

2 ottobre 2008

## Miserie della procedura penale \*

di Franco Cordero

Sessant'anni fa non godeva buona fama. Forse posso concedermi un aneddoto autobiografico. Ho 19 anni, iscritto al secondo della Facoltà torinese: luogo serio; imparo comme il faut varie cose; questa coda dello scibile penalistico viene al quarto anno; da 10 costituisce materia autonoma nella ratio studiorum (prima era un capitolo trascurabile dei «Criminalia», enucleati dallo «ius civile» anno Domini 1509, quando Bologna chiama Ippolito Marsili, vecchio praticone, «ad lecturam quotidianam criminalium»). Il professore, chiaro penalista, la ignora. Quartultimo dei mie esami: vi spendo quattro o cinque giorni; 30 e lode; la cosa peggiore è che li meriti avendo racimolato qualche mezza idea nel deserto intellettuale. Vediamo come mai capitassero cose simili, risalendo al capostipite: «Tractatus de maleficiis» (1286-87, ricomposto 12 anni dopo); l'ha scritto Alberto Gandino, «magnus practicus», giudice itinerante, indi capo d'una famiglia podestarile (i Comuni appaltano la giustizia penale a dei forestieri); è la bibbia del penalista, centone d'una strepitosa memoria libresca e audiovisiva (Accursio figura 167 volte: poi Dino del Mugello, Guido da Suzara, Odofredo, Azzone, e via seguitando: «memini audivisse»; «recordor quod ...»). Tiene banco la procedura. Il diritto penale affiora appena. Ma hanno sorti diverse: la materia minore cresce, arricchita da statuti, commenti, consilia; l'altra subisce una stasi lunga quanto l'epoca inquisitoria, 5 secoli. L'atrofia dipende dal modus procedendi: i tropismi invisibili dell'affare inquisitorio non sono calcolabili; l'arcano ammazza la procedura; le mort saisit le vif; non vale la pena d'occuparsene, mentre i giudizi civili stimolano una ricca teoria. L'eclissi del contraddittorio lascia segni profondi, infatti la materia rimane sterile anche nell'epoca postinquisitoria: vi dicono poco due forbiti penalisti quali Carmignani e Carrara; Nicola Nicolini, napoletano, compone un assai notevole trattato-commentario ma lavora su eleganze umanistiche assaporabili da pochi. Non esiste una procedura penale, constatano Carrara, Stoppato, Lucchini, e séguita a non esistere nel manuale che V. Manzini pubblica cum strepitu, Torino 1912. Subalterna al diritto penale, forma un'appendice tranquillamente ignorabile: i penalisti se ne disinteressano; poco e male insegnata, non trova chi la studi; né sotto l'aspetto vile attira cultori seri. Infine diventa insegnamento autonomo (r.d. 30 settembre 1938 n. 652) ma i residui della lunga catalessi pesano: ci vuol tempo a smaltirli; ancora adesso il discorso medio giurisprudenziale e forense qui appare meno sicuro che nelle materie nobili.

Anche le norme tradiscono ritardi culturali. Il paleo-codice della storia unitaria, 1865, nasce vecchio, dal testo piemontese 1859, ricalcato sul mediocre Code d'instruction criminelle, 1808. Processo a due anime. Una viene dall'Ordonnance criminelle 26 agosto 1670: investito dal procuratore del Re, l'istruttore lavora in segreto; raccolte le prove, gli atti passano al pubblico ministero affinché concluda; una sentenza, collegiale nei casi d'assise, rinvia l'imputato a giudizio o dichiara non luogo a procedere (epilogo precario, essendo riapribile l'istruzione); e l'accusa instaura una mise en scène pubblica. L'inquisizione moderna, ripulita, sfocia nello spettacolo. I commentatori lodavano l'innesto: «on passe de l'obscurité au plein jour»; là un labirinto scritto e segreto, tutto dal côté dell'autorità che reprime, come voleva l'Ordonnance; «ici tout est publicité, débats oraux, libre défense et pleine discussion»; lunghe istruzioni, fascicoli gonfi, dibattimenti parlati, molte letture, qualche gesto; e l'imputato vi guadagna ma la bilancia pende dalla parte dell'istruttore, i cui verbali, letti nel dibattimento spesso sopraffanno le dichiarazioni divergenti rese da imputato o testimoni. Tale il vizio organico del processo cosiddetto bifasico. Il secondo codice nasce sotto l'insegna d'una già declinante belle époque liberale, 27 febbraio 1913 (Giolitti presiede il suo quarto ministero): cosa inaudita, apre spiragli nel segreto istruttorio, ammettendo i difensori ad alcuni atti (esperimenti, ricognizioni, perizie, perquisizioni domiciliari); ma conia un ibrido innaturale configurando le istruzioni

cosiddette sommarie (il pubblico ministero era e resta parte, però istruisce con i poteri del giudice, ad esempio escute i testimoni, indi usa nel dibattimento le prove che ha formato: enorme stortura; la fisiologia processuale richiede tre persone, attore pubblico, imputato, giudice). Il terzo codice (r.d. 19 ottobre 1930), ideologicamente fascista, squadra una procedura ad hoc: l'istruzione ridiventa segreta; resta il pubblico ministero istruttore, enfant gâté del governo; il contraddittorio perde fiato; svanisce ogni nullità non dedotta entro dati termini da chi vi abbia interesse.

Era un ordigno così efferato da richiedere sommessi interventi correttivi nella prassi: e caduto il regime politico del quale è figlio, sopravvive sotto lune politiche diverse; fenomeno curioso; l'inerzia dura dieci anni pieni. La l. 18 giugno 1955 restaura le caute garanzie d'allora, 42 anni dopo: tornano le nullità assolute; i difensori rimettono piede nella fase istruttoria ma è un revival malvisto; la Cassazione, negl'incipienti anni Trenta moderatamente garantista, li esclude dal rito sommario ossia due volte su tre, con argomenti futili, finché la Consulta dichiara invalido l'art. 304-bis, nei termini distorti in cui era inteso. Questa decisione 16 giugno 1965 n. 53 inaugura un lungo lavoro critico. Dio sa quanto bisogno ve ne fosse nel codice d'Alfredo Rocco e Vincenzo Manzini. Chirurgia costituzionale e interventi legislativi erodono il segreto: fa epoca l'ammissione del difensore all'interrogatorio (16 dicembre 1970 n. 190); nei tardi anni Ottanta restano segreti esami testimoniali e confronti. Ambiguo garantismo inquisitorio. Il processo conserva due fasi con altrettante teste. Aveva una linea, reazionaria, e la perde sommersa da microriforme: l'importante sarebbe alleviare il peso delle scritture spostando il baricentro nel dibattimento; l'ingresso dei difensori, invece, muti o quasi, le consolida, accreditando come possibili fonti atti compiuti lontano dal giudice. Passa inosservato un fenomeno importante: varie leggi speciali impongono il rito direttissimo ossia dibattimenti ex abrupto; qui la materia della decisione nasce nell'actus trium personarum (definizione coniata dai glossatori); percezione simultanea, contraddittorio perfetto, tempo processuale continuo. L'intento era repressivo: i compilatori volevano giudizi rapidi ed esemplari; l'esito è un processo accusatorio d'alto rendimento. La prassi confuta un luogo comune dei misonieisti: che da noi quella dialettica virtuosa sia impossibile; res iudicandae non vagliate dall'istruttore producano errori giudiziari; le due fasi garantiscano l'imputato, ecc. Peccato che il legislatore non se ne accorga; e siamo ancora lì; lo stile accusatorio resta nei desideri.

Dopo quasi sessant'anni avevamo bisogno d'un codice nuovo. Come Dio vuole, eccolo dal 24 ottobre 1989. Non è una meraviglia: Manzini aveva compilato 675 articoli in lingua rude; il successore ne dispiega 746 (non conto i tanti interpolati); mette becco dappertutto con la pretesa d'ipotecare ogni atomo del lavoro giudiziario, mentre i legislatori accorti misurano le parole. Ma bene o male dopo 181 anni uscivamo dall'ibrido radicato nel code d'instruction criminelle 1808, e gli ottimisti speravano. Li delude la Corte costituzionale. È regola capitale che le parole raccolte fuori contraddittorio servano al vaglio del dichiarante ma non provino i fatti ivi asseriti. Idea ovvia: niente vieta testimonianze de auditu; parole rievocate diventano materia della decisione. Qui il caso è diverso: le cose dette nello spazio processuale valgono in quanto vi fosse contraddittorio. Perdiamo una verità storica, obietta l'abituato alla gnoseologia inquisitoria, dove i fatti contano comunque risultino, essendo giuridicamente amorfo l'iter decisorio. Lì sta la differenza tra storico e giudice: uno prende i fatti da qualunque fonte; l'altro è legato dalla selezione normativa delle fonti. Perciò l'art. 195, c. 2, vieta d'ascoltare uomini della polizia sul contenuto delle sommarie informazioni. Classico caso d'incompatibilità: tali persone cooperano al lavoro indagante; salterebbe il sistema se, come testimoni, riferissero parole raccolte segretamente. Secondo la Corte, l'esclusione è «irragionevole», sebbene la ratio sia chiarissima (31 gennaio 1992 n. 24), e quattro mesi dopo colpisce l'art. 500, dove nega valore probatorio alle parole rievocate nel dibattimento (3 giugno 1992 n. 255). È già epoca post-accusatoria.

Gli anni seguenti disegnano una linea involutiva. Le indagini preliminari devono stabilire se vi sia materia penale: complicate da garantismi molto adoperabili nel gioco defatigatorio, diventano una torpida istruzione vecchio stile; erano assai meglio i casi giudicati a rito direttissimo trent'anni fa. Processo accusatorio significa oralità, dialettica seria, forme essenziali, tempi stretti, delle quali cose non vediamo nemmeno l'ombra. Il vecchio penalista disputava sul merito, se consti l'asserito reato, quale, come punirlo: le questioni procedurali contavano poco; famosi oratori consideravano un vanto non averne mai sollevate, nemmeno fosse mestiere ignobile. Male, perché la procedura tutela interessi importanti. Siamo caduti nell'estremo opposto, dal rito amorfo al labirinto d'un formalismo tortuoso dove la furberia cavillante trova mille occasioni: il penalista d'antan cercava la vittoria nel merito; oggi fioriscono schermaglie forensi sur place; il capolavoro è salvare l'imputato non difendibile disseminando la via d'ostacoli, finché il tempo divori i reati. Carnelutti la chiamava Cenerentola, una derelitta: mezzo secolo dopo è padrona esosa; procedure perverse eclissano la questione penale. Lo dicono casi famosi: operazioni simili richiedono sostegni normativi; e l'aspetto più triste è il cinismo della manovra con cui la lobby li fornisce. L'abbiamo visto quando veniva comodo stravolgere le impugnazioni abolendo l'appello contro i proscioglimenti: riforma assurda, in spregio al contraddittorio, manifestamente incostituzionale; nasceva morta ma le Camere l'hanno votata. Essere seri è figura obsoleta.

Insomma, dopo sessant'anni la qualità della giustizia penale appare scadente, ma tagliamo corto segnalando tre punti cruciali. Il pubblico ministero agisce in quanto abbia sotto mano materia sufficiente: deve procurarsela; e scaduto un termine, gli artt. 405ss. glielo vietano, irragionevolmente perché i tempi del lavoro utile non sono definibili ex ante: vi sono casi risolvibili ictu oculi, altri richiedono anni, ma i codificatori ragionano come se l'indagante fosse un operaio al tornio; abbia o no raccolto l'occorrente, deve chiudere l'opera entro sei mesi o un anno, secondo le fattispecie. Se gli serve qualche settimana o mese in più, scopra le carte chiedendo una proroga: l'udienza camerale è mondo alla rovescia o nave dei folli (icona ricorrente nella

pittura didascalica cinquecentesca); il disturbato dalle indagini sollecita un «order of prohibition» contro quel ficcanaso e magari l'ottiene. Insindacabili i rifiuti della proroga. Dopo 18 o 24 mesi, cala la mannaia, non essendo più ammesse proroghe. Gli atti tardivi nascono morti, ad esempio, colloqui intercettati, interrogatori, confronti, informazioni, né i relativi contenuti sono rievocabili dagli operatori. Era filosofia berlusconiana ante hominem.

L'argomento, molto importante, pare ignoto ai penalprocessualisti. Formuliamolo così: se la logica delle norme ammetta obblighi caduchi, estinti dalla trasgressione; nel qual caso scatti l'obbligo contrario, d'astenersi dall'atto. Assurdo ma avviene nella procedura penale: il pubblico ministero deve agire (e quindi raccogliere i materiali d'accusa); obbligo disciplinare, nonché penale; scaduto però un termine, l'adempimento risulta illecito o almeno illegittimo, e l'omissione diventa atto dovuto (stiamo parlando del lavoro d'indagine). Nei quadri normativi coerenti i termini rinforzano l'obbligo: non basta adempierlo; la norma esige atti tempestivi; quanto più tarda, tanto meno scusabile è l'inadempiente. Gli artt. 406s. e 414 incrociano categorie incompatibili, obbligo e onere. Quest'ultimo vocabolo significa: l'avvenimento  $x$  è conseguibile attraverso l'atto  $y$ ; se voglio  $x$ , «devo» compiere  $y$ , nel senso apofantico della parola "dovere", al quale corrispondono i verbi "müssen" e "must": enunciati descrittivi, senza timbro deontico, a meno che configuriamo un dovere verso noi stessi; e così James Goldschmidt definisce l'onere; perfetto quando  $x$  sia conseguibile solo attraverso  $y$ ; esistendo vie alternative, l'onereato rischia uno scacco più o meno probabile. Costituisce onere perfetto, ad esempio, l'appello del pubblico ministero inteso alla reformatio in peius: vuole la condanna dell'assolto?; appelli; la decisione non impugnata diventa irrevocabile. Non era un meccanismo applicabile qui. Vediamo cosa combina il legislatore pasticheur: se vuol agire con buone prospettive, l'attore pubblico trovi i materiali d'accusa nei termini; altrimenti chiedi un responso che lo esima dall'obbligo d'agire o formuli un'imputazione suicida (sarà sepolta dal non luogo a procedere); e non indagli più; ogni atto tardivo costituisce abuso. L'art. 3 Cost. presuppone una razionalità immanente nell'ordinamento. Gli artt. 406s. e 414 manomettono l'arnese legislativo cavandone effetti dissonanti.

Come riaprire le indagini sul caso archiviato (art. 414). Avviene tutto de plano dove il pubblico ministero sia maître de son action, nel senso che l'agire dipenda da lui, insindacabilmente: padrone del potere repressivo; e negli anni Ottanta disinvolti riformatori postulano macchine requirenti manovrabili dall'esecutivo (vedono lontano, forse sapendo dei corpora delicti nell'armadio). Fantasie stravaganti finché esista l'art. 112 Cost. L'attore pubblico deve agire. Lo doveva già nel primo codice postunitario (art. 1: «ogni reato dà luogo a un'azione penale»), ma ricorrendo spesso notitiae criminis visibilmente infondate, sarebbe assurdo imbastirvi processi; e i procuratori del Re se ne disfano silenziosamente mandandole all'archivio, donde il nome; sono carte morte, equivalente del francese «classement sans suite»; e c'è il rischio del quietismo abusivo motivato da scelte occulte «pro amico vel contra inimicum». L'art. 179, c. 2, cod. 1913 istituisce un controllo ad opera del giudice istruttore: sono sue le «decisions not to prosecute»; l'organo requirente deve agire o chiedere un decreto che lo sciogla dall'obbligo; nel caso affermativo il giudice constata «non doversi promuovere l'azione». Diciassette anni dopo Alfredo Rocco restaura l'autogestione definendo il criterio: notizia «manifestamente infondata»; allora il procuratore del Re o pretore mandano gli atti all'archivio; procuratore generale e, rispettivamente, procuratore del Re, informati, possono richiederli ed eventualmente «disporre che si proceda», rectius procedono sostituendosi all'inerte (art. 74, comma 3). Dura 13 anni tale regime. L'Italia 1944 è ancora divisa in due quando l'art. 74, commi 3s., torna al meccanismo 1913, meglio ricomposto: chi non vuol agire chiede un decreto che lo esoneri dall'obbligo; nell'ipotesi negativa il giudice formula l'imputazione e istruisce; l'iter culmina nell'atto che fissa l'accusa, aprendo la via del dibattimento, o dichiara «non doversi procedere». Quel decreto non ha niente da spartire con i proscioglimenti: appena sia revocato, l'interlocutore deve muoversi, instaurando il processo, o chiedere un secondo permesso d'azione; allora scatta l'impulso ex officio; qualora invece abbia dei ripensamenti, niente gl'impedisce d'agire, anzi lo deve. È massima pacifica.

Anno Domini 1989 spariscono le istruzioni formale e sommaria: nella struttura tipica il processo nasce dalla richiesta d'un rinvio a giudizio; l'udienza preliminare stabilisce se debba o no esservi un dibattimento; l'ordinanza affermativa enuncia l'accusa; altrimenti una sentenza dichiara non luogo a procedere. La sequela processuale stricto sensu s'è contratta: restano fuori gli atti corrispondenti al procedimento istruttorio d'una volta; e correlativamente muta il criterio delle decisioni «non to prosecute». Presupponevano una certezza negativa del reato: cadute le istruzioni, alle quali bastavano ipotesi non manifestamente false, dileguabili nel proscioglimento, l'imputazione implica una probabilità del reato pari a quella allora richiesta dall'epilogo istruttorio in malam partem; e diventa archiviabile ogni caso in cui manchino materiali «idonei a sostenere l'accusa in giudizio» (art. 125 att.). Diverse anche le forme: erano vicende amorfe, mentre le norme attuali regolano un contraddittorio camerale ogniqualevolta lo richieda l'offeso dall'ipotetico reato o il giudice sia perplesso; se non accoglie la richiesta, l'atto conclusivo esige l'imputazione entro 10 giorni. Siccome la nuova struttura moltiplica i casi archiviabili, era importante regolare il vaglio garantendo gl'interessati. Inoppugnabile il decreto de plano. L'ordinanza è passibile d'un ricorso in cassazione solo rispetto alle nullità del procedimento camerale: accogliendolo, la Corte restituisce gli atti affinché l'udienza sia rinnovata; sul punto se agire o no, il provvedimento risulta insindacabile. Ergo, non ha effetti preclusivi. Avviene tutto fuori del processo.

Conclusione ovvia ma gli artt. 405ss. impongono dei termini all'indagante (contro ogni logica inquisitoria o accusatoria, l'abbiamo visto): ripigliando tout court le indagini, li scavalca; e che corda sensibile tocchi l'argomento nel tortuoso garantismo dei codificatori, consta dall'art. 415, «reato commesso da persone ignote». Iscritta la notizia, nei sei mesi deve chiedere l'archiviazione o il permesso d'indagare ancora: qualora l'asserito ignoto sia individuabile, il giudice lo nomina

ordinando d'iscriverlo; dirlo ignoto era un trucco inteso a sconfinare dai termini, e lui lo sventa. Qui appare una falsa simmetria: il requirente chiede un provvedimento che lo autorizzi a non agire; idem nel caso inverso, quando voglia riesumare l'affare archiviato. Sono ipotesi profondamente diverse: in regime d'azione obbligatoria l'organo inattivo ha bisogno d'un permesso, mentre adempie degli obblighi quando indaga su possibili reati; il relativo potere gli appartiene organicamente. I compilatori scrivevano «indagini», avendo in mente la vecchia riapertura dell'istruzione. Inutile dire quanto differiscano: un conto è rimettere le mani nella res iudicata; altro cercare i materiali d'eventuali imputazioni. Che sgorbio sia questa riapertura delle indagini, risalta nella prospettiva del chiamato a interloquirvi: o l'assenso è dovuto, solo che l'istante prospetti un piano (Cass. 5 febbraio 1991, Ventrilla, «Giur. it.», 1992, II, 602), e siamo sul terreno dei formalismi gratuiti; uno chiede pro forma, l'altro risponde sì, antifona cerimoniosa; o il destinatario s'arroga una supervisione. Ad esempio, risponde: «no, finché i dati esibiti non mi convincano che questa via porti esiti concreti»; e letto così, l'art. 414 viola l'art. 112 Cost.; le indagini sono propedeutiche all'azione obbligatoria; inibendole, alteriamo l'equilibrio dei poteri. Ordini simili erano pensabili nella monarchia assoluta, dove ogni giurisdizione defluisce dal re (infatti, interviene dove, quando, come vuole, anche nominando suoi commissari). Comunque motivati, ripugnano al sistema rifiuti il cui senso paradossale è: «stai quieto; pas trop de zèle». Supponiamo ora che l'organo requirente non abbia chiesto la riapertura o il giudice gliela neghi: l'indagante irrispettoso viola un divieto legale; secondo l'art. 191, gli atti compiuti non valgono (voci captate, informazioni, ricerche coattive: le cose pertinenti al reato scovate dai perquisitori costituiscono prove ammissibili, sarebbe ridicolo dubitarne, ma il verbale non trova posto nel fascicolo né possono testimoniare gli operatori). La stessa conclusione discende dall'art. 407, c. 3; l'abbiamo visto: non sono fruibili nemmeno gli atti tardivi. Valida invece la richiesta del rinvio a giudizio, mancando norme che dicano l'opposto in spregio al sistema. Sarebbe interessante avere sotto gli occhi una casistica dei provvedimenti negativi (pochi, suppongo).

Gl'infortuni legislativi non sono mai innocui. Che le archiviazioni servano solo a controllare i pubblici ministeri inattivi, era ovvio dal lontano 1913 e lo rimane, con qualche variante nei meccanismi, ma al banco forense corrono i cavilli; questo legislatore li alimenta, garrulo, invadente, confuso, pasticheur; moltiplica i commi, assume pose dottorali, declama imparaticci. C'è che il pubblico ministero muti avviso: niente d'abnorme; a caso archiviato, chiede il rinvio a giudizio, omettendo la richiesta d'una riapertura perché non ha atti d'indagine da compiere; s'è convinto d'avere sotto mano quanto basta. Sono ripensamenti piuttosto normali quando mutino le persone fisiche, impersonale essendo l'ufficio. La Cassazione aveva cominciato bene: gli atti compiuti dall'indagante sono «inutilizzabili», ma niente osta all'azione; dov'è scritto che, mancando l'assenso del giudice, sia preclusa? (25 ottobre 1994, Carbone, «Giust. Pen.», 1995, III, 397). Poco dopo interloquisce Corte cost. 19 gennaio 1995 n. 27, in termini da dimenticare: l'art. 414 violerebbe l'art. 24 Cost. se non impedisse l'azione finché un decreto riapra le indagini, ma la preclude. Perché mai, lo spiega una rumorosa petitio principii: l'attore pubblico poteva agire anche nel caso archiviato, adesso no; deve astenersene fino a quando il giudice glielo permetta (quod demonstrandum est); in difetto dell'assenso l'imputazione nasce morta, tale essendo la sorte dell'atto precluso (con argomenti simili Pangloss erudisce Candide nell'omonimo scherzo narrativo voltairiano). Sia detto sommamente, la Corte sbaglia tre volte: piglia sul serio una chicane postulando che archiviazioni non preclusive sminuiscano il diritto alla difesa; fraintende l'art. 414; e prescrive agli operatori una norma che, se esistesse, violerebbe l'art. 111 Cost., c. 7. I punti stravaganti saltano agli occhi. Primo: che la difesa sia «diritto inviolabile in ogni stato e grado», è canone interno al processo; quali effetti abbia l'atto conclusivo, lo stabiliscono scelte normative libere; il non luogo a procedere vale rebus sic stantibus; e se fosse prevista una revisione in peius dei proscioglimenti irrevocabili, idea aberrante, vi sarebbe poco da obiettare in sede costituzionale. Il ne bis in idem non ha radici nella Carta, né qualcuno s'era mai accorto che il vecchio art. 74 violasse diritti fondamentali. Secondo: è altrettanto invisibile l'asserita metamorfosi dell'archiviazione; rimane quel che era, atto privo d'ogni contenuto giurisdizionale, molto diverso dal non luogo a procedere; una esime l'attore pubblico dall'obbligo d'agire; l'altro chiude il processo, nel contraddittorio, soggiacendo alle impugnazioni ordinarie. Diversità capitale: il decreto de plano è inoppugnabile; nel ricorso contro l'ordinanza sono deducibili solo nullità ex art. 127, c. 5. Qualcuno crede d'avere scoperto la chiave nell'art. 345, c. 1, contemplante archiviazione, non luogo a procedere, proscioglimento: mancando la querela o simili presupposti, i tre epiloghi non impediscono un séguito sull'identico fatto, contro la stessa persona, purché sopravvengano i requisiti della procedibilità; dunque, ha effetti preclusivi l'atto che archivia; se no, perché nominarlo? Ai miei tempi bastava un dito a rimuovere argomenti simili. Il massimo congetturabile è che i compilatori ne fossero convinti. Bene: qualunque cosa possano avere pensato, sono opinioni più o meno stimabili, da relegare nella storia aneddotica dei lavori preparatori. Gli autori del codice Rocco credevano che la querela fosse condizione della pena: l'idea trapela da un "nondimeno" nell'art. 158 c.p., c. 2, a proposito del dies a quo della prescrizione; ma nessun intenditore ha mai confuso i due regimi, nel senso, ad esempio, che mancando la querela e constando i presupposti d'una formula assolutoria nel merito, prevalga quest'ultima. Il codice non va letto come esploriamo i testamenti, cercando l'interno psichico: le leggi sono testo da intendere secondo criteri obiettivi; quando poi compongano una grossa macchina sintattica, tali essendo i codici, il sistema determina i significati normativi; dove manchino formule chiare, dobbiamo estrarli col forcipe. Ora, è idea lunatica che costituiscano giurisdizione atti compiuti fuori del processo, talvolta de plano, mai impugnabili nel merito. L'offeso non ha strumenti con cui difendersi: chiesta la riapertura, l'ipotetico rifiuto sarebbe insindacabile, comunque motivato, a parte forse e non vi conterei troppo, un conflitto cosiddetto analogo, ex art. 28, c. 2 (sotto il vecchio codice capitava quando il giudice negasse l'istruzione formale

sul caso archiviato: chiamata dal pubblico ministero, la Corte rompeva lo stallo biasimando l'ignorante ostruzionista; e gli spiegava come quel suo decreto non avesse effetti preclusivi).

Siamo al clou. L'art. 414 non richiede lumi particolari dall'interprete: se cerca altro materiale («nuove investigazioni»), il pubblico ministero chieda un permesso, in difetto del quale l'atto riesce abusivo (effetto anomalo, l'abbiamo visto, ma qui esiste la norma); niente però gli vieta d'agire; formulata l'imputazione, l'udienza preliminare dirà se vi sia materia d'accuse sostenibili (art. 125 att.); nell'ipotesi negativa, non luogo a procedere. Talvolta mancano i presupposti materiali della riapertura non essendovi niente su cui indagare: il fascicolo contiene quanto basta; ed esistono archiviazioni motivate in iure sul presupposto, apparso falso o dubbio, d'un avvenimento penalmente neutro. L'azione è affare dell'attore pubblico: nessun giudice può inibirgliela; se dissente sulla diagnosi penale, risponda con una sentenza, impugnabile nei soliti modi. Sono discorsi elementari: l'espositore educato non v'insiste, temendo d'offendere i lettori, e forse sbaglia perché gli argomenti cattivi espellono i buoni, come le monete. Sappiamo gl'infelici termini in cui Monte Cavallo ha interloquito in materia. La Cassazione aveva sotto mano argomenti forti con cui difendere lo zoccolo duro della procedura. Nei repertori solo due volte ribadisce l'ovvia conclusione che la mancata riapertura implichi l'«inutilizzabilità» degli atti d'indagine ma non osti alla richiesta d'un rinvio a giudizio, né causi nullità. Prendono piede discorsi ossequiosi: finché non sia rimossa dalla riapertura delle indagini, l'archiviazione impedisce al pubblico ministero d'agire; manca un (immaginario) requisito della procedibilità; dunque ne bis in idem, sebbene il caso «non rientri specificamente nell'art. 649, c. 1»; l'hanno detto dei supergiudici; vero o no, l'obiter dictum è dogma. La sintassi offesa si vendica costringendo chi l'ha manomessa a verbosi nonsense: davvero il pubblico ministero sarebbe oberato d'un lavoro enorme se d'ogni notizia criminis dovesse verificare che non sia già archiviata altrove?; è «giuridicamente azzardato supporlo»; prima d'esclamare paradossi, bisogna «fare i conti con le regole procedurali»; se le studino gli obiettori e scopriranno come, «lungi dall'essere vagante», tale preclusione tocchi solo l'ufficio de quo; «invero la preclusione postula l'esaurimento del potere a causa dell'avvenuto esercizio o del compimento d'un atto incompatibile», sicché «deve ritenersi operante, secondo autorevole dottrina», Dio sa quale, «ove il limite all'esercizio medesimo venga disposto dalla disciplina legale o sia comunque ricavabile dall'ordinamento processuale in ragione d'un corretto e ordinato svolgimento» (Cass. 18 settembre 1996, «Cass. pen.», 1997, 2117, 1204). Frasi ipnotiche: inducono al sonno le musiche verbali fluide con tante parole crescenti e connettivi vaghi; nessuna preclusione, dunque, nelle altre sedi, sul medesimo fatto, attribuito alla stessa persona, il tutto sulla base d'un sedicente teorema. Dov'è la norma? Tali logomachie ricordano i tè del Cappellaio matto raccontati dal reverendo Lewis Carroll. Lo notavo nella fin de siècle aggiornando la «Procedura», poi tra arena forense e banchi parlamentari è esplosa una loquela proterva, furba, tortuosa, spesso ignorante.

Discorso lungo ma valeva la pena condurlo perché definisce anche il secondo dei punti cruciali. È chiaro dove punti una larga corrente d'opinione o meglio d'interessi: vogliono un pubblico ministero soggetto al potere esecutivo; e che l'azione non sia più obbligatoria. A quel punto la res iudicanda penale diventa disponibile: nulla poena sine iudicio; quando sia padrone della macchina giudiziaria, l'homme du roi lo è anche della norma penale, con uno sbalorditivo salto indietro; nell'ancien régime Sua Maestà sottrae chi vuole alla giurisdizione. Detto in due parole, l'art. 112 non è amputabile dalla Carta, salvo che se la riscriva tutta un Re Sole attraverso maggioranze servili.

Anche sul terzo punto fiorisce una procedura perversa: la chicane qui consiste nell'escludere le prove d'accusa puntando su precedenti illegittimi o illeciti nella catena causale da cui viene l'atto acquisitivo. Ad esempio, sia fortunato o ricco d'intuito medianico, l'indagante dispone una perquisizione non avendo «fondato motivo di ritenere» che lì esistano cose pertinenti al reato, e ne scova d'enormi: tamquam non sint, obietta il difensore tirando in ballo l'art. 191; la privacy non era violabile; l'albero avvelenato dà frutti velenosi et similia. Qui basta un'elementare sintassi: se la prova sia o no ammissibile, lo dicono norme processuali; nella fattispecie l'art. 253 prescrive il sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti allo stesso, comunque rinvenuti, salva l'eventuale responsabilità del cercatore; l'unico divieto istruttorio codificato ricorre nell'art. 103, c. 2 (carte o documenti relativi all'oggetto della difesa, presso difensori, consulenti, investigatori privati, salvo che costituiscano corpo del reato). In tempo d'eloquio enfatico la logica ha meno corso ma resta un'arma raccomandabile.

\* Relazione al Convegno di questa Rivista svoltosi ad Ascoli Piceno il 14-15 marzo 2008, pubblicata in versione definitiva in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.