

DOGMATICA E TECNICA DELLE GARANZIE IN
GIUSEPPE DE LUCA *

Daniele Negri **



L'opera di Giuseppe De Luca segna una poderosa svolta di metodo nel panorama della letteratura di settore. Si pone difatti in tensione, sino a cercare la rottura, con la dogmatica tradizionale di matrice processuale civile, che al tempo stava vivendo una tarda stagione di ripresa imitativa – al tramonto del tecnicismo giuridico – da parte dei cultori del diritto processuale penale, impegnati nel tentativo di nobilitare scientificamente la propria materia¹. Nella monografia del 1963 su «*I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*», raccolta tra gli *Studi* inaugurati dal “pontefice” della disciplina – Giovanni Conso – all'alba di quel decennio, De Luca conduce un serratissimo corpo a corpo con i concetti, le costruzioni dottrinali, i modelli sistematici allora imperanti. Pensiamo soltanto alla figura centrale della pretesa punitiva scaturente dal «diritto soggettivo» di punire, alla quale contrappone la situazione del «dovere di punire» demandato al giudice come autentico oggetto del processo penale², sgomberando così il campo da un insieme di teoriche di schietta derivazione privatistica che avevano complicato e isterilito la riflessione.

De Luca è autore che contrasta e respinge il dogmatismo improntato alla logica astratta; si distanzia dal formalismo giuridico; si oppone agli schemi prefabbricati, eterni, universali. Polemizza con la dottrina pura del diritto, nelle pagine dedicate a Kelsen; critica la giurisprudenza dei concetti, anche se le riconosce un ruolo nell'affinamento dell'elaborazione scientifica della materia. E prende posizione assumendo come polo dialettico antitetico la visione storicista, per la quale la verità rimane asservita al gioco delle forze in campo, prigioniera del relativismo contin-

* Testo rivisto, e corredato dei riferimenti essenziali, della introduzione alla seconda sessione del convegno “Tecnica delle garanzie e umanità nel processo penale. Per Giuseppe De Luca” (Università Roma Tre, 1° ottobre 2025).

** Professore ordinario di diritto processuale penale nell'Università di Ferrara.

¹ Su questa parabola, v. M.N. MILETTI, *Un vestito per Cenerentola. L'identità del diritto processuale penale all'alba della repubblica*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, a cura di D. Negri e M. Pifferi, Giuffrè, Milano, 2011, p. 363 ss.

² G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 175 ss.

gente³: posizione ugualmente disapprovata a causa delle pericolose derive che ne possono scaturire.

La dogmatica di De Luca si tramuta perciò in strumento elettivo di emancipazione del diritto dalla forza, del processo dalla violenza del potere. L'edificio progettato dalla scienza giuridica ha senso unicamente se serve a liberare la giustizia penale dall'atavica presa autoritaria sulla persona dell'imputato. Il superamento degli schemi tramandati, in quanto inadatti allo scopo, si compie fin dalle origini sulla scia di Carnelutti. Nel 1949 esordisce con lo scritto sulla tortura sostenendo che l'unità del processo e della pena «rappresenta una delle costruzioni più feconde dell'insigne maestro». L'intuizione – soggiunge – «può apparire il frutto di una diagnosi estremamente pessimistica della nostra realtà processuale», ma basta rimeditare l'evoluzione storica del processo e della pena – la storia sarà sempre al centro della riflessione di De Luca – «dei loro rapporti e della reciproca interferenza» affinché l'identificazione «trovi una spiegazione esauriente e una razionale giustificazione»⁴.

De Luca incomincia così a costruire l'impalcatura del suo pensiero raffinato quanto energico a partire dalla convinzione che la dogmatica non può prescindere dal dato di realtà della giustizia punitiva. Cogliamo qui il nucleo più intimo, il nocciolo della sua visione complessiva del diritto processuale penale, preso da Carnelutti per dissiparne tuttavia le ambiguità e contrastarne i pericolosi scivolamenti. Motivo conduttore destinato al continuo ritorno nella trama dei suoi scritti diviene il contenuto umano di esperienza che non può mai essere trasceso dall'astrattezza delle formule giuridiche, in quanto motore e fine ultimo della elaborazione scientifica degli istituti processuali. Tutto ruota intorno alla consapevolezza della sofferenza fisica indelebile legata al processo, al carattere inevitabilmente afflittivo dei mezzi di cui si avvale⁵, pensiero che troverà sessant'anni dopo lo stigma definitivo nelle pagine tormentate sull'orlo dell'abisso del primo, gigantesco allievo bolognese: Massimo Nobili, «*L'immoralità necessaria*» (2009).

Il percorso di De Luca – dicevamo – consiste nel tentativo di addomesticare la violenza congenita ai poteri esercitati nel processo penale, l'inclinazione alla nuda *coërcitio*, portandola sotto il manto della giurisdizione. Lo scandalo della carcerazione preventiva indistinguibile dalla pena deve tramutarsi in applicazione meditata e

³ G. DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., p. 76 ss.

⁴ G. DE LUCA, *La tortura nei rapporti tra processo e pena*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, p. 318.

⁵ G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, Cedam, Padova, 1953, p. 28 ss.

ponderata di misure cautelari attraverso la garanzia di un «processo nel processo»⁶, soltanto «di proporzioni minori»⁷: è la prima volta – se non m’inganno – che compare quest’immagine così fertile per la disciplina a venire della materia, sino agli assetti trovati dal codice repubblicano alla tutela delle libertà (libro IV)⁸. La dogmatica di De Luca – si badi – resta ancorata alle norme di diritto positivo, ne persegue il controllo sistematico senza evadere dal testo delle disposizioni legali, ma è nutrita al tempo stesso di considerazioni storiche, politiche, economiche e psicologiche in grado di proiettarla nella dimensione della critica più strenua.

Imprescindibile la ricerca del fondamento politico, al di sotto della facciata prettamente logica e sterilmente astratta degli istituti giuridici. Un indirizzo di metodo che caratterizza già la prima monografia del 1953 sui «*Lineamenti della tutela cautelare penale*», per l’appunto orientata a dotare il meccanismo della carcerazione preventiva di solide garanzie individuali. De Luca ricava il criterio del *favor libertatis* direttamente dal principio costituzionale della presunzione di non consapevolezza, in ciò antesignano di una tendenza che si maturerà pienamente negli anni Settanta del secolo scorso⁹. È il seme gettato alle generazioni future, destinato a germogliare – tra l’altro – nello studio monografico intrapreso dal secondo allievo, Giulio Illuminati, sulla presunzione d’innocenza dell’imputato (1979). Il principio consacrato dall’art. 27 comma 2 Cost. serve a ricollocare il rischio dell’errore che deriva dalla necessità di anticipare il risultato del processo consistente nella limitazione della libertà personale, identica «dal lato strutturale» tanto nella carcerazione preventiva quanto nella pena¹⁰. Il peso dell’alea si sposta dall’imputato allo Stato, finisce cioè per gravare sull’autorità, esito inaudito sino ad allora.

Ci collochiamo così al punto di svolta in cui i principi costituzionali guidano la «tecnica delle garanzie» – è il titolo indovinato di Luca Marafioti alla nostra giornata di studio – ossia divengono strumento plasmato e impiegato dalla dogmatica al precipuo scopo di rinsaldare la tutela della libertà individuale. Nasce il modo – divenuto

⁶ G. DE LUCA, *La tortura*, cit., p. 331.

⁷ G. DE LUCA, *Lineamenti*, cit., p. 108.

⁸ Cfr. E. MARZADURI, voce *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Utet, Torino, 1994, p. 61 ss.; D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 33 ss. L’immagine di De Luca comparirà anche in Corte cost., sent. 17 febbraio 1994, n. 48.

⁹ R. ORLANDI, *Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana*, in *Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana*, cit., p. 56 ss.

¹⁰ G. DE LUCA, *Lineamenti*, cit., p. 17.

anche nostro¹¹ – di concepire e adoperare il criterio di proporzionalità in rapporto ai mezzi processuali che comprimono i diritti del singolo. Sostiene De Luca che la «carcerazione preventiva dovrebbe essere inflitta nei soli casi in cui rappresenta l'unico mezzo, a disposizione dello Stato, per conseguire le sue finalità»; ne discende il venir meno del bisogno di servirsene e, con esso, della «necessità pratica della sua applicazione» – risolto concreto, tangibile, sempre presente nella riflessione del giurista pescarese – «ogniqualevolta essa può essere utilmente surrogata con altri mezzi cautelari meno drastici»¹². In questo passaggio argomentativo del 1953 troviamo nitidamente indicata dallo sguardo lungo dell'autore – nientemeno – la stella polare del minimo sacrificio necessario, insieme all'esigenza di predisporre una pluralità graduata di misure cautelari, profili che la Corte costituzionale arriverà a valorizzare per attenuare gli automatismi legali *contra libertatem* soltanto con la serie di pronunce inaugurata nella scorsa decade¹³ e con risultati non del tutto appaganti.

Se mi si concede una digressione – spero solo apparente – vorrei aggiungere che non è un caso se si arriva così in ritardo sui tempi rispetto agli insegnamenti del maestro pescarese. Una possibile ragione emerge scorrendo il «diario» dell'esperienza quale giudice costituzionale d'un insigne giuspubblicista, ove si legge che «il processo penale è cosa troppo seria per lasciarla ai processual-penalisti»¹⁴. Ebbene, credo che il senso di una frase del genere stia proprio nel timore di vedere all'opera in seno alla Corte la maniera di intendere i principi costituzionali sulla giustizia punitiva tipica della linea di pensiero discesa da Giuseppe De Luca, meglio equipaggiata sul piano scientifico e culturale per abbattere certi tabù di segno autoritario. Del resto, quando i giovani studiosi della nostra disciplina insistono sul criterio di proporzionalità, vediamo spesso citati i lavori di qualche costituzionalista che stenta a coglierne le autentiche implicazioni per gli equilibri della giustizia penale; mentre gioverebbe alquanto la rilettura delle pagine memorabili scritte da De Luca oltre mezzo secolo fa.

Dall'appello alla proporzionalità al discorso cruciale sulla discrezionalità del giudice il passo è immediato, poiché la stretta necessità si deve riflettere nell'esercizio concreto del potere, altrimenti rimane una enunciazione di stile inutile all'atto

¹¹ Si veda, ad esempio, D. NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle sfide del processo penale contemporaneo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, p. 3 ss.

¹² G. DE LUCA, *Lineamenti*, cit., p. 16.

¹³ A partire da Corte cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265.

¹⁴ La frase, riportata in un biglietto pervenuto al narratore durante le discussioni in seno alla Corte costituzionale, è riportata come aneddoto da S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2015, p. 78.

pratico. Si arriva così alla relazione svolta dal nostro autore, vent'anni dopo la monografia del 1953, a proposito di «*Principi costituzionali di libertà e la istruzione formale*» (1973). Con la consueta eleganza espositiva e finezza di pensiero, il giurista pescarese promuove la denuncia lucidissima e drammaticamente attuale sull'uso della carcerazione preventiva e degli altri mezzi di intrusione nella sfera individuale come strumento diretto di controllo sociale, «pena anticipata», surrogato di una sanzione alla quale non si riuscirà mai ad arrivare¹⁵. Una diagnosi mille volte ripetuta in seguito, sino ad oggi, da chi non si rassegna all'esistente.

Per De Luca la discrezionalità applicativa costituisce «il canale attraverso il quale i principi e le direttive della Costituzione» dovrebbero entrare «nelle maglie del diritto vivente»¹⁶; sennonché – rilevava disilluso – essa «si è dimostrata nella prassi giurisprudenziale uno strumento *inidoneo* a fare spazio ai diritti di libertà»¹⁷. L'attenzione rivolta all'esperienza della giustizia per come viene abitualmente amministrata anticipa alla perfezione – purtroppo – il fallimento dell'opzione sistematica compiuta dal codice del 1988, nel senso di affidare alla discrezionalità del giudice la scelta della misura adatta al caso specifico¹⁸. Eppure l'insegnamento di De Luca era stato recepito dalla riforma processuale, là dove considerava «necessario» che il legislatore intervenisse a colmare «le lacune che si riscontrano sul piano normativo in questo settore», in modo da «offrire al giudice parametri di valutazione idonei a orientare l'esercizio del suo potere discrezionale nel più assoluto rispetto della presunzione di non colpevolezza»¹⁹. I criteri di adeguatezza e proporzionalità introdotti nell'art. 275 c.p.p., come tristemente rivelano le statistiche, non sono mai riusciti a relegare la custodia in carcere a residuale eccezione²⁰. Occorrerà allora ritornare su quei parametri nell'unica maniera tecnicamente idonea a preservare la libertà dell'individuo, vale a dire fissando presunzioni legali *in bonam partem* che vietino al

¹⁵ La relazione, tenuta durante il convegno del 9-10 giugno 1973 all'Archiginnasio di Bologna, è pubblicata in *I problemi della istruzione formale penale*, Patron, Bologna, 1977, p. 35.

¹⁶ G. DE LUCA, *Principi costituzionali di libertà e la istruzione formale*, in *I problemi*, cit., p. 36.

¹⁷ G. DE LUCA, *Principi costituzionali*, cit., p. 42.

¹⁸ Su questi aspetti della riforma del 1987-'89, v. M. CHIAVARIO, *Le misure cautelari nel nuovo codice: una "carta delle libertà" equilibratamente coraggiosa con qualche squalcitra (e qualche... patinata di troppo)*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, vol. III, Utet, Torino, 1990, p. 13 ss.

¹⁹ G. DE LUCA, *Principi costituzionali*, cit., p. 43.

²⁰ Cfr., nell'ambito di diagnosi ricorrenti, D. NEGRI, *Tecniche di riduzione della custodia in carcere ad extrema ratio*, in *Le misure cautelari personali nella strategia del "minimo sacrificio necessario"*, a cura di D. Chinnici, Dike, Roma, 2015, p. 39 ss.

giudice l'accesso alla misura carceraria al di fuori di ben delimitate classi di reati oggetto del procedimento penale²¹.

Bisogna difatti riconoscere che le ragioni del rammentato insuccesso stanno negli atteggiamenti comuni a molta parte della magistratura. Le parole di De Luca riguardanti quest'ultimo aspetto, pronunciate negli anni Settanta, ne mettono in luce una capacità di lettura anche sociologica del fenomeno eguagliata, sulle sue orme, forse soltanto da Massimo Nobili²². Il maestro ritrasse la figura di un giudice «impegnato in una partita di forza», che «concentra nelle sue mani una carica di potere inquisitorio e coercitivo di intensità e dimensioni smisurate»²³. La diagnosi di allora, aperta a registrare «la vischiosità di certe abitudini mentali», svela il «retroscena psicologico» che condiziona le scelte del giudice, incline ad assimilare l'imputato al colpevole per fedeltà a schemi e moduli culturali di impronta autoritaria. Il magistrato – osservava De Luca con sconvolgente sagacia – «è impegnato nella lotta per l'adempimento di una missione»; egli agisce convinto della «legittimità morale» del proprio operato nel disporre la cattura «per fini di esemplarità e di prevenzione sociale» che sono tipici, invece, soltanto della pena; in ciò si scorge una «concezione sacrale dell'interesse pubblico», prevalente «sulla considerazione del valore della libertà individuale»²⁴.

Tutto il dibattito odierno sul giudice di scopo, compartecipe delle finalità punitive, e l'esigenza di terzietà da perseguire tramite il distacco ordinamentale dal pubblico ministero, era già concentrato in quell'analisi. Del resto ne «*I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*» (1963) De Luca aveva collegato il mito dell'efficacia *erga omnes* alla concezione del processo penale quale «solenne rappresentazione liturgica della giustizia cui partecipa il popolo intero»²⁵. Mezzo secolo dopo, basta confrontarsi con qualche magistrato sugli istituti processuali che chiamano più direttamente in causa le garanzie individuali – dalle misure cautelari alle invalidità – per capire quanto conti nei loro atteggiamenti la tensione morale a

²¹ In tal senso è orientata la modifica dell'art. 274 comma 1 lett. c) c.p.p., proposta dalla I sottocommissione – coordinata da chi scrive insieme a Gastone Andreazza – nell'ambito della *Commissione per la riforma del processo penale* (Ministero della Giustizia, d.m. 5 maggio 2023, m_dg.GAB.05/05/2023.0017024.U).

²² L'intera produzione scientifica di Massimo Nobili – si può dire – è improntata a quel metodo, sin da M. NOBILI, *La procedura penale tra "dommatica" e sociologia: significato politico di una vecchia polemica*, in *Quest. crim.*, 1977, p. 80 ss.

²³ G. DE LUCA, *Principi costituzionali*, cit., p. 29.

²⁴ G. DE LUCA, *Principi costituzionali*, cit., p. 31 ss.

²⁵ G. DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., p. 68.

dare una risposta alla collettività turbata dal delitto. Impossibile esprimere meglio di De Luca quale sia il limite estremo, sempre in agguato, di contegni del genere: la degenerazione in «nudo potere», «depravazione della coscienza di sé che si trasforma in autolatria, in cieca ossessione»²⁶.

La dottrina ha ormai perso l'attitudine alla costruzione dogmatica; l'ha lasciata andare, pure nella versione feconda di De Luca, ancorata ai dati di realtà e capace di predisporre gli schemi di comprensione, le linee direttrici, gli strumenti utili anche soltanto a scoprire gli abusi del potere autoritativo. Grazie a quell'approccio, l'allievo era pervenuto a smentire l'equiparazione del processo alla pena istituita dal maestro Carnelutti, poiché – avvertiva – la probabilità di colpevolezza non è l'unico presupposto delle misure cautelari²⁷. Con gli attrezzi della dogmatica De Luca cercava spazio al requisito ulteriore del *periculum in mora*, ne indagava significato e finalità, criticava le motivazioni apparenti dei giudici sotto questo profilo nei provvedimenti limitativi della libertà.

Eguale, demolendo il mito della «verità» assoluta, obiettiva, universale, smascherava la «figura complessa e ambigua» del pubblico ministero, addebitando ad uno stadio poco avanzato degli studi processualistici la considerazione del medesimo quale «astratta personificazione degli interessi della società intera di fronte alla persecuzione del delitto»²⁸. Risuona l'eco di simili censure nel cruciale passaggio istituzionale odierno. Servirebbe eccome recuperarle, e invece – dicevo – gli studiosi hanno accettato che le categorie fondanti della nostra disciplina evaporassero nello pseudo-diritto di matrice europea, dove – per limitarci all'esempio emblematico – «imputato» e «autore del reato» diventano sinonimi, ignorando del tutto la presunzione di innocenza (direttiva 2012/29/UE, *considerando* n. 12).

Ci siamo ormai ridotti ad animatori di improbabili terze missioni, mentre dovremmo rivitalizzare il primo compito che De Luca aveva ben chiaro: comprendere la realtà, risalire alle sue radici storiche per affilare gli strumenti critici su di essa, rimediare alle degenerazioni della prassi con la sapienza tecnica orientata a comporre e interpretare le norme processuali secondo i principi di garanzia, affinché nell'amministrazione della giustizia penale non prevalgano i falsi miti e l'alibi pedagogico della legittimazione morale.

²⁶ G. DE LUCA, *Principi costituzionali*, cit., p. 36.

²⁷ G. DE LUCA, *Lineamenti*, cit., p. 39.

²⁸ G. DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., p. 66.