

Marcello Maddalena*

Cordero: il giurista

Abstract: The paper describes the profile of Franco Cordero as jurist through a personal reconstruction of the memories of Marcello Maddalena (a former student of Cordero's), by valuing his rich intellectual profile.

Parole chiave: Franco Cordero, legal science, evidence, procedure, justice.

1. Dico subito che, se qualcuno si aspetta che io sia in grado di illustrare compiutamente il pensiero di Franco Cordero come 'giurista', si sbaglia di grosso. Perché lo spazio, anzi gli spazi, che Franco Cordero ha occupato, anche solo come 'giurista', sono stati talmente vasti da sconfinare nell'infinito. Perché per Franco Cordero non c'erano limiti. Non c'erano limiti non solo e non tanto al virtuosismo giuridico (lo consideravo un Paganini del diritto; ma sotto altri profili lo avrei accostato a Wagner) quanto alla profondità dell'analisi e alla genialità (talora financo eccessiva) delle soluzioni. Non per nulla, ad un certo punto, ha ritenuto di dover uscire non solo dal campo della procedura penale, ma anche dello stesso diritto, per cimentarsi in quello della letteratura, della filosofia, della religione, dell'etica, per finire addirittura in quello della politica. Dovunque lasciando la sua impronta di uomo e spirito libero e indipendente, non intrupabile, non inquadrabile, non 'conformabile'. Da nessuno.

2. Il primo approccio con Franco Cordero io lo ho avuto quando, agli inizi degli anni 60 (credo proprio nell'anno 1960), il prof. Conso, assegnandomi una tesi sulle cause estintive del reato nel loro momento processuale, mi indicò un libro da leggere prima di ogni altro e sostanzialmente da tenere financo sul comodino come faceva (una volta) il prete con il libro dei Vangeli. Quel libro era: *Contributo allo studio dell'amnistia nel processo* di Franco Cordero, edito nel 1957.

Non so se qualcuno di voi lo ha letto e lo ha letto fino in fondo (134 pagine). Per uno studente di venti anni, una lettura terribile! Anche perché talmente intriso di dottrina e di sapere in ogni settore dello scibile giuridico che per leggerlo e capirlo bisognava armarsi di dizionari, non solo della lingua italiana, ma anche di quelli del latino, del greco, del francese, dell'inglese e soprattutto del tedesco. Fatto sta che un povero ignaro studente come il sottoscritto, affrontando quel testo, si ritrovò come l'uccellino tra gli artigli del falco o il povero Don Abbondio sotto l'inquisi-

* Magistrato. E-mail: marcello.maddalena41@gmail.com.

zione di padre Federigo. Comunque ne venni fuori. Ne venni fuori anche attraverso una discussione di laurea molto animata con il secondo relatore della tesi che, come Cordero, era per me un altro gigante del diritto, e cioè il prof. Marcello Gallo, che della tesi di fondo corderiana non si dimostrò affatto convinto, non so se, già allora, per incapacità argomentativa dell'occasionale difensore delle tesi di Franco Cordero. E comunque non credo che, nella mia successiva attività di magistrato, l'adesione alla tesi del Cordero (secondo cui l'amnistia estingueva la punibilità del reato e non già l'azione penale, come da taluni sostenuto) o a quella opposta abbia mai comportato alcuna conseguenza.

3. Vi sono stati però altri settori in cui l'aderire all'una o all'altra tesi dottrina-ria, per me come per gli altri magistrati, si è dimostrato tutt'altro che indifferente. E in alcuni settori mi sembra indubitabile come tanto il legislatore quanto la stessa giurisprudenza siano stati ispirati dalle tesi e dalle argomentazioni di Franco Cordero. Mi riferisco innanzi tutto a quello riguardante le prove. Come è stato ricordato in un articolo del 2020 di Paolo Ferrua “sessant'anni orsono, Franco Cordero sviluppava una mirabile teoria della prova illecita, *ancora oggi ampiamente dominante*”¹ aggiungendo giustamente che della stessa “vale la pena di verificare la resistenza e l'attualità alla luce della giurisprudenza, delle elaborazioni dottrinali nel frattempo intercorse e, infine, del suo rapporto con i principi costituzionali”². In particolare, tale teoria si basava sulla riconducibilità delle situazioni giuridiche alle due categorie del ‘potere’ e del ‘dovere’, essendo il potere “un comportamento, preordinato ad un determinato fine, a cui l'ordinamento si impegna a riconoscere effetti giuridici”³ ed il dovere “un comportamento che risulta oggetto di una valutazione positiva da parte dell'ordinamento”⁴. Ne consegue che, se manca *il potere*, l'atto compiuto da chi quel potere non ce l'ha, deve considerarsi giuridicamente inesistente, *tamquam non esset*; mentre, se *il potere c'è*, la violazione del dovere comporta l'invalidità dell'atto solo in quanto la legge la preveda comminando la nullità o altra sanzione; in mancanza della quale l'atto è valido, idoneo a sortire gli effetti a cui è preordinato.

In quest'ottica, “quando la prova sia inammissibile, ossia il giudice sia sprovvisto del potere di assumerla, la sua eventuale assunzione resta irrilevante...Prova ‘inammissibile’ equivale a prova giuridicamente inesistente”⁵. Le formule che indicano la prova inammissibile sono: “*non può essere assunta (o acquisita)*”, “è vietata l'assunzione”, “*il testimone non può deporre sul tema x*” o altre equivalenti. Quando invece vi è la violazione delle regole previste per l'assunzione di una prova in sé ammissibile (ad esempio, l'avvertimento relativo alla facoltà di astenersi), il vizio derivante dalla inos-

1 Ferrua P., *Prove illegittimamente acquisite: passato ed avvenire di un'illustre teoria*, in Dir. pen. e processo, 2020, fasc. 9, pag. 1249.

2 *Ibidem.*

3 *Ibidem.*

4 *Ibidem.*

5 Ivi, pag. 1250.

servanza della regola è irrilevante (nel senso che dà luogo a mera irregolarità), se non vi è una norma che ne dispone la nullità o l'inutilizzabilità (ad esempio, la nullità prevista dall'art. 199 comma 2 per l'omissione dell'avvertimento relativo alla facoltà di astensione del testimone). Ma dove la teoria sostenuta da Cordero aveva i risvolti pratici più rilevanti era in tema di perquisizioni illegittime conclusesi con il sequestro del corpo di reato o comunque delle cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento dei fatti, in cui, alla luce della normativa vigente (art. 253 c.p.p.; prima art. 337 c.p.p.), alla illegittimità dell'atto di perquisizione non conseguiva e non conseguiva la nullità anche dell'atto di sequestro.

Analogo discorso vale per quanto riguarda le deposizioni testimoniali assunte in violazione del segreto professionale o del segreto di ufficio. Per il dibattito dottrinario e gli sviluppi giurisprudenziali che ne sono conseguiti o possono ancora conseguirne anche sul piano della legittimità costituzionale, rimandando alla lettura di quanto scritto in proposito da Paolo Ferrua che è maestro in materia⁶, mi limito ad osservare che mi sembra francamente impensabile, sulla base del comune buon senso, che possano essere travolti da nullità ed inutilizzabilità sequestri aventi ad oggetto corpi di reato e cose di cui sia addirittura vietata la detenzione senza apposita autorizzazione da parte degli organi dello Stato (soprattutto, armi e stupefacenti e, in relazione a determinati reati, materiale pedopornografico). Ed infatti, se si seguisse la tesi contraria, dichiarando nullo il provvedimento di sequestro ed inutilizzabile il suo contenuto, si dovrebbe logicamente prevedere la restituzione di quanto *male captum* a chi ne era detentore, ma ciò comporterebbe addirittura la commissione di un ulteriore reato da parte di quest'ultimo.

4. Ma il settore in cui, per quel che riguarda la mia personale esperienza, le tesi di Franco Cordero si sono rivelate più importanti è stato quello relativo ai vizi (nullità, inutilizzabilità) degli atti e, quindi, al possibile contenuto degli atti e delle attività di istruzione probatoria. In particolare, per quanto riguarda il concetto di nullità derivata, secondo cui "la nullità di un atto rende invalidi (e quindi inutilizzabili) gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo" (art. 185 comma 1° c.p.p.), non vi è dubbio, a mio avviso, come si debba a Cordero la migliore dimostrazione (su cui non mi dilungo) che tale principio afferisce solo ed unicamente agli *atti propulsivi del procedimento*, per cui la nullità dell'atto presupposto non può non comportare la nullità dell'atto presupponente (ad esempio, la nullità della richiesta di rinvio a giudizio non può non comportare la nullità del decreto che, accogliendo la richiesta, lo dispone), ma non si estende a creare un inesistente rapporto di dipendenza giuridica tra atti di istruzione probatoria (che sono indipendenti l'uno dall'altro) e tra questi e conseguenti atti decisionali, in cui l'eventuale utilizzazione a fine decisionale di atti nulli o inutilizzabili non determina una nullità 'derivata' della decisione ma un eventuale vizio della motivazione del provvedimento con tutte le conseguenze che ne possono derivare (ad esempio, in appello, la riforma della sentenza).

6 Si veda soprattutto Ferrua, *op.cit.*, pag. 1249 e segg.

5. Sul piano del contenuto degli atti, in assenza di disposizioni normative preclusive, ecco che il potere investigativo del pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari è massimo e non è condizionato (sempre giuridicamente, non di fatto) da nessun contenuto di acquisizione o atti precedenti. Tant'è che, a proposito dell'art. 63 c.p.p. ("*dichiarazioni indizianti*"), il Cordero scrive testualmente quanto segue ("Cose dette. Non valgono contro il dichiarante, come argomento di eventuali decisioni (su misure cautelari, nell'udienza preliminare, al dibattimento): ma se guidano gli investigatori a qualche scoperta (seguendole, scovano testimoni, eseguono perquisizioni, sequestrano cose pertinenti al reato), l'eventuale prova vale, ovviamente; *non importa come sia nata l'ipotesi (performances induttive, sof fi da informatori, intuizioni oniriche, corvi scriventi et coetera)*"⁷). Del resto, nelle "*Linee di un processo accusatorio*"⁸, scriveva addirittura che "dò per pacifico che il pubblico ministero non sia tenuto a svelare, in sede di interrogatorio, le fonti probatorie eventualmente utilizzabili ai fini dell'accusa; in questa materia conviene lasciare un ampio margine alla discrezione dell'interrogante, che si trova nelle condizioni migliori se sia preferibile un discorso aperto o un riserbo ermetico"⁹.

Tale affermazione non deve stupire, essendo in linea con la venerazione sempre dimostrata da Franco Cordero per il processo 'accusatorio' puro, in cui prima dell'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, massima doveva essere la possibilità per gli organi investiganti di indagare a 360 gradi e, se possibile, anche di più, perché poi, dopo l'esercizio dell'azione penale, ai fini della prova, nulla di quanto detto in precedenza valeva. Quel che importava era solo quello che emergeva davanti al giudice, nel contraddittorio tra le parti. E quindi nessun vincolo, per l'inquirente, nella fase delle indagini, alle domande, alle supposizioni, alle insinuazioni, alle fantasie: perché durante la fase delle indagini non era ancora precisato il *thema decidendum* e quindi l'investigatore non poteva non navigare a vista.

Dico questo, perché ho preciso ricordo di aver ben tenuto presenti questi insegnamenti in qualche (rara) occasione in cui mi è capitato anche di aver fatto qualche indagine sulla base, non tanto di '*performances induttive*' (in cui sono sempre stato assolutamente deficitario ed in cui sicuramente le forze di polizia giudiziaria sono più forti del magistrato inquirente: con la precisazione che però il sottoscritto non le chiamava '*performances induttive*' ma frutto di intuito o fiuto investigativo) o di '*intuizioni oniriche*' (peggio che andar di notte: non ho mai ricevuto in dono, per grazia ricevuta o per qualche merito speciale, un '*sogno rivelatore*': e non conosco colleghi che ne siano stati beneficiati, neppure Giancarlo Caselli o Raffaele Guariniello), ma di '*corvi scriventi*' (o '*telefonanti*'), sempre in forma rigorosamente anonima, sì: talora anche per mettere in guardia gli inquirenti da gravi errori che stavano commettendo attribuendo a qualcuno un determinato reato che invece era stato commesso da persone diverse da quelle in quel momento indagate.

7 Cordero, *Procedura penale*, 4° ed., 1998, pag. 243.

8 AA.VV. *Criteri direttivi per un'a riforma del processo penale*, Milano, 1965, pag. 69.

9 *Ibidem*.

Ebbene. Ho sempre ritenuto rientrare non solo nei poteri ma anche nei doveri del pubblico ministero quello di indagare anche in quei casi (magari con una iscrizione a mod. 45, di cui il massimo esperto era all'epoca, a Torino, il dr. Guariniello che, tuttavia, ad un certo punto, di fronte a tutte le contestazioni delle ispezioni ministeriali relative alle spese per consulenze, decise di passare dalle iscrizioni a mod. 45 alle iscrizioni a mod. 44, con qualificazioni giuridiche abilmente scovate nella materia della sicurezza del lavoro e delle malattie professionali). Tale è il mio convincimento confortato proprio dagli insegnamenti che avevo tratto da Franco Cordero e che mi erano rimasti impressi (tanto che li ricordo adesso a distanza di più di sessant'anni) come viatico per una non burocratica e timida attività di magistrato inquirente.

6. Come probabilmente è già noto a qualcuno, soprattutto tra i meno giovani, il sottoscritto è sempre stato annoverato tra i magistrati uno dei più critici del nuovo codice di procedura penale, notoriamente ispirato ai principi del sistema accusatorio in generale e del sistema accusatorio nordamericano in particolare. Al contrario, Franco Cordero era addirittura un cantore e forse il massimo cantore del processo accusatorio, addirittura di quello puro ed anzi purissimo rispetto al quale quello poi entrato in vigore ha presentato deviazioni molto significative, come, ad esempio, quelle relative alla fissazione dei termini per lo svolgimento delle indagini preliminari.

Orbene. Lungi da me l'idea di contestare l'addebito. Ma – a mia parziale, molto parziale, se non discolpa, almeno giustificazione, diretta a guadagnarmi, in qualche esimio consesso, la concessione delle attenuanti generiche – debbo dire che le mie riserve, le mie critiche, le mie obiezioni al nuovo processo penale nascevano e nascono anche adesso, non già da una qualche simpatia per il c.d. processo inquisitorio (e tale non era più neppure il processo effettivamente vigente nel 1989 che lo stesso Cordero, criticandolo, definiva 'misto': "a un procedimento senza contraddittorio se n'è aggiunto un altro in cui è ammessa la disputa"¹⁰, aggiungendo che gli apprezzamenti a questo tipo di processo "sono...abbondantemente ottimistici. Per quanto spiacevole sia ammetterlo, gli opposti non si lasciano conciliare"¹¹), ma dall'esperienza pratica di tutti i giorni, sia nelle aule di giustizia, sia soprattutto durante l'attività istruttoria svolta dapprima come giudice istruttore e poi come pubblico ministero, ed in cui lo scopo dei magistrati (e degli avvocati) non era certamente quello di pervenire ad una perfetta teoria del processo penale, ma di accertare se un certo fatto storico era avvenuto o non era avvenuto, costituiva o non costituiva reato, chi lo aveva commesso e se chi ne veniva imputato era realmente colpevole o era innocente. Il tutto con riferimento non già a qualche decina di procedimenti penali ma a centinaia e qualche volta migliaia di procedimenti penali da trattare contemporaneamente. Ed in cui il problema che in concreto si presentava e si presenta, ai giudici come ai pubblici ministeri, non è tanto quello di liberare la persona audita (sia essa indagata o testimone) dalle grinfie di spietati inquisitori che agiscono in segreto e che con tutta una serie di 'torture' o 'suggestioni' psicologiche possono indurre i malcapitati a dichiarazioni non genuine e contrastanti con

10 Cordero, *Linee di un processo accusatorio*, cit., pag. 62.

11 *Ibidem*.

la verità, ma di *'blindare'* la prova (se c'è) per impedire che, prima del dibattimento e quindi prima dell'escussione dibattimentale dei testimoni o comunque delle persone audite, possano intervenire, specie – ma non solo – nei procedimenti di criminalità organizzata, dei fattori esterni tali da inquinare il funzionamento dell'astrattamente perfetto sistema accusatorio.

Per farla breve. Che nella formazione della prova sia necessario il contraddittorio tra le parti davanti ad un giudice terzo e imparziale nessuno lo nega e questo non fa neppure più parte della materia del contendere. Nessuno vuole il grande inquisitore e nessuno vuole il processo segreto. Ma da qui a impedire che il giudice, che ha il dovere di giudicare, non possa – *motivando* e spiegandone le ragioni (che saranno poi sottoposte a valutazione davanti al giudice di appello e di cassazione) – decidere in base alle dichiarazioni precedentemente rese dal teste davanti al pubblico ministero (o, adesso, magari anche davanti al difensore dell'imputato) il passo non è breve e francamente, a mio avviso, non giustificato da quella che è stata la mia personale esperienza in proposito. Certamente, non sono mancati casi (anche gravi e gravissimi) in cui vi sono state dichiarazioni istruttorie *'forzate'* che hanno condotto anche a gravissime condanne ingiuste; ma – vorrei sottolineare – le ultime di cui si è avuto conoscenza sono avvenute sotto l'impero della disciplina attuale e non perché siano state utilizzate deposizioni rese fuori del dibattimento e senza il contraddittorio tra le parti, ma perché evidentemente vi sono state delle falle soprattutto nel momento della loro valutazione.

Ecco. Se, in tutta modestia, posso fare un appunto alle tesi dell'eccezionale Franco Cordero, nei cui confronti ho sempre nutrito una ammirazione sconfinata, è quello di essere stato talmente eccelso da perdere forse troppo di vista la misera realtà. Vero è che, come è stato detto da diversi illustri docenti nei loro ricordi della sua figura, egli è stato sempre *'preoccupato di salvaguardare l'integrità dei concetti giuridici'* eliminando – in misura sempre più attenuata nel corso del tempo – dal fenomeno processuale tutto ciò che non gli appartiene direttamente, e cioè ogni connotato psicologico, sociologico, etico, ecc. e persino dal *'fine'* per cui Carnelutti poteva asserire che *"Cordero rifugge dal fine come il diavolo dall'acqua santa"*¹² (credo intendendo riferirsi al fine ultimo della pena che rappresenta l'esito finale del processo). Ma, per astrazione dalla realtà, intendo l'astrazione dalla realtà quotidiana, dalla realtà del processo in Italia, con la tipologia di reati che c'è in Italia, con le organizzazioni criminali che agiscono qui, e non altrove, con i rapporti Stato-cittadino che ci sono qui, con il complessivo apparato politico-amministrativo che c'è qui, con il costume e la mentalità che ci sono qui. È mia profonda convinzione, infatti, che non vi è un unico tipo di processo penale che va bene per tutti i tempi, per tutti i luoghi e per tutti i tipi di reati e di criminalità. E, come ho detto con un pizzico di ironia di cui mi scuso, lo scopo del processo penale non è quello di consentire elaborazioni di più o meno raffinate teorie generali del diritto o del processo, ma di dare una risposta pratica, concreta, possibilmente rapida – in termini sia di sicurezza sia di civiltà – alle esigenze dei cittadini e delle troppe vittime di reati che ancora ci sono in Italia e dove non credo che la soluzione di tutti i mali possa essere rappresentata dalla grande novità dell'ultima riforma Cartabia

12 Carnelutti, 1957.

e cioè la c.d. ‘giustizia riparativa’ che, se non bene gestita, rischia di aggiungere, per le vittime di reato, le beffe al danno già sofferto.

Bibliografia

Autori Vari, 1965, “Criteri direttivi per una riforma del processo penale. Atti del Convegno”, Milano: Giuffrè.

Carnelutti F., 1957, “Recensione a F. Cordero, *Le situazioni soggettive*, in *Riv. dir. proc.*

Cordero F., 1998, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè

Ferrua P., 2020, “Prove illegittimamente acquisite: passato ed avvenire di un’illustre teoria”, in *Diritto penale e processo*, Milano, Ipsoa (o Wolters Kluwer), fasc. 9.