

FRANCESCO CARNELÙTTI

QUESTIONI
SUL
PROCESSO PENALE



FICHADO

BOLOGNA

DOTT. CESARE ZUFFI - EDITORE

1950

HELIO IVO A. DORIA

// diritto; e, più tardi, nelle *Lezioni di diritto penale*; e dopo, ancora, nella nuova edizione della *Teoria*, dove, finalmente, la sintesi si comincia a delineare: chi confronti la seconda edizione con la prima e ancor più, quanto alla teoria dell'atto, con la *Teoria generale del reato*, s'accorgerà che non v'è più un trasferimento di concetti civilistici nel campo penale e neppure uno scambio tra un campo e l'altro, ma un apporto dall'uno e dall'altro a un piano veramente superiore.

Questa, se non m'inganno, è la strada per far avanzare a un tempo la scienza del processo in generale e la scienza del processo penale in particolare. Cenerentola è una buona sorella, alla quale non passa per il capo di levarsi dal suo cantuccio per confinare le altre al posto suo; non è dunque una pretesa di superiorità, che essa opponga alle scienze contigue, ma un'affermazione di parità, solamente. Al postutto, dal modo come si sono delineati sinora i rapporti tra i due processi, anzi tra i due diritti, civile e penale, ne emerge nettamente l'opposizione; e l'opposizione si risolve nell'uguaglianza. Niuna delle due scienze deve vivere a spese dell'altra; piuttosto l'una e l'altra si debbono rendere mutui servigi. Se lo studio del processo penale ha contratto certi debiti verso la scienza processuale civile, presto sarà in grado di pagarli ad usura. Né la teoria generale del processo può prescindere dai contributi della coltivazione di quel territorio del processo penale, che presenta, già al primo sguardo, una incomparabile fecondità. A tal fine una preparazione civilistica è preziosa ma piuttosto che a capire ciò che il processo penale è, serve a capire ciò che esso non è.

A quest'opera vorrei dedicare gli ultimi anni della mia vita. Vecchio però, ormai, come sono, può darsi che tutto si riduca, da parte mia, ad uno squillo per chiamare i volonterosi all'adunata. Ma non fosse che un'invocazione dell'inesauribile genio italiano affinché risorga, come in ogni altro settore del pensiero, anche in questo, già sacro alla memoria di Cesare Beccaria e dei suoi generosi compagni, non sarà gettata al vento. Le condizioni nostre, forse, non sono molto dissimili da allora. Anche oggi il corpo dell'Italia, come allora, è prostrato e piagato. Ma è bastato, allora, un piccolo libro affinché il pensiero italiano balzi, ancora una volta, sulle vie della civiltà, alla testa del mondo.

PER UNA TEORIA GENERALE DEL PROCESSO (*)

(*) Questo scritto fu pubblicato in lingua spagnuola nella *Revista de derecho procesal* (Argentina), 1948, I. 1.

1. Teoria generale del processo. - 2. Processo penale, civile, amministrativo. - 3. Distinzione tra diritto e processo civile o penale. - 4. Apparenti analogie tra processo penale e civile. - 5. Necessità di approfondire la ricerca della differenza funzionale tra di essi. - 6. Necessità di pareggiare il livello della conoscenza scientifica dei due processi. - 7. Insufficienza reciproca delle due conoscenze. - 8. Comparazione tra processo civile e processo penale come metodo per la costruzione della teoria generale.

1. - La prima ragione della impressione favorevole, che provai, quando, poco più di un anno fa, mi giunse tra mano la *Rivista de derecho procesal*, pubblicata a Buenos Aires e diretta da Ugo Alsina, fu il suo titolo, dove non è posto alcun limite allo studio del diritto processuale. Sebbene il modello italiano, al tempo della sua fondazione, fosse la nostra *Rivista di diritto processuale civile*, i miei amici americani ebbero l'ardimento di dedicare il loro sforzo scientifico non tanto al processo civile quanto insieme al processo penale, anzi, più largamente, al processo di ogni specie. Si coglie in codesto proposito un segno dell'impeto giovanile della scienza processuale nell'America latina e, a un tempo, un auspicio dei suoi destini.

Naturalmente il risultato di una investigazione estesa a tutte le forme del processo non può essere che una teoria generale del processo non già accanto ma sopra le teorie particolari, compendosi così armoniosamente l'edificio scientifico sul terreno del diritto processuale: alla stessa guisa in cui la teoria del processo civile di cognizione e del processo civile di esecuzione si fondono, a un certo punto della storia del pensiero giuridico, nella teoria generale del processo civile, le teorie generali del processo civile, penale e amministrativo si combinano, a loro volta, nella più generale teoria del processo, depurato da ogni aggettivo.

Nel momento in cui i miei amici americani si apprestano a questo coraggioso lavoro, chiedo il permesso, in qualità di giurista doppiamente vecchio, per la mia nazionalità e per la mia età, di offrire a loro alcuni consigli affinché il risultato possa essere più felicemente conseguito.

2. - In ultima analisi, le forme fondamentali del processo si riducono a due: *civile e penale*.

Secondo le formule correnti, in verità, sembrano tre in luogo di due: io stesso ho collocato, tempo fa, il processo *amministrativo* accanto al processo *penale* o *civile*. Conviene però stabilire, anzitutto, il significato preciso di codesti aggettivi.

Precisamente perché anche nel nostro campo, direi anzi soprattutto nel nostro campo soffriamo per la povertà del linguaggio (e basta pensare all'assurdo del contenere il mondo in un vocabolario!), una stessa parola si adopera per significare diverse cose. Una fra tali parole a doppio uso, nel settore giuridico del linguaggio, è appunto l'aggettivo « civile »: quando, ad esempio, il civile si oppone al commerciale, ha un significato meno ampio di quando si oppone, invece, al penale; nella prima ipotesi denota un diritto, che non è né commerciale né penale, mentre nella scuola esclude soltanto il penale ma include il commerciale.

Pertanto se il processo civile può e deve opporsi, da un certo profilo, al processo amministrativo, deve invece unirsi a quest'ultimo per opporre l'uno e l'altro al processo penale. In diverse parole anche il processo amministrativo deve essere considerato come civile in contrapposto al processo penale.

La questione, dopo ciò, sta nel sapere qual sia la più profonda delle due distinzioni, tra il civile e l'amministrativo o tra il civile e il penale.

3. - Vi sono certo differenze anche tra processo civile e processo amministrativo. Quelle che si scorgono in superficie sono naturalmente differenze di struttura, ma il problema della struttura è dominato dal problema della funzione; ora il carattere funzionale del processo amministrativo concerne la natura pubblica della materia, sulla quale il giudice lavora. Perciò la distinzione dei due processi si fonda sull'antica differenza tra *ius publicum* e *ius privatum*, almeno nel senso che se può essere materia del processo civile anche un rapporto di

diritto pubblico, reciprocamente non si può, invece, decidere con il processo amministrativo intorno a un rapporto di diritto privato.

Ora io non oserò dire che codesta opposizione abbia perduto o almeno vada perdendo la sua importanza; stimo tuttavia che, e non solo sotto il profilo del processo, la distinzione fondamentale per lo studio del diritto riguardi la diversa opposizione del civile al penale; ciò perché, mentre la prima riguarda il mezzo, la seconda emerge dal fine del diritto. Finora come il diritto penale fu considerato materia meno nobile per lo studio scientifico, neppure la sua differenza in confronto con il diritto civile riuscì ad essere vivamente illuminata.

Conviene a questo proposito risalire alle origini del diritto. Il che oggi è certamente meno difficile che ieri, poiché la fortuna riservò ai giuristi della mia età il doloroso privilegio di poter contemplare gli sforzi del mondo per generare la specie superiore del diritto, la quale, meglio che *internazionale*, dovrebbe chiamarsi *supernazionale*. Il presupposto sociale del diritto è la guerra. Solamente per combattere la guerra si forma il diritto. Se il blasone del diritto avesse bisogno di una leggenda, questa potrebbe essere: *guerra alla guerra*.

Perciò, anzitutto, il primato storico appartiene al diritto penale. Quando il diritto nasce, nasce come diritto penale. Non possiamo dire che a Norimberga il diritto supernazionale sia veramente nato; però, quando nascerà, un processo penale sarà la sua culla. Il primato storico è naturalmente il riflesso del primato logico: la prima maniera per combattere la guerra è proibirla. Ora la guerra proibita si chiama *delitto*. Soltanto perché i delitti individuali hanno perduto, lungo il corso dei secoli, il loro carattere originario, noi pensiamo che non ci sia guerra se non tra i popoli. Peraltro ciò che chiamiamo guerra non è più che un assassinio e un ladrocinio collettivo e, d'altra parte, ciò che si chiama omicidio o furto non è che guerra individuale.

Purtroppo, al fine di combattere la guerra non basta proibirla. La guerra, all'origine, non serve solo per svolgere ma anche per limitare l'egoismo dell'uomo; la fa non solamente il ricco, quando vuole accrescere la sua ricchezza, ma pure il povero, che ha bisogno di trovar rimedio alla sua povertà. La guerra, nella sua origine, costituisce, in altri termini, il mezzo del *connubium* e del *commercium*. Ora, per escluderla, così il *connubium* come il *commercium* deve essere in altro modo garantito. Gli uomini non rubano né le donne né i buoi per rubare, sibbene per formare la loro famiglia o la loro casa. In luogo della guerra deve, quindi, permettersi un altro mezzo del *connubium*

o del *commercium*, altrimenti la sua proibizione non sarebbe efficace. A chi ha bisogno del cibo, che non possiede, non si può proibire di rubarlo se non gli si permette di comprarlo. La prima funzione della compravendita è quella di essere un surrogato del furto. Contratto e delitto appaiono, pertanto, come testa e croce della medesima moneta.

Lo stesso si può dire del diritto penale e del diritto civile. Mentre il primo espelle la guerra, il secondo stabilisce le condizioni necessarie affinché gli uomini possano vivere senza farla. La complementarità del civile e del penale costituisce uno dei fondamenti del diritto. Perciò non vi è altra distinzione più profonda nella massa delle leggi, dei fatti e dei giudizi giuridici. La opposizione del diritto come del processo penale e civile, in quanto attiene alla ragione medesima del diritto e del processo, deve dominare il nostro studio. Così si profila il primo principio metodologico per la costruzione di una teoria generale del processo.

4. - Impostata sopra tale principio la teoria generale deve tener conto, anzitutto, di ciò che i due processi hanno di comune e di diverso: *genus commune* e *differentia specifica*.

Vi è così nell'uno come nell'altro caso un *giudizio*. Perciò non possono mancare nell'uno e nell'altro i due elementi essenziali del giudizio: materia e strumento, ossia *res iudicanda* e *res iudicans*, secondo le formule, derivate dall'antica *res iudicata*, che adottai nelle *Lezioni sul processo penale* per indicare il complesso delle persone e delle cose, che formano la materia e lo strumento del processo.

Ora, a prima vista s'impone l'analogia materiale e strumentale tra le due forme diverse e pertanto sembra che la costruzione di una teoria generale non debba incontrare grandi difficoltà. Per quanto mi riguarda, appartengono a codesta visione di superficie due studi rispettivamente dedicati al lato materiale e al lato strumentale della teoria: il primo, in polemica con il penalista Paoli e con il civilista Invrea per sostenere la identità di contenuto tra il processo civile e il processo penale; il secondo⁽¹⁾ in contrasto con un eminente scrittore della scuola penale positiva, Eugenio Florian, per accentuare la identità della prova civile con la prova penale. In genere si può ritenere che la maggioranza dei processualisti sia incline a una considerazione ottimistica intorno alla costruzione di una teoria generale; l'ottimismo che particolarmente si mostra in quanto tale costruzione si concepisca semplicemente come una estensione dei principî fondamentali del diritto processuale civile al diritto del processo penale.

(1) - *Lezioni*, vol. I, p. 97

5. - Fortunatamente le mie idee relative alla materia dei due processi non si sono limitate al tentativo di applicare anche al processo penale il concetto di lite. Una differenza essenziale già si nota su codesto punto tra il *Sistema* e le *Istituzioni*, dove la distanza dal civile al penale sotto l'aspetto del contenuto comincia a profilarsi. Però nelle *Istituzioni* codesto tema è tuttora trattato oscuramente e confusamente. Ciò che allora io non seppi ottenere fu la purificazione del contenuto meramente penale del processo penale, vale a dire la distinzione tra il suo contenuto veramente penale e il contenuto civile, che indivisibilmente si associa al primo. Conviene arrivare, da ultimo, alle *Lezioni sul processo penale* per trovare, finalmente, un poco di chiarezza a tal proposito.

Ciò che ora mi apparisce chiaro è che, senza dubbio, anche il processo penale come, d'altronde, il processo civile, contiene una lite, i cui soggetti sono l'imputato e la parte lesa; codesto però non è il suo contenuto proprio, il quale non riguarda il problema della restituzione e del risarcimento, che l'offensore deve all'offeso, sibbene la restituzione, che il colpevole deve a sè medesimo. In *rerum natura* codesto contenuto meramente penale del processo non esiste; il suo isolamento dal contenuto civile costituisce il risultato di un'analisi, la quale può essere paragonata a una preparazione anatomica del corpo animale; tuttavia la sua esistenza *in vitro* è sufficiente e riconoscere la differenza di natura dei due processi: in effetto, il processo penale contiene un elemento, che non risulta dall'analisi del processo civile. Si direbbe, con i termini della chimica, che in luogo di un corpo semplice, com'è il processo civile, il penale è un corpo composto. Ora se non ci si rende conto dell'ossigeno che contiene, oltre l'azoto, non si può conoscere l'aria.

Qui non ho intenzione di proseguire la ricerca per trovare la differenza precisa tra i due processi, ma solo di invitare a proseguirla avvertendo che il suo approfondimento costituisce la prima indispensabile premessa della teoria generale, che si tratta di costruire. Fino a che tale differenza si continui a osservare superficialmente, la teoria generale sarà fondata sull'arena; è necessario svolgere tutta la forza del contrasto tra *proprietà* e *libertà* o, ancora più in fondo, tra *avere* ed *essere* al fine di scoprire, sotto l'arena, la roccia che può sostenere l'edificio.

6. - Quando la differenza funzionale tra le due specie del processo sia definita in profondità, naturalmente si mostreranno sotto una luce

nuova le differenze di struttura sia quanto agli elementi (statica processuale), sia quanto ai rapporti (cinematica processuale) sia, da ultimo, quanto agli atti (meccanica processuale).

Io vorrei, senza pretendere di insegnar nulla a nessuno, almeno offrire a chi abbia proposito di dedicarsi a codesto alto lavoro, il contributo di alcune esperienze, il cui interesse può essere dovuto all'origine civilistica della mia cultura di giurista e, in particolare, di studioso del processo. Una origine, tuttavia, che non giustifica il sospetto del mio passaggio alla cattedra del diritto e, più tardi, del processo penale, per ragioni di opportunità. Vi furono, certamente, opportunità, che hanno favorito codesto mutamento; comunque, la sua ragione efficiente fu non solo una antica inclinazione, ma più la profonda trasformazione, che ha operato nel mio spirito la grazia di Dio. E se il non essere succeduto a Chiovenda nella sua cattedra romana fosse, il che io non credo, quella ingiustizia, alla quale ha alluso Niceto Alcalá Zamora, nel suo ultimo articolo sulla *Revista de derecho procesal*, nessuna occasione sarebbe più significativa per insegnare la prudenza e la pazienza del giudizio, posto che la pretesa ingiustizia si è convertita nella maggiore fortuna della mia vita di giurista.

La fortuna è stata, quanto alla teoria generale del processo, nel farmi vedere che codesta opera non potrà essere degnamente compiuta fino a che la scienza del processo civile e quella del processo penale non siano pervenute al medesimo livello. La indiscutibile inferiorità della seconda in confronto con la prima non costituisce un danno soltanto per il processo penale ma pure per il processo civile in quanto impedisce i contributi, di cui la teoria generale ha bisogno non solamente da una ma altresì dall'altra parte. Ciò, che un impetuoso penalista italiano ha chiamato pancivilismo, non pregiudica solamente la scienza del diritto penale ma, nella medesima misura, la scienza del diritto civile. La situazione di privilegio occupata da quest'ultima, se si spiega storicamente con la cecità degli uomini, i quali badano molto più all'avere che all'essere, non corrisponde in prima linea ai loro medesimi interessi. Soltanto una illusione può permetterci di credere che i penalisti abbiano bisogno dell'aiuto dei civilisti più che costoro abbiano bisogno dell'aiuto di quelli. Alligna certo anche sul terreno della scienza del diritto la mala semente della superbia; però la pianta che nasce da codesta semente si chiama zizzania e non grano. Dall'esser modesta la scienza del diritto civile, materiale o processuale, non può trarre che vantaggio.

7. - La prima esperienza che la mia vita di giurista, lunga e vagabonda, mi ha procurato intorno a ciò, si riferisce, meglio che alla teoria generale del processo, alla teoria generale dell'atto giuridico, ossia alla teoria generale della dinamica e, più esattamente ancora, della meccanica del diritto. Pure in codesto settore i civilisti e i penalisti, lavorando ciascuno per proprio conto, hanno riprodotto lo scandalo della torre di Babele. I primi, tedeschi quasi tutti, disegnarono la figura del *negozio giuridico* e i secondi, in prevalenza italiani, la figura del *reato* senza avvertire affatto che corre tra i due concetti la medesima parentela che tra Abele e Caino; né si potrebbe comprendere Abele senza Caino come Caino senza Abele; né i civilisti, tra le altre cose, sospettarono la utilità, che poteva procurar loro per la conoscenza del negozio, nel suo elemento fisiologico, la ricerca intorno alla azione e all'evento punibile, né i penalisti si resero conto della chiarezza, che al concetto del reato potrebbe arrecare la teoria giuridica della *causa negotii*, ossia del fine dell'atto. La mia *Teoria generale del reato*, che fu e naturalmente non poteva non essere accolta con scarsa simpatia dagli uni e dagli altri, non ebbe in realtà il fine di insegnare ai cultori del diritto penale ciò che è il reato quanto di aprir gli occhi ai civilisti sulla necessità di conoscerlo per conoscere il negozio, il che non costituisce se non un aspetto della più generale necessità di sapere ciò che una cosa non è per sapere ciò che essa è. Per mio conto quando, più tardi, mi avventurai a delineare una *Teoria generale del diritto*, ho avuto la misura degli apporti che lo studio del diritto penale offre a codesto lavoro.

Conviene soggiungere che nulla di diverso può accadere nel campo del processo civile? Al pari del reato e del negozio, il processo penale e il processo civile sono due opposti; e la filosofia insegna o dovrebbe insegnare che soltanto gli opposti sono uguali. Qualsiasi pretesa di superiorità o di autosufficienza della scienza processuale civile è ingiustificata e ingiustificabile. Pertanto il mio orgoglio di giusprocessualista civile, quando mi apprestai a uno studio serio del processo penale, doveva soffrire e sofferse molte e dolorose umiliazioni. Chi ponga attenzione al contenuto dei volumi, pubblicati finora, delle mie *Lezioni sul processo penale* potrà avvertire la distanza, che le separa dai miei primi studi comparativi dei due tipi di processo: allora il cultore della scienza processuale civile si limitava a guardare da lontano il campo opposto rimanendo sul proprio territorio. Adesso, senza dimenticare quello che ha potuto vedere dalla sua parte, è passato

all'altro campo e considera il processo civile con occhio di penalista come considerò con sguardo da civilista il processo penale.

8. - Dopo di che spero che nessuno possa equivocare intorno alla posizione metodologica, che mi permetto di consigliare.

A prescindere dal modo di concepire le differenze tra le due specie del diritto e del processo, penale o civile, tali differenze qui sono state delineate in vista di un fine non tanto diverso quanto opposto a quello dei penalisti quando fecero una accoglienza ostile ai miei primi studi comparativi. Altro è avvertire le differenze, altro affermare la incomparabilità del civile e del penale. Il magnifico isolamento non è una posizione sostenibile né per i penalisti né per chiunque voglia coltivare qualunque altra scienza, dentro o fuori dal diritto. Non c'è un lavoratore, il quale non abbia bisogno del lavoro degli altri, a questo mondo.

Non contro la comparazione ma contro il mimetismo civilistico possono e debbono reagire gli studiosi del diritto, e specialmente del processo penale; ma l'ammonimento si dirige più che agli altri a loro medesimi. Si trovano certamente, nella teoria civilistica del processo, la cui elaborazione è molto più avanzata che quella del processo penale, una quantità di concetti che sembrano adattarsi anche al penale; e approfittare del lavoro già compiuto è, senza dubbio, una comodità tentatrice. Tale è il pericolo per la scienza del processo penale come per la teoria generale del processo e, del resto, anche per la scienza del processo civile, che ha bisogno della comparazione non meno che la sua sorella. Non dubito che le incaute applicazioni, che si fecero finora al processo penale, dei concetti di parte, di azione, di giurisdizione, di esecuzione e di molti altri, come furono formulati dai civilisti, finiscano per recar danno alla evoluzione dell'una e dell'altra di queste scienze gemelle. Si è accreditata così una illusione o, più duramente, una falsificazione della teoria generale attribuendo alla civilistica credenziali di rappresentante della teoria generale, che né i civilisti né i penalisti hanno autorità di rilasciare.

La conclusione di queste riflessioni è che una teoria generale del processo non si potrà costruire se non con la collaborazione perfettamente paritaria dei lavoratori dei due campi e, perciò, con la rinuncia della scienza processuale civile a qualsiasi diritto di primogenitura. A parte le ragioni, poco onorevoli per l'umanità, del suo avanzamento in confronto con la sorella, la maggiore età determina ob-

blighi piuttosto che diritti verso la gioventù; e il primo obbligo dei civilisti a proposito della teoria generale è di rivedere i loro dogmi per adattarli a comprendere un dato, del quale soltanto una metà, e non la più importante, è racchiusa entro i confini del processo civile.