*Modificazioni al Codice Penale e al Codice di Procedura penale*), in *Lex*, XXXI, 2 (1945), art. 12: l'art. 369 è sostituito dal seguente: Il giudice istruttore compiuta la istruttoria comunica gli atti al procuratore

come rilevò il Peronaci — «quella di avere, in ogni caso, l'organo giudicante sullo stesso piano di quello requirente, per evitare il pericolo di un giudizio inquinato dal timore reverenziale» (129). Tale riforma si sarebbe fatta interprete delle necessità, già evidenziate in dottrina, «di sottoporre ad un maggior controllo le decisioni istruttorie di rinvio a giudizio per i reati di competenza delle corti d'assise e di evitare ogni contatto tra il giudice istruttore e le corti di assise».

Dopo tale modifica dell'art. 369, la teoria dei poteri assoluti della sezione istruttoria, affermatasi nella vigenza dei codici del 1865 e del 1913 con riguardo alla sezione d'accusa, fu prospettata dalla sezione istruttoria di Napoli in camera di consiglio nel 1946: secondo le sue conclusioni, alla sezione istruttoria così riformata si sarebbe dovuto riconoscere un vero e proprio «potere istruttorio» (e non meramente deliberativo sui risultati dell'istruttoria compiuta dal giudice istruttore) e pertanto il potere «di ordinare anche supplementi di istruzione e di procedere ad essi direttamente attraverso il consigliere delegato, senza far ricorso al giudice istruttore» (130).

Tale atteggiamento della sezione istruttoria napoletana riscosse il pieno consenso del costituzionalista napoletano, avvocato e professore fin dal 1927, Alfonso Tesauro nel primo fascicolo del primo volume del *Foro Penale* da lui voluto e diretto (131). Sul punto intervenne anche quell'Enrico Altavilla che abbiamo citato più sopra (132).

del Regno. Questi se ritiene che la cognizione del reato sia di competenza della Corte di assise trasmette gli atti al Procuratore generale con relazione motivata; in ogni altro caso presenta le sue requisitorie al giudice istruttore, il quale, se ritiene che la cognizione del fatto appartiene alla Corte di Assise, trasmette gli atti al Procuratore generale con relazione motivata. Il Procuratore generale presenta le sue requisitorie alla Sezione istruttoria.

(129) A. PERONACI, *Sguardo d'insieme*, cit., coll. 123-128 con riferimento a VASSALLI e BATTAGLINI, *La nuova legislazione penale*, Milano, Giuffrè, 1946, § 115 ss.

(130) Il 22 giugno 1946, Pres. Bonomo, Rel. Ferraro, P.M. La Marca (diff.) imputato Iorio e altri, in *Il foro penale* I (1946) diretto dall'avv. Alfonso Tesauro, *Giurisprudenza*, coll. 583-593, e in *Riv. pen.*, 71(1946), pp. 963-967.

(131) A. TESAURO, *I poteri della Sezione Istruttoria nei procedimenti per reati di competenza della Corte d'assise*, in *Il foro penale*, I (1946) coll. 584-588 nt. 1. Nato nel 1900, Alfonso Tesauro fu docente di diritto costituzionale dal 1927 e relatore nel 1950 di un disegno di legge costituzionale.

(132) E. ALTAVILLA, *Capacità istruttoria della sezione istruttoria investita per pronunziare sentenza*, in *Riv. pen.*, LXXI (1946), pp. 968-970. Nato nel 1883, fu autore di diversi studi come *I fattori della delinquenza colposa* (1907), *Delitti contro la per-*

La portata della riforma del 1945 fu invece ridimensionata nel 1950 Gian Domenico Pisapia, che richiamò gli interpreti ad una più attenta esegesi dei termini della riforma. La modifica dell'art. 369 sarebbe stata ispirata, infatti, oltre che dai motivi già enunciati, dall'intento di restaurare il sistema processuale del 1913 e di riaffermare il principio generale già fissato dall'art. 265 di quel codice: «la trasmissione degli atti al procuratore della repubblica e la presentazione della requisitoria, da parte di questi, al giudice istruttore costituisce la regola, mentre la trasmissione degli atti alla procura generale, sia che avvenga per iniziativa del p. m., che ad opera del giudice istruttore, rappresenta un'eccezione, giustificata da un apprezzamento di merito in base a cui il pubblico ministero. o il giudice istruttore *ritengono* che il fatto debba essere *giudicato* dalla corte di assise» (133).

La riforma concerneva dunque soltanto questa eccezione e soltanto il caso in cui si trattasse di *cognizione* del reato e non di *istruttoria*. Si era solo agli inizi di un dibattito sul ruolo, sui poteri e sulle funzioni della sezione istruttoria: confronto destinato a proseguire nel tempo (134).

Come possiamo concludere questo discorso? In linea di massima e limitatamente agli aspetti e al periodo esaminati, la Corte di Cassazione, da un lato, non ebbe difficoltà a conformare la propria giurisprudenza ad una limitazione delle facoltà degli imputati e dei loro difensori che essa stessa già aveva sostenuto durante l'applicazione del codice del 1913; dall'altro, pur nei limiti imposti dal codice, non fece mancare il proprio supporto alla sezione istruttoria, nella difesa di attività e prerogative in contrasto con le funzioni e la volontà delle procure.

Quanto agli avvocati che si opposero o avrebbero voluto farlo, non solo per motivi ideologici, alle leggi e alla prassi giudiziaria del «regime», il materiale costituito dalle sentenze di Cassazione non è

sona (1934), *Il delinquente e la legge penale* (1954). L'art. 265 del codice del 1913 recitava: «Il giudice istruttore, compiuta la istruzione formale, comunica gli atti al procuratore del Re. Il procuratore del Re, se ritiene che la cognizione del reato contestato all'imputato negli interrogatori, o per cui fu spedito un mandato rimasto senza effetto, appartenga alla corte di assise, trasmette gli atti al procuratore generale con una relazione motivata. In ogni altro caso presenta le sue requisitorie al giudice istruttore. Il procuratore generale presenta e sue requisitorie alla sezione di accusa».

(133) G.D. PISAPIA, *Sull'interpretazione dell'art. 369 c.p.p.*, in *Il foro penale*, III (1948), p. 4.

(134) G. REGGIO, *Signoria assoluta del «giudizio» sulle sentenze istruttorie*, in *Riv. pen.*, LXXV (1950), pp. 679-685.

sicuramente sufficiente per valutare quanto intenso ed esteso, e se efficace, tale atteggiamento sia stato. Per dirla con il Calamandrei, sarebbe bastata la «particolare sensibilità professionale» che, induce gli avvocati «a reagire contro l'ingiustizia ed a considerare la ribellione all'illegalità come il più elementare dei [loro] doveri», a determinarne la reazione.

Ci fu anche molto di più. Nell'«esperienza giornaliera», «l'esercizio del patrocinio forense è stato un duro tirocinio di coraggio civile e di abnegazione spinta talvolta fino al sacrificio della vita. Assommano a centinaia i processi penali in cui gli avvocati sapevano in anticipo che, se avessero parlato in difesa della libertà, all'uscita dall'aula avrebbero trovato i bastonatori comandati, pronti a sfogarsi in dieci contro il difensore inerme». Si diffuse la moda, in tutte le città italiane, di «dar l'assalto agli studi legali e incendiarli». Non mancò l'«umiliazione» di avvocati convinti che il miglior modo per vincere le cause fosse quello «di aver ragione» e di adottare strategie idonee «con dottrina e con semplicità», che i loro clienti vollero affiancati da, «analfabeti della professione», ma legati al regime, perché convinti che la sola presenza di questi ultimi sarebbe stata sufficiente «ad atterrire e ad asservire il collegio giudicante» (135).

È sintomatico come, nel momento della Liberazione, quell'Altavilla, che abbiamo visto sostenere coraggiosamente una causa persa, si fosse arrischiato, in nome del diritto di difesa e per il salvataggio di una reputazione, a sollevare una questione «impossibile» nel tentativo di mettere alla prova la resistenza del sistema normativo. Del resto, come osservò il Bettiol, era difficile per i liberali mettere a punto strategie utili ad intaccare le strette maglie della legislazione fascista e ad «umanizzare» il sistema penale, in un'epoca nella quale sulla scienza penalistica incombeva ancora, pur nel sorgere di nuove dottrine, la ben risalente contrapposizione di fondo tra orientamento liberale e orientamento positivo (136).

(135) P. CALAMANDREI, *Gli avvocati e la libertà*, in *Corriere della Sera*, 25 agosto 1943, ora in ID., *Utopie di idealisti ingenui? I fondi per il Corriere. Introduzione* di Antonio Padoa Schioppa, Fondazione Corriere della Sera, 2009, in part. pp. 34-40 e rinvio a Padoa Schioppa, per l'inquadramento storico di tali scritti del Calamandrei e per i riferimenti alle fonti e alla bibliografia. In generale cfr. A. MENICONI, *La «maschia avvocatura». Istituzioni e professione forense in epoca fascista (1922-1943)*, Bologna, Il Mulino, 2006.

(136) Proprio con riguardo ad Enrico Altavilla, il Bettiol (*Sull'umanizzazione*

Gli scritti del Nuvolone e del Pisapia, in occasione delle prime timide, ma tempestive riforme ad alcuni aspetti del sistema fascista, rendono conto di quanto fosse irto di ostacoli il tentativo di scalfire il monolitico blocco di legalità al quale il fascismo aveva ancorato la preminenza delle esigenze repressive dello Stato sui diritti individuali: di fronte alla resistenza opposta dallo *stylus iudicandi* della magistratura, occorreano sia un ripensamento complessivo dell'ordine giuridico — e delle singole discipline — sia una riforma capillare e sistematica del sofisticato congegno di legalità, per molti versi tecnicamente inattaccabile, attuato dal regime.

del diritto penale, cit., p. 7) ebbe ad osservare: «Ci sono dei liberali come l'Altavilla i quali da un lato credono ai postulati politici della democrazia mentre dall'altro accettano i postulati "scientifici" del positivismo senza avvedersi del salto veramente mortale che stanno facendo. Liberalismo vuol dire "azione" garantita dal diritto, positivismo vuol dire "pericolosità individuale" esposta ad ogni intervento statale. Ed è negli stati di polizia che le ideologie positivistiche hanno la più sollecita accoglienza in quanto esse sembrano giustificare sul piano scientifico un'esigenza politica: quella dell'eliminazione degli 'indesiderabili'».