



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAGLIARI
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
Cattedra di diritto processuale penale

PRINCIPI DEL PROCESSO PENALE
E ORDINAMENTO GIUDIZIARIO
di Leonardo Filippi

anno accademico 2020-2021

INDICE – SOMMARIO

I protagonisti e i comprimari.	6
PARTE I	
I PRINCIPI DEL PROCESSO PENALE	7
1. Le fonti del diritto processuale penale.	
2. Il modello inquisitorio e quello accusatorio.	7
3. Il “giusto” processo secondo la Costituzione.	8
3.1. Il principio di legalità processuale.....	9
3.2. Il principio di tassatività.....	11
3.3. Il principio del <i>favor rei</i>	20
3.4. <i>Tempus regit actum</i> per le norme processuali.....	20
3.5. Il divieto di retroattività per le norme che aggravano l'esecuzione della pena.....	20
3.6. Il principio della <i>perpetuatio iurisdictionis</i>	21
3.7. Il principio di non regressione del processo.....	22
3.8. Il principio del <i>favor separationis</i>	
3.9. Diritti processuali e abuso del processo.....	22
3.10. Il principio di lealtà processuale.....	23
3.11. La giustizia amministrata “in nome del popolo”.....	23.
3.12. Le "inviolabili" libertà fondamentali.....	24
3.13. I principi di proporzionalità e di adeguatezza delle misure cautelari.....	25
3.14. Il principio della domanda (<i>ne procedat iudex ex officio</i>).....	26
3.15. Il principio di immanenza della parte civile.	27
3.16. L'obbligatorietà e l'irretrattabilità dell'azione penale.....	27
3.17. Le indagini preliminari e l'avvio del procedimento penale.....	28
3.18. L'aborto dell'azione penale.....	31
3.19. La <i>discovery</i> degli atti di indagine del P.M.....	33
3.20. Il principio della fluidità dell'imputazione.....	36
3.21. L'imputazione e l'avvio del processo penale.....	44
3.22. Il principio di contestazione.....	45
3.23. Il controllo sull'imputazione.....	45
3.24. Forme diversificate di controllo sull'imputazione.....	53
3.25. Il fascicolo del giudice.....	53
3.26. Il fascicolo delle parti.....	54
3.27. La terzietà e imparzialità del giudice.	55
3.28. La parità tra le parti nel contraddittorio	55
3.29. La presunzione di innocenza.	56
3.30. L'informazione sulla natura e i motivi dell'accusa	57
3.31. L' "inviolabile" diritto di difesa.....	60
3.32. La difesa dei non abbienti.....	61
3.33. Il diritto di controesame il proprio accusatore (<i>right of confrontation</i>)	61
3.34. L'inutilizzabilità delle dichiarazioni dell'accusatore renitente.....	62
3.35. Il diritto all'interprete.....	62
3.36. Il diritto alla prova e il principio dispositivo della prova	62
3.37. I poteri probatori ufficiosi del giudice.....	63
3.38. Il principio dell'onere della prova.....	65
3.39. Il principio di conservazione della prova.....	65

3.40. Il principio di pertinenza della prova.....	66
3.41. Il "contraddittorio debole" (sulla prova già acquisita)	66
3.42. Il "contraddittorio forte" (per l'acquisizione della prova)	67
3.43. Le eccezioni alla formazione della prova in contraddittorio.....	76
3.44. Gli atti di indagine irripetibili.....	78
3.44.1. L' irripetibilità degli atti per loro natura.....	79
3.44.2. L'irripetibilità degli atti sopravvenuta ma prevedibile.....	79
3.44.3. L' irripetibilità degli atti sopravvenuta e imprevedibile.....	79
3.45. I principi del dibattimento.....	80
3.45.1. La pubblicità dell'udienza.	80
3.45.2. L'oralità nell'assunzione della prova.....	80
3.45.3. L'immediatezza del giudice con la prova.....	80
3.45.4. La concentrazione del dibattimento e l'immediatezza della deliberazione.....	81
3.45.5. L' immutabilità del giudice.....	81
3.46. I giudizi speciali.....	83
3.46.1. I riti speciali acceleratori e premiali.....	83
3.46.1.1. Il procedimento per decreto penale.....	83
3.46.1.2. Il giudizio abbreviato.....	84
3.46.1.3. L'applicazione della pena su richiesta.....	85
3.46.1.4. La sospensione del procedimento con messa alla prova.....	85
3.46.2. I riti speciali acceleratori.....	86
3.46.2.1. Il giudizio direttissimo.....	86
3.46.2.2. Il giudizio immediato.....	87
3.47. La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali.....	88
3.48. Il principio del libero convincimento del giudice.....	89
3.49. Il principio di correlazione tra accusa e sentenza.....	90
3.50. Il principio del <i>favor impugnationis</i>	94
3.50.1. Il principio del doppio grado di giurisdizione.....	94
3.50.2. Il principio dell'interesse ad impugnare.....	95
3.50.3. L'effetto estensivo dell'impugnazione.....	95
3.50.4. L'effetto sospensivo dell'impugnazione.....	96
3.50.5. L'effetto devolutivo dell'impugnazione.....	96
3.50.6. Il divieto di <i>reformatio in peius</i>	97
3.51. La ragionevole durata del processo.	98
3.52. L'intangibilità del giudicato	99
3.52.1. L'effetto esecutivo del giudicato.....	100
3.52.2. Effetto vincolante del giudicato.....	100
3.52.3. L'effetto preclusivo del giudicato.....	100
3.53. La finalità rieducativa della pena.	101
3.54. La riparazione dell'errore giudiziario	101
4. L' "equo" processo secondo le convenzioni sovranazionali.	101
4.1. Il principio di massima espansione delle garanzie.....	102
4.2. La pubblicità del giudizio	102
4.3. Il diritto dell'accusato al silenzio (<i>nemo tenetur se detegere</i>).....	103

PARTE II

LE GARANZIE PER LA MAGISTRATURA	104
1. La riserva assoluta di legge a tutela della magistratura.	104
2. Le diverse “funzioni” (non “gradi”) dei magistrati.	104
3. L’indipendenza “esterna” della magistratura.	104
4. I compiti “non invasivi” del Ministro della Giustizia	105
5. Il giudice “soggetto soltanto alla legge”.....	107
6. L’ “inamovibilità” del magistrato.....	107
7. L’ “incompatibilità ambientale” del magistrato.	107
8. L’accesso e il ruolo della magistratura.....	108
9. Il collocamento fuori ruolo del magistrato.....	110
10. Il divieto di arbitrato.....	111
11. La magistratura onoraria.....	111
12. La “geografia giudiziaria”	112
13. Il Consiglio Superiore della Magistratura	113

PARTE III

IL GIUDICE	115
1. I giudici “ordinari”.....	115
2. I giudici “speciali”.....	118
3. I giudici “specializzati”.....	119
4. I giudici “straordinari”.....	119
5. L’ “autonomia” del giudice.	120
6. L’indipendenza “interna” del giudice e l’ <i>overruling</i> giurisprudenziale	121
7. L’indipendenza dei giudici speciali, dei giudici popolari e degli esperti.....	123
8. Il giudice “terzo e imparziale”.....	123
9. Il giudice “naturale precostituito per legge”.....	125

PARTE IV

IL PUBBLICO MINISTERO	127
1. Il magistrato del pubblico ministero.....	127
2. Le funzioni del pubblico ministero.	128
3. Gli uffici del pubblico ministero.	130
4. La Procura distrettuale antimafia e la Procura nazionale antimafia e antiterrorismo.....	131

5. Il “collegio per le indagini” sui reati ministeriali.	134
6. Il “collegio d’accusa” contro il Presidente della Repubblica.	134
7. La Procura europea.	134
8. Eurojust e l’Agenzia europea per la cooperazione giudiziaria penale.	135
9. La “dipendenza funzionale” della polizia giudiziaria al pubblico ministero.....	136

PARTE V

LA RESPONSABILITÀ DEL MAGISTRATO	137
1. La responsabilità del magistrato in generale.....	137
2. La responsabilità disciplinare.....	137
2.1 Gli illeciti disciplinari.....	137
2.2. Il procedimento disciplinare.....	141
3. La responsabilità civile.	141
4. La responsabilità penale.	145
5. La responsabilità contabile.....	145

I protagonisti e i comprimari.

I principi del processo penale affondano le loro radici anzitutto nella Costituzione, nelle convenzioni sovranazionali e nel codice di procedura penale.

Invece, l'ordinamento giudiziario penale disciplina il ruolo nel processo penale sia del giudice sia del pubblico ministero, i quali trovano la loro regolamentazione proprio nell'ordinamento giudiziario (r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 e succ. mod.), che è lo "statuto interno" della magistratura.

Un'avvertenza preliminare è fondamentale.

Nonostante abbiano in comune l'assetto ordinamentale, il giudice deve essere nettamente distinto dal pubblico ministero. Il giudice, infatti, è l'organo giurisdizionale, cioè colui che giudica, che esercita la funzione giurisdizionale. L'aggettivo "giurisdizionale" deriva dalla locuzione latina *ius dicere* (che significa "pronunciare sentenza"), "decidere" in materia di giustizia: il giudice, quindi, è colui che amministra giustizia, cioè che giudica. Invece il pubblico ministero è il magistrato che rappresenta la parte pubblica che, esercitando l'azione penale, avvia il processo penale e, dopo il passaggio in giudicato della sentenza, ne cura l'esecuzione.

Il giudice è già nettamente distinto, sul piano ordinamentale dal difensore, la cui disciplina è dettata dalla l. 31 dicembre 2012, n. 247 (Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense).

Il difensore è il professionista (avvocato) che assiste l'imputato o la persona sottoposta alle indagini, oppure le altre parti del processo penale (la parte civile – art. 74 c.p.p., il responsabile civile – art. 83 c.p.p., il civilmente obbligato per la pena pecuniaria- art. 89 c.p.p.) ovvero i soggetti che vi sono ammessi (persona offesa dal reato -art. 90 c.p.p., enti o associazioni rappresentative di interessi lesi dal reato – art. 91, persona danneggiata, terzo interessato).

Protagonisti (cioè "parti" necessarie) sono il pubblico ministero, l'imputato e il suo difensore.

Comprimari (cioè "soggetti" o "parti" eventuali) sono la persona offesa e la persona danneggiata (quest'ultima si può costituire parte civile), il responsabile civile, il civilmente obbligato per la pena pecuniaria, l'ente o l'associazione rappresentativi degli interessi lesi dal reato, l'ente responsabile per gli illeciti amministrativi dipendenti dal reato ascritto all'imputato.

PARTE I

I PRINCIPI DEL PROCESSO PENALE

1. Le fonti del diritto processuale penale.

All'indicazione tradizionale delle fonti del diritto risalente all'art. 1 delle disposizioni sulla legge in generale, e cioè le leggi, i regolamenti e gli usi, deve essere sottratta quella consuetudinaria (che non trova applicazione in materia processuale penale) e deve essere aggiunta sia la fonte costituzionale sia quella convenzionale, giacché sia la Costituzione della Repubblica sia le Convenzioni internazionali sono sopraggiunte al r.d. 16 marzo 1942, n. 262.

2. Il modello inquisitorio e quello accusatorio.

La storia del processo penale è il termometro dell'evoluzione o dell'involuzione della civiltà dei Paesi nei diversi tempi storici¹.

In Italia è storicamente esistito un modello marcatamente inquisitorio e, solo dopo il 1988, tendenzialmente accusatorio.

Il **processo inquisitorio** è quello in cui è lo stesso giudice (anziché il pubblico ministero) ad iniziare il processo, svolgere le indagini, raccogliere le prove, per cui egli è giudice ed insieme accusatore. Tale processo è caratterizzato dalla segretezza e scrittura nell'assunzione della prova. Non esistono limiti all'ammissibilità delle prove (compresa la tortura, ampiamente usata anche dal Sant'Uffizio). Vigé la presunzione di colpevolezza e di conseguenza la regola è la carcerazione preventiva dell'imputato, che attende in carcere la sentenza definitiva. Unica concessione alla difesa, pressoché inesistente nella fase istruttoria, è l'ampia possibilità di impugnare.

Il **processo accusatorio**, invece, si distingue proprio perché l'iniziativa del processo è lasciata alla parte (il pubblico ministero esercita l'azione penale) e spetta alle parti anche l'iniziativa probatoria (le parti deducono la prova). È accolto il principio della separazione delle funzioni processuali (l'attività di indagine è svolta dalle parti mentre l'assunzione della prova spetta al giudice). Nell'assunzione della prova si attua il contraddittorio tra le parti (in luogo della segretezza tipica del sistema inquisitorio) e la prova è caratterizzata non dalla scrittura ma dall'oralità. La prova subisce dei limiti di ammissibilità e regole di esclusione. Vigé la presunzione di innocenza e di conseguenza la regola è la libertà dell'accusato e la custodia cautelare è l'eccezione. Anche le impugnazioni risultano limitate in considerazione delle maggiori garanzie offerte dal rito accusatorio.

Si suole dire, perciò, che **nel processo inquisitorio il giudice è uno e trino** (perché oltre che giudicare svolge anche il ruolo dell'accusatore e del difensore), mentre nel processo accusatorio i tre ruoli (giudicante, requirente, difensivo) sono nettamente distinti in capo a soggetti diversi.

Ovviamente questi sono modelli astratti, perché poi in concreto ogni ordinamento adotta un codice di procedura penale ispirato prevalentemente all'uno o all'altro modello, per cui è più facile trovare sistemi misti. In Italia il codice del 1930, come quelli precedenti, era

¹ Francesco Mario Pagano nelle sue *Considerazioni sul processo criminale*, stampato a Milano nel 1801, nell'introduzione, spiega al lettore che "La criminale legislazione rende l'uom tranquillo e sicuro; l'economia opulenta ed agiata; e le scienze e l'arti gli formano e sviluppano lo spirito. Se ti sospinga mai la fortuna su i lidi d'un popolo ignoto, e se brami tu sapere se il brillante giorno della coltura ivi dispanda la sua benigna luce, o pur se le tenebre dell'ignoranza e della barbarie l'ingombrino d'orrore, a cotesti tre grandi oggetti rivolgi il guardo, e ti sarà subito palese il civile stato dello sconosciuto popolo" Il primo degli aspetti da osservare (gli altri sono l'economia e le scienze e arti) è proprio la legislazione criminale: "Apri il suo codice penale, e se ritrovi la sua libertà civile garantita dalle leggi, la sicurezza e tranquillità del cittadino al coverto della prepotenza e dell'insulto, francamente conchiudi ch'egli sia già colto e polito."

prevalentemente inquisitorio, mentre il vigente codice del 1988 è tendenzialmente accusatorio, perciò dominato dall'oralità della prova e il giudice, persona fisica diversa dall'accusatore e dalle altre parti, non è coinvolto nelle indagini, né nella raccolta, e prima ancora, nella ricerca delle prove. È infatti compito delle parti ricercare le prove e farle assumere dal giudice nel contraddittorio. Il giudice deve essere, appunto, svincolato sia dall'iniziativa del processo, sia dall'iniziativa probatoria, che spettano alle parti.

Il **processo inquisitorio** inizia d'ufficio, nel senso che lo mette in moto lo stesso giudice di sua iniziativa, ma in questo modo il giudice si trasforma in una parte perché è il medesimo giudice che mette in moto un processo e lo decide e ciò vuol dire che sta rivolgendo una domanda a se stesso. Un processo, di qualunque tipo sia, ha per oggetto una domanda (il *petitum*): se è lo stesso giudice a mettere in moto un processo, vuol dire che ha in mente un *petitum*, qualcosa da chiedere. Ma è lo stesso giudice che rivolge una domanda, un *petitum*, a se stesso che diventa il giudice della sua stessa domanda, che non potrà che essere accolta; quindi, è un giudice che ha già in mente ciò che deve chiedere e quale risultato ottenere, lo chiede a se stesso e decide egli stesso.

Il **processo accusatorio** si distingue da quello inquisitorio anzitutto per la separazione dei ruoli dell'accusa e del giudice, perché è il pubblico ministero (p.m.) che lo attiva, con una sua richiesta (con la quale esercita l'azione penale o, in alternativa, con una richiesta di archiviazione) e le parti rivolgono le loro istanze (ad esempio, di ammissione delle prove, di applicazione o revoca di misura cautelare, di impugnazione) ad un giudice che decide su di esse e che non può decidere di propria iniziativa (principio della domanda).

La caratteristica del "giusto processo" è proprio che deve essere sempre una parte a rivolgere la domanda al giudice. Nel processo civile la parte che agisce, si chiama attore; nel processo penale è il pubblico ministero, parte pubblica che, appunto, ha il compito di avviare il processo penale. Quindi, il "giusto processo", delineato dall'art. 111 Cost., ha queste caratteristiche: la legge deve prescrivere che il processo si svolga nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità.

Storicamente in Italia sono stati in vigore diversi codici prima dell'unità d'Italia, avvenuta, com'è noto, con la proclamazione del Regno d'Italia il 17 marzo 1861².

3. Il "giusto" processo secondo la Costituzione.

L'art. 111 Cost. è una norma che, relativamente ai principi del "giusto processo", è stata introdotta nella nostra Costituzione da una legge costituzionale, la l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, che, attuando una revisione costituzionale, ha introdotto i cosiddetti principi del "giusto processo", aggiungendo cinque commi all'art. 111 Cost., che originariamente era di soli due commi, tratteggiando le linee di un processo tendenzialmente accusatorio.

² Tra tali codici preunitari si possono ricordare solo i principali, quali il codice criminale toscano del 1786, chiamato "Leopoldino" dal nome del sovrano Pietro Leopoldo, il "codice Romagnosi" di stampo napoleonico, emanato a Milano l'8 settembre 1807, il codice penale e processuale per il principato di Lucca del 1807, il "Codice per lo Regno delle Due Sicilie", parte quarta, emanato a Napoli (codice napoletano) il 26 marzo 1819, il "codice albertino", che risale al 30 ottobre 1847. Ma fu il secondo codice piemontese del 20 novembre 1859, che venne poi esteso alla penisola, con alcuni adattamenti, con r.d. 26 novembre 1865, a diventare il primo codice del Regno d'Italia. Le codificazioni successive all'unità d'Italia del 1861 seguirono con l'approvazione del codice del 27 febbraio 1913 del ministro Finocchiaro Aprile, in vigore dal 1 gennaio 1914. Quindi il codice Rocco (dal nome del guardasigilli Alfredo Rocco), approvato in piena epoca fascista con r.d. 19 ottobre 1930, n. 1399, è rimasto in vita anche in epoca repubblicana fino al 1989, dopo alcune novelle (la principale è del 1955) resesi necessarie per adeguarlo al sistema democratico instaurato con la Costituzione del 1947. A questo è succeduto l'attuale "codice Vassalli", dal nome del ministro della giustizia del tempo, frutto dell'elaborazione della commissione ministeriale presieduta dal prof. Giandomenico Pisapia, approvato con d.P.R. 22 settembre 1988, n. 447, ed entrato in vigore il 24 ottobre 1989.

L'art. 111 Cost. si ispira all' "equo processo" delineato dall'art. 6 Conv. e.d.u. e, ancora prima, alla clausola del *due process of law*, introdotta dal XIV Emendamento (1868) alla Costituzione nordamericana del 1787³.

L'art. 111, comma 1, Cost. stabilisce, in via generale, che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge», disposizione applicabile a qualsiasi giurisdizione, sia essa civile, penale o amministrativa⁴.

3.1. Il principio di legalità processuale.

Il fatto che soltanto la legge possa indicare quali siano le forme processuali (principio di legalità processuale) è una garanzia per la provenienza della legge dal Parlamento, democraticamente eletto.

Il "giusto processo" deve essere «regolato dalla legge» e quindi quello penale è disciplinato dal codice di procedura penale, con un rinvio al legislatore (riserva di legge) e deve essere pertanto soltanto la legge a regolare casi, tempi, modi, diritti, obblighi e oneri con cui si deve svolgere il giusto processo.

L'art. 111, comma 1, Cost. introduce la garanzia del principio di legalità processuale, simmetrico a quello imposto dall'art. 25, comma 2, Cost. per il diritto penale sostanziale, da cui consegue la necessità che il processo sia compiutamente regolato da disposizioni di legge e si svolga nel rigoroso rispetto delle prescrizioni normative. Trattandosi di un principio di garanzia per l'accusato e per le altre parti processuali, ne discende che la disciplina codicistica, come le fattispecie incriminatrici, non è suscettibile di interpretazioni analogiche *in malam partem*, ossia tese a limitare i diritti processuali riconosciuti all'imputato e alle altre parti.

Purtroppo, oggi il principio di legalità processuale è eroso dalla c.d. *soft law*, che è ormai invalsa nella pratica e che dà luogo alle "buone prassi", attualmente formalizzate in circolari, protocolli, vademecum, linee guida, raccomandazioni, direttive, ordini di servizio, tutti provenienti da organi diversi dal legislatore, ma che finiscono per eludere il principio di legalità processuale, quando non sono addirittura *contra legem*.

Un'applicazione del principio di legalità è, in generale, l'efficacia della legge per il futuro, dal momento che l'art. 11 disp. sulla legge in generale stabilisce che "la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo". Tuttavia, come si vedrà, in materia processuale penale vige il principio *tempus regit actum*, per cui il processo è regolato dalla legge in vigore non al momento del reato ma al momento in cui si compie ogni atto processuale. Fanno però eccezione le disposizioni che aggravano l'esecuzione della pena, per le quali è riconosciuto il carattere punitivo e quindi il divieto di retroattività.

Altro esempio è offerto dall'**art. 127 c.p.p.**, che disciplina il **procedimento camerale tipico**, che difetta della pubblicità dell'udienza e prevede la presenza facoltativa delle parti. Il principio di legalità impedisce che possa procedersi col rito camerale al di fuori delle ipotesi previste dalla legge processuale. Spesso il legislatore indica questa disciplina (ad esempio, per l'udienza di archiviazione o di riesame), ma altre volte prevede dei **procedimenti camerale speciali** per qualche aspetto rispetto all'art. 127 c.p.p. (ad esempio, udienza preliminare, udienza d'incidente probatorio, nelle quali la presenza delle parti è obbligatoria, udienza di convalida dell'arresto e del fermo, in cui è obbligatoria la presenza del difensore): in questi casi

³ Secondo il XIV Emendamento «tutte le persone nate o naturalizzate negli Stati Uniti e soggette alla loro giurisdizione sono cittadini degli Stati Uniti e dello Stato in cui risiedono. Nessuno Stato emanerà o darà vigore ad alcuna legge che restringa i privilegi o le immunità dei cittadini degli Stati Uniti; così pure nessuno Stato priverà alcuna persona della vita, della libertà, o della proprietà, senza un regolare processo secondo il diritto; né rifiuterà a chicchessia nei limiti della sua giurisdizione l'eguale protezione delle leggi» (sezione I).

⁴ L'art. 111, comma 1, Cost. non è applicabile però alle *Authority* che non sono stati considerate organi di giustizia in senso proprio, ma "organi giustiziali": Cass, sez. II civ., 3 gennaio 2019, n. 4/2019, in riferimento alla CONSOB).

si tratta di un procedimento camerale atipico. Secondo la costante giurisprudenza della Corte europea il rito camerale non viola l'art. 6 CEDU solo quando le questioni trattate sono di carattere squisitamente tecnico e, quindi, non esigono il controllo del pubblico⁵.

Altro esempio è dato dall'**art. 129 c.p.p. che prescrive al giudice l'obbligo della immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità**. E' una disposizione generale in tema di atti e provvedimenti del giudice che si applica in ogni stato e grado del processo, ma che non può essere applicata al di fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge. In base a questa disposizione il giudice, il quale riconosce che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, oppure si tratta di un fatto di particolare tenuità ovvero il reato è estinto o manca una condizione di procedibilità, di dichiararlo di ufficio con sentenza. L'ordine tra le formule privilegia quelle di assoluzione rispetto a quelle di estinzione del reato, ma la mancanza di una condizione di procedibilità le precede tutte.

Il ventaglio delle **formule assolutorie** è tassativo.

Il fatto non sussiste : la formula si adotta quando il giudice accerta che l'elemento oggettivo del reato (condotta, evento o rapporto di causalità) non sussiste;

L'imputato non l'ha commesso: si accerta che il reato è stato commesso, ma non è stato commesso dall'imputato, bensì da altri;

Il fatto non costituisce reato: la formula si adotta quando il giudice accerta che difetta l'elemento psicologico del reato (manca il dolo, oppure se si tratta di un delitto colposo non vi è colpa, o non vi è preterintenzione);

Il fatto non è previsto dalla legge come reato: la legge non prevede quel fatto come reato. L'emissione di assegni senza provvista (cd. "a vuoto"), che, fino a qualche anno fa, intasava tutti gli uffici giudiziari, non è più previsto dalla legge come reato, ma è ora punita con la sanzione amministrativa; così pure i reati di ingiurie o la guida senza aver conseguito la patente sono stati depenalizzati. Tutti i giudici che si imbattono ancora nei processi per tali fatti devono dichiarare, in qualsiasi stato e grado del processo, che il fatto non è previsto dalla legge come reato;

Il fatto è di particolare tenuità: l'art. 131-bis cod. pen. stabilisce che, nei reati per i quali è prevista la pena della reclusione ovvero della reclusione o dell'arresto domiciliare non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alle predette pene, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, l'offesa è di "particolare tenuità" e il comportamento risulta "non abituale".

Il reato è estinto: l'estinzione del reato si può avere per diversi motivi: può essersi estinto, ad esempio, per prescrizione, per intervenuta amnistia oppure per morte del reo. Quindi, in tutte le ipotesi in cui il giudice accerta che il reato è estinto lo deve dichiarare. L'art. 157 c.p. stabilisce che la prescrizione è sempre espressamente rinunciabile dall'imputato, al fine di chiedere la formula assolutoria piena. La Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 151 c.p., nella parte in cui esclude la rinuncia all'amnistia⁶, per cui l'imputato ha diritto di rinunciare all'amnistia, e di conseguenza anche i decreti di clemenza prevedono il diritto dell'imputato di rinunciare all'amnistia. In seguito alla rinuncia alla prescrizione o all'amnistia, l'imputato corre il rischio di essere condannato.

⁵ Corte e.d.u., sez. II, 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza c/ Italia; Corte e.d.u., sez. II, 10 aprile 2012, Lorenzetti c/Italia, secondo cui "il principio che sancisce la pubblicità dei procedimenti giudiziari tutela le parti processuali da un'amministrazione segreta della giustizia e senza controllo del pubblico; la pubblicità, del resto, è il canale attraverso cui è possibile mantenere e incrementare la fiducia nei confronti dell'autorità giudiziaria. Rendendo l'amministrazione della giustizia trasparente, il menzionato principio contribuisce al raggiungimento dello scopo dell'art. 6 § 1 della convenzione, ovvero l'equo processo, la garanzia del quale è uno dei principi fondamentali di ogni società democratica".

⁶ Corte cost. 14 luglio 1971, n. 175.

Il giudice può accertare che manca una condizione di procedibilità (ad es. si accerta che il reato è procedibile a querela mentre in primo grado era stato ritenuto procedibile d'ufficio, magari per via di una diversa qualificazione giuridica, perché, ad esempio, in realtà non si tratta di reato di furto ma di appropriazione indebita, che è procedibile a querela). Se manca o è tardiva la querela, il giudice deve dichiarare l'improcedibilità per difetto di querela.

Il comma 2 dell'art. 129 c.p.p. stabilisce che quando ricorre una causa di estinzione del reato ma dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione (in dibattimento) o di non luogo a procedere (in udienza preliminare) con la formula prescritta. L'art. 129, comma 2, c.p.p. prende in considerazione l'ipotesi di un concorso tra due cause concorrenti di proscioglimento: ricorre una causa di estinzione del reato (ad es., l'amnistia o la prescrizione del reato), ma dagli atti risulta evidente l'innocenza dell'imputato (cioè dal fascicolo dell'udienza preliminare oppure da quello del dibattimento, non dal fascicolo del pubblico ministero perché il giudice conosce soltanto il fascicolo del dibattimento). Quindi il giudice, da una parte, accerta che il reato, ad esempio, è prescritto o amnistiato e quindi dovrebbe dichiarare l'estinzione del reato, però, dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste, che l'imputato non l'ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato. Pertanto, da una parte, c'è la prospettiva della formula assolutoria piena; dall'altra, invece, quella della dichiarazione di estinzione del reato. Il giudice arresta l'acquisizione probatoria e pronuncia sentenza di assoluzione (se in dibattimento) o di non luogo a procedere (se in udienza preliminare) con la formula prescritta, cioè, proscioglie l'imputato. Perché, si fronteggiano due opposte ragioni: l'estinzione del reato ma anche la prova dell'innocenza dell'imputato e ovviamente, l'ordinamento dà la prevalenza alla formula che assolve l'imputato nel merito, se questa risulta già evidente dagli atti senza necessità di assumere prove. Quindi, nella concorrenza delle due formule di proscioglimento, da una parte l'estinzione del reato, dall'altra l'evidenza di una causa ampiamente liberatoria, il giudice deve dare la precedenza alla formula di assoluzione, in nome, appunto, del *favor rei*. E' giusto che, se da una parte, si accerta che il reato è estinto, ma dall'altra risulta evidente l'innocenza dell'imputato, vada preferita quest'ultima formula. Si tratta di una norma generale che si applica in ogni stato e grado del processo, e quindi anche davanti alla corte di cassazione.

Dallo stesso comma 2 dell'art. 129 c.p.p. si ricava indirettamente anche un'altra regola, cioè se vi è invece concorso tra due cause diverse di proscioglimento: da una parte il difetto di una condizione di procedibilità e dall'altra la prova evidente dell'innocenza dell'imputato, quest'ultima non prevale e deve dichiararsi l'improcedibilità.

3.2. Il principio di tassatività.

Principio generale del processo penale è quello della tassatività, che deve essere esplicitamente previsto dalla legge e garantisce che soltanto nei casi tassativamente indicati dal legislatore si verificano le conseguenze indicate dalla legge (ad es. la limitazione della libertà personale, la nullità o inutilizzabilità, inammissibilità di un atto).

Il principio di tassatività trova applicazione in molteplici istituti, anche al di fuori del processo penale.

Le limitazioni ai diritti e alle libertà fondamentali sono tassative, perché la regola è la libertà e l'eccezione è la sua limitazione, che quindi deve essere tassativamente prevista. Infatti, l' "inviolabilità" della libertà personale, sancita dall'art.13 Cost., impone che le limitazioni alla libertà personale siano tassative ed eccezionali e pertanto, in ossequio alla riserva di giurisdizione, riservate al giudice e, in omaggio alla riserva di legge, ammesse soltanto nei casi e nei modi tassativamente dettati nel titolo I del libro IV del codice, dedicato appunto alle misure cautelari personali.

Si è già detto che anche le formule assolutorie sono indicate tassativamente.

In materia di **invalidità processuali**, è pacifico che tutte le sanzioni processuali, in ossequio al principio di legalità processuale e per consentire alle parti di non equivocare, non sono lasciati alla libera interpretazione del giudice, ma devono essere tassativamente indicate dal legislatore, per cui nullità, inutilizzabilità, inammissibilità e decadenza possono essere dichiarate soltanto nei casi tassativamente indicati dalla legge (costituiscono cioè un *numerus clausus*), anche se l'art. 178 c.p.p. pecca di genericità, perché anziché specificare le singole fattispecie di nullità di "ordine generale", indica ampie categorie, come quella di "capacità del giudice", o quella di "partecipazione al procedimento" del pubblico ministero, che possono dar adito a diverse interpretazioni ma soprattutto l'intervento, assistenza e rappresentanza dell'imputato e delle altre parti private", si prestano a diverse interpretazioni e sono il contrario della tassatività. Pertanto la giurisprudenza ha avuto campo libero nell'estendere (ha escogitato l'atto abnorme o l'atto inesistente), ma più spesso restringere le ipotesi di invalidità.

Tutte le sanzioni processuali sono, quindi, tassativamente previste dal codice di procedura penale.

Le **nullità** possono essere - quanto alla previsione - previste in modo generale oppure in modo speciale e possono essere - quanto al regime - assolute (artt. 179 e 525 c.p.p.), a regime intermedio (art. 180 c.p.p.) oppure relative (art. 181 c.p.p.).

Il principio di tassatività impone che soltanto nei casi in cui la legge lo stabilisce (*numerus clausus*) si può configurare una nullità (art. 177 c.p.p.).

Il legislatore, per rispettare appieno il principio di tassatività, dovrebbe perciò indicare una per una le ipotesi di nullità, ma lo fa solo per le nullità speciali, che sono appunto indicate in specifiche disposizioni del codice.

In altri casi, essendo la portata così vasta, il legislatore ha ritenuto impossibile indicare caso per caso le ipotesi di nullità, e allora nell'art. 178 c.p.p. ha previsto in via generale le nullità (previsione appunto d'ordine generale), cioè che sono previste in via generale, anziché caso per caso, cioè il legislatore stabilisce che la violazione di certi valori processuali (che riguardano il giudice, il P.M., le parti private) comporta una nullità. Si tratta di vedere poi, caso per caso, e spetta al giudice ovviamente riconoscerlo, se il caso concreto rientra in quelle ipotesi generali (è il *genus*) che il legislatore ha previsto, appunto, in via generale.

L'art. 178 c.p.p., alle lettere a), b) e c) indica il *genus* delle nullità d'ordine generale, che riguardano rispettivamente: a) il giudice, b) il pubblico ministero, c) le parti private e quindi tutti i soggetti del processo.

Prima ipotesi, per cui, secondo la lettera a), si ha nullità quando non è osservata una disposizione che concerne le «condizioni di capacità del giudice» (chi decide non ha i requisiti fondamentali, cioè non ha superato l'esame di magistratura, non ha assunto le funzioni giudiziarie o è già in quiescenza). Per la giurisprudenza non è incapace il giudice assegnato a funzioni diverse, ad esempio alle udienze civili o ad un altro ufficio giudiziario.

La prima ipotesi riguarda anche l'inosservanza delle disposizioni concernenti il «numero dei giudici necessario per costituire i collegi giudicanti secondo le leggi di ordinamento giudiziario». L'ordinamento giudiziario stabilisce, per ogni giudice, la sua composizione: il tribunale monocratico è composto da un solo giudice, il tribunale collegiale da tre giudici, tre giudici in Corte d'appello, sei in Corte d'assise e d'assise d'appello, cinque i giudici della sezione semplice della Corte di cassazione e nove quelli delle Sezioni unite.

Seconda ipotesi di cui alla lettera b), che riguarda il pubblico ministero, prende in considerazione due aspetti: l'«inosservanza delle disposizioni concernenti l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale e la sua partecipazione al procedimento». Quando il pubblico ministero viola le disposizioni che riguardano l'esercizio dell'azione penale (ad es. omette di esercitare l'azione penale) o attengono alla sua partecipazione al procedimento, consuma una nullità, anche questa di ordine generale, prevista cioè una volta per

tutte. L'«inosservanza delle disposizioni concernenti l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale» significa che il pubblico ministero non ha esercitato l'azione penale quando aveva l'obbligo di esercitarla: ciò capita, ad esempio, quando il giudice giudichi su un "fatto diverso" (da quello contestato) emerso a dibattimento ma per il quale il pubblico ministero non ha esercitato l'azione penale: ad esempio, Tizio deve rispondere di omicidio commesso a mezzanotte a mezzo di coltello, ma emerge dal dibattimento che in realtà l'omicidio è avvenuto a mezzogiorno e con uso di veleno, però il pubblico ministero non ha modificato l'imputazione, cioè non ha contestato il "fatto diverso" e, ciononostante il giudice condanna l'imputato per il "fatto diverso" non contestato, per cui quel capo della sentenza che riguarda il "fatto diverso" è affetto da nullità (assoluta) perché su quel fatto il pubblico ministero non ha esercitato l'azione penale e il giudice ha violato il principio della domanda. Ciò che il legislatore vuole sanzionare è l'omesso esercizio dell'azione penale, cioè si vuole evitare che il giudice giudichi *ex officio* e quindi non sia "terzo e imparziale".

La seconda ipotesi attiene anche al pubblico ministero e riguarda l'inosservanza delle disposizioni concernenti la partecipazione del pubblico ministero al procedimento. Il pubblico ministero è una parte pubblica, a differenza delle parti private, per cui deve essere presente al procedimento, talvolta obbligatoriamente e altre volte facoltativamente.

Terza ipotesi che riguarda l'«inosservanza delle disposizioni concernenti l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato e delle altre parti private, nonché la citazione in giudizio della persona offesa dal reato e del querelante». Finora abbiamo parlato del giudice e del pubblico ministero e ora parliamo delle parti private ed *in primis* dell'imputato, del quale il legislatore intende assicurare la difesa nei suoi elementi più importanti, e cioè l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza. L'«intervento» personale sia dell'imputato sia delle altre parti private, che possono intervenire personalmente (ad es. l'imputato può intervenire personalmente presentandosi per l'interrogatorio o per rendere dichiarazioni spontanee). Quindi ogni qualvolta sono violate le disposizioni che dovrebbero assicurare l'intervento dell'imputato o delle altre parti private si compie un atto affetto da nullità di ordine generale. Ancora, dà luogo a nullità d'ordine generale la lesione dell'«assistenza» tecnica da parte di un difensore, cioè di un avvocato dell'imputato o delle altre parti private. Anche in questo caso, ogniqualvolta l'assistenza difensiva non è assicurata perché è stata violata la disposizione dettata appunto per consentire l'assistenza difensiva (ad es. l'imputato nomina un difensore di fiducia ma gli viene nominato un difensore d'ufficio, il quale si presenta al dibattimento, mentre il difensore di fiducia non è avvisato del dibattimento). Quindi, ogni qualvolta sono violate le disposizioni che concernono la possibilità del difensore (d'ufficio o di fiducia) dell'imputato o di quello delle altre parti private di assistere o difendere il proprio assistito, si verte in un'ipotesi di nullità d'ordine generale.

Oltre che l'«intervento» e l'«assistenza», è tutelata pure la «rappresentanza» dell'imputato o delle altre parti private, per cui tali parti, pur non presenti fisicamente, sono rappresentati dal loro difensori. Sono rappresentati dal difensore, tra gli altri, l'imputato irreperibile (art. 159 comma 2), quello latitante o evaso è rappresentato «a ogni effetto» dal difensore (art. 165 comma 3) ed anche l'imputato assente «è rappresentato dal difensore» (art. 420-bis, comma 3). E' altresì rappresentato dal difensore ed è considerato presente l'imputato che, dopo essere comparso, si allontana dall'aula d'udienza o che, presente ad un'udienza, non compare ad udienze successive» (art. 420-bis comma 3).

Anche le parti private diverse dall'imputato sono rappresentate dal difensore, cioè la parte civile, il responsabile civile e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria «stanno in giudizio col ministero di un difensore, munito di procura speciale conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata dal difensore o da altra persona abilitata» (art. 100

comma 1). Quindi, la rappresentanza in questo caso deve essere ugualmente tutelata, perché se fosse violata questa disposizione, si consumerebbe una nullità di ordine generale.

L'art. 178, comma 1 lett. c), c.p.p. prevede che «l'inosservanza delle disposizioni sulla citazione in giudizio della persona offesa dal reato e del querelante» dà luogo a nullità di ordine generale. In questo modo il legislatore distingue tra l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza delle "parti private", e una tutela, sia pure attenuata, riconosciuta alla persona offesa dal reato e al querelante (le quali non sono parti processuali ma semplici soggetti del processo). La tutela sanzionatoria a favore della persona offesa dal reato e del querelante è quindi inferiore rispetto a quella accordata alle parti private, perché è causa di nullità d'ordine generale soltanto l'inosservanza delle disposizioni concernenti la loro "citazione in giudizio" (ad esempio l'omessa citazione). Pertanto, l'omessa citazione a giudizio della persona offesa e del querelante dà luogo a una nullità (che vedremo essere a regime intermedio). Si noti che tale nullità d'ordine generale riguarda soltanto la «citazione a giudizio» (non altre, quale ad es. l'omessa citazione all'udienza preliminare della persona offesa o del querelante che dà luogo a nullità relativa). E' logico che sia così, il querelante è colui che ha presentato una querela e la persona offesa è colui che ha subito il reato, la vittima, per cui non si può celebrare il dibattimento senza che costoro siano citati in giudizio. Quindi la citazione in giudizio sia dell'offeso sia del querelante sono tutelati dalla legge, e l'eventuale inosservanza, cioè la mancata citazione di queste persone, dà luogo ad una nullità di ordine generale, e a regime intermedio.

Non è prevista, invece, a pena di nullità (e quindi costituisce semplice irregolarità) l'omessa citazione dei terzi titolari di diritti reali o personali di godimento sui beni in sequestro, di cui l'imputato risulti avere la disponibilità a qualsiasi titolo, soggetti che devono essere citati a norma dell'art.104-bis, comma 1-*quienquies*, disp. att. c.p.p.

Questi sono i casi di nullità d'ordine generale (è il *genus*), ma non ne conosciamo la *species*, per cui occorre ora accertare se si tratta di nullità assoluta o a regime intermedio. Come si è già detto, l'art. 178 c.p.p. si limita ad una previsione di carattere generale: anziché stabilire, caso per caso, l'ipotesi in caso di nullità, questo articolo le prevede con categorie generali che sono riferite al giudice, al pubblico ministero ed alle parti private. Questa previsione generale, però, non specifica di che specie siano tali nullità d'ordine generale; è solo una forma di previsione in via generale: le nullità sono previste in via generale anziché singolarmente, mentre altre nullità sono previste in via speciale (nullità speciali). Abbiamo esaurito così l'esame delle nullità previste in modo generale.

Nell'ambito delle nullità d'ordine generale, quindi nell'ambito delle ipotesi di cui alle lettere a), b) e c), dell'art. 178, dobbiamo distinguere: alcune sono nullità assolute, tutte le altre in via residuale sono nullità a regime intermedio.

Il ragionamento da seguire ha la seguente cadenza: occorre prima accertare se il vizio ricada nella previsione generale dell'art. 178 c.p.p.; in caso affermativo, verificare se il caso rientra tra le nullità assolute; in terzo luogo, si deve concludere che se la nullità, prevista in via generale dall'art. 178 c.p.p., non è assoluta, di conseguenza è a regime intermedio.

Le nullità assolute sono previste tassativamente dall'art. 179 c.p.p.

In particolare, sono assolute tutte le nullità previste dall'art. 178, comma 1, lettera a), c.p.p.: si tratta della violazione delle disposizioni concernenti «le condizioni di capacità del giudice e numero dei giudici necessario per costituire i collegi stabilito dalle leggi di ordinamento giudiziario». Un giudice che non è capace (perché non magistrato in quanto non ha superato il concorso in magistratura, oppure un giudice che giudica con un numero di magistrati inferiore a quello previsto nell'ordinamento giudiziario) dà luogo a nullità gravissima tanto è vero che il vizio è insanabile e rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado

del procedimento. Quindi, possiamo anche dire che tutte le ipotesi previste dalla lettera a) danno luogo a nullità assoluta.

Invece non tutti i casi previsti dalla lettera b) danno luogo a nullità assoluta, perché si prevede che provoca una nullità assoluta soltanto la violazione delle disposizioni concernenti «l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale». Ma la lettera b) non riguarda solo l'iniziativa del P.M. nell'esercizio dell'azione penale ma anche la «partecipazione del P.M. al procedimento», la quale non dà luogo ad una nullità assoluta e quindi, in via residuale, se non è assoluta è una nullità a regime intermedio.

Neanche la lettera c) dà sempre luogo a nullità assoluta, ma vi dà luogo soltanto l'inosservanza delle disposizioni concernenti l'«omessa citazione dell'imputato o dall'assenza del suo difensore nei casi in cui n'è obbligatoria la presenza». Si badi che è causa di nullità assoluta qualsiasi omessa citazione dell'imputato e quindi non solo quella in giudizio (ma, ad es. per l'udienza preliminare). Anche questi sono casi gravissimi così come il precedente (si pensi che si celebri un dibattimento di cui l'imputato non ne sa nulla perché non è stato citato). E' chiaro a tutti che l'imputato deve essere informato del suo processo per consentirgli di partecipare e di difendersi e quindi non si possa tenere un processo a sua insaputa, a pena di nullità assoluta dell'udienza. L'altra ipotesi di nullità assoluta riguarda l'assenza del difensore dell'imputato nei casi in cui la legge prevede come obbligatoria la sua presenza: si tratta, ad esempio, delle udienze relative al dibattimento, all'incidente probatorio, all'udienza preliminare, all'udienza di convalida dell'arresto o del fermo, tutti casi in cui è obbligatoria la presenza del difensore. Questa è l'ipotesi in cui il difensore pur essendo obbligatoria la sua presenza non è presente. Anche questa ipotesi dà luogo ad una nullità gravissima ad una nullità assoluta, però quest'ultima previsione dell'omessa citazione dell'imputato, assenza del difensore nei casi in cui ne è obbligatoria la presenza non esaurisce tutta la lett. c) dell'art. 178 c.p.p. perché è molto più generica. Questa lett. c) parla di «intervento, assistenza e rappresentanza dell'imputato e delle altre parti private nonché di omessa citazione della persona offesa e del querelante», quindi nella lett. c) dell'art. 178 ci sono tante altre ipotesi di nullità che non danno luogo a nullità assoluta, perché assolute sono solo quelle che consistono nella «omessa citazione e assenza del difensore nei casi in cui è obbligatoria la sua presenza».

Tutte le altre ipotesi previste dall'art. 178 c.p.p. ma non rientranti tra le nullità assolute sono «a regime intermedio»: si tratta delle disposizioni concernenti la «partecipazione del P.M. al procedimento», l'omesso «intervento» (non dovuto alla «omessa citazione») dell'imputato, l'omessa «assistenza» (diversa dall'assenza del difensore nei casi in cui è obbligatoria la sua presenza), l'omessa «rappresentanza dell'imputato e delle altre parti private, l'omessa «citazione in giudizio della persona offesa dal reato e del querelante».

Bisogna sempre seguire questo ragionamento: prima cosa rileggere l'art. 178 c.p.p. e chiedersi: la fattispecie concreta rientra nell'art. 178? Riguarda il giudice? Allora, vediamo la lettera a). Riguarda il P.M.? Allora vediamo la lettera b). Riguarda le parti private? Allora vediamo la lettera c).

Il caso concreto rientra o no in una delle ipotesi di cui all'art. 178 c.p.p.? Perché se rientra nell'art. 178 il discorso è semplice: la nullità è assoluta (ma sono quelle tassativamente previste che abbiamo visto), altrimenti è nullità a regime intermedio.

Il comma 2 dell'art. 179 c.p.p. prevede le nullità speciali assolute. In realtà ne esiste un unico caso, previsto dall'art. 525 c.p.p., che stabilisce che «alla deliberazione concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento»; si tratta dell'unico caso di nullità speciale assoluta.

Come abbiamo detto, le ipotesi previste in via generale dall'art. 178 c.p.p. ma non rientranti tra le nullità assolute, sono «di risulta» nullità di *tertium genus* o cosiddette «a regime intermedio» perché rappresentano un terzo genere, un genere intermedio tra le nullità assolute e quelle relative. La loro disciplina prevede che devono essere rilevate anche di ufficio, ma non

possono più essere rilevate né dedotte dopo la deliberazione della sentenza di primo grado ovvero, se si sono verificate nel giudizio, dopo la deliberazione della sentenza del grado successivo (art. 180).

Le nullità a regime intermedio hanno un regime intermedio perché “stanno in mezzo”, sono interposte tra le nullità assolute, che sono le più gravi, e quelle relative, che sono nullità ancor di minor importanza, di minor rango.

Le nullità intermedie hanno una disciplina più blanda non possono più essere rilevate dal giudice, né dedotte dalle parti dopo la deliberazione della sentenza di primo grado (se si sono verificate prima di questa sentenza), oppure (se si sono verificate in giudizio) dopo la deliberazione della sentenza del grado successivo. Quindi, se la nullità si è verificata in primo grado, deve essere rilevata o dedotta prima della sentenza d'appello; se si è verificata in grado d'appello, deve essere rilevata o dedotta prima che sia pronunciata la sentenza della Corte di cassazione; in definitiva, è imposto il limite della fase successiva.

L'art. 181 c.p.p. disciplina le nullità relative, che sono quelle non rientranti tra le nullità generali di cui all'art. 178 e quindi sono “speciali” e inoltre non devono essere dichiarate dalla legge assolute. La loro disciplina prevede che sono dichiarate soltanto su eccezione di parte (il giudice non può rilevarle d'ufficio). Inoltre sono posti limiti cronologici alla deduzione perché le nullità concernenti gli atti delle indagini preliminari e quelli compiuti nell'incidente probatorio e le nullità concernenti gli atti dell'udienza preliminare devono essere eccepite prima che sia pronunciato il provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare (sentenza di non luogo a procedere o decreto che dispone il giudizio). Quando manchi l'udienza preliminare, le nullità devono essere eccepite prima che sia compiuto per la prima volta l'accertamento della regolare costituzione delle parti, ai sensi dell'art. 491 comma 1. Pertanto, le nullità, se non ricadono nella previsione generale dell'articolo 178 e non sono assolute speciali, sono relative, con una disciplina molto blanda.

Contrapposte alle nullità generali si pongono le nullità speciali, o meglio di quelle d'ordine speciale perché previste in modo specifico, cioè di volta in volta. Se vogliamo fare un parallelismo con quelle di cui all'art. 178 (che sono d'ordine generale) queste altre sono d'ordine speciale, cioè sono previste specialmente, in modo specifico, cioè una per una. Nel codice vi sono molteplici ipotesi di nullità speciali: ad esempio, art. 109 comma 3, che prescrive a pena di nullità le disposizioni sulla lingua (ma, se l'atto non tradotto concerne l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato e delle altre parti private, nonché la citazione in giudizio della persona offesa dal reato e del querelante, si tratta di nullità a regime intermedio e, se riguarda la citazione dell'imputato, dà luogo a nullità assoluta); art. 125, comma 3, prevede l'obbligo della motivazione a pena di nullità; art. 127, comma 5, prevede la sanzione della nullità per l'inosservanza dei commi 1, 3 e 4; art. 142 disciplina la nullità dei verbali; art. 171 regola la nullità delle notificazioni; art. 199, comma 2, prescrive al giudice a pena di nullità di avvisare i prossimi congiunti dell'imputato della facoltà di astenersi dalla testimonianza; art. 213, comma 3, prescrive a pena di nullità l'osservanza dei commi 1 e 2; art. 222, che prevede la nullità della perizia; art. 292, comma 2, prevede che l'ordinanza che dispone la misura cautelare deve contenere alcuni requisiti «a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio»; art. 471, comma 1, stabilisce che l'udienza è pubblica a pena di nullità. In tutti questi casi il legislatore ha previsto in maniera specifica la nullità, per cui sono appunto nullità d'ordine speciale.

Le previsioni che invece rientrano nell'art. 178 sono nullità d'ordine generale con un'avvertenza ulteriore. Non è detto che le nullità previste specificamente siano sempre speciali perché può capitare che una nullità sia prevista in maniera specifica ma rientri pure nelle previsioni generali dell'art. 178, ovvero che il legislatore l'abbia voluta rafforzare in maniera specifica, ma nonostante la specifica indicazione, rientri anche tra le nullità d'ordine generale ed allora, in questo caso, prevale la formulazione d'ordine generale su quella speciale e quindi

si ricade, a seconda dei casi, nella categoria della nullità assoluta o a regime intermedio (facciamo l'esempio dell'art. 416, che stabilisce che «la richiesta di rinvio a giudizio è nulla se non è preceduta dall'avviso previsto dall'art. 415-bis»: nonostante sia prevista in modo speciale, la nullità incide sul diritto di assistenza difensiva e quindi ricade anche tra quelle a regime intermedio; altro esempio è dato dall'art. 522, che prevede la nullità della sentenza per difetto di contestazione: anche in questo caso, nonostante sia prevista in modo speciale, la nullità è riconducibile all'intervento e all'assistenza dell'imputato (e quindi dà luogo ad una nullità a regime intermedio), e addirittura può ritenersi attinente all'omesso esercizio dell'azione penale (e sarebbe una nullità assoluta).

Il sistema delle nullità si può illustrare con uno schema :

		- Assolute
	pos	(art. 179 c.p.p.)
Nullità generali (art. 178) (previste in modo generale dall'art.178)	son	
	o	
	ess	
	ere	- A regime intermedio (art. 180 c.p.p.)

Si deve accertare se il vizio che viene prospettato rientra tra le nullità di ordine generale, e quindi tra quelle previste dall'art. 178. Se vi rientra, il problema è sciogliere l'alternativa tra nullità assoluta o a regime intermedio. Se non rientra nelle previsioni generali dell'art. 178 si tratta di una nullità speciale.

Nullità speciali (previste in modo speciale da specifiche disposizioni, ma potrebbero rientrare anche nelle ipotesi generali dell'art. 178 e in tal caso restano generali)	pos	-Assolute	(art.525
	so	c.p.p.)	
	no		
	es		
	se		
	re	-Relative	(art.181 c.p.p.)

Il codice di procedura penale prevede la sanzione processuale dell'**inutilizzabilità**. Vigge il principio di tassatività, dettato per tutte le forme di invalidità e quindi anche per l'inutilizzabilità, che quindi deve essere tassativamente prevista dalla legge. Come per le nullità, anche l'inutilizzabilità può essere prevista in via generale o in modo speciale.

L'art. 191 c.p.p. disciplina la previsione generale di inutilizzabilità, stabilendo, al comma 1, che l'inutilizzabilità riguarda soltanto le «prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge». Secondo la previsione generale, l'inutilizzabilità non opera quindi per qualsiasi violazione di legge nell'acquisizione della prova (ad esempio, per le modalità con cui una prova ammissibile è assunta), ma soltanto quando la prova è acquisita in violazione di un divieto probatorio.

Pertanto l'inutilizzabilità generale opera soltanto quando la prova è acquisita «in violazione dei divieti stabiliti dalla legge» (art. 191, c. 1, c.p.p.), deve trattarsi di prova vietata e quindi inammissibile (ad es. art. 64, c. 2, c.p.p., art. 188 c.p.p., art. 193 c.p.p., art. 194, c. 1, c. 3 e c. 4, c.p.p., art. 198, c. 2, c.p.p., art. 234, c. 3, c.p.p., art. 195, c. 6, c.p.p., art. 197, c. 1,

c.p.p., art. 197-bis, c. 4, c.p.p., art. 199, c. 1, c.p.p., art. 220, c. 2, c.p.p., art. 234, c. 3, c.p.p., art. 236 c.p.p., art. 240, c. 1, c.p.p., art. 240, c. 2, c.p.p., art. 472, c. 3-bis, c.p.p.).

Tale inutilizzabilità generale è chiamata anche “patologica” proprio perché consegue alla violazione di un divieto probatorio posto a tutela dei diritti fondamentali della persona, quali il diritto all’inviolabilità del domicilio o della corrispondenza (in questo senso Cass., Sez. Un. 24 settembre 1998, Gallieri, in *Cass. pen.*, 1999, 465 e Cass., Sez. Un., 25 marzo 2010, Cagnazzo, in *Cass. pen.*, 2010, 3049) e non deve confondersi con la “fisiologica” inutilizzabilità degli atti compiuti al di fuori del dibattimento (ad es. un atto di indagine del pubblico ministero o del difensore), che, per definizione, non possono avere efficacia di prova nel dibattimento, dal momento che il giudice può utilizzare al momento della decisione soltanto le prove legittimamente acquisite nel dibattimento (art. 526 c.p.p.).

Mentre l’inutilizzabilità generale è disciplinata, appunto in via generale, dall’art. 191 c.p.p., l’inutilizzabilità è speciale quando una specifica norma di legge prevede espressamente l’inutilizzabilità della prova (ad es., artt. art. 63, c. 1 e 2, c.p.p., 64, c. 3-bis, c.p.p., 103, c. 7, c.p.p., 188 c.p.p., 195, c. 7, c.p.p., 203 c.p.p., 238, c. 4, c.p.p., 271 c.p.p., 391-*bis*, c. 6 e c. 9, c.p.p., 526 c. 1 c.p.p.).

Allo stesso modo che per le nullità, anche il *genus* dell’inutilizzabilità presenta due *species* : assoluta o relativa.

L’inutilizzabilità della prova è assoluta quando impedisce di porre la prova a fondamento di qualsiasi provvedimento contro qualunque soggetto (ad es. artt. 63, c. 2, c.p.p., 64, c. 2, 188 c.p.p., 271 c.p.p.). L’inutilizzabilità è invece relativa quando la legge limita l’inutilizzabilità a determinati soggetti (ad es. artt. 191, c. 2-bis, c.p.p., 63, c. 1, c.p.p., 197-bis, c. 5, c.p.p.) o a determinati provvedimenti che non possono basarsi sulla prova inutilizzabile (ad es. artt. 26 c.p.p., 228, c. 3, c.p.p., 360, c. 5, c.p.p.).

Può essere utile uno schema:

INUTILIZZABILITA’ GENERALE (art. 191 c.p.p.):

DIVIETI PROBATORI posti dagli artt. 64, c. 2, c.p.p.; 188 c.p.p.; 193 c.p.p. ; 194, c. 1,3 e 4, c.p.p.; art. 198, c. 2, c.p.p.; art. 234, c. 3, c.p.p.; art. 195, c. 6, c.p.p. ; art. 197, c. 1, c.p.p.; art. 197-bis, c. 4, c.p.p.; art. 199, c. 1, c.p.p.; art. 220, c. 2, c.p.p.; art. 234, c. 3, c.p.p.; art. 236 c.p.p.; art. 240, c. 1 e 2, c.p.p.; art. 472, c. 3-bis, c.p.p.).

INUTILIZZABILITA’ SPECIALI: artt. 26, 63, 64, 103,188, 197-bis, 228, 271, 360.

DIVIETI DI UTILIZZAZIONE posti dagli artt. 63, c. 1 e 2, c.p.p.; 64, c. 3-bis, c.p.p.; 103, c. 7, c.p.p.; 188 c.p.p.; 195, c. 7, c.p.p.; art. 203 c.p.p.; art. 238, c. 4, c.p.p.; art. 271 c.p.p.; art. 391-*bis*, c. 6, c.p.p.; art. 391-*bis*, c. 9, c.p.p.; art. 526 c. 1 c.p.p.

INUTILIZZABILITA’ ASSOLUTE:

artt. 63, c. 2, c.p.p.; 64, c. 2, c.p.p.; 188 c.p.p.; art. 271 c.p.p.

INUTILIZZABILITA’ RELATIVE:

art. 26 c.p.p.; art. 63, c. 1, c.p.p.; art. 191, c. 2-bis c.p.p.; art. 197-bis, c. 5, c.p.p.; art. 228, c. 3, c.p.p.; art. 360, c. 5, c.p.p.

Altre sanzioni processuali, sempre governate dal principio di tassatività, sono l’inammissibilità dell’atto e la decadenza della parte (ad es. l’inammissibilità dell’atto di impugnazione tardivo, sotto il profilo oggettivo, e la decadenza dell’impugnante, sotto quello soggettivo, operano soltanto nei casi tassativamente dalla legge).

L’**inammissibilità** è un grave vizio degli atti che però non ha una disciplina generale nel codice ma è soltanto menzionato in tassative e specifiche disposizioni del codice: perciò le inammissibilità sono solo speciali e non esiste una inammissibilità prevista in via generale. Pertanto, in virtù del principio di tassatività, l’inammissibilità è rilevabile o deducibile soltanto nei casi tassativamente previsti dalla legge: tra i quali, la dichiarazione di ricsuzione del

giudice (art. 41, comma 1, c.p.p.), la richiesta di rimessione del processo (art. 49, commi 2 e 3, c.p.p.), la costituzione di parte civile (art. 78, comma 1 c.p.p.), la procura speciale per determinati atti (art. 122, comma 1, c.p.p.), l'indicazione di una prova nella lista testimoniale (art. 468, comma 1, c.p.p.), l'impugnazione (art. 591 c.p.p.). Si tratta sempre di domande che una parte rivolge al giudice. Il codice non indica sempre il regime di rilevazione o di deducibilità della causa di inammissibilità, ma lo specifica soltanto per l'inammissibilità della costituzione della parte civile (gli artt. 80 e 81 c.p.p. precisano che va dichiarata dal giudice prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado) e per l'inammissibilità dell'impugnazione (l'art. 591 commi 2 e 4, c.p.p. indica che deve essere dichiarata dal giudice d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, ma l'art. 627, comma 4, c.p.p. precisa non oltre la pronuncia della sentenza di annullamento con rinvio da parte della corte di cassazione).

La **decadenza** è il profilo soggettivo dell'inammissibilità di un atto e quindi comporta la perdita del potere di un soggetto di compiere un atto per la mancata osservanza di un termine perentorio posto dalla legge per il suo compimento.

I **termini processuali** rappresentano il tempo che il codice prescrive in riferimento al compimento di un atto processuale.

Avuto riguardo alla loro funzione, i termini si distinguono in acceleratori o dilatori. Sono acceleratori i termini con i quali, mirando ad accelerare il corso del processo, la legge prescrive che un atto deve essere compiuto non oltre la scadenza di un termine (ad es. i termini per impugnare, per il deposito della motivazione della sentenza, per richiedere le restituzioni nel termine). Sono invece dilatori i termini con i quali, garantendo un lasso di tempo ad un soggetto a tutela di un suo diritto processuale, si prescrive che un atto non può essere compiuto prima di un certo termine (ad es. i termini per comparire, i termini a difesa, i termini per il deposito di atti a disposizione della difesa).

In riferimento, invece, alla sanzione collegata al loro mancato rispetto, i soli termini acceleratori si distinguono in perentori (quando l'inosservanza del termine comporta la decadenza del soggetto dal potere di compierlo validamente: ad es. termini per impugnare) oppure ordinatori (o comminatori, quando l'inosservanza del termine non comporta decadenza, ma solo sanzioni disciplinari *ex* art. 124 c.p.p.). Anche in materia vige il principio di tassatività, per cui i termini si considerano stabiliti a pena di decadenza "soltanto nei casi previsti dalla legge" (art. 173 c.p.p.) (termini perentori). Quando, invece, la legge non prevede la sanzione della decadenza il termine è ordinatorio.

Altra applicazione del principio di tassatività si ritrova in materia di **impugnazioni**, per le quali il legislatore vuole evitare che qualsiasi provvedimento sia impugnabile, o che qualsiasi parte possa sempre impugnare, e, per evitare una moltiplicazione dei procedimenti, stabilisce tassativamente quali provvedimenti sono impugnabili, con che mezzo di impugnazione e quali parti sono legittimate ad impugnare.

Il principio di tassatività comporta che i provvedimenti del giudice non sono sempre impugnabili, ma, al contrario, è la legge che stabilisce i casi nei quali tali provvedimenti sono soggetti a impugnazione (tassatività dei casi) e inoltre è la legge a determinare il mezzo con cui possono essere impugnati (tassatività dei mezzi) e il soggetto legittimato ad impugnare (tassatività dei soggetti) (art. 568, comma 1, c.p.p.). Al di fuori della previsione legislativa il provvedimento non è pertanto impugnabile. Tuttavia, in attuazione dell'art. 111, comma 7, Cost., sono sempre soggetti a ricorso per cassazione, quando non sono altrimenti impugnabili, i provvedimenti con i quali il giudice decide sulla libertà personale (quindi sia che limitino sia che restituiscano la libertà) e tutte le sentenze con le quali il giudice definisce il processo (salvo

quelle sulla competenza che possono dare luogo a un conflitto di giurisdizione o di competenza a norma dell'art. 28) (art. 568, comma 2, c.p.p.). Di conseguenza le sentenze sono appellabili soltanto se l'appello è espressamente previsto dalla legge; altrimenti sono soltanto ricorribili per cassazione.

Per il principio di tassatività anche la legittimazione ad impugnare spetta soltanto a colui al quale la legge espressamente la conferisce e, se la legge non distingue tra le diverse parti, il diritto ad impugnare spetta a ciascuna di esse (art. 568, comma 3, c.p.p.).

Non esiste tassatività, invece, in materia di prova, giacché il codice vuole lasciare spazio alle nuove prove che, oggi sconosciute, la scienza e la tecnologia potranno in futuro importare nel processo e ha dettato una disposizione, l'art. 189 c.p.p. (prove non disciplinate dalla legge), che consente al giudice di assumerle a due sole condizioni: che la prova "atipica" o "innominata" risulti "idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti" e quindi sia attendibile e che essa non pregiudichi "la libertà morale della persona". Se risponde a queste due caratteristiche, il giudice può ammettere la prova e, siccome non esiste una disciplina legislativa che ne prescriva le modalità di assunzione, deve garantire il contraddittorio e quindi deve sentire le parti sulle modalità di assunzione della prova.

3.3. Il principio del favor rei.

Il principio del *favor rei* privilegia l'interesse dell'imputato rispetto all'interesse punitivo dello Stato.

Il principio presenta molteplici applicazioni nel processo, la più nota delle quali è quella che impone la sentenza di assoluzione "anche quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile" (art. 530, comma 2, c.p.p.).

Allo stesso modo è imposta la sentenza di non doversi procedere per improponibilità o improseguibilità dell'azione penale "quando la prova dell'esistenza di una condizione di procedibilità è insufficiente o contraddittoria" (art. 529, comma 2, c.p.p.).

3.4. Tempus regit actum per le norme processuali.

E' principio generale che il procedimento penale è disciplinato dalle norme processuali vigenti al momento in cui si compie l'atto processuale: quindi può anche capitare che in un processo penale trovino applicazione disposizioni processuali entrate in vigore dopo la commissione del reato. Tale efficacia retroattiva delle norme processuali a fatti commessi prima della loro entrata in vigore è generalmente tollerata perché ritenuta non lesiva dei diritti processuali delle parti.

Infatti, l'art. 25, comma 2, Cost. vieta soltanto che la pena sia prevista da una legge entrata in vigore dopo la commissione del fatto.

Anche l'art. 2 c.p. vieta che taluno sia punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato (comma 1). Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali (comma 2). Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'art. 135 cod. pen. (comma 3). Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica

quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile (comma 4).

Naturalmente il principio *tempus regit actum* si applica soltanto alla successione nel tempo di leggi processuali, mentre, qualora si succedano nel tempo, in sede di legittimità, interpretazioni difformi di norme processuali (*overruling* giurisprudenziale), il provvedimento assunto nell'osservanza di un orientamento in seguito non più condiviso, non può ritenersi legittimo⁷, ma superato dall'interpretazione più recente che, ancorchè non vincolante per il giudice che deve giudicare, rappresenta però un autorevole precedente.

3.5. Il divieto di retroattività per le norme che aggravano l'esecuzione della pena.

Già da diversi anni la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto natura afflittiva alle norme (siano esse processuali penali o di ordinamento penitenziario) che rendono più gravosa l'esecuzione della pena rispetto alla sanzione prevista al momento del fatto.

Dapprima la Corte e.d.u. ritenne violato l'art. 7 C.e.d.u. proprio per l'insufficiente chiarezza della legge penale al momento del fatto, e dunque per l'imprevedibilità delle conseguenze sanzionatorie connesse alla violazione del precetto⁸.

Ma poi, nel 2013, la Corte e.d.u., Grande Camera, Del Rio Prada c/Spagna, precisò che, in linea di principio, le modifiche alle norme sull'esecuzione della pena non sono soggette al divieto di applicazione retroattiva di cui all'art. 7 C.e.d.u., eccezion fatta - però - per quelle che determinino una «ridefinizione o modificazione della portata applicativa della “pena” imposta dal giudice». Altrimenti, osservò la Corte, «gli Stati resterebbero liberi - ad esempio modificando la legge o reinterpretando i regolamenti esistenti - di adottare misure che retroattivamente ridefiniscano la portata della pena imposta, in senso sfavorevole per l'interessato. Ove il divieto di retroattività non operasse in tali ipotesi - concluse la Corte - l'art. 7 C.e.d.u. verrebbe privato di ogni effetto utile per i condannati, nei cui confronti la portata delle pene inflitte potrebbe essere liberamente inasprita successivamente alla commissione del fatto⁹. Solo di recente la Corte costituzionale, mutando orientamento, ha affermato, con la sentenza n. 32/2020, che “di regola, le pene detentive devono essere eseguite in base alla legge in vigore al momento della loro esecuzione, salvo però che tale legge comporti, rispetto al quadro normativo vigente al momento del fatto, una trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale. In questa ipotesi, l'applicazione retroattiva di una tale legge è incompatibile con l'art. 25, secondo comma, Cost.”¹⁰.

E' perciò principio ormai pacifico che le modifiche *in peius* della disciplina dell'esecuzione della pena sono soggette al principio di irretroattività della legge penale di cui all'art. 25, comma 2, Cost.

3.6. Il principio della perpetuatio iurisdictionis.

Il principio della *perpetuatio iurisdictionis* (permanenza della giurisdizione) comporta che la competenza, una volta radicatasi presso il giudice, resta invariata per tutto il corso del

⁷ Principio pacifico in giurisprudenza: Cass., sez. VI, 25.2.2020 (dep. 7.5.2020), n. 14051; Cass., sez. II, 16.10.2019, n. 44678; Cass., sez. II, 6.5.2010, n.19716 Cass., sez. VI, 26.5.2008, n. 29684.

⁸ Corte e.d.u., Grande Camera, 12 febbraio 2008, Kafkaris contro Cipro (fattispecie in cui il ricorrente aveva commesso il reato in un'epoca in cui la pena dell'ergastolo, in forza dell'allora vigente normativa penitenziaria nazionale, consentiva l'accesso del condannato alla liberazione condizionale, in caso di buona condotta, dopo vent'anni di detenzione. In seguito alla modifica di tale normativa, la prospettiva di una liberazione condizionale era sostanzialmente venuta meno, con conseguente trasformazione dell'ergastolo in una detenzione, effettivamente, a vita).

⁹ Corte e.d.u., Grande Camera, 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c/ Spagna.

¹⁰ Corte cost. 12 febbraio 2020, n. 32.

processo, anche in caso di assoluzione dell'imputato dal reato più grave che aveva determinato la competenza anche per gli altri reati¹¹.

3.7. Il principio di non regressione del processo.

Il vocabolo "processo" indica una progressione di atti, per cui è naturale il principio per cui **il processo procede e, di regola, non regredisce.**

Solo in casi eccezionali è consentito che il processo regredisca a fasi o momenti anteriori: ad esempio, l'art. 185, comma 3, c.p.p., che disciplina gli effetti della dichiarazione di nullità, stabilisce che "La dichiarazione di nullità comporta la regressione del procedimento allo stato o al grado in cui è stato compiuto l'atto nullo, salvo che sia diversamente stabilito" (ad esempio, la nullità della citazione in giudizio comporta la regressione del procedimento alla fase precedente la citazione in giudizio, che dovrà essere rinnovata).

Ma tale regressione non opera per le nullità concernenti le prove (art. 185, comma 4, c.p.p.), per cui una prova nulla non "contagia" le altre prove, anche se successive, e allo stesso modo, si ritiene anche le prove inutilizzabili.

3.8. Il principio del favor separationis. Il processo accusatorio tende a giudicare un solo imputato per un'unica imputazione, al fine di assicurare celerità e snellezza al procedimento.

Pertanto, si suole dire che il legislatore privilegi un *favor separationis* tra i diversi procedimenti. In effetti anche il codice di rito penale vigente preferisce la separazione dei procedimenti (art. 18 c.p.p.) e consente la possibilità della riunione dei procedimenti solo eccezionalmente, in casi tassativi (nei casi di connessione tra i procedimenti o di indagini collegate, cioè se si tratta di reati dei quali gli uni sono stati commessi in occasione degli altri, o per conseguirne o assicurarne al colpevole o ad altri il profitto, il prezzo, il prodotto o l'impunità, o che sono stati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre, ovvero se la prova di un reato o di una sua circostanza influisce sulla prova di un altro reato o di un'altra circostanza), ponendo inoltre una serie di requisiti (cioè che i processi siano pendenti nello stesso stato e grado davanti al medesimo giudice e che la riunione non determini un ritardo nella definizione dei procedimenti).

3.9. Diritti processuali e abuso del processo.

L'abuso del processo rappresenta una specificazione dell'abuso del diritto, con particolare riguardo al versante processuale, fungendo da "valvola di autotutela" dell'ordinamento, al fine di evitare che i diritti da esso garantiti siano esercitati o realizzati, pur a mezzo di un intervento giurisdizionale, in maniera abusiva, ovvero eccessiva e distorta.

In ambito sovranazionale l'articolo 35, § 3 (a) della C.E.D.U. stabilisce l'irricevibilità di ogni ricorso individuale, presentato ai sensi dell'articolo 34, ove lo stesso risulti «incompatibile con le disposizioni della Convenzione o dei suoi Protocolli, manifestamente infondato o abusivo».

¹¹ Le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno affermato che l'incompetenza a conoscere dei reati appartenenti alla cognizione del giudice di pace deve essere dichiarata dal giudice togato in ogni stato e grado del processo, ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, disposizione che deroga al regime previsto dall'art. 23, comma 2, c.p.p., che consente la rilevabilità dell'incompetenza per materia c.d. in eccesso entro precisi termini di decadenza; tuttavia, nel caso in cui il giudice togato conosca del reato del giudice di pace per essere venuto meno il vincolo di connessione, resta ferma, per effetto del principio della *perpetuatio iurisdictionis*, la sua competenza, purché in origine correttamente individuata (Cass., Sez. un., 3.7.2019, Treskine, n. 28909).

La Corte di Strasburgo ha interpretato tale disposizione ritenendo abusivo (e dunque irricevibile) il ricorso quando la condotta ovvero l'obiettivo del ricorrente siano manifestamente contrari alla finalità per la quale il diritto di ricorrere è riconosciuto¹².

Analogamente, la giurisprudenza della Corte di giustizia Ue ha più volte stabilito che colui il quale si appelli al tenore letterale di disposizioni dell'ordinamento comunitario per far valere, avanti alla Corte, un diritto che confligge con gli scopi perseguiti dalle disposizioni, non merita che gli si riconosca quel diritto¹³.

Nell'ambito del processo penale, la nozione di "abuso del processo" è stata elaborata in modo approfondito con la pronuncia delle Sezioni unite n. 155 del 20 settembre 2011, la quale ha statuito che, quando si realizza uno sviamento della funzione, l'imputato, che ha abusato dei diritti o delle facoltà che l'ordinamento processuale astrattamente gli riconosce, non ha titolo per invocare la tutela di interessi che non sono stati lesi e che non erano in realtà effettivamente perseguiti¹⁴.

3.10. Il principio di lealtà processuale.

Il principio di lealtà processuale è immanente nel processo accusatorio, nel quale, **secondo la *sporting theory*, le parti si fronteggiano lealmente come in un duello.**

Il codice di procedura penale italiano menziona esplicitamente la lealtà processuale solo a proposito del difensore, al quale impone "doveri di lealtà e probità" (art. 105, comma 4, c.p.p.). Tuttavia deve ritenersi che il dovere di lealtà non vincoli il solo difensore, ma tutte le parti e i soggetti del processo, compreso il giudice, dal momento che il dovere di lealtà è connotazione essenziale di chiunque intervenga nel procedimento penale, come si ricava dall'art. 124 c.p.p.

3.11. La giustizia amministrata "in nome del popolo".

L'art. 101, comma 1, Cost. afferma il fondamentale principio per cui la giustizia è «amministrata in nome del popolo», facendo così risalire alla volontà popolare le decisioni giurisdizionali; infatti le sentenze sono pronunciate «in nome del popolo italiano» (art. 125, comma 2, c.p.p.).

La disposizione vuol segnare il netto passaggio dalla monarchia alla repubblica e contrapporsi in questo modo all'art. 68 dello Statuto albertino che, invece, recitava che «la giustizia emana dal re ed è amministrata in suo nome dai giudici che egli istituisce».

Tale richiamo al "popolo" è il medesimo di quello contenuto nell'art. 1 Cost., dove si afferma che la sovranità appartiene al popolo e vuol significare che la giustizia non deve essere

¹² In particolare, la pronuncia della Corte e.d.u. 18 ottobre 2011, *Petrović c. Serbia*, ric. n. 56551/11, ha tracciato la nozione di «abuso», ai sensi dell'articolo 35 § 3 della Convenzione, come esercizio dannoso di un diritto, per scopi diversi da quelli per i quali è previsto.

¹³ Cfr. in particolare sentenza 20 settembre 2007, causa C-16/05, *V. Tum e M. Dari c. Secretary of State for the Home Department*, punto 64; sentenza 21 febbraio 2006, causa C 255/02, *Halifax e altri c. Commissioners of Customs & Excise*, e ivi citate, a punto 68).

¹⁴ Sez. unite, 29 settembre 2011, n. 155, in *C.E.D. Cass.*, n. 251496 (fattispecie, nella quale nel giudizio di primo grado, si erano succeduti ben otto difensori dell'imputato, compreso quello che poi era tornato ad assistere lo stesso nella fase di appello e in Cassazione).

una giustizia di classe, ma popolare, cioè una giustizia uguale per tutti, richiamando così l'art. 3 Cost.

Il principio comporta la **necessità di un costante controllo dell'opinione pubblica sull'amministrazione della giustizia**, attuato mediante diversi istituti, tra i quali soprattutto quello della pubblicità dell'udienza, sia immediata (con la presenza del pubblico in aula) sia mediata (attraverso gli organi di informazione).

3.12. Le "inviolabili" libertà fondamentali.

La Costituzione protegge anche nel processo le libertà fondamentali dell'uomo.

In omaggio al *favor libertatis*, pertanto l'**art. 13 Cost. tutela l'"inviolabile" libertà personale dell'imputato**, e disciplina le limitazioni legittimamente apponibili (detenzione, ispezione, perquisizione personale o altre restrizioni della libertà personale) prescrivendo una duplice garanzia: nei "soli casi e modi previsti dalla legge" (riserva di legge) e con "atto motivato dell'autorità giudiziaria" (riserva di giurisdizione, per cui sulle misure cautelari decide il giudice per le indagini preliminari o il giudice che procede). Eccezionalmente, e precisamente "in casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge", la polizia giudiziaria può adottare "provvedimenti provvisori" (arresto in flagranza, fermo di indiziato, allontanamento d'urgenza dalla casa familiare), che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, "si intendono revocati e restano privi di ogni effetto". È punita "ogni violenza fisica e morale" sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. L'art. 13, comma 5, Cost. prescrive alla legge di stabilire "i limiti massimi della carcerazione preventiva" ed infatti il codice di procedura penale indica i termini massimi di durata: per i reati più gravi, un anno (con proroga massima di sei mesi) dall'inizio della custodia cautelare al provvedimento che dispone il giudizio; un anno e sei mesi dal rinvio a giudizio alla sentenza di primo grado (nove mesi, salva proroga, per il giudizio abbreviato); un anno e sei mesi, salva proroga, dalla sentenza di condanna di primo grado alla sentenza di appello; un anno e sei mesi dalla condanna in appello alla sentenza irrevocabile; con termini di durata complessiva, considerate anche le proroghe, di sei anni (art. 303 c.p.p.).

L'**art. 14 Cost. regola le limitazioni alla libertà del domicilio** (ispezioni e perquisizioni domiciliari) nei soli casi e modi stabiliti dalla legge (riserva di legge), secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale (riserva attenuata di giurisdizione), per cui durante le indagini preliminari il P.M. può disporre ispezioni e perquisizioni (artt. 364-365 c.p.p.), che invece successivamente sono disposte dal giudice che procede.

L'**art. 15 Cost. stabilisce le regole e le garanzie per limitare la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione** (sequestro di corrispondenza, intercettazioni, tabulati telefonici e telematici). Pertanto il P.M. può disporre il sequestro di corrispondenza (art. 254 c.p.p.), mentre l'intercettazione di comunicazioni telefoniche, informatiche o telematiche sono disposte, di regola, dal giudice per le indagini preliminari in presenza di "gravi indizi di reato" e se l'intercettazione è "assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini" (art. 267 c.p.p.) e solo in caso di urgenza dal P.M. che deve comunicare entro ventiquattro ore al G.I.P., il quale può convalidarla nelle successive quarantotto ore (art. 267, comma 2, c.p.p.). L'esecuzione delle intercettazioni, demandata al P.M. e alla polizia giudiziaria, comporta una duplice forma di documentazione: la registrazione delle comunicazioni e la verbalizzazione delle operazioni con sommario resoconto del loro contenuto (c.d. brogliaccio d'ascolto). Una volta terminate le intercettazioni, tutte le registrazioni e i verbali sono custoditi nell'"archivio delle intercettazioni", a tutela della riservatezza. Pubblico ministero e difensori possono ascoltarle e indicare le comunicazioni che per essi sono utilizzabili e rilevanti nel processo. Il G.I.P., su richiesta di parte, li acquisisce,

escludendo quelle inutilizzabili e disponendo la trascrizione di quelle rilevanti per il processo a cura di un perito fonico, in contraddittorio con i consulenti tecnici delle parti. Il perito e i consulenti tecnici sono sentiti in contraddittorio e quindi le loro trascrizioni confluiscono nel fascicolo di dibattimento (art. 268 c.p.p.), mentre nell'”archivio delle intercettazioni” restano tutte le altre ritenute dal giudice inutilizzabili o non rilevanti; quelle inutilizzabili sono distrutte d'ufficio dal giudice in ogni stato e grado del processo (art. 271 c.p.p.), mentre di quelle non rilevanti gli interessati possono chiedere la distruzione (art. 269 c.p.p.).

Va rammentata la **direttiva 2013/48/UE** del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013, relativa al **diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le Autorità consolari. 3.59. I principi di proporzionalità e di adeguatezza delle misure cautelari.**

3.13. I principi di proporzionalità e di adeguatezza delle misure cautelari.

Il sistema processuale prevede misure cautelari, che sono provvedimenti con i quali il procedimento penale si cautele per assicurare il suo corretto svolgimento, l'eventuale esecuzione della sentenza e scongiurare il pericolo di commissione di gravi reati.

Pertanto, le **misure cautelari personali** (coercitive e interdittive) garantiscono che l'imputato non inquina la prova, non si dia alla fuga e non commetta reati, mentre le **misure cautelari reali** evitano che le conseguenze del reato siano aggravate o protratte o possano agevolare la commissione di reati (sequestro preventivo) oppure garantiscono il pagamento della pena pecuniaria, delle spese del procedimento e di ogni altra somma dovuta all'erario dello Stato o garantiscono il pagamento delle obbligazioni civili derivanti dal reato (sequestro conservativo). L'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza tutela insieme la salute mentale dell'imputato e le esigenze di sicurezza sociale.

Nel capo I del titolo I del libro IV sono indicate le disposizioni generali in materia di misure cautelari personali. Nel titolo II sono invece disciplinate le misure cautelari reali cioè il sequestro conservativo e il sequestro preventivo (mentre il sequestro probatorio è un mezzo di ricerca della prova).

Le **misure cautelari personali** si dividono in tre categorie: **misure coercitive** (possono essere obbligatorie, come il divieto di espatrio, l'obbligo di presentarsi alla polizia giudiziaria, l'allontanamento dalla casa familiare, il divieto o l'obbligo di dimora ed il divieto di avvicinarsi a luoghi frequentati dalla persona offesa, oppure custodiali, come l'arresto domiciliare e la custodia in carcere o in luogo di cura) **misure interdittive** (sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale, sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, divieto di esercitare determinate professioni, imprese o uffici direttivi) e **misure di sicurezza provvisoriamente applicate** (ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario, ora sostituito dalle Residenze per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza (REMS) per l'imputato affetto da vizio totale di mente, ricovero in una casa di cura e custodia per l'imputato semi-infermo di mente e la libertà vigilata).

L'art. 273 c.p.p. indica le condizioni generali di applicabilità delle misure cautelari personali, rappresentate dalla sussistenza di **“gravi indizi di colpevolezza”** (*fumus culpae*), cioè di reità (da non confondere con gli “indizi di reato” che indicano solo la probabilità che un reato sia stato commesso) (art. 273 comma 1).

L'art. 274 c.p.p. indica le **esigenze cautelari** (*periculum libertatis*), la presenza di almeno una delle quali giustifica l'applicazione delle misure limitative della libertà *ante iudicatum* e che devono essere compatibili con la presunzione di non colpevolezza. Esse sono tassativamente indicate e sono soltanto: 1) pericolo attuale e concreto di inquinamento delle

indagini; 2) fuga o concreto pericolo di fuga quando la pena prevista è superiore a due anni di reclusione; 3) concreto pericolo che l'imputato commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede (in quest'ultimo caso soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni).

L'art. 275 c.p.p. disciplina i criteri di scelta delle misure cautelari, prescrivendo al giudice di tener conto della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto (comma 1).

La Corte costituzionale, bocciando qualsiasi presunzione assoluta e irragionevole, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, c.p.p. nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ad alcuni delitti (omicidio volontario, associazione per delinquere, sequestro di persona a scopo di estorsione, violenza sessuale di gruppo, favoreggiamento dell'immigrazione clandestina), è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con misure diverse dalla custodia in carcere (Corte cost. n. 164/2011, n. 110/2012, n. 57/2013, n. 213/2013, n. 232/2013, n. 48/2015).

Stabilendo che ogni misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata, sono codificati i principi di proporzionalità e di adeguatezza (art. 275, comma 2, c.p.p.)¹⁵.

3.14. Il principio della domanda (*ne procedat iudex ex officio*).

Principio cardinale di qualsiasi processo di stampo accusatorio è quello che prescrive che il giudice non inizi di sua iniziativa il processo (come invece accade nel processo inquisitorio), **ma possa procedere soltanto su impulso di parte.**

Nel processo civile è l'attore ad avviare la causa e il convenuto si difende davanti al giudice. Nel processo penale il giudice può procedere solo sulla base della domanda proveniente da Pubblico ministero, il quale esercita l'azione penale formulando l'imputazione, con la quale attribuisce un certo reato ad un determinato imputato. Nel processo penale italiano l'art. è soltanto il P.M. legittimato ad esercitare l'azione penale davanti al giudice, instaurando così il rapporto processuale con l'imputato. In altri ordinamenti, ad esempio in quello spagnolo, l'azione penale può essere esercitata anche dall'*acusador particular* (che rappresenta gli interessi della vittima) o dall'*acusador privado* (che agisce solo per i "delitti privati"), anche se il *Ministerio Fiscal* (P.M.) resta inerte.

Il principio della domanda comporta l'obbligo di una **correlazione tra quanto richiesto dal P.M. e quanto pronunciato dal giudice** (art. 522 c.p.p.).

Il principio della domanda trova applicazione anche in tema di prova perché, di regola, le prove sono ammesse a richiesta di parte (art. 190, comma 1, c.p.p.). Il principio

¹⁵ Le Sezioni Unite hanno affermato che il principio di proporzionalità, al pari di quello di adeguatezza di cui all'art. 275, comma 2, c.p.p. opera come parametro di commisurazione delle misure cautelari alle specifiche esigenze ravvisabili nel caso concreto, tanto al momento della scelta e dell'adozione del provvedimento coercitivo, che per tutta la durata dello stesso, imponendo una costante verifica della perdurante idoneità di quella specifica misura a fronteggiare le esigenze che concretamente permangono o residuino, secondo il principio della minor compressione possibile della libertà personale. Detto principio, pertanto, non impone di per sé la revoca della misura cautelare, a prescindere dalla permanenza di esigenze cautelari, ove la durata della custodia già sofferta abbia raggiunto il limite dei due terzi della pena inflitta con sentenza di condanna (Cass., Sez. un., 31 marzo 2011, Khalil, n. 16085, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3713).

opera non solo nel procedimento penale principale, ma anche in quelli incidentali (ad esempio il giudice non può applicare una misura cautelare senza richiesta da parte del P.M.).

3.15. Il principio di immanenza della parte civile.

Il principio di immanenza della parte civile è previsto dell'art. 76, comma 2, c.p.p., per il quale la costituzione di parte civile "produce i suoi effetti in ogni stato e grado del processo". Tale principio, detto di immanenza, infatti, legittima la parte civile, una volta che si sia validamente costituita in primo grado in forza di procura speciale *ex art. 100 c.p.p.*, alla permanenza processuale anche nei successivi gradi d'appello e di cassazione, senza necessità di nuove costituzioni. Si tratta della "*legitimitatio ad causam*", che consiste nel diritto di agire in giudizio per la tutela di un interesse che si assume lesa, e appartiene al soggetto, ente o persona fisica, titolare di tale situazione giuridica soggettiva e rappresenta il presupposto per la costituzione di parte civile¹⁶. Diversa è, invece, la "*legitimitatio ad processum*", che consiste nella capacità di stare in giudizio, cioè di esercitare validamente i diritti processuali e di compiere i relativi atti, ed è riconosciuta a tutte le persone fisiche munite della capacità d'agire nonché ai legali rappresentanti degli incapaci e dei soggetti giuridici diversi dalle persone fisiche.

3.16. L'obbligatorietà e l'irretrattabilità dell'azione penale.

Pur non essendo una caratteristica esclusiva del processo accusatorio, in Italia vige il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, mentre altri Paesi hanno adottato la regola della discrezionalità del P.M. sull'esercizio dell'azione penale.

Infatti l'art. 112 Cost. stabilisce che «il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale», obbligo naturalmente da esercitare quando vi sono i presupposti per esercitarla, cioè di fronte ad una notizia di reato che appaia non manifestamente infondata (art. 416 ss. c.p.p.).

La Corte costituzionale ha ritenuto che il fondamento del principio di obbligatorietà dell'azione penale risieda sia nel principio di uguaglianza, sia nella regola dell'indipendenza del pubblico ministero da ogni altro potere. Come detto, in altri ordinamenti non vige il principio di obbligatorietà ma vige il principio opposto della facoltatività o meglio della discrezionalità, per cui il pubblico ministero valuta discrezionalmente se sia il caso o meno di procedere per un certo reato. Da noi il pubblico ministero è un magistrato quindi non ha una investitura popolare ma ha semplicemente vinto un concorso che lo abilita a diventare magistrato e ad esercitare funzioni giudiziarie. Ecco perché la nostra Costituzione impone al pubblico ministero di esercitare l'azione penale, perché non sarebbe altrimenti responsabile in alcun modo di eventuali scelte di favore o di sfavore nei confronti di taluno¹⁷.

¹⁶ Cass., sez. VI, 9.7.2019, Schettini e altro, n. 44899; Cass., sez. VI, 8.3.1994, Spallanzani, n. 6332, Rv. 198507.

¹⁷ Mentre in altri ordinamenti (come quello inglese o quello U.S.A.) vige il sistema imperniato sulla discrezionalità dell'azione penale, nel nostro ordinamento vige il sistema della obbligatorietà dell'azione penale, cioè, da noi il pubblico ministero non può scegliere discrezionalmente se esercitare l'azione penale, se cioè procedere per un certo fatto costituente reato o nei confronti di un determinato soggetto oppure non procedere. Negli ordinamenti nei quali vige il principio della discrezionalità dell'azione penale il pubblico ministero decide lui stesso se procedere o non procedere ma risponde poi politicamente della sua scelta, perché, essendo eletto dal popolo, risponde all'elettorato della gestione del suo pubblico ufficio. Quindi, nei sistemi in cui il P.M. ha una discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale, deve agire con estrema attenzione perché le sue iniziative giudiziarie sono sottoposte ad una responsabilità politica per la conduzione della Procura. V. in proposito il *Code*

In Italia il pubblico ministero non è elettivo ma semplicemente vince un pubblico concorso e non risponde per le scelte processuali né disciplinarmente (perché la valutazione delle prove, anche se erronea, non dà luogo a illecito disciplinare) né civilmente (perché l'art. 2 l. 13 aprile 1988, n. 117 (Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati) stabilisce che «Nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove»).

Nel nostro Paese, pertanto, formalmente la Costituzione impone al pubblico ministero di esercitare sempre l'azione penale; si tratta, però, di un mito perché i numeri dei procedimenti sono talmente elevati per cui il pubblico ministero sceglie quantomeno quali reati perseguire prima e quali trattare successivamente, per cui vi è, di fatto, anche in Italia, una certa discrezionalità. Per evitare, però, che tale discrezionalità di fatto possa diventare arbitrio, alcuni procuratori della Repubblica hanno stilato una sorta di decalogo indicando con loro provvedimenti quali sono i reati che hanno la precedenza nella trattazione degli affari penali. È capitato, negli anni scorsi, che alcuni procuratori abbiano emanato circolari per dare direttive ai sostituti circa i criteri di priorità nello svolgimento delle indagini ("circolare Zagrebelsky" e "circolare Maddalena" nella Procura di Torino)¹⁸.

Per modificare il sistema dell'obbligatorietà dell'azione penale e trasformarlo in discrezionalità, occorrerebbe una modifica costituzionale e di tutto l'ordinamento: il pubblico ministero, infatti, dovrebbe essere chiamato a rispondere, in sede disciplinare o civile, delle scelte effettuate nella gestione del suo ufficio¹⁹.

Altra caratteristica dell'azione penale è la sua irretrattabilità, per cui una volta esercitata, l'azione penale non può essere revocata e il giudice deve decidere su di essa, non essendo ammessa una sua rinuncia alla decisione (*non liquet*).

3.17. Le indagini preliminari e l'avvio del procedimento penale.

Il sistema processuale in vigore in Italia si può idealmente distinguere in due fasi: una **fase pre-processuale di indagini, anche nei confronti di ignoti (procedimento)** e una **fase**

for Crown prosecutors, aggiornato nel 2018, che contiene i principi generali cui i *prosecutors* del *Crown Prosecution Service* devono attenersi nel decidere se promuovere l'azione penale, oltre alle regole sulla *disclosure*, all'imputazione "immediata" e al recupero dei proventi del reato.

¹⁸ Alcuni procuratori della Repubblica hanno emanato circolari per dare direttive ai sostituti circa i criteri di priorità nello svolgimento delle indagini ("circolare Zagrebelsky" del 1990 e "circolare Maddalena" del 2007, entrambi nella Procura di Torino): si tratta però di provvedimenti emessi in elusione della riserva di legge.

¹⁹ Proprio perché in Italia si verifica questa strana situazione per cui, da una parte, la Costituzione impone l'obbligo di esercitare l'azione penale e, dall'altra, questa non può essere di fatto esercitata per tutti i reati, vi sono proposte di legge per modificare questo principio e introdurre un criterio per il quale sia il Parlamento, ogni anno, ad indicare quali tipologie di reato devono avere la priorità nella trattazione; si è, addirittura, proposta l'introduzione del regime di discrezionalità dell'azione penale (ovviamente previa revisione della Costituzione). È il caso di osservare che, invece, in riferimento al dibattito - ma con ovvi riflessi anche sulle indagini - il legislatore ha codificato i «criteri di priorità nella trattazione dei processi», per cui l'art. 132-*bis* norme att. c.p.p. (sostituito dall'art. 2-*bis* d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. dalla l. 24 luglio 2008, n. 125) indica le regole di «formazione dei ruoli di udienza e trattazione dei processi», prescrivendo che deve essere assicurata la «priorità assoluta» ai reati ivi indicati. Addirittura, per differire i processi che, in caso di condanna, porterebbero ad una pena suscettibile di essere condonata, l'art. 2-*ter* d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. dalla l. 24 luglio 2008, n. 125, ha indicato le misure per assicurare la rapida definizione dei processi relativi a reati per i quali è prevista la trattazione prioritaria, demandando ai dirigenti degli uffici di «individuare i criteri e le modalità di rinvio della trattazione dei processi per reati commessi fino al 2 maggio 2006 in ordine ai quali ricorrono le condizioni per l'applicazione dell'indulto, ai sensi della legge 31 luglio 2006, n. 241, e la pena eventualmente da infliggere può essere contenuta nei limiti di cui all'articolo 1, comma 1, della predetta legge n. 241 del 2006».

processuale (processo vero e proprio nei confronti di un imputato per una certa imputazione), cioè quando il pubblico ministero, formulata l'imputazione, investe il giudice con la sua domanda nei confronti di un imputato determinato e si forma così il "rapporto processuale". Vi è una fase pre-processuale precedente il "processo" vero e proprio che nel codice è chiamata "fase delle indagini preliminari", caratterizzata dal segreto investigativo. Tutti gli atti di indagine compiuti nel corso delle indagini preliminari sono segreti non solo per i terzi, ovviamente, ma anche nei confronti della persona che è sottoposta alle indagini, cioè la persona alla quale è attribuito il fatto di reato.

Proprio per decidere se esercitare l'azione penale (formulando l'imputazione) oppure chiedere al G.I.P. l'archiviazione, il P. M. svolge indagini preliminari, che sono segrete sia per le altre parti del processo (**segreto interno**: art. 329 c.p.p.), sia per gli estranei, ad es. gli organi di informazione (**segreto esterno** (art. 114 c.p.p.). L'art. 329 c.p.p. prescrive, durante le indagini, un obbligo di segreto, denominato "segreto investigativo" (mentre quelli dell'investigazione difensiva sono protetti dal segreto professionale). La durata del segreto investigativo è indicata dallo stesso art. 329, che chiarisce che tale segreto cessa quando l'indagato può avere conoscenza legale dell'atto (ad esempio per effetto dell'avviso al difensore affinché presenzi o esamini il verbale nella segreteria del P.M.) e comunque, come termine finale "non oltre la chiusura delle indagini preliminari", cioè dopo l'avviso di conclusione delle indagini, dal momento che, essendo concluse le indagini, anche il segreto investigativo perde di significato.

Il segreto esterno ha una molteplicità di funzioni. Esso serve ovviamente a mantenere il segreto interno, ma anche a tutelare la verginità cognitiva del giudice dibattimentale (impedendogli di conoscere atti di indagine che non potrà conoscere nell'eventuale dibattimento, garantendone l'imparzialità) e indirettamente tutela anche la presunzione d'innocenza dell'indagato dal pregiudizio che gli deriverebbe dalla divulgazione della notizia del risultato a suo carico di un atto di indagine. Il segreto investigativo esterno è posto dall'art. 329, comma 1, c.p.p. per cui "gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria sono coperti dal segreto fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari", cioè sino alla notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini o alla presentazione della richiesta di archiviazione. Di conseguenza gli atti di indagine coperti dal segreto non possono essere pubblicati testualmente, né in tutto né in parte, né per riassunto e nemmeno nel loro contenuto (art. 114, comma 1, c.p.p.).

La violazione del segreto investigativo esterno è sanzionata dall'art. 326 c.p. (per quanto riguarda i pubblici ufficiali che partecipano alle indagini e rivelano un segreto d'ufficio) e dall'art. 379-bis c.p. (per i soggetti diversi dai pubblici ufficiali) per rivelazione di segreti inerenti ad un procedimento penale, mentre la pubblicazione arbitraria di atti o documenti di un procedimento penale, di cui sia vietata per legge la pubblicazione, integra la contravvenzione di cui all'art. 684 c.p., reato oblazionabile con la modica somma di euro 129, oltre che l'illecito disciplinare previsto dall'art. 115 c.p.p.

Il segreto interno tutela la proficuità delle indagini, impedendo l'inquinamento della prova e garantendo l'esecuzione degli eventuali atti coercitivi. Di conseguenza sono tassativamente indicati i casi in cui il difensore può partecipare agli atti di indagine (artt. 356 e 365-366 c.p.p.) e anche l'accesso al registro delle notizie di reato subisce dei limiti (art. 335, commi 3 e 3-bis c.p.p.).

Il P.M. compie ogni attività necessaria per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale e, proprio perché l'ordinamento giudiziario gli attribuisce il compito di

assicurare l'esatta osservanza della legge, deve svolgere altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini (art. 358 c.p.p.)²⁰.

Con le indagini preliminari il P.M. e la polizia giudiziaria, così come il difensore nelle investigazioni difensive, acquisiscono, di regola, non prove ma semplici "elementi di prova".

Anzitutto la polizia giudiziaria, dopo aver adempiuto all'obbligo di riferire al P.M. la *notitia criminis* (art. 347 c.p.p.), deve assicurare le fonti di prova (art. 348 c.p.p.), deve procedere all'identificazione delle persone interessate (art. 349 c.p.p.), può assumere informazioni dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini, anche sul luogo o nell'immediatezza dei fatti o ricevere le sue dichiarazioni spontanee (art. 350 c.p.p.), raccogliere sommarie informazioni testimoniali (art. 351 c.p.p.), procedere, di propria iniziativa, a perquisizioni (art. 352 c.p.p.), acquisizione di plichi o di corrispondenza (art. 353 c.p.p.), accertamenti urgenti sui luoghi, sulle cose, sulle persone e sequestro del corpo del reato e delle cose ad esso pertinenti (art. 354 c.p.p.), ma il sequestro deve essere convalidato non oltre quarantotto ore dal P.M. (art. 355 c.p.p.). Il difensore della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini ha obbligo (non facoltà) di assistere alle sommarie informazioni dall'indagato libero e invece soltanto facoltà di assistere, senza diritto di essere preventivamente avvisato perché atti "a sorpresa", alle perquisizioni, agli accertamenti urgenti e all'immediata apertura del plico se autorizzata dal P.M. (art. 356 c.p.p.). Tutta l'attività della polizia giudiziaria deve essere documentata con verbale (per gli atti più importanti) o con semplice annotazione (gli atti meno rilevanti) (art. 357 c.p.p.).

Il P.M. nelle sue indagini può procedere sia all'interrogatorio dell'indagato (art. 375 c.p.p.), sia a sommarie informazioni dalla persona informata sui fatti (art. 362 c.p.p.), confronti, ispezioni, perquisizioni, sequestri, individuazione di persone o di cose, consulenze tecniche ripetibili (art. 359 c.p.p.), i cui verbali rimangono nel "fascicolo delle indagini" tenuto durante le sue indagini dallo stesso p.m. Può procedere altresì, previa autorizzazione del G.I.P., al prelievo coattivo di campioni biologici su persona vivente (indagato o estraneo), al quale il difensore dell'interessato ha facoltà di assistere, previo avviso (il prelievo consta di diverse operazioni (estrapolazione del profilo genetico presente sui reperti; decodificazione dell'impronta genetica dell'indagato; comparazione tra i due profili, ma l'unica che può presentare i caratteri dell'irripetibilità è quella relativa alla estrapolazione del profilo genetico, in ragione sia della scarsa quantità della traccia genetica sia della scadente qualità del D.N.A. presente nella stessa). Pertanto, il relativo verbale, se l'atto è ripetibile confluisce nel fascicolo del P.M. (*rectius*, delle parti); se invece è irripetibile in quello per il dibattimento (art. 359-*bis* c.p.p.). Il P.M., di propria iniziativa, può anche proporre un accertamento tecnico non ripetibile, da svolgere in contraddittorio con la difesa dell'indagato, la quale può, però, imporre l'incidente probatorio davanti al G.I.P. (art. 360 c.p.p.). Il difensore dell'indagato ha diritto di preavviso affinché possa assistere all'interrogatorio dell'indagato, a qualsiasi ispezione, all'individuazione di persone o al confronto cui deve partecipare l'indagato (art. 364 c.p.p.).

Nella fase delle indagini preliminari il diritto di difesa della persona sottoposta alle indagini si esercita in tre modalità diverse: 1) per taluni atti il difensore della persona sottoposta alle indagini ha diritto al preavviso del compimento dell'atto; 2) per altri atti il difensore ha il diritto di essere presente ma senza preavviso; 3) comunque per tutti gli atti ai quali il difensore aveva diritto di assistere (vi abbia presenziato o meno) vi è anche il successivo diritto di prendere visione dei verbali degli atti compiuti e depositati nella segreteria del P.M.

²⁰ Le indagini preliminari del P.M. possono svolgersi anche all'estero e sono disciplinate dalla direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'Ordine Europeo di Indagine penale (O.E.I.), recepita in Italia dal d. lgs. 21 giugno 2017, n. 108 (Norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale).

Quindi, sono tre i momenti diversi, uno preventivo (preavviso dell'atto), uno contemporaneo all'atto (il diritto o l'obbligo di assistere all'atto mentre si compie), e l'ultimo successivo (il diritto di prendere visione del verbale dell'atto compiuto, ovviamente dopo che questo sia stato depositato).

L'art. 364 c.p.p. indica gli atti ai quali il difensore della persona sottoposta alle indagini ha diritto di assistere, previo avviso: 1) interrogatorio della persona sottoposta alle indagini da parte del P.M.; 2) ispezione (sia sui luoghi, sia sulle cose, sia sulla persona dell'indagato o di terzi); 3) individuazione di persone (sia fisicamente presenti sia riprodotte in immagine); 4) confronto cui deve partecipare la persona sottoposta alle indagini (cioè confronto tra la persona sottoposta alle indagini e altra persona indagata nello stesso procedimento o imputata in procedimento connesso oppure con una persona informata sui fatti; il difensore non ha invece diritto di assistere ai confronti cui non partecipa l'indagato); 5) accertamento tecnico non ripetibile, a norma dell'art. 360 c.p.p.

L'art. 365 c.p.p. enumera gli atti del P.M. ai quali il difensore della persona sottoposta alle indagini ha diritto di assistere ma, essendo atti "a sorpresa", senza preavviso: perquisizione (personale o locale, anche domiciliare) (art. 352 c.p.p.); accertamenti urgenti sui luoghi, sulle cose e sulle persone e sequestro (art. 354 c.p.p.); accertamenti dello stato di ebbrezza alcolica o di alterazione da sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 359-bis, comma 3-bis, c.p.p.).

Poiché la perquisizione e il sequestro sono atti irripetibili per loro natura, il verbale della perquisizione e quello del sequestro, inserito momentaneamente nel fascicolo delle indagini (ed utilizzabile pertanto in questa fase, nell'udienza preliminare e nei giudizi speciali (abbreviato, applicazione di pena, procedimento per decreto penale, sospensione del processo con messa alla prova), confluisce poi nel fascicolo del dibattimento, a norma dell'art. 431, lett. c), c.p.p., dove è utilizzabile come prova dei fatti in esso documentati.

L'art. 366 c.p.p. disciplina il terzo aspetto del diritto di difesa, consistente nel diritto del difensore della persona sottoposta alle indagini di esaminare ed estrarre copia dei verbali degli atti compiuti dal P.M. e dalla P.G., ai quali lo stesso difensore aveva diritto di assistere : 1) verbali di interrogatorio e di sommarie informazioni *ex* art. 350 c.p.p.; 2) ispezione; 3) individuazione di persone; 4) confronto al quale deve partecipare la persona sottoposta alle indagini; 5) perquisizione e sequestro; 6) accertamento tecnico non ripetibile.

Il difensore ha diritto di prendere visione ed estrarre copia dei verbali degli atti ai quali è ammesso ad assistere. I verbali sono depositati entro il terzo giorno successivo al compimento dell'atto nella segreteria del pubblico ministero, dove restano per cinque giorni a disposizione del difensore. Quando non è stato dato avviso al difensore del compimento dell'atto, deve essergli immediatamente notificato l'avviso di deposito e il termine decorre dal ricevimento della notificazione. Il difensore ha facoltà di esaminare le cose sequestrate nel luogo in cui esse si trovano e, se si tratta di documenti, di estrarne copia. Come per gli atti della polizia giudiziaria, il pubblico ministero può disporre il ritardato deposito anche dei verbali degli atti da lui compiuti, con decreto motivato per gravi ragioni inerenti alla tutela delle indagini (art. 366 c.p.p.).

3.18. L'aborto dell'azione penale.

Il pubblico ministero è tenuto a esercitare l'azione penale o a richiedere l'archiviazione entro il termine di tre mesi dalla scadenza del termine massimo di durata delle indagini e comunque dalla scadenza dei termini di cui all'art. 415-bis c.p.p. Concluse le indagini preliminari il pubblico ministero, senza procedere al deposito degli atti di cui all'art. 415-bis, può presentare al giudice per le indagini preliminari **richiesta motivata di archiviazione della notizia di reato per tre diverse ragioni** : 1) inidoneità degli elementi a sostenere l'accusa in

giudizio 2) mancanza di una condizione di procedibilità, estinzione del reato o risulta il fatto non è previsto dalla legge come reato, o infine 3) sono ignoti gli autori del fatto.

Anzitutto la richiesta può essere avanzata per inidoneità probatoria se la notizia di reato è infondata «perché gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio» (art. 125 disp. att. c.p.p.), vuoi perché è risultato provato che il fatto non sussiste, che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato ovvero quando manca, è insufficiente o contraddittoria tale prova, che non si ritiene nemmeno possibile integrare nel dibattimento. Con la richiesta di archiviazione il P.M. trasmette al giudice per le indagini preliminari il fascicolo contenente la notizia di reato, la documentazione delle indagini espletate ed i verbali degli atti compiuti davanti allo stesso giudice per le indagini preliminari: cioè deve trasmettere la documentazione integrale dell'attività di indagine, senza trattenere alcun atto .

Per consentire l'opposizione della persona offesa, l'avviso della richiesta di archiviazione è notificato, a cura del pubblico ministero, alla persona offesa che, nella notizia di reato o successivamente alla sua presentazione, abbia dichiarato di volere essere informata circa l'eventuale archiviazione. Nell'avviso è precisato che, nel termine di venti giorni, la persona offesa può prendere visione degli atti e presentare opposizione con richiesta motivata di prosecuzione delle indagini preliminari (art. 408 c.p.p.).

Sulla richiesta di archiviazione, il giudice per le indagini preliminari (G.I.P.) può assumere due diverse decisioni: l'archiviazione *de plano* (cioè senza udienza) oppure la fissazione dell'udienza camerale. In caso di archiviazione *de plano*, il G.I.P., se accoglie la richiesta, dispone l'archiviazione con decreto motivato e restituisce gli atti al P.M. Il decreto non è impugnabile ma è soltanto ricorribile in cassazione se trattasi di provvedimento abnorme o se la persona offesa dal reato aveva ritualmente chiesto di essere informata dell'eventuale richiesta di archiviazione presentata dal pubblico ministero e ad essa tale avviso non sia invece stato notificato²¹.

Se invece il giudice non ritiene di accogliere la richiesta, entro tre mesi fissa davanti a sé un'udienza camerale a norma dell'art. 127 c.p.p., della quale fa dare avviso al pubblico ministero, alla persona sottoposta alle indagini e anche al suo difensore (come affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 418 del 25 novembre 1993), nonché alla persona offesa, e comunicazione al procuratore generale presso la corte d'appello affinché questi possa eventualmente disporre l'avocazione discrezionale delle indagini a norma dell'art. 412, comma 2, c.p.p. Sino al giorno dell'udienza gli atti restano depositati in cancelleria a disposizione delle parti.

Al termine dell'udienza camerale il giudice pronuncia un'ordinanza, che può avere un triplice diverso contenuto : 1) archiviazione.- Se accoglie la richiesta del P.M., il G.I.P. che ritenga infondata la notizia di reato dispone l'archiviazione con ordinanza restituendo gli atti al pubblico ministero; 2) indagini coatte.- Se ritiene incomplete le indagini preliminari svolte, indica al pubblico ministero le ulteriori indagini che reputa necessarie (non può imporgli l'interrogatorio dell'indagato, che è uno strumento di difesa e non un mezzo di indagine, né può imporgli di assumere la prova con incidente probatorio), fissando il termine entro il quale lo stesso pubblico ministero deve compierle, eventualmente anche oltre la scadenza del termine di durata delle indagini preliminari; in caso di inosservanza del termine il G.I.P. provvede entro tre mesi sulle richieste. In esito alle nuove indagini il pubblico ministero potrà decidere se esercitare l'azione penale oppure chiedere nuovamente l'archiviazione; 3) imputazione coatta.- La terza alternativa è che il G.I.P., dissentendo dalla richiesta, se ritiene che dalle indagini preliminari siano emersi addirittura elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio per lo stesso reato nei confronti dello stesso soggetto, ordina che entro dieci giorni il pubblico ministero

²¹ Corte cost. 16 luglio 1991, n. 353.

formuli l'imputazione. Formulata l'imputazione, il giudice entro due giorni fissa l'udienza preliminare, osservando, in quanto applicabili, gli artt. 418 e 419 c.p.p. con un decreto che indica le generalità dell'imputato e della persona offesa dal reato, l'imputazione e le fonti di prova acquisite ed è notificato all'imputato e alla persona offesa (art. 409 c.p.p. e 128 disp. att. c.p.p.).

La persona offesa dal reato ha ovviamente interesse che le indagini preliminari si concludano con l'esercizio dell'azione penale (e non con l'archiviazione: tra l'altro, se la persona offesa è anche danneggiata dopo l'esercizio dell'azione penale potrà costituirsi parte civile). Allorché la persona offesa, nella notizia di reato o successivamente, abbia domandato al P.M. di essere informata dell'eventuale richiesta di archiviazione, il pubblico ministero, il quale proponga tale richiesta, deve far notificare all'offeso un avviso della richiesta stessa con avvertimento che, nei dieci giorni successivi alla notificazione, egli può prendere visione in segreteria del fascicolo delle indagini e presentare un'opposizione contenente la richiesta motivata di prosecuzione delle indagini preliminari con l'indicazione, a pena di inammissibilità, dell'oggetto dell'investigazione suppletiva e dei relativi elementi di prova. In seguito all'opposizione, il giudice può disporre l'archiviazione *de plano* con decreto motivato, senza fissare udienza, restituendo gli atti al pubblico ministero, solo se l'opposizione è inammissibile e la notizia di reato è infondata.

Se l'opposizione è invece ammissibile, il giudice deve in ogni caso fissare l'udienza camerale *ex art. 127 c.p.p.* dandone avviso al P.M., alla persona sottoposta alle indagini alle indagini e alla persona offesa dal reato, ma in caso di più persone offese, l'avviso per l'udienza è notificato al solo opponente.

In esito all'udienza il giudice pronuncia un'ordinanza che può avere un diverso triplice contenuto: 1) archiviazione.- Il G.I.P. può accogliere la richiesta di archiviazione; 2) indagini coatte.- Il G.I.P. può indicare al P.M. le ulteriori indagini da compiere; 3) imputazione coatta.- In alternativa il G.I.P. può imporre al P.M. di formulare l'imputazione (senza previo avviso di deposito degli atti *ex art. 415-bis c.p.p.*) (art. 410 c.p.p.).

Si noti che sia il decreto sia l'ordinanza di archiviazione non hanno efficacia vincolante nei giudizi civili e amministrativi, trattandosi di provvedimenti emessi allo stato degli atti e suscettibili quindi di essere superati in caso di riapertura delle indagini. L'archiviazione non ha efficacia preclusiva di nuove indagini in caso di autorizzazione alla riapertura delle indagini.

L'ordinanza è nulla soltanto nei casi di cui all'art. 127, comma 5, c.p.p. (mancato avviso dell'udienza; mancata audizione dei destinatari dell'avviso se comparsi; mancato rinvio dell'udienza se l'imputato legittimamente impedito ha chiesto di essere sentito personalmente).

3.19. La discovery degli atti di indagine del P.M.

Se invece, dopo la conclusione delle indagini, il P.M. ritiene di procedere, deve attuare una *discovery*, cioè depositare tutti gli atti da lui compiuti per consentire il contraddittorio su di essi, avvisando l'indagato e il suo difensore che possono esaminarli ed estrarne copia²².

²² Nell'ordinamento statunitense con la sentenza 13 maggio 1963, *Brady v. Maryland* (373 U.S. 83, 87 (1963)), la Corte suprema affermò che “*the suppression by the prosecution of evidence favorable to an accused...violates due process where the evidence is material either to guilt or to punishment, irrespective of the good faith or bad faith of the prosecution.*” Nel caso concreto sottoposto all'attenzione della Corte suprema, Brady era accusato di omicidio, insieme ad un complice, tale Boblit, ma il *public prosecutor* non ostese alla difesa una dichiarazione scritta con la quale Boblit confessava di aver commesso il delitto da solo. La Corte suprema degli Stati Uniti affermò il principio per cui “*withholding of evidence violates due process where the evidence is material either to guilt or to punishment*”. La violazione della *Brady rule* si verifica quando l'omessa rivelazione della prova priva l'accusato del *due processo of law*, garantito dal XIV Emendamento alla Costituzione. La “*Brady motion*” è la

Infatti, l'art. 415-*bis* c.p.p. impone al P.M., qualora non ritenga di chiedere l'archiviazione, concluse le indagini preliminari e comunque prima della scadenza del termine originario o prorogato di durata delle stesse indagini di far notificare un avviso di conclusione delle indagini preliminari alla persona sottoposta alle indagini, al suo difensore (ma anche al difensore della persona offesa o, in mancanza, personalmente alla persona offesa quando si procede per il reato di maltrattamenti contro familiari e conviventi e atti persecutori). Ma la persona offesa e il suo difensore hanno soltanto diritto a ricevere la notificazione dell'avviso *ex art. 415-bis* c.p.p., ma non possono esercitare i diritti menzionati nei commi successivi, che sono riservati all'indagato e al suo difensore. Quindi, mentre indagato e suo difensore possono venire a conoscenza di tutti gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero ed esercitare i conseguenti diritti difensivi, la persona offesa e il suo difensore hanno soltanto diritto a ricevere l'informazione sulla conclusione delle indagini.

Con l'avviso di conclusione delle indagini cade il segreto investigativo su tutti gli atti di indagine compiuti dal P.M., che quindi sono pubblicabili non nel loro testo, ma soltanto nel loro "contenuto" (art. 114, comma 7, c.p.p.). In questo momento il P.M. deve attuare una completa *discovery* ed un primo contraddittorio soltanto in favore della persona sottoposta alle indagini, mentre la persona offesa è solo informata della conclusione delle indagini, senza che l'eventuale omissione dia luogo ad alcuna nullità *ex art. 178*, comma 1 lett. c), c.p.p.

L'art. 415-*bis* c.p.p. trova applicazione non solo nel procedimento ordinario con udienza preliminare, ma anche in quello con citazione diretta a giudizio (art. 552, comma 2, c.p.p.), mentre è ritenuto incompatibile per i reati di competenza del giudice di pace²³ ed è escluso altresì nei casi di imputazione coatta²⁴, di giudizio direttissimo, di applicazione della pena su richiesta delle parti, nel procedimento per decreto²⁵ e nel giudizio immediato²⁶. L'avviso deve contenere la sommaria enunciazione del fatto per cui si procede (non vi è ancora un'imputazione), delle norme di legge che si assumono violate e della data e del luogo del fatto, con l'avvertimento che la documentazione delle indagini espletate è depositata presso la segreteria del pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini e il suo difensore hanno facoltà di prenderne visione ed estrarne copia. L'avviso deve altresì contenere l'avvertimento che, entro venti giorni dalla notifica dell'avviso di conclusione delle indagini, la persona sottoposta alle medesime indagini ha facoltà di presentare memorie, produrre documenti, depositare la documentazione di atti dell'investigazione difensiva, chiedere al pubblico ministero il compimento di ulteriori atti di indagine preliminare, presentarsi allo stesso pubblico

richiesta dell'accusato di ottenere una prova che riguarda una testimonianza a lui favorevole e alla quale la difesa può aver diritto. La prova favorevole include non solo la prova che tende a discolorare l'accusato ma anche la prova che può mettere in discussione la credibilità di un testimone del Governo.

²³ L'incompatibilità è affermata sulla base dell'art. 2, comma 1, d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274, ritenuto legittimo da Corte cost. (ord.) 28 giugno 2004, n. 201, nonché in base alle considerazioni di Corte cost. (ord.) 22 ottobre 2014, n. 245, la quale ha ribadito che il procedimento penale davanti al giudice di pace configura un modello di giustizia autonomo, non comparabile con il procedimento per i reati di competenza del tribunale, in quanto ispirato a finalità di snellezza, semplificazione e rapidità.

²⁴ In questo senso Corte cost. (ord.) 20 novembre 2002, n. 491 e ord. 29 dicembre 2004, n. 441, la quale ha ribadito che ove l'esercizio dell'azione penale consegua all'ordine del giudice di formulare l'imputazione, previsto dall'art. 409, comma 5, c. p. p., «il contraddittorio sulla eventuale incompletezza delle indagini si esplica necessariamente nell'udienza in camera di consiglio che, ai sensi del comma 2 dello stesso articolo, il giudice è tenuto a fissare ove non accolga la richiesta di archiviazione del pubblico ministero; (...) tale circostanza esclude dunque la configurabilità della violazione degli artt. 3 e 24 Cost.» e poi ancora nello stesso senso Corte cost. (ord.) 12 dicembre 2012, n. 286).

²⁵ In tal senso Corte cost. 15 gennaio 2003, n. 8.

²⁶ In questo senso Corte cost. 29 gennaio 2004, n. 52.

ministero per rendere dichiarazioni e chiedere di essere sottoposto ad interrogatorio²⁷. Ma solo la richiesta della persona sottoposta alle indagini di essere interrogata impone al P.M. l'obbligo dell'interrogatorio. La richiesta di compimento di ulteriori atti di indagine preliminare lascia invece alla discrezionalità del pubblico ministero la valutazione della loro utilità, ma, se il P.M. ritiene di compierli, deve farlo nel termine di trenta giorni dalla richiesta, termine prorogabile dal giudice, a domanda dello stesso pubblico ministero, per una sola volta e per non più di sessanta giorni. Le dichiarazioni spontanee rilasciate dalla persona sottoposta alle indagini, il suo interrogatorio ed i nuovi atti di indagine del pubblico ministero, compiuti entro il suddetto termine, sono utilizzabili anche se al tempo del loro compimento il termine di durata delle indagini stesse, stabilito dalla legge o prorogato dal giudice, era già scaduto. Valutate le eventuali dichiarazioni della persona sottoposta alle indagini, l'eventuale documentazione dell'investigazione difensiva e le memorie prodotti dalla difesa e compiuti, se ritenuti necessari, gli atti di indagine da questa richiesti, il P.M. può mutare convincimento e sollecitare l'archiviazione oppure restare nella determinazione di chiedere il rinvio a giudizio.

Tutti gli atti di indagine compiuti dalle parti devono essere messi a disposizione delle altre parti, ma restano sconosciuti al giudice. Tali elementi di prova, raccolti dalle parti in indagini, possono trasformarsi in prova vera e propria se acquisiti in contraddittorio davanti al giudice (ad es. il testimone, citato a dibattimento, risponde alle domande in esame e controesame).

La finalità delle indagini preliminari non è, di regola, quella di acquisire prove ma piuttosto quella di fornire al P.M. “elementi di prova” (non prove) “per le determinazioni inerenti all’esercizio dell’azione penale” (art. 326 c.p.p.), cioè che lo convincano a richiedere al giudice per le indagini preliminari (G.I.P.) l'archiviazione o, al contrario, dopo aver depositato tutti gli atti di indagine (art. 415-bis c.p.p.), a formulare l'imputazione (art. 405 c.p.p.) e richiedere al giudice dell'udienza preliminare (G.U.P.) il rinvio a giudizio dell'imputato (art. 416 c.p.p.): questo perché il pubblico ministero è una parte, sia pure pubblica, che deve richiedere e non decidere. Il P.M. non può mai archiviare ma deve chiedere l'archiviazione ad un giudice: il giudice per le indagini preliminari (G.I.P.), il quale può essere d'accordo con lui e archiviare ma può anche non essere d'accordo e ordinare al pubblico ministero di procedere. Nei casi, invece, in cui la notizia di reato è fondata, o meglio non è manifestamente infondata e quindi vi è almeno un *fumus*, cioè più che un sospetto di fondatezza della notizia di reato, il P.M. ha l'obbligo di esercitare l'azione penale, cioè ha l'obbligo di procedere penalmente con la formulazione dell'imputazione e l'udienza preliminare (art. 416 ss. c.p.p.).

Il processo accusatorio - dominato dal principio del giudice terzo e imparziale (art. 111, comma 2, Cost.) - impedisce al giudice di procedere d'ufficio, dovendo attendere l'impulso di parte: *ne procedat iudex ex officio*. Il principio della domanda tende a garantire l'imparzialità e la terzietà del giudice, impedendo che il soggetto chiamato a decidere abbia anche il potere di instaurare il processo.

Pertanto, deve essere il pubblico ministero a sollecitare una decisione al giudice, il quale perderebbe di terzietà se iniziasse un processo di sua iniziativa. Per questo motivo, al termine

²⁷ Le Sezioni unite della suprema Corte hanno affermato che l'omessa traduzione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari inviato all'indagato straniero alloglotta che ignori la lingua italiana determina la nullità assoluta, ex artt. 178 comma 1 lett. c) e 180 c.p.p., dell'avviso medesimo, che si riverbera sulla richiesta di rinvio a giudizio. Tuttavia tale nullità non è deducibile ai sensi dell'art. 182 c.p.p. ed è comunque sanata ai sensi dell'art. 183 c.p.p. nel caso in cui l'interessato abbia fatto richiesta, accolta, di giudizio abbreviato, giacché, in tal modo, la parte ha dimostrato di non avere interesse all'osservanza della disposizione violata e di accettare gli effetti dell'atto nullo (Cass., Sez. un., 26 settembre 2006, Cieslinsky ed altri, in *Cass.pen.*, 2007, p.514, e in *Guida dir.*, 2006, n. 49, p. 78).

delle indagini preliminari, il procuratore della Repubblica deve, di regola, rivolgere le sue richieste al giudice.

Se il P.M. ritiene di dover esercitare l'azione penale, formula l'imputazione (con la richiesta di rinvio a giudizio, salvi i casi previsti nei giudizi speciali per la citazione diretta a giudizio, l'applicazione della pena su richiesta delle parti, per il giudizio direttissimo, per il giudizio immediato o per il procedimento per decreto), oppure, in alternativa, richiede l'archiviazione.

Sia la richiesta di rinvio a giudizio sia quella di archiviazione devono essere rivolte ad un giudice (al giudice dell'udienza preliminare - G.U.P. - la prima, al giudice per le indagini preliminari (G.I.P.) - la seconda), il quale, come qualsiasi altro organo giurisdizionale, offre garanzie di indipendenza ed imparzialità in un momento essenziale per il procedimento penale quale quello in cui si tratta di valutare se gli elementi acquisiti durante le indagini sono, rispettivamente, sufficienti per instaurare il giudizio contro l'imputato oppure non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio.

3.20. Il principio della fluidità dell'imputazione.

Il processo inquisitorio era caratterizzato dalla immutabilità dell'imputazione, in ragione del fatto che le prove erano già acquisite durante la fase istruttoria e nel dibattimento raramente potevano emergere circostanze tali da imporre la modifica dell'accusa.

Nel processo accusatorio, invece, nel quale le prove si assumono a dibattimento, vige l'opposto **principio della modificabilità dell'imputazione** (fluidità dell'imputazione), per cui il pubblico ministero, pur potendo procedere con separato procedimento, è però legittimato a modificare l'imputazione sia in udienza preliminare sia nel dibattimento.

L'art. 417 c.p.p. indica i requisiti della richiesta di rinvio a giudizio e tra questi, oltre le generalità dell'imputato, "l'enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto, delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza, con l'indicazione dei relativi articoli di legge" e l'indicazione delle "fonti di prova acquisite".

Concluse le indagini preliminari, se il P.M. ritiene che gli elementi acquisiti durante le indagini sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio, formula l'imputazione e, se non ritiene di promuovere un procedimento speciale, esercita l'azione penale mediante la richiesta di rinvio a giudizio (artt. 50, comma 1, e 405, comma 1, c.p.p.), salvo quanto previsto dall'art. 550 c.p.p. nei casi di citazione diretta a giudizio dinanzi al tribunale in composizione monocratica. La richiesta di rinvio a giudizio è depositata dal P.M. nella cancelleria del giudice per l'udienza preliminare.

Tuttavia, l'imputazione è modificabile dal pubblico ministero sia in udienza preliminare, sia nel dibattimento di primo grado (non in appello o in cassazione perché priverebbe l'imputato di un grado o due di giurisdizione).

L'art. 423 c.p.p. disciplina la **modificazione dell'imputazione** in udienza preliminare (modificazione che è possibile anche nel dibattimento di primo grado). Può accadere che nel corso dell'udienza preliminare il fatto storico risulti "diverso" da come è descritto nell'imputazione. La diversità del fatto storico contestato può riguardare la condotta ascritta all'imputato, l'evento o il rapporto di causalità e deve essere tale da pregiudicare la linea difensiva approntata dall'imputato per il fatto originariamente contestato (ad es. la modifica della condotta di omicidio – contestata a mezzo di somministrazione di sostanza velenosa risulta invece in udienza commessa a mezzo arma da sparo; lo spostamento della data dell'omicidio rende vane le testimonianze d'alibi offerte dalla difesa). La diversa qualificazione giuridica che il giudice dovesse dare al fatto storico rispetto a quella contestata dal P.M. non comporta,

invece, necessità di previa modifica dell'imputazione, perché l'imputato si difende da un certo fatto storico e il titolo del reato da attribuire allo stesso fatto è questione di diritto demandata al suo difensore. Può anche accadere che nel corso dell'udienza preliminare emerga un altro reato connesso con quello contestato perché in continuazione o in concorso formale con quello contestato, a norma dell'art. 12, comma 1 lett. b), c.p.p. oppure risulti una circostanza aggravante. In tutti e tre i casi (fatto diverso, reato concorrente o circostanza aggravante) il P.M. modifica l'imputazione e la contesta all'imputato presente. Se l'imputato non è fisicamente presente (e quindi è dichiarato assente), la modificazione dell'imputazione è comunicata al difensore, che rappresenta l'imputato ai fini della contestazione. Se invece il P.M. non modifica l'imputazione e il G.U.P. ritiene che il fatto storico emerso in udienza preliminare sia "diverso" da quello contestato, la giurisprudenza ritiene applicabile all'udienza preliminare, per analogia, l'art. 521, comma 2, c.p.p. nella parte in cui permette al giudice di restituire con ordinanza gli atti al pubblico ministero quando risulta che il fatto storico è emerso diverso da quello indicato nell'imputazione. La valutazione del fatto storico "diverso" da quello contestato opera sul piano della ricostruzione del fatto (che è questione di merito), operazione da tenere ben distinta dalla qualificazione giuridica del fatto, cioè l'attribuzione di un diverso titolo di reato (che è invece questione di diritto). E' sempre compito del giudice sia ricostruire il fatto, così come risulta dagli atti, sia dargli il corretto titolo giuridico, e ciò ogniqualvolta sia chiamato a decidere (durante le indagini – ad es. perché richiesto di una misura cautelare o di autorizzare una intercettazione - oppure in udienza preliminare o a dibattimento su questioni incidentali o con la sentenza che definisce il processo). Può quindi capitare che, modificato il fatto storico, il giudice gli dia una diversa qualificazione giuridica (diverso titolo di reato: ad es. furto aggravato anziché rapina), ma può anche capitare che, rimanendo immutato il fatto, il giudice gli attribuisca ugualmente un altro titolo di reato, diverso da quello contestato dal P.M. Si tratta quindi di valutazioni che operano su piani diversi e quindi tra loro indipendenti: dapprima il giudice ricostruisce il fatto (eventualmente anche in modo diverso da quello contestato dal P.M. o proposto dalle altre parti) e poi gli dà una veste giuridica (anche questa può essere diversa da quella contestata o proposta dalle parti). Per fare un esempio, è come se il giudice fosse un sarto, che prima prende le misure della modella (magari correggendo quelle errate indicate dalle parti: ricostruzione del fatto) e poi su quelle misure cucisse la veste giuridica (anche questa potrebbe essere diversa da quella proposta dalle parti: qualificazione giuridica). Può invece accadere che dall'udienza preliminare risulta a carico dell'imputato un fatto "nuovo" non enunciato nella richiesta di rinvio a giudizio, per il quale si debba procedere di ufficio. Il fatto "nuovo" è quello ulteriore che si aggiunge a quello contestato e non è con questo connesso né in continuazione né in concorso formale, né è una circostanza aggravante (ad es. a carico dell'imputato di omicidio risulta pure un fatto di furto completamente slegato dall'omicidio). Il P.M. potrebbe procedere per le vie ordinarie, con iscrizione della notizia di reato, indagini preliminari e richiesta di rinvio a giudizio. Ma l'art. 423 c.p.p. consente al P.M. di avanzare richiesta di procedere nella stessa udienza per il fatto nuovo e il G.U.P. ne autorizza la contestazione solo se vi è il consenso dell'imputato (art. 423 c.p.p.).

Nel dibattimento si discute della responsabilità dell'imputato per il fatto che gli è stato contestato con l'imputazione, ma il codice consente che, entro certi limiti e rispettando il diritto di difesa, si possa modificare l'originaria imputazione per adeguarla alle prove emerse nel dibattimento. In questi casi la legge consente soltanto al pubblico ministero, in quanto titolare dell'azione penale, di modificare l'imputazione sia in fatto (quando il fatto storico emerso a dibattimento è diverso da quello contestato o emergono reati concorrenti o circostanze aggravanti o anche un fatto nuovo) sia in diritto (quando il P.M. attribuisce al fatto storico una diversa qualificazione giuridica, cioè un diverso titolo del reato, rispetto a quello originariamente contestato). Al giudice non è dato procedere ad un controllo preventivo

sull'imputazione, né di modificare l'imputazione, ma soltanto successivamente, con la sua decisione, può sia riconoscere che il fatto storico emerso è diverso da quello contestato, sia attribuire un diverso titolo di reato rispetto al fatto contestato o modificato dal P.M. E' infatti compito esclusivo del giudice, in ogni stato e grado del processo, dare al fatto la definizione giuridica che ritiene corretta.

Il potere-dovere del giudice di dare al fatto una qualificazione giuridica diversa da quella indicata nell'imputazione o nella sentenza impugnata trova tradizionale fondamento nel canone *iura novit curia* : se infatti, come afferma la locuzione latina, la conoscenza del diritto è di competenza del giudice è a lui che deve spettare la parola definitiva in merito alla *quaestio iuris*, senza vincoli rispetto a quanto prospettato dalle parti o dal giudice della sentenza impugnata.

E' un principio generale del processo che la qualificazione *in iure* del fatto è un potere-dovere riservato al giudice non solo nel dibattimento, ma anche nel procedimento cautelare (e quindi in sede di applicazione di misure cautelari *ex art. 292 c.p.p.* o di riesame e appello *ex artt. 309 e 310*), nelle indagini preliminari e nell'udienza preliminare²⁸. Quindi il giudice ha sempre il potere-dovere di attribuire un diverso *nomen iuris* al fatto quale emerso dal dibattimento (*emendatio iuris*)²⁹.

Se invece il fatto sia emerso in dibattimento come diverso da quello contestato nel decreto che dispone il giudizio, il giudice (in primo grado o in appello), con ordinanza, deve trasmettere gli atti al pubblico ministero, il quale gli attribuirà il titolo di reato che ritiene e che sottoporrà al nuovo giudice.

L'art. 516 disciplina la modifica dell'imputazione attraverso la contestazione del "fatto diverso". Infatti, il fatto storico, nel corso dell'istruzione dibattimentale, può risultare "diverso" da come è descritto nel decreto che dispone il giudizio, nel senso che risultano modificate le modalità del fatto di reato (ad. es. muta la condotta, cambia la data del fatto, varia il luogo del commesso reato) e tale diversità pregiudica la possibilità di difendersi dell'imputato. Non si tratta però di un fatto "nuovo", cioè ulteriore che si aggiunge a quello originariamente contestato, ma dello stesso fatto che è risultato commesso con modalità diverse. Se tale fatto

²⁸ Cass., Sez. Un., 22 ottobre 1996, Di Francesco, rv. 205619, in *Cass. pen.*, 1997, p. 360, *CED Cass.* 205619). La giurisprudenza ha chiarito che pure la Corte d'appello e la Corte di cassazione hanno il potere di modificare l'inquadramento giuridico del fatto, anche in chiave peggiorativa, con l'unico limite del divieto di *reformatio in peius* (si afferma, ad. esempio, che la Corte di cassazione, a seguito della presentazione di motivo nuovo dell'imputato non enunciato in appello, può procedere alla riqualificazione giuridica del fatto, ma solo entro i limiti in cui esso sia stato storicamente ricostruito dai giudici di merito : Cass., sez. VI, 25 gennaio 2013, Piacentini, in *Giust. pen.*, 2013, III, c. 464).

²⁹ Le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno affermato il principio di diritto per cui, ove la contestazione elevata nei confronti dell'imputato faccia riferimento ad un reato per il quale non è consentita né l'oblazione ordinaria di cui all'art. 162 c. p. né quella speciale di cui all'art. 162-bis c.p., qualora l'imputato ritenga non corretta la relativa qualificazione giuridica del fatto e intenda sollecitare una diversa qualificazione che ammetta il procedimento di oblazione di cui all'art. 141 disp. att. c.p.p., è onere dell'imputato stesso formulare istanza di ammissione all'oblazione in rapporto alla diversa qualificazione che contestualmente solleciti al giudice di definire, con la conseguenza che - in mancanza di tale richiesta - il diritto a fruire dell'oblazione stessa resta precluso ove il giudice provveda di ufficio, a norma dell'art. 521, comma 1, c.p.p., ad assegnare al fatto la diversa qualificazione che consentirebbe l'applicazione del beneficio, con la sentenza che definisce il giudizio (Cass., Sez. un. 26 giugno 2014, Tamborrino, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, p.1172).

“diverso” non comporta la competenza di un giudice superiore, il P.M. modifica l'imputazione e procede alla relativa contestazione (art. 516, comma 1, c.p.p.). In questo caso la legge garantisce il diritto di difesa, prescrivendo al giudice di avvertire l'imputato che ha diritto ad un termine a difesa e all'ammissione di nuove prove (art. 519)³⁰.

Se a seguito della modifica il reato risulta attribuito alla cognizione del tribunale in composizione collegiale anziché monocratica, l'inosservanza delle disposizioni sulla composizione del giudice deve essere rilevata o eccepita, a pena di decadenza, immediatamente dopo la nuova contestazione ovvero, nei casi indicati dagli articoli 519, comma 2, e 520, comma 2, prima del compimento di ogni altro atto nella nuova udienza fissata a norma dei medesimi articoli (art. 516, comma 1-bis, c.p.p.).

Se a seguito della modifica risulta un reato per il quale è prevista l'udienza preliminare, e questa non si è tenuta, l'inosservanza delle relative disposizioni è eccepita, a pena di decadenza, entro il termine indicato dal comma 1 bis (art. 516, comma 1-ter, c.p.p.).

La Corte europea dei diritti dell'uomo si è interessata sia del problema dell'imputazione generica in fatto sia del mutamento della qualificazione giuridica³¹.

³⁰ Le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno affermato che “per aversi mutamento del fatto occorre una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume la ipotesi astratta prevista dalla legge, sì da pervenire ad un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa; ne consegue che l'indagine volta ad accertare la violazione del principio suddetto non va esaurita nel pedissequo e mero confronto puramente letterale fra contestazione e sentenza perché, vertendosi in materia di garanzie e di difesa, la violazione è del tutto insussistente quando l'imputato, attraverso l'iter del processo, sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all'oggetto dell'imputazione” (Cass., Sez. Un., 22 ottobre 1996, Di Francesco, cit., in *Cass. pen.*, 1997, p. 360, *CED Cass.* 205619). Le Sezioni Unite hanno anche affermato che l'ordinanza con cui il giudice di primo grado, rilevata la diversità del fatto, dispone la trasmissione degli atti al p.m. non è impugnabile, non essendo ciò consentito da alcuna disposizione di legge (Cass., Sez. Un., 6 dicembre 1991, Paglini, in *Cass. pen.*, 1992, p.1484). La giurisprudenza delle Sezioni unite ammette il p.m. alla contestazione del fatto diverso anche prima dell'inizio dell'istruzione dibattimentale, utilizzando a tal fine gli elementi che già emergevano nel corso delle indagini, in contrasto con l'art. 516, comma 1, c.p.p. che precisa che il fatto deve risultare diverso «nel corso dell'istruzione dibattimentale» (Cass., Sez. un., 28 ottobre 1998, Barbagallo, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2074; Cass., sez. V, 20 giugno 2006, Battilana, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1495). La stessa giurisprudenza individua il termine ultimo entro il quale possono essere effettuate le nuove contestazioni nella chiusura, non dell'istruzione dibattimentale, bensì del dibattimento e che dunque possa anche essere, a tale scopo, interrotta la discussione finale, ferma restando la concedibilità all'imputato dei termini a difesa (Cass., sez. V, 17 giugno 1999, Secci, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2008; Cass., sez. IV, 28 maggio 1993, Festini, in *Cass. pen.*, 1995, p. 308).

³¹ In tema di imputazione generica in fatto, dapprima Corte eur. 20 luglio 2000, *Mattocchia c. Italia*, esaminò il ricorso di un autista di autobus a Roma, che trasportava a scuola bambini disabili, che venne accusato nel 1985 di aver violentato una bambina affetta da ritardo mentale. Egli dapprima ricevette una comunicazione giudiziaria e poi fu citato a giudizio con l'imputazione «del reato di cui all'art. 519 c.p. (violenza carnale) per aver costretto una malata di mente, a congiungersi carnalmente con lui, in Roma nel novembre 1985». Nel corso del dibattimento di primo grado, nel 1990, l'accusa venne precisata sia da un punto di vista temporale (il reato sarebbe stato commesso l'11 novembre 1985), sia quanto al luogo in cui la violenza carnale sarebbe avvenuta (all'interno della scuola, al terzo piano, nel reparto “terapie”) e l'imputato venne condannato a tre anni di reclusione. Nel giudizio d'appello egli asserì che, essendo l'accusa vaga e imprecisa, non era stato in grado di difendersi, ma la Corte d'appello respinse l'impugnazione, senza ammettere le nuove prove a scarico richieste dall'imputato. La Corte di cassazione rigettò il ricorso, pur affermando che l'accusa originaria era imprecisa. La Corte europea dichiarò

che l'Italia aveva violato il diritto all' "equo processo", per cui ogni accusato ha il diritto di essere informato prontamente e in dettaglio dei capi di imputazione e quindi sia dei fatti che sono alla base dell'accusa sia della qualificazione giuridica di quei fatti; quando i capi d'imputazione vengono modificati, l'accusato deve esserne informato prontamente e deve avere tempo sufficiente per predisporre la sua difesa sulla base delle nuove allegazioni (nel caso di specie, il ricorrente avrebbe potuto dimostrare, ad esempio, che non aveva accesso alla scuola). Secondo la Corte questo diritto non venne rispettato dai tribunali italiani e perciò l'Italia fu ritenuta responsabile della violazione dell'art. 6 comma 3 lett. a) e b) Conv. eur. In tema di mutamento della qualificazione giuridica, la Corte europea ha ritenuto violato l'art. 6 par. 3 lett. a) e b) Conv. eur. in un caso in cui il ricorrente, imputato di corruzione, aveva dedotto davanti alla Corte di cassazione la prescrizione del reato, ma la Corte aveva rigettato il ricorso, riquilificando i fatti nella fattispecie della corruzione in atti giudiziari di cui all'art. 319-ter c.p., per il quale non era maturato il termine di prescrizione. Adita la Corte europea, lamentando di non essere stato informato in tempo utile della nuova qualificazione, la Corte europea ha accolto il ricorso, sostenendo che è diritto dell'imputato essere informato, in tempo utile, non soltanto dei fatti materiali posti a suo carico, ma anche – e in modo dettagliato – della qualificazione giuridica data a questi fatti (Corte e.d.u., sez. II, 11 dicembre 2007, Drassich c/Italia, in *Giur. it.*, 2008, p. 2581, nonché in *Cass. pen.*, 2008, p.1646). Nella stessa vicenda Drassich la Corte di cassazione, investita del ricorso avverso l'ordinanza con cui, in sede di incidente di esecuzione, era stata dichiarata la parziale ineseguibilità ex art 670 c.p.p. della sentenza definitiva di condanna, ha affermato che la pronuncia della Corte europea non ha posto in discussione il giudizio di merito (come nel caso dei processi in contumacia), ma soltanto il giudizio in cassazione per l'omessa possibilità dell'imputato di interloquire sulla diversa qualificazione del fatto (nella specie impedendogli di beneficiare della prescrizione del reato). Ciò comporta, ad avviso della Suprema Corte, due conseguenze. Una prima di rendere immanente nel nostro sistema, alla luce dell'art. 117 Cost., il principio del contraddittorio su ogni profilo dell'accusa, anche nel giudizio di legittimità. Una seconda, che la *restitutio in integrum* indicata dalla Corte europea deve limitarsi nel caso concreto al solo giudizio di legittimità, con la conseguente sua rescissione nella parte in cui non ha attuato la suddetta regola di sistema. Lo strumento che consente all'interno del sistema processuale tale ultimo effetto è il meccanismo ex art. 625-bis c.p.p. che mira a rimediare - con una parziale rimozione del giudicato - oltre a veri e propri errori di diritto, anche a violazioni di difesa nell'ambito del giudizio di legittimità (Cass., sez. VI, 12 novembre 2008, Drassich, in *Guida dir.*, 2009, n. 11, p. 60; *Cass. pen.*, 2009, p. 1457; in precedenza Corte eur., 20 aprile 2006, I. H. e altri c/Austria). Successivamente però la Corte costituzionale con sentenza 4 aprile 2011, n. 113 (in *Cass. pen.*, 2011, p.3299), ha sostanzialmente introdotto un nuovo caso di revisione, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo. Ancora la Corte europea ha affermato che la riquilificazione giuridica dello stesso fatto in un nuovo titolo di reato da parte della Corte di cassazione ha privato il ricorrente della possibilità di difendersi. In particolare i giudici di Strasburgo hanno affermato che l'applicazione del principio *iura novit curia* per la prima volta in cassazione ha pregiudicato il diritto del ricorrente di difendersi dalla nuova accusa, benché il giudice di legittimità potesse, ad esempio, aggiornare l'udienza per ulteriori deduzioni o, in alternativa, concedere all'interessato l'opportunità di presentare delle memorie sull'*emendatio iuris*, dichiarando in questo modo la violazione dell'art. 6 commi 1 e 3 lett. a) e b) Conv. eur. (fattispecie in cui ad un curatore fallimentare si contestava un abuso di potere, consistente nell'aver nominato un avvocato senza il *placet* preventivo dell'autorità giudiziaria, nonché nell'aver provveduto al saldo tardivamente, reati per cui intervenne condanna in primo e secondo grado, ma la Corte di cassazione annullò la sentenza e, sulla base di una mera riquilificazione giuridica dei fatti, ravvisò un diverso titolo di reato per aver negoziato deliberatamente un contratto svantaggioso ai danni della società fallita) (Corte e.d.u., sez. V, 7 gennaio 2010, Penec c/Bulgaria, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 745). In precedenza le Sezioni Unite avevano abbracciato un criterio di continenza, per cui affermavano che non comportava violazione del principio di correlazione ritenere la sussistenza del reato di corruzione invece della contestata più grave ipotesi delittuosa di concussione (Cass., Sez. Un., 2 luglio 1997, Dessimone, in *Gazz. Giur.*, 1997, n. 33, p. 31). Nell'ipotesi inversa, la giurisprudenza riteneva, invece che violasse il principio di correlazione la condanna per concussione dell'imputato di corruzione. Ancora, in base al principio di continenza, la contestazione della più ampia ipotesi di corruzione propria consente di derubricare in corruzione impropria, così come la contestazione del delitto di estorsione consente di qualificare il fatto come esercizio arbitrario delle proprie ragioni, perché il primo è più grave e ricomprende il secondo; né vi sarebbe pregiudizio per la difesa se da un'ipotesi dolosa si passa ad una colposa. Successivamente, la Corte di cassazione, sviluppando l'indirizzio interpretativo secondo cui la garanzia del contraddittorio deve essere assicurata all'imputato anche in ordine alla diversa definizione giuridica del fatto contestatogli, ha ritenuto che tale regola di sistema risulti rispettata quando l'imputato abbia comunque avuto modo di interloquire sull'argomento, e in particolare anche quando la diversa qualificazione giuridica abbia formato oggetto di discussione nel corso del procedimento incidentale *de libertate* (fattispecie relativa alla

derubricazione del reato, ad opera del giudice d'appello, dal delitto di partecipazione ad associazione mafiosa in quello di favoreggiamento aggravato) (Cass., sez. I, 18 febbraio 2010, Sbalanca). La Corte di cassazione ha esteso la regola del previo contraddittorio sulla qualificazione giuridica anche al giudizio abbreviato incondizionato (fattispecie in cui l'originaria imputazione di furto aggravato era stata modificata in quella di ricettazione). Il caso sottoposto al vaglio dei giudici di legittimità riguardava un soggetto che aveva fatto di richiesta di giudizio abbreviato incondizionato in relazione all'accusa di furto di una betoniera, ed era invece stato condannato per il reato di ricettazione. La sentenza di primo grado aveva escluso che tale riqualificazione giuridica del fatto configurasse una violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza "perché il contenuto essenziale della seconda imputazione doveva ritenersi compreso nella più ampia previsione dell'originaria contestazione di furto"; soluzione che aveva trovato conferma nella sentenza di secondo grado, dove la Corte d'appello, per negare la violazione del diritto di difesa, evidenziava altresì come "la qualificazione ha costituito oggetto di dibattito del giudizio di merito ed è stata presa in considerazione, avendo l'imputato sostenuto di avere acquistato la betoniera da persona di cui non ha voluto o saputo indicare il nominativo, sulla base di un annuncio pubblicato sul giornale".

La Suprema Corte, dopo aver brevemente passato in rassegna la giurisprudenza di legittimità in materia di riqualificazione giuridica del fatto nel giudizio abbreviato, afferma la necessità di conformare la propria decisione ai principi affermati dalla Corte EDU nella sentenza *Drassich vs. Italia* del 2007, che vengono dalla Cassazione enucleati in questo modo: perché la riqualificazione del fatto operata in sentenza non risulti in contrasto con l'art. 6 § 3 lett. a) e b) della Convenzione, il giudice deve verificare: a) "se fosse sufficientemente prevedibile per il ricorrente che l'accusa inizialmente formulata nei suoi confronti fosse riqualificata"; b) "la fondatezza dei mezzi di difesa che il ricorrente avrebbe potuto invocare se avesse avuto la possibilità di discutere della nuova accusa formulata nei suoi confronti"; c) quali siano state "le ripercussioni della nuova accusa sulla determinazione della pena del ricorrente". In applicazione di tali criteri, la Corte nel caso specifico ritiene: a) che la riqualificazione non potesse reputarsi prevedibile, non risultando condivisibile la tesi della sentenza impugnata secondo cui la qualificazione del fatto a titolo di ricettazione sarebbe stata desumibile dalle stesse dichiarazioni rilasciate dall'imputato alla polizia giudiziaria, in cui egli negava di essere l'autore del furto: secondo la Cassazione, "negare l'addebito di furto non significa, di per sé, ammettere o introdurre nelle dialettica processuale, la diversa e più grave ipotesi di ricettazione"; b) che il diritto dell'imputato a dedurre nuove prove relative alla diversa qualificazione sia stato violato benché la difesa in sede di impugnazione non avesse dedotto alcuna prova, posto che "la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello nel rito incondizionato rappresenta, in virtù dello specifico meccanismo processuale, di per sé, una evidentissima compressione del diritto di difesa tale da frustrare, in pratica, ogni diritto di difesa nell'ipotesi in cui venga mutata, *ex officio*, la qualificazione giuridica del fatto"; c) che la riqualificazione del reato di furto nella più grave fattispecie di ricettazione abbia ovviamente aumentato il *quantum* di pena inflitta. In conclusione, e pur confermando in termini generali l'indirizzo secondo cui "è possibile riqualificare il fatto da furto a ricettazione", la Cassazione enuncia il principio di diritto secondo cui "deve ritenersi violato il principio del giusto processo, sotto il profilo del diritto alla difesa e del contraddittorio, ove, all'esito del giudizio abbreviato incondizionato, l'originaria imputazione di furto venga riqualificata in ricettazione se, in concreto, per l'imputato non fosse sufficientemente prevedibile che l'accusa inizialmente formulata nei suoi confronti potesse essere riqualificata e, quindi, non sia stato messo in concreto nella possibilità di difendersi" (Cass., sez. II, 12 novembre 2012, M. A.).

La Corte suprema ha ritenuto violato il principio del "giusto processo", sotto il profilo del diritto alla difesa e del contraddittorio, ove, all'esito del giudizio abbreviato incondizionato, l'originaria imputazione di furto venga riqualificata in ricettazione se, in concreto, per l'imputato non fosse sufficientemente prevedibile che l'accusa inizialmente formulata nei suoi confronti potesse essere riqualificata e, quindi, non sia stato messo in concreto nella possibilità di difendersi (Cass., sez. II, 14 gennaio 2013, n. 1625, in *Proc. pen. e giust.*, 2013, n. 4, p. 35). Al contrario si è affermato che l'attribuzione in sentenza al fatto contestato di una qualificazione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione non determina la violazione dell'art. 521 c.p.p., neanche per effetto di una lettura della disposizione alla luce dell'art. 111, comma 2, Cost. e dell'art. 6 CEDU come interpretato dalla Corte europea, qualora la nuova definizione del reato appaia come uno dei possibili epiloghi decisori del giudizio, secondo uno sviluppo interpretativo assolutamente prevedibile, o, comunque, l'imputato ed il suo difensore abbiano avuto nella fase di merito la possibilità di interloquire in ordine alla stessa (nell'affermare il principio indicato, la Corte ha escluso la violazione del diritto al contraddittorio in una fattispecie in cui l'imputato era stato condannato in primo grado e in appello per il reato di incendio e, all'esito del giudizio di rinvio, per quello di danneggiamento seguito da incendio) (Cass., sez. V, 25 settembre 2013, n. 1697, in *Cass. pen.*, 2015, p. 214). Tali pronunce si pongono in contrasto con il principio generale per cui il giudice deve solo accertare l'avvenuta violazione o meno di una regola processuale, posta a pena di invalidità, senza doversi domandare se quella determinata inosservanza abbia leso, in concreto, un qualche interesse o diritto, dal momento che tali valutazioni sono state già svolte, a monte, dal legislatore quando ha stabilito che la violazione di quella determinata regola avrebbe comportato un'invalidità. La Corte e.d.u. è tornata sul tema, affermando che non sussiste violazione dell'art. 6 §§ 1 e 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: a) quando emerga che, pur senza il rispetto di forme predeterminate, l'accusato sia stato informato

L'art. 517 c.p.p. regola la modifica dell'imputazione attraverso la contestazione suppletiva del reato concorrente e delle circostanze aggravanti risultanti dal dibattimento. Esso stabilisce che, qualora nel corso dell'istruzione dibattimentale emerga un reato connesso a norma dell'art. 12, comma 1 lett. b), c.p.p., cioè in concorso formale o in continuazione (ad es. nel dibattimento emerge che l'imputato ha commesso non solo la violenza sessuale contestatagli, ma anche incesto - concorso formale di reati - oppure contro un imputato di rapina emerge pure la commissione da parte sua del furto dell'autovettura usata per commettere la rapina, reato di furto commesso in esecuzione del medesimo disegno criminoso – reato continuato -) ovvero una circostanza aggravante (ad es. emerge a dibattimento che la rapina è commessa con l'uso di armi) e non ve ne sia menzione nel decreto che dispone il giudizio, il pubblico ministero contesta all'imputato il reato connesso o la circostanza, purché la cognizione non appartenga alla competenza di un giudice superiore (art. 517 comma 1). Anche in questo caso è prescritto al giudice di avvertire l'imputato che ha diritto ad un termine a difesa e all'ammissione di nuove prove (art. 519 c.p.p.).

Si applicano le disposizioni previste dall'art. 516, commi 1-*bis* e 1-*ter*, c.p.p. (art. 517 comma 1-*bis*, c.p.p.).

La Corte costituzionale ha in proposito precisato alcuni importanti principi di diritto³².

non solo del fondamento dell'accusa, ossia dei fatti materiali che gli sono addebitati e su cui si basa l'accusa, ma anche della qualificazione giuridica data a questi fatti, in modo dettagliato; *b*) anche nel caso che non sia stata consentita la partecipazione personale dell'imputato alla discussione, in quanto il rispetto di tale diritto va verificato considerando l'intero processo svolto nell'ordinamento giuridico interno e il ruolo che ha svolto la Corte di cassazione, con la conseguenza che una procedura che coinvolge solo questioni di diritto e non di fatto può soddisfare i requisiti di cui all'art. 6, anche se al ricorrente non è stata offerta l'opportunità di comparire dinanzi alla Corte d'appello o alla Corte di cassazione (Corte e.d.u., sez. I, 22 febbraio 2018, Drassich c/Italia (n.2)).

³² Dapprima Corte cost. 30 giugno 1994, n. 265, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 516 e 517 c.p.p. nella parte in cui non prevedono la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione di pena a norma dell'art. 444 c.p.p., relativamente al fatto diverso o al reato concorrente contestato in dibattimento, quando la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale ovvero quando l'imputato ha tempestivamente e ritualmente proposto la richiesta di applicazione di pena in ordine alle originarie imputazioni. Successivamente Corte cost. 29 dicembre 1995, n. 530, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di questo articolo nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di proporre domanda di oblazione, ai sensi degli artt. 162 e 162-*bis* c.p.p., relativamente al reato concorrente contestato in dibattimento. Ancora Corte cost. 14 dicembre 2009, n. 333, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 516 c.p.p., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al fatto diverso contestato in dibattimento, quando la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento di esercizio dell'azione penale. Inoltre Corte cost. 22 ottobre 2012, n. 237, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 c.p.p., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, che forma oggetto della nuova contestazione. Ancora Corte cost. 26 maggio 2015, n. 139, ha dichiarato illegittimo l'art. 517 c.p.p. nella parte in cui, nel caso di contestazione di una circostanza aggravante che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale, non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato oggetto della nuova contestazione. La Corte costituzionale con la sentenza 20 febbraio 2019, n. 82, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 c.p.p., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione della pena, a norma dell'art. 444 c. p. p., relativamente al reato concorrente emerso nel corso del dibattimento e che forma oggetto di nuova contestazione. La Suprema Corte di cassazione ha riaffermato il principio in base al quale la recidiva deve essere contestata prima dello spirare del termine di prescrizione per potere essere valutata ai fini dell'aumento del *quantum sanctionis*, con le conseguenze in ordine alla dilatazione dei termini prescrizionali (nel caso di specie la

Gli artt. 516, comma 1, e 517, comma 1, c.p.p. (ma implicitamente anche l'art. 518 c.p.p.) c.p.p. prevedono che il P.M. effettui la nuova contestazione se la competenza per il fatto diverso o aggravato ovvero per il reato connesso a norma dell'art. 12 lett. b) c.p.p. non appartiene a un giudice superiore³³.

L'art. 518 c.p.p. disciplina la modifica dell'imputazione attraverso la contestazione del fatto "nuovo" risultante dal dibattimento. Può accadere che, nel corso del dibattimento, risulti a carico dell'imputato un fatto "nuovo" non enunciato nel decreto che dispone il giudizio e per il quale si debba procedere di ufficio. Il fatto "nuovo" è un altro fatto, ulteriore rispetto a quello originariamente contestato, che si aggiunge al primo e non è legato a questo da connessione (nel senso che non si tratta di reato in concorso formale né di reato continuato, per cui si è al di fuori dei casi previsti dall'art. 517 c.p.p.: ad es. dal dibattimento per la rapina emerge che l'imputato ha commesso pure una violenza sessuale)³⁴.

Può anche accadere che il fatto "nuovo" non si aggiunga a quello originariamente contestato, ma lo sostituisca, come capita allorché dal dibattimento il fatto già contestato subisca tali profonde modifiche da essere un "altro fatto", sul quale la difesa non era preparata e ha potuto difendersi (ad es. contestato l'omicidio con arma da fuoco commesso in una certa data e in un certo luogo, emerge invece dal dibattimento che la morte è avvenuta per somministrazione di veleno in data e luogo diversi).

Per il fatto "nuovo" il pubblico ministero deve di regola procedere nelle forme ordinarie, svolgendo le indagini preliminari, previa iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro (art. 518, comma 1, c.p.p.).

E' tuttavia consentito procedere nello stesso dibattimento, se il pubblico ministero ne fa richiesta e vi è consenso dell'imputato presente, qualora il presidente valuti che dal processo simultaneo non derivi pregiudizio per la speditezza dei procedimenti. In questo caso il presidente può autorizzare il pubblico ministero alla contestazione nella medesima udienza (art. 518, comma 2, c.p.p.) e deve avvertire l'imputato che ha diritto ad un termine a difesa e all'ammissione di nuove prove *ex art. 519 c.p.p.*

Procura Generale ha proposto ricorso per cassazione avverso una sentenza dichiarativa dell'estinzione dei reati per intervenuta prescrizione, sostenendo che l'aumento della pena determinato dall'applicazione della recidiva infraquinquennale e reiterata avrebbe dilatato il tempo necessario alla prescrizione) (Cass., sez. III, u.p. 30 gennaio 2014 (dep. 27 marzo 2014), R.R.A.,n. 14439).

³³ La giurisprudenza ritiene che tali previsioni non determinano un limite all'iniziativa del magistrato requirente, bensì alla possibilità che il dibattimento prosegua dinanzi allo stesso giudice dopo che l'accusa sia stata corretta o integrata, ossia attengono al potere di decidere il merito degli addebiti riformulati (Cass., sez. VI, 15 settembre 1995, p.m. in proc. Muccioli, in *CED* 202982).

³⁴ La Suprema Corte ha definito il "fatto nuovo" come "fatto ulteriore ed autonomo rispetto a quello contestato, un episodio storico che non si sostituisce, ma eventualmente vi si aggiunge, affiancandolo quale autonomo *thema decidendum*" (Cass., sez. VI, 23 febbraio 2011, n. 6987).

L'art. 519 garantisce i diritti di tutte le parti del processo, prescrivendo al presidente di informare non solo l'imputato ma tutte le parti, che, quando viene contestato il fatto "diverso", il reato in concorso formale o in continuazione, la circostanza aggravante oppure si procede nello stesso dibattimento anche per il fatto "nuovo", possono chiedere un termine per la difesa. Non spetta invece il termine a difesa quando la contestazione ha per oggetto la recidiva, che è circostanza che si presume già nota all'imputato e comunque non necessita di termini a difesa (art. 519, comma 1, c.p.p.).

Se l'imputato o le altre parti chiedono il termine a difesa, il presidente deve sospendere il dibattimento per un tempo non inferiore al termine per comparire (previsto dall'art. 429 in almeno venti giorni), ma comunque non superiore a quaranta giorni (art. 519, comma 2, c.p.p.)³⁵.

Il presidente dispone la citazione della persona offesa, osservando un termine non inferiore a cinque giorni, perché potrebbe essere diversa da quella già citata o, se pure è la medesima, deve essere informata del fatto diverso per il quale potrebbe avere interesse a presenziare (art. 519, comma 3, c.p.p.).

L'art. 520 c.p.p. disciplina invece le nuove contestazioni all'imputato assente nel dibattimento, prescrivendo che, quando intende contestare il fatto diverso, il reato connesso o le circostanze aggravanti all'imputato contumace o assente, il pubblico ministero chiede al presidente che la contestazione sia inserita nel verbale del dibattimento e che il verbale sia notificato per estratto all'imputato (art. 520, comma 1, c.p.p.).

La contestazione del fatto nuovo non è invece possibile perché il P.M. deve procedere nelle forme ordinarie, salvo che vi sia consenso dell'imputato presente e non ne derivi pregiudizio per la speditezza dei procedimenti (art. 518). In tal caso il presidente sospende il dibattimento e fissa una nuova udienza per la prosecuzione, osservando i termini per comparire indicati nell'art. 519 commi 2 e 3 (art. 520, comma 2, c.p.p.)³⁶.

3.21. L'imputazione e l'avvio del processo penale.

Con la formulazione dell'imputazione da parte del P.M., il "procedimento" si trasforma in "processo" perché si attua quello che la dottrina chiama "rapporto processuale" e che

³⁵ Corte cost. 3 giugno 1992, n. 241, e poi Corte cost. 20 febbraio 1995, n. 50, hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 519, comma 2, nella parte in cui, in caso di contestazione del fatto diverso e di reato connesso o di circostanza aggravante, non consente al pubblico ministero e alle parti private diverse dall'imputato di chiedere l'ammissione di nuove prove. Tutte le parti pertanto devono ritenersi legittimate a richiedere *ex artt.* 493 e 495 l'ammissione di nuove prove sul fatto diverso, sul reato connesso, sulla circostanza aggravante e deve ritenersi (anche in assenza di una sentenza della Corte sul punto) pure sul fatto "nuovo" giudicato nello stesso dibattimento.

³⁶ La Corte di cassazione ha affermato che quando l'accusa sia stata formulata con esplicita indicazione della data iniziale e di quella finale, l'eventuale protrarsi della condotta criminosa al di là di tali limiti temporali impone una formale contestazione suppletiva. Ne consegue che, in ipotesi d'imputato contumace o assente, è necessario, a norma dell'art. 520 c.p.p. e a pena di nullità assoluta, procedere alla sospensione del dibattimento ed alla notifica all'interessato dell'estratto del verbale d'udienza contenente la nuova contestazione (fattispecie in tema di violazione di obblighi di assistenza familiare contestata per un determinato periodo e poi risultata in dibattimento in termini più ampi (Cass., sez. VI, 14 febbraio 2011, C.F., in *Dir. pen. e proc.*, 2011, p. 417).

coinvolge tre soggetti: il giudice investito della domanda del pubblico ministero nei confronti dell'imputato.

Pertanto, la "persona sottoposta alle indagini", dopo formulata l'imputazione, diventa "imputato" (ovviamente, mentre le indagini possono essere condotte contro ignoti, non è possibile formulare un'imputazione contro ignoti).

La richiesta di rinvio a giudizio è affetta da nullità (a regime intermedio) se non è stata preceduta dalla notificazione alla persona sottoposta alle indagini ed al suo difensore dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari *ex art. 415-bis c.p.p.*, nonché, ove tale persona abbia chiesto di essere interrogata, dalla notificazione alla stessa dell'invito a presentarsi per l'interrogatorio a norma dell'art. 375, comma 3, c.p.p. Con la richiesta di rinvio a giudizio è trasmesso il fascicolo delle indagini, con allegati il corpo del reato e le cose pertinenti al reato che non debbano essere custoditi altrove (art. 416 c.p.p.). Il G.U.P. (giudice dell'udienza preliminare) deve essere persona fisica diversa dal G.I.P., esistendo un'incompatibilità tra le funzioni di G.I.P. e quelle di G.U.P. nel medesimo procedimento (art. 34, comma 2-*bis*, c.p.p.).

3.22. Il principio di contestazione.

Il principio di contestazione garantisce all'imputato e alle altre parti del processo che la sentenza del giudice abbia ad oggetto proprio il fatto che è stato contestato "in forma chiara e precisa" con l'imputazione, in modo che su quel fatto l'imputato possa difendersi e le altre parti esercitare i loro diritti processuali.

La contestazione segna quindi il perimetro della cognizione e della decisione del giudice.

3.23. Il controllo sull'imputazione.

Il processo accusatorio prevede che sull'esercizio dell'azione penale sia previsto, in genere, un controllo da parte del giudice.

L'udienza preliminare ha la funzione di controllo sull'imputazione, onde evitare che l'imputato possa trovarsi rinviato a giudizio sulla base di un'imputazione azzardata. Perciò il G.U.P. valuta il fondamento dell'imputazione per verificare se meriti di approdare in dibattimento oppure debba disporsi la sentenza di non luogo a procedere. A tal fine al G.U.P. sono stati riconosciuti, in contrasto con un processo accusatorio, poteri d'iniziativa probatoria esercitabili anche d'ufficio (artt. 421-*bis* e 422 c.p.p.).

La funzione dell'udienza preliminare resta quindi pur sempre quella di verificare l'esistenza dei presupposti per l'accoglimento della domanda di giudizio formulata dal P.M., come hanno sottolineato le Sezioni unite³⁷. L'udienza preliminare è pure la sede per richiedere il giudizio abbreviato oppure l'applicazione della pena su richiesta delle parti (fino a che non siano formulate le conclusioni finali, *ex artt. 438, comma 2 e 446*). Questi giudizi speciali, se

³⁷ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, Vottari, n. 39915, in motivazione.

accolti, si svolgono in udienza preliminare. In udienza preliminare è pure possibile richiedere l'incidente probatorio, come affermato dalla Corte costituzionale³⁸.

Nell'udienza preliminare (G.U.P.) esercita un controllo sull'imputazione decidendo, sulla base del fascicolo delle indagini (o "fascicolo delle parti"), se disporre il giudizio davanti al giudice del dibattimento oppure emettere sentenza di non luogo a procedere.

Ma nell'udienza preliminare l'imputato, rinunciando al dibattimento, può richiedere il giudizio abbreviato (art. 438 ss. c.p.p.), l'applicazione della pena su richiesta (art. 444 ss. c.p.p.) o la sospensione del procedimento con messa alla prova (art. 464-bis ss. c.p.p.).

Esistono anche riti che non prevedono l'udienza preliminare, come la citazione diretta a giudizio (art. 550 ss. c.p.p.), il giudizio direttissimo (art. 449 ss. c.p.p.), il giudizio immediato (art. 453 ss. c.p.p.), il procedimento per decreto penale (art. 459 c.p.p.).

Il giudice dell'udienza preliminare, entro cinque giorni dal deposito della richiesta, fissa obbligatoriamente con decreto il giorno, l'ora e il luogo dell'udienza in camera di consiglio, provvedendo a nominare un difensore d'ufficio quando l'imputato è privo di difensore di fiducia (art. 418 c.p.p.). L'art. 419 c.p.p. disciplina gli "atti introduttivi" dell'udienza preliminare, prescrivendo al giudice di far notificare all'imputato e alla persona offesa, della quale risulti agli atti l'identità e il domicilio, l'avviso del giorno, dell'ora e del luogo dell'udienza, con allegata la richiesta di rinvio a giudizio formulata dal pubblico ministero e con l'avvertimento all'imputato che non comparendo si applicheranno le disposizioni sull'assenza dell'imputato, sull'impedimento a comparire dell'imputato, sulla sospensione del procedimento per assenza dell'imputato e nuove ricerche con eventuale revoca della sospensione del processo. La disposizione che prescrive la notifica degli avvisi è prevista a pena di nullità (art. 419, comma 7 c.p.p.). In caso di omessa notifica dell'avviso dell'udienza preliminare all'imputato e al difensore la giurisprudenza afferma trattarsi di nullità assoluta, in quanto l'art. 179 c.p.p. dichiara assoluta la «omessa citazione dell'imputato» e quindi non solo quella per il giudizio³⁹.

Il solo avviso (senza la richiesta di rinvio a giudizio) è invece comunicato al P.M. e notificato al difensore dell'imputato con l'avvertimento della facoltà di prendere visione degli atti e delle cose trasmessi da P.M. a norma dell'art. 416, comma 2, c.p.p. e di presentare memorie e produrre documenti. L'avviso comunicato al pubblico ministero e notificato al difensore dell'imputato contiene inoltre l'invito a trasmettere la documentazione relativa alle "indagini suppletive" eventualmente espletate dal pubblico ministero o dai difensori dopo la richiesta di rinvio a giudizio. La finalità delle "indagini suppletive" è duplice: quella di essere

³⁸ Corte cost. 10 marzo 1994, n. 77.

³⁹ In questo senso Cass. Sez.un., 9 luglio 2003, Ferrara, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3702, che hanno concluso trattarsi di nullità, assoluta e insanabile, deducibile e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, della stessa udienza preliminare e di tutti gli atti successivi; Id. 24 settembre 2002, Moscatiello, in *Giur. it.*, 2003, 97). Le Sezioni unite penali hanno ribadito che l'omessa notifica all'imputato dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare configura un'ipotesi di nullità assoluta, insanabile e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, derivante dalla omessa citazione dell'imputato (Cass., Sez. un., 24 novembre 2016, Amato, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, p. 446). La nullità a regime intermedio, derivante dall'omesso avviso dell'udienza a uno dei due difensori dell'imputato, è sanata dalla mancata proposizione della relativa eccezione ad opera dell'altro difensore comparso, pur quando l'imputato non sia presente. Tale nullità deve essere eccepita ad opera del difensore comparso al più tardi immediatamente dopo gli atti preliminari, prima delle conclusioni qualora il procedimento non importi altri atti, in quanto il suo svolgersi (in udienza preliminare, riesame cautelare o giudizio) presume la rinuncia all'eccezione (Cass., Sez. Un., 16 luglio 2009, Aprea, in *Cass. pen.*, 2010, p. 119). L'omesso avviso alla persona offesa dà invece luogo ad una nullità a regime intermedio.

strumentali alle richieste probatorie da avanzare al G.U.P. e quella di selezionare il materiale conoscitivo sul quale il G.U.P. potrà decidere tra la sentenza di non luogo a procedere e il decreto che dispone il giudizio. Relativamente al termine finale per l'ammissione di atti e documenti nell'udienza preliminare, la Corte costituzionale dapprima, affermò il principio di "continuità delle indagini" che possono essere "utili, prima alla decisione sul rinvio a giudizio e poi alla formazione della prova in dibattimento", per cui, "ove le indagini suppletive del P.M. sopravvengano in tempi tali da non consentire un'adeguata difesa, spetti al giudice di regolare le modalità di svolgimento dell'udienza preliminare anche attraverso differimenti congrui alle singole, concrete fattispecie, sì da contemperare l'esigenza di celerità con la garanzia dell'effettività del contraddittorio"⁴⁰. Gli avvisi sono notificati e comunicati almeno dieci giorni prima della data dell'udienza. Entro lo stesso termine per comparire è notificata la citazione del responsabile civile e della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria. Pure questa disposizione è prevista dall'art. 419, comma 7, c.p.p. a pena di nullità a regime intermedio (se il termine non è rispettato per il difensore o per il Pubblico Ministero)⁴¹. Invece l'omesso avviso dell'udienza al difensore di fiducia tempestivamente nominato dall'imputato o dal condannato integra una nullità assoluta, ai sensi degli artt. 178, comma 1 lett., c), e 179, comma 1, c.p.p. e non invece una nullità generale a regime intermedio, che può essere sanata ai sensi dell'art. 182, commi 2 e 3, c.p.p., per effetto dell'acquiescenza del difensore di ufficio e della decadenza della parte dal diritto di far valere l'invalidità⁴².

L'imputato può rinunciare all'udienza preliminare e richiedere il giudizio immediato con dichiarazione presentata in cancelleria, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, almeno tre giorni prima della data dell'udienza. L'atto di rinuncia è notificato al Pubblico Ministero e alla persona offesa dal reato a cura dell'imputato. In tal caso il giudice deve emettere decreto di giudizio immediato senza altra possibilità, avendo l'imputato rinunciato al suo diritto all'udienza preliminare (art. 419 c.p.p.).

L'udienza preliminare è di tipo camerale ma è prescritta la partecipazione obbligatoria del pubblico ministero (la cui mancanza è causa di nullità a regime intermedio) e del difensore dell'imputato (la cui assenza è causa di nullità assoluta).

Il giudice procede agli accertamenti relativi alla regolare costituzione delle parti ordinando la rinnovazione degli avvisi, delle citazioni, delle comunicazioni e delle notificazioni di cui dichiara la nullità⁴³. Se il difensore dell'imputato non è presente il giudice provvede a

⁴⁰ Corte cost. 24.1.1994, n. 16. Peraltro, tale impostazione data dalla Corte costituzionale avallava la prassi di un deposito intempestivo di atti e documenti, senza individuare un termine finale per la loro produzione, consentendo persino la produzione, persino durante la discussione, di materiale prima non osteso.

⁴¹ Anche la Corte di cassazione a Sezioni unite ha affermato che il mancato rispetto del termine di dieci giorni integra una nullità a regime intermedio, che, dedotta, non comporta l'obbligo per il giudice di fissare una nuova udienza con la concessione dell'intero termine, potendo essere quest'ultimo integrato mediante rinvio dell'udienza di tanti giorni quanti sono necessari ad assicurarne il rispetto (Cass., Sez.un., 30.1. 2002, Munerato, in *CED Cass.* 220841).

⁴² L'avviso di fissazione dell'udienza deve essere effettuato al difensore di fiducia dell'imputato che rivestiva tale qualità all'atto della fissazione dell'udienza e non anche all'avvocato che acquisì solo successivamente tale veste (Cass., Sez. un., 10.6.2015, Martan, in *Guida dir.* 2015, n. 31, p. 92).

⁴³ La Sezioni Unite hanno affermato che la nullità a regime intermedio derivante dall'omesso avviso dell'udienza ad uno dei difensori dell'imputato è sanata dalla mancata proposizione della relativa eccezione ad opera dell'altro difensore comparso, pur quando l'imputato non sia presente. La nullità di ordine generale a regime intermedio, derivante dall'omesso avviso ad uno dei due difensori di fiducia, deve essere eccepita a opera dell'altro difensore

designare come sostituto un altro difensore immediatamente reperibile, a norma dell'art. 97, comma 4, c.p.p. Il verbale dell'udienza preliminare è redatto di regola in forma riassuntiva a norma dell'articolo 140, comma 2, ma il giudice, su richiesta di parte, dispone la riproduzione fonografica o audiovisiva ovvero la redazione del verbale con la stenotipia (art. 420 c.p.p.).

Abolito il procedimento contumaciale, la nuova disciplina – che è applicabile anche in dibattimento - prevede che il giudice procede “in assenza dell'imputato”, che è considerato presente ed è rappresentato dal difensore, in casi tassativamente indicati dalla legge e ritenuti fatti sintomatici della conoscenza del procedimento, dai quali si presume la conoscenza del procedimento. L'assente non riceve la notificazione della sentenza pronunciata in assenza proprio perché si presume che ne abbia conoscenza (mentre il contumace riceveva la notificazione dell'estratto contumaciale).

Il primo caso di assenza è quello della espressa rinuncia a comparire dell'imputato, libero o detenuto, non presente all'udienza, ma che, anche se impedito, ha espressamente rinunciato ad assistervi. Infatti, la manifestazione di volontà di rinunciare implica la prova della sua conoscenza dell'udienza. Salvo quanto previsto per l'impedimento a comparire dell'imputato, il giudice procede altresì “in assenza dell'imputato” in altri casi nei quali si presume provata l'effettiva conoscenza del procedimento: se l'imputato nel corso del procedimento ha dichiarato o eletto domicilio ovvero è stato arrestato, fermato o sottoposto a misura cautelare ovvero ha nominato un difensore di fiducia, nonché nel caso in cui l'imputato assente ha ricevuto personalmente la notificazione dell'avviso dell'udienza ovvero risulta comunque con certezza che lo stesso è a conoscenza del procedimento o si è volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo. Ma la Corte costituzionale ha posto delle condizioni affinché tali presunzioni siano ragionevoli ⁴⁴.

Si deve perciò osservare che le nuove disposizioni non sempre garantiscono la “conoscenza dell'udienza” ma solo la “conoscenza del procedimento” (per essere stato privato della libertà personale o aver nominato un difensore). Infatti, nei casi indicati dalla legge si presume la conoscenza del procedimento e dalla presunta conoscenza del procedimento si presume la conoscenza dell'imputazione e della citazione in giudizio e dalla presunta conoscenza dell'imputazione e della citazione in giudizio presume la volontaria rinuncia a comparire (cioè un triplice *praesumptum de praesumpto*) sicché sarebbe, nelle intenzioni del legislatore, una

al più tardi immediatamente dopo gli atti preliminari, prima delle conclusioni qualora il procedimento non importi altri atti, in quanto il suo svolgersi (in udienza preliminare, riesame cautelare o giudizio) presume la rinuncia all'eccezione (in motivazione la Corte ha anche affermato che non è possibile far valere successivamente l'interesse dell'imputato non comparso ad essere assistito anche dal difensore non avvisato, in quanto tale interesse non è riconoscibile in sede di impugnazione del provvedimento conclusivo del giudice) (Cass., Sez. un., 16.7. (dep. 8.10. 2009), Aprea, in *Cass. pen.*, 2010, p.895).

⁴⁴ La Consulta ha chiarito che occorre accertare se “nel caso concreto, vi sia stata un'effettiva instaurazione di un rapporto professionale tra il legale domiciliatario e l'imputato e, quindi, se si siano o meno realizzate le condizioni da cui dedurre l'esistenza di un rapporto di informazione tra il legale, benché nominato di ufficio, e l'assistito”. Si tratta di “circostanze utili per stabilire se il difensore, presso cui gli imputati hanno eletto domicilio, abbia rintracciato i suoi assistiti e se abbia instaurato un effettivo rapporto professionale con loro o, ancora, se sia riuscito a svolgere con continuità il proprio incarico”. Anche alla luce di recenti sentenze della Corte di cassazione (Cass., sez. V, 6.5.2015, n. 37555; Cass., sez. IV, 5 aprile 2013, n. 19781), anche secondo la Consulta, le menzionate informazioni si sarebbero rivelate “necessarie per verificare, nel caso di specie, se gli imputati fossero, effettivamente, venuti a conoscenza della *vocatio in iudicium* oppure, se nonostante «le formalmente regolari notifiche» presso il domiciliatario, gli imputati non avessero alcuna consapevolezza dell'inizio del processo a loro carico”. Di conseguenza, l'omessa descrizione di dette circostanze “non consente di valutare se, nel caso concreto, il giudice fosse obbligato a procedere alla celebrazione dell'udienza in assenza degli imputati” (Corte cost. 5.10. 2016, n. 31/2017).

“assenza consapevole”. Ma se è ragionevole la presunzione di conoscenza del procedimento, assai meno ragionevole è la presunzione di conoscenza del processo e, in particolare, della data dell’udienza. La prova contraria alla presunzione di conoscenza risulta pressoché impossibile dovendo l’imputato dimostrare che la mancata conoscenza dell’udienza è incolpevole. Inoltre, poiché il legislatore presume che l’assenza sia volontaria, è stato abolito l’obbligo che in precedenza imponeva la notifica al contumace dell’estratto della sentenza *ex art. 548, comma 3, c.p.p.* In definitiva, il legislatore impone all’imputato un onere di informarsi sull’andamento del suo processo. Pertanto, non sembra che la nuova disciplina garantisca la “effettiva conoscenza del processo”, come richiede la Corte europea dei diritti dell’uomo e la regola n. 1 della Risoluzione n. 11 adottata il 21 maggio 1975 dal Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa in materia di disciplina del giudizio senza imputato.

Infine, è altresì rappresentato dal difensore ed è considerato presente l’imputato che, dopo essere comparso, si allontana dall’aula di udienza o che, presente ad una udienza, non compare ad udienze successive: anche in questo caso si ha la prova dell’effettiva conoscenza dell’udienza.

L’ordinanza che dispone di procedere in assenza dell’imputato è revocata anche d’ufficio se, prima della decisione, l’imputato compare. Se l’imputato fornisce la prova che l’assenza è stata dovuta ad una “incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo”, il giudice deve rinviare l’udienza preliminare e l’imputato può chiedere l’acquisizione di atti e documenti ai sensi dell’art. 421, comma 3, c.p.p. e, nel corso del giudizio di primo grado, l’imputato ha diritto di formulare richiesta di prove ai sensi dell’art. 493 c.p.p.

Ferma restando in ogni caso la validità degli atti regolarmente compiuti in precedenza, l’imputato può altresì chiedere la rinnovazione di prove già assunte. Nello stesso modo si procede se l’imputato dimostra che versava nell’“assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento” e che “la prova dell’impedimento è pervenuta con ritardo senza sua colpa”. Il giudice revoca altresì l’ordinanza, rinvia l’udienza e dispone che l’avviso sia notificato all’imputato personalmente ad opera della polizia giudiziaria, se risulta che il procedimento, per l’assenza dell’imputato, doveva essere sospeso ai sensi delle disposizioni di tale articolo (art. 420-bis c.p.p.).

L’art. 420-ter, comma 5, c.p.p. al fine di garantire il diritto dell’imputato di presenziare al processo e quella del suo difensore di assisterlo, prende in considerazione il loro legittimo impedimento (non quello delle altre parti né dei loro difensori, i quali, quindi, non possono chiedere un differimento per legittimo impedimento). Pertanto, se l’imputato, anche se detenuto, non si presenta all’udienza e “risulta” che l’assenza è dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento, il giudice, con ordinanza, anche d’ufficio, rinvia ad una nuova udienza e dispone la rinnovazione dell’avviso all’imputato, a norma dell’articolo 419, comma 1, c.p.p.

Il giudice provvede con le stesse modalità quando «appare probabile» che l’assenza dell’imputato sia dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito o forza maggiore. Tale probabilità è liberamente valutata dal giudice e non può formare oggetto di discussione successiva né motivo di impugnazione.

Se l’imputato, anche se detenuto, non si presenta alle successive udienze e “risulta” che l’assenza è dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o

altro legittimo impedimento, il giudice rinvia anche d'ufficio l'udienza, fissa con ordinanza la data della nuova udienza e ne dispone la notificazione all'imputato.

In ogni caso la lettura dell'ordinanza che fissa la nuova udienza sostituisce la citazione e gli avvisi per tutti coloro che sono o devono considerarsi presenti.

Il giudice rinvia ad una nuova udienza e dispone la rinnovazione dell'avviso, nel caso di assenza del difensore, quando "risulta" che l'assenza stessa è dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento, purché prontamente comunicato. Tale disposizione non si applica se l'imputato è assistito da due difensori e l'impedimento riguarda uno dei medesimi ovvero quando il difensore impedito ha designato un sostituto o quando l'imputato chiede che si proceda in assenza del difensore impedito.

Fuori dei casi di assenza dell'imputato che ha manifestato la sua conoscenza del processo o di suo legittimo impedimento e fuori delle ipotesi di nullità della notificazione, se l'imputato non è presente il giudice rinvia l'udienza e dispone che l'avviso sia notificato all'imputato personalmente ad opera della polizia giudiziaria. Quando la notificazione ad opera della polizia giudiziaria non risulta possibile (ad es. perché dichiarato irreperibile o comunque non è stata possibile la notifica personalmente), e sempre che non debba essere pronunciata sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere, a norma dell'art. 129 c.p.p., il giudice dispone con ordinanza la sospensione del processo nei confronti dell'imputato assente. Durante la sospensione del processo il corso della prescrizione del reato è sospeso (art. 159 c.p.). E' stato in questo modo bandito dal processo penale italiano il giudizio contumaciale: ora l'imputato o è presente oppure è assente consapevole perché si presume la sua conoscenza del processo. La nuova disciplina è stata introdotta dopo le innumerevoli sentenze della Corte europea che hanno condannato l'Italia per i processi celebrati senza che l'imputato avesse effettiva conoscenza del processo. La sospensione del processo non impedisce al giudice di acquisire, a richiesta di parte, le prove non rinviabili, osservando le modalità stabilite per il dibattimento (art. 420-*quater* c.p.p.).

Alla scadenza di un anno dalla pronuncia dell'ordinanza di sospensione del processo nei confronti dell'imputato assente, o anche prima quando ne ravvisi l'esigenza, il giudice dispone nuove ricerche dell'imputato per la notifica dell'avviso. Analogamente provvede ad ogni successiva scadenza annuale, qualora il procedimento non abbia ripreso il suo corso. Il giudice revoca l'ordinanza di sospensione del processo in diversi casi tassativamente indicati: se le ricerche dell'imputato hanno avuto esito positivo, oppure se l'imputato ha nel frattempo nominato un difensore di fiducia o in ogni altro caso in cui vi sia la prova certa che l'imputato è a conoscenza del procedimento avviato nei suoi confronti, o anche se deve essere pronunciata sentenza di declaratoria immediata di non punibilità, a norma dell'art. 129 c.p.p. Con l'ordinanza di revoca della sospensione del processo, il giudice fissa la data per la nuova udienza, disponendo che l'avviso sia notificato all'imputato e al suo difensore, alle altre parti private e alla persona offesa, nonché comunicato al pubblico ministero. Alla nuova udienza l'imputato può formulare richiesta di giudizio abbreviato o di applicazione della pena (art. 420-*quinquies* c.p.p.).

La discussione nell'udienza preliminare è disciplinata dall'art. 421 c.p.p., che prescrive al G.U.P. di procedere all'accertamento della regolare costituzione delle parti, prima di dichiarare aperta la discussione. Il P.M. si deve limitare ad esporre sinteticamente i risultati delle indagini preliminari e gli elementi di prova che giustificano la richiesta di rinvio a giudizio. Successivamente l'imputato può rendere dichiarazioni spontanee e chiedere di essere sottoposto all'interrogatorio. Su richiesta di parte, il giudice dispone che l'interrogatorio sia

reso nelle forme dibattimentali con esame diretto e controesame. Concludono, nell'ordine, i difensori della parte civile, del responsabile civile, della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria e dell'imputato che espongono le loro difese. Il P.M. e i difensori possono replicare una sola volta. Il P.M. e i difensori formulano e illustrano le rispettive conclusioni utilizzando gli atti contenuti nel fascicolo delle indagini preliminari, nonché gli atti e i documenti ammessi dal giudice prima dell'inizio della discussione. Se il G.U.P. ritiene di poter decidere allo stato degli atti, dichiara chiusa la discussione (art. 421 c.p.p.).

Se il G.U.P. non ritiene di poter decidere allo stato degli atti, e le indagini preliminari sono a suo avviso incomplete, può pronunciare l'ordinanza di integrazione delle indagini, indicando le ulteriori indagini, fissando il termine per il loro compimento e la data della nuova udienza preliminare. Poiché l'art. 421-*bis* c.p.p. non distingue si deve ritenere che l'integrazione delle indagini non sia disposta esclusivamente a favore dell'accusa, ma può essere disposta anche quando il giudice rilevi lacune investigative in relazione ad elementi favorevoli all'imputato. Della sua ordinanza di integrazione delle indagini il G.U.P. dà comunicazione al procuratore generale presso la corte d'appello per l'eventuale avocazione. Il procuratore generale presso la corte d'appello può discrezionalmente, a seguito della comunicazione inviategli dal G.U.P., disporre con decreto motivato l'avocazione delle indagini svolgendo le indagini preliminari indispensabili e formulando le sue richieste entro trenta giorni dal decreto di avocazione (art. 421-*bis* c.p.p.).

L'art. 424 c.p.p. indica i provvedimenti che può emettere il G.U.P., stabilendo che, subito dopo chiusa la discussione, il giudice procede alla deliberazione pronunciando sentenza di non luogo a procedere oppure decreto che dispone il giudizio. Il giudice dà immediata lettura del provvedimento e la lettura equivale a notificazione per le parti presenti. Pertanto l'imputato, se presente in udienza, riceve immediatamente la notificazione mediante la lettura del decreto che dispone il giudizio. Se invece l'imputato e la persona offesa non sono presenti alla lettura del decreto, questo deve essere loro notificato almeno venti giorni prima della data fissata per il giudizio, a norma dell'art. 429, comma 4, c.p.p. Il provvedimento è immediatamente depositato in cancelleria. Le parti hanno diritto di ottenerne copia. Qualora non sia possibile procedere alla redazione immediata dei motivi della sentenza di non luogo a procedere, il G.U.P. provvede non oltre il trentesimo giorno da quello della pronuncia (art. 424 c.p.p.).

La regola di giudizio dell'udienza preliminare è omologata, anche letteralmente a quella del procedimento di archiviazione e cioè è quella per cui «gli elementi acquisiti risultano [...] non idonei a sostenere l'accusa in giudizio». L'art. 425 c.p.p. prescrive ora che, se sussiste una causa che estingue il reato o per la quale l'azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita, se il fatto non è previsto dalla legge come reato ovvero quando risulta che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o che si tratta di persona non punibile per qualsiasi causa⁴⁵, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere, indicandone la causa nel dispositivo. Il G.U.P. pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio. Il non luogo a procedere deve quindi essere pronunciato quando gli elementi di prova a carico, pur sussistenti, sono però "insufficienti" e cioè tali da far ritenere – allo stato degli atti – che non sarà possibile integrarli con l'attività probatoria dibattimentale⁴⁶. Ugualmente deve essere emessa sentenza di non luogo a procedere quando gli elementi di prova sono "contraddittori" e si prevede che tale

⁴⁵ E' esclusa la mancanza di imputabilità, che può essere pronunciata soltanto in dibattimento, come affermato da Corte cost. n. 41 del 1993, perché si potranno eventualmente applicare misure di sicurezza.

⁴⁶ In questo senso Corte cost. n. 224 del 2001 e Corte cost. n. 335 del 2002.

contrasto non potrà essere superato dall'acquisizione probatoria dibattimentale. Pertanto la giurisprudenza afferma che il criterio di valutazione per il g.u.p. non è l'innocenza dell'imputato, ma l'inutilità del dibattimento, anche in presenza di elementi probatori contraddittori o insufficienti. La sentenza di non luogo a procedere, non essendo stata pronunciata in dibattimento, non acquista mai il carattere dell'irrevocabilità (art. 648 comma 1), tanto è vero che l'art. 434 c.p.p. prevede la revoca della sentenza di non luogo a procedere anche se non più impugnabile. Il decreto che dispone il giudizio deve invece essere disposto quando appare probabile che gli elementi a carico, anche se insufficienti o contraddittori, potranno essere integrati in dibattimento.

Il G.U.P. non può pronunciare sentenza di non luogo a procedere se ritiene che dal proscioglimento dovrebbe conseguire l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca. Infatti le misure di sicurezza (ad es., ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario, libertà vigilata) presuppongono l'accertamento della pericolosità sociale del soggetto *ex art.* 202 c.p. e possono pertanto essere applicate soltanto dopo un approfondito accertamento compiuto nel dibattimento (art. 425 c.p.p.).

Contro la sentenza di non luogo a procedere è stato ripristinato l'appello (com'era previsto fino alla l. n. 46/2006) da parte sia del procuratore della Repubblica sia del procuratore generale presso la corte d'appello (ma quest'ultimo soltanto nei casi di cui all'art. 593-bis, comma 2, cioè soltanto nei casi di avocazione o qualora il procuratore della Repubblica abbia prestato acquiescenza al provvedimento), sia dell'imputato (salvo che non vi abbia interesse perché è stato dichiarato che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso), sia della persona offesa, ma in questa ipotesi soltanto nei casi di nullità previsti dall'art. 419 commi 1 (cioè per omesso avviso dell'udienza alla p.o.) e 4 (cioè per omesso rispetto dei termini di notificazione dell'avviso alla p.o.) (art. 428 c.p.p.).

L'art. 429 c.p.p. non indica quando il G.U.P. deve pronunciare il decreto che dispone il giudizio, ma si può dedurre negativamente dai presupposti della sentenza di non luogo a procedere: il G.U.P. emette decreto che dispone il giudizio quando gli elementi probatori acquisiti dal P.M. durante le indagini e posti a sostegno della richiesta di rinvio a giudizio nonché le eventuali prove raccolte nell'udienza preliminare fanno ritenere probabile una condanna in dibattimento.

Il decreto che dispone il giudizio non è motivato, al fine di non influenzare il giudice dibattimentale, anche se sarebbe stato preferibile un impegno motivazionale del G.U.P. senza rendere nota la motivazione al giudice dibattimentale.

E' prevista la nullità (relativa) del decreto se l'imputato non è identificato in modo certo ovvero se manca o è insufficiente l'enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto (lett. c) (nullità a regime intermedio) o l'indicazione del luogo, del giorno e dell'ora della comparizione (lett.f) (nullità a regime intermedio o assoluta).

Per consentire l'esercizio del diritto di difesa è prescritto che tra la data del decreto che dispone il giudizio e la data fissata per il giudizio stesso deve intercorrere un termine (dilatatorio) per comparire non inferiore a venti giorni, ma, qualora si proceda per il reato di omicidio colposo stradale o commesso con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni su lavoro, il termine (acceleratorio) non può essere superiore a sessanta giorni. Il decreto che dispone il giudizio è notificato all'imputato assente nonché all'imputato e alla persona offesa

(non al difensore) comunque non presenti alla lettura del provvedimento almeno venti giorni liberi, prima della data fissata per il giudizio (art. 429 c.p.p.).

L'attività integrativa di indagine" è quella che sia il pubblico ministero sia il difensore di tutte le parti possono svolgere dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio ed ha la finalità di consentire loro di rivolgere richieste al giudice del dibattimento. Tale attività integrativa di indagine non può consistere in atti per i quali è prevista la partecipazione dell'imputato (ad es. confronto) o del difensore di questo (ad es. interrogatorio) (art. 430 c.p.p.).

È posto un divieto probatorio al P.M., alla polizia giudiziaria e al difensore di assumere informazioni dalla persona ammessa d'ufficio dal giudice *ex art. 507 c.p.p.* o indicata nella richiesta di incidente probatorio a norma dell'art. 393 c.p.p. o nell'attività di integrazione probatoria di cui all'art. 422, comma 2, c.p.p. ovvero nella lista testimoniale di cui all'art. 468 c.p.p. e presentata dalle altre parti processuali. Le informazioni assunte in violazione del divieto sono inutilizzabili. Tale divieto probatorio cessa dopo l'assunzione della testimonianza e nei casi in cui questa non sia ammessa o non abbia luogo (art. 430-bis c.p.p.).

3.24. *Forme diversificate di controllo sull'azione penale.*

Oltre al controllo esercitato in udienza preliminare, in alcuni procedimenti speciali il giudice controlla il corretto esercizio dell'azione penale.

Infatti nel giudizio immediato il G.I.P. deve valutare la correttezza dell'esercizio dell'azione penale svolta mediante richiesta di giudizio immediato, accertando la sussistenza dei presupposti (l' "evidenza della prova" oppure che l'indagato si trovi in custodia cautelare e il rispetto dei termini per la richiesta) e, se li ritiene sussistenti, emette il decreto di giudizio immediato davanti al tribunale, omettendo l'udienza preliminare. Se invece ritiene che non sussistano i presupposti, rigetta la richiesta di giudizio immediato e ordina la trasmissione degli atti al pubblico ministero (art. 455 c.p.p.).

Anche nel giudizio direttissimo il tribunale verifica la sussistenza dei presupposti (arresto in flagranza di reato e sua convalida o confessione resa nell'interrogatorio e rispetto dei termini per la richiesta) e, se ritiene che il giudizio direttissimo risulta promosso fuori dei casi previsti dalla legge, dispone con ordinanza la restituzione degli atti al pubblico ministero (art. 452, comma 1, c.p.p.).

Pure nel procedimento per decreto penale il G.I.P. controlla il corretto esercizio dell'azione penale, verificando che il fatto sussista, che l'imputato l'abbia commesso, che la qualificazione giuridica sia corretta e, quando non accoglie la richiesta di decreto penale, se non deve pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p., restituisce gli atti al pubblico ministero (art. 459, comma 3, c.p.p.).

Trattandosi di reati di minore gravità, il legislatore non ha invece previsto alcun controllo sull'esercizio dell'azione penale nei casi di citazione diretta a giudizio, giacchè in questi casi il pubblico ministero esercita l'azione penale con la citazione diretta a giudizio, *ex art. 550 c.p.p.*

3.25. *Il fascicolo del giudice.*

Il codice denomina “fascicolo per il dibattimento” quello predisposto per il giudice del dibattimento, ed è l’unico che egli conosce (in primo grado, in appello e in cassazione), nel senso che egli non ha accesso al “fascicolo delle parti”. Pertanto, esso può, più semplicemente, chiamarsi “fascicolo del giudice”, che è formato, nel contraddittorio di tutte le parti, immediatamente dopo l’emissione del decreto che dispone il giudizio dallo stesso giudice dell’udienza preliminare. Il contenuto del fascicolo per il dibattimento è tassativamente indicato dall’art. 431, comma 1, c.p.p.: a) gli atti relativi alla procedibilità dell’azione penale (ad es. querela, autorizzazione a procedere) e all’esercizio dell’azione civile (costituzione di parte civile, costituzione del responsabile civile); b) i verbali degli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria (ad es. perquisizioni e sequestri di p.g.)⁴⁷; c) i verbali degli atti non ripetibili compiuti dal pubblico ministero e dal difensore (ad es. accertamento tecnico non ripetibile, intercettazione di comunicazioni); d) i documenti acquisiti all’estero mediante rogatoria internazionale (secondo le regole dell’ordinamento straniero, ad es., sequestro all’estero di documentazione bancaria) e i verbali degli atti non ripetibili assunti all’estero con rogatoria internazionale; e) i verbali degli atti assunti nell’incidente probatorio; f) i verbali degli atti ripetibili assunti all’estero a seguito di rogatoria internazionale solo quando i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana; g) il certificato generale del casellario giudiziario (contenente i provvedimenti giudiziari penali definitivi) e gli altri documenti indicati nell’art. 236 c.p.p. (documenti relativi al giudizio sulla personalità, quali la documentazione esistente presso gli uffici del servizio sociale degli enti pubblici e presso gli uffici di sorveglianza, sentenze irrevocabili italiane e straniere riconosciute, ai fini del giudizio sulla personalità dell’imputato o della persona offesa); h) il corpo del reato e le cose pertinenti al reato, qualora non debbano essere custoditi altrove.

E’ sempre consentito alle parti di concordare l’acquisizione al fascicolo per il dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, nonché della documentazione relativa all’attività di investigazione difensiva (art. 431 c.p.p.).

3.26. Il fascicolo delle parti.

Il codice lo denomina “fascicolo del pubblico ministero” ma sarebbe meglio chiamarlo “fascicolo delle parti”, visto che contiene non soltanto i verbali degli atti di indagine del P.M. ma anche quelli delle investigazioni difensive di tutti i difensori, eventualmente depositati fino a quel momento. Il contenuto del “fascicolo delle parti” è indicato in via residuale con il riferimento agli atti diversi da quelli inseriti nel fascicolo per il dibattimento, ai quali si aggiungono gli atti acquisiti all’udienza preliminare unitamente al verbale dell’udienza. E’ fatta salva la facoltà dei difensori di prendere visione ed estrarre copia, nella segreteria del pubblico ministero, degli atti raccolti nel fascicolo del pubblico ministero. Nel fascicolo del pubblico ministero ed in quello del difensore è altresì inserita la documentazione dell’attività integrativa di indagine quando di essa le parti si sono servite per la formulazione di richieste al

⁴⁷ La Corte di cassazione a Sezioni unite ha chiarito che non è atto irripetibile, e come tale non può essere acquisita al fascicolo per il dibattimento senza il consenso delle parti, la relazione di servizio che contenga soltanto la descrizione delle attività di indagine, esauritesi con la loro esecuzione e suscettibili di essere descritte in dibattimento, nel contraddittorio delle parti, senza la perdita di alcuna informazione probatoria, per non essere modificabili con il decorso del tempo, luoghi, persone o cose rappresentate (Cass., Sez. un., 17 ottobre 2006, p.m. in proc. Greco, in *Cass. pen.*, 2007, p. 952).

giudice del dibattimento e quest'ultimo le ha accolte (art. 433 c.p.p.): ciò per consentire alle parti le eventuali contestazioni al testimone o consulente tecnico.

3.27. La terzietà e imparzialità del giudice.

La terzietà e imparzialità del giudice sono caratteristiche sia del “giusto” processo (art. 111 Cost.) sia dell’”equo” processo (l’art. 6 C.E.D.U. esige un “tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge”, mentre l’art. 14 Patto internazionale sui diritti civili e politici prescrive un “tribunale competente, indipendente e imparziale, stabilito dalla legge”).

Il primo comma dell’art. 111 Cost. stabilisce, in via generale, che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge»: una disposizione applicabile a qualsiasi giurisdizione, sia essa civile, penale o amministrativa. Secondo tale disposizione il “giusto processo” deve essere «regolato dalla legge»: il rinvio al legislatore, valevole come riserva di legge, impone, pertanto, che sia la legge – nell’ambito penale, il codice di procedura penale – a regolare casi, tempi e modalità in cui si deve svolgere il giusto processo.

3.28. La parità tra le parti nel contraddittorio.

L’art. 111, comma 2, Cost. stabilisce, per ogni processo e non solo per quello penale, che le parti, nel contraddittorio, devono essere in condizioni di parità. Naturalmente, questo principio va inteso *cum grano salis*, cioè con ragionevolezza. Perché una delle parti necessarie, il pubblico ministero, è una parte pubblica, mentre le altre (imputato, parte civile, responsabile civile, civilmente obbligato per la pena pecuniaria) sono tutte parti private. Il pubblico ministero si differenzia dalle parti private perché, essendo una parte pubblica, ha una funzione pubblica: secondo l’art. 73 r. d. 30 gennaio 1941, n. 12, Ordinamento giudiziario, il pubblico ministero «veglia alla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello Stato, delle persone giuridiche e degli incapaci, richiedendo, nei casi di urgenza, i provvedimenti cautelari che ritiene necessari; promuove la repressione dei reati e l’applicazione delle misure di sicurezza; fa eseguire i giudicati ed ogni altro provvedimento del giudice, nei casi stabiliti dalla legge».

Il Pubblico Ministero deve essere quindi su un piede di parità con le altre parti, ma soltanto al momento del contraddittorio, perché al di fuori di questo momento la parte pubblica, ovviamente, ha poteri che sono ben maggiori di quelli che sono attribuiti alla parte privata. Basti pensare che il pubblico ministero dispone della polizia giudiziaria sulla quale non può contare la parte privata. La parte privata si può rivolgere ad un investigatore privato ma c’è una bella differenza tra la polizia giudiziaria e l’investigatore privato, che non ha poteri coercitivi di perquisizione, sequestro, interrogatorio. Il pubblico ministero chiede la restrizione della libertà personale della sua controparte, che ovviamente non può fare altrettanto. La parità quindi non va intesa nel senso che le parti devono avere gli stessi mezzi davanti al giudice perché non è possibile concepire gli stessi mezzi tra pubblico ministero e parti private, quanto nel senso che devono avere le stesse possibilità nel processo, gli stessi diritti nel processo, le situazioni soggettive devono essere tutelate in maniera paritaria: è una parità delle armi nel processo, anche figuratamente rappresentata dalla regola per cui “nelle aule d’udienza per il dibattimento, i banchi riservati al pubblico ministero e ai difensori sono posti allo stesso livello di fronte all’organo giudicante” (art. 146 disp. att. c.p.p.), cioè è una parità nel contraddittorio, così recita l’art. 111, comma 2, Cost.: «nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità».

Secondo la Corte costituzionale, il principio di parità delle parti processuali non comporta necessariamente, nel processo penale, l’identità tra i poteri del pubblico ministero e

quelli dell'imputato⁴⁸. Questo proprio perché tale parità si misura non tanto nell'avere gli stessi mezzi materiali (che ripeto non è possibile perché il pubblico ministero è una parte pubblica che ha poteri maggiori rispetto alle parti private), quanto nella possibilità di esercitare gli stessi diritti davanti al giudice.

Anche l'art. 14, comma 2, Patto internazionale sui diritti civili e politici, riconosce la parità tra le parti, prescrivendo che "ogni individuo accusato di un reato ha diritto, in posizione di piena uguaglianza, come minimo alle seguenti garanzie..."

3.29. La presunzione di innocenza dell'imputato.

L'art. 27, comma 2, Cost. stabilisce la regola cardinale del processo penale, per cui «l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva». Si tratta della presunzione di innocenza, risalente al diritto romano ("*in dubio pro reo*"), poi a Cesare Beccaria, e invece irrisa come una "stravaganza" dal ministro Alfredo Rocco nella Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale 1930, ma accolta dagli ordinamenti di *common law*⁴⁹. Ma anche la "considerazione di non colpevolezza" è una regola fondamentale del processo penale. Si noti che il legislatore costituente è stato molto prudente: non ha prescritto che l'imputato si presume innocente, anche se non c'è alcuna differenza sostanziale, però il costituente del 1948 ha affermato che l'imputato «non è considerato colpevole», quasi a lasciare uno spazio intermedio tra la presunzione di non colpevolezza e la presunzione di innocenza, come se ci fosse una zona grigia, nella quale chi è sottoposto a processo può essere considerato quasi-innocente o quasi colpevole. Ma in realtà è una ipocrisia verbale perché se non si è colpevoli, si è innocenti, in quanto non esiste un *tertium genus*, diverso dall'innocenza o dalla colpevolezza. Ed infatti, tutte le convenzioni sovranazionali, a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata dall'O.N.U. nel 1948 (art.11), alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo (art. 6), al Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 14), alla Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. (cd. Carta di Nizza- art. 48), fino al Trattato sull'Unione europea (che, all'art. 6, comma 1, stabilisce che «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati»), si esprimono esplicitamente in termini di presunzione di innocenza.

Una conferma deriva anche dalla Direttiva 2016/343/UE del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, che impone che "l'indagato o imputato sia stato informato in un tempo adeguato del processo e delle conseguenze della mancata comparizione".

Sebbene la Costituzione degli Stati Uniti non preveda esplicitamente la presunzione

⁴⁸ Stanti le fisiologiche differenze che connotano le posizioni delle due parti necessarie del processo penale, «ripartizioni asimmetriche di poteri tra le parti stesse sono compatibili con il principio di parità, ad una duplice condizione: e, cioè, che tali asimmetrie, per un verso, trovino un'adeguata *ratio* giustificatrice nel ruolo istituzionale del pubblico ministero, ovvero in esigenze di funzionale e corretta esplicazione della giustizia penale, anche in vista del completo sviluppo di finalità esse pure costituzionalmente rilevanti; e, per un altro verso, risultino comunque contenute – anche in un'ottica di complessivo equilibrio delle posizioni delle parti – entro i limiti della ragionevolezza» (Corte cost. n. 26 e n. 320 del 2007).

⁴⁹ La regola di origine anglosassone (la cosiddetta "regola b.a.r.d." cioè "*Beyond a Reasonable Doubt*"), per cui il giudice pronuncia sentenza di condanna soltanto se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli «al di là di ogni ragionevole dubbio», come recita la regola di *common law*, è contenuta pure, con identica enunciazione, nell'art. 66 dello Statuto della Corte penale internazionale, adottato dalla Conferenza diplomatica delle Nazioni Unite, tenutasi a Roma il 17 luglio 1998, ratificato in Italia con la l. 12 luglio 1999, n. 232.

di innocenza, la giurisprudenza la fa generalmente derivare dal IV, V e XIV Emendamento⁵⁰.

In Italia l'art. 27, comma 2, Cost. usa un'espressione che qualcuno intende come se fosse qualcosa di diverso dalla presunzione di innocenza. In realtà, si dice che l'imputato "non è considerato" colpevole, ma, se non è colpevole, è innocente perché *tertium non datur*.

La "considerazione di non colpevolezza" si deve intendere in due modi: come "regola di giudizio" e come "regola di trattamento nel processo". Come regola di giudizio vuol dire che l'imputato è presunto innocente, per cui l'onere della prova grava sull'accusa, che deve dimostrare la colpevolezza dell'imputato "oltre ogni ragionevole dubbio" per superare la presunzione di innocenza. Ma la presunzione di innocenza va intesa anche come regola di trattamento, per cui l'imputato non può essere trattato nel processo come se fosse colpevole e non è consentito anticipare l'esecuzione della pena. Come regola di trattamento l'eventuale custodia cautelare deve essere attuata in tempi e modi tali da rispettare la presunzione costituzionale: è possibile oggi incarcerare l'imputato sostanzialmente per tre motivi: perché vi è pericolo di fuga, di inquinamento delle indagini o di commissione di reati. I primi due sono sicuramente compatibili con la presunzione di non colpevolezza perché anche un innocente può essere indotto dal timore dell'errore giudiziario ad intralciare le indagini o a darsi alla fuga e, quindi, si tratta di due finalità compatibili con la presenza di innocenza e quindi costituzionalmente ammissibili. Più discutibile è la terza finalità della custodia cautelare: il pericolo di commissione di reati. Perché se la pericolosità viene desunta dal fatto attribuito all'imputato, sarebbe una norma contraria alla presunzione di innocenza. Il giudice non può motivare l'imposizione della custodia cautelare per il timore di commissione di altri reati perché sarebbe una motivazione contrastante con la presunzione di innocenza: infatti il giudice starebbe dando per scontato che l'imputato sia colpevole del reato per il quale invece è presunto innocente. Sarebbe invece compatibile con la presunzione di innocenza se il giudice motivasse il provvedimento coercitivo affermando che la prognosi di pericolosità non deriva dal reato contestato, ma è desunta, ad esempio, dai numerosi precedenti penali specifici dell'imputato.

3.30. L'informazione sulla natura e i motivi dell'accusa.

L'art. 111 Cost. dal terzo comma in poi si dedica esclusivamente al processo penale.

L'art. 111, comma 3, Cost. , coniugandosi con l'art. 24, comma 2, Cost. che tutela il diritto di difesa, detta una serie di prescrizioni di tipo soggettivo, funzionali alla tutela dell'imputato e quindi sono garanzie individuali. Esso prescrive, con particolare riferimento al processo penale, che «La legge assicura che la persona accusata di un reato, sia nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico». Anche qui si cerca di contemperare due esigenze totalmente diverse. L'art. 111, comma 3, Cost. cerca di bilanciare i due interessi contrapposti: da una parte l'interesse della pubblica accusa di compiere segretamente gli atti di indagine; dall'altro l'interesse della difesa ad essere tempestivamente informata del procedimento a suo carico al fine di potersi difendere, fornendogli con questa comunicazione gli strumenti che possano essergli utili per garantire il diritto di difesa, in modo tale che esso non sia soltanto una vuota enunciazione, ma abbia invece un concreto contenuto idoneo a sviluppare il diritto di difesa.

L'art. 111, comma 3, Cost. non prescrive un'informazione immediata, cioè dall'inizio delle indagini, non pretende che il pubblico ministero avverta immediatamente l'indagato di

⁵⁰ Nel caso *Coffin v. United States* (1895) la presunzione di innocenza dell'accusato fu esplicitamente riconosciuta, mentre la Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *In re Winship* (1970) affermò che la clausola del *Due process of law* protegge l'accusato contro la condanna, salvo che esista una prova "al di là di ogni ragionevole dubbio".

essere sottoposto a procedimento penale, ma prescrive l'informazione «nel più breve tempo possibile», in modo tale che si riescano a bilanciare i due diversi interessi, quello del p.m. a svolgere segretamente le indagini e quello dell'accusato a difendersi, aggiungendo che l'informazione deve essere data «riservatamente».

In attuazione dell'art. 111, comma 3, c.p.p., l'art. 369 c.p.p. disciplina l'informazione di garanzia e stabilisce che «Solo quando deve compiere un atto al quale il difensore ha diritto di assistere», e non prima, il pubblico ministero deve inviare alla persona sottoposta alle indagini ed alla persona offesa dal reato una informazione di garanzia contenente l'indicazione delle norme che si assumono violate, della data e del luogo del fatto (ma senza alcuna contestazione del fatto) e l'invito a nominare un difensore di fiducia. Il P.M. deve informare altresì sia la persona sottoposta alle indagini sia la persona offesa del loro diritto a richiedere le iscrizioni a loro nome nel registro delle notizie di reato. L'informazione è spedita in piego chiuso raccomandato con ricevuta di ritorno. Il pubblico ministero, se ne ravvisa la necessità oppure dopo che l'ufficio postale ha restituito il piego per irreperibilità del destinatario, può disporre che l'informazione sia notificata alla persona sottoposta alle indagini. L'eventuale omissione dell'invio dell'informazione di garanzia alla persona sottoposta alle indagini comporta una nullità a regime intermedio perché lede il suo diritto all' «intervento» e all' «assistenza». Invece l'omesso invio dell'informazione di garanzia alla persona offesa non è nullità né speciale (perché non prevista in modo speciale), né generale perché la persona offesa non è «parte privata» e quindi dà luogo a mera irregolarità.

Ancora in attuazione dell'art. 111, comma 3, c.p.p., la l. n. 60/2001 affiancò all'informazione di garanzia una informazione della persona sottoposta alle indagini sul diritto di difesa (art. 369-*bis* c.p.p.), che ha una funzione simile a quella dell'informazione di garanzia, ma deve essere inviata alla sola persona sottoposta alle indagini (e non anche alla persona offesa, come l'informazione di garanzia). L'informazione sul diritto di difesa ha un diverso contenuto, nonostante debba essere inviata, come l'informazione di garanzia, «al compimento del primo atto a cui il difensore ha diritto di assistere» e, comunque, prima dell'invito a presentarsi per rendere l'interrogatorio quando la persona sottoposta alle indagini abbia chiesto di essere interrogata *ex art.* 416 c.p.p. L'informazione sul diritto di difesa deve comunicare l'avvenuta nomina del difensore d'ufficio ed altresì informare dell'obbligatorietà della difesa tecnica nel processo penale, con l'indicazione della facoltà e dei diritti attribuiti dalla legge alla persona sottoposta alle indagini, il nominativo del difensore d'ufficio e il suo indirizzo e recapito telefonico, l'indicazione della facoltà di nominare un difensore di fiducia con l'avvertimento che, in mancanza, la persona sottoposta alle indagini sarà assistita da quello nominato d'ufficio, l'indicazione dell'obbligo di retribuire il difensore d'ufficio ove non sussistano le condizioni per accedere al patrocinio a spese dello Stato e l'avvertimento che, in caso di insolvenza, si procederà ad esecuzione forzata, e infine l'indicazione delle condizioni per l'ammissione al patrocinio per i non abbienti. L'omissione dell'invio dell'informazione sul diritto di difesa è esplicitamente prevista «a pena di nullità degli atti successivi» per cui si tratta di nullità a regime intermedio (attinente l'«assistenza» e l'«intervento» dell'imputato) di tutti gli atti successivi che sono presunti dipendenti da quello nullo.

Inoltre, viene data attuazione non solo al diritto di difesa, e in particolare a quell'aspetto che è il «diritto di difendersi provando», ma pure alle regole del «giusto processo», imposto dall'art. 111, comma 1, Cost. e, in particolare, al principio di «parità delle parti» ai fini del contraddittorio e al diritto della persona accusata di un reato di disporre «del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa» di cui ai successivi commi 2 e 3. Infatti, la l. 7 dicembre 2000, n. 397, intitolata «Disposizioni in materia di indagini difensive», ha introdotto

un titolo VI-*bis*, rubricato «Investigazioni difensive» nel libro V del codice di procedura penale, che si articola negli artt. 391-*bis* – 391-*decies*. Infatti, allo stesso modo del P.M., il difensore di ogni parte o soggetto processuale può decidere discrezionalmente se compiere atti di investigazione difensiva, che poi può decidere di presentare o non presentare al P.M. nel corso delle indagini preliminari o nell'udienza preliminare. Nel corso delle indagini preliminari e nell'udienza preliminare, quando il giudice deve adottare una decisione con l'intervento della parte privata, il difensore può presentargli direttamente gli elementi di prova a favore del proprio assistito. Nel corso delle indagini preliminari il difensore che abbia conoscenza di un procedimento penale può presentare gli elementi difensivi di cui al comma 1 direttamente al giudice, perché ne tenga conto anche nel caso in cui debba adottare una decisione per la quale non è previsto l'intervento della parte assistita (art.391-*octies*, c.p.p.).

La nuova disciplina affianca dunque alle indagini preliminari del pubblico ministero quelle investigative del difensore, stravolgendo l'impianto originario del codice, che era stato pensato con un pubblico ministero monopolista delle indagini. Ora alle indagini obbligatorie di tipo pubblicistico del pubblico ministero si contrappongono le investigazioni discrezionali delle parti private, le quali possono ricercare le fonti di prova e gli elementi di prova a favore del proprio assistito, acquisirli, documentarli e utilizzarli nel processo, allo stesso modo di quanto il pubblico ministero fa per i propri atti di indagine preliminare.

E' riconosciuta al difensore delle parti private o dei soggetti privati la facoltà discrezionale di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione, eventualmente avvalendosi di sostituti, di investigatori privati autorizzati e, quando sono necessarie specifiche competenze, di consulenti tecnici (art. 327-*bis*).

A differenza dell'attività della polizia giudiziaria, che può compiere anche atti atipici, il difensore è legittimato a compiere soltanto una serie tassativa di atti di investigazione difensiva. Infatti, i difensori possono procedere soltanto a colloquio, ricezione di dichiarazioni e assunzione di informazioni (art.391-*bis*, c.p.p.), che devono essere fedelmente verbalizzate (art. 391-*ter* c.p.p.), può chiedere i documenti in possesso della pubblica amministrazione e di estrarne copia a sue spese (art. 391-*quater*, c.p.p.), possono effettuare un accesso per prendere visione dello stato dei luoghi e delle cose ovvero per procedere alla loro descrizione o per eseguire rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi (art. 391-*sexies*, c.p.p.). Se è necessario accedere a luoghi privati o non aperti al pubblico e non vi è il consenso di chi ne ha la disponibilità, l'accesso, su richiesta del difensore, è autorizzato dal giudice, con decreto motivato che ne specifica le concrete modalità (art. 391-*septies*, c.p.p.).

A differenza del P.M., al difensore è consentito svolgere attività investigativa preventiva, cioè precedente l'inizio di un procedimento penale. Infatti, l'attività investigativa, con esclusione degli atti che richiedono l'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria (non può esservi autorità giudiziaria perché non c'è alcun procedimento in corso), può essere svolta anche dal difensore che ha ricevuto apposito mandato per l'eventualità che si instauri un procedimento penale (art. 391-*nonies*, c.p.p.).

Tutte le parti possono servirsi delle dichiarazioni inserite nel fascicolo del difensore per muovere le contestazioni all'imputato, ai testimoni, al perito e ai consulenti tecnici, a norma degli artt. 500, 512 e 513 c.p.p. A meno che non si tratti di un documento, acquisibile a norma dell'art. 234 c.p.p., la documentazione di atti non ripetibili compiuti in occasione dell'accesso ai luoghi, se presentata nel corso delle indagini preliminari o nell'udienza preliminare, è inserita nel fascicolo per il dibattimento. Quando si tratta di accertamenti tecnici non ripetibili, il difensore deve darne avviso, senza ritardo, al pubblico ministero per consentirgli la facoltà di

richiedere l'incidente probatorio. Negli altri casi di atti non ripetibili compiuti dal difensore in occasione dell'accesso ai luoghi, il P.M., personalmente o mediante delega alla polizia giudiziaria, ha facoltà di assistervi. Il verbale degli accertamenti tecnici non ripetibili e, quando il P.M. ha esercitato la facoltà di assistervi, la documentazione degli atti non ripetibili compiuti dal difensore in occasione dell'accesso ai luoghi, presentata nel corso delle indagini preliminari o nell'udienza preliminare, sono inseriti sia nel fascicolo del difensore sia nel fascicolo del pubblico ministero (*rectius* delle parti). Nel fascicolo per il dibattimento sono inseriti anche i verbali degli atti non ripetibili compiuti dal pubblico ministero e dal difensore (art. 391-decies c.p.p.).

Il difensore, come il P.M., può altresì svolgere attività investigativa "suppletiva", cioè quella cui si riferisce l'art. 419, comma 3, c.p.p. e che è compiuta dopo la richiesta di rinvio a giudizio e l'inizio della discussione nell'udienza preliminare. La funzione delle indagini suppletive è quella di consentire, nei procedimenti con udienza preliminare, sia al pubblico ministero sia alle parti private, in ossequio alla *par condicio*, di svolgere indagini nell'intervallo di tempo tra la presentazione della richiesta di rinvio a giudizio, purché intervenuta nei termini di cui agli artt.405-407, e l'inizio della discussione nell'udienza preliminare in nome della "continuità investigativa" (come emerge dalle sentenze di Corte cost. 3 febbraio 1994, n. 16 e Corte cost. 10 marzo 1994, n. 77), oltre che per raccogliere elementi utili alla formulazione di richieste al giudice dell'udienza preliminare. Durante il termine per comparire e fino alla conclusione dell'udienza preliminare, le parti, la persona offesa e i difensori hanno facoltà di prendere visione, nel luogo dove si trovano, degli atti e delle cose acquisiti dopo la richiesta di rinvio a giudizio e di estrarre copia degli atti suddetti (art.131 disp. att. c.p.p.).

Il difensore, come il P.M., può anche svolgere attività investigativa "integrativa", cioè successiva all'emissione del decreto che dispone il giudizio, ai fini delle proprie richieste al giudice del dibattimento, fatta eccezione degli atti per i quali è prevista la partecipazione dell'imputato o del difensore. La documentazione relativa deve essere immediatamente depositata nella segreteria del pubblico ministero con facoltà delle parti di prenderne visione e di estrarne copia (art. 430 c.p.p.).

Il difensore non è invece ammesso a richiedere al giudice l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni, né perquisizioni e sequestri, e nemmeno l'acquisizione dei tabulati, che restano tutti atti ad iniziativa esclusiva del pubblico ministero, con molti dubbi in rapporto al principio della parità tra le parti.

3.31. L'"inviolabile" diritto di difesa.

L'art. 24, comma 2, Cost. sancisce che la difesa, in ogni processo e per qualunque parte (imputato, responsabile civile, civilmente obbligato per la pena pecuniaria, parte civile), è "inviolabile in ogni stato e grado del procedimento".

In particolare, nel processo penale, l'art. 111, comma 3, Cost. prescrive alla legge di assicurare alla persona accusata di poter «disporre del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa», garantendo una parità tra accusa e difesa e quindi la possibilità, per la difesa, di svolgere investigazioni difensive. La l. 7 dicembre 2000, n. 397, ha introdotto le investigazioni difensive, stabilendo poteri, forme, modalità, tempi e utilizzabilità dei risultati delle investigazioni del difensore (art. 391-*bis* ss. c.p.p.). E questo è un passo avanti sicuramente molto significativo. In precedenza, l'art. 38 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, prevedeva, con una disposizione abbastanza sintetica, il potere di investigazione difensiva, ma senza indicare modi, tempi, forme ed utilizzabilità, quindi, di fatto, impedendo la possibilità alla difesa di investigare.

Particolare tutela è assicurata alla difesa dei minorenni. Sul punto la direttiva

2016/800/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2016, sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali, ha rafforzato le garanzie dell'imputato minorenne nel procedimento penale, prevedendo norme minime comuni, riguardanti, in particolare, il diritto all'informazione sull'accusa e sulle prerogative difensive, la valutazione individualizzata del minore, gli accertamenti medici, la videoregistrazione dell'interrogatorio, l'assistenza del difensore e dell'esercente la responsabilità genitoriale, disciplinando anche le limitazioni alla libertà personale e le misure alternative alla detenzione, nonché il diritto di partecipare al processo e la protezione della personalità e privacy del minore, autore di reato.

3.32. La difesa dei non abbienti.

L'art. 24 Cost. non solo definisce la difesa "diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento" (comma 2), ma assicura "ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione" (comma 3). L'art. 98 c.p.p. attua tale precetto rinviando alla legge sul patrocinio dei non abbienti (d.P.R. 30 maggio 2002, n.115). Può essere ammesso al patrocinio chi è titolare di un reddito imponibile ai fini dell'imposta personale sul reddito, risultante dall'ultima dichiarazione, non superiore a euro 9.296,22 (art. 76, comma 1).

La direttiva 2016/1919/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2016, sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo, mira a garantire l'effettività dell'assistenza legale nei procedimenti penali, richiedendo, in particolare, ai Paesi membri di prevedere il diritto di avvalersi di un difensore retribuito dallo Stato.

3.33. Il diritto di controesame il proprio accusatore (*right of confrontation*).

In riferimento al solo processo penale, l'art. 111, comma 3, Cost. aggiunge che la legge deve assicurare all'accusato la «facoltà davanti al giudice di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore». Questo è il canone dedicato al principio del contraddittorio nell'assunzione della prova e deriva dal *right of confrontation*, garantito dal sesto Emendamento alla Costituzione statunitense.

La disposizione costituzionale significa che l'accusato ha la facoltà di interrogare il suo accusatore, di fronte al giudice, il quale è il garante del processo. Ma l'art. 111, comma 3, Cost. prosegue riconoscendo all'accusato il diritto "... di interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico", senza individuare, in modo specifico, chi deve procedere all'interrogatorio. Infatti, "interrogare" parrebbe significare che l'accusato abbia la facoltà di interrogare lui personalmente. In realtà oggi nel codice è compito del difensore procedere all'esame. Questo "interrogare o far interrogare" significa che la legge potrebbe prevedere in futuro (magari per reati bagatellari) anche la facoltà dell'accusato di procedere lui personalmente all'interrogatorio del suo accusatore. Si tratta dell'aspetto più importante del diritto al *right of confrontation* perché consente alla difesa dell'accusato di evidenziare le contraddizioni in cui è incorso l'accusatore, il suo interesse a mentire o le sue eventuali precedenti calunnie.

L'art. 111, comma 3, Cost. continua ancora prescrivendo alla legge di assicurare in ogni caso all'accusato la "facoltà di ottenere la convocazione e quindi l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa". Si tratta del diritto di poter presentare testi a discarico. Quindi, come il pubblico ministero ha il diritto di presentare i suoi testi a carico,

anche l'accusato deve avere la possibilità di presentare, ovviamente con le stesse modalità processuali che sono stabilite per il pubblico ministero, testi a difesa, persone o documenti cioè elementi che possono essere utili ai fini della sua difesa. Difatti, non si parla esclusivamente di interrogatorio ma si parla di acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore. Il codice disciplina perciò l'esame di testimoni, periti, consulenti tecnici e parti nelle tre fasi dell'esame diretto, il controesame ed il riesame (art.498 c.p.p.).

3.34. L'inutilizzabilità delle dichiarazioni dell'accusatore renitente.

Il diritto di esaminare il proprio accusatore è rafforzato dall'art. 111, comma 4, Cost. dalla previsione di inutilizzabilità delle dichiarazioni "rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore". La disposizione costituzionale enuncia la regola di giudizio affermando che "la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base" di tali dichiarazioni sottratte al controesame, ma si tratta chiaramente di un divieto probatorio insieme ad un divieto di utilizzabilità. Il principio costituzionale è attuato dall'art. 500, comma 3, c.p.p. Si tratta della *exclusionary rule* del sistema di *common law*.

Allo stesso modo l'art. 13, comma 3, Cost. sancisce che i "provvedimenti provvisori" adottati dalla polizia limitando la libertà personale (arresto in flagranza, fermo di p.g.), in mancanza di tempestiva convalida da parte dell'autorità giudiziaria, "si intendono revocati e restano privi di ogni effetto" quale potrebbe essere l'inutilizzabilità delle dichiarazioni eventualmente rese dal fermato o dall'arrestato.

3.35. Il diritto all'interprete.

Sempre in riferimento al processo penale l'art. 111, comma 3, Cost. prescrive alla legge di assicurare alla persona accusata di essere "assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo". Il diritto all'interprete è un'esigenza fondamentale che è stata recepita nella Costituzione perché consente all'accusato di partecipare al processo comprendendo ciò che vi avviene. Il significato diventa molto più pressante in una società come l'attuale dove la circolazione delle persone è alta e sono moltissime le persone che sono presenti nel territorio italiano che non conoscono la lingua italiana o comunque non hanno una conoscenza così tecnica della lingua italiana al punto da comprendere determinati passaggi del procedimento penale.

Non si tratta solamente di assicurare all'accusato di esprimersi, ma anche di comprendere correttamente il significato di ogni atto del processo, per cui occorre l'ausilio dell'interprete che spieghi esattamente all'accusato ogni atto che si svolge nel processo.

Tale importanza spiega perché il diritto all'interprete è oggetto di diverse Direttive europee (Direttiva 2010/64 UE del 22 ottobre 2010, Direttiva 2012/13 UE del 22 maggio 2012, n. 13; Direttiva 2012/29 UE del 25 ottobre 2012).

L'art. 111, comma 3, Cost. fa riferimento soltanto al "processo", ma non deve essere inteso letteralmente, quanto piuttosto in senso ampio con riferimento anche alla fase delle indagini. Il diritto deve intendersi anche riferito al diritto ad ottenere la traduzione degli atti scritti del procedimento.

Nel codice è prescritta l'informazione all'accusato, già nella fase delle indagini, del diritto all'interprete ed alla traduzione degli atti fondamentali del procedimento penale (art. 369-*bis* c.p.p.) ed è disciplinato il diritto all'interprete e alla traduzione di atti fondamentali (art. 143 c.p.p.).

3.36. Il diritto alla prova e il principio dispositivo della prova.

Altro principio fondamentale del processo accusatorio in tema di prova è il principio dispositivo della prova, che significa che la parte ha “diritto alla prova” e quindi è la parte che dispone della prova, cioè ha diritto di ricercare le fonti di prova, chiederne l’ammissione, partecipare alla sua assunzione e ottenerne la valutazione da parte del giudice. Infatti, secondo l’art. 190, comma 1, c.p.p., “le prove sono ammesse a richiesta di parte”.

Solo in casi eccezionali, reliquati del sistema inquisitorio, è il giudice che prende l’iniziativa di assumere d’ufficio la prova, cioè senza richiesta di parte (si tratta degli artt. 422 e 507 c.p.p.): “la legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse d’ufficio” (art. 190, comma 2, c.p.p.).

Il procedimento probatorio si articola nelle tre fasi dell’ammissione della prova, della sua assunzione e infine della valutazione.

3.37. I poteri probatori officiosi del giudice.

Il nostro sistema processuale, che non è del tutto accusatorio, presenta ancora alcune incrostazioni inquisitorie perchè lascia al giudice il potere di assumere d’ufficio la prova. Si tratta di eccezioni alla regola del potere dispositivo delle parti e quindi, in quanto eccezioni, da interpretare in senso restrittivo.

Tali poteri probatori d’ufficio sono consentiti al giudice sia in udienza preliminare sia in dibattimento.

Infatti, in udienza preliminare, se il G.U.P. non ritiene di poter decidere allo stato degli atti e non ha emesso ordinanza di integrazione delle indagini, può pronunciare, anche d’ufficio (oltre che su istanza di parte), ordinanza di integrazione probatoria, disponendo l’assunzione delle prove delle quali appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere. Le parti non hanno perciò diritto all’ammissione della prova, spettando al giudice la valutazione discrezionale sull’ammissione stessa. L’elencazione delle prove indicate nell’art. 422 c.p.p. è soltanto esemplificativa (testimoni, periti, consulenti tecnici e degli imputati in procedimento connesso o collegato di cui siano stati ammessi l’audizione o l’interrogatorio) e non tassativa, per cui può essere ammessa qualsiasi prova. Il G.U.P., se non è possibile procedere immediatamente all’assunzione delle prove, fissa la data della nuova udienza e dispone la citazione dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici e degli imputati in procedimento connesso o collegato, di cui siano stati ammessi l’audizione o l’interrogatorio. L’audizione e l’interrogatorio delle persone indicate nel comma 2 dell’art. 422 c.p.p. sono condotti dal giudice. Il P.M. e i difensori possono porre domande, a mezzo del giudice, nell’ordine previsto per la discussione dell’udienza preliminare. Successivamente, il pubblico ministero e i difensori formulano e illustrano le rispettive conclusioni. In ogni caso l’imputato può chiedere di essere sottoposto all’interrogatorio e, su richiesta di parte, il G.U.P. dispone che l’interrogatorio sia reso nelle forme dibattimentali con esame diretto e controesame (art. 422 c.p.p.).

In dibattimento, l’art. 507 c.p.p. disciplina l’ammissione di nuove prove d’ufficio, stabilendo, in deroga al principio dispositivo della prova, che terminata l’acquisizione delle prove, il giudice, «se risulta assolutamente necessario», può disporre anche di ufficio l’assunzione di nuovi mezzi di prove (art. 507, comma 1, c.p.p.)⁵¹.

⁵¹ Dirimendo un contrasto sorto in seno alla giurisprudenza di legittimità, le Sezioni Unite della Corte di cassazione sono intervenute nella spinosa diatriba concernente i contorni del potere officioso di integrazione probatoria attribuito al giudice, accogliendo l’interpretazione più estensiva dell’art. 507 c.p.p. Le Sezioni unite hanno, infatti, osservato che la tesi restrittiva, secondo cui al giudice è precluso il potere di ammettere prove che le parti avrebbero potuto richiedere ma non hanno richiesto, non è sorretta “né da argomenti letterali né sistematici”. Al contrario, la soluzione opposta poggia su una solida esegesi di carattere storico e logico-sistematico. Sotto il primo profilo, dai lavori preparatori concernenti la genesi della direttiva 73, da cui l’art. 507 c.p.p. trae origine, fin dagli emendamenti

proposti nel 1980 dall'allora Guardasigilli Morlino in relazione al testo della legge delega del 1974, emerge con chiarezza l'intenzione del legislatore di fornire il giudice di un potere in grado di ovviare all'*inerzia* delle parti in materia probatoria. Quanto al secondo aspetto, la lettura estensiva dell'art. 507 ben si armonizza con il dettato dell'art. 603, non potendo riconoscersi che al giudice di appello, rinnovando l'istruttoria dibattimentale, compete un potere probatorio più ampio che gli consente di ammettere prove che erano precluse al giudice di prima istanza: "altrimenti in alcuni casi si renderebbe necessario l'appello per completare il quadro probatorio, costringendo il giudice di primo grado ad una decisione non sorretta da elementi e quindi provvisoria". Conseguentemente, per "prova nuova" deve intendersi ogni prova non disposta precedentemente, senza che assumano rilevanza i motivi relativi all'origine della mancata assunzione. Nel chiarire i contorni del potere *ex art. 507*, le Sezioni Unite hanno inoltre messo in evidenza l'autonomia del diritto alla prova delle parti rispetto al potere suppletivo del giudice, sicché la decadenza opera esclusivamente sul diritto della parte, non già sulla prova che, quindi, può essere assunta d'ufficio; in questo caso, del resto, la parte non vanta alcun diritto all'ammissione, essendo un giudizio riservato alla valutazione del giudice sulla base del parametro dell'"assoluta necessità", più selettivo rispetto al canone della rilevanza *ex art. 190*. Infine, superando lo scoglio ermeneutico rappresentato dal tenore letterale dell'*incipit* iniziale dell'art. 507, le Sezioni Unite hanno affermato che le parole "terminata l'acquisizione delle prove" indicano "il punto dell'istruzione dibattimentale in cui può avvenire l'ammissione delle prove", e "non il presupposto per l'esercizio del potere del giudice". Riprendendo argomentazioni già affacciate in dottrina, secondo le Sezioni Unite sarebbe infatti ben strano impedire al giudice di intervenire proprio nei casi in cui "più radicale è l'esigenza di un tale intervento, a causa dell'*inerzia* delle parti". Pur senza addentrarsi in un'analisi approfondita sulla finalità del processo, le Sezioni Unite hanno tuttavia sottolineato come i principi e i criteri contenuti nella legge delega disegnino un sistema "tutt'altro che indifferente rispetto al contenuto della decisione", come si ricava dal riferimento alla "ricerca della verità" consacrato nella direttiva 73 proprio in riferimento ai poteri probatori del giudice nonché dalla previsione degli artt. 506 e 507, che da quella direttiva traggono origine. Infine, l'impianto esegetico offerto dalle SS.UU. è ulteriormente supportato dalla stretta correlazione tra principio della indisponibilità del processo e potere probatorio officioso, già evidenziato da autorevole dottrina: l'irretrattabilità dell'azione penale rende infatti necessaria la previsione di un canale istruttorio attivabile d'ufficio dal giudice per sopperire ad eventuali carenze probatorie (Cass., Sez. Un., 6 novembre 1992, Martin, in *Foro It.*, 1993, II, 65).

La linea tracciata dalle Sezioni Unite è stata definitivamente consacrata dalla Corte costituzionale che, con sentenza interpretativa di rigetto, ha dichiarato infondata la questione di legittimità dell'art. 507 per violazione degli artt. 2, 3, 24, 101, 102, 111 e 113 Cost. sull'errato presupposto interpretativo che la norma attribuisca al giudice un potere di integrazione probatoria avente carattere eccezionale, così proseguendo nell'elaborazione dei caratteri del sistema accusatorio compatibili con i principi costituzionali. Dopo aver delineato una *summa* di quello che potrebbe definirsi il volto costituzionale del processo accusatorio, la Corte è giunta ad affermare che una lettura in chiave limitativa del potere *ex art. 507* contrasta con "la ricerca della verità", che rimane il "fine primario ed ineludibile del processo penale". Difatti, il metodo dialogico, che presiede alla formazione della prova nel dibattimento, non può porsi come un ostacolo al pieno accertamento dei fatti: "altrimenti, ne sarebbe risultata tradita la funzione conoscitiva del processo, che discende dal principio di legalità e da quel suo particolare aspetto costituito dal principio di obbligatorietà dell'azione penale". Riprendendo le argomentazioni già ampiamente sviluppate dalle Sezioni Unite, la Corte ha evidenziato che il diritto alla prova, pur rivestendo un ruolo centrale nel processo di parti, non può precludere l'"introduzione ad iniziativa del giudice delle prove necessarie all'accertamento dei fatti, rispetto alle quali le parti siano rimaste inerti o dalle quali siano decadute". Una simile conclusione trova giustificazione, secondo la Corte, nella previsione di numerosi poteri d'ufficio riconosciuti al giudice nella fase dibattimentale (artt. 506, 508, 511 e 511 *bis*), tra cui spicca proprio quello fissato dall'art. 507 (Corte cost. n. 111/1993, in *Foro it.* 1993, I, 1356). Dopo la modifica dell'art. 111 Cost. le Sez. Un. sono tornate sul punto, ribadendo il principio per cui il potere del giudice di disporre d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova, ai sensi dell'art. 507, può essere esercitato pur quando non vi sia stata precedente acquisizione di prove, e anche con riferimento a prove che le parti avrebbero potuto chiedere e non hanno chiesto, ma sempre che l'iniziativa probatoria sia assolutamente necessaria e miri, pertanto, all'assunzione di una prova decisiva nell'ambito delle prospettazioni delle parti, non essendo consentito, invece, che il giudice possa coltivare un'ipotesi autonoma e alternativa, pena la violazione del basilare principio di terzietà della giurisdizione (Cass., Sez. un., 17 ottobre 2006, P.M. in proc. Greco, in *Cass. pen.*, 2007, p. 952). La giurisprudenza non pone limiti alla tipologia di prova da assumere *ex art. 507*, che potrebbe essere non solo un "mezzo di prova", ma anche un "mezzo di ricerca della prova", per cui la Corte di cassazione ha ritenuto legittimo il provvedimento con cui il giudice d'ufficio ha disposto perquisizioni domiciliari e sequestri a carico dell'imputato, in assenza di richiesta del pubblico ministero e senza attivazione preventiva del contraddittorio tra le parti (Cass., sez. IV, 16 novembre 2004, Improta, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3395), la acquisizione di conversazioni telefoniche intercettate nell'ambito di procedimenti diversi, o di

Il giudice può disporre a norma del comma 1 anche l'assunzione di mezzi di prova relativi agli atti acquisiti al fascicolo per il dibattimento su accordo delle parti, a norma degli artt. 431, comma 2, e 493, comma 3 (art. 507, comma 1-*bis*, c.p.p.).

3.38. Il principio dell'onere della prova.

Il principio dell'onere della prova è posto per stabilire su quale parte del processo incomba l'onere di provare i fatti che pone a fondamento della sua domanda.

Nel processo penale, poiché l'imputato è presunto innocente, spetta al P.M. l'onere di superare la presunzione d'innocenza, offrendo la prova della responsabilità dell'imputato "al di là di ogni ragionevole dubbio": la presunzione d'innocenza opera in questo caso come regola di giudizio.

3.39. Il principio di conservazione della prova.

Si discute sull'esistenza del principio di conservazione della prova nel sistema processuale, il quale comporterebbe che, nel rispetto del contraddittorio e delle altre garanzie costituzionali, la necessità di evitare di disperdere i mezzi di prova già acquisiti.

In attuazione di questo principio il codice prevede, ad esempio, cause di sanatoria sia per le nullità a regime intermedio sia per le nullità relative.

Prima dell'introduzione delle regole del "giusto processo" nell'art. 111 Cost. e della riformulazione dell'art. 500 c.p.p., la Corte cost., nel periodo più oscuro della sua giurisprudenza, con la sentenza 18.5.1992, n. 255, affermò il "principio di non dispersione dei mezzi di prova" dichiarando l'illegittimità dell'art. 500, comma 4, c.p.p. nel testo allora vigente, nella parte in cui non prevedeva l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento, se erano state utilizzate per le contestazioni, delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero. In questo modo, in spregio del contraddittorio,

tabulati telefonici, l'esame delle parti private, salvo consenso delle stesse, o dell'imputato in procedimento connesso ex art. 210 c.p.p. o del testimone assistito di cui all'art. 197-*bis* c.p.p. La Corte costituzionale ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento all'art. 111 Cost. sotto il profilo dell'asserita non imparzialità del giudice, dell'art. 507 c.p.p., nella parte in cui consente al giudice di disporre l'assunzione di nuovi mezzi di prova anche quando si tratti di prove dalle quali le parti sono decadute per mancato o irrituale deposito della lista prescritta dall'art. 468 c.p.p. (nella specie, in accoglimento della richiesta del pubblico ministero, era stato ammesso ex art. 507 c.p.p. l'esame di testi indicati nella lista tardivamente depositata) (Corte cost. 26 febbraio 2010, n. 73, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2205). La giurisprudenza di legittimità si è spinta al punto che, pur dichiarando inutilizzabili gli atti d'indagine non depositati contestualmente all'emissione dell'avviso di conclusione delle indagini ex art. 415-*bis* c.p.p., ha ritenuto che gli elementi di prova raccolti ben possono essere acquisiti al processo ed utilizzati dal giudice del dibattimento ex art. 507 c.p.p. (Cass., sez. III, 20 ottobre 2014, Z.M., in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 695; Cass., sez. II, 25 marzo 2014, n. 13938, Zerbini; Cass., sez. VI, 19 settembre 1994, Papale; in senso difforme, Cass., sez. I, 26 giugno 2014, n. 27879, Barlotta). Una giurisprudenza inaccettabile, soprattutto se si confronta con la giurisprudenza statunitense (sentenza della Corte suprema *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963)), che, in caso di omessa *discovery* da parte del *prosecutor*, impone l'assoluzione dell'imputato. Nel caso di assunzione d'ufficio di nuovi mezzi di prova è riconosciuto alle parti il diritto alla prova contraria: tale diritto può essere negato dal giudice non in base al parametro dell'assoluta necessità, ma solo in presenza di una richiesta generica (inammissibile *ab initio*) o in caso di prova superflua o irrilevante (Cass., sez. VI, 20 aprile 2016, n. 16397, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, p. 1480). L'art. 151 disp. att. c.p.p. stabilisce che, in caso di assunzione di prove d'ufficio ex art. 507 c.p.p., il giudice dispone l'assunzione dei nuovi mezzi di prova secondo l'ordine previsto dall'art. 496 c.p.p. (pubblico ministero, parte civile, responsabile civile, persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria e imputato), se le prove sono state richieste dalle parti. Quando invece è stato disposto d'ufficio l'esame di una persona, il presidente vi provvede direttamente stabilendo, all'esito, la parte che deve condurre l'esame diretto.

potevano essere acquisite come prova al fascicolo del dibattimento le precedenti dichiarazioni rese al P.M. e alla polizia giudiziaria da testimoni d'accusa in fase di indagine, anche quando essi non si sottoponevano in dibattimento alle domande della difesa. Fu perciò necessario riscrivere l'art. 111 Cost. (che ora stabilisce che "la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore") e l'art. 500, comma 3, c.p.p. (che ora prevede che "se il teste rifiuta di sottoporsi all'esame o al controesame di una delle parti, nei confronti di questa non possono essere utilizzate, senza il suo consenso, le dichiarazioni rese ad altra parte, salve restando le sanzioni penali eventualmente applicabili al dichiarante").

Pertanto, al di fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge (come, ad esempio, per la sanatoria delle nullità) il principio di conservazione non può trovare attuazione nel vigente quadro costituzionale.

3.40. Il principio di pertinenza della prova.

Il processo penale è governato dal principio di pertinenza della prova, previsto dal codice in modo esplicito dall'art. 187 c.p.p. per indicare l'oggetto della prova: la prova può avere ad oggetto solo i fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza, nonché i fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali. Solo se vi è costituzione di parte civile, sono inoltre oggetto di prova i fatti inerenti alla responsabilità civile derivante dal reato. Ma il principio di pertinenza è implicito nell'arco dell'intero procedimento penale, sin dalla fase delle indagini preliminari, essendo ovvio che sia le indagini sia il dibattimento devono riguardare il fatto contestato (oltre la punibilità, la pena o la misura di sicurezza, l'applicazione di norme processuali ed eventualmente i fatti inerenti alla responsabilità civile) e non fatti diversi.

Il principio della pertinenza della prova è stato riconosciuto anche dalla Corte costituzionale, quando affermò che "la legge processuale è già ispirata e dominata dal principio (connaturale alla finalità stessa del processo) secondo il quale non può essere acquisito agli atti se non il materiale probatorio rilevante per il giudizio"⁵².

3.41. Il "contraddittorio debole" (sulla prova già acquisita).

L'art. 111, comma 2, Cost. stabilisce che «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata», imponendo i principi del contraddittorio, della parità tra le parti, della terzietà e imparzialità del giudice, della ragionevole durata del processo. Sono principi che non riguardano soltanto il processo penale: «ogni processo», quindi non solo quello penale, ma anche il processo civile, il processo amministrativo, tributario e quello disciplinare.

Primo carattere del processo accusatorio è il contraddittorio tra le parti. Ogni processo si svolge «nel contraddittorio tra le parti»: il che vuol dire che non è possibile un processo in cui vi è una sola parte e l'altra non viene citata o non viene sentita: è il principio dell'*audiatur et altera pars*, cioè la necessaria partecipazione dialettica delle parti al processo. Deve essere sempre assicurato il contraddittorio tra le parti (contraddittorio debole) e quindi è bandito un processo *inaudita altera parte*. La sentenza deve scaturire proprio dal contrasto tra le due parti, dalle quali il giudice acquisisce gli elementi che lo portano a giudicare in favore dell'una o dell'altra. Ma un "giusto" processo deve assicurare il contraddittorio tra le parti come suo

⁵² Corte cost. 4 aprile 1973, n. 34.

elemento essenziale. Ogni processo, nella fase giurisdizionale, è un *actus trium personarum*: la forma triadica o triangolare emerge dall'art. 111, comma 2, Cost.; laddove pubblico ministero e imputato sono parti necessarie e il giudice non è parte, dovendo essere terzo e imparziale, ma è soggetto del processo⁵³.

Dovendo distinguere le “parti” dai “soggetti” processuali, occorre dire che il concetto di parte è collegato a quello di azione, per cui parti processuali sono i soggetti che esercitano o che subiscono l'azione (sia essa penale, civile o amministrativa), per cui si può parlare di “parti” soltanto nella fase processuale propriamente detta e non in quella procedimentale, anche se pubblico ministero e persona nei cui confronti si procede penalmente sono presenti già nella fase delle indagini preliminari. Soggetti processuali sono invece quelli che non esercitano o nei cui confronti non è esercitata l'azione (come, ad esempio, nel processo penale, la persona offesa).

3.42. Il “contraddittorio forte” (per l'acquisizione della prova).

L'art. 111, comma 4, Cost. stabilisce che «il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore». Questa disposizione “costituzionalizza” il principio del contraddittorio nel momento della formazione della prova (contraddittorio forte), che è diverso dal contraddittorio tra le parti di cui all'art. 111, comma 2, Cost. La prima parte è rappresentata dall'espressione «il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova»: si tratta della costituzionalizzazione del principio del contraddittorio in senso oggettivo. Viene costituzionalizzato il contraddittorio come sistema processuale, come metodo di acquisizione della prova nel sistema processuale. E invece, la seconda parte del comma quarto si riferisce ad un contraddittorio di tipo soggettivo perché parla di colpevolezza quindi parla del contraddittorio riferito questa volta non in generale al metodo di acquisizione della prova che è un modo di scegliere come acquisire la prova, ma si riferisce invece al contraddittorio soggettivizzato, quindi, riferito all'accusato. Infatti si parla di colpevolezza dell'imputato che non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. Si tratta del *right of confrontation* di origine anglosassone⁵⁴. Ora, l'art. 111 Cost. dal 1999 impone alla legge (e il codice attua il diritto al controesame all' art. 498 c.p.p.) di garantire che la responsabilità di un imputato, può essere provata solo quando chi accusa si sottopone poi al controesame da parte dell'imputato o del suo difensore.

⁵³ Secondo l'antico brocardo *Tres sunt personae quae faciunt processum*, il processo vero e proprio inizia quando vi è quello che un tempo la dottrina chiamava il “rapporto processuale”, cioè il contatto del pubblico ministero con l'imputato di fronte al giudice.

⁵⁴ Il *right of confrontation* è una garanzia che negli Stati Uniti d'America vige dal 1791, data del VI Emendamento alla Costituzione nordamericana, che riconosceva il *right of confrontation*, cioè il diritto dell'accusato di essere “messo a confronto con i testimoni a carico”. Era una cosa ovvia fin dal 1700 che l'accusato avesse diritto nel dibattimento al confronto con il suo accusatore; il *right of confrontation* si affermò negli Stati Uniti addirittura prima ancora dell'abolizione della schiavitù nel mondo (i primi trattati internazionali contro la schiavitù infatti sono solamente dei primi del 1800). Da noi, solo nel 1999, con la revisione costituzionale dell'art. 111 finalmente si è riconosciuto questo diritto, mentre era ovvio, da 300 anni, negli Stati Uniti, perché non era tanto un diritto dell'accusato di controesaminare il suo accusatore, ma era pure un diritto del giudice. In quest'ottica era considerato un elemento fondamentale. Era un diritto del giudice perché il giudice dalle domande e dalle risposte che dava l'accusatore, anche quando era messo in difficoltà, anche quando era sotto controesame, capiva se costui diceva il vero oppure il falso. Serviva al giudice per formarsi un corretto convincimento. Ecco quindi che, negli Stati Uniti d'America, questo diritto era considerato anzitutto come diritto del giudice e della giuria per la formazione di un corretto convincimento e, in seconda battuta, in secondo piano, veniva il diritto della parte accusata a controesaminare il suo accusatore.

Pertanto, anche se nell'art. 111, comma 3, Cost. è prevista la doppia opzione per la persona accusata di «interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore» e poi l'altra espressione secondo cui «la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base delle dichiarazioni di chi per libera scelta si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore» (sono i due punti nei quali l'art. 111 Cost. sembra aprire alla possibilità di un esame diretto da parte dell'imputato, quindi di rivolgere egli personalmente domande al testimone oppure al perito), la giurisprudenza esclude tale esame diretto.

L'art. 111, comma 4, Cost. è importante perché indica un elemento fondamentale nel processo penale: il principio del contraddittorio nella formazione della prova.

La regola è quindi che la prova sia assunta in contraddittorio e quindi, di regola, in dibattimento, oppure anticipatamente in incidente probatorio (art. 392 ss. c.p.p.) o in caso di accertamento tecnico non ripetibile (art. 360 c.p.p.).

Ma, poiché anche l'art. 111, comma 2, Cost. menziona il contraddittorio quando afferma che «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti», occorre chiarire cosa si intende per contraddittorio perché vi sono almeno due accezioni del termine contraddittorio. Il «contraddittorio sulla prova» è un contraddittorio «debole» e non è mai stato negato storicamente in nessun modello processuale, nemmeno nei processi del Sant'ufficio: significa che le parti possono interloquire sulle prove già acquisite (ad es. le prove precostituite, come un documento, o irripetibili, come perquisizione, sequestro, intercettazione). Le parti sono ammesse a discutere sull'ammissibilità, sull'attendibilità o sull'utilizzabilità di una prova, alla cui formazione però le parti non hanno assistito perché la prova è precostituita, cioè formata prima del processo. Questo è il contraddittorio «sulla prova» precostituita.

Ma nell'art. 111, comma 4, Cost. si parla di un altro contraddittorio, ben più pregnante, è il contraddittorio nella formazione della prova, cioè la presenza delle parti nel momento stesso in cui si assume la prova, anzi la prova la «costruiscono» le parti rivolgendo le domande al testimone, al perito, al consulente tecnico, e ottenendo certe risposte: è un contraddittorio diverso dal contraddittorio sulla prova già acquisita perché è un contraddittorio «forte», cioè «per la prova» o contraddittorio nel momento di formazione della prova: è una garanzia sia soggettiva, sia di carattere oggettivo perché indica il metodo di accertamento dei fatti nel processo⁵⁵.

Dunque, la prova si deve formare, di regola, nel contraddittorio tra le parti: ciò significa che, di norma, il giudice conosce e può motivare soltanto sugli atti acquisiti nel dibattimento, cioè quelli che fanno parte del fascicolo del dibattimento (art. 431 c.p.p.) e non conosce invece il fascicolo delle indagini (art. 416, comma 2, c.p.p., che conosce invece soltanto il giudice dell'udienza preliminare e, dopo il rinvio a giudizio, solo le parti).

Talvolta, la prova della responsabilità deriva dalle parole di un soggetto (testimone, perito o coimputato che accusa). Prima della revisione dell'art. 111 Cost. ad opera della l. cost. n. 2 del 1999 capitava spesso che l'accusatore-coimputato, avvalendosi del diritto al silenzio, si sottraesse al diritto al confronto che spetta all'accusato, il *right of confrontation*. Il coimputato-accusatore in passato poteva accusare altri in segreto davanti al solo pubblico ministero e poi, al dibattimento contro l'accusato, avvalersi del diritto al silenzio, facendo

⁵⁵ Corte cost. 5 aprile 2007, n. 117, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 159, 160, 420 *quater* comma 1 e 484 c.p.p., sollevata, in riferimento agli artt. 3, 10 comma 1, 97 comma 1 e 111 commi 2, 3 e 4 Cost., escludendo che i parametri costituzionali impongano l'obbligatoria sospensione del processo penale a carico dell'imputato irripetibile. La Corte ricorda che «l'enunciazione del quarto comma dell'art. 111 Cost., secondo cui nel processo penale «la formazione della prova è regolata dal principio del contraddittorio», non comporta che il cosiddetto profilo oggettivo del medesimo non sia correlato con quello soggettivo e non costituisca comunque un aspetto del diritto di difesa».

valere come prova le sue precedenti dichiarazioni ma privando l'accusato del diritto al confronto col proprio accusatore. La revisione costituzionale dell'art. 111 Cost. ha eliminato tale ingiustizia prescrivendo che «la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore», ribadendo il concetto fondamentale per cui chi accusa è obbligato a presentarsi in dibattimento a ribadire le accuse e mettersi poi a disposizione delle altre parti per il controesame in modo che il giudice possa valutare l'attendibilità dell'accusatore in base agli esiti del suo esame e controesame.

Purtroppo nell'art. 111 Cost. è garantito solo il contraddittorio ma non è menzionata l'oralità, che è pure connotato fondamentale del processo accusatorio.

Il dibattimento è regolato da alcuni principi generali: i principi di oralità, di concentrazione, di immediatezza.

Il dibattimento si articola in una prima fase pre-dibattimentale, che è preparatoria del dibattimento. Essa si svolge prima dell'udienza, quando il giudice, a richiesta di parte, assume le prove non rinviabili al dibattimento, ma con le forme del dibattimento stesso (art. 467 c.p.p.), quando le parti, al fine di consentire la controprova alle altre parti, presentano la "lista testimoniale" (art. 468 c.p.p.), quando il giudice, sentiti in camera di consiglio il P.M. e l'imputato e se questi non si oppongono, procede al proscioglimento predibattimentale dell'imputato soltanto se manca una condizione di procedibilità oppure per estinzione del reato quando non risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato (art. 469 c.p.p.). Il pre-dibattimento continua in udienza quando il presidente verifica la regolare costituzione delle parti (art. 484 c.p.p.), accertando la presenza dell'imputato o dichiarandolo assente nei casi di cui all'art. 420-bis c.p.p., verificando l'eventuale impedimento a comparire dell'imputato o del difensore (art. 420-ter c.p.p.), altrimenti sospende il procedimento se non vi è la prova che l'imputato ne abbia conoscenza (art. 420-quater c.p.p.). Il giudice risolve le eventuali questioni preliminari (art. 491 c.p.p.) e il dibattimento vero e proprio inizia con la dichiarazione di apertura del dibattimento (art. 492 c.p.p.), le richieste di prove delle parti (art. 493 c.p.p.) e l'ordinanza del giudice che decide sull'ammissione delle prove richieste (art. 495 c.p.p.). Il dibattimento prosegue con l'istruzione dibattimentale (artt. 496-515 c.p.p.), le eventuali nuove contestazioni (artt. 516-522 c.p.p.) e la discussione finale e si conclude con la dichiarazione di chiusura del dibattimento (art. 524 c.p.p.). Segue la fase post-dibattimentale della deliberazione della sentenza (artt. 525-528 c.p.p.) e della decisione, che può essere con sentenza di proscioglimento, di condanna e sulle eventuali questioni civili, e si conclude con la redazione della sentenza, la sua pubblicazione e il deposito in cancelleria.

L'art. 491 c.p.p. disciplina le questioni preliminari, che devono essere proposte e decise prima dell'apertura del dibattimento. Esse hanno ad oggetto la competenza per territorio o per connessione (mentre l'incompetenza per materia è rilevata anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo *ex art. 21 c.p.p.*), le nullità relative concernenti gli atti delle indagini preliminari e quelli compiuti nell'incidente probatorio e le nullità relative concernenti gli atti dell'udienza preliminare, nonché le nullità relative concernenti il decreto che dispone il giudizio ovvero gli atti preliminari al dibattimento (mentre le nullità assolute e intermedie sono rilevabili anche d'ufficio in termini più ampi), la costituzione di parte civile, la citazione o l'intervento del responsabile civile e della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria e l'intervento degli enti e delle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato sono precluse se non sono proposte subito dopo compiuto per la prima volta l'accertamento della costituzione delle parti e sono decise immediatamente. La disposizione del comma 1 si applica anche alle questioni concernenti il contenuto del fascicolo per il dibattimento e la riunione o la separazione dei giudizi, salvo che la possibilità di proporle sorga soltanto nel corso del dibattimento. Le questioni preliminari sono discusse dal pubblico ministero e da un difensore per ogni parte privata. La discussione deve essere contenuta nei limiti di tempo strettamente necessari all'illustrazione delle questioni e non sono ammesse

repliche. Il giudice provvede in merito agli atti che devono essere acquisiti al fascicolo per il dibattimento ovvero eliminati da esso. Sulle questioni preliminari il giudice decide con ordinanza (art. 491 c.p.p.).

L'art. 492 c.p.p. sancisce solennemente il momento cruciale della dichiarazione di apertura del dibattimento, che segna lo spartiacque tra gli atti preliminari al dibattimento e il dibattimento vero e proprio. Il presidente dichiara aperto il dibattimento subito dopo compiuto l'accertamento della regolare costituzione delle parti. Immediatamente dopo la dichiarazione di apertura del dibattimento, l'ausiliario che assiste il giudice dà lettura dell'imputazione (art. 492 c.p.p.)⁵⁶.

L'art. 1, comma 1, l. 23 giugno 2017, n. 103, ha introdotto la causa di estinzione del reato per condotte riparatorie effettuate prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado. La disciplina è contenuta nell'art. 162-ter c.p.

L'art. 493 regola le richieste di prova, stabilendo che il pubblico ministero, i difensori della parte civile, del responsabile civile, della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria e dell'imputato, nell'ordine, indicano i fatti che intendono provare e chiedono l'ammissione delle prove. Abolita l'esposizione introduttiva del P.M. (che si prestava a divagazioni sul contenuto degli atti di indagini svolti dal p.m., influenzando in questo modo il giudice), ora le parti devono limitarsi a indicare i fatti che intendono provare, chiedendo l'ammissione delle prove.

E' eccezionalmente ammessa l'acquisizione di prove non comprese nella lista testimoniale soltanto se la parte che le richiede dimostra di non averle potute indicare tempestivamente. Le parti possono concordare l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, nonché della documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva. Il presidente impedisce ogni divagazione, ripetizione e interruzione e ogni lettura o esposizione del contenuto degli atti compiuti durante le indagini preliminari (art. 493 c.p.p.).

L'art. 494 c.p.p. disciplina le dichiarazioni spontanee dell'imputato, prescrivendo al presidente, dopo le richieste di prova, di informare l'imputato che egli ha facoltà di rendere in ogni stato del dibattimento le dichiarazioni che ritiene opportune.

L'istruzione dibattimentale consiste nell'acquisizione delle prove. Il procedimento probatorio si articola nelle tre fasi dell'ammissione, assunzione e valutazione della prova.

L'art. 495 c.p.p. indica i provvedimenti del giudice in ordine alla prova, prescrivendo al giudice (sia esso monocratico o collegiale), sentite le parti, di provvedere con ordinanza all'ammissione delle prove, a norma degli artt. 190, comma 1, c.p.p. (cioè, escludendo le prove vietate dalla legge e quelle manifestamente superflue o irrilevanti) e 190-bis c.p.p. (cioè, per i reati ivi indicati, l'esame del testimone o dell'imputato in procedimento connesso o del minore infrasedicenne testimone è ammesso solo se riguarda "fatti o circostanze diversi" da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni (da loro rese in incidente probatorio o in dibattimento in contraddittorio con la persona nei cui confronti le medesime dichiarazioni saranno utilizzate ovvero dichiarazioni rese in un diverso procedimento i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'art. 238 c.p.p. perché il difensore dell'imputato ha partecipato

⁵⁶ Le Sezioni unite della Corte di cassazione, risolvendo un contrasto giurisprudenziale insorto in tema di oblazione, hanno affermato che, qualora quest'ultima risulti preclusa dalla qualificazione giuridica attribuita nell'imputazione al fatto contestato, è onere dell'imputato formulare un'istanza di ammissione all'oblazione correlata al diverso reato ritenuto configurabile, sollecitando il giudice a pronunciarsi al riguardo. In mancanza di tale iniziativa, l'ammissione all'oblazione resterà preclusa, qualora sia il giudice, all'esito del giudizio, ad assegnare al fatto una diversa qualificazione giuridica che avrebbe consentito la concessione del beneficio (Cass., Sez. un., 26 giugno 2014 (dep. il 22 luglio 2014), Tamborrino, n. 32351).

all'assunzione della prova o se nei suoi confronti la sentenza civile fa stato) ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di "specifiche esigenze".

Quando è stata ammessa l'acquisizione di verbali di prove di altri procedimenti, il giudice provvede in ordine alla richiesta di nuova assunzione della stessa prova solo dopo l'acquisizione della documentazione relativa alla prova dell'altro procedimento. Pertanto, prima il giudice decide sull'ammissione dell'acquisizione del verbale di altro procedimento, a norma degli artt. 190 e 495 c.p.p., e soltanto dopo decide sulla nuova assunzione della stessa prova.

E' riconosciuto il diritto alla controprova, per cui l'imputato ha diritto all'ammissione delle prove indicate a discarico sui fatti costituenti oggetto delle prove a carico; lo stesso diritto spetta al Pubblico Ministero in ordine alle prove a carico dell'imputato sui fatti costituenti oggetto delle prove a discarico. Sul *right of confrontation* la Corte e.d.u. ha più volte rimarcato il rispetto del diritto dell'accusato a confrontarsi con il suo accusatore.

Prima che il giudice provveda sulla domanda, le parti hanno facoltà di esaminare i documenti di cui è chiesta l'ammissione .

Nel corso dell'istruzione dibattimentale, il giudice decide con ordinanza sulle eccezioni proposte dalle parti in ordine alla ammissibilità delle prove. Il giudice, sentite le parti, può revocare con ordinanza l'ammissione di prove che risultano superflue o ammettere prove già escluse.

Nel corso dell'istruzione dibattimentale ciascuna delle parti può rinunciare, con il consenso dell'altra parte, all'assunzione delle prove ammesse a sua richiesta (art. 495 c.p.p.). In attuazione dell'art. 111, comma 4, Cost., il dibattimento rappresenta la sede naturale per attuare il contraddittorio nella formazione della prova. Nell'ipotesi della prova dichiarativa la prova si forma proprio per effetto delle domande rivolte, mediante lo strumento dell'esame incrociato, dalle parti a testimoni, periti, consulenti tecnici. Nelle indagini si sono raccolti elementi di prova, che il giudice dibattimentale non conosce perché contenuti nel fascicolo del pubblico ministero e che devono trasformarsi in prova da acquisire in dibattimento nel contraddittorio tra le parti: è la stessa distinzione esistente nel sistema di *common law* tra *evidence* (grezzo elemento di prova raccolto in indagini) e *proof* (prova acquisita nel dibattimento come strumento di persuasione della giuria).

L'art. 496 c.p.p. regola l'ordine nell'assunzione delle prove, stabilendo che l'istruzione dibattimentale inizia con l'assunzione delle prove richieste dal pubblico ministero e prosegue con l'assunzione di quelle richieste da altre parti, nell'ordine previsto dall'art. 493 comma 1 per le richieste di prova. Tuttavia le parti possono concordare un diverso ordine di assunzione delle prove (art. 496 c.p.p.).

L'art. 497 c.p.p. disciplina gli atti preliminari all'esame dei testimoni prescrivendo che i testimoni devono essere esaminati l'uno dopo l'altro nell'ordine prescelto dalle parti che li hanno indicati.

Prima che l'esame abbia inizio, il presidente avverte il testimone dell'obbligo di dire la verità. Salvo che si tratti di persona minore degli anni quattordici, il presidente avverte altresì il testimone delle responsabilità previste dalla legge penale per i testimoni falsi o reticenti e lo invita a rendere la seguente dichiarazione: «Consapevole della responsabilità morale e giuridica che assumo con la mia deposizione, mi impegno a dire tutta la verità e a non nascondere nulla di quanto è a mia conoscenza». Lo invita quindi a fornire le proprie generalità. L'osservanza delle disposizioni del comma 2 è prescritta a pena di nullità relativa (art. 497 c.p.p.).

L'art. 498 c.p.p. regola l'esame diretto (*direct examination*) e il controesame (*cross examination*) dei testimoni, prescrivendo che le domande sono rivolte direttamente dal pubblico ministero o dal difensore che ha chiesto l'esame del testimone (c.d. esame diretto) (art. 498 comma 1).

Successivamente altre domande, anche su temi diversi da quelli oggetto dell'esame purché rientranti tra le circostanze indicate nella lista testimoniale, possono essere rivolte dalle parti che non hanno chiesto l'esame, secondo l'ordine indicato nell'art. 496 (c.d. controesame o *cross examination*) (art. 498 comma 2).

La parte che ha chiesto l'esame può proporre "nuove domande" (c.d. riesame)

Si applicano, se una parte lo richiede ovvero se il presidente lo ritiene necessario, le particolari "modalità" dettate dall'art. 398, comma 5-*bis* c.p.p., per l'incidente probatorio a tutela del testimone (audizione protetta).

L'esame testimoniale "schermato" è ammesso, quando si procede per particolari reati (art. 498, comma 4-*ter*, c.p.p.) oppure quando deve essere esaminata una persona offesa che versa in condizioni di particolare vulnerabilità (art.498, comma 4-*quater*, c.p.p.).

L'art. 499 c.p.p. indica le regole per l'esame testimoniale, prescrivendo che l'esame testimoniale si svolge mediante domande su fatti specifici. Nel corso dell'esame le domande nocive, cioè che possono nuocere alla sincerità delle risposte sono vietate a tutte le parti ed anche al giudice. La regola generale è il divieto della domanda suggestiva (cioè che tende a suggerire la risposta), per cui, è previsto esplicitamente che nell'esame condotto dalla parte che ha chiesto la citazione del testimone e da quella che ha un interesse comune sono vietate le domande suggestive (sono le *misleading questions*, cioè domande che tendono a suggerire le risposte. Unica deroga che ammette le domande suggestive è prevista in sede di controesame perché l'ostilità tra controesaminatore ed esaminato consente tale domanda suggestiva.

Si discute se il divieto di domande suggestive riguardi anche le domande rivolte dal giudice. Secondo certa giurisprudenza il divieto di porre domande suggestive non riguarda l'esame condotto direttamente dal giudice, per il quale non vi è il rischio di un precedente accordo tra testimone ed esaminatore. Ma altre pronunce sono di segno contrario, affermandosi che il divieto di domande suggestive opera anche con riferimento all'esame dei testi minorenni condotto direttamente dal giudice e la violazione di tale divieto, pur non comportando l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dal teste, impone tuttavia al giudice di valutare con il necessario rigore critico l'incidenza delle domande suggestive sulla complessiva attendibilità del risultato probatorio. Si aggiunge ancora che è vero che il divieto di formulare domande suggestive è espressamente previsto con riferimento alla parte che ha chiesto la citazione del teste, in quanto tale parte è ritenuta dal legislatore interessata a suggerire al teste risposte utili per la sua difesa, ma è altresì evidente che detto divieto deve applicarsi comunque a tutti i soggetti che intervengono nell'esame testimoniale, operando ai sensi dell'art. 499, comma 2, c.p.p. per tutti il divieto di porre domande che possono nuocere alla sincerità della risposta e dovendo anche dal giudice o dal suo ausiliare essere assicurata in ogni caso la genuinità delle risposte ai sensi del comma 6 del medesimo art. 499.

In realtà, la regola generale è il divieto di porre domande suggestive al fine di tutelare la genuinità delle risposte e deve essere applicato in ogni momento processuale e anche da parte del giudice, a meno che non vi sia una ragione per derogarvi. A differenza di quanto affermato da certa giurisprudenza, non è il rapporto di simpatia tra interrogante e teste che giustifica il divieto – in via di eccezione – nell'esame diretto; ma, al contrario, è il rapporto di ostilità tra teste e contro-esaminatore che, in via di eccezione

alla regola generale, giustifica la proponibilità delle domande suggestive, quale strumento efficace per smascherare l'inattendibilità, se non persino la falsità del teste. Perciò, la deroga non può valere per l'esame condotto dal giudice che, proprio per la sua terzietà, non ha alcun rapporto di ostilità col teste, piuttosto che di simpatia. A fronte delle molteplici ragioni per non derogare al divieto, quindi, non ve n'è alcuna per derogarvi.

Il presidente deve curare che l'esame del testimone sia condotto senza ledere il rispetto della persona. Il testimone può essere autorizzato dal presidente a consultare, in aiuto della memoria, documenti soltanto se da lui redatti. Il documento consultato dal testimone non può essere acquisito al fascicolo del dibattimento e non può essere utilizzato come prova, salvo che vi sia l'accordo tra le parti. Durante l'esame il presidente, anche di ufficio, interviene per assicurare la pertinenza delle domande, la genuinità delle risposte, la lealtà dell'esame e la correttezza delle contestazioni, ordinando, se occorre, l'esibizione del verbale nella parte in cui le dichiarazioni sono state utilizzate per le contestazioni (art. 499 c.p.p.).

La "lettura-contestazione" è lo strumento che, mediante la lettura delle precedenti difformi dichiarazioni rese dallo stesso dichiarante, consente a tutte le parti di sminuire la credibilità di un testimone, un perito, un consulente tecnico, un imputato in procedimento connesso o collegato o un testimone assistito o un'altra parte che si sottoponga all'esame. In questo senso, la lettura serve soltanto per la contestazione e va distinta dalle ipotesi di "lettura acquisizione".

L'art. 500 c.p.p. disciplina le "contestazioni probatorie" nell'esame testimoniale, stabilendo che, fermi i divieti di lettura e di allegazione, le parti, per contestare in tutto o in parte il contenuto della deposizione, possono servirsi delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero. Tale facoltà può essere esercitata solo se sui fatti o sulle circostanze da contestare il testimone abbia già deposto. La Corte costituzionale ha ammesso anche una contestazione c.d. non probatoria, perché ha ritenuto legittima la contestazione sia della "notizia di reato" sia di "qualsiasi altra risultanza" al limitato scopo di valutare la credibilità del dichiarante⁵⁷. Pertanto può ritenersi legittima la contestazione di atti contenuti sia nel fascicolo del dibattimento sia in quello del pubblico ministero; così come si ritiene consentita la contestazione non probatoria tramite un documento (ancorché non ancora ammesso) che smentisca il dichiarante.

Attraverso la "lettura-contestazione" delle precedenti dichiarazioni o attraverso la contestazione non probatoria, il testimone è invitato a spiegare le difformità tra le due versioni dei fatti e a dichiarare quale risponde al vero. In ogni caso è soltanto la dichiarazione resa in dibattimento quella utilizzabile dal giudice.

La regola generale è che la finalità della contestazione probatoria è limitata a far sì che le dichiarazioni lette per la contestazione possono essere valutate esclusivamente ai fini della credibilità del teste. Se il teste rifiuta di sottoporsi all'esame o al controesame di una delle parti, nei confronti di questa non possono essere utilizzate, senza il suo consenso, le dichiarazioni rese ad altra parte, salve restando le sanzioni penali eventualmente applicabili al dichiarante.

Una prima eccezione alla regola generale per cui la contestazione serve soltanto a valutare l'attendibilità del dichiarante è prevista dall'art. 111, comma 5, Cost. «per effetto di provata condotta illecita» per cui l'art. 500, comma 4, c.p.p. ammette un'ipotesi di "contestazione-acquisizione", stabilendo che, quando, anche per le circostanze emerse nel dibattimento, vi sono elementi concreti per ritenere che il testimone è stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra

⁵⁷ Corte cost. 28 novembre 1994, n. 407, in *Cass. pen.*, 1995, p. 799.

utilità, affinché non deponga ovvero deponga il falso (contraddittorio inquinato), le dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero precedentemente rese dal testimone sono acquisite al fascicolo del dibattimento e le dichiarazioni rese dal teste ad una parte, rifiutandosi poi di sottoporsi all'esame o al controesame di un'altra parte, possono essere utilizzate come prova. In questi casi la dichiarazione acquisita o utilizzata per la contestazione diventa prova del fatto narrato, cioè diventa "lettura-acquisizione", in forza degli artt. 111, comma 5, Cost. 500, comma 4, c.p.p.

La Corte e.d.u. ha ritenuto non contrastante né con l'art. 6 né con l'art. 7 CEDU la condanna dell'imputato fondata sulle dichiarazioni rese al pubblico ministero da un coimputato, utilizzate per le contestazioni nel corso dell'esame dibattimentale di quest'ultimo soggetto, il quale, sottoposto a pressioni, abbia ritrattato⁵⁸.

Sull'acquisizione di cui al precedente comma 4, il giudice decide senza ritardo, instaurando un procedimento incidentale e svolgendo gli accertamenti che ritiene necessari, su richiesta della parte, che può fornire gli elementi concreti per ritenere che il testimone è stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità.

Una seconda ipotesi di "contestazione-acquisizione" è prevista per le dichiarazioni assunte nell'udienza preliminare a norma dell'art. 422 c.p.p. Infatti, a richiesta di parte, le dichiarazioni assunte dal giudice a norma dell'art. 422 c.p.p. sono acquisite al fascicolo del dibattimento e sono valutate ai fini della prova nei confronti delle parti che hanno partecipato alla loro assunzione, se sono state utilizzate per le contestazioni previste dal presente articolo. Ma, al di fuori di quest'ultimo caso, si applicano le disposizioni di cui ai commi 2, 4 e 5.

La terza eccezione al principio del contraddittorio nella formazione della prova e quindi di "lettura-acquisizione", è prevista dall'art. 111, comma 5, Cost. per «consenso dell'imputato», per cui l'art. 500, comma 4, c.p.p. consente che, in caso di accordo delle parti, al di fuori dei casi di testimone sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, affinché non deponga ovvero deponga il falso, le dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero precedentemente rese dal testimone sono acquisite al fascicolo del dibattimento (art. 500 c.p.p.)⁵⁹.

L'art. 501 c.p.p. disciplina l'esame dei periti e dei consulenti tecnici rinviando alle disposizioni sull'esame dei testimoni, «in quanto applicabili». Il perito e il consulente tecnico hanno in ogni caso facoltà di consultare documenti, note scritte e pubblicazioni, che possono essere acquisite anche di ufficio.

L'art. 502 c.p.p. ammette l'esame a domicilio, stabilendo che, in caso di assoluta impossibilità di un testimone, di un perito o di un consulente tecnico a comparire per legittimo impedimento, il giudice, a richiesta di parte, può disporre l'esame nel luogo in cui si trova, dando oralmente, a norma dell'art. 477, comma 3, c.p.p. gli avvisi del giorno, dell'ora e del luogo dell'esame, e tali avvisi orali sostituiscono le citazioni e le notificazioni per coloro che sono comparsi o debbono considerarsi presenti. L'esame si svolge con le stesse forme previste dagli articoli precedenti per l'esame dibattimentale, esclusa la

⁵⁸ Corte e.d.u., sez. II, 13 novembre 2014, Bosti c/Italia.

⁵⁹ La Corte di cassazione afferma che le informazioni che il curatore raccoglie durante la procedura concorsuale dall'amministratore dell'impresa fallita si profilano, per la componente auto-accusatoria, quali confessioni di cui mutuo lo statuto probatorio. In particolare, la verifica dell'attendibilità, quanto a genuinità e spontaneità, delle dichiarazioni rese al curatore dal gestore dell'impresa fallita, tenuto a doveri di collaborazione penalmente presidiati in via autonoma e non protetto dalle garanzie processual-penalistiche per le dichiarazioni auto-indizianti, non patisce gli aggravati previsti dall'art. 192, commi 3 e 4, c.p.p., non essendo in tal senso necessari riscontri esterni per consolidarne il valore probatorio (Cass., sez. V, 3 ottobre 2016, n. 41429).

presenza del pubblico. L'imputato e le altre parti private sono rappresentati dai rispettivi difensori. Il giudice, quando ne è fatta richiesta, ammette l'intervento personale dell'imputato interessato all'esame.

L'art. 503 c.p.p. disciplina l'esame delle parti private (imputato, parte civile, responsabile civile, civilmente obbligato per la pena pecuniaria). Il presidente dispone l'esame delle parti che l'abbiano richiesto o che vi abbiano consentito, secondo il seguente ordine: parte civile, responsabile civile, persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria e imputato. L'esame si svolge nei modi previsti dagli artt. 498 (esame diretto, controesame e riesame) e secondo le regole dettate dall'art. 499 per l'esame testimoniale. Ha inizio con le domande del difensore o del pubblico ministero che l'ha chiesto e prosegue con le domande, secondo i casi, del pubblico ministero e dei difensori della parte civile, del responsabile civile, della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria, del coimputato e dell'imputato. Quindi, chi ha iniziato l'esame può rivolgere nuove domande. Anche alle parti private possono muoversi "letture-contestazioni", per cui, fermi i divieti di "lettura-acquisizione" e di allegazione, il pubblico ministero e i difensori, per contestare in tutto o in parte il contenuto della deposizione, possono servirsi delle dichiarazioni precedentemente rese dalla parte esaminata e contenute nel fascicolo del pubblico ministero. Tale facoltà può essere esercitata solo se sui fatti e sulle circostanze da contestare la parte abbia già deposto, per cui non sono ammesse contestazioni non probatorie.

Si applica la disposizione dell'art. 500, comma 2, c.p.p., per cui le dichiarazioni lette per la contestazione possono essere valutate soltanto ai fini dell'attendibilità della parte, cioè si procede a "letture-contestazioni" e non a "letture-acquisizione".

Un'eccezione al principio del contraddittorio nella formazione della prova è prevista per le dichiarazioni alle quali il difensore dell'imputato che le ha rese aveva diritto di assistere, se assunte dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero (ad esempio, nell'interrogatorio davanti al P.M., mentre non è possibile che si tratti di dichiarazioni assunte dal difensore, il quale esercita il mandato difensivo, anche colloquiando col proprio assistito, ma non ne raccoglie dichiarazioni): in tali casi le precedenti dichiarazioni sono acquisite nel fascicolo per il dibattimento se sono state utilizzate per le contestazioni previste dal comma 3 ("contestazione-acquisizione") e sono utilizzabili come prova del fatto narrato soltanto contro lo stesso dichiarante (ad esempio la confessione da lui resa al P.M.) ma non contro i coimputati (i quali non hanno avuto diritto di partecipare e di rivolgere domande)⁶⁰.

La stessa eccezione è estesa anche alle dichiarazioni rilasciate dall'imputato prima del dibattimento al giudice sempre alla presenza obbligatoria del suo difensore sia nell'interrogatorio di garanzia (obbligatorio *ex* art. 294 dopo l'esecuzione di una misura cautelare personale), sia nell'interrogatorio in sede di revoca della misura cautelare personale (a norma dell'art. 299, comma 3-ter), sia nell'interrogatorio in sede di convalida dell'arresto o del fermo (ai sensi dell'art. 391 e infine

⁶⁰La Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 503 commi 5 e 6 c.p.p., sollevata, in riferimento agli artt. 24, comma 2, e 111, comma 4, Cost., in quanto l'interpretazione della disciplina censurata offerta dal giudice *a quo* si fonda sull'erronea premessa ermeneutica secondo cui le precedenti dichiarazioni difformi, rese dall'imputato prima del giudizio ed utilizzate per le contestazioni, assumano, una volta acquisite al fascicolo per il dibattimento, piena efficacia probatoria anche nei confronti dei coimputati. Al contrario, una lettura conforme al principio del contraddittorio ed esigenze di coerenza sistematica rispetto alla regolamentazione complessiva della materia racchiusa nel codice di rito (a seguito anche delle modifiche apportate dalla l. n. 63 del 2001 sul "giusto processo"), impongono di ritenere che il recupero probatorio per effetto delle contestazioni, prefigurato dal comma 5 dell'art. 503 c.p.p., non operi ai fini dell'affermazione della responsabilità di soggetti diversi dal dichiarante. Di conseguenza – anche in forza del rinvio operato dal comma 4 all'art. 500, comma 2, c.p.p. – le dichiarazioni rese dall'imputato nelle fasi anteriori al giudizio possono essere utilizzate, per ciò che concerne la responsabilità dei coimputati, ai soli fini di valutare la credibilità del dichiarante, salvo che gli stessi coimputati prestino consenso all'utilizzazione piena ovvero ricorrano le circostanze indicate dall'art. 500 comma 4 c.p.p. (Corte cost. 24 giugno 2009, n. 197).

nell'interrogatorio intervenuto nel corso dell'udienza preliminare a norma dell'art. 422). In tutte tali ipotesi si procede alla "lettura-acquisizione" (art. 503 c.p.p.).

L'art. 504 c.p.p. consente alle parti di formulare opposizione alle domande rivolte a testimoni, periti, consulenti tecnici e parti private, sulle quali vi è una competenza funzionale del presidente, che decide immediatamente e senza formalità.

L'art. 505 c.p.p. prevede che gli enti e le associazioni rappresentativi degli interessi lesi dal reato, intervenuti nel processo a norma dell'art. 93, possono chiedere al presidente di rivolgere domande ai testimoni, ai periti, ai consulenti tecnici e alle parti private che si sono sottoposte a esame. Possono altresì chiedere al giudice l'ammissione di nuovi mezzi di prova utili all'accertamento dei fatti.

L'art. 506 c.p.p. riconosce i poteri del presidente in ordine all'esame dei testimoni e delle parti private, stabilendo che il presidente, anche su richiesta di altro componente del collegio, in base ai risultati delle prove assunte nel dibattimento a iniziativa delle parti o a seguito delle letture disposte a norma degli artt. 511, 512 e 513, può indicare alle parti temi di prova nuovi o più ampi, utili per la completezza dell'esame (art. 506 comma 1).

Il presidente, anche su richiesta di altro componente del collegio, può rivolgere domande ai testimoni, ai periti, ai consulenti tecnici, agli imputati in procedimento connesso o collegato ed alle parti già esaminate, solo dopo l'esame e il controesame. Resta salvo il diritto delle parti di concludere l'esame secondo l'ordine indicato negli artt. 498, commi 1 e 2, e 503, comma 2 (art. 506 comma 2).

L'art. 508 indica i provvedimenti conseguenti all'ammissione della perizia nel dibattimento, stabilendo che, se il giudice, di ufficio o su richiesta di parte, dispone una perizia, il perito è immediatamente citato a comparire e deve esporre il suo parere nello stesso dibattimento. Quando non è possibile provvedere in tale modo, il giudice pronuncia ordinanza con la quale, se è necessario, sospende il dibattimento e fissa la data della nuova udienza nel termine massimo di sessanta giorni (art. 508 comma 1). Con l'ordinanza il giudice designa un componente del collegio per sovrintendere all'attività del perito (art. 508 comma 2). Nella nuova udienza il perito risponde ai quesiti ed è esaminato osservando le disposizioni sull'esame dei testimoni «in quanto applicabili» (art. 508 comma 3).

L'art. 509 c.p.p. disciplina la sospensione del dibattimento per esigenze istruttorie. Pertanto, in caso di ammissione di nuove prove *ex art.* 495, comma 4, o in seguito all'esercizio dei poteri del presidente in ordine all'esame, a norma dell'art. 506, o infine per consentire l'assunzione delle prove disposte dal giudice d'ufficio *ex art.* 507, si prescrive, in ossequio al principio della concentrazione del dibattimento, che la sospensione si limiti al «tempo strettamente necessario».

3.43. Le eccezioni alla formazione della prova in contraddittorio.

L'art. 111, comma 5, Cost. prescrive alla legge di regolare «i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio». Quindi, è la stessa Costituzione che ammette, in certi casi, che la prova si possa assumere al di fuori del contraddittorio.

La Costituzione indica tre eccezioni (tassative) alla regola del contraddittorio nell'assunzione della prova. Quindi, tre ipotesi al di fuori delle quali vige la regola per cui la prova si forma nel contraddittorio delle parti.

Prima eccezione: non si fa luogo all'assunzione della prova in contraddittorio, ma gli atti assunti nella fase delle indagini preliminari del pubblico ministero o delle investigazioni del difensore

acquistano valore di prova «per consenso dell'imputato», che rinuncia al dibattimento e chiede un "rito speciale" (l'applicazione della pena su richiesta (art. 444 c.p.p.: il c.d. "patteggiamento") o il giudizio abbreviato (art. 438 c.p.p.) o la sospensione del procedimento con messa alla prova (art. 464-bis c.p.p.) oppure non si oppone al decreto penale di condanna (art. 459 c.p.p.)). Il diritto al contraddittorio è un diritto dell'imputato perché è lui che ha il diritto di contro-esaminare i testimoni a suo carico e, se rinuncia, è perché ha la sua convenienza a farlo. Il codice prevede diversi riti speciali.

Un caso di "consenso dell'imputato" si verifica con il giudizio abbreviato (artt. 438-443 c.p.p.), in cui l'imputato consente di essere giudicato sulla base del fascicolo delle indagini preliminari del pubblico ministero, eventualmente integrato dall'assunzione di altre prove di cui chiede l'ammissione al giudice. Il giudizio abbreviato si può chiedere anche per ottenere l'assoluzione se dagli atti di indagine non risulta la prova della responsabilità e, in ipotesi di condanna, la pena è ridotta di un terzo. Nel giudizio abbreviato l'imputato è giudicato sulla base del fascicolo delle indagini del pubblico ministero, eventualmente integrato dalle indagini dei difensori dell'imputato e delle altre parti, che possono inserire nel fascicolo delle indagini anche i loro verbali delle investigazioni difensive, per cui nel fascicolo delle indagini ci saranno non solo i verbali delle indagini del pubblico ministero ma eventualmente anche quelli delle investigazioni difensive. Anche in questo caso si fa eccezione alla regola della formazione della prova in contraddittorio con il consenso dell'imputato, che tenendo conto del rischio di essere condannato, rinuncia al dibattimento e consente che la prova a suo carico non sia assunta nel contraddittorio.

Altro caso è l'applicazione della pena su richiesta delle parti (artt. 444-448 c.p.p.), con cui l'imputato si accorda con il pubblico ministero sulla pena da applicare, con una riduzione di pena fino ad un terzo. Lo Stato premia l'imputato che rinuncia al dibattimento e "patteggia", si accorda per la pena senza far perdere tempo allo Stato con il dibattimento. Questa è un'ipotesi di "consenso dell'imputato" che deroga al contraddittorio, cioè la formazione della prova non è avvenuta in contraddittorio tra le parti per consenso dell'imputato. Spetta al giudice accettare o meno la proposta delle parti, valutando la sua legittimità e la congruità della pena ai fini della rieducazione dell'imputato, ma non può modificare i termini dell'accordo.

Altro caso ancora di "consenso dell'imputato" si verifica con il decreto penale di condanna (artt. 459-464 c.p.p.), che il giudice per le indagini preliminari può emettere, senza udienza preliminare e senza dibattimento, quando il pubblico ministero gli chiede di irrogare soltanto una pena pecuniaria diminuita sino alla metà rispetto al minimo edittale. L'imputato, se lo ritiene, propone opposizione al decreto penale ed ha diritto al dibattimento, ma può avere il suo interesse ad accettare quella pena ridotta e non proporre opposizione, rinunciando così al dibattimento. Anche questo è un caso in cui il consenso dell'imputato comporta la deroga alla formazione della prova in contraddittorio.

Altri casi sono previsti dal codice, ad esempio, quando consente alle parti di concordare l'acquisizione al fascicolo del dibattimento di verbali delle indagini preliminari del pubblico ministero o delle investigazioni difensive (art. 431, comma 2, c.p.p.): anche in questi casi si deroga, per consenso dell'imputato, all'acquisizione della prova in contraddittorio.

Seconda eccezione: Non sempre è possibile assumere la prova in contraddittorio. Quando si verifica una «accertata impossibilità di natura oggettiva» che può essere una irripetibilità originaria e prevedibile (ad esempio certi atti di indagine cosiddetti "irripetibili *ab initio*", cioè che per loro natura non si possono ripetere (la perquisizione e il sequestro, l'intercettazione di comunicazioni, sono atti, per loro natura, irripetibili a dibattimento) oppure una impossibilità sopravvenuta ma imprevedibile (art. 512 c.p.p.: ad es. il testimone è imprevedibilmente morto in attesa del dibattimento, ma aveva già rilasciato dichiarazioni al p.m., alla p.g. o al difensore, che diventano utilizzabili a dibattimento). In questi casi il

costituente attribuisce valore di prova alle precedenti dichiarazioni, anche se assunte senza contraddittorio e rese ad una sola parte, sia essa il p.m., la p.g. o il difensore. Una tesi massimalista potrebbe anche sostenere che se il testimone è morto la prova non esiste più, ma il legislatore accoglie il principio conservativo degli atti e afferma che in questi casi un elemento di prova era stato acquisito e viene meno, non per colpa delle parti ma per un fatto sopravvenuto ed imprevedibile. Se invece la futura impossibilità fosse prevedibile, il codice prevede l'incidente probatorio, cioè l'acquisizione anticipata della prova in contraddittorio, per cui la parte che ha interesse a far cristallizzare una prova prima che vada dispersa (ad es. in caso di testimone in pericolo di vita, le sue dichiarazioni possono essere acquisite prima del dibattimento dal giudice per le indagini preliminari con l'incidente probatorio e quella acquisita in incidente probatorio è una prova utilizzabile come e quanto quella assunta in dibattimento). Ma diverso è il caso della sopravvenuta impossibilità di ripetizione per fatti imprevedibili (ad es. cade l'aereo sul quale viaggiava un testimone del pubblico ministero o di un'altra parte), nel quale è appunto oggettivamente impossibile acquisire la testimonianza a dibattimento ed il Costituente deroga al principio dell'assunzione della prova nel contraddittorio, consentendo di attribuire valore di prova alle dichiarazioni eventualmente rese in precedenza dal soggetto ad una delle parti (ad esempio, il testimone che aveva reso dichiarazioni al p.m., alla p.g. o al difensore muore nell'incidente aereo). Piuttosto l'impossibilità di acquisire la prova in contraddittorio deve essere «oggettiva» e non per una libera scelta del testimone che, ad esempio, rifiuta di sottoporsi all'esame. Questa è la seconda eccezione.

Terza eccezione: Non si può far luogo all'acquisizione della prova in contraddittorio perché tale impossibilità è effetto di una «provata condotta illecita» Significa che il contraddittorio è previsto e quando è possibile si deve espletare però, talvolta, non si può espletare per l'interferenza illecita di una delle parti o anche di terzi, che, inquinando della prova, rendono impossibile il contraddittorio con una loro condotta illecita che, ovviamente deve essere provata (art. 500, comma 4, c.p.p.). Quindi, il giudice, nel procedere, dovrà incidentalmente, cioè con un incidente, con un "processo nel processo" diciamo, accertare che, ad esempio, il testimone, il perito o il consulente non ha depresso perché sotto violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o altra utilità affinché non deponga o deponga il falso. Se è provata la condotta illecita, delle parti o di terzi, che ha reso impossibile il contraddittorio e, quindi, la prova non può essere assunta in contraddittorio, anche in questi casi il costituente attribuisce valore di prova alle precedenti dichiarazioni, pure se assunte senza contraddittorio e rese ad una sola parte, sia essa il p.m., la p.g. o il difensore.

3.44. Gli atti di indagine irripetibili.

La regola per cui la prova si assume in dibattimento soffre di eccezioni. Vi sono infatti atti irripetibili per loro natura (ispezioni, perquisizioni, sequestri, intercettazioni), per cui, eccezionalmente il pubblico ministero o il difensore possono compiere atti che non potranno ripetersi a dibattimento e tale irripetibilità può essere congenita (cioè per la natura stessa dell'atto: una perquisizione, un sequestro, un'intercettazione eseguiti dal solo P.M. o la documentazione della scena del crimine compiuta dal P.M. o dal difensore) (art. 431 c.p.p.) oppure irripetibilità sopravvenuta ma imprevedibile (ad esempio una persona sentita a sommarie informazioni dal p.m., dalla polizia giudiziaria o dal difensore muore imprevedibilmente e non può essere sentito (art. 512 c.p.p.)). In questi casi eccezionali, essendo impossibile il contraddittorio al momento della formazione della prova, i relativi verbali confluiscono nel "fascicolo per il dibattimento" (che è l'unico che il giudice conosce e perciò potremmo chiamarlo "fascicolo del giudice") e fanno piena prova di quanto rappresentano. Se invece vi è fondato motivo di ritenere che la prova non potrà essere assunta nel dibattimento e quindi non è rinviabile (ad es. testimone

gravemente malato), il G.I.P. procede, a richiesta del P.M. o della persona sottoposta alle indagini, alla sua assunzione anticipata in contraddittorio mediante incidente probatorio (art. 392 ss. c.p.p.) e anche il relativo verbale entra nel “fascicolo per il dibattimento” come prova.

3.44.1. L'irripetibilità degli atti per loro natura

Vi sono atti di indagine che, per loro natura, non possono essere ripetuti in dibattimento: una perquisizione, un sequestro, un'intercettazione sono atti irripetibili *ab initio* e perciò il legislatore consente che i rispettivi verbali confluiscono come prova nel fascicolo per il dibattimento, anche se sono stati compiuti unilateralmente da una parte, senza contraddittorio.

3.44.2. L'irripetibilità degli atti sopravvenuta ma prevedibile.

Si tratta di atti non rinviabili al dibattimento proprio perché si prevede e si teme che tali atti diventino irripetibili a dibattimento e perciò la prova si assume anticipatamente: i casi sono due: l'incidente probatorio e l'accertamento tecnico irripetibile.

L'**incidente probatorio** rappresenta una **necessaria anticipazione del dibattimento** allorché nel corso delle indagini preliminari (o anche nell'udienza preliminare, come statuito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 77 del 10 marzo 1994) debbano assumersi **prove sicuramente e prevedibilmente non rinviabili al dibattimento**. In questo modo l'incidente probatorio consente, davanti al giudice per le indagini preliminari o dell'udienza preliminare, **l'assunzione nel rispetto del contraddittorio di prove destinate ad essere utilizzate nel giudizio**. Si tratta quindi di prove assunte con la **garanzia giurisdizionale**, anche se il giudice che le assume non è quello che sarà chiamato a giudicare nel dibattimento. Ma il legislatore potrebbe ovviare all'inconveniente prevedendo che l'incidente probatorio venga espletato dallo stesso giudice-persona fisica che dovrà celebrare il dibattimento. Pertanto l'incidente probatorio consente **l'acquisizione anticipata in contraddittorio di una prova non rinviabile al dibattimento per il timore di una sua dispersione, alterazione o distruzione oppure a tutela del testimone vulnerabile (persona minorenni o persona offesa)**. Naturalmente se poi la prova non sarà dispersa, alterata o distrutta, dovrà essere assunta nuovamente al dibattimento ed è anche possibile risentire il testimone vulnerabile.

L'accertamento tecnico non ripetibile può essere svolto sia dal P.M. (art. 360), sia dal difensore (art. 391-*decies* comma 3) e presuppone la temuta impossibilità di assumere l'accertamento tecnico in dibattimento. Quando l'accertamento tecnico riguarda persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto ad una modificazione irreversibile e inevitabile, il pubblico ministero, se ritiene che esso non può essere differito o non potrà essere ripetuto nel dibattimento, può procedere ad accertamento tecnico irripetibile, avvisando, senza ritardo, la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa dal reato e i difensori del giorno, dell'ora e del luogo fissati per il conferimento dell'incarico e della facoltà di nominare consulenti tecnici (art. 360 comma 1). Va evidenziato come, dopo l'accertamento tecnico irripetibile, se si arriverà eventualmente al dibattimento, il consulente tecnico dovrà essere poi citato dal P.M. per rendere il suo parere nel giudizio.

3.44.3. L'irripetibilità degli atti sopravvenuta e imprevedibile.

Talvolta l'irripetibilità degli atti è sopravvenuta e non era prevedibile. L'imprevedibile sopravvenuta impossibilità di ripetizione giustifica la deroga al principio del contraddittorio nella formazione della prova, contraddittorio che è divenuto oggettivamente irrealizzabile, come prevede l'art. 111, comma 5, Cost. per «accertata impossibilità di natura oggettiva». Pertanto, l'art. 512 disciplina la “lettura-acquisizione” di atti del fascicolo del pubblico ministero (ivi compresi i verbali delle investigazioni difensive eventualmente depositati) per imprevedibile sopravvenuta impossibilità di ripetizione. E' così prescritto che il giudice, a richiesta di parte, deve disporre che sia data lettura degli atti assunti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero, dai difensori delle parti private e dal giudice nel corso dell'udienza preliminare quando, per fatti o circostanze imprevedibili, ne è divenuta impossibile la ripetizione (art. 512 comma 1). La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 512, comma 1, c.p.p., nella parte in cui non prevede che, alle condizioni ivi stabilite, sia data lettura delle dichiarazioni rese al giudice per le indagini preliminari in sede di interrogatorio di garanzia dall'imputato di un reato collegato a norma dell'art. 371, comma 2, lettera b), che, avendo ricevuto l'avvertimento di cui all'art. 64, comma 3, lettera c), sia stato citato per essere sentito come testimone (Corte cost. 23 settembre 2020, n. 218).

Ovviamente, se tale impossibilità fosse stata prevedibile si sarebbe dovuto ricorrere all'accertamento tecnico irripetibile o all'incidente probatorio.

3.45. I principi del dibattimento.

Il dibattimento è la fase pubblica del giudizio ordinario, nel quale si assumono le prove e si giudica l'innocenza o la colpevolezza dell'imputato.

Esso è caratterizzato da una serie di principi: pubblicità dell'udienza, oralità nell'assunzione della prova, l'immediatezza del giudice con la prova, la concentrazione del dibattimento e l'immediatezza della deliberazione, l'immutabilità del giudice.

3.45.1. La pubblicità dell'udienza.

La pubblicità dell'udienza, prevista a pena di nullità relativa (art. 471 c.p.p.), è la regola ed è funzionale al controllo sociale sulla corretta amministrazione della giustizia. Le eccezioni sono previste tassativamente (art. 472 c.p.p.).

3.45.2. L'oralità nell'assunzione della prova.

L'oralità della prova non è menzionata né nell'art. 111 Cost. né nelle convenzioni internazionali, ma si ricava indirettamente dal principio del contraddittorio e della pubblicità: infatti, se la prova si deve formare in contraddittorio e pubblicamente, è evidente che deve essere assunta in forma orale, per consentire al giudice, alle parti presenti e al pubblico di percepirla. L'oralità è quindi il sistema naturale di acquisizione della prova nel processo accusatorio. Infatti il codice di procedura penale indica l'oralità come forma ordinaria di acquisizione della prova per l'esame i testimoni, periti e consulenti tecnici (art. 498 ss. c.p.p.) e, quando si tratta di atti non assunti oralmente, ne prevede l'“oralizzazione” mediante la lettura (artt. 511 ss. c.p.p.).

3.45.3. L'immediatezza del giudice con la prova.

Per effetto dell'acquisizione orale della prova, **il giudice si trova in rapporto immediato con la prova stessa.** Come afferma la Corte costituzionale, **la regola dell'immutabilità del giudice attua**

il principio di immediatezza che postula la tendenziale identità tra il giudice che assume le prove e il giudice che decide⁶¹. In questo modo, il principio di immediatezza, tipico della prova orale, consente al giudice di cogliere del teste, del perito o del consulente tecnico ogni sfumatura della voce, della espressione del viso e del corpo, i tempi e i modi delle risposte, la sicurezza o l'incertezza nella risposta e si trovano perciò nella condizione migliore per valutarne l'attendibilità. Il principio è molto rilevante nei sistemi nord-americani, nei quali la giuria, composta da privati cittadini, dà grande importanza al comportamento in aula del testimone. Il codice stabilisce che **alla deliberazione della sentenza concorrono, “a pena di nullità assoluta”, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento (art. 525, comma 2, c.p.p.)**.

3.45.4. La concentrazione del dibattimento e l'immediatezza della deliberazione.

Il processo accusatorio si caratterizza inoltre per un dibattimento concentrato nel tempo, tanto è vero che quando non è assolutamente possibile esaurire il dibattimento in una sola udienza, il presidente dispone che esso venga proseguito nel giorno seguente non festivo (art.477, comma 1, c.p.p.), come avviene nel sistema processuale nord-americano⁶². Il codice stabilisce altresì che è vietato disporre una perizia che potrebbe determinare una sospensione superiore a sessanta giorni (art. 392, comma 2, c.p.p.). Tuttavia, a causa del carico dei ruoli d'udienza, spesso tra un'udienza e l'altra intercorrono diversi mesi. In omaggio al **principio di concentrazione dibattimentale**, l'art. 525 c.p.p. garantisce l'immediatezza della deliberazione, prescrivendo che la sentenza deve essere deliberata subito dopo la chiusura del dibattimento (**principio di immediatezza della deliberazione**) (art. 525, comma 1, c.p.p.). La sua violazione non produce comunque alcuna invalidità della sentenza.

3.45.5. L'immutabilità del giudice.

Il **principio di immutabilità del giudice** impone che **la deliberazione della sentenza sia effettuata, a pena di nullità speciale assoluta - unico caso previsto dal codice di rito - dagli stessi giudici che hanno partecipato all'assunzione delle prove**. Solo in questo modo è garantita l'**oralità della prova** e l'**immediatezza del giudice con la prova**. Se alla deliberazione devono concorrere i giudici supplenti in sostituzione dei titolari impediti, i provvedimenti già emessi conservano efficacia se non sono espressamente revocati (art. 525, comma 2, c.p.p.). Il principio deve trovare applicazione anche davanti al tribunale in composizione monocratica, nonché nei riti speciali senza dibattimento, in grado d'appello e di cassazione, nel giudizio di rinvio a seguito di annullamento da parte della corte di cassazione e nel giudizio di revisione. La Corte costituzionale ha ripetutamente affermato che, in caso di mutamento del giudice-persona fisica, occorre procedere alla integrale rinnovazione del dibattimento⁶³. Dapprima le Sezioni unite Iannasso del 1999 della suprema Corte avevano precisato che, in caso di

⁶¹ Corte cost. 26.5.2010, n. 205.

⁶² Si pensi che negli U.S.A. un dibattimento per omicidio di primo grado dura, in media, una settimana, giacché il lunedì si scelgono i giurati, il martedì il *prosecutor* porta le prove e carico, il mercoledì si assumono le prove a difesa, il giovedì è riservato alla discussione delle parti e il venerdì il giudice dà le istruzioni ai giurati sulle regole da seguire per la decisione e, dopo la camera di consiglio, la giuria pronuncia il suo immotivato verdetto (di colpevolezza o non colpevolezza), cui segue la sentenza del giudice (se è di condanna il giudice quantifica la pena).

⁶³ Corte cost. 24 gennaio 1994, n. 17; Corte cost. (ord.) 3 dicembre 2001, n. 399; Corte cost.(ord.) 3 dicembre 2001, n. 431; Corte cost. (ord.) 27 febbraio 2002, n. 59; Corte cost.(ord.) 12 marzo 2003, n. 73; Corte cost.(ord.) 13 dicembre 2004, n. 418; Corte cost.(ord.) 21 febbraio 2007, n. 67; Corte cost.(ord.) 7 giugno 2010, n. 205. La Corte costituzionale aveva ritenuto l'art. 525 c.p.p. legittimo ma da modificare, osservando “doveroso sollecitare l'adozione di rimedi strutturali in grado di ovviare agli inconvenienti evidenziati, assicurando al contempo piena tutela al diritto di difesa dell'imputato. Il che potrebbe avvenire non solo favorendo la concentrazione temporale dei dibattimenti, sì da assicurarne idealmente la conclusione in un'unica udienza o in udienze immediatamente consecutive, come avviene di regola in molti ordinamenti stranieri; ma anche, ove ciò non sia possibile, attraverso la previsione legislativa di ragionevoli deroghe alla regola dell'identità tra giudice avanti al quale si forma la prova

mutamento del giudice, occorre procedere alla rinnovazione integrale del dibattimento, a partire dalla dichiarazione di apertura *ex art. 492 comma 1 c.p.p.* e che le prove dichiarative in precedenza assunte devono essere nuovamente formate, avendo la lettura dei verbali contenuti nel fascicolo dibattimentale funzione meramente integrativa e non già surrogatoria della prova orale e dovendosi del resto riconoscere portata eccezionale alle norme codicistiche derogatrici del generale divieto di lettura posto dall'art. 514 c.p.p., che contravvengono ai principi di oralità e di immediatezza del giudizio. Ne consegue che la lettura in chiave sostitutiva dei verbali delle prove acquisite prima del mutamento del giudice può avvenire soltanto qualora nessuna delle parti richieda nuovamente l'ammissione della prova *de qua*. In particolare, le Sezioni unite avevano affermato che il principio di immutabilità del giudice, posto dall'art. 525, comma 2, c.p.p. a pena di nullità assoluta, impone che quando muti la persona del giudice monocratico o la composizione del giudice collegiale il dibattimento sia integralmente rinnovato, con la ripetizione della sequenza procedimentale costituita dalla dichiarazione di apertura del dibattimento (art. 429), dall'esposizione introduttiva e dalle richieste di ammissione delle prove (art. 495), dall'assunzione delle prove secondo le regole stabilite negli artt. 495 ss. c.p.p. Qualora il diverso giudice o l'organo diversamente formato osservi tali formalità non ricorre la violazione dell'art. 525 c.p.p. Nel caso di rinnovazione del dibattimento a causa del mutamento della persona del giudice monocratico o della composizione del giudice collegiale, la testimonianza raccolta dal primo giudice non è utilizzabile per la decisione mediante semplice lettura, senza ripetere l'esame del dichiarante, quando questo possa aver luogo e sia stato richiesto dalle parti (le Sezioni Unite avevano precisato che, se nel corso del dibattimento rinnovato a causa del mutamento del giudice anche una sola delle parti faccia richiesta di nuovo esame del dichiarante già sentito, la mera lettura delle relative dichiarazioni viola le norme degli artt. 511 e 514, determinando l'inutilizzabilità delle stesse. Al contrario, nel caso in cui nessuna delle parti riproponga la richiesta di ammissione della prova assunta in precedenza, il giudice può disporre d'ufficio la lettura delle dichiarazioni precedentemente raccolte nel contraddittorio delle parti e inserite legittimamente nel fascicolo per il dibattimento, dichiarazioni che sono trattate alla stessa stregua di quelle rese nell'incidente probatorio)⁶⁴. Successivamente altre Sezioni unite avevano ribadito il principio enunciato dalla sentenza Iannasso e cioè che, nel caso di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale per mutamento della persona del giudice, può essere data lettura anche d'ufficio delle prove di cui le parti non abbiano richiesto una nuova escussione⁶⁵.

Ma, successivamente, le Sezioni unite Bajrami del 2019 hanno precisato che il principio di immutabilità del giudice, previsto dall'art. 525, comma 2 prima parte, c.p.p., impone che il giudice che provvede alla deliberazione della sentenza sia non solo lo stesso giudice davanti al quale la prova è stata assunta, ma anche quello che ha disposto l'ammissione della prova, fermo restando che i provvedimenti sull'ammissione della prova emessi dal giudice diversamente composto devono intendersi confermati, se non espressamente modificati o revocati. L'avvenuto mutamento della composizione del giudice attribuisce alle parti il diritto di chiedere, ai sensi degli artt. 468 e 493 c.p.p., sia prove nuove sia la rinnovazione di quelle assunte dal giudice diversamente composto, in quest'ultimo caso indicando specificamente le ragioni che impongano tale rinnovazione, ferma restando la valutazione del giudice, ai sensi degli artt. 190 e 495 c.p.p. anche sulla non manifesta superfluità della rinnovazione stessa. Il consenso delle parti alla lettura *ex art. 511, comma 2, c.p.p.* degli atti assunti dal collegio in diversa composizione, a seguito della rinnovazione del dibattimento, non è necessario con riguardo agli esami

e giudice che decide. Al riguardo, occorre infatti considerare che il diritto della parte alla nuova audizione dei testimoni di fronte al nuovo giudice o al mutato collegio «non è assoluto, ma “modulabile” (entro limiti di ragionevolezza) dal legislatore» (ordinanza n. 205 del 2010), restando ferma – in particolare – la possibilità per il legislatore di introdurre «presidi normativi volti a prevenire il possibile uso strumentale e dilatorio» del diritto in questione (ordinanze n. 318 del 2008 e n. 67 del 2007).

⁶⁴ Cass., Sez. Un., 15 gennaio 1999, Iannasso ed altro, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1429.

⁶⁵ Cass., Sez. un. 28 novembre 2001 (dep. 11 gennaio 2002), n. 1021, Cremonese.

testimonialiali la cui ripetizione non abbia avuto luogo perché non chiesta, non ammessa o non più possibile
66.

Salvo quanto previsto dall'art. 528 c.p.p. per la lettura del verbale d'udienza in camera di consiglio, la deliberazione non può essere sospesa se non in caso di assoluta impossibilità. La sospensione è disposta dal presidente con ordinanza (art. 525, comma 3, c.p.p.).

3.46. I giudizi speciali.

Il vigente codice di procedura penale non presenta un unico modello processuale, ma, accanto al **procedimento ordinario (scandito dalla fase delle indagini, udienza preliminare e dibattimento)**, offre alle parti la possibilità di percorrere **riti alternativi: alcuni hanno carattere acceleratorio e premiale (procedimento per decreto penale, giudizio abbreviato, applicazione della pena su richiesta, sospensione del procedimento con messa alla prova), altri solamente acceleratorio (giudizio direttissimo e giudizio immediato).**

3.46.1. I riti speciali acceleratori e premiali.

Sono previsti alcuni riti alternativi a quello ordinario e caratterizzati dalla finalità acceleratoria del processo, riconoscendo perciò una riduzione di pena all'imputato per incentivarlo ad aderire a tali procedure semplificate. Si tratta del procedimento per decreto penale, del giudizio abbreviato, dell'applicazione della pena su richiesta e della sospensione del procedimento con messa alla prova.

3.46.1.1. Il procedimento per decreto penale.

Il rito speciale del procedimento per decreto consiste in una "condanna senza processo", nel senso che il P.M. richiede al G.I.P. un decreto di condanna a pena pecuniaria senza previo contraddittorio con l'imputato. Esso trova la sua matrice costituzionale nell'art. 111, comma 5, Cost., laddove consente una deroga al principio della formazione della prova in contraddittorio per "consenso dell'imputato". Pertanto, la Corte costituzionale ha ripetutamente affermato la legittimità dell'istituto, in quanto il contraddittorio e il diritto di difesa ricevono tutela, anziché prima della condanna, *ex post*, nel senso che il condannato col decreto penale può proporre opposizione ed il decreto penale è automaticamente revocato, facendosi luogo al dibattimento con pienezza di contraddittorio e di difesa.

Il procedimento per decreto ha natura acceleratoria (in quanto si omette il dibattimento) e premiale (la pena è diminuita sino alla metà del minimo edittale, anche se inflitta in sostituzione di una pena detentiva), con il quale, nei procedimenti per reati perseguibili sia di ufficio sia a querela, il pubblico ministero, entro sei mesi dalla data in cui il nome della persona alla quale il reato è attribuito è iscritto nel registro delle notizie di reato e ritiene che si debba

⁶⁶ Cass., Sez. un., ud. 30 maggio 2019 (dep. 10 ottobre 2019), P.G. in proc. Bajrami, n. 41736. Irrilevanti invece gli atti introduttivi del giudizio (come la verifica della regolare costituzione delle parti o la declaratoria di assenza dell'imputato) o il semplice rinvio del dibattimento ad altra udienza, dovendosi ritenere detto provvedimento ordinatorio non in grado di inficiare l'effettivo svolgimento dell'attività dibattimentale (Cass., sez. V, 25 novembre 1998, Pagani, in *CED* 212353; Cass., sez. I, 13 dicembre 1994, Graziano, in *CED* 200413).

applicare soltanto una pena pecuniaria, chiede al giudice per le indagini preliminari l'emissione di un decreto penale di condanna dell'imputato (artt.459-464 c.p.p.).

L'avviso di conclusione delle indagini *ex art. 415-bis c.p.p.* è ritenuto incompatibile col procedimento per decreto (in tal senso Corte cost. 15 gennaio 2003, n. 8).

Tra le cause ostative al procedimento per decreto penale va rammentata l'irreperibilità dell'imputato, perché egli non potrebbe proporre opposizione. Infatti, l'art. 460, comma 4, c.p.p. prevede che, se non è possibile eseguire la notificazione per irreperibilità dell'imputato, il giudice revoca il decreto penale di condanna e restituisce gli atti al pubblico ministero.

Il giudice, ricevuto l'intero fascicolo delle indagini preliminari compiute, valuta se deve essere pronunciata condanna e se la pena richiesta è congrua ed in tal caso emette il decreto penale di condanna; altrimenti, se non condivide la richiesta, restituisce gli atti al pubblico ministero.

3.46.1.2. Il giudizio abbreviato.

Il giudizio abbreviato è il rito speciale di natura acceleratoria (manca sempre il dibattimento) e premiale (in caso di condanna la pena è diminuita di un terzo per i delitti o della metà per le contravvenzioni) che consiste nella richiesta dell'imputato di essere giudicato sulla base degli atti delle indagini preliminari del P.M. (eventualmente integrati dalla previa produzione di verbali di investigazioni difensive o documenti, o dalle prove assunte in incidente probatorio o da quelle assunte dal giudice *ex art. 422 c.p.p.*: giudizio abbreviato tipico o incondizionato) oppure con richiesta di integrare tali atti con l'acquisizione di nuove prove in udienza preliminare (giudizio abbreviato atipico o condizionato) (artt. 438-443 c.p.p.).

Il rito speciale trova la sua matrice costituzionale nell'art. 111, comma 5, Cost., laddove consente una deroga al principio della formazione della prova in contraddittorio per "consenso dell'imputato".

Il giudice competente per il giudizio abbreviato è il giudice dell'udienza preliminare (G.U.P.).

Si ricordi che il giudice deve disporre, anche d'ufficio, l'esclusione del responsabile civile quando accoglie la richiesta di giudizio abbreviato: infatti il giudizio abbreviato è ritenuto dalla legge incompatibile con gli accertamenti necessari in presenza del responsabile civile (art. 87 comma 3).

Nel procedimento a carico di minorenni, la competenza alla celebrazione del giudizio abbreviato, sia esso instaurato nell'udienza preliminare o a seguito di giudizio immediato, spetta al giudice nella composizione collegiale prevista dall'art. 50-*bis*, comma 2, ord. giud., e non al giudice delle indagini preliminari⁶⁷.

⁶⁷ Cass., Sez. un., 27 febbraio 2014, B.H., in *Cass. pen.*, 2014, p. 3672. La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 458 c.p.p. e dell'art. 1, comma 1, d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, nella parte in cui prevedono che, nel processo minorile, nel caso di giudizio abbreviato richiesto dall'imputato in seguito a un decreto di giudizio immediato, la composizione dell'organo giudicante sia quella monocratica del giudice per le

3.46.1.3. L'applicazione della pena su richiesta.

Il procedimento con applicazione della pena su richiesta delle parti è un rito speciale con finalità acceleratoria (le indagini preliminari possono essere ridotte e può mancare l'udienza preliminare mentre manca sempre il dibattimento) e con contenuto premiale (la pena è diminuita fino ad un terzo), consistente nell'accordo tra imputato (o suo difensore munito di procura speciale) e pubblico ministero su un determinato trattamento sanzionatorio, sottoposto al giudizio del giudice delle indagini preliminari o dell'udienza preliminare (art. 444-448 c.p.p.).

Il pubblico ministero è tenuto a formulare il suo parere sulla richiesta di applicazione di pena proposta dall'imputato nelle indagini preliminari o in udienza preliminare e soltanto di fronte ad una richiesta congiunta oppure di fronte alla richiesta di una parte con il parere favorevole dell'altra (si tratta di un vero e proprio negozio processuale sulla pena), il giudice può applicare la pena richiesta. Pertanto, di fronte alla volontà concorde delle parti, il giudice può rigettare la richiesta, ma non può applicare una pena diversa o condizioni diverse da quelle proposte congiuntamente dalle parti.

Il rito speciale trova la sua matrice costituzionale nell'art. 111 comma 5 Cost., laddove consente una deroga al principio della formazione della prova in contraddittorio per "consenso dell'imputato".

Tale rito speciale è esplicitamente escluso nel procedimento davanti al tribunale per i minorenni (art. 25 d. P.R. 22 settembre 1988, n. 448), ed è ritenuto incompatibile con il procedimento davanti al giudice di pace (Corte cost. (ord.) 26 gennaio 2005, n. 92; Corte cost. 6 luglio 2005, n. 312; Corte cost. 20 aprile 2005, n. 228; Corte cost. (ord.) 24 febbraio 2016, n. 50)⁶⁸.

3.46.1.4. La sospensione del procedimento con messa alla prova.

L'introduzione dell'istituto della sospensione del processo con messa alla prova (artt. 464-bis-464-novies c.p.p.) segna il superamento della giustizia retributiva, a causa del fallimento della finalità rieducativa della pena, e l'avvento della giustizia conciliativa e riparativa, che riconosce un maggior ruolo della vittima nel processo, riducendo le indagini preliminari ed eliminando l'udienza preliminare e il dibattimento.

Si tratta di una forma di *probation* processuale (oltre quello in fase esecutiva, cioè l'affidamento in prova ai servizi sociali) che tende alla mediazione tra imputato e vittima e alla loro conciliazione.

Introdotta dapprima nel processo contro i minorenni dall'art. 28 d.P.R. n. 448/1988 (cosiddetto codice minorile), ha una disciplina senza alcun limite per il minorenni, giustificata dalla sua personalità ancora in maturazione. Infatti la sospensione del processo con messa alla prova per il minorenni può

indagini preliminari e non quella collegiale prevista dall'art. 50-bis, comma 2, r.d. 30 gennaio 1941, 12 (Ordinamento giudiziario) (Corte cost. 12 gennaio 2015, n. 1).

⁶⁸ Le Sezioni unite hanno chiarito che la richiesta di applicazione della pena da parte dell'imputato, ovvero il consenso prestato alla proposta del pubblico ministero, non possono valere come rinuncia alla prescrizione, in quanto l'art. 157, comma 7, c.p. richiede la forma espressa, che non ammette equipollenti (in motivazione la Corte ha affermato che, qualora il giudice non rilevi l'intervenuta prescrizione ex art. 129 c.p.p., l'errore può essere dedotto con ricorso in cassazione) (Cass., Sez. un., ud. 25 febbraio 2016 (dep. 6 maggio 2016), Piergotti, n. 18953, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1782).

essere disposto anche d'ufficio dal giudice. Non vi sono limitazioni oggettive (può per tutti i reati, anche i più gravi come l'omicidio volontario), né soggettive (anche il delinquente abituale, professionale o per tendenza). Può essere concesso un numero infinito di volte. Possono essere imposte prescrizioni volte a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa dal reato (art.28, comma 2). Pertanto non ha contenuto sanzionatorio.

Ben diversamente è stata disciplinata la sospensione del processo con messa alla prova per maggiorenni (la l. n. 67/2014, ha aggiunto gli artt. 168-*bis*, 168-*ter* e 168-*quater* c.p. e gli artt. 464-*bis*, 464-*ter*, 464-*quater*, 464-*quinquies*, 464-*sexies*, 464-*septies*, 464-*octies*, 464-*novies* c.p.p.).

La sospensione del processo con messa alla prova, infatti, può essere disposta solo su domanda dell'imputato (mai d'ufficio) e solo personalmente da lui o da un suo procuratore speciale, ma non si richiede un'ammissione di responsabilità

Sono posti limiti oggettivi (soltanto per reati di gravità medio-bassa: cioè quelli puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, nonché per i delitti con citazione diretta a giudizio di cui al comma 2 dell'art. 550 c.p.p.).

Sono posti anche limiti soggettivi (non può essere concesso ai soggetti dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza).

Può essere concesso una sola volta all'imputato maggiorenne.

Ha un chiaro contenuto afflittivo: l'imputato deve eliminare le conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato e, ove possibile, deve risarcire il danno dallo stesso cagionato; l'imputato è affidato al servizio sociale per lo svolgimento di un programma di trattamento, che deve in ogni caso prevedere la prestazione di lavoro di pubblica utilità (art. 168-*bis* c.p.) e le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa (art. 464-*bis*, comma 4, c.p.p.).

3.46.2. I riti speciali acceleratori.

Il processo penale prevede anche riti alternativi a quello ordinario, caratterizzati da un'accelerazione del procedimento, giustificata dall'evidenza della prova della responsabilità, ma senza alcuna riduzione di pena. Il giudizio direttissimo è sempre esistito, mentre il codice del 1988 ha aggiunto il giudizio immediato.

3.46.2.1. Il giudizio direttissimo.

Il giudizio direttissimo è il rito speciale con finalità acceleratoria, ma senza contenuto premiale, che il pubblico ministero può scegliere in caso di arresto in flagranza o di confessione resa dall'imputato nell'interrogatorio e consiste nel procedere a dibattimento con indagini preliminari ridotte e omettendo l'udienza preliminare. E' posta una disciplina diversa per i reati di competenza del tribunale collegiale o della Corte d'assise (artt. 449-452) e per i reati di competenza del tribunale in composizione monocratica (art. 558)⁶⁹.

⁶⁹ Numerose leggi speciali hanno introdotto casi di giudizio direttissimo: per i reati concernenti le armi e gli esplosivi, il pubblico ministero deve procedere al giudizio direttissimo "anche fuori dei casi previsti dagli articoli 449 e [558] del codice di procedura penale, salvo che siano necessarie speciali indagini" (art. 12-*bis* d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. dalla l. 7 agosto 1992, n. 356); per i reati in materia di discriminazioni e genocidio il pubblico

3.46.2.2. Il giudizio immediato.

Il giudizio immediato è il **rito speciale di natura acceleratoria (si esclude l'udienza preliminare) ma non premiale, caratterizzato da indagini preliminari ridotte e dall'esclusione dell'udienza preliminare** (artt. 453-458 c.p.p.).

Sono previsti **diversi tipi di giudizio immediato** perché può essere **richiesto sia dal pubblico ministero (in due casi), sia dall'imputato (in altri due casi)**.

Il pubblico ministero chiede il giudizio immediato quando “la prova appare evidente”, salvo che ciò “pregiudichi gravemente le indagini”, se la persona sottoposta alle indagini è stata interrogata sui fatti dai quali emerge l'evidenza della prova ovvero, a seguito di invito a presentarsi contenente l'indicazione degli elementi e delle fonti di prova e l'avvertimento che potrà essere presentata richiesta di giudizio immediato, la stessa abbia omesso di comparire, sempre che non sia stato addotto un legittimo impedimento e che non si tratti di persona irreperibile.

Il secondo caso di giudizio immediato è richiesto dal pubblico ministero, anche oltre i novanta giorni dall'iscrizione della notizia di reato e comunque entro centottanta giorni dall'esecuzione della misura cautelare, per il reato in relazione al quale la persona sottoposta alle indagini si trova in stato di custodia cautelare, salvo che la richiesta pregiudichi gravemente le indagini.

Il giudizio immediato può essere richiesto anche dall'imputato, in due diverse ipotesi.

Quando l'imputato rinuncia all'udienza preliminare e richiede il giudizio immediato con dichiarazione presentata in cancelleria (personalmente o a mezzo di procuratore speciale, almeno tre giorni prima della data dell'udienza preliminare). L'atto di rinuncia è notificato al pubblico ministero e alla persona offesa dal reato a cura dell'imputato. In questo caso il giudice non deve effettuare alcuna valutazione, ma, trattandosi della rinuncia dell'imputato ad un suo diritto, deve emettere sempre decreto di giudizio immediato davanti al giudice dibattimentale (art. 419, commi 5 e 6, c.p.p.).

La seconda ipotesi di giudizio immediato richiesto dall'imputato è prevista quando il condannato con decreto penale o la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria, nel termine di quindici giorni dalla notificazione del decreto, propone opposizione chiedendo il giudizio immediato (artt. 461 e 464 c.p.p.).

ministero procede al giudizio direttissimo anche fuori dei casi previsti dall'art. 449 del codice di procedura penale, “salvo che siano necessarie speciali indagini”(art. 6 , comma 5, d.l. 26 aprile 1993, n. 122, conv. dalla l. 25 giugno 1993, n. 205); per i reati di immigrazione clandestina “è obbligatorio l'arresto dell'autore del fatto anche fuori dei casi di flagranza e si procede con rito direttissimo” (art. 13 d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286); per i reati di inottemperanza al divieto di accedere a manifestazioni sportive, di lancio di corpi contundenti o di materiale pericoloso, scavalco ed invasione di campo in occasione di manifestazioni sportive, reati commessi durante o in occasione di manifestazioni sportive “si procede sempre con giudizio direttissimo, salvo che non siano necessarie speciali indagini” (art. 1 d.l. 20 agosto 2001, n. 336, conv. dalla l. 19 ottobre 2001, n. 377).

3.47. La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali.

L'originario art. 111 Cost. constava di due commi che sono quelli che sono diventati i commi 6 e 7. Ora l'**art. 111, comma 6, Cost.** prescrivendo che «**tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati**» impone la **garanzia della motivazione**. La motivazione è una **garanzia della legittimità delle pronunce**, anzitutto, perché impegna il giudice a dar conto delle ragioni, in fatto e in diritto, che lo hanno convinto verso una certa decisione. Inoltre, la motivazione ha la funzione di spiegare alle parti, soprattutto alla parte che non è soddisfatta della sentenza perché è soccombente, qual è il percorso logico, l'*iter* argomentativo, in fatto e in diritto, che il giudice ha seguito per giungere ad una certa decisione e consente quindi alla parte interessata di criticarla con una impugnazione davanti ad un altro giudice. Il codice di procedura penale stabilisce che **le sentenze e le ordinanze devono essere motivate, a pena di nullità**, mentre **i decreti sono motivati, a pena di nullità, soltanto nei casi in cui la motivazione è espressamente prescritta dalla legge** (art. 125, comma 3, c.p.p.). Il giudice decide secondo il **principio del libero convincimento**, di cui però nella motivazione deve dare conto dei risultati acquisiti e dei criteri adottati (art. 192 c.p.p.).

La Corte e.d.u. ha esaminato un caso italiano in cui il ricorrente Felloni contestava alla Corte di cassazione di essere venuta meno al suo obbligo di motivare le sue decisioni derivante dall'art. 6 § 1 della C.E.D.U., che, tra l'altro, prevede che «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole, da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi (...) sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti (...)». Il ricorrente sosteneva che la Corte di cassazione avesse ignorato il suo motivo di ricorso relativo all'applicazione retroattiva della l. n. 125 del 2008 al suo caso e riteneva quindi che la sua causa non fosse stata esaminata equamente perché né i giudici di merito né la Corte di cassazione avevano dato risposta a una questione di diritto che egli considerava determinante per la sua causa. La Corte e.d.u. rammenta che, sebbene i giudici non possono essere tenuti a motivare il rigetto di ogni argomentazione addotta da una parte (Ruiz Torija c. Spagna, 9 dicembre 1994, § 29, serie A n. 303-A), essi non sono tuttavia dispensati dal dover esaminare debitamente i principali motivi di ricorso che quest'ultima deduce e dal rispondervi (si veda, Moreira Ferreira c. Portogallo (n. 2) [GC], n. 19867/12, § 84, 11 luglio 2017). Se, per di più, questi motivi attengono «ai diritti e alle libertà» garantiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli - come il principio di non retroattività delle leggi penali più severe - i giudici nazionali sono tenuti ad esaminarli con particolare cura e rigore (Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo, n. 76240/01, § 96, 28 giugno 2007, e Magnin c. Francia (dec.), n. 26219/08, 10 maggio 2012). Inoltre, la Corte e.d.u. rammenta di aver già avuto modo di sottolineare che la motivazione è finalizzata soprattutto a dimostrare alle parti che sono state ascoltate e, quindi, a contribuire ad una migliore accettazione della decisione (si veda, *mutatis mutandis*, Taxquet c. Belgio [GC], n. 926/05, CEDU 2010, 16 novembre 2010, § 91). Secondo la Corte e.d.u., quindi, nel respingere un ricorso, la giurisdizione d'appello può, in linea di principio, limitarsi a fare propri i motivi della decisione impugnata (García Ruiz c. Spagna [GC], n. 30544/96, § 26, CEDU 1999-I). Tuttavia, il concetto di processo equo richiede che una giurisdizione che abbia dato solo una breve motivazione alla sua decisione, incorporando le motivazioni fornite da una giurisdizione di grado inferiore o in altro modo, abbia effettivamente esaminato le questioni essenziali che le sono state sottoposte (Helle c. Finlandia, 19 dicembre 1997, § 60, Recueil des arrêts et décisions 1997 VIII, e Boldea c. Romania, n. 19997/02, § 30, 15 febbraio 2007). In conclusione, la Corte e.d.u. ha deciso, all'unanimità, che, nel caso di specie, la Corte di cassazione non aveva in alcun modo risposto al motivo di ricorso del ricorrente relativo alla presunta applicazione retroattiva della legge n. 125 del 2008 al suo caso e al rifiuto dei giudici di merito di concedergli il beneficio delle circostanze attenuanti. La Corte e.d.u. osserva che la Suprema Corte si era limitata a dichiarare inammissibili tutti i motivi di ricorso adottati dal ricorrente in quanto erano volti a rimettere in discussione la versione dei fatti adottata dai giudici di merito. Tuttavia, la Corte e.d.u. non è convinta che la questione sollevata dal ricorrente nel suo motivo di ricorso riguardasse una questione

di fatto non rientrante nella competenza della Suprema Corte. Inoltre, essa ha notato che la decisione della Corte di cassazione non contiene alcun riferimento alla pena inflitta al ricorrente e, in particolare, alla legge applicabile in materia di circostanze attenuanti, che avrebbe consentito di rispondere, anche se solo indirettamente, alle doglianze dell'interessato circa la gravità della sanzione. Infine, poiché la questione controversa è stata sollevata per la prima volta dinanzi alla Corte Suprema, non si può nemmeno ritenere che quest'ultima abbia incorporato i motivi adottati dalla giurisdizione di grado inferiore per dare fondamento alla sua decisione in modo compatibile con le esigenze dell'art. 6 § 1 C.E.D.U (si veda, *a contrario*, Helle, sopra citata, § 56, e Dobrescu c. Romania (dec.), n. 10520/09, § 51, 31 agosto 2010). La Corte e.d.u. ha ritenuto che la questione della presunta applicazione retroattiva della legislazione in materia di circostanze attenuanti fosse uno dei principali motivi di ricorso adottati dal ricorrente e richiedesse pertanto una risposta specifica ed esplicita. In conclusione, la Corte e.d.u. ha ritenuto che il ricorrente non avesse beneficiato di un procedimento che gli garantisse un esame effettivo delle sue argomentazioni o una risposta che gli permettesse di comprendere le ragioni del loro rigetto, con la conseguenza che la Corte di cassazione è venuta meno al suo obbligo di motivare le sue decisioni relative dell'articolo 6 § 1 della C.E.D.U. Pertanto, vi è stata violazione di questa disposizione (Corte e.d.u., sez. I, 6.2.2020, Felloni c. Italia).

3.48. Il principio del libero convincimento del giudice.

In materia di prova il codice di procedura penale ripudia la “prova legale”, che è quella che è prevalutata dal legislatore, non ammette prova contraria e non lascia alcun margine di valutazione discrezionale da parte del giudice (come ad es., nel processo civile, la confessione (art. 2730 c.c.), il giuramento (art. 2736 c.c.) o le presunzioni assolute (ad es. presunzione di concepimento durante il matrimonio – art. 232 c.c. -) e adotta, invece, il principio del libero convincimento del giudice: ciò significa che **la valutazione della prova è libera** e il giudice la valuta secondo il suo “prudente apprezzamento”, cioè secondo la sua esperienza di uomo e di giurista (può, ad es., non credere ad una confessione o ritenere più credibile la testimonianza *de relato* rispetto al testimone diretto)⁷⁰, ma deve offrirne esauriente **motivazione**. Infatti, l'art. 192 c.p.p. prescrive al giudice di valutare la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati (comma 1). Il libero convincimento del giudice si spinge sino al punto che egli può persino dissentire dalle conclusioni del perito da lui nominato (si suole dire *iudex peritus peritorum*, cioè che il giudice è il perito dei perito), purchè offra esauriente motivazione delle conclusioni da lui raggiunte. **La prova rappresentativa** (o diretta o storica, ha ad oggetto il “fatto giuridico” contenuto nell'imputazione) è quella che offre la diretta rappresentazione del fatto che deve essere accertato (ad es, il testimone oculare descrive al giudice l'omicidio cui ha assistito, un documento fotografico o una videoripresa riproduce le modalità della rapina). L'unico tipo di argomento che può essere chiamato “irresistibile” è la dimostrazione con la prova rappresentativa del fatto da provare. Ma, in mancanza di dimostrazione, il legislatore ammette un procedimento di inferenza logica, che può avvenire per deduzione o per induzione da una premessa ad una conclusione. La deduzione inferisce il fatto conseguente dall'antecedente, per cui accertato l'antecedente, questo garantisce la certezza del conseguente, escludendo la possibilità che il conseguente sia falso, con un argomento che si afferma logicamente valido. Si tratta della prova **indiziaria** (o indiretta o critica o

⁷⁰ Ad es., la Corte costituzionale ha più volte censurato l'art. 275 c.p.p., che stabiliva una presunzione assoluta, imponendo per alcuni gravi reati soltanto la custodia cautelare in carcere e quindi presumendo che le esigenze cautelari non potessero mai essere soddisfatte con misure diverse dalla custodia in carcere, difettando così di ragionevolezza.

anche logica, non ha ad oggetto il “fatto giuridico” contenuto nell’imputazione) consiste in un ragionamento inferenziale per deduzione: provato un fatto, di per sé irrilevante per integrare il reato, se ne deduce un altro che è invece elemento della fattispecie criminosa (ad es. il testimone non ha assistito all’omicidio, ma ha visto l’imputato allontanarsi di corsa dal luogo dell’assassinio sporco di sangue), per cui da un fatto provato si può ricavare logicamente l’esistenza del fatto da provare. Tale procedimento inferenziale deve avvenire secondo leggi logiche, scientifiche ed esperienziali e soprattutto secondo le norme giuridiche stabilite per assicurare che, nella gnoseologia giudiziaria, l’inferenza abbia una certa affidabilità: l’art. 192, comma 2, c.p.p. stabilisce che “l’esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti”. L’art. 192, comma 3, c.p.p. prevede la disciplina delle dichiarazioni (spesso accusatorie, come la chiamata in reità o in correità) da parte di un imputato, coimputato, o imputato del procedimento connesso o collegato a quello principale nei confronti di un altro imputato. Ma, poichè questa è una dichiarazione sospetta (perché mentre il testimone è persona estranea al fatto e non ha nessun interesse nella vicenda – ad es. ha visto o ha sentito e riferisce ciò che ha visto o sentito-, l’imputato nello stesso procedimento, il coimputato nello stesso reato, o di un procedimento connesso o collegato è invece interessato a dare una versione per lui più favorevole), l’art. 192 c.p.p. impone che le loro dichiarazioni (spesso chiamate in reità o correità) devono essere riscontrate, cioè devono trovare conferma in altri elementi di prova che ne confermano l’attendibilità. L’art. 193 c.p.p. stabilisce che nel processo penale non si osservano i limiti di prova stabiliti dalle leggi civili, eccettuati quelli che riguardano lo stato di famiglia e di cittadinanza. Il legislatore stabilisce cioè che, nel processo penale, non esistono prove legali e non si osservano nemmeno i limiti alla prova che sono stabiliti nel processo civile: il principio della inesistenza di limiti legali alla prova penale. Invece nel processo civile sono previsti limiti alla prova e nel processo amministrativo ed in quello tributario l’unica prova ammessa è quella documentale. Nel processo penale, che tende all’accertamento della verità, non sono ammessi limiti alla prova (tutti possono testimoniare e su qualsiasi circostanza e non sono ammesse presunzioni, le quali invece sono presenti nel processo civile o tributario), né prove legali. Gli unici limiti nel processo penale sono quelli che riguardano la prova dello stato di famiglia e di cittadinanza, perché si tratta di materie così importanti per la persona da non ammettere contrasti di giudicato tra la sentenza civile (che ha statuito in merito) e quella penale (quando il giudice penale risolve autonomamente le questioni pregiudiziali). Anche l’art. 546 c.p.p. prescrive al giudice di indicare nella motivazione della sentenza la “concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l’indicazione dei risultati acquisiti e dei criteri di valutazione della prova adottati e con l’enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie”, con riguardo: 1) all’accertamento dei fatti e delle circostanze che si riferiscono all’imputazione e alla loro qualificazione giuridica; 2) alla punibilità e alla determinazione della pena e della misura di sicurezza; 3) alla responsabilità civile derivante dal reato; 4) all’accertamento dei fatti dai quali dipende l’applicazione di norme processuali.

3.49. Il principio di correlazione tra accusa e sentenza.

Uno dei principi fondamentali del processo penale è quello per cui **il giudice deve giudicare sul medesimo fatto materiale che è stato contestato**. La ragione di questo principio sta nel fatto che l’imputato, *in primis*, ma in definitiva tutte le parti del processo hanno agito nel processo deducendo prove ed argomentazioni sul fatto contestato, per cui se il giudice decidesse su un fatto diverso sia l’imputato sia le altre parti sarebbero colte di sorpresa su un fatto sconosciuto nel processo fino alla sentenza e sul quale quindi non hanno potuto dedurre la prova.

Il codice di procedura penale codifica il principio, stabilendo che il giudice deve disporre con ordinanza la trasmissione degli atti al pubblico ministero se accerta che il fatto è

diverso da come descritto nell'imputazione (art. 521, comma 2, c.p.p.). Il pubblico ministero ha poi l'obbligo di procedere per il fatto diverso.

Secondo il codice il giudice potrebbe invece dare al medesimo fatto, già contestato, una diversa qualificazione giuridica, diversa da quella enunciata nell'imputazione (art. 521, comma 1, c.p.p.) (ad es. qualificare lo strappo della borsetta senza violenza alla persona offesa come furto con destrezza, anziché rapina, che esige invece minaccia o violenza alla p.o.), ma la giurisprudenza della Corte e.d.u. ha ripetutamente ritenuto violato l'art. 6, comma 3, lett. a) e b) C.E.D.U. quando il giudice modifica la qualificazione giuridica dello stesso fatto, rispetto a quella contestata, perché priva l'accusato del contraddittorio su tale mutamento di qualificazione⁷¹.

L'art. 521 c.p.p. regola il principio della correlazione tra il fatto contestato nell'imputazione e quello riconosciuto in sentenza, cioè il giudice deve giudicare sullo stesso fatto materiale contestato nell'imputazione.

Si stabilisce anzitutto la **regola generale per cui spetta al giudice nella sentenza di attribuire al fatto la corretta definizione giuridica, anche eventualmente diversa da quella enunciata nell'imputazione**, purché il reato non ecceda la sua competenza né risulti attribuito alla cognizione del tribunale in composizione collegiale anziché monocratica (ad es. contestato il reato di peculato, il giudice, rimanendo immutato il fatto, può ritenere non trattarsi di appropriazione, ma di distrazione e quindi qualificare il fatto non come peculato ma come abuso d'ufficio, oppure, pur riconoscendo l'appropriazione, escludere che l'imputato possa qualificarsi come pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio e quindi derubricare il peculato in furto) (art. 521 comma 1, c.p.p.).⁷²

Problema particolare si pone quando il reato, ove fosse derubricato in altro meno grave, consentirebbe l'oblazione e quindi l'estinzione del reato⁷³.

Si è ritenuto per lungo tempo in Italia che tale **mutamento della sola qualificazione giuridica da parte del giudice non compromettesse il diritto di difesa, finché non è intervenne la Corte e.d.u.** affermando il principio per cui l'"equo" processo esige che

⁷¹ Corte e.d.u., sez. II, 11 dicembre 2007, Drassich c/Italia; Corte e.d.u., sez. V, 7 gennaio 2010, Penec c/Bulgaria.

⁷² La Corte di cassazione ha affermato che sussiste violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza nel caso in cui il giudice d'appello, in riforma della sentenza assolutoria di primo grado dal reato di bancarotta preferenziale, condanni l'imputato per il reato di bancarotta per distrazione, trattandosi di fatto significativamente e sostanzialmente diverso da quello contestato con l'originaria imputazione, con conseguente difetto della concreta possibilità di esercizio dei correlati poteri difensivi dell'imputato, cosicché si impone l'applicazione - previo annullamento senza rinvio della sentenza impugnata e di quella di primo grado - del disposto di cui all'art. 521 comma 2 c.p.p., che prevede l'invio degli atti al P.M. (Cass., sez. V, 30 gennaio 2013, Baj e altro, in *Giust. pen.*, 2013, III, c. 566).

⁷³ Le Sezioni unite hanno affermato che, nel caso in cui è contestato un reato per il quale non sia consentita l'oblazione ordinaria di cui all'art. 162 c.p., né quella speciale prevista dall'art. 162-bis c.p., l'imputato, qualora ritenga che il fatto possa essere diversamente qualificato in un reato che ammetta l'oblazione, ha l'onere di sollecitare il giudice alla riqualificazione del fatto e, contestualmente, a formulare istanza di oblazione, con la conseguenza che, in mancanza di tale espressa richiesta, il diritto a fruire dell'oblazione stessa resta precluso ove il giudice provveda di ufficio ex art. 521 c.p.p., con la sentenza che definisce il giudizio, ad assegnare al fatto la diversa qualificazione che consentirebbe l'applicazione del beneficio (Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, Tamborrino, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2116).

l'imputato abbia un'informazione precisa e dettagliata dei motivi e delle ragioni giuridiche dell'accusa⁷⁴.

⁷⁴La Corte europea dei diritti dell'uomo condannò l'Italia in un caso in cui il ricorrente, magistrato presso la sezione fallimentare del tribunale di Pordenone, fu condannato in primo grado alla pena di tre anni di reclusione per il delitto di corruzione, pena poi aggravata, a seguito di appello del ricorrente e del pubblico ministero, in tre anni e otto mesi. Ricorrendo poi per cassazione l'imputato invocò l'avvenuto decorso del termine di prescrizione del reato, ma la Corte di cassazione, previa riqualificazione giuridica del fatto da corruzione semplice a corruzione in atti giudiziari, escluse, a causa del maggior limite di pena edittale, il decorso del termine di prescrizione e rigettò il ricorso. Adita la Corte europea, questa ritiene fondate le doglianze, affermando che il combinato disposto dell'art. 6 commi 1 e 3 lett. a) Conv. eur. implica che l'equità processuale sia osservata solo quando l'imputato abbia un'informazione precisa e dettagliata dei motivi e delle ragioni giuridiche dell'accusa. Il potere del giudice di riqualificare *sub specie iuris* il fatto implica il rispetto del contraddittorio, garantendo alle parti il diritto di conoscere e dibattere su tutte le questioni essenziali, specialmente quando l'esito in cassazione dipenda dalla risoluzione di una questione sollevata d'ufficio. La Convenzione europea non prescrive una forma peculiare per informare l'imputato dell'accusa, ma il diritto di conoscere l'accusa deve essere collegato con l'art. 6 comma 3 lett. b) Conv. eur. per garantire all'imputato il diritto di preparare, in modo effettivo, la difesa. Nel caso di specie, la riqualificazione giuridica del fatto è avvenuta *ex officio* senza che nei precedenti gradi di giudizio fosse stata adombrata una tale possibilità. Pertanto, la Corte e.d.u. ritenne che all'imputato non fosse stata garantita, effettivamente, la possibilità di difendersi sulle nuove contestazioni, non essendo sufficientemente prevedibile che l'imputazione potesse essere riqualificata *ex officio* dalla corte di cassazione e potendosi ipotizzare che l'imputato si sarebbe difeso diversamente se avesse avuto previa contezza della modifica dell'imputazione (Corte e.d.u., sez. II, 11 dicembre 2007, Drassich c/Italia, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 342). Sulla stessa fattispecie successivamente la Corte di cassazione ha affermato che, in tema di correlazione tra sentenza ed accusa contestata, la regola di sistema espressa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo cui la garanzia del contraddittorio deve essere assicurata all'imputato anche in ordine alla diversa definizione giuridica del fatto operata dal giudice *ex officio*, è conforme al principio statuito dall'art. 111, comma 2, Cost., che investe non soltanto la formazione della prova, ma anche ogni questione che attiene la valutazione giuridica del fatto commesso. Ne consegue che si impone al giudice una interpretazione dell'art. 521 comma 1 c.p.p. adeguata al *decisum* del giudice europeo e ai principi costituzionali sopra richiamati (Cass., sez. VI, 12 novembre 2008, Drassich, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1457). La Corte di cassazione ha anche stabilito che la garanzia del contraddittorio in ordine alla diversa qualificazione giuridica del fatto contestato sia rispettata quando l'imputato abbia comunque avuto modo di interloquire sull'argomento, ed in particolare anche quando la diversa qualificazione giuridica abbia formato oggetto di discussione quanto meno nel corso del procedimento incidentale *de libertate* (fattispecie relativa alla derubricazione del reato, ad opera del giudice di appello, dalla fattispecie di partecipazione ad associazione mafiosa in quella di favoreggiamento aggravato) (Cass., sez. I, 8 marzo 2010, D.G.B., in *Dir. pen. e proc.*, 2011, p. 75). E' stata ritenuta causa di nullità generale a regime intermedio, per violazione del diritto di difesa, la riqualificazione giuridica operata in sentenza senza il previo contraddittorio, per quanto sia più favorevole per l'imputato (Cass., sez. I, 11 maggio 2011, Corsi, in *Cass. pen.*, 2012, p. 608). La Corte e.d.u. esaminò pure il ricorso di una cittadina francese che, originariamente imputata del reato di partecipazione ad un'associazione terroristica e poi condannata in appello per "complicità" (art. 121-6 c.p. francese), cioè per concorso esterno nella stessa associazione, lamentava che la linea difensiva si sarebbe sviluppata diversamente se essa avesse appreso prima della sentenza d'appello della riqualificazione del fatto. La Corte europea ha osservato che il concorso esterno, in base al diritto positivo nazionale, non poteva ritenersi come un grado di partecipazione all'associazione di stampo terroristico e, sottolineando la necessità di stretta interpretazione delle norme incriminatrici, ha ritenuto che – a prescindere dal giudizio sulla fondatezza di eventuali mezzi di difesa che la ricorrente avrebbe potuto utilizzare se avesse saputo per tempo della riqualificazione, giudizio che non spetta ad essa ma solo ai tribunali nazionali – è plausibile sostenere la possibilità di una diversità di scelte difensive, che non le furono date nel giudizio di merito con conseguente violazione dell'art. 6 par. 1 e 3 lett. a) e b) Conv. e.d.u., cioè del diritto ad essere informato della natura e dei motivi dell'accusa e di disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie per preparare la sua difesa (Corte e.d.u., sez. II, 19 dicembre 2006, Mattei c/ Francia, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1343; v. i precedenti Corte e.d.u., Grande Camera, 25 aprile 1999, Pelissier e Sassi c/Francia e Corte e.d.u. 20 aprile 2006, I.H. c. Austria, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3023 e p. 3832). Sembra però che nel caso di specie si trattasse, più che di una semplice diversa qualificazione giuridica dello stesso fatto, di condanna per un fatto diverso, dal momento che, come osserva la Corte europea, per il diritto francese il concorso esterno non è un grado di partecipazione all'associazione, ma implica una condotta diversa, integrando pertanto un fatto diverso. La Corte europea di Strasburgo ha affermato che la correlazione tra imputazione e sentenza è rispettata se l'accusato è stato posto in

Se invece il **giudice (in primo grado o in appello) accerta che in dibattimento il fatto storico è risultato diverso**⁷⁵ da come descritto nel decreto che dispone il giudizio ovvero nella contestazione effettuata a norma degli artt. 516, 517 e 518, comma 2, c.p.p. **deve disporre con ordinanza la trasmissione degli atti al pubblico ministero** affinché formuli una nuova imputazione (art. 521, comma 2, c.p.p.)⁷⁶. **La difesa infatti risulterebbe pregiudicata da un giudizio su un fatto storico diverso sul quale è impreparata a difendersi e che ha scompaginato la strategia difensiva** approntata su misura dell'originaria imputazione.

condizione di difendersi (Corte e.d.u., sez. IV, 20 ottobre 2015, Hirvela e Mandelli c/Italia). Anche la Camera d'appello della Corte penale internazionale nel caso Lubanga si è interessata del problema della modifica del *nomen iuris*. Essa ha infatti annullato la sentenza di primo grado che avrebbe determinato una modifica rilevante dell'imputazione a carico dell'imputato con grave lesione dei diritti della difesa, affermando che la *Regulation* 55, nel riconoscere alla Camera di primo grado la facoltà di riqualificare i fatti, impone comunque al giudice di mantenersi entro i fatti e i loro eventuali emendamenti intervenuti prima dell'inizio del giudizio, così come cristallizzati nella decisione di convalida delle accuse, in conformità anche agli artt. 69 comma 1 lett. a) e comma 9 nonché 74 comma 2 dello Statuto, ai sensi dei quali i capi d'accusa devono necessariamente essere definiti prima dell'inizio del giudizio. Tale qualificazione rientra infatti nella competenza esclusiva della Camera preliminare e deve necessariamente riferirsi a fatti di cui la Camera di primo grado sia stata investita legalmente tramite la decisione di convalida delle accuse e, una volta iniziata la fase dibattimentale, l'unica facoltà riconosciuta al Procuratore, al fine di adeguare i capi di imputazione a mutate situazioni fattuali e processuali, è quella di ritirare uno o più capi d'accusa (Camera d'appello della Corte penale internazionale, 8 dicembre 2009, Lubanga, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1566).

⁷⁵ Le Sezioni Unite hanno avuto modo di precisare che, per aversi mutamento del fatto, "occorre una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume l'ipotesi astratta prevista dalla legge, sì da pervenire ad un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa; ne consegue che l'indagine volta ad accertare la violazione del principio suddetto non va esaurita nel pedissequo e mero confronto puramente letterale fra contestazione e sentenza perché, vertendosi in materia di garanzie e di difesa, la violazione è del tutto insussistente quando l'imputato, attraverso l'*iter* del processo, sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all'oggetto dell'imputazione" (Cass., Sez. un., 19 giugno 1996, Di Francesco). Le Sezioni unite non hanno riscontrato alcuna violazione del diritto di difesa, in un caso in cui l'imputato è stato posto nella condizione di interloquire su ogni aspetto della vicenda e, anzi, ha egli stesso, attraverso la sua difesa tecnica, insistito per la diversa prospettazione del fatto nel senso esattamente coincidente con l'addebito come innanzi delineato (Cass., Sez. un., 15 luglio 2010, Carelli, n. 36551). Le Sezioni Unite, hanno affermato il principio di diritto per il quale "ove la contestazione elevata nei confronti dell'imputato faccia riferimento ad un reato per il quale non è consentita né l'oblazione ordinaria di cui all'art. 162 c.p. né quella speciale di cui all'art. 162-bis c.p., qualora l'imputato ritenga non corretta la relativa qualificazione giuridica del fatto e intenda sollecitare una diversa qualificazione che ammetta il procedimento di oblazione di cui all'art. 141 disp. att. c.p.p., è onere dell'imputato stesso formulare istanza di ammissione all'oblazione in rapporto alla diversa qualificazione che contestualmente solleciti al giudice di definire, con la conseguenza che -in mancanza di tale richiesta- il diritto a fruire dell'oblazione stessa resta precluso ove il giudice provveda di ufficio, a norma dell'art. 521, comma 1, c.p.p., ad assegnare al fatto la diversa qualificazione che consentirebbe l'applicazione del beneficio, con la sentenza che definisce il giudizio" (Cass., Sez. un., 26 giugno 2014 (dep. 22 luglio 2014), n. 30890).

⁷⁶ L'ordinanza con cui il giudice ravvisa il fatto diverso e trasmette gli atti al P.M. a norma dell'art. 521 c.p.p. non è impugnabile per la tassatività dei casi di impugnazione (Cass., Sez. Un., 6 dicembre 1991, Paglini, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1484).

Il giudice **deve disporre con ordinanza la trasmissione degli atti al pubblico ministero** se questi ha effettuato una nuova contestazione fuori dei casi previsti dagli artt. 516, 517 e 518, comma 2, c.p.p. (art. 521, comma 3, c.p.p.).

3.50. Il principio del *favor impugnationis*.

Conscio della possibilità dell'errore nelle sentenze, il legislatore prevede con larghezza il **diritto di impugnazione**. Infatti, il nostro sistema processuale ha storicamente adottato il principio del *favor impugnationis*, che tende a favorire l'ammissibilità delle impugnazioni (ad es. l'art. 568, comma 5, c.p.p. stabilisce che "l'impugnazione è ammissibile indipendentemente dalla qualificazione a essa data dalla parte che l'ha proposta. Se l'impugnazione è proposta a un giudice incompetente, questi trasmette gli atti al giudice competente"⁷⁷, mentre l'art. 580 c.p.p. prevede che "quando contro la stessa sentenza sono proposti mezzi di impugnazione diversi, nel caso in cui sussista la connessione di cui all'articolo 12, il ricorso per cassazione si converte nell'appello"). Ma il diritto d'impugnare rappresenta una garanzia strettamente legata alla motivazione, perché in tanto è possibile impugnare in quanto si conoscono i motivi per cui il giudice ha condannato o ha assolto.

L'**art. 111, comma 7, Cost.** stabilisce che «**contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in cassazione per violazione di legge**». Ovviamente la Corte di cassazione, essendo giudice di legittimità, giudica solo sulle questioni di legittimità cioè sulle violazioni di legge e non sulle questioni di fatto. La **sentenza** è un provvedimento con il quale il giudice definisce il processo, assolve, condanna, e non solo contro le sentenze ma anche contro i **provvedimenti sulla libertà personale (sia che scarcerino sia che incarcerino)**, che sono importanti perché decidono sulle limitazioni della libertà personale. Quindi contro questi due categorie di provvedimenti (tutte le sentenze e tutti i provvedimenti che decidono sulla libertà personale), è sempre ammesso il ricorso per cassazione. Si tratta di una "garanzia minima", nel senso il legislatore deve garantire almeno il ricorso per cassazione, ma **la legge stabilisce garanzie ulteriori rispetto al ricorso in cassazione**. Il codice prevede, ad esempio, il **riesame e l'appello per le misure cautelari** davanti al tribunale della libertà (art. 309 c.p.p.) e, anche se la Costituzione non lo menziona, l'**appello contro la sentenza di primo grado** (artt. 593-605 c.p.p.).

Diversi sono i principi in tema di impugnazione.

3.50.1. Il principio del doppio grado di giurisdizione.-

Mentre né la Costituzione, né il codice di procedura penale prevedono l'appello come impugnazione necessaria, il Protocollo n. 7 alla C.E.D.U. (adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984) stabilisce all'art. 2 (rubricato «diritto ad un doppio grado di giurisdizione in materia penale») che «chiunque venga dichiarato colpevole di una infrazione penale da un tribunale ha il diritto di sottoporre ad un tribunale della giurisdizione superiore la dichiarazione di colpa o la condanna. L'esercizio di questo diritto, ivi inclusi i motivi per cui esso può essere invocato, sarà stabilito per legge» (art. 2 comma 1). Il comma 2 aggiunge che «Tale diritto potrà essere oggetto di eccezioni in caso di infrazioni minori come stabilito dalla legge o in casi nei quali la persona interessata sia stata giudicata in prima istanza da un tribunale della giurisdizione più elevata o sia stata dichiarata colpevole e condannata a seguito di un ricorso avverso il suo proscioglimento».

⁷⁷ Sul punto v. Cass. Sez. un., 31 ottobre 2001, Bonaventura, n. 45371, Rv. 220221.

3.50.2. *Il principio dell'interesse ad impugnare.*

Naturalmente altro principio generale è l'**interesse ad impugnare**, per cui **il provvedimento richiesto dall'impugnante deve risultare praticamente più vantaggioso di quello impugnato** e non soltanto un risultato teoricamente più corretto. Il pubblico ministero, essendo organo imparziale di giustizia, che deve curare l'osservanza della legge, può impugnare anche nell'interesse dell'imputato se ritiene erronea o iniqua la sentenza (**art. 568, comma 4, c.p.p.**). **Il pubblico ministero ha interesse a proporre impugnazione, al fine di ottenere l'esatta applicazione della legge, anche se a favore dell'imputato, ma anche in tale caso l'interesse all'impugnazione deve presentare i caratteri della concretezza e dell'attualità**⁷⁸. Tuttavia, il legislatore ha di recente limitato il potere di impugnazione del P.M. in favore dell'imputato, stabilendo che il Pubblico Ministero "propone impugnazione diretta a conseguire effetti favorevoli all'imputato solo con ricorso per cassazione" (art. 568, comma 4-bis, c.p.p.).

3.50.3. *L'effetto estensivo dell'impugnazione.*

⁷⁸ Cass., Sez. Un., 23 giugno 1993, p.m. in proc. Amato, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2807. Nell'ipotesi di assoluzione perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato sussiste l'interesse dell'imputato, ex art. 568 comma 4, ad impugnare con ricorso per cassazione la statuizione concernente l'ordine di trasmissione all'autorità amministrativa per l'applicazione delle sanzioni previste per l'illecito depenalizzato. Nel caso in cui l'autorità giudiziaria pronunzi sentenza assolutoria perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato non ha l'obbligo di rimettere gli atti all'autorità amministrativa competente a sanzionare l'illecito amministrativo allorquando la normativa depenalizzatrice non contenga norme transitorie analoghe a quelle di cui agli artt. 40 e 41 l. n. 689 del 1981, la cui operatività è limitata agli illeciti da essa depenalizzati e non riguarda gli altri casi di depenalizzazione (Cass., Sez. Un., 29 marzo 2012, C.R.A.J., in *Dir. pen. e proc.*, 2012, p. 1211). Le Sezioni Unite hanno anche affermato che l'interesse richiesto dall'art. 568, comma 4, c.p.p., quale condizione di ammissibilità di qualsiasi impugnazione, deve essere correlato agli effetti primari e diretti del provvedimento da impugnare e sussiste solo se il gravame sia idoneo a costituire attraverso l'eliminazione di un provvedimento pregiudizievole, una situazione pratica più vantaggiosa per l'impugnante rispetto a quella esistente; pertanto, qualora il pubblico ministero denunci, al fine di ottenere l'esatta applicazione della legge, la violazione di una norma di diritto formale, in tanto può ritenersi la sussistenza di un interesse concreto che renda ammissibile la doglianza, in quanto da tale violazione sia derivata una lesione dei diritti che si intendono tutelare e nel nuovo giudizio possa ipoteticamente raggiungersi un risultato non solo teoricamente corretto, ma anche praticamente favorevole (in applicazione di detto principio, la Corte ha dichiarato l'inammissibilità del gravame del pubblico ministero che, mostrando di condividere la decisione di merito con la quale il giudice del dibattimento aveva pronunciato, nel corso degli atti preliminari, sentenza di assoluzione per insussistenza del fatto, aveva tuttavia denunciato la violazione dell'art. 469 c.p.p., sostenendo che tale disposizione, la quale indica i casi di proscioglimento prima del dibattimento, non consente di pronunciare sentenze assolutorie con la formula predetta) (Cass., Sez. Un., 13 dicembre 1995, Timpani, in *Cass. pen.*, 1996, p. 788; v. pure Cass., Sez. Un., 27 settembre 1995, Serafino, in *Cass. pen.*, 1996, p. 67; Cass., Sez. Un., 16 aprile 2003, n. 21420, Monnier, CED 224184, che ritiene ammissibile la richiesta di riesame di una rogatoria diretta all'estero per richiedere l'esecuzione di un sequestro probatorio, ancora non eseguito); Cass., Sez. Un., 29 maggio 2008, Guerra, in *Cass. pen.*, 2009, p. 883; Cass., Sez. Un., 7 maggio 2008, Tchmil, n. 18253/08, che afferma che, nel caso del sequestro probatorio, poiché il giudizio di riesame e l'eventuale ricorso in cassazione sono funzionali a rimuovere le misure restrittive per le quali non sussistono i requisiti richiesti dalla legge, l'avvenuta restituzione dei beni sequestrati fa cessare l'interesse all'impugnazione). Le Sezioni Unite hanno chiarito che la parte civile è priva di interesse a proporre impugnazione avverso la sentenza di proscioglimento dell'imputato per improcedibilità dell'azione penale dovuta a difetto di querela, trattandosi di pronuncia meramente processuale priva di idoneità ad arrecare vantaggio al proponente ai fini dell'azione civilistica (Cass., Sez. Un., 21 giugno 2012, Di Marco, in *Cass. pen.*, 2013, p. 919). Le Sezioni unite hanno anche precisato che nei confronti della sentenza di primo grado che dichiara l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione, così come contro la sentenza di appello che tale decisione abbia confermato, è ammessa l'impugnazione della parte civile che lamenti l'erronea applicazione della prescrizione (Cass., Sez. un., ud. 28 marzo 2019, (dep. 3 luglio 2019), n. 28911, M.F.).

L'art. 587 c.p.p. disciplina l'effetto estensivo dell'impugnazione, che consiste nel consentire ad una parte, che non ha proposto impugnazione, di partecipare al giudizio d'impugnazione e di fruire degli eventuali effetti favorevoli derivanti dall'impugnazione proposta da un'altra parte impugnante, con la quale quella non impugnante ha un interesse identico o collegato (nel senso che non si tratta di motivi esclusivamente personali dell'impugnante). Si distingue un effetto estensivo dell'impugnazione, che permette alla parte non impugnante di partecipare al giudizio proposto da altra parte, dall'effetto estensivo della sentenza, secondo cui il giudice dell'impugnazione, nell'accogliere un motivo di carattere non personale, dispone la modifica o l'annullamento della sentenza impugnata anche nei confronti del coimputato non impugnante o che non ha partecipato al giudizio di impugnazione⁷⁹.

3.50.4. L'effetto sospensivo dell'impugnazione.

In tema di impugnazioni vige anche il principio sospensivo. Infatti, l'art. 588 c.p.p. regola la sospensione della esecuzione della sentenza fino al giudicato, in ossequio alla presunzione di innocenza di cui all'art. 27, comma 2, Cost., per cui, anche se contro un imputato libero vi è stata una condanna in primo grado o in appello, se è proposta impugnazione, si verifica l'effetto sospensivo dell'esecuzione della sentenza. L'art. 588 c.p.p. stabilisce infatti che, dal momento della pronuncia, durante i termini per impugnare e fino all'esito del giudizio di impugnazione, l'esecuzione del provvedimento impugnato è sospesa, salvo che la legge disponga altrimenti (art. 588 comma 1). Un'eccezione è prevista per le impugnazioni contro i provvedimenti in materia di libertà personale che non hanno in alcun caso effetto sospensivo (ad es. la proposizione della richiesta di riesame, l'appello o il ricorso per cassazione non sospendono l'esecuzione dell'ordinanza coercitiva) (art. 588, comma 2, c.p.p.).

3.50.5. L'effetto devolutivo dell'impugnazione.

Altro principio generale in tema di impugnazioni è il principio devolutivo (*tantum devolutum quantum appellatum*). Infatti, l'art. 597 c.p.p. circoscrive la cognizione e la decisione del giudice di appello, stabilendo che l'appello attribuisce al giudice di secondo grado la cognizione del procedimento limitatamente ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti: si tratta del principio vigente in ogni ordinamento per cui vi deve essere "corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato" (art. 597, comma 1, c.p.p.). Così come il giudice non può pronunciare su un fatto se per esso non è esercitata l'azione penale da parte del p.m. (*ne procedat iudex ex officio*), così il giudice d'appello non può pronunciare se non sui punti oggetto dell'impugnazione⁸⁰: ciò non significa che l'impugnazione sia la

⁷⁹ Le Sezioni unite hanno precisato che, nel procedimento di riesame delle misure cautelari reali, l'estensione degli effetti favorevoli della decisione si verifica a condizione che questa non sia fondata su motivi personali dell'impugnante e che il procedimento stesso sia sorto e si sia svolto in modo unitario e cumulativo (Cass., Sez. un., 29 marzo 2012, Peroni, in *CED* 252529).

⁸⁰ Le Sezioni Unite hanno affermato che i punti della decisione ai quali fa espresso riferimento l'art. 597, comma 1, c.p.p. coincidono con le parti delle sentenze relative alle statuizioni indispensabili per il giudizio su ciascun reato e segnano un passaggio obbligato per la completa definizione di ciascuna imputazione. Per un principio desumibile dall'art. 624 c.p.p., riguardante le sentenze di annullamento parziale in sede di giudizio di legittimità, ma insito nella natura e nella logica dell'appello, nella locuzione «punti della decisione cui si riferiscono i motivi proposti» vanno ricomprese non soltanto le statuizioni suscettibili di autonoma considerazione direttamente investite dai motivi d'appello, ma anche quelle ulteriori statuizioni che siano legate alle prime da un vincolo di connessione essenziale logico-giuridico (fattispecie in cui si è ritenuto ammissibile l'appello incidentale proposto dal pubblico ministero sulla qualificazione giuridica del fatto – omicidio volontario anziché preterintenzionale –

prosecuzione dell'esercizio dell'azione penale, per il semplice fatto che l'azione penale è obbligatoria, mentre l'impugnazione è discrezionale.

Anche il ricorso in cassazione "attribuisce alla Corte di cassazione la cognizione del procedimento limitatamente ai motivi proposti", ma la Corte decide altresì le questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo (ad es., nullità assolute e a regime intermedio, inutilizzabilità, incompetenza per materia ed altre) e quelle che non sarebbe stato possibile dedurre in grado d'appello (art. 609 c.p.p.).

3.50.6. Il divieto di *reformatio in peius*.

Anche il **divieto di *reformatio in peius*** è un **principio fondamentale in tema di impugnazioni** e comporta che la sentenza che si sostituisce a quella caducata non possa decidere in senso più sfavorevole all'imputato, quando questi è unico impugnante. Il principio del divieto della *reformatio in peius* è recepito in numerose convenzioni internazionali, quali la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 50), il Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 14), il Protocollo n. 7 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art.4), la Convenzione di applicazione degli Accordi di Schengen (art. 54) con riconoscimento in numerose pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea⁸¹. Il codice di procedura penale dispone che, quando appellante è il solo imputato, il giudice non può irrogare una pena più grave per specie o quantità, applicare una misura di sicurezza nuova o più grave, prosciogliere l'imputato per una causa meno favorevole di quella enunciata nella sentenza appellata né revocare benefici, salva la facoltà, all'interno dei punti della decisione devoluti con i motivi proposti, di dare al fatto una definizione giuridica più grave, purché non venga superata la competenza del giudice di primo grado. Il divieto di *reformatio in peius*, che, come detto, opera quando appella il solo imputato (per cui se vi anche appello del P.M. è invece possibile la riforma in peggio), trova la sua ragione giustificatrice nell'**intento di non disincentivare l'appello dell'imputato per timore di un peggioramento del trattamento sanzionatorio penale**, per cui il divieto si estende anche alle statuizioni civili (non è legittima, ad esempio, in presenza di appello del solo imputato e non della parte civile, la concessione di una provvisoria) (art. 597, comma 3, c.p.p.)⁸².

in seguito ad appello proposto dall'imputato sul punto concernente l'affermazione di penale responsabilità per il reato ritenuto in sentenza e la misura della pena) (Cass. Sez. un., 17 ottobre 2006, Michaeler, in *Guida dir.*, 2007, n. 19, p. 79).

⁸¹ Si tratta di una norma di diritto internazionale consuetudinaria e principio di carattere generale, che, pur non essendo sancito da una norma specifica, è considerato vigente anche nel processo civile in materia di appello, dove, chiedendo l'appellante una riforma in meglio e non in peggio della sentenza impugnata, non è consentita, in virtù del principio fondamentale della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (salvo l'accoglimento dell'appello incidentale).

⁸² Il divieto di *reformatio in peius* opera anche nel giudizio di rinvio e con riferimento alla decisione del giudice di appello se il ricorso per cassazione è stato proposto dall'imputato, essendo irrilevante, per il verificarsi di questi effetti, che la sentenza di primo grado sia stata appellata dal pubblico ministero. Non viola il divieto di *reformatio in peius* previsto dall'art. 597 c.p.p. il giudice dell'impugnazione che, quando muta la struttura del reato continuato (come avviene se la *regiudicanda* satellite diventa quella più grave o cambia la qualificazione giuridica di quest'ultima), apporta per uno dei fatti unificati dall'identità del disegno criminoso un aumento maggiore rispetto a quello ritenuto dal primo giudice, pur non irrogando una pena complessivamente maggiore (Cass., Sez. Un., 27 marzo 2014, n. 16208, C., in *Cass. pen.*, 2014, p.2833).

3.51. La ragionevole durata del processo.

L'art. 111, comma 2, Cost. prescrive che per ogni processo «La legge ne assicura la ragionevole durata», recependo il contenuto dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il quale prevede la “ragionevole durata” del processo come diritto dell'accusato: «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata [...] entro un termine ragionevole». Quindi, fa propria una disposizione che è già all'interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la quale la disegna come **diritto dell'accusato**, mentre l'art. 111 Cost. la costruisce come **carattere oggettivo del “giusto processo”** perché statuisce che sia la legge a dover assicurare la ragionevole durata del processo, senza limitare i diritti “inviolabili” della difesa⁸³.

La durata ragionevole del processo è la caratteristica del “giusto processo” che oggi è la più inattuata, tanto che ha comportato centinaia di condanne da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo⁸⁴ e veramente sproporzionata rispetto al sistema nordamericano⁸⁵.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha indicato, nella sua giurisprudenza, parametri medi di durata del processo: 3 anni per il primo grado, 2 per il secondo e 1 anno per il giudizio in cassazione.

⁸³ Ciò significa che il diritto alla ragionevole durata del processo si atteggia nella Convenzione quale un diritto soggettivo attribuito alla persona sottoposta a procedimento (e quindi rinunciabile) mentre nell'art. 111, comma 2, Cost. impone una garanzia oggettiva del processo. Il contenuto è simile però la sfumatura non è di poco conto. Nell'art. 111 Cost. non si riconosce un diritto soggettivo della persona sottoposta a procedimento a veder concluso, in ragionevole durata, il procedimento a suo carico ma si attribuisce alla legge il compito di stabilire una ragionevole durata. È una prospettiva sicuramente diversa. Apparentemente recepisce il contenuto della Convenzione ma in realtà lo si interpreta in una maniera parzialmente diversa. Ma probabilmente si tratta delle due facce della stessa medaglia, nel senso che il valore della durata ragionevole è, da una parte, diritto soggettivo della parte, dall'altra esigenza oggettiva dell'ordinamento.

⁸⁴ Secondo la Corte e.d.u. la “durata ragionevole” del processo va determinata caso per caso, secondo tre parametri di valutazione: a) la complessità del caso; b) il comportamento del ricorrente; c) il comportamento delle autorità nazionali, con particolare riferimento a quelle giudiziarie e, nel caso di negligenza di queste ultime, la Corte non esita a emettere condanne quando la durata supera, in genere i quattro anni, tanto che nel 2007 il ministro della giustizia Mastella (per l'abolizione della dicitura «grazia», v. art. 55, comma 2, d. lgs. 30 luglio 1999, n. 300) si era proposto di ridurre la durata media del processo penale italiano a 5 anni, mentre la durata media nel 2007 è stata di 7 anni: nella relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2007 il presidente della Corte di cassazione Gaetano Nicastrò ha rilevato, in riferimento al dibattito, che “la giacenza media...presso tutti gli uffici si attesta tra i 300 ed i 400 giorni, con un picco di 630 giorni per il rito collegiale presso i tribunali (termini cui vanno aggiunti quelli necessari per le indagini ed i vari provvedimenti che precedono il giudizio), e di 603 giorni per le corti d'appello; il termine è invece di 426 giorni per le corti di assise e di 242 giorni per le corti d'assise d'appello” cui si deve aggiungere la durata in media di un anno del giudizio in cassazione. Pertanto, con un calcolo molto ottimistico, posta una durata media delle indagini (tra iscrizioni, stralci e reiscrizioni) di 1 anno e mezzo + 6 mesi per l'udienza preliminare + 2 anni per il dibattimento di primo grado davanti al tribunale collegiale + 2 anni per il giudizio d'appello + 1 anno per il giudizio in cassazione = 7 anni.

⁸⁵ Il *right to a speedy trial* è riconosciuto dal VI emendamento (1791) alla Costituzione statunitense del 1787, il quale prescrive che «In ogni processo penale, l'accusato avrà il diritto ad un giudizio rapido e pubblico, da parte di una giuria imparziale dello Stato e del distretto in cui il reato è stato commesso; e avrà diritto di essere informato della natura e della causa dell'accusa; di essere messo a confronto con i testimoni a carico, di ottenere la presentazione obbligatoria dei testimoni a discarico, e di farsi assistere da un avvocato per la sua difesa». L'unica decisione della Suprema Corte Federale in proposito si è avuta in un caso in cui l'imputato aveva atteso diciannove mesi. Comunque, a livello statale, quasi dappertutto si è provveduto a stabilire che, nel caso l'imputato sia detenuto, il processo deve iniziare entro 120 giorni dalla data dell'arresto, salvo che egli stesso non chieda un rinvio o sia internato in un ospedale psichiatrico o, comunque, non abbia la capacità mentale per stare in giudizio. Se il giudizio inizia dopo il 120° giorno dall'arresto, il difensore può presentare un'istanza per dichiarare la nullità del processo ed il reato non è più punibile. Nel caso l'imputato non sia detenuto, l'inizio del processo deve avvenire, secondo la maggior parte degli Stati, entro 6 mesi, trascorsi i quali il processo può essere dichiarato nullo.

In Italia, anziché ridurre la durata delle nostre procedure, si è prevista con la l. n. 89 del 2001 (cosiddetta legge Pinto) la previa necessità di richiedere un'equa riparazione per l'eccessiva durata del processo come condizione ostativa al ricorso alla Corte europea. Tale richiesta di riparazione è considerata una via di ricorso interno da esercitare prima di adire la Corte europea, in modo da evitare l'eccessivo numero di ricorsi alla Corte di Strasburgo. Ma la Corte europea ha affermato che anche i processi italiani per indennizzo da eccessiva durata hanno anch'essi una durata eccessiva, tanto da aver ritenuto legittimo il ricorso a Strasburgo prima del previo esaurimento dei ricorsi interni (pur chiarendo la necessità di attendere il giudizio nazionale), precisando altresì che pure il processo per l'indennizzo deve avere una durata ragionevole ed aggiungendo che gli indennizzi liquidati dalle corti d'appello italiane non solo sono stati liquidati con grave ritardo, ma sono nettamente inferiori rispetto a quelli che le vittime avrebbero dovuto avere applicando correttamente le sentenze della Corte europea⁸⁶. Infatti, mentre la giurisprudenza di Strasburgo afferma che il pregiudizio derivante dall'eccessiva durata della procedura va calcolata per l'intera durata del processo, la Corte di cassazione italiana calcola l'importo dovuto solo per la parte eccedente la durata ragionevole⁸⁷. Quindi, il legislatore dovrà riformare il codice, in modo da renderlo tale da assicurare la "ragionevole durata", ragionevole durata che oggi non c'è. Oggi le indagini preliminari possono durare fino a due anni, poi si celebra il dibattimento che non ha limiti di durata (può durare anche diversi anni). Poi può esserci il grado d'appello ed infine il ricorso per cassazione. Insomma, la durata media è di circa un decennio. Un processo "giusto", secondo l'art. 111 Cost., dovrebbe, invece, avere una durata ben più contenuta. Ovviamente, non si può stabilire un'unica durata per qualsiasi processo, perché essa va calibrata alla complessità del caso, alle particolarità del singolo processo però sempre entro un limite massimo di durata. Quando si superano i dieci anni in attesa di una sentenza definitiva non si può certo affermare che la durata sia ragionevole. Ma i tempi del processo devono essere anche compatibili con le esigenze della difesa: concedere, ad esempio, il tempo alla difesa per prepararsi, concedergli il tempo per poter interrogare o controinterrogare l'accusato. Anche il processo troppo celere non avrebbe durata "ragionevole" perché sarebbe un processo che consente di raccogliere soltanto i dati dell'accusa, mentre la difesa non potrebbe interloquire e il giudice emetterebbe una pronuncia sulla base soltanto delle prove dedotte dall'accusa: in questo caso il processo sarebbe sicuramente velocissimo ma non di "durata ragionevole" perché non garantirebbe i diritti dell'imputato. Occorre quindi un necessario bilanciamento tra le esigenze dell'accusa e quelle della difesa.

3.52. L'intangibilità del giudicato.-

Una volta esaurite oppure non proposte nei termini le impugnazioni ordinarie, il provvedimento non è più impugnabile e diventa irrevocabile, per cui l'accertamento contenuto nella sentenza acquista l'autorità di "cosa giudicata" e quindi non più contestabile (art. 648 c.p.p.). Il "giudicato" o "cosa giudicata" pertanto significa che un provvedimento emesso dal giudice è divenuto non più impugnabile con le impugnazioni ordinarie. Tale connotazione del provvedimento definitivo è strumentale alla certezza dei rapporti giuridici, tanto che è invalso

⁸⁶ Corte e.d.u., sez. II, 6 aprile 2010, Falco e altri c/Italia, in *Guida dir.*, 2010, n.17, p. 103.

⁸⁷ Cass., sez. I civ. (ord. n. 6653), 18 marzo 2010. In tema di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo, ai sensi della l. 24 marzo 2001, n. 89, il percorso relativo all'accertamento del mancato rispetto di tale termine è dalla stessa legge individuato nella valutazione della complessità del caso e, in relazione a questa, del comportamento delle parti e del giudice del procedimento, nonché di ogni altra autorità chiamata a concorrervi o, comunque, a contribuire alla sua definizione. In particolare, l'equa riparazione viene accordata senza alcun riguardo all'esito del giudizio protrattosi oltre il termine ragionevole, spettando l'indennizzo anche quando la durata eccessiva abbia determinato l'estinzione del reato per prescrizione (Cass., sez. VI civ., 2-5 giugno 2014, Min. giustizia in proc. F.D. 12744).

il brocardo latino *res iudicata facit de albo nigrum* ("la cosa giudicata cambia il bianco in nero"), utilizzato per affermare il carattere definitivo di una sentenza passata in giudicato.

Il provvedimento del giudice che, in seguito ad un giudizio, proscioglie, nel merito o per ragioni processuali, oppure condanna l'imputato, quando non è più impugnabile con le impugnazioni ordinarie (appello o ricorso per cassazione) diviene "irrevocabile", cioè non può più essere revocato, in quanto o sono spirati i termini per impugnarlo o non vi sono ulteriori gradi di impugnazione. Tale provvedimento irrevocabile costituisce "giudicato", nel senso che sull'accertamento del fatto si è formata la "cosa giudicata", che non può essere più messa in discussione.

E' invece "definitivo" il provvedimento con il quale il giudice definisce il giudizio, entrando o meno nel merito, ma che non ne impedisce uno nuovo (ad es. la sentenza di non luogo a procedere diviene definitiva ma mai irrevocabile, tanto che può essere revocata e dar luogo ad un nuovo procedimento).

L'irrevocabilità del provvedimento comporta tre diversi effetti.

3.52.1. L'effetto esecutivo del giudicato.

Anzitutto all'irrevocabilità della sentenza consegue la sua esecuzione coattiva (**effetto esecutivo del giudicato**), per cui se l'imputato è stato assolto viene scarcerato e se invece è stato condannato segue l'ordine di esecuzione (art. 650 c.p.p.).

3.52.2. L'effetto vincolante del giudicato.

La "cosa giudicata" in sede penale, poiché è stata accertata senza limiti di prova, vincola il giudice civile o amministrativo (**effetto vincolante del giudicato**). Pertanto, la sentenza penale di condanna, la sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto e la sentenza penale di assoluzione hanno efficacia nel giudizio civile o amministrativo di danno (artt. 651, 651-bis e 652 c.p.p.). Tuttavia, **il legislatore privilegia la scelta del danneggiato di esercitare l'azione risarcitoria in sede civile: infatti il giudicato di condanna e quello ad esso parificato del proscioglimento per particolare tenuità del fatto fanno sempre stato a favore del danneggiato (art. 651 c.p.p.), mentre il giudicato di assoluzione opera a sfavore del danneggiato solo se questo si è costituito o è stato posto in condizione di costituirsi parte civile oppure se ha iniziato l'azione risarcitoria in modo tempestivo davanti al giudice civile ex art. 75 comma 2 (art. 652 c.p.p.)**. La sentenza penale, sia di assoluzione sia di condanna, ha efficacia anche nel giudizio disciplinare (art. 653 c.p.p.) e in altri giudizi civili o amministrativi diversi da quello di danno (art. 654 c.p.p.).

3.52.3. L'effetto preclusivo del giudicato.

Infine, al giudicato segue l'**effetto preclusivo**, per cui, al fine di porre un limite all'intervento dello Stato nella sfera individuale, **non si può procedere per lo stesso fatto nei confronti della medesima persona già giudicata (art. 649 c.p.p.)**. E' il divieto del *ne bis in idem* (letteralmente: non due volte sullo stesso fatto contro la medesima persona). Il divieto di un secondo giudizio sullo stesso fatto nei confronti della medesima persona ha radici antiche e valore universale⁸⁸.

⁸⁸ Negli ordinamenti di *common law* esiste il divieto della *double jeopardy* (letteralmente "doppio rischio") che impedisce di giudicare una persona più di una volta per lo stesso fatto e di conseguenza la sentenza di assoluzione

3.53. La finalità rieducativa della pena.-

La finalità della pena è quella rieducativa. Infatti l'art. 27, comma 3, Cost. bandisce la pena capitale e stabilisce che **“le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”**.

L'art. 655 ss. c.p.p. disciplina l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali a cura del pubblico ministero, ma il giudice dell'esecuzione (di regola quello stesso che ha emesso la sentenza in esecuzione- art. 665 c.p.p.) è il garante della sua legittimità e le parti possono proporgli **incidenti di esecuzione** nelle materie tassativamente indicate dagli artt. 667-676 c.p.p. (ad es. questioni sul titolo esecutivo) ed egli decide con un **procedimento di esecuzione (con udienza a partecipazione necessaria del difensore e del pubblico ministero)** (art. 666 c.p.p.).

L'**ordinamento penitenziario**, introdotto dalla l. 26 luglio 1975, n. 354 e succ. mod. con il suo regolamento (d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230), disciplina il **trattamento penitenziario** da assicurare ai detenuti in espiazione di pena e agli internati per misura di sicurezza.

3.54. La riparazione dell'errore giudiziario.

L'**art. 24, comma 4, Cost.** prescrive alla legge di determinare “le condizioni e i modi” per la riparazione degli errori giudiziari, cioè come porre rimedio all'errore contenuto in una sentenza di condanna irrevocabile e scoperto in esito alla sua revisione. Il codice disciplina tale riparazione dell'errore giudiziario all'art. 643 ss. c.p.p. Esso non va confuso con la riparazione per l'ingiusta detenzione, che è una forma di indennizzo che il codice prevede per chi ha subito ingiustamente una misura cautelare (artt. 314-315 c.p.p.), cioè prima della sentenza definitiva.

Il codice prevede anche talune impugnazioni contro provvedimenti irrevocabili: sono le **impugnazioni straordinarie**. Si tratta della revisione della sentenza di condanna (art. 629 ss. c.p.p.), del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto (art. 625-*bis* c.p.p.), della rescissione del giudicato (art. 629-*bis* c.p.p.) e della revoca della sentenza di non luogo a procedere (art. 434 c.p.p.).

4. L'“equo” processo secondo le convenzioni sovranazionali.

Ai diritti previsti dall'art. 111 Cost. si aggiungono quelli prescritti dalle diverse convenzioni internazionali.

La Carta dei diritti fondamentali U.E., dopo aver premesso nel titolo I la tutela della dignità, del diritto alla vita e all'integrità della persona e proibito la tortura e le pene o trattamenti inumani o degradanti e la schiavitù e il lavoro forzato, garantisce il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale (art. 47), la presunzione di innocenza e i diritti della difesa (art. 48), i principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene (art. 49) e il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato (art. 50).

di primo grado, di regola, non può essere impugnata dall'accusa. Esso infatti si ritrova anzitutto nell'ordinamento inglese. Tale divieto è stato recepito anche nel Quinto Emendamento del 1791 alla Costituzione statunitense, secondo cui «né alcuno potrà essere sottoposto due volte, per un medesimo reato, a un procedimento che comprometta la sua vita o la sua integrità fisica...». L'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali U.E. enuncia il divieto di *bis in idem* nei termini che seguono: “Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge”. Il principio del *ne bis in idem* europeo è sancito dall'art. 54 della Convenzione del 19 giugno 1990 di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985, ratificata e posta in esecuzione dall'Italia con l. 30 settembre 1993, n. 388. Anche l'art. 4 del Protocollo n. 7 C.E.D.U. prevede il *ne bis in idem*.

L'art. 6 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (C.E.D.U.) e gli artt. 14 e 15 Patto internazionale sui diritti civili e politici scolpiscono l'"equo" processo, riconoscendo all'accusato, oltre quelli già menzionati nell'art. 111 Cost., una serie di altri importanti diritti processuali.

4.1. Il principio di massima espansione delle garanzie.

La Corte costituzionale con due sentenze "gemelle" n. 311 e 317 del 2009 precisò quale sia il rapporto intercorrente tra i diritti riconosciuti nella CEDU rispetto a quelli tutelati dalla Costituzione, affermando il principio di massima espansione delle garanzie. Secondo la consulta **le norme della C.E.D.U. hanno la funzione di ampliare, quando possibile, l'area di protezione che la Costituzione assegna ai diritti fondamentali.** In altre parole, "il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali", da effettuare attraverso il ricorso all'art. 117, comma 1, Cost., si risolve nella "massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti".

4.2. La pubblicità del giudizio .

Mentre gli atti dell'indagine preliminare condotta dal p.m. con l'ausilio della polizia giudiziaria devono essere segreti per essere proficui, la fase del giudizio è per sua natura pubblica. **La pubblicità del giudizio è stata considerata dalla cultura illuministica come un elemento costitutivo del processo accusatorio,** come un fondamentale strumento di controllo sia esterno sia interno dell'attività giurisdizionale, come un argine all'arbitrio⁸⁹.

Pertanto, l'art. 6, comma 1, C.E.D.U. stabilisce che «**la sentenza deve essere resa pubblicamente**», ribadendo il carattere della **pubblicità dell'udienza**, anche se sono previste delle **deroghe** perché «**l'accesso alla sala di udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale** (quindi quando ci sono problemi di buon costume) **dell'ordine pubblico** (quando il processo potrebbe creare disordini) **o della sicurezza nazionale**» (cioè, pericolo di attentati alla sicurezza dello Stato), tutti parametri da valutare naturalmente «**in una società democratica**» (perché se fosse una dittatura, ovviamente, il dittatore direbbe che vi sono sempre problemi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico, pur di escludere la pubblicità). Quindi si tratta di deroghe che, in tanto sono legittime, in quanto sono ammissibili in una società democratica. Altre deroghe sono previste «**quando lo esigano gli interessi dei minori**» (a tutela della personalità dei minori, che è in evoluzione, è prevista quindi la deroga alla pubblicità dell'udienza) o, ancora, quando si tratta della «**protezione della vita privata delle parti in causa**» (si tratta quindi di tutelare la *privacy* delle parti private su fatti che attengono alla loro sfera più intima, per cui la legge può prevedere che il processo non si celebri pubblicamente ma avvenga senza pubblico) o infine, ultima deroga, «**nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale quando, in circostanze speciali, la pubblicità può pregiudicare gli interessi della giustizia**», con una formula di chiusura un po' generica che però consente, la deroga alla pubblicità dell'udienza

⁸⁹ Cesare Beccaria scriveva "pubblici siano i giudizi e pubbliche le prove del reato, perché l'opinione, che è forse il solo cemento della società, imponga un freno alla forza". Da parte sua Voltaire si domandava "davvero il segreto si conviene alla giustizia? Non dovrebbe essere proprio solo del crimine nascondersi?" Anche Bentham riteneva che la pubblicità "è la più efficace garanzia delle testimonianze" (delle quali assicura, grazie al controllo del pubblico, la veridicità), "fonda la fiducia pubblica" sui giudizi, rafforza l'indipendenza dei magistrati accrescendone la responsabilità sociale e neutralizzandone i vincoli gerarchici e lo spirito di corpo. E anche oggi, secondo Luigi Ferrajoli (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 2000) esiste un nesso indissolubile tra pubblicità e democrazia nel processo e la trasparenza dei giudizi rappresenta la scriminante più sicura tra culture giuridiche democratiche e culture autoritarie, ma senza confondere la pubblicità del processo con la sua risonanza o spettacolarità, accresciuta dall'ambiguo rapporto instauratosi con i *mass-media*.

per interessi di giustizia (si pensi al pericolo di inquinamento delle prove, si pensi alla spontaneità dei testimoni che potrebbero essere intimiditi dalla presenza del pubblico).

Un giudizio di tipo penalistico non potrebbe essere in ogni caso disciplinato con udienza camerale. La Corte e.d.u. ha infatti censurato il procedimento italiano di prevenzione, per il quale era prevista soltanto l'udienza in camera di consiglio, affermando che la pubblicità dell'udienza deve intendersi come presidio “contro una giustizia segreta che sfugge al controllo del pubblico” e come “uno dei mezzi per preservare la fiducia nelle corti e nei tribunali”⁹⁰.

L'art. 14 Patto internazionale sui diritti civili e politici è quello che si interessa direttamente del processo penale e ribadisce alcune garanzie già dettate dalla Convenzione europea. Si dice che tutti siamo uguali dinanzi ai tribunali e alle corti di giustizia, quindi, un **principio di uguaglianza** già presente nell'art. 3 Cost. Ma all'art. 14, comma 1, Patto internazionale si aggiunge che **ogni individuo ha «diritto ad una equa e pubblica udienza»**, prescrivendo i caratteri della pubblicità e dell'equità dell'udienza. Si prescrive anche che l'udienza si tenga **dinanzi a un «tribunale competente, indipendente e imparziale»**. L'art. 14, comma 1, specifica che **«il processo può svolgersi totalmente o parzialmente a porte chiuse** sia per motivi di moralità, di ordine pubblico o di sicurezza nazionale di una società democratica, sia quando lo esiga l'interesse della vita privata o delle parti in causa, sia, nella misura ritenuta strettamente necessaria dal tribunale, quando per circostanze particolari la pubblicità nuocerebbe agli interessi della giustizia; tuttavia, qualsiasi sentenza pronunciata in un giudizio penale o civile dovrà essere resa pubblica, salvo che l'interesse di minori esiga il contrario ovvero che il processo verta su controversie matrimoniali o sulla tutela dei figli».

Anche il codice di procedura penale italiano stabilisce la regola della **pubblicità dell'udienza (art. 471 c.p.p.) “a pena di nullità” (relativa) e solo in giustificati casi eccezionali si può procedere a porte chiuse (art. 472 c.p.p.)**.

4.3. Il diritto dell'accusato al silenzio (*nemo tenetur se detegere*).

Il **Patto internazionale sui diritti civili e politici stabilisce all'art. 14**, comma 2 lett. g), un fondamentale principio del processo accusatorio, purtroppo non presente né nella Costituzione, né nella C.E.D.U.: il **«diritto a non essere costretto a deporre contro se stesso o a confessarsi colpevole»**. È l'importante principio del *nemo tenetur se detegere*, di origine romanistica e poi accolto nei sistemi di *common law* (“*right to remain silent*”), per cui l'indagato o imputato ha “diritto al silenzio” e non è mai tenuto ad accusare se stesso, perché la prova della responsabilità deve provenire dall'accusa, la quale non deve cercare di estorcerla

⁹⁰ Corte e.d.u., sez. II, 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia (in www.echr.coe.int). Secondo la Corte, “attraverso la trasparenza che essa conferisce all'amministrazione della giustizia, essa aiuta a realizzare lo scopo dell'art. 6 §1: l'equo processo, la cui garanzia è annoverata tra i principi di ogni società democratica ai sensi della Convenzione”. La Corte e.d.u. ha quindi concluso che la procedura in camera di consiglio prevista come regola nel procedimento di prevenzione contrasta con l'“equo processo” prescritto dall'art. 6 par. 1 Conv. eur. ed ha ritenuto “essenziale che le persone soggette alla giurisdizione coinvolte in un procedimento di applicazione delle misure di prevenzione si vedano per lo meno offrire la possibilità di sollecitare una pubblica udienza dinanzi alle camere specializzate dei tribunali e delle corti d'appello”, ha censurato il procedimento italiano di prevenzione, affermando che la pubblicità dell'udienza deve intendersi come presidio “contro una giustizia segreta che sfugge al controllo del pubblico” e come “uno dei mezzi per preservare la fiducia nelle corti e nei tribunali”, per cui, secondo la Corte, “attraverso la trasparenza che essa conferisce all'amministrazione della giustizia, essa aiuta a realizzare lo scopo dell'art. 6 §1 : l'equo processo, la cui garanzia è annoverata tra i principi di ogni società democratica ai sensi della Convenzione”. La Corte e.d.u. ha quindi concluso che la procedura in camera di consiglio contrasta con l'“equo processo” prescritto dall'art. 6 par. 1 Conv. eur. ed ha ritenuto “essenziale che le persone soggette alla giurisdizione coinvolte in un procedimento di applicazione delle misure di prevenzione si vedano per lo meno offrire la possibilità di sollecitare una pubblica udienza dinanzi alle camere specializzate dei tribunali e delle corti d'appello”. Anche successivamente la Corte e.d.u. ha sempre ribadito tale principio.

dalle labbra dell'inquisito, perché con questo sistema si tornerebbe alla tortura. Anche il codice di procedura (art. 64 c.p.p.) riconosce il diritto al silenzio e l'indagato o imputato deve essere previamente avvertito di questo suo diritto.

PARTE II LE GARANZIE PER LA MAGISTRATURA

1. La riserva assoluta di legge a tutela della magistratura.

L'art. 108, comma 1, Cost. stabilisce che «**le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni magistratura sono stabilite con legge**». La disposizione deve essere letta in coordinamento con l'art. 25, comma 1, Cost. che impone che il giudice deve essere «**precostituito per legge**».

In questo modo il costituente, a tutela della magistratura, ha voluto riservare alla legge, e quindi all'espressione della volontà popolare, la disciplina sia dell'ordinamento giudiziario, sia della magistratura.

Tuttavia, sono disciplinati dallo stesso ordinamento giudiziario sia i giudici (giudice di pace, tribunale, monocratico e collegiale, Corte d'appello e Corte di cassazione, mentre la Corte di assise e d'assise d'appello sono disciplinate dalla legge 10 aprile 1951, n. 287), **sia i pubblici ministeri presso di essi** (procuratore della Repubblica presso il tribunale, procuratore generale presso la Corte d'appello e procuratore generale presso la Corte di cassazione).

Giudice e pubblico ministero hanno quindi una **carriera unica**: infatti non è stata mai attuata in Italia una separazione delle carriere di giudice e di pubblico ministero.

2. Le diverse “funzioni” (non “gradi”) dei magistrati.

L'art. 107, comma 3, Cost., per evitare rapporti di tipo gerarchico tra magistrati (si suole dire che **non esistono magistrati di “grado” diverso**) – e quindi **al fine di salvaguardarne l'autonomia** – stabilisce che «**I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni**», non di grado.

Si tratta di una forma di attuazione dell'indipendenza interna, che attribuendo funzioni (e non gradi) diverse ai magistrati, evita che la decisione del giudice possa essere vincolata da quella di altri giudici.

L'indipendenza “interna” non è, invece, pregiudicata dall'esistenza di diversi gradi di giurisdizione, rispondenti alla necessaria logica processuale, per cui il giudice d'appello o di cassazione potrebbe annullare la decisione impugnata, né è pregiudicata dall'obbligo del giudice di rinvio di uniformarsi al “principio di diritto” pronunciato dalla Corte di cassazione che ha annullato la sentenza, trattandosi di funzioni distinte e non di gradi.

3. L'indipendenza “esterna” della magistratura.

L'indipendenza del magistrato è garantita contro influenze sia interne che esterne alla magistratura, ma è sempre una garanzia posta a tutela della collettività e non è certo un privilegio del singolo magistrato.

L'art. 104 Cost., precisando che «**la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere**», garantisce la cosiddetta “**indipendenza esterna**” del magistrato rispetto al potere esecutivo ed a quello legislativo⁹¹.

⁹¹ In tema di indipendenza del magistrato sono sempre attuali le parole di Piero CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, 1935, cap. XIV: che scriveva come “Ciò che può costituire un pericolo per i magistrati non è la corruzione.....E neanche son da considerarsi minacce molto gravi per la indipendenza dei

Si tratta della conseguenza del principio della separazione dei poteri, connotato essenziale di uno Stato di diritto; un'importante garanzia che tutela il magistrato, quindi sia il giudice sia il pubblico ministero, e che lo tiene indenne, nell'esercizio delle sue funzioni, giudicanti o requirenti, da qualsiasi pressione o influenza esterna.

La storia – e purtroppo anche la cronaca di alcune vicende giudiziarie di qualche Paese – dimostra, infatti, che spesso soprattutto il potere esecutivo ha usato o blandito o minacciato la magistratura per acquisire o conservare il proprio potere politico, inscenando processi apparentemente regolari, ma in realtà gestiti dal potere esecutivo.

4. I compiti “non invasivi” del Ministro della Giustizia

A differenza di quanto storicamente accaduto in passato (quando la magistratura era asservita al potere esecutivo), **l'indipendenza “esterna” del magistrato impedisce che il ministro della giustizia possa intromettersi nell'amministrazione della giustizia**, se non per garantire l'organizzazione e il funzionamento dei servizi necessari al funzionamento della giustizia (strutture materiali, arredi, fondi per cancelleria e pubblicazioni giuridiche, fondi per stipendi di magistrati e cancellieri).

L'**art. 110 Cost.**, infatti, stabilisce che «**Ferme le competenze del Consiglio superiore della magistratura, spettano al ministro della giustizia l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia**». Pertanto il ministro della giustizia deve solo provvedere a rendere materialmente efficiente il “servizio giustizia”, senza poter intromettersi nell'amministrazione della giustizia.

Il ministro della giustizia ha poteri di **sorveglianza e ispezione** e a tal fine dispone di un ispettorato generale, incaricato di ispezioni periodiche o straordinarie negli uffici giudiziari.

In attuazione dell'art. 110 Cost., la l. 12 agosto 1962, n. 1311, consente al ministro della giustizia di ordinare **ispezioni ministeriali (ordinarie triennali, straordinarie, mirate o amministrative)** in tutti gli uffici giudiziari al fine di verificare eventuali irregolarità e lacune nei servizi giudiziari o di segnalare al ministro (o al C.S.M., se questi ne ha richiesto l'intervento) eventuali illeciti disciplinari, per i quali il ministro è legittimato ad esercitare l'azione disciplinare davanti al C.S.M. Le ispezioni non possono mai interferire con l'attività giudiziaria o giurisdizionale, ma limitarsi a controllare il regolare svolgimento dei servizi.

Egli può chiedere ai capi delle Corti informazioni circa il funzionamento della giustizia e inviare loro le comunicazioni che ritiene opportune (art. 14 l. n. 195/1958), così come riceve dai Consigli giudiziari la segnalazione delle disfunzioni da essi ravvisate nell'andamento degli

magistrati le inframmettenze politiche: sono frequenti, ma non irresistibili (...) Il vero pericolo non viene dal di fuori: è un lento esaurimento interno delle coscienze, che le rende acquiescenti e rassegnate: una crescente pigrizia morale, che sempre più preferisce alla soluzione giusta quella accomodante, perché non turba il quieto vivere e perché la intransigenza costa troppa fatica. Nella mia lunga carriera non mi sono mai incontrato a faccia a faccia con giudici corruttibili, ma ho conosciuto non di rado giudici indolenti, disattenti, svogliati: pronti a fermarsi alla superficie, pur di sfuggire al duro lavoro di scavo, che deve affrontare chi vuole scoprire la verità. La pigrizia porta ad adagiarsi nell'abitudine, che vuol dire intorpidimento della curiosità critica e sclerosi della umana sensibilità: al posto della pungente pietà che obbliga lo spirito a vegliare in permanenza, subentra cogli anni la comoda indifferenza del burocrate, che gli consente di vivere dolcemente in dormiveglia”. Più recentemente osserva Luigi Ferrajoli, nei suoi *Principia iuris*, 2007, che “Ogni giudice, nella sua lunga carriera, incontra migliaia di cittadini: come imputati, come parti offese, come testimoni, come attori o convenuti. Naturalmente non ricorderà quasi nessuna di queste persone. Ma ciascuna di queste migliaia, di questi milioni di persone, indipendentemente dal fatto che abbia avuto torto o ragione, ricorderà e giudicherà il suo giudice, ne valuterà l'equilibrio o l'arroganza, il rispetto oppure il disprezzo per la persona, la capacità di ascoltare le sue ragioni oppure l'ottusità burocratica, l'imparzialità o il pregiudizio. Ricorderà, soprattutto, se quel giudice gli ha fatto paura o gli ha suscitato fiducia. Solo in questo secondo caso ne avvertirà e ne difenderà l'indipendenza come una sua garanzia, cioè come una garanzia dei suoi diritti di cittadino. Altrimenti - possiamo esserne certi - egli avvertirà quell'indipendenza come il privilegio di una casta, di un potere odioso e terribile”.

uffici giudiziari (art. 15 d.lgs.27 gennaio 2006, n. 25). Al fine dell'eventuale esercizio dell'azione disciplinare nei confronti dei magistrati, esercita "l'alta sorveglianza su tutti gli uffici giudiziari, su tutti i giudici e su tutti i magistrati del pubblico ministero" (art. 13 r. d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511) e inoltre "per l'esercizio dell'azione disciplinare, per l'organizzazione del funzionamento dei servizi relativi alla giustizia, nonché per l'esercizio di ogni altra attribuzione riservatagli dalla legge, il ministro esercita la sorveglianza su tutti gli uffici giudiziari" (art. 56 d.P.R. 16 settembre 1958, n. 916).

Il Guardasigilli pronuncia annualmente dinanzi ai due rami del Parlamento la relazione sull'amministrazione della giustizia.

L'**art. 107 Cost.** precisa che il ministro della giustizia ha la «**facoltà di promuovere l'azione disciplinare**». **Si tratta di un potere discrezionale affidato al ministro**, mentre un **obbligo di esercitare l'azione disciplinare è attribuito al procuratore generale presso la Corte di cassazione**.

Oltre ad avere il compito di assicurare le strutture materiali necessarie al funzionamento della giustizia, il Guardasigilli ha altresì una competenza relativa "**sia all'organizzazione degli uffici** nella loro efficienza numerica, con l'assegnazione dei magistrati in base alle piante organiche, **sia al funzionamento dei medesimi** in relazione all'attività ed al comportamento dei magistrati che vi sono addetti" (Corte cost.12 dicembre 1963, n. 168).

La Corte costituzionale ha affermato che, oltre al presidente del Consiglio dei ministri, il ministro della giustizia è l'unico ministro della Repubblica legittimato a sollevare **conflitto di attribuzioni** con gli altri poteri dello Stato, a norma dell'art. 134 Cost.⁹².

Il ministro della giustizia **interviene alle sedute del C.S.M.** quando ne è richiesto dal presidente della Repubblica o ritiene opportuno fare comunicazioni o dare chiarimenti, ma **non può assistere alle deliberazioni del Consiglio** (art. 16 l. 24 marzo 1958, n. 195), mentre sul conferimento degli incarichi direttivi deve trovare il concerto con il C.S.M. (art 11 l. n. 195/1958). Il guardasigilli può formulare al Consiglio richieste e osservazioni sulle assunzioni, assegnazioni e trasferimenti, promozioni e provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati, nonché osservazioni sul funzionamento della giustizia, ricevendo dallo stesso Consiglio proposte sulla modifica delle circoscrizioni giudiziarie e su tutte le materie concernenti l'organizzazione ed il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia e pareri sui disegni di legge concernenti l'ordinamento giudiziario, l'amministrazione della giustizia e ogni altro oggetto comunque concernente tali materie (art. 10 l. n. 195/1958). Il ministro della giustizia controfirma i decreti del presidente della Repubblica che formalizzano le deliberazioni del C.S.M. e, nei casi previsti dalla legge, le formalizza con un proprio decreto (art. 17 l. n. 195/1958). La Corte costituzionale ha, in diverse occasioni, auspicato un rapporto di leale collaborazione tra C.S.M. e Guardasigilli.

Il ministro della giustizia, anche in assenza di domanda o proposta, può assumere l'iniziativa di domandare la grazia per i condannati (art. 681 c.p. p.), a prescindere dal consenso dell'interessato.

È prevista una fase istruttoria non giurisdizionale di acquisizione di elementi di giudizio strumentale alla decisione. Pertanto, se il condannato è detenuto o internato, la domanda può essere presentata al magistrato di sorveglianza, il quale acquisiti tutti gli elementi di giudizio utili e le «osservazioni» del procuratore generale presso la corte d'appello del distretto ove ha sede il giudice dell'esecuzione, la trasmette al ministro con il proprio «parere motivato». Se invece il condannato non è detenuto né internato, la domanda può essere presentata allo stesso procuratore generale, il quale, acquisite le opportune «informazioni», la trasmette con le proprie «osservazioni» al ministro per l'eventuale proposta. Si ritiene che anche il ministro della giustizia possa compiere o far compiere eventuali altri accertamenti, come pure l'interessato

⁹² Corte cost. (ord.) 2-10 ottobre 1979, n. 123.

può produrre documentazione a sostegno dell'istanza. Il problema dei rapporti tra Presidente della Repubblica e Guardasigilli controfirmante è rimasto aperto per decenni dall'entrata in vigore della Costituzione, essendo il decreto di grazia da taluni ritenuto sostanzialmente ministeriale, da altri invece di natura presidenziale e da altri ancora qualificato atto a partecipazione uguale.

Attualmente la decisione sulla grazia non è più riconducibile al potere di indirizzo politico del Governo⁹³, ma piuttosto ad un arcaico residuo del potere del sovrano. Al ministro della giustizia la Costituzione assegna dunque soltanto il compito dell'istruzione del provvedimento, quindi un ruolo servente rispetto al Presidente della Repubblica, al termine della quale invia al Capo dello Stato una proposta, favorevole o sfavorevole, alla concessione. La controfirma del ministro al provvedimento di clemenza è considerato un atto dovuto perché il ministro non ha alcuna responsabilità di merito.

Il ministro della giustizia decide se concedere l'autorizzazione a procedere o avanzare richiesta di procedimento per una nutrita serie di reati (previsti, ad esempio, dall'art. 313 c.p.).

5. Il giudice “soggetto soltanto alla legge”.

Il principio per cui il giudice è soggetto soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.) è posto contro il pericolo che la magistratura abusi del proprio potere ricorrendo a interpretazioni “creative” che tradiscono il significato della legge stessa e quindi invadendo il campo del legislatore (trasformandosi così in “giudice-legislatore”) ma senza alcuna legittimazione popolare.

6. L’ “inamovibilità” del magistrato.

L'art. 107 Cost. detta la fondamentale **garanzia dell'inamovibilità del magistrato**; così prescrive: «**i magistrati sono inamovibili**. Non possono essere dispensati o sospesi dal servizio né destinati ad altre sedi o funzioni se non in seguito a decisione del Consiglio superiore della magistratura, adottata o per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario o con il loro consenso».

La garanzia dell'inamovibilità è posta a tutela dell'autonomia e dell'indipendenza del magistrato, che altrimenti potrebbe essere spostato di sede (anche promuovendolo: *promoveatur ut amoveatur*) e, per l'effetto, spogliato del processo.

7. L’ “incompatibilità ambientale” del magistrato.

L'art. 2, comma 2, r. d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511, consente il **trasferimento d'ufficio, da parte del C.S.M., del magistrato per incompatibilità ambientale**.

I limiti a tale potere di trasferimento d'ufficio sono stati individuati dal Consiglio di Stato con un'importante pronuncia, che ha chiarito che il trasferimento può essere disposto dal C.S.M. solo ove si accertino **situazioni oggettive di impossibilità di esercitare le funzioni**

⁹³ A lungo si è ritenuto che, poiché a norma dell'art. 89 Cost. «nessun atto del Presidente della Repubblica è valido se non è controfirmato dai ministri proponenti, che ne assumono la responsabilità», ove mancasse la proposta del ministro, la sottoscrizione di un atto di grazia ad opera del Capo dello Stato sarebbe stata inefficace perché, non conseguendo ad una previa proposta del ministro, non avrebbe contenuto l'assunzione di alcuna responsabilità politica da parte di quest'ultimo. La prassi da oltre cinquant'anni era nel senso che il Guardasigilli inviava al Presidente della Repubblica solo le domande per le quali esprimeva parere favorevole, archiviando le altre. Nel 2005 il Presidente Ciampi assunse l'iniziativa di sollecitare il ministro della giustizia Castelli ad istruire la pratica del condannato Ovidio Bompreschi, innovando quindi rispetto ad un'inveterata contraria prassi. Successivamente lo stesso Presidente della Repubblica sollevò conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, che la Corte costituzionale ha risolto stabilendo che non spetta al ministro della giustizia di impedire la prosecuzione del procedimento volto all'adozione della determinazione del Presidente della Repubblica relativa alla concessione della grazia (Corte cost. 18 maggio 2006, n. 200).

giudiziarie con piena indipendenza e imparzialità, se del caso anche riconducibili a condotte del magistrato interessato, ma comunque al di fuori di ogni giudizio di riprovevolezza di esse. Si deve comunque **escludere un potere generale del C.S.M. di trasferimento coattivo dei magistrati per qualsiasi condotta scorretta non rientrante nelle fattispecie di illecito disciplinare**⁹⁴.

8. L'accesso e il ruolo della magistratura.

L'art. 106 Cost. stabilisce che «**le nomine dei magistrati hanno luogo per concorso. La legge sull'ordinamento giudiziario può ammettere la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli. Su designazione del Consiglio superiore della magistratura possono essere chiamati all'ufficio di consiglieri di cassazione, per meriti insigni, professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati che abbiano quindici anni d'esercizio e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori**».

La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario voluta dal ministro Castelli nel 2006 (e attuata con diversi decreti legislativi), venne sostituita, dopo appena un anno, dalla legge di riforma proposta dal ministro della giustizia Mastella. Anche secondo la **riforma dell'ordinamento giudiziario, proposta dal ministro Mastella (l. 30 luglio 2007, n. 111)**, per entrare in magistratura i candidati devono sostenere un **concorso unico per giudici e pubblici ministeri**.

Il concorso in magistratura è un “**concorso di secondo grado**”, nel senso che non è possibile accedervi immediatamente in seguito al conseguimento della laurea in giurisprudenza, essendo invece necessario il possesso di ulteriori qualificazioni; per sostenere il concorso, infatti, oltre al requisito della laurea occorre:

- essere titolari di un **rapporto di dipendenza** con lo Stato, la pubblica amministrazione, gli enti pubblici a carattere nazionale o gli enti locali, oppure
- **essere appartenenti al personale universitario di ruolo docente di materie giuridiche**, oppure
- essere **avvocati** non incorsi in sanzioni disciplinari (è sufficiente il conseguimento della sola abilitazione all'esercizio della professione forense e non il requisito dell'iscrizione all'albo degli avvocati, come ha affermato Corte cost. 6 ottobre 2010, n. 296), oppure
- essere **magistrati onorari per almeno sei anni** senza demerito, senza revoca e senza sanzioni disciplinari, oppure ancora
- essere laureati in giurisprudenza al termine di un corso universitario di durata non inferiore a quattro anni, salvo che non si tratti di seconda laurea, che abbiano conseguito o il dottorato di ricerca in materie giuridiche o il diploma di specializzazione in una disciplina giuridica al termine di un corso di studi di durata non inferiore a due anni presso le scuole di specializzazione di cui al d.P.R. n. 162 del 1982 o il diploma rilasciato dalle scuole di specializzazione per le professioni legali previste dall'art. 16 d.lgs. 17 novembre 1997, n. 398 (le cosiddette “scuole Bassanini”), al termine di un corso attualmente di due anni ma teoricamente destinato a divenire annuale:
- aver completato, con esito positivo, un tirocinio teorico-pratico della durata di 18 mesi di affiancamento ad un magistrato formatore (*ex art. 73, commi 1 e 12, d.l. 24 giugno 2013, n. 69, conv. dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, e succ. mod.*)⁹⁵.

⁹⁴ Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio-13 giugno 2011, n. 3587, Min. giustizia contro Forleo, in *Guida dir.*, 2011, n. 28, p. 84.

⁹⁵ Secondo l'art. 73, comma 1, cit. «I laureati in giurisprudenza all'esito di un corso di durata almeno quadriennale, in possesso dei requisiti di onorabilità di cui all'articolo 42-ter, secondo comma, lettera g), del regio decreto 30

È stato abolito qualsiasi limite d'età, ma dopo tre tentativi non si è può ammessi al concorso. Eliminata anche la preselezione informatica (giornalisticamente indicata "a quiz"), è stato pure cassato dalla riforma Mastella il test psicologico-attitudinale, che era stato introdotto dalla precedente riforma Castelli.

Superate le prove scritte e quelle orali, il candidato è ammesso, come **magistrato ordinario in tirocinio (M.O.T.)**, ad un tirocinio della durata di **diciotto mesi** (sei dei quali presso la Scuola Superiore per la magistratura e dodici presso uffici giudiziari: art. 18 d.lgs. 30 gennaio 2006, n. 26).

Terminato il tirocinio, il magistrato è ammesso ad esercitare le sue funzioni, come giudice oppure come pubblico ministero.

La **carriera di giudice e di pubblico ministero è unica**: sono stati aboliti i concorsi di avanzamento di carriera previsti dalla precedente riforma Castelli, per cui, per avanzare in carriera, i magistrati sono sottoposti a **valutazioni quadriennali della professionalità** affidate al C.S.M.

Tali valutazioni, basate sui giudizi espressi dai consigli giudiziari e dal C.S.M., sono relative a **capacità, laboriosità, diligenza e impegno** e si ripetono per **sette volte** nella carriera del magistrato. Il giudizio negativo incide sullo stipendio e dopo un secondo giudizio negativo il magistrato viene dispensato dal servizio.

Come già detto, **non esiste una separazione delle carriere di giudice e di pubblico ministero**, ma una più elastica separazione delle funzioni, per cui i magistrati possono **transitare dalla funzione giudicante a quella requirente e viceversa per non più di quattro volte nell'arco dell'intera carriera**, ma il passaggio può essere disposto a seguito di **procedura concorsuale** ed è subordinato a **tre condizioni**:

- aver svolto per almeno cinque anni di servizio continuativo nella funzione di provenienza;
- aver superato un giudizio di idoneità alle diverse funzioni, espresso dal C.S.M., previo parere del consiglio giudiziario;
- aver partecipato a un corso di qualificazione professionale.

Esistono, inoltre, limiti territoriali; il passaggio di funzioni, infatti, non è possibile:

- all'interno del medesimo distretto di Corte d'appello;
- all'interno di altro distretto sito nella stessa regione (le nuove funzioni possono perciò essere esercitate in una regione diversa da quella in cui il magistrato esercitava le proprie funzioni);
- in relazione al capoluogo del distretto di Corte d'appello competente per i procedimenti riguardanti i magistrati *ex art. 11 c.p.p.* in relazione al distretto nel quale il magistrato presta servizio all'atto del mutamento di funzioni.

I limiti territoriali in questione, peraltro, non operano qualora:

gennaio 1941, n. 12, che abbiano riportato una media di almeno 27/30 negli esami di diritto costituzionale, diritto privato, diritto processuale civile, diritto commerciale, diritto penale, diritto processuale penale, diritto del lavoro e diritto amministrativo, ovvero un punteggio di laurea non inferiore a 105/110 e che non abbiano compiuto i trenta anni di età, possono accedere, a domanda e per una sola volta, a un periodo di formazione teorico-pratica presso la Corte di Cassazione, le Corti di appello, i Tribunali ordinari, la Procura generale presso la Corte di cassazione, gli uffici requirenti di primo e secondo grado, gli uffici e i tribunali di sorveglianza e i tribunali per i minorenni della durata complessiva di diciotto mesi. I laureati, con i medesimi requisiti, possono accedere a un periodo di formazione teorico-pratica, della stessa durata, anche presso il Consiglio di Stato, sia nelle sezioni giurisdizionali che consultive, e i Tribunali Amministrativi Regionali. La Regione Siciliana e le provincie autonome di Trento e di Bolzano, nell'ambito della propria autonomia statutaria e delle norme di attuazione, attuano l'istituto dello stage formativo e disciplinano le sue modalità di svolgimento presso il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana e presso il Tribunale Regionale di Giustizia amministrativa di Trento e la sezione autonoma di Bolzano».

- da un lato, il magistrato che ha chiesto il passaggio alle funzioni requirenti, abbia svolto negli ultimi cinque anni esclusivamente funzioni civili o del lavoro;
- d’altro lato, il magistrato che svolgeva funzioni requirenti, abbia chiesto il passaggio alle funzioni giudicanti civili o del lavoro in un ufficio giudiziario diviso in sezioni in una sezione che tratti esclusivamente affari civili o del lavoro.

Infine, con la “riforma Mastella” la **durata degli incarichi direttivi e semi-direttivi non può superare i quattro anni, rinnovabili una sola volta.**

È stata, inoltre, istituita la **Scuola superiore della magistratura (S.S.M.)**, che ha tre sedi da individuarsi con decreto del ministro della giustizia di concerto con quello dell’economia e delle finanze (attualmente risulta attiva unicamente la sede nel comprensorio di Firenze presso la Villa di Castel Pulci in Scandicci). È altresì in essere la sede amministrativa in Roma., **la quale si occupa dell’aggiornamento e della formazione permanente dei magistrati**, i quali devono frequentare almeno un corso ogni quattro anni (del comitato direttivo fanno parte sette magistrati, tre professori universitari e due avvocati, nominati per metà dal ministro della giustizia e per l’altra metà dal C.S.M.).

9. Il collocamento fuori ruolo del magistrato.

La normativa in materia di **collocamento fuori del ruolo organico** dei magistrati è disciplinata nell’ordinamento giudiziario in modo disorganico ed essenzialmente dagli **artt. 196 e 210 ord. giud.**

L’art. 196 consente una destinazione dei magistrati ad esercitare **funzioni amministrative** presso il Ministero della giustizia, con conseguente collocamento fuori ruolo durante tale esercizio.

L’art. 210 prevede invece un collocamento fuori ruolo dei magistrati ai quali vengono conferiti «**incarichi non previsti da leggi o da regolamenti**»; si tratta dei cosiddetti “incarichi speciali”, conferiti dal ministro della giustizia o da altre istituzioni. Il numero complessivo di tali incarichi è stabilito in sei.

È il C.S.M. che autorizza il collocamento fuori ruolo, ove non sussistano gravi esigenze di servizio⁹⁶.

⁹⁶ Il C.S.M. ha emesso diverse circolari per integrare la lacunosa disciplina legislativa; in particolare, la **circ. 27 aprile 1994, n.7365**, ha dettato per la prima volta una regolamentazione organica. Con specifico riferimento alla durata dell’incarico fuori ruolo, è stabilito che **non può eccedere i cinque anni**, eventualmente **prorogabili di altri cinque**, ma soltanto dopo che il magistrato è tornato in servizio. Tali limiti, peraltro, non si applicano per le funzioni svolte presso la presidenza della Repubblica, la Corte costituzionale, il C.S.M., limitatamente agli incarichi di Segretario generale e di vice-Segretario generale, nonché presso gli organismi internazionali.

Nel corso degli anni la materia dei magistrati cosiddetti “fuori ruolo”, ossia delle toghe sottratte al loro ruolo naturale per essere inserite nei gangli dell’alta amministrazione e nei gabinetti ministeriali, è stata oggetto di **ripetuti interventi legislativi** che hanno determinato, allo stato, una sostanziale incontrollabilità di un fenomeno che ha raggiunto dimensioni preoccupanti a scapito, anzitutto, anche se non solo, dell’efficienza della giustizia (tra l’altro, il magistrato fuori ruolo percepisce due stipendi). Basti pensare che con l’attuale sistema **i magistrati fuori ruolo sono oltre 260**: si tratta di un numero elevatissimo di magistrati (quasi un intero concorso), di una straordinaria risorsa sottratta all’esercizio delle funzioni giurisdizionali in una situazione in cui l’organico complessivo della magistratura appare, già di per sé, largamente deficitario.

Lo stesso Consiglio Superiore della Magistratura è intervenuto sulla materia con la **circolare n. P-2766 dell’8 febbraio 2008** sostenendo che occorre porre un argine al numero eccessivo di richieste di destinazione di magistrati a funzioni extragiudiziarie, anche perché all’interno della magistratura si stanno ormai cristallizzando delle vere e proprie “**carriere parallele**” che per la contiguità con la politica recano un evidente “**appannamento dell’immagine della terzietà dell’ordine giudiziario**”. Ed invero **all’interno del solo Ministero della giustizia circa il 20 per cento dei posti di maggior rilievo**, ossia quelli di diretta collaborazione con il Ministro, sono in larga parte occupati da **magistrati fuori ruolo**, il che finisce inevitabilmente per incidere direttamente sul delicato equilibrio tra potere esecutivo da una parte, e ordine giudiziario dall’altra.

L’**art. 1, comma 66, l. 6 novembre 2012, n. 190** (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della

10. Il divieto di arbitrato.

L'art. 1, comma 18, l. 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione) **vieta ai magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, agli avvocati e procuratori dello Stato e ai componenti delle commissioni tributarie**, a pena della **decadenza** agli incarichi e la **nullità** degli atti compiuti, **la partecipazione a collegi arbitrali o l'assunzione di incarico di arbitro unico**.

11. La magistratura onoraria.

L'art. 106, comma 2, Cost. stabilisce che «**la legge sull'ordinamento giudiziario può ammettere la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli**».

Anche ai magistrati onorari, che possono accedere alla magistratura anche per via elettiva, deve essere garantita l'indipendenza, come a tutti gli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia, a norma dell'art. 108, comma 2, Cost.

L'ordinamento giudiziario prevede **due tipi di magistrati onorari, preposti senza concorso alle funzioni di giudice singolo**: sono i **giudici onorari di tribunale** ed i **giudici di pace**; ad essi si aggiungono, con funzione di pubblico ministero, i vice-procuratori onorari. Rientrano, però, tra i giudici onorari anche i **giudici popolari** e **gli esperti del tribunale di sorveglianza** e del **tribunale dei minorenni**.

I giudici onorari di tribunale (artt. 42-*bis* - 43-*bis* ord. giud.) sono nominati per un **triennio (rinnovabile)** dal Consiglio superiore della magistratura, a richiesta di cittadini italiani, da una graduatoria di aspiranti redatta in ogni distretto di Corte d'appello dal consiglio giudiziario integrato, che formula un giudizio motivato. I giudici onorari di tribunale svolgono le loro funzioni «in posizione di assoluta indipendenza ed autonomia, nel rispetto dell'imparzialità e del ruolo di terzietà richiesto dalla funzione giurisdizionale» (art. 10, comma 1, d. m. 26 settembre 2007).

I giudici di pace sono ammessi dal Consiglio superiore della magistratura, a domanda di cittadini italiani, ad un **tirocinio di sei mesi** sotto la direzione di un magistrato ordinario, che redige una relazione sul tirocinio compiuto. Sulla base di tale relazione e dei risultati della partecipazione a corsi di qualificazione, il consiglio giudiziario integrato esprime un **giudizio di idoneità** e propone al Consiglio superiore della magistratura una graduatoria degli idonei. Il C.S.M. delibera la graduatoria e il ministro della giustizia nomina i giudici di pace per un quadriennio, rinnovabile sino a due volte (l. 21 novembre 1991, n. 374).

I vice-procuratori onorari sono magistrati onorari che esercitano le funzioni di pubblico ministero. Essi sono soggetti alla stessa disciplina dettata dagli artt. 42-*ter* - 42-*sexies* ord. giud. per i giudici onorari di tribunale relativamente ai requisiti, alle incompatibilità, ai titoli di preferenza, alle modalità di nomina e a doveri e responsabilità disciplinari (art. 71 ord. giud.). Nei procedimenti davanti al tribunale monocratico i vice procuratori onorari, su delega nominativa del procuratore della Repubblica, possono richiedere l'emissione del decreto penale

corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione) prescrive che tutti gli incarichi presso istituzioni, organi ed enti pubblici, nazionali e internazionali attribuiti in posizioni apicali o semi-apicali, compresi quelli di titolarità dell'ufficio di gabinetto, a magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, avvocati e procuratori dello Stato, devono essere svolti con **contestuale collocamento in posizione di fuori ruolo che deve permanere per tutta la durata dell'incarico**.

L'art. 1, comma 67, l. 6 novembre 2012, n. 190, delegò il Governo ad adottare un decreto legislativo per l'individuazione di ulteriori incarichi, anche negli uffici di diretta collaborazione che, in aggiunta a quelli di cui al comma 66, comportano l'obbligatorio collocamento in posizione di fuori ruolo, ma **la delega è scaduta** senza essere attuata ed il problema dei magistrati fuori ruolo non è ancora stato risolto.

di condanna, esercitare le funzioni di pubblico ministero in dibattimento, nei procedimenti di esecuzione di cui all'art. 655, comma 2, c.p.p., nei procedimenti di opposizione al decreto del pubblico ministero che ha liquidato i compensi ai periti, ai consulenti tecnici e ai traduttori e, dopo almeno sei mesi di servizio, esercitare le funzioni di pubblico ministero nei procedimenti in camera di consiglio di cui all'art. 127 c.p.p. e nell'udienza di convalida dell'arresto se si procede a giudizio direttissimo (art. 71 ss. ord. giud.).

La l. 28 aprile 2016, n. 57, Delega al Governo per la riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, delegò il Governo ad adottare nuove disposizioni in materia.

Il **d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116** (Riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, nonché disciplina transitoria relativa ai magistrati onorari in servizio, a norma della legge 28 aprile 2016, n. 57) ha dato attuazione alla delega, prevedendo, tra l'altro, la figura del «giudice onorario di pace» (G.O.P.), che è «il magistrato onorario addetto all'ufficio del giudice di pace, al quale sono assegnati i compiti e le funzioni di cui all'articolo 9» e quella del «vice procuratore onorario» (V.P.O.), che è «il magistrato onorario addetto all'ufficio di collaborazione del procuratore della Repubblica istituito ai sensi dell'articolo 2. Al vice procuratore onorario sono assegnati i compiti e le funzioni di cui all'articolo 16»⁹⁷.

12. La “geografia giudiziaria”

Attualmente la “geografia giudiziaria” in Italia consta di **26 distretti di Corte d'appello** (presso ogni Corte d'appello vi è un ufficio del P.M., chiamato **Procura generale**): Ancona, Bari, Bologna, Brescia, Cagliari (con una sezione distaccata a Sassari), Caltanissetta, Campobasso, Catania, Catanzaro, Firenze, Genova, L'Aquila, Lecce (con sezione distaccata a Taranto), Messina, Milano, Napoli, Palermo, Perugia, Potenza, Reggio Calabria, Roma, Salerno, Torino, Trento (con sede distaccata a Bolzano), Trieste e Venezia.

Dopo una profonda revisione delle circoscrizioni giudiziarie imposta dalla legge-delega 14 settembre 2011, n. 148, attuata con il d.lgs. 7 settembre 2012, n. 155 (Nuova organizzazione dei tribunali ordinari e degli uffici del pubblico ministero) e il d.lgs. 7 settembre 2012, n. 156 (Revisione delle circoscrizioni giudiziarie - Uffici del giudice di pace), sono stati **soppressi 30 Tribunali** considerati di minore importanza, **220 sezioni distaccate di tribunale** e 667 uffici del giudice di pace, ma il decreto 7 marzo 2014 del ministero della Giustizia consente che 285 uffici giudiziari del giudice di pace possono operare su domanda e a spese degli enti locali, per cui sono stati **soppressi 382 uffici del giudice di pace** .

⁹⁷ L'incarico di magistrato onorario ha natura inderogabilmente temporanea, si svolge in modo da assicurare la compatibilità con lo svolgimento di attività lavorative o professionali e non determina in nessun caso un rapporto di pubblico impiego. Al fine di assicurare tale compatibilità, a ciascun magistrato onorario non può essere richiesto un impegno complessivamente superiore a due giorni a settimana. Ai magistrati onorari sono assegnati affari, compiti e attività, da svolgere sia in udienza che fuori udienza, in misura tale da assicurare il rispetto di quanto previsto dal presente comma. Il magistrato onorario esercita le funzioni giudiziarie secondo principi di autoorganizzazione dell'attività, nel rispetto dei termini e delle modalità imposti dalla legge e dalle esigenze di efficienza e funzionalità dell'ufficio (art. 1).

Pertanto, attualmente, **i circondari di Tribunale** (presso ognuno dei quali è incardinata una **Procura della Repubblica**), che erano 165, **si sono ridotti a 135**⁹⁸. Anche gli **uffici di sorveglianza** sono stati ridisegnati⁹⁹.

13. Il Consiglio Superiore della Magistratura

L'art. 104 Cost. disciplina la **composizione del Consiglio superiore della magistratura (C.S.M.), unico per giudici e pubblici ministeri.**

Sono membri di diritto:

- il **presidente della Repubblica**, che presiede il C.S.M.,
- il **primo presidente della Corte di cassazione** (organo apicale della magistratura giudicante),
- il **procuratore generale presso la stessa Corte** (vertice della magistratura requirente).

I membri elettivi sono eletti, tra le diverse “correnti” di derivazione politica:

- per due terzi da tutti i magistrati ordinari tra i magistrati appartenenti alle varie categorie (cd. **componente togata**) e
- per un terzo dal parlamento in seduta comune tra professori ordinari di Università in materie giuridiche ed avvocati dopo quindici anni di esercizio della professione (cd. **componente laica**);

tra questa cd. componente laica, il Consiglio elegge un vicepresidente.

La Costituzione si limita a fissare la **proporzione tra componente togata e quella laica**, ma non ne individua il numero, lasciato alla discrezionalità della legge e mutato diverse volte, ma dal 2002 il Consiglio è composto da **sedici magistrati e otto laici**. L'**art. 105 Cost.** indica le **funzioni del C.S.M., cui spettano «secondo le norme dell'ordinamento giudiziario, le assunzioni, le assegnazioni ed i trasferimenti, le promozioni e i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati»**¹⁰⁰.

Negli anni il C.S.M. ha assunto funzioni che non gli sono proprie (rappresentanza della magistratura, funzione propositiva o consultiva sui disegni di legge) e connotate dalle inclinazioni politiche delle diverse “correnti” che si muovono al suo interno e, proprio per evitare tali “correnti”, si è proposto, previa modifica dell'art.104 Cost., il sorteggio anziché l'elezione, quale modalità di scelta dei consiglieri.

In realtà la Costituzione non attribuisce al C.S.M. la funzione di organo rappresentativo dell'ordine giudiziario (compito che dovrebbe svolgere esclusivamente l'A.N.M., Associazione Nazionale Magistrati, il “sindacato” delle “toghe”, sede naturale delle diverse “correnti” all'interno della magistratura), ma è esclusivamente **organo di garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura ordinaria**, per cui esso non ha alcun potere di rappresentanza dei magistrati, come chiarisce la Costituzione ed è stato ribadito anche dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 44 del 1968.

Il C.S.M. perciò non può essere definito organo rappresentativo dell'ordine giudiziario, perché ad esso compete soltanto l'adozione di tutte le decisioni che riguardano la vita professionale dei magistrati (accesso, trasferimenti ad altra sede o ad altra funzione,

⁹⁸ In particolare, nel distretto della Corte d'appello della Sardegna sono state soppresse tutte le sezioni distaccate di tribunale, per cui sono rimasti soltanto i **Tribunali di Cagliari, Oristano, Nuoro, Sassari, Tempio Pausania e Lanusei**. Una proposta di legge prevede anche di sopprimere la sezione distaccata di Sassari della Corte d'appello, nonché i tribunali di Oristano e Lanusei, spostando quello di Tempio Pausania a Olbia.

⁹⁹ Oggi gli uffici di sorveglianza di Cagliari hanno competenza sui circondari di Cagliari, Oristano e Lanusei, mentre la sezione distaccata di Sassari sui circondari di Sassari, Nuoro e Tempio Pausania.

¹⁰⁰ La Corte costituzionale non attribuisce al C.S.M. rango costituzionale, considerandolo solamente organo di rilievo costituzionale.

progressioni in carriera, svolgimento di incarichi extragiudiziari, nomina a incarichi direttivi e semi-direttivi, l'irrogazione di sanzioni disciplinari) al fine esclusivo di evitare che le loro decisioni possano essere influenzate dal timore di eventuali ripercussioni negative sulla carriera. L'attribuzione di tali funzioni evidenzia come il C.S.M. non possa essere un organo rappresentativo della magistratura, poiché è opportuno che i consiglieri, nel decidere delle sorti professionali dei propri colleghi, non abbiano alcun "debito" nei loro confronti, anche perché, dietro ogni consigliere eletto c'è una "corrente" e dietro ogni "corrente" un certo collateralismo politico. Il C.S.M. non può perciò avere funzione rappresentativa della magistratura, funzione propositiva o consultiva di leggi e tanto meno "para-normativa". **Ogni questione portata alla decisione del C.S.M., per avere rilevanza esterna, deve essere discussa e deliberata dall'assemblea plenaria (cd. *plenum*)**, ma, per esigenze organizzative, all'interno del C.S.M. sono istituite diverse **Commissioni referenti**¹⁰¹.

In base alla l. n. 195/1958, **solo l'assemblea plenaria (il cd. *plenum*) è competente a deliberare definitivamente in merito ad ogni questione sottoposta all'esame del C.S.M., con provvedimenti aventi rilevanza esterna**, dopo l'esame da parte della competente commissione referente.

Tutti i provvedimenti riguardanti i magistrati sono adottati, in conformità delle deliberazioni del Consiglio Superiore, **con decreto del Presidente della Repubblica** controfirmato dal ministro, ovvero, nei casi stabiliti dalla legge, con decreto del ministro della giustizia (art. 17 l. n. 195/1958). Tale "**concerto**" tra il C.S.M. ed il ministro della giustizia è stato oggetto di contrasto tra il Consiglio, secondo il quale il ministro darebbe un parere obbligatorio ma non vincolante, ed il Guardasigilli che lo riteneva invece un accordo. La Corte costituzionale, investita del conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, ritenendo legittimo l'art. 17 l. n. 195/1958, ha precisato che il concerto in materia di incarichi direttivi serve a soddisfare due esigenze diverse (da una parte, le garanzie costituzionali afferenti all'indipendenza del magistrato, dall'altra, l'amministrazione dei servizi giudiziari) e pertanto rappresenta un **bilanciamento non irragionevole** dei valori costituzionali contenuti negli artt. 105 e 110 Cost. e che, in caso di disaccordo, **non spetta al ministro della giustizia non dar corso alle deliberazioni del C.S.M. sul conferimento degli uffici direttivi**¹⁰².

I decreti riguardanti i magistrati sono impugnabili in primo grado per motivi di legittimità davanti al Tribunale amministrativo regionale del Lazio¹⁰³ e **contro le decisioni di prima istanza è ammessa l'impugnazione al Consiglio di Stato**, mentre **contro le sentenze in materia disciplinare è ammesso ricorso alle Sezioni unite civili della Corte di cassazione**.

¹⁰¹ Posto che il loro numero e le attribuzioni ad esse assegnate possono variare ogni anno, al momento della loro nomina ad opera del Presidente del C.S.M. (su proposta del Comitato di Presidenza), attualmente abbiamo: la prima, per le incompatibilità; la seconda, per il regolamento interno del Consiglio; la terza, per l'accesso in magistratura e mobilità; la quarta, per i M.O.T., la progressione dei magistrati e le valutazioni della professionalità; la quinta, per il conferimento degli uffici direttivi e semidirettivi; la sesta, per la riforma giudiziaria e l'amministrazione della giustizia; la settima, per l'organizzazione degli uffici giudiziari; l'ottava, per i magistrati onorari; la nona, per il tirocinio e la formazione professionale; la decima, per il bilancio del Consiglio ed il regolamento di amministrazione e contabilità.

¹⁰² Corte cost. 9 luglio 1992, n. 379.

¹⁰³ Le Sezioni unite hanno affermato che non eccede dai limiti della propria giurisdizione il giudice amministrativo se, chiamato a vagliare la legittimità di una deliberazione con cui il C.S.M. ha conferito un incarico direttivo, si astenga dal censurare i criteri di valutazione adottati dall'amministrazione e la scelta degli elementi ai quali la stessa amministrazione ha inteso dare peso, ma annulli la suindicata deliberazione per vizio di eccesso di potere, desunto dall'insufficienza o dalla contraddittorietà logica della motivazione in base alla quale il Consiglio superiore ha dato conto del modo in cui, nel caso concreto, gli stessi criteri da esso enunciati sono stati applicati per soppesare la posizione di contrapposti candidati (Cass., Sez. Un. civ., 14 febbraio-8 marzo 2012, n. 3622, C.S.M. c/Santoro, in *Guida dir.*, 2012, n. 23, p. 51).

La sezione disciplinare del C.S.M. è competente, ai sensi dell'art. 105 Cost., a conoscere dei procedimenti disciplinari nei confronti dei magistrati ordinari (art. 4 l. n. 195/1958).

Tali questioni non vengono preventivamente esaminate da alcuna Commissione referente, ma è direttamente la Sezione (anziché il *plenum*) ad adottare, con un vero e proprio procedimento avente natura giurisdizionale, la sentenza, impugnabile davanti alle Sezioni unite civili della Corte di cassazione (d.lgs. n. 109/2006).

Organi ausiliari del C.S.M. sono i **Consigli giudiziari**, che sono organismi collegiali decentrati, di tipo amministrativo, operanti all'interno dei distretti di Corte d'appello, profondamente modificati negli ultimi anni ed ora disciplinati dal d.lgs. n. 25/2006.

Il **Consiglio direttivo della Corte di cassazione** è organo interno alla stessa Corte suprema e corrispondente ai Consigli giudiziari presso le Corti d'appello (d.lgs. n. 25/2006).

PARTE III IL GIUDICE

1. I giudici "ordinari".

L'art. 102 Cost. stabilisce che «**la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario**».

La funzione giurisdizionale è affidata ad organi provvisti di garanzie costituzionali.

La giurisdizione ordinaria è esercitata da **magistrati ordinari** considerati tali perché **istituiti e regolati dalle norme di ordinamento giudiziario** (art. 102 Cost.; artt. 1 e 4 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12), la cui indipendenza deriva dalla riserva di legge prevista dagli artt. 101-104 Cost. e che sono sottoposti al potere del Consiglio superiore della magistratura¹⁰⁴, che ne costituisce l'"organo di autogoverno".

Caratteri tipici della giurisdizione (secondo la nota tesi di Carnelutti), che la differenziano dalla funzione legislativa e da quella amministrativa, sono la **terzietà del giudice** (il giudice è terzo nel rapporto giuridico tra le parti) e la sua **pronuncia su domanda** (la sua pronuncia è vincolata al previo esercizio del potere d'azione).

Proprio i primi articoli del codice di procedura penale, sono dedicati al giudice: in particolare il Titolo I (il giudice), capo I (giurisdizione).

Nel primo degli articoli del codice di procedura penale si definisce la giurisdizione penale: l'art. 1 c.p.p. stabilisce che «**la giurisdizione penale è esercitata dai giudici previsti dalle leggi di ordinamento giudiziario secondo le norme di questo codice**».

Pertanto, la giurisdizione penale è l'attività giurisdizionale con cui si pronunciano sia la sentenza (cioè il provvedimento che, in esito ad un processo penale, lo definisce, quindi lo conclude) sia altri provvedimenti interlocutori del processo che, senza definirlo, decidono però altre questioni (ad esempio il decreto che dispone il giudizio, le ordinanze in materia di libertà personale, le ordinanze in materia di ammissione o esclusione di prove, i decreti in materia di intercettazione).

Il giudice – è bene ribadirlo – non deve essere confuso con il pubblico ministero, come talvolta si equivoca, perché il pubblico ministero è un magistrato (appartiene all'ordine giudiziario con funzioni reagenti) ma non è un giudice (cioè non ha funzioni giudicanti).

¹⁰⁴ Per la costituzione e il funzionamento del C.S.M. v. l. 24 marzo 1958, n. 195 e d.P.R. 16 settembre 1958, n. 916.

Per sapere quanti e quali tipi di giudice esistano in Italia, bisogna porre mano all'**ordinamento giudiziario**, il quale specifica che il giudice penale può essere:

- per il **giudizio di primo grado**: il giudice di pace, il tribunale monocratico o il tribunale collegiale, la Corte d'assise;
- per il **giudizio d'appello**: la Corte d'appello e la Corte d'assise d'appello;
- per il **giudizio di legittimità**: la Corte di cassazione, che ha sede unica a Roma.

Nell'ordinamento giudiziario si stabilisce che vi sono **sezioni specializzate** come il tribunale per i minorenni e il tribunale di sorveglianza, e sono dettate le regole relative alla composizione di ciascuno di questi giudici; in esso è altresì compresa la disciplina del pubblico ministero presso le sezioni specializzate, che, come già detto, ha funzioni giudiziarie, ma non giurisdizionali (perché non giudica).

Trattando, in particolare, dei **giudici ordinari**, l'ordinamento giudiziario stabilisce che il **tribunale, definito “giudice unico di primo grado”**, nella sua circoscrizione giudiziaria (denominata **circondario**) decide per i reati più gravi con tre magistrati (**tribunale collegiale**) oppure, per i reati meno gravi, con un solo magistrato (**tribunale monocratico**).

In realtà, il tribunale non è l'unico giudice di primo grado, perché anche il **giudice di pace** giudica in primo grado per i reati di minima gravità.

Il giudice d'appello è, invece, la **Corte d'appello**, che, nell'ambito della sua circoscrizione (**distretto**), giudica sempre con tre magistrati.

Per i reati più gravi è prevista la competenza della **Corte d'assise**, in primo grado, e **di assise d'appello**, in grado d'appello, istituite con l. 27 dicembre 1956, n. 1441, che decidono nella loro circoscrizione (**circolo**). Entrambe hanno una composizione mista o “scabinata”, sono cioè composte da due giudici di carriera e sei giudici popolari (c.d. “scabini”), così attuandosi l'art. 102, comma 3, Cost., che prescrive la «**partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia**».

I giudici popolari in Italia non costituiscono una giuria, come quella statunitense, la quale è composta solo da 12 giudici popolari che emettono un verdetto immotivato, mentre in Italia la sentenza, è motivata ed è deliberata insieme dai giudici togati e da quelli laici. In Italia una giuria non sarebbe costituzionalmente ammissibile.

La **Corte d'assise** è composta, dunque, da due giudici togati e sei giudici popolari con titolo di studio di scuola media di primo grado.

La **Corte d'assise d'appello** ha la stessa composizione numerica, ma i giudici popolari devono possedere un titolo di studio di scuola media di secondo grado.

La **Corte di cassazione**, che ha sede unica in Roma, essendo al vertice dell'ordinamento giudiziario, è chiamata anche “Suprema Corte” : è **giudice di legittimità cioè decide solo su questioni di diritto** e si divide in **sette sezioni ordinarie**; ogni sezione giudica con cinque giudici.

Le **Sezioni Unite** giudicano con una composizione di nove giudici (art. 67 ord. giud.) quando le **questioni sono di “speciale importanza” o “quando occorre dirimere contrasti insorti tra le decisioni delle singole sezioni”** (art. 610, comma 2, c.p.p.). Esse, inoltre, giudicano sui ricorsi contro le sentenze della sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura (C.S.M.) e contro le decisioni del Consiglio Nazionale Forense (C.N.F.), nonché sui conflitti e su ogni altra questione in tema di giurisdizione.

Alla Corte di cassazione quale «organo supremo della giustizia», è affidato dall'art. 65, comma 1, ord. giud., nella sua originaria formulazione risalente al r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, il **compito di attuare la nomofilachia, cioè assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge».**

Secondo le **tabelle degli uffici giudiziari**, predisposte in attuazione del precetto di “precostituzione” del giudice, ad ogni sezione è attribuita una “**competenza interna**” sulle diverse materie da giudicare, per cui l’assegnazione degli affari tra le diverse sezioni è compiuta dal dirigente dell’ufficio, secondo criteri obiettivi e predeterminati, indicati in via generale dal C.S.M. che li approva contestualmente alle tabelle degli uffici (artt. 7-*bis* e 7-*ter* ord. giud.).

All’interno della Corte di cassazione è istituito l’**Ufficio del Massimario e del Ruolo**, che svolge funzioni ausiliarie rispetto a quelle giurisdizionali. L’Ufficio ha, innanzitutto, la funzione di agevolare l’uniforme interpretazione del diritto mediante uno studio preliminare dei ricorsi presentati alla Suprema Corte, individuandone l’oggetto e allegando al fascicolo sintetiche relazioni illustrative dei fatti e dei motivi del ricorso con indicazione dei precedenti giurisprudenziali sulle diverse questioni di diritto che vengono in evidenza (per far ciò si avvale del Centro Elaborazione Dati: **CED**). L’Ufficio, inoltre, forma i ruoli d’udienza e rimette le cause alle diverse sezioni, secondo la loro competenza interna. Dopo il giudizio, infine, l’Ufficio del Massimario e del Ruolo esamina la sentenza e ne ricava il “principio di diritto” enunciato dalla Corte, redigendo la “**massima**”. Le “massime” così ottenute vengono inserite nel C.E.D. e sono disponibili per la consultazione da parte di tutti gli operatori del diritto. Eventuali contrasti giurisprudenziali sono segnalati dall’Ufficio al Primo Presidente in modo che possa valutare l’opportunità di ottenere, sul punto, una pronuncia delle Sezioni Unite.

Altre funzioni dell’Ufficio del Massimario e del Ruolo sono quelle di svolgere studi per la ricerca coordinata delle diverse legislazioni e curare i rapporti con le pubbliche amministrazioni.

Altro giudice ordinario è il **giudice di pace**, istituito con l. 24 novembre 1999, n. 468, e con competenze anche in materia penale, determinate dal d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274. **Il giudice di pace è un giudice onorario, cioè non professionale**, nominato a tempo determinato, competente a conoscere una serie di **reati procedibili a querela** (ad esempio: percosse; lesioni volontarie procedibili a querela, cioè che hanno provocato una malattia di durata non superiore a venti giorni; lesioni colpose, escluse quelle che, con colpa professionale o con violazione di norme antinfortunistiche, hanno cagionato una malattia di durata superiore a venti giorni; diffamazione; minaccia semplice; furti lievi; danneggiamento semplice) **o d’ufficio** (somministrazione di bevande alcoliche a minori o infermi di mente; determinazione in altri dello stato di ubriachezza; atti contrari alla pubblica decenza; inosservanza dell’obbligo di istruzione elementare dei minorenni; contravvenzioni previste dalla legislazione speciale in materia di pubblica sicurezza, di navigazione, di medicinali ed altre ancora).

Una giustizia sovranazionale è amministrata dalla **Corte penale internazionale** che ha sede a L’Aja ed ha carattere **permanente** ¹⁰⁵. **La giurisdizione della Corte è complementare rispetto alle giurisdizioni nazionali**, nel senso che la Corte non si sostituisce né si sovrappone alle giurisdizioni nazionali dei singoli Paesi ma ha una competenza limitata ai più gravi crimini di rilevanza per la comunità internazionale, individuati tendenzialmente nel **genocidio**, nei **crimini contro l’umanità**, nei **crimini di guerra** e nell’**aggressione** ¹⁰⁶.

Si è stabilito **l’obbligo, per l’Italia, di cooperazione con la Corte** e sono state individuate le attribuzioni del ministro della giustizia, il quale cura in via esclusiva i rapporti

¹⁰⁵ Lo Statuto della Corte penale internazionale fu adottato dalla Conferenza diplomatica di Roma il 17 luglio 1998 ed entrò in vigore il 1 luglio 2002. L’Italia, con la l. 20 dicembre 2012, n. 237, recante norme per l’adeguamento alle disposizioni dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale, ha completato il processo di adeguamento allo Statuto della Corte.

¹⁰⁶ La Corte penale internazionale è ormai in funzione da anni e la prima sentenza fu pronunciata per il crimine di reclutamento e impiego di bambini-soldato, con la condanna a titolo di “coautore”, di Thomas Lubanga Dyilo (Corte penale internazionale – *Trial Chamber I* - 14 marzo 2012, ICC-01/04-01-06, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*).

tra lo Stato italiano e la Corte. In materia di consegna, di cooperazione e di esecuzione di pene si osservano, se non diversamente disposto dalla stessa legge n. 237/2012 e dallo Statuto, le disposizioni del codice di procedura penale relative all'extradizione, alle rogatorie internazionali ed agli effetti delle sentenze penali straniere ed all'esecuzione all'estero di sentenze penali italiane. Le modalità di esecuzione della cooperazione giudiziaria sono affidate dal ministro della giustizia al procuratore generale presso la Corte d'appello di Roma. Senza il consenso dello Stato da cui provengono non possono essere trasmessi alla Corte penale internazionale atti o documenti acquisiti all'estero e che siano stati dichiarati riservati al momento dell'acquisizione. È prevista l'immunità temporanea nel territorio dello Stato italiano per fatti anteriori alla notifica della citazione.

Le disposizioni sul patrocinio a spese dello Stato si applicano anche alle procedure di esecuzione di richieste della Corte penale internazionale da adempiere nel territorio dello Stato, in favore della persona nei cui confronti la corte procede.

È disciplinata la consegna di una persona alla Corte penale internazionale in esecuzione di un mandato di arresto ovvero di una sentenza di condanna detentiva; è imposta la revoca della misura cautelare in una serie di casi tassativamente previsti. La procedura di consegna prevede le conclusioni del procuratore generale presso la Corte d'appello di Roma, con deposito nella cancelleria della stessa Corte d'appello e comunicazione alle parti con avviso della data dell'udienza, che si svolge in camera di consiglio, secondo il paradigma dell'art. 127 c.p.p.; l'ordinanza emessa a seguito dell'udienza è sottoponibile a ricorso per cassazione che ha effetto sospensivo. Il ministro della giustizia provvede a dare esecuzione all'ordinanza. È prevista l'applicazione provvisoria della misura cautelare, su domanda della Corte penale. Per l'esecuzione dei provvedimenti della Corte penale internazionale è competente la Corte d'appello di Roma, ai sensi dell'art. 665, comma 1, c.p.p. Le sentenze irrevocabili di condanna ad una pena detentiva pronunciate dalla Corte sono eseguibili nel territorio dello Stato italiano in conformità a quanto stabilito nello Statuto.

L'esecuzione della pena è disciplinata dalle disposizioni dell'ordinamento penitenziario italiano e il ministro della giustizia può disporre l'applicazione del regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. ai detenuti per i delitti di competenza della Corte penale internazionale previsti dalla l. n. 237/2012.

2. I giudici "speciali".

L'art. 102, comma 2, Cost. stabilisce che «**Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Possono soltanto istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura**». Il terzo comma della stessa disposizione aggiunge che «**La legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia**».

Dai giudici ordinari occorre distinguere i **giudici speciali**, che derivano la loro specialità proprio dal fatto che **non sono previsti dall'ordinamento giudiziario, ma da altre disposizioni speciali**.

Come detto, l'art. 102, comma 2, Cost. vieta l'istituzione di **giudici speciali, tranne quelli previsti dalla stessa Costituzione (Consiglio di Stato, Corte dei Conti e Tribunali militari)**.

In materia penale la Costituzione menziona soltanto la **Corte costituzionale in composizione integrata** (gli artt. 90, 134 e 135, comma 7, Cost. le attribuiscono la competenza sulle accuse di alto tradimento e attentato alla Costituzione promosse contro il Presidente della Repubblica, procedimento meglio disciplinato dalla l. 25 gennaio 1962, n. 20, norme sui procedimenti e giudizi d'accusa) e i **Tribunali militari** (l'art. 103 Cost. attribuisce loro in

tempo di guerra la giurisdizione stabilita dalla legge e in tempo di pace soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle forze armate).

Nell'ordinamento giudiziario, proprio perché giudici speciali, non si trovano dunque menzionati né la Corte costituzionale, né i Tribunali militari (anche questi ultimi trovano la loro disciplina in una legislazione diversa, i codici penali militari, di pace e di guerra).

I Tribunali militari «in tempo di guerra hanno la giurisdizione stabilita dalla legge. In tempo di pace hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate» (art. 103 comma 3 Cost.). Si tratta di una **doppia specialità**, soggettiva (cioè quanto ai soggetti giudicabili, che sono gli appartenenti alle forze armate) ed oggettiva (cioè relativamente ai reati giudicabili, che sono i reati militari).

La Corte costituzionale in composizione integrata (cioè con 16 giudici aggregati, estratti a sorte tra i cittadini aventi i requisiti per l'eleggibilità a senatore, a norma dell'art. 135 Cost., in aggiunta ai 15 giudici costituzionali ordinari) **giudica sulla responsabilità del presidente della Repubblica per i reati di alto tradimento e di attentato alla Costituzione** (artt. 12 e 13 l. cost. 11 marzo 1953, n. 1, e l. 25 gennaio 1962, n. 20). Anche questa è una **doppia specialità**, soggettiva, perché riguarda il solo presidente della Repubblica, ed oggettiva, in quanto attiene ai soli reati presidenziali di alto tradimento ed attentato alla Costituzione.

3. I giudici “specializzati”.

Come si è visto, l'art. 102, comma 2, Cost. ammette l'istituzione presso i giudici ordinari di «sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura».

Sono, pertanto, **rispettosi dell'art. 102 Cost.** la l. 27 maggio 1935, n. 835, Istituzione e funzionamento del tribunale per i minorenni, e il d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni, che disciplinano il tribunale per i minorenni ed il relativo processo a carico di imputati minori degli anni diciotto.

Il tribunale per i minorenni trova la sua disciplina generale nell'ordinamento giudiziario e nella legge speciale (r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, ord. giud.; d.P.R. 22 settembre 1988, n. 449) ed è, quindi, un **giudice specializzato**, che giudica con quattro giudici: due giudici di carriera e due esperti (scelti fra i cultori di biologia, di psichiatria, di antropologia criminale, di pedagogia, di psicologia), di cui l'uno uomo e l'altro donna.

Altro giudice specializzato è la sezione della Corte d'appello per i minorenni (composta da tre magistrati di Corte d'appello e da due esperti), giudice d'appello rispetto ai provvedimenti emessi dal tribunale per i minorenni.

Anche il **tribunale di sorveglianza è un giudice specializzato in materia penitenziaria** (composto da due magistrati ordinari e da due esperti) e funge talvolta da giudice di primo grado, talaltra da giudice d'appello rispetto ai provvedimenti del magistrato di sorveglianza.

Infine, giudice specializzato può ritenersi il “tribunale dei ministri”. Infatti, per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni dal presidente del Consiglio dei ministri e dai ministri, la competenza appartiene, in primo grado, al tribunale del capoluogo del distretto di Corte d'appello competente per territorio (artt. 7 e 8 l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1); per i giudizi di impugnazione, invece, vigono le ordinarie regole di competenza stabilite dal codice di procedura penale (art. 11 l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1).

4. I giudici “straordinari”.

Incostituzionali sono invece i giudici straordinari, che sono istituiti, con carattere temporaneo, dopo la commissione del fatto da giudicare.

L'art. 102, comma 2, Cost. vieta, infatti, l'istituzione di giudici straordinari, ma in passato sono esistiti i Tribunali militari straordinari, previsti dagli artt. 283-285 cod. pen. mil. guerra, e i Tribunali militari di bordo, previsti dagli artt. 262 e 277 cod. pen. mil. guerra.

In periodo fascista vennero istituiti i cosiddetti “**Tribunali speciali**”, che erano costituiti *ex post facto*, cioè dopo la commissione dei reati, per giudicare proprio quei fatti: evidente, però, come non vi sia nulla di più sospetto di un giudice nominato appositamente per giudicare certi fatti.

Anche dopo la seconda guerra mondiale, però, i **Tribunali di Norimberga e di Tokio** furono istituiti *post bellum*, anche se furono rispettosi di tutte le garanzie processuali¹⁰⁷.

Pure in epoca recente sono stati istituiti, con deliberazioni del Consiglio di sicurezza dell'O.N.U., dopo la commissione del fatto, **tribunali ad hoc**, quali il **Tribunale penale internazionale per i crimini commessi nell'ex Jugoslavia**, istituito a L'Aja (Olanda) nel 1993, e il **Tribunale penale internazionale per i crimini commessi in Ruanda**, istituito nel novembre 1994 ad Arusha (Tanzania).

5. L' “autonomia” del giudice.

L'art. 101, comma 2, Cost. afferma l'**autonomia del giudice**, stabilendo che «**i giudici sono soggetti soltanto alla legge**» e deve essere letto in coordinamento con l'art. 111, comma 2, Cost., secondo cui il giudice deve essere «**terzo e imparziale**».

Sono fondamentali garanzie del giudice:

- **l'indipendenza** è relativa all'aspetto funzionale dell'attività giurisdizionale, cioè riguarda il giudice nel momento dell'esercizio della giurisdizione. L'indipendenza deve essere esterna (rispetto agli altri poteri dello Stato) ed interna (rispetto agli altri magistrati dell'ufficio o di altri uffici);
- **l'imparzialità** è il distacco, l'indifferenza, il disinteresse rispetto all'oggetto del processo;
- **la terzietà**, distinta dall'indipendenza, significa l'equidistanza del giudice rispetto alle parti sotto il profilo ordinamentale, cioè il giudice deve essere collocato dalla legge, con un assetto normativo che lo ponga in posizione equidistante dalle parti, e quindi estraneo sia all'ufficio dell'accusa che a quello della difesa. Nel nostro ordinamento giudiziario il giudice non è terzo, perché appartiene allo stesso ordine giudiziario del pubblico ministero. Non è sufficiente la distinzione delle funzioni (ci mancherebbe pure che il giudice assommasse in sé la funzione d'accusa o di difesa,

¹⁰⁷ Si ricordi, ad esempio, che, dopo la fine del secondo conflitto mondiale, fu raggiunto tra i vincitori l'Accordo di Londra del 1945, che istituì il Tribunale di Norimberga per la punizione dei criminali nazisti. Il Regolamento procedurale per il primo processo di Norimberga - 29 ottobre 1945 - che giudicò ventiquattro dei più importanti capi nazisti arrestati o ancora ritenuti in vita, nonché il Regolamento istitutivo del Tribunale di Norimberga, che, al capo IV (“processo equo per gli imputati”), stabiliva che “al fine di garantire un processo equo per gli imputati, la seguente procedura deve essere seguita: A) il rinvio a giudizio deve contenere informazioni complete che specificano in dettaglio le accuse nei confronti degli imputati. Una copia dell'atto di accusa e di tutti i documenti depositati presso l'accusa, tradotti in una lingua a lui comprensibile, devono essere forniti al convenuto in tempo ragionevole prima del processo. B) Durante un esame preliminare o durante il processo l'imputato avrà il diritto di dare ogni spiegazione relativa alle accuse mosse contro di lui. C) Un esame preliminare di un imputato e il suo processo devono essere condotti, o tradotti, in una lingua che l'imputato comprende. D) Un imputato ha il diritto di svolgere la propria difesa davanti al Tribunale o di avere l'assistenza di un avvocato. E) Un imputato ha il diritto attraverso se stesso o tramite il suo avvocato di presentare prove al processo a sostegno della sua difesa, e di far esaminare o controinterrogare qualsiasi testimone chiamato dall'accusa” (art. 16). Se si pensa che si tratta di garanzie processuali affermate prima ancora della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (che fu approvata nel 1948), prima della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (adottata a Roma nel 1950) e prima del Patto internazionale sui diritti civili e politici (sottoscritto nel 1966), ci si rende conto della rivoluzionaria portata garantistica dei processi di Norimberga e di Tokio.

come il vecchio giudice istruttore o il pretore). Il giudice deve appartenere ad un ordinamento giudiziario, ad una organizzazione giudiziaria, diversi, perché diverse sono le funzioni svolte.

Pertanto, i giudici – in quanto soggetti, nell’esercizio della loro funzione giurisdizionale, alla legge e ancor prima alla Costituzione – non possono creare, modificare o abrogare una legge, ma devono semplicemente dichiarare gli effetti giuridici che nel caso concreto discendono dalla legge.

Il compito del giudice è quello di **interpretare la legge**, adeguandola, per quanto possibile, sia alle disposizioni costituzionali (**interpretazione costituzionalmente orientata**) sia a quelle del diritto dell’Unione europea (**interpretazione convenzionalmente orientata**) e, quando tale adeguamento non sia possibile, il giudice deve rimettere la questione pregiudiziale alla Corte costituzionale o alla Corte di giustizia U.E. Se, poi, il caso non è disciplinato dalla legge, il giudice applica direttamente la disposizione costituzionale (SCAPARONE) e quella di diritto europea, se sufficientemente specifica.

Dal principio dell’autonomia del giudice derivano importanti conseguenze: **il giudice non agisce mai di propria iniziativa**, ma sempre su **impulso di parte**, perché se procedesse di propria iniziativa potrebbe non essere o non apparire imparziale. Attualmente, proprio per garantire l’autonomia del giudice, questi non è nominato dal re, come avveniva in epoca monarchica, ma accede, di regola, alla magistratura per concorso pubblico e la sua carriera è amministrata da un organo di autogoverno (il Consiglio superiore della magistratura).

Quando sorge il **dubbio sul difetto di imparzialità**, il codice di procedura penale prevede diversi istituti: l’incompatibilità (artt. 34-35 c.p.p.), l’astensione (art. 36 c.p.p.), la ricusazione (art. 37 c.p.p.) o la rimessione del processo penale (artt. 45-49 c.p.p.).

6. L’indipendenza “interna” del giudice e l’*overruling* giurisprudenziale.

L’**art. 101, comma 2, Cost.** prescrivendo che i giudici siano «**soggetti soltanto alla legge**» **garantisce** anche la loro **indipendenza “interna”**, cioè rispetto agli altri magistrati.

Tale indipendenza “interna” è garantita solo al giudice, e non anche al pubblico ministero che opera in un ufficio gerarchizzato.

Una conferma deriva dall’**art. 108, comma 2, Cost.**, che impone alla legge di **assicurare «l’indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso di esse»** e, quindi, a maggior ragione, deve intendersi garantita l’indipendenza del giudice ordinario.

Si è già detto che la funzione giudicante comporta l’interpretazione delle norme giuridiche e la valutazione dei fatti. **Nell’interpretazione delle norme il giudice trova un autorevole precedente (ma non vincolante, come invece nel sistema inglese dello *stare decisis*) nelle pronunce della Corte di cassazione.** Peraltro, **in ragione della cosiddetta indipendenza interna**, il giudice può discostarsi dall’interpretazione dominante, purché motivi adeguatamente, ma la parte insoddisfatta può, comunque, impugnare il provvedimento fino a sottoporlo al giudizio della Corte di cassazione, la quale, se manterrà fermo il suo orientamento, annullerà il provvedimento impugnato¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Il Protocollo n. 16 alla C.E.D.U., all’art. 1, disciplina l’istituto del parere consultivo che le “più alte giurisdizioni” (Corte di cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti) di ciascun Paese aderente alla C.E.D.U. possono richiedere alla Grande Camera in merito a “questioni di principio relative all’interpretazione o all’applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli” su cause davanti ad esse pendenti. Si tratta di pareri consultivi che i giudici nazionali superiori potranno discrezionalmente richiedere alla Grande Camera, la quale emette pareri motivati (e anche prevista la *dissenting opinion*), ma non vincolanti e che comunque devono essere resi pubblici. A differenza della decisione della Corte di giustizia UE del Lussemburgo, davanti alla quale il rinvio pregiudiziale è obbligatorio per le giurisdizioni nazionali di ultima istanza “avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno” e che perciò “sono tenute a rivolgersi

Quando a discostarsi dall'interpretazione dominante è la Corte di cassazione (nella sua nota funzione nomofilattica) e tale nuova interpretazione produce un mutamento in *malam partem* - cioè l'attività interpretativa giurisprudenziale considera oggi come reato un fatto che ieri non era considerato tale- si produce una violazione del principio di legalità e dell'equo processo. Si tratta di un "cambiamento delle regole del gioco a partita già iniziata" che urta con le regole del "giusto processo".

Secondo il consolidato orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo il principio di irretroattività, sancito nell'art. 7 C.E.D.U., investe anche il diritto giurisprudenziale impedendo l'applicazione della norma penale sfavorevole all'imputato quando tale interpretazione non era ragionevolmente prevedibile (cd. *overruling*). Invero, per effetto dell'esplicito riferimento al "diritto" (nella Convenzione si legge testualmente "law") la nozione convenzionale di legalità comprende sia il diritto scritto che quello non scritto¹⁰⁹.

Quando l'*overruling* è compiuto in *bonam partem* la sua ammissibilità non è posta in discussione in ambito europeo e nella giurisprudenza di legittimità nazionale, se il *revirement* interviene prima della conclusione del processo. Quando invece **il mutamento giurisprudenziale è in *malam partem* lede il principio di legalità**, essendo essa imprevedibile per la parte che abbia confidato nella pregressa interpretazione¹¹⁰.

alla Corte" su questioni relative all'interpretazione dei trattati o degli atti degli organismi dell'Unione europea (che è vincolante), il parere consultivo della Grande Camera CEDU non è né obbligatorio, né vincolante.

¹⁰⁹ Si ricordi che la C.E.D.U. è stata sottoscritta anche da Stati in cui vige il *common law*, sicché la nozione convenzionale di "legalità" scolpita nel predetto art. 7 non richiede la presenza di una norma scritta, visto che ciò contrasterebbe con l'essenza stessa del *common law*, presenza ritenuta, peraltro, non necessaria, nella prospettiva internazionale del *favor rei*, neppure nei sistemi di *civil law* per una esigenza di armonizzazione dei principi che reggono l'ordinamento europeo relativo ai diritti fondamentali.

¹¹⁰ La Grande Camera della Corte e.d.u. ha precisato che l'applicazione retroattiva della "dottrina Parot", frutto di un mutamento giurisprudenziale, in materia di applicazione degli sconti di pena in caso di più sentenze di condanna, ha comportato la violazione dell'art. 7 CEDU, non essendo la nuova interpretazione prevedibile per l'interessata (una esponente dell'organizzazione terroristica basca ETA) sotto la legge vigente all'epoca dei fatti (Corte eur., Grande Camera, 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c/Spagna). Lo stesso principio è stato ribadito dalla Corte e.d.u., nel noto "caso Contrada" che riguardava una condanna per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa, delitto creato dalla giurisprudenza successivamente alla condotta del ricorrente. Premesso che l'art. 7 C.E.D.U. non si limita a proibire la retroattività in *malam partem*, ma consacra il più generale principio di legalità penale, vietando altresì l'applicazione in via estensiva o analogica di una disposizione incriminatrice a fatti anteriormente non punibili, la Corte ha ritenuto che, all'epoca dei fatti, a partire dalla lettera della legge e alla luce dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza, il ricorrente non fosse in grado di prevedere con precisione le conseguenze penali della propria condotta (Corte e.d.u., sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c./ Italia - n.3). Con questa pronuncia la Corte e.d.u. ha precisato che il reato di concorso esterno in associazione mafiosa è stato il risultato di un'evoluzione della giurisprudenza iniziata verso la fine degli anni '80 e consolidatasi nel 1994 e quindi la legge non era sufficientemente chiara e prevedibile per il ricorrente nel momento in cui avrebbe commesso i fatti contestatigli, con conseguente impossibilità di conoscere nello specifico la pena in cui incorreva per la responsabilità penale che discendeva dagli atti compiuti. La Grande Camera ha affermato anche un principio in tema di applicazione retroattiva dello *ius superveniens* per cui, in presenza di reati continuati, l'applicazione retroattiva dello *ius superveniens* anche a condotte poste in essere anteriormente alla sua entrata in vigore può ritenersi compatibile con le garanzie del *nullum crimen* consacrate dall'art. 7 CEDU in presenza di due condizioni, cumulative tra loro: 1) l'applicazione della fattispecie incriminatrice successiva punita più gravemente deve essere "prevedibile", nel senso che deve fondarsi su una disposizione di legge o su un orientamento giurisprudenziale consolidato; 2) l'applicazione retroattiva di tale nuova fattispecie deve comportare una "reale possibilità" per il ricorrente di subire un trattamento sanzionatorio più grave (Corte e.d.u., Grande camera, 27 gennaio 2015, Rohlena c/Repubblica Ceca). In Italia le Sezioni Unite penali, con la sentenza Beschi del 2010, hanno affermato che «il mutamento di giurisprudenza, intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata». Ma il valore ermeneutico di tale pronuncia va ben oltre la specifica questione da essa decisa, imponendo la necessità di recepire (in conformità all'interpretazione dell'art. 7 CEDU offerta dalla

In sintesi, **il principio di legalità di cui all'art. 7 C.E.D.U. viene inteso dalla Corte europea in senso sostanziale e non formale, e perciò l'interpretazione della norma penale incriminatrice deve essere accessibile e prevedibile dal cittadino**, per cui non è ammissibile un capovolgimento giurisprudenziale “a sorpresa”, che determinerebbe un'applicazione retroattiva in *malam partem*.

7. L'indipendenza dei giudici speciali, dei giudici popolari e degli esperti.

Il costituente ha voluto garantire **l'indipendenza non solo dei giudici ordinari, ma anche di quelli speciali, del pubblico ministero presso di essi e pure dei giudici popolari e degli esperti che partecipano all'amministrazione della giustizia**. Infatti, il già citato art. 108, comma 2, Cost. impone alla legge di **assicurare «l'indipendenza** dei giudici delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso di esse, e degli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia»

8. Il giudice “terzo e imparziale”.

Come si è già visto, **l'art. 111, comma 2, Cost.** stabilisce che il giudice deve essere al di sopra delle parti perché deve essere un «**giudice terzo ed imparziale**». Due aggettivi che hanno due significati diversi. **“Imparziale” significa che il giudice non deve essere interessato alle vicende del processo**, quindi non deve essere interessato alla tesi dell'una o dall'altra parte. L'imparzialità del giudice è sempre stata una sua caratteristica, anche nel testo originario della Costituzione. **Il legislatore costituzionale del 1999 ha aggiunto l'aggettivo della “terzietà”** che vuol significare proprio che il giudice deve essere «**terzo**».

La terzietà sta a significare che il giudice deve essere diverso, equidistante ed equidistante dalle parti private e dal pubblico ministero. Egli pertanto deve essere diverso dalle parti sul piano ordinamentale, cioè l'ufficio del giudice deve essere organizzato in modo tale da renderlo soggetto alla sola legge, indipendente sia dal potere politico sia dalle parti e in particolare terzo rispetto all'ufficio del p.m. Il che vuol dire che il giudice non

Corte europea) una «visione sostanziale del principio di legalità», in forza del quale «il processo di conoscenza di una norma presuppone ... una “relazione di tipo concorrenziale” tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso *unicum*, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa». In questa situazione di *law in action* «il giudice riveste un ruolo fondamentale nella precisazione dell'esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l'interpretazione che ne viene data», dal momento che «la struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività “concretizzatrice” della giurisprudenza» (Cass., Sez. Un., 21 gennaio 2010, Beschi, n. 18288, in *Cass. pen.*, 2011, p. 17). Le Sezioni Unite civili della Corte di cassazione (sentenza n. 15144/2011) hanno chiarito che non si tratta di *ius superveniens*, perché solo la legge può mutare le regole processuali, e comunque il mutamento di giurisprudenza deve rispettare, al pari della legge retroattiva, il ragionevole affidamento ingenerato nel cittadino «da un pregresso indirizzo ermeneutico, in assenza di indici di prevedibilità della correlativa modificazione». La giurisprudenza di merito talvolta ha riconosciuto come legittima la revoca della condanna, emessa sulla base dei pregressi parametri di legalità materiale, in presenza di interventi della suprema Corte di cassazione che effettuino un rovesciamento di un costante e consolidato pregresso orientamento, con un effetto sostanziale abolitivo di una norma incriminatrice¹¹⁰. Di contrario avviso si è dimostrata, invece, la Corte costituzionale, che ha ritenuto giustificato «il mancato riconoscimento all'*overruling* giurisprudenziale favorevole della capacità di travolgere il principio di intangibilità della *res iudicata*, espressivo dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici esauriti: esigenza il cui fondamentale rilievo [...] è ampiamente riconosciuto anche nell'ambito dell'Unione europea». Secondo la Corte, «al fine di porre nel nulla ciò che, di per sé, dovrebbe rimanere intangibile – il giudicato, appunto – il legislatore esige, non irragionevolmente, una vicenda modificativa che determini la caduta della rilevanza penale di una determinata condotta con connotati di generale vincolatività e di intrinseca stabilità (salvo, nel caso di legge abrogatrice, un eventuale nuovo intervento legislativo di segno ripristinatorio)» (così Corte cost. 12 ottobre 2012, n. 230).

deve mai assumere l'iniziativa nel processo, non deve essere il giudice ad iniziare il processo perché se egli dà inizio al processo diventa una parte. Non deve essere il giudice ad assumere d'ufficio le prove, ma devono essere le parti a proporre quelle che a ciascuna delle tesi contrapposte sembra necessaria come prova per sostenere la propria tesi. Il pubblico ministero chiede al giudice l'ammissione delle prove a carico mentre l'imputato richiede quelle a discarico. Il giudice non deve mai proporre d'ufficio l'acquisizione delle prove, ma deve stare un gradino più in su (come il "giudice di sedia" nel tennis), appunto un giudice terzo rispetto alle parti, che non partecipa minimamente al gioco.

Il giudice che pronuncia la sentenza deve essere un giudice "terzo", anche nel senso che deve essere un giudice che non conosce gli atti di indagine di quel processo e non ha, in qualche modo, espresso il suo giudizio, anche se in una fase incidentale, in ordine a quel determinato fatto di reato attribuito allo stesso imputato. Da questa disposizione costituzionale molti hanno ricavato la conclusione che **il pubblico ministero non possa essere un "collega" del giudice**. Oggi il pubblico ministero è un collega del giudice: si sottopone allo stesso concorso del giudice, ha la medesima carriera sottoposta a promozioni, sanzioni disciplinari e trasferimenti da parte dello stesso Consiglio Superiore della Magistratura (il C.S.M. è unico per giudici e per pubblici ministeri) e può passare da un ruolo all'altro. Questa colleganza tra pubblico ministero e giudice potrebbe togliere "terzietà" al giudice, per cui il giudice rischia di non essere terzo, cioè "equidistinto ed equidistante" dal pubblico ministero, ma sarebbe un collega del pubblico ministero e quindi in qualche misura più vicino, più suggestionabile, più influenzabile dal "collega" pubblico ministero piuttosto che dai difensori¹¹¹. **L'art. 111, comma 2, Cost.** stabilisce una serie di altri principi: **«ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità davanti a giudice terzo e imparziale»**.

La Costituzione attribuisce, così, al giudice (non al pubblico ministero, che è una parte) due connotati che hanno significati diversi.

"Imparziale" significa che il giudice non deve essere interessato alle vicende del processo, non deve avere interesse, cioè, all'accoglimento della tesi dell'una o dell'altra parte. L'imparzialità del giudice è sempre stata una sua caratteristica, anche prima della riforma dell'art. 111 Cost., quando era ricavata dall'art. 101, comma 2, Cost. ed è in evidente collegamento con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. Si è osservato in dottrina (CARNELUTTI, SCAPARONE) che gli organi giurisdizionali devono realizzare la massima imparzialità, mentre la pubblica amministrazione deve temperare la sua imparzialità con il «buon andamento» della stessa pubblica amministrazione (art. 97, comma 1, Cost.). Pertanto, **i giudici devono essere imparziali anche a scapito del buon andamento dell'ufficio**.

Il legislatore costituzionale del 1999 ha aggiunto l'aggettivo della **"terzietà"** che vuol significare proprio che il giudice deve essere **«terzo»**. **In ossequio al principio della "terzietà" del giudice, questi deve essere diverso, equidistante, dalle parti private e dal pubblico ministero, distinto dalle parti sul piano ordinamentale; in quest'ottica, l'ufficio del giudice deve essere organizzato in modo tale da renderlo soggetto alla sola legge, indipendente sia dal potere politico sia dalle parti e in particolare terzo rispetto all'ufficio del pubblico ministero**.

¹¹¹ Pertanto si propone da anni la "separazione delle carriere" tra pubblico ministero e giudice, si vorrebbero perciò carriere separate con distinte professionalità: una per il giudice ed una per il pubblico ministero, con due concorsi diversi: un concorso specifico per il pubblico ministero (al quale si richiede una specifica professionalità in materia di indagini ed un fiuto investigativo, oltre una spiccata abilità oratoria in udienza) ed un altro per il giudice (al quale si richiedono doti diverse, quali profonda preparazione giuridica e grande serenità di giudizio), con l'impossibilità di transitare da un ruolo ad un altro: ciò al fine di evitare che il pubblico ministero, a differenza dell'avvocato, continui ad essere un collega del giudice, togliendo al giudice quel distacco, quella terzietà che invece l'art. 111 Cost. vuole che egli abbia. Nel 2000 ci fu un referendum su questo punto, che poi non raggiunse il quorum necessario dei votanti, però 10 milioni di cittadini votarono a favore della separazione delle carriere.

Ciò determina l'impossibilità, per il giudice, di assumere l'iniziativa nel processo, di dare inizio al processo, perché se egli dà inizio al processo diventa una parte. Non deve essere il giudice ad assumere d'ufficio le prove; devono essere le parti a proporre quelle che esse ritengono necessarie per sostenere la propria tesi. Il pubblico ministero, infatti, chiede al giudice l'ammissione delle prove a carico mentre l'imputato quelle a discarico; il giudice non deve mai proporre d'ufficio l'acquisizione delle prove (salvo in rari casi di stretta interpretazione), ma deve stare un gradino più in su per essere un giudice terzo rispetto alle parti.

Il giudice che pronuncia la sentenza deve essere un giudice terzo anche nel senso che **egli non deve già conoscere quel processo** (infatti egli ignora il contenuto delle indagini preliminari del p.m. e del difensore) e **non deve avere, in qualche modo, espresso il suo giudizio in ordine a quel determinato fatto di reato attribuito allo stesso imputato**, anche se in una fase incidentale.

Da questa disposizione costituzionale molti hanno ricavato la conclusione che **il pubblico ministero non possa essere un "collega" del giudice**, atteso che oggi il pubblico ministero lo è: è selezionato nello stesso concorso del giudice, ha la medesima carriera sottoposta a promozioni, sanzioni disciplinari e trasferimenti da parte del Consiglio superiore della magistratura e può passare da un ruolo all'altro. **Questa colleganza tra pubblico ministero e giudice toglie, in un certo senso, "terzietà" al giudice**. Il giudice non è terzo, cioè "distinto e distante" dal pubblico ministero, ma è **un collega del pubblico ministero** e quindi in qualche misura più vicino, più suggestionabile, più influenzabile dal "collega" pubblico ministero piuttosto che dai difensori.

Per restituire terzietà al giudice si sono proposte "carriere separate" tra pubblico ministero e giudice. Si tratta del problema della **"separazione delle carriere"**: una per il giudice ed una per il pubblico ministero, con due concorsi diversi, uno per il pubblico ministero (al quale si richiede una specifica professionalità in materia di indagini e una spiccata abilità oratoria in udienza) ed un altro per il giudice (al quale si richiedono doti diverse, quali profonda preparazione giuridica e grande serenità di giudizio), con l'impossibilità di transitare da un ruolo ad un altro. La separazione delle carriere mira proprio ad evitare che il pubblico ministero, a differenza dell'avvocato, continui ad essere un "collega" del giudice, togliendo al giudice quel distacco, quella terzietà che invece l'art. 111 Cost. vuole che egli abbia.

La **separazione delle carriere** non attenta all'indipendenza del magistrato, ma è semplicemente una **specializzazione tra due distinte professionalità**, che richiedono distinte carriere e, d'altronde, esiste in molti Paesi europei. In **Germania** le carriere sono separate in quasi tutto il Paese (fanno eccezione alcuni Länder, tra cui la Baviera, dove il passaggio tra le due funzioni è frequente). In **Spagna**, in **Portogallo** e in **Svizzera** le carriere sono separate. In **Olanda** è possibile transitare da una funzione all'altra solo dopo specifici corsi di specializzazione. Vista la comune matrice napoleonica, i magistrati francesi hanno invece la possibilità di passare da una funzione all'altra, ma è in corso sul punto una accesa discussione. In **Gran Bretagna** i giudici delle corti superiori sono nominati direttamente dalla Corona e la pubblica accusa viene demandata a una pluralità di organismi tra cui la polizia, il *Crown Prosecution Service* e l'*Attorney General*. Negli **Stati Uniti d'America** è normale che un avvocato o un *prosecutor*, al termine di una prestigiosa carriera, diventi giudice, ma è inconcepibile che l'accusatore sia un collega del giudicante.

9. Il giudice "naturale precostituito per legge".

L'istituto del **"giudice naturale"** nasce dalla rivoluzione francese contro il potere del re di avocare a sé o ad un altro giudice accondiscendente i processi sgraditi al

sovrano¹¹². Esso mira ad evitare ciò che purtroppo è accaduto in passato e cioè **il giudice costituito ad hoc dopo il fatto commesso, un giudice “straordinario”, che è vietato dall’art. 102, comma 2, Cost.** perché può essere scelto *ad personam* per assolvere o condannare l’imputato.

È l’art. 25 Cost. a stabilire il principio fondamentale del «**giudice naturale precostituito per legge**», che consiste nel fatto che, **non solo in materia penale** (perché si tratta di norma generale, nonostante se ne avverta l’esigenza soprattutto in materia penale), **il giudice che giudicherà di ogni singolo caso deve essere:**

- **“naturale”**, cioè naturalmente competente a decidere la controversia soprattutto tenendo conto che è “naturale” il giudice del luogo del commesso reato, ove l’opinione pubblica ha avvertito maggiormente il disvalore del fatto di reato ed attende perciò che sia fatta giustizia, e
- **“predeterminato dalla legge” (riserva assoluta di legge)**, cioè la legge deve individuare, prima del giudizio, non solo il giudice-ufficio che sarà competente, ma anche i singoli giudici persona fisica che comporranno tale ufficio.

Viene in rilievo soprattutto la competenza per territorio, basata sul collegamento con il luogo di commissione del reato, al fine sia di assicurare un controllo sociale sul processo, sia di favorire la raccolta delle prove, agevolando altresì i compiti delle parti e dei testi.

La maggiore garanzia di equità è che il giudice sia predeterminato rispetto al fatto da giudicare, cioè si sappia prima quale giudice sarà competente per un certo fatto di reato. Non a caso si chiama “giudice naturale”, perché è il giudice del luogo del commesso reato, per cui se in un determinato luogo viene commesso un reato, è “naturale” che il giudice competente sia quello di quel luogo. Pertanto l’art. 25, comma 1, Cost. impone **l’irretroattività della legge che istituisce gli organi giurisdizionali**, che ne **determina la composizione, la giurisdizione e la competenza** e che **indica i criteri di individuazione dei singoli giudici persona fisica e dei singoli procedimenti** che saranno loro assegnati: tali leggi, dunque, devono essere entrate in vigore prima del fatto di reato che il giudice dovrà conoscere e devono essere sufficientemente determinate, cioè non devono consentire scelte discrezionali, fra più giudici già istituiti, di quello che dovrà conoscere il processo (SCAPARONE).

Proprio per attuare il principio del giudice naturale precostituito per legge l’ordinamento giudiziario ha istituito **l’obbligatorietà per gli uffici giudiziari** di regolare preventivamente con precise **tabelle degli uffici giudiziari** le funzioni di ogni magistrato (artt. 7-bis e 7-ter ord. giud.). Tuttavia la giurisprudenza precisa che **l’inosservanza delle tabelle non comporta nullità degli atti processuali compiuti**¹¹³, provocando la **nullità assoluta soltanto il difetto di capacità del giudice**, a norma dell’art. 179, comma 1, c.p.p., cioè la mancanza dei requisiti necessari ad un soggetto per esercitare la funzione giurisdizionale in qualunque processo¹¹⁴, ovvero l’aver superato il concorso in magistratura per i magistrati togati o secondo i requisiti prescritti dalla legge per gli altri, l’essere stato nominato giudice con decreto del presidente della Repubblica o del ministro della giustizia e l’aver prestato il giuramento prescritto dalla legge.

¹¹² L’esigenza del giudice “naturale” si avvertì già nello Statuto albertino che stabiliva che “niuno può essere distolto dai suoi giudici naturali. Non potranno perciò essere creati tribunali o commissioni straordinarie” (art. 71).

¹¹³ Cass., 3 ottobre 2006, n. 235030, in *Cass. pen.*, 2007, p. 647; Cass.4 maggio 2006, Acampora ed altro, in *Giust. pen.*, 2007, III, c. 311; Cass.17 marzo 2004, n. 229702, Carrabas; Cass. 19 novembre 2002, Stara, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2112.

¹¹⁴ Cass., Sez. un., 17 aprile 1996, D’Avino, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2507.

PARTE IV

IL PUBBLICO MINISTERO

1. Il magistrato del pubblico ministero.

L'art. 107 Cost. afferma che «Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario».

Abbiamo già visto che l'art. 112 Cost. aggiunge che «il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale»: obbligo, naturalmente, da esercitare quando vi sono i presupposti per esercitarla, cioè di fronte ad una notizia di reato che sia fondata, che cioè abbia un minimo di serietà. È chiaro, infatti, che se giunge al pubblico ministero la notizia di un fatto non previsto dalla legge come reato (ad esempio: emissione di assegni senza provvista) o di reato impossibile (ad esempio: è stata rubata la torre Eiffel) o non rinviene alcun elemento di prova a carico, chiederà l'archiviazione.

Il pubblico ministero (P.M.) è una parte, sia pure pubblica, e perciò non ha poteri decisori, ma deve sempre richiedere al giudice il provvedimento: perciò il P.M. non può mai archiviare personalmente ma deve chiedere l'archiviazione ad un giudice: il giudice per le indagini preliminari (G.I.P.), il quale può essere d'accordo con lui e archiviare ma può anche non essere d'accordo e ordinare al pubblico ministero di procedere. Questo è un altro principio fondamentale, proprio perché il pubblico ministero è una parte.

Nei casi, comunque, in cui la notizia di reato appare fondata - o, meglio, non è manifestamente infondata e quindi vi è almeno un *fumus*, cioè più che un sospetto di fondatezza della notizia di reato - il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale, cioè ha l'obbligo di procedere penalmente.

La Corte costituzionale ha ritenuto che il fondamento del principio di obbligatorietà dell'azione penale risieda sia nel principio di uguaglianza, sia nella regola dell'indipendenza del pubblico ministero da ogni altro potere. Il principio di obbligatorietà non vige in tutti gli ordinamenti; in alcuni, infatti, vige il principio opposto della facoltatività o meglio della discrezionalità, per cui il pubblico ministero valuta discrezionalmente se sia il caso o meno di procedere per un certo reato. In Italia il pubblico ministero è un magistrato, quindi non ha una investitura popolare ma ha semplicemente vinto un pubblico concorso che lo abilita ad esercitare funzioni giudiziarie. Ecco perché la nostra Costituzione impone al pubblico ministero di esercitare sempre l'azione penale: perché, se questi potesse scegliere discrezionalmente se esercitare l'azione penale (se cioè procedere per un certo fatto costituente reato o nei confronti di un determinato soggetto oppure non procedere), non sarebbe altrimenti responsabile in alcun modo di eventuali scelte di favore o di sfavore nei confronti dell'uno o dell'altro.

Negli ordinamenti nei quali vige il principio della discrezionalità dell'azione penale (ad es. negli Stati Uniti d'America) il pubblico ministero decide lui stesso se procedere o non procedere ma risponde poi politicamente della sua scelta, perché, essendo eletto dal popolo, risponde all'elettorato della gestione del suo pubblico ufficio.

Di conseguenza, nei sistemi in cui il pubblico ministero ha una discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale egli agisce, comunque, con attenzione, perché ha una responsabilità politica per la conduzione della Procura. **In Italia, invece, il pubblico ministero non è elettivo ma supera un pubblico concorso e non risponde per le scelte processuali né disciplinarmente** (perché la valutazione delle prove, anche se erronea, non dà luogo a illecito disciplinare) **né civilmente** (perché l'art. 2 l. 13 aprile 1988, n. 117, Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati, stabilisce che «Nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove»).

2. Le funzioni del pubblico ministero.

Le funzioni del pubblico ministero si trovano delineate nell'ordinamento giudiziario:

- «esercita, sotto la vigilanza del ministro della giustizia, le funzioni che la legge gli attribuisce»¹¹⁵;
- «veglia alla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello Stato, delle persone giuridiche e degli incapaci, richiedendo, nei casi di urgenza, i provvedimenti cautelari che ritiene necessari; promuove la repressione dei reati e l'applicazione delle misure di sicurezza; fa eseguire i giudicati ed ogni altro provvedimento del giudice, nei casi stabiliti dalla legge...» (art. 73 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, Ordinamento giudiziario). La giurisprudenza costituzionale ha, d'altronde, chiarito che il ruolo del P.M. nel processo penale «non è quello di mero accusatore, ma pur sempre di organo di giustizia obbligato a ricercare tutti gli elementi di prova rilevanti per una giusta decisione, ivi compresi gli elementi favorevoli all'imputato»¹¹⁶. Ancora la Consulta ha precisato che «il pubblico ministero è un magistrato indipendente appartenente all'ordine giudiziario che non fa valere interessi particolari ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge»¹¹⁷. Tuttavia di recente il legislatore ha ridimensionato il ruolo del P.M. quale organo operante anche a favore dell'imputato, giacchè l'art. 568, comma 4-bis, c.p.p. gli consente di proporre impugnazione diretta a conseguire effetti favorevoli all'imputato solo con ricorso per cassazione.

Il pubblico ministero presso la Corte di cassazione, nello specifico, **interviene e conclude**: a) in tutte le udienze penali; b) in tutte le udienze dinanzi alle Sezioni unite civili e nelle udienze pubbliche dinanzi alle sezioni semplici della Corte di cassazione, ad eccezione di quelle che si svolgono dinanzi alla sezione per l'assegnazione dei ricorsi. **Il P.G. di cassazione redige, inoltre, requisitorie scritte** nei casi stabiliti dalla legge (art. 76 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, Ordinamento giudiziario).

Il **procuratore della Repubblica presso il tribunale è il capo dell'ufficio (procuratore capo)**, per cui, «quale preposto all'ufficio del pubblico ministero, è **titolare esclusivo dell'azione penale** e la esercita nei modi e nei termini fissati dalla legge. Il procuratore della Repubblica **assicura il corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale, l'osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato ed il rispetto delle norme sul giusto processo da parte del suo ufficio**»¹¹⁸. L'ordinamento giudiziario, infatti, attribuisce al procuratore della Repubblica la **titolarità esclusiva dell'azione penale, «che esercita personalmente o mediante assegnazione a uno o più magistrati dell'ufficio»** (art. 2 d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106, cit.)¹¹⁹.

¹¹⁵ Nel periodo fascista, invece, il P.M. era gerarchicamente subordinato al ministro: infatti, l'art. 69 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, Ordinamento giudiziario, prevedeva che il «procuratore del Re», allora rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria, esercitasse le sue funzioni sotto la «direzione» del «ministro di grazia e giustizia».

¹¹⁶ Corte cost. 28 gennaio 1991, n.88.

¹¹⁷ Corte cost. 26 marzo 1993, n. 111.

¹¹⁸ Art. 1 d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106, Disposizioni in materia di riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera d) della l. 25 luglio 2005, n. 150.

¹¹⁹ Il Consiglio superiore della Magistratura ha approvato, con la delibera del 16 novembre 2017, il testo di una Circolare sulle Procure. La circolare riguarda l'organizzazione degli uffici della Procura e intende fornire uno strumento con il quale prevenire situazioni contingenti di incertezza o conflittualità all'interno degli uffici. La circolare prevede 25 articoli, dedicati all'organizzazione e gestione degli uffici, alla discrezionalità delle scelte rimesse al procuratore, alla salvaguardia dei valori fondamentali di prevedibilità, trasparenza e verificabilità. È

In materia di misure cautelari e pre-cautelari sono riservate al procuratore della Repubblica alcune prerogative. Il **fermo di indiziato di delitto, disposto da un procuratore aggiunto o da un magistrato dell'ufficio**, «deve essere assentito per iscritto dal **procuratore della Repubblica ovvero dal procuratore aggiunto o dal magistrato appositamente delegato** ai sensi dell'articolo 1 comma 4». Tale **assenso scritto è necessario anche per la richiesta di misure cautelari personali e per la richiesta di misure cautelari reali** (art. 3 d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106, cit.)¹²⁰.

Al fine di evitare qualsiasi forma di pubblicità del singolo sostituto procuratore, **«il procuratore della Repubblica mantiene personalmente, ovvero tramite un magistrato dell'ufficio appositamente delegato, i rapporti con gli organi di informazione**. Ogni informazione inerente alle attività della Procura della Repubblica deve essere fornita attribuendola in modo impersonale all'ufficio ed escludendo ogni riferimento ai magistrati assegnatari del procedimento. È fatto divieto ai magistrati della Procura della Repubblica di rilasciare dichiarazioni o fornire notizie agli organi di informazione circa l'attività giudiziaria dell'ufficio. Il procuratore della Repubblica ha l'obbligo di segnalare al consiglio giudiziario per l'esercizio del potere di vigilanza e di sollecitazione dell'azione disciplinare, le condotte dei magistrati del suo ufficio che siano in contrasto col divieto fissato al comma 3» (art. 5 d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106, cit.).

A sua volta, **il procuratore generale presso la Corte d'appello**, «al fine di verificare il corretto ed uniforme esercizio dell'azione penale, l'osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato ed il rispetto delle norme sul giusto processo, nonché il puntuale esercizio da parte dei procuratori della Repubblica dei poteri di direzione, controllo e organizzazione degli uffici ai quali sono preposti, acquisisce dati e notizie dalle procure della Repubblica del distretto ed invia al procuratore generale presso la Corte di cassazione una relazione annuale» (art. 6 d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106, cit.).

Il pubblico ministero ha un compito importantissimo affidatogli dall'art. 112 Cost.: egli «ha l'obbligo di esercitare l'azione penale». È un obbligo che sorge solo in presenza di certi presupposti, ovvero quando si sia in presenza di una notizia di reato che non appaia manifestamente infondata. Quindi, al pubblico ministero è affidato il delicato compito di mettere in moto il procedimento, avviando le indagini preliminari e, se egli ritiene la *notitia criminis* non manifestamente infondata, di formulare l'**imputazione**, trasformando l'indagato in **imputato** e instaurando il **processo** davanti al giudice per vagliare la fondatezza della sua ipotesi accusatoria. Per stabilire se una notizia di reato è fondata o meno, il pubblico ministero deve svolgere le indagini preliminari (all'esercizio dell'azione penale e quindi alla formulazione dell'imputazione); attività compiuta avvalendosi della polizia giudiziaria che, talvolta delegata dallo stesso pubblico ministero, talaltra di propria iniziativa.

Come già osservato, a differenza di altri sistemi in cui l'azione penale è discrezionale e ritrattabile (come ad es. negli U.S.A.), nel nostro processo l'**azione penale è obbligatoria e non ritrattabile**; essa non è neppure **reiterabile**, potendo essere esercitata una sola volta per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona (principio del *ne bis in idem*).

Il pubblico ministero, dunque, è una parte (pubblica) che propone una domanda di giustizia al giudice penale (**principio della domanda**), nei limiti della quale il giudice deve decidere. Se, in genere, il pubblico ministero ha il ruolo di accusatore nel processo penale, egli

stato inoltre individuato uno statuto minimo delle attribuzioni della figura semidirettiva del Procuratore aggiunto; è stato procedimentalizzato l'istituto dell'assenso, del visto e della revoca delle assegnazioni e si è fatta chiarezza sulla natura del potere di vigilanza dei procuratori generali.

¹²⁰ Le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno affermato che l'assenso scritto del procuratore della Repubblica non si configura come condizione di ammissibilità della richiesta di misure cautelari personali o reali presentata dal magistrato dell'ufficio del pubblico ministero assegnatario del procedimento e, quindi, non costituisce una condizione di validità della successiva ordinanza cautelare del giudice (Cass., Sez. Un., 22 gennaio 2009, Novi, in *Guida dir.*, 2009, n. 13, p. 80).

può, però, anche chiedere l'assoluzione dell'imputato e può anche impugnare in suo favore. Questo perché ciò che lo spinge non è sempre l'interesse alla condanna, ma solo l'osservanza della legge: se dagli atti, dunque, emergono prove per cui l'imputato non deve essere ritenuto responsabile, il pubblico ministero ha il dovere, imposto dall'ordinamento giudiziario, di chiedere l'assoluzione o di impugnare in favore dell'imputato.

Ciononostante, **il pubblico ministero è pur sempre una parte**, da non confondersi con il giudice, che è organo ben diverso, con caratteristiche di terzietà e di imparzialità sancite dall'art. 111 Cost.

3. Gli uffici del pubblico ministero.

Le **articolazioni degli uffici del pubblico ministero** possono essere ricostruite sulla base delle indicazioni dell'ordinamento giudiziario e sono caratterizzate da una **struttura gerarchica di tipo piramidale**.

Esiste un ufficio del pubblico ministero presso ogni tribunale, denominato **Procura della Repubblica presso il tribunale**, diretto da un **procuratore-capo**, che è il capo dell'ufficio, il quale, non potendo gestire da solo tutte le indagini, si avvale di uno o più **sostituti procuratori** della Repubblica, che sono i suoi sostituti, cioè agiscono in sua vece. Talvolta, nelle procure più grandi, ci sono uno o più **procuratori della Repubblica aggiunti**.

L'art. 72 dell'Ordinamento giudiziario consente al procuratore della Repubblica presso il tribunale ordinario di conferire una **delega nominativa, per svolgere le funzioni di pubblico ministero** nei procedimenti sui quali il tribunale giudica in composizione monocratica, a **magistrati ordinari in tirocinio (M.O.T.) da almeno sei mesi, a vice-procuratori onorari, a personale in quiescenza e a laureati in giurisprudenza** che frequentano il **secondo anno della scuola biennale di specializzazione per le professioni legali**¹²¹. Altro ufficio del pubblico ministero è radicato presso ognuna delle 26 Corti d'appello ed è denominato **Procura generale presso la Corte d'appello**¹²². Anche davanti alla Procura generale presso la Corte d'appello c'è un **procuratore capo**, che è il capo dell'ufficio, e poi ci sono i **sostituti procuratori generali, gli avvocati generali, e uno o più o procuratori aggiunti**, se la Procura ha una certa dimensione.

Il procuratore generale presso la Corte d'appello ha un'attività **ridotta rispetto a quella del pubblico ministero di primo grado**, il quale svolge le indagini; il procuratore generale, invece, di solito si limita a presenziare alle udienze della Corte d'appello.

È possibile, talvolta, che vi sia un'**avocazione delle indagini**, cioè una "chiamata a sé" delle indagini che passano dal procuratore della Repubblica al procuratore generale. I casi di avocazione sono tassativi. In alcuni casi l'avocazione è **obbligatoria**: quando il pubblico ministero non esercita l'azione penale o non richiede l'archiviazione nel termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice (art. 412, comma 1, c.p.p.). In altri casi è discrezionale: quando il giudice per le indagini preliminari ha comunicato al procuratore generale *ex art. 409, comma 3, c.p.p.* la fissazione dell'udienza in camera di consiglio sulla richiesta di archiviazione presentata dal procuratore della Repubblica (art. 412, comma 2 c.p.p.). Con lo strumento dell'avocazione il codice, per evitare la paralisi delle indagini o l'inerzia del P.M., ha delineato

¹²¹ Le Sezioni Unite hanno chiarito che la delega conferita dal procuratore della Repubblica al vice-procuratore onorario e al magistrato ordinario in tirocinio da almeno sei mesi per lo svolgimento delle funzioni di pubblico ministero nell'udienza di convalida dell'arresto o del fermo, nei rispettivi ambiti stabiliti dall'art. 72, comma 2, lett. b), Ord. giud., comprende la facoltà di richiedere l'applicazione di una misura cautelare personale e che devono considerarsi come non apposte le condizioni o restrizioni non previste dalla legge eventualmente inserite nella delega, delle quali, quindi, il giudice non deve tener alcun conto (Cass., Sez. Un., 6 aprile 2011, Fatih, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2925).

¹²² In Sardegna esiste una sola Corte d'appello, per cui vi è anche un'unica Procura generale nel capoluogo (a Sassari, infatti, esiste una sezione distaccata della Procura generale di Cagliari).

un congegno per cui il P.M. di grado superiore, il procuratore generale, avoca a sé, cioè chiama a sé, il procedimento, si sostituisce al procuratore della Repubblica, svolge lui le indagini, decide se chiedere il rinvio a giudizio o il non luogo a procedere o l'archiviazione e presenza lui all'udienza. Quindi, la funzione dell'avocazione è quella di accelerare il corso delle indagini, evitando la stasi del procedimento, oppure quella di verificare il corretto esito delle indagini, evitando infondate richieste di archiviazione.

Al vertice degli uffici del pubblico ministero è la **Procura generale presso la Corte di cassazione, con sede unica a Roma**, che ha compiti ancora più ridotti. Abbiamo visto che il procuratore generale presso la Corte d'appello, talvolta, può svolgere le indagini quando le ha avocate a sé con l'avocazione, mentre il procuratore generale presso la Corte di cassazione proprio non può mai svolgere indagini, perché si trova presso un giudice di legittimità, presso la Corte di cassazione, per cui il procuratore generale presso la Corte di cassazione non si interessa del "fatto", del merito del processo, e argomenta solo su questioni di diritto. Nel "giudizio di legittimità", infatti, si valuta solo se la sentenza impugnata è legittima od illegittima, cioè conforme o meno alla legge; se essa è legittima, la Corte rigetta il ricorso; se è illegittima cassa la sentenza, cioè la annulla e può rinviare la sentenza per un nuovo giudizio ad altro giudice.

Il procuratore generale presso la Corte di cassazione, dunque, ha compiti ancora più limitati, non svolge indagini, non può avocare, e si limita a funzioni requirenti in udienza, davanti alla Corte di cassazione, e all'esercizio obbligatorio dell'azione disciplinare nei confronti dei magistrati.

Vi sono anche **altri uffici del pubblico ministero presso i giudici specializzati** (procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni) e **presso giudici speciali** (procuratore della Repubblica presso i Tribunali militari).

Il pubblico ministero incaricato delle indagini preliminari può compierle personalmente, ma più spesso impiega la polizia giudiziaria impartendo **direttive** sulla pista investigativa da seguire o mediante **delega** per il compimento di specifici atti (artt. 348, comma 3, 370, comma 1, e 371, comma 1, c.p.p.). Può svolgere indagini **anche nel circondario di un altro tribunale oppure delegarne il compimento** al procuratore della Repubblica del luogo. Il pubblico ministero richiesto svolge le indagini delegate e, per ragioni di urgenza o altri gravi motivi, può compiere anche quegli atti che, a seguito del compimento dell'attività delegata, si manifestino necessari ai fini delle indagini (art. 370, commi 3 e 4, c.p.p.).

Anche il procuratore generale presso la Corte d'appello ed il procuratore nazionale antimafia esercitano talvolta poteri nelle indagini preliminari quando agiscono in sostituzione del pubblico ministero rimasto inerte.

4. La Procura distrettuale antimafia e la Procura nazionale antimafia e antiterrorismo.

L'art. 51 c.p.p. delinea gli uffici del pubblico ministero.

Soppresse nel 1999 le Procure presso la pretura (c.d. Procure mandamentali) e istituito il "giudice unico di primo grado" (cioè il tribunale, collegiale o monocratico), le uniche Procure esistenti sono le **Procure della Repubblica presso il tribunale** (c.d. Procure circondariali)¹²³.

Nell'ambito della procura della Repubblica presso il tribunale avente sede presso il capoluogo del distretto di Corte d'appello è istituita la Direzione distrettuale Antimafia (D.D.A.) (art. 70-bis ord. giud.)¹²⁴.

¹²³ In Sardegna sono presso i 6 tribunali (Cagliari, Sassari, Nuoro, Oristano, Tempio Pausania e Lanusei).

¹²⁴ Art. 102 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli artt. 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136.

I magistrati della Direzione distrettuale antimafia svolgono le funzioni di pubblico ministero per i reati indicati nell'art. 51, commi 3-bis (reati di criminalità organizzata) e 3-quater (delitti con finalità di terrorismo), c.p.p., mentre quelli indicati nel comma 3-quinquies (delitti di criminalità informatica) sono attribuiti al procuratore della Repubblica del capoluogo del distretto.

L'art. 51 c.p.p. indica le attribuzioni della **Procura distrettuale antimafia**, diretta dal **procuratore distrettuale** (che opera nel distretto, cioè la circoscrizione della Corte d'appello), che si avvale di **sostituti procuratori, che costituiscono la Direzione distrettuale antimafia (D.D.A.), che non è altro che il gruppo (pool) di magistrati che si dedicano esclusivamente ai procedimenti di criminalità organizzata mafiosa e terroristica.** Si tratta del procuratore della Repubblica che si trova presso il capoluogo del distretto della Corte d'appello. Il procuratore distrettuale spesso si identifica con lo stesso procuratore della Repubblica, anche fisicamente, nel senso che è la stessa persona (a meno che questi non preferisca demandare ad altri questa qualifica e questi compiti particolari). **In Sardegna la Procura distrettuale è unica con sede nel capoluogo del distretto, cioè a Cagliari.**

Al vertice delle procure distrettuali si pone la **Procura nazionale antimafia e antiterrorismo**, diretta dal **Procuratore nazionale**, che si avvale di **sostituti procuratori, che insieme costituiscono la Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo (D.N.A.A.), che svolge attività di coordinamento tra i procuratori distrettuali (artt. 371-bis c.p.p. e 103 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159)**¹²⁵. **La Direzione Nazionale Antimafia e antiterrorismo (D.N.A.A.) è istituita nell'ambito della Procura generale presso la Corte di cassazione ed è retta da un procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, assistito da sostituti procuratori nazionali.** Il procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo esercita **funzioni di impulso e coordinamento nei confronti dei procuratori distrettuali antimafia.**

Il procuratore generale presso la Corte di cassazione esercita la sorveglianza sul procuratore nazionale e sulla Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo (art. 104 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159).

La categoria di reati, le cui indagini sono attribuite al procuratore distrettuale antimafia è indicata dall'art. 51 commi 3-bis e 3-quater c.p.p. Si tratta di delitti di particolare allarme sociale, cioè quelli previsti dall'art. 51 commi 3-bis (spesso denominati reati di criminalità organizzata)¹²⁶ **e 3-quater (delitti, consumati o tentati, con finalità di**

¹²⁵ Nell'aprile 2015, con il d. l. 18 febbraio 2015, n.7, conv. con mod. dalla l. 17 aprile 2015, n. 43, si è aggiunta la competenza della "trattazione di procedimenti in materia di terrorismo, anche internazionale".

¹²⁶ In particolare le funzioni di pubblico ministero sono esercitate nei procedimenti per i delitti consumati o tentati di associazione a delinquere diretta a commettere riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù, diretta alla tratta di persone o diretta all'acquisto e alienazione di schiavi oppure diretta a commettere taluno dei delitti di prostituzione minorile, pornografia minorile, detenzione di materiale pornografico, pornografia virtuale, iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, violenza sessuale quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto, atti sessuali con minorenne, corruzione di minorenne, violenza sessuale di gruppo quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto, adescamento di minorenni, per il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù, per il delitto di tratta di persone, per il delitto di acquisto e alienazione di schiavi, per l'associazione di stampo mafioso, per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione, per i delitti commessi avvalendosi della forza di intimidazione derivante dal vincolo associativo mafioso ovvero commessi al fine di agevolare l'attività dell'associazione, per l'associazione a fini di illecito traffico di sostanze stupefacenti (ma Sez. Un. 22 settembre 2011, n. 34475, ha affermato che, quando riguarda fatti di "lieve entità", è ipotesi autonoma di reato e non mera ipotesi attenuata e non è soggetta al regime di presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari e di adeguatezza *ex art. 275, comma 3, c.p.p.*), per l'associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, per le attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, dal procuratore della Repubblica presso il tribunale sito nel capoluogo del distretto di Corte d'appello (procuratore distrettuale) in cui ha sede il giudice competente per i suddetti reati (art. 51, comma 3-bis, c.p.p.). Il legislatore non ha incluso nell'elenco il delitto di abuso sessuale su minore (art. 609-bis c.p.), che quindi resta assegnato alla Procura circondariale competente per territorio.

terrorismo) e il legislatore ha voluto attribuire le indagini su tali reati, stante la delicatezza, al procuratore della Repubblica più specializzato, accentrandole presso un unico ufficio anziché, come accade per gli altri reati, disseminandole per tutti gli uffici giudiziari.

Invece, per i reati indicati dall'art. 51, comma 3-quinquies, c.p.p. (delitti di criminalità informatica) le funzioni di pubblico ministero nelle indagini preliminari e nei procedimenti di primo grado sono attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente (non quindi alla Direzione distrettuale)¹²⁷.

In tutti gli altri procedimenti le funzioni di pubblico ministero sono esercitate dal procuratore della Repubblica presso il tribunale nel cui circondario il reato risulta commesso a norma degli artt. 8 – 11-*bis* e 16 c.p.p. (art. 51, comma 3, c.p.p. e, per i reati di competenza della Corte d'assise, art. 238, comma 1, disp. att. c.p.p.). **Il procuratore della Repubblica può esercitare personalmente le funzioni di pubblico ministero oppure può incaricare come suo sostituto un magistrato della stessa procura.** Quando il numero delle persone sottoposte a indagine o la complessità delle medesime indagini lo richiedono può designare più magistrati a svolgere le funzioni di pubblico ministero nello stesso procedimento (art. 70, comma 3, ord. giud.). **Nei procedimenti di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p. il procuratore distrettuale designa di regola magistrati addetti alla Direzione distrettuale antimafia (D.D.A.).** Le indagini sui reati indicati nelle due fasce sono trattate dal procuratore distrettuale, che svolge le indagini ed al termine delle indagini, seguendo le normali norme del codice, chiede l'archiviazione o il rinvio a giudizio.

Data la dislocazione delle procure distrettuali, **anche il giudice per le indagini preliminari (G.I.P.) e quello dell'udienza preliminare (G.U.P.) sono quelli appartenenti al tribunale del capoluogo del distretto** (art. 328, comma 1-*bis*, c.p.p.), mentre **il dibattimento, pur con l'intervento del procuratore distrettuale, rimane ancorato all'ordinaria competenza per territorio dei Tribunali e delle Corti d'assise** (quindi per un sequestro di persona avvenuto a Nuoro l'udienza preliminare si tiene a Cagliari, per il dibattimento si applicano invece, in ossequio al principio del giudice naturale precostituito per legge, le ordinarie regole sulla competenza territoriale per cui il dibattimento si tiene presso il giudice competente per territorio). Pertanto, per i reati di cui all'art. 51 c.p.p. le indagini e l'udienza preliminare si tengono presso il capoluogo del distretto, mentre il dibattimento si svolge presso il giudice naturale competente per territorio. L'art. 51, comma 3-*ter*, c.p.p. prevede, però, una **deroga** perché stabilisce che, **a richiesta del procuratore distrettuale, il procuratore generale presso la Corte d'appello può, per giustificati motivi, disporre che le funzioni di**

¹²⁷ Si tratta dei delitti, consumati o tentati, di istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia (art. 414-*bis*), induzione, favoreggiamento o sfruttamento della prostituzione minorile (600-*bis*), pornografia minorile (600-*ter*), detenzione di materiale pornografico (600-*quater*), pornografia virtuale (600-*quater*.1), iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (600-*quinquies*), adescamento di minorenni (609-*undecies*), accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico (615-*ter*), detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici (615-*quater*), diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico (art. 615-*quinquies*), installazione di apparecchiature atte ad intercettare od impedire comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche (617-*bis*), falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche (617-*ter*), intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche (617-*quater*), installazione di apparecchiature atte ad intercettare, impedire o interrompere comunicazioni informatiche o telematiche (617-*quinquies*), falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni informatiche o telematiche (617-*sexies*), danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici (635-*bis*), danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico o comunque di pubblica utilità (635-*ter*), danneggiamento di sistemi informatici o telematici (635-*quater*), frode informatica (640-*ter*) e frode informatica del soggetto che presta servizi di certificazione di firma elettronica (640-*quinquies* c.p.).

pubblico ministero per il dibattimento siano esercitate da un magistrato designato da un procuratore della Repubblica presso il giudice competente per il dibattimento.

5. Il “collegio per le indagini” sui reati ministeriali.

Un particolare P.M. è previsto per i reati ministeriali. L’art. 96 Cost. stabilisce che «il presidente del Consiglio dei ministri ed i ministri, anche se cessati dalla carica, sono sottoposti, per i reati commessi nell’esercizio delle loro funzioni, alla giurisdizione ordinaria, previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati, secondo le norme stabilite con legge costituzionale».

Due leggi costituzionali hanno disciplinato i poteri di indagine sui reati ministeriali: la l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1, Modifiche degli articoli 96, 134 e 135 della Costituzione e della legge costituzionale 11 marzo 1953 n. 1 e norme in materia di procedimenti per i reati di cui all’articolo 96 della Costituzione, e, successivamente, la l. cost. 5 giugno 1989, n. 219, Nuove norme in tema di reati ministeriali e di reati previsti dall’art. 90 della Costituzione).

Nei procedimenti per reati ministeriali, le funzioni di pubblico ministero sono svolte da un apposito “collegio per le indagini”, istituito presso il tribunale del capoluogo del distretto di Corte d’appello competente per territorio e composto da tre magistrati effettivi e tre supplenti, estratti a sorte tra tutti i magistrati in servizio nei Tribunali del distretto, collegio rinnovato ogni due anni.

Tale “collegio per le indagini”, entro il termine di novanta giorni dal ricevimento degli atti, compiute indagini preliminari e sentito il pubblico ministero, se non ritiene che si debba disporre l’archiviazione, trasmette gli atti con relazione motivata al procuratore della Repubblica per la loro immediata rimessione al presidente della Camera competente per l’autorizzazione. In caso diverso, il collegio, sentito il pubblico ministero, dispone l’archiviazione con decreto non impugnabile.

Prima del provvedimento di archiviazione, il procuratore della Repubblica può chiedere al collegio, precisandone i motivi, di svolgere ulteriori indagini; il collegio adotta le sue decisioni entro il termine ulteriore di sessanta giorni. Il procuratore della Repubblica dà comunicazione dell’avvenuta archiviazione al presidente della Camera competente.

6. Il “collegio d’accusa” contro il Presidente della Repubblica.

Nei procedimenti per i reati del Presidente della Repubblica di alto tradimento e attentato alla Costituzione (art. 90 Cost.) è il Parlamento a deliberare, in seduta comune e a maggioranza assoluta dei suoi componenti, la messa in stato d’accusa del presidente della Repubblica, su relazione di un «comitato per le indagini».

Il Parlamento elegge anche tra i suoi componenti uno o più commissari, che si costituiscono in “collegio d’accusa”, nominando uno o più “commissari delegati”, per sostenere l’accusa innanzi alla Corte costituzionale integrata, che deve giudicare sulla responsabilità del presidente della Repubblica¹²⁸.

7. La Procura europea.

L’art. 86 TFUE (Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea), al paragrafo 1, esordisce stabilendo che «Per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione, il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, può istituire una Procura europea a partire da Eurojust. Il Consiglio delibera all’unanimità, previa

¹²⁸ Artt. 12 e 13 l. cost. 11 marzo 1953, n. 1, e l. 25 gennaio 1962, n. 20, nonché Regolamento parlamentare per i procedimenti d’accusa - Deliberazione del Senato della Repubblica 7 giugno 1989 e della Camera dei deputati 28 giugno 1989.

approvazione del Parlamento europeo. **La Procura europea è competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con Europol, gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, quali definiti dalla Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale e reati indissolubilmente connessi** (ad esempio, presentazione di documentazione falsa, oltre corruzione e riciclaggio che hanno ad oggetto i denari provento degli stessi reati), e i loro complici. **Essa esercita l'azione penale dinanzi agli organi giurisdizionali degli Stati membri»** (art. 86 paragrafo 2 TFUE).

La Procura europea, composta da 22 membri, è entrata in funzione ed opera come organo europeo di indagine per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

In chiusura dell'art. 86 TFUE è infine **prevista una “clausola di estensione”** che stabilisce che «Il Consiglio europeo può adottare, contemporaneamente o successivamente, una decisione che modifica il paragrafo 1 allo scopo di **estendere le attribuzioni della procura europea alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale**, e che modifica di conseguenza il paragrafo 2 per quanto riguarda gli autori di reati gravi con ripercussioni in più Stati membri e i loro complici. Il Consiglio europeo delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo e previa consultazione della Commissione» (art. 86 paragrafo 4 TFUE). **Si discute se queste disposizioni stabiliscano una competenza penale diretta dell'Unione per via regolamentare.**

Il Consiglio dei Ministri della giustizia dell'Unione, dopo aver ottenuto il necessario via libera da parte del Parlamento europeo, ha formalmente adottato il **Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»), da *European Public Prosecutor Office*, nell'acronimo in lingua inglese**, con sede a Lussemburgo¹²⁹. Il regolamento contiene norme di diritto sostanziale e processuale. Le relative **indagini sono svolte dai P.M. delle 27 Procure nazionali, delegati dalla Procura di Lussemburgo**, dalla quale dipendono e **che esercitano l'azione penale davanti al competente giudice nazionale.**

8. Eurojust e l'Agenzia europea per la cooperazione giudiziaria penale.

In passato il Consiglio dei ministri della giustizia e degli affari interni dell'Unione europea (GAI) aveva adottato il 28 febbraio 2002 la decisione che istituiva l'EUROJUST, organismo dotato di personalità giuridica, composto da 27 membri nazionali, aventi il titolo di magistrato del pubblico ministero, giudice o funzionario di polizia, distaccati da ciascuno Stato, che aveva una competenza ampia perché comprendeva i reati per i quali è competente l'EUROPOL (cioè traffico di stupefacenti, reati di terrorismo, tratta degli esseri umani, organizzazioni clandestine d'immigrazione, traffico di autoveicoli rubati ed altri reati) e altre specifiche forme di criminalità (riciclaggio, frodi comunitarie, corruzione, criminalità informatica ed ambientale, partecipazione ad un'organizzazione criminale e reati connessi e collegati).

L'Eurojust aveva funzioni di coordinamento, cooperazione ed assistenza tra le componenti autorità nazionali dei vari Stati appartenenti all'Unione ed ha rapporti di stretta collaborazione non solo con l'Europol ma anche con la Rete giudiziaria europea e, in

¹²⁹ La Corte costituzionale ha affermato che spetta al ministro della giustizia la scelta del membro nazionale distaccato presso l'Eurojust (Corte cost. 6 aprile 2011, n. 136).

particolare, con l'OLAF (Unità antifrode istituita presso l'Unione europea) che può contribuire alle indagini concernenti la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea¹³⁰.

Il Regolamento U.E. 2018/1727 del 14 novembre 2018 dà attuazione all'art. 85 TFUE, trasformando Eurojust in Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale.

L'Agenzia è competente sulle “forme gravi di criminalità” indicate specificamente nell'allegato 1 al Regolamento: si tratta di trenta fattispecie di reato che ricalcano esattamente quelle contenute nella lista acclusa al Regolamento U.E. 2016/794 istitutivo dell'Agenzia U.E. per la cooperazione nell'attività di contrasto (EUROPOL), stabilendo così un'area comune di intervento dei due organismi. Per non creare sovrapposizioni o interferenze con la neo istituita Procura europea (E.P.P.O.), sono sottratte all'Agenzia le forme di criminalità per le quali E.P.P.O. esercita i suoi compiti di indagine e azione penale, ai sensi del Regolamento U.E. 2017/1939, salvo “i casi in cui siano coinvolti anche Stati membri che non partecipano alla cooperazione rafforzata sull'istituzione di E.P.P.O. e su richiesta di tali Stati o su richiesta di E.P.P.O.”.

Con specifico riferimento ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, la competenza dell'Agenzia è residuale e sussidiaria, rispetto a quella della Procura europea, potendo operare, in relazione agli Stati membri che partecipano alla cooperazione rafforzata, soltanto nelle ipotesi in cui la Procura europea non sia competente o decida di non esercitare la sua competenza. Ogni Stato membro distacca un suo rappresentante presso l'Agenzia¹³¹.

9. La “dipendenza funzionale” della polizia giudiziaria al Pubblico ministero.

L'art. 109 Cost. prescrive che «l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria». Si tratta di una disposizione che intende garantire all'autorità giudiziaria la possibilità di utilizzare, per i compiti d'istituto, “direttamente”, cioè senza intromissioni di altri poteri, le forze di polizia giudiziaria. **In Italia non esiste un corpo di polizia giudiziaria autonomo, ma ogni forza di polizia dipende, come rapporto organico, dal ministero di appartenenza e svolge, indifferentemente, compiti di polizia di sicurezza (funzione preventiva dei reati) e compiti di polizia giudiziaria (funzione repressiva dei reati).** Sono però istituiti servizi e sezioni di polizia giudiziaria (artt. 55 c.p.p. e 12 norme att. c.p.p.), che hanno un rapporto funzionale alle dipendenze di ogni Procura della Repubblica, pur conservando il rapporto organico di dipendenza dall'amministrazione di provenienza.

¹³⁰ La Corte costituzionale aveva escluso la natura giudiziaria di Eurojust (Corte cost. 6 aprile 2011, n. 136).

¹³¹ Il rappresentante di ogni Stato membro ha il potere di agevolare o altrimenti sostenere l'emissione o l'esecuzione delle richieste di assistenza giudiziaria o riconoscimento reciproco, contattare direttamente e scambiare informazioni con le autorità nazionali competenti del proprio Stato membro o con qualsiasi altro organo, ufficio o agenzia competente dell'Unione, inclusa la Procura europea, contattare direttamente e scambiare informazioni con le autorità internazionali competenti, in conformità degli impegni internazionali del proprio Stato membro e infine partecipare alle squadre investigative comuni e anche alla loro costituzione. Inoltre, di concerto con l'autorità nazionale competente, i membri nazionali possono, in conformità al diritto interno, “emettere o eseguire ogni richiesta di assistenza giuridica reciproca o di riconoscimento reciproco”, nonché “disporre, chiedere o eseguire misure investigative a norma della direttiva 2014/41 UE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'ordine europeo di indagine penale.

PARTE V LA RESPONSABILITÀ DEL MAGISTRATO

1. La responsabilità del magistrato in generale

La **responsabilità giuridica** del magistrato per gli atti compiuti **nell'esercizio delle sue funzioni**, può essere di **natura disciplinare, civile, penale o anche contabile**. Il principio di indipendenza del magistrato esclude che egli possa essere soggetto alla cosiddetta responsabilità politica istituzionale, che, pur in assenza di una condotta illecita, può comportare la perdita o il mancato rinnovo della carica per il modo in cui il funzionario ha gestito l'ufficio. È ovviamente sempre ammessa la libertà di critica, espressione della libertà d'opinione di cui all'art. 21 Cost.

2. La responsabilità disciplinare.

2.1 Gli illeciti disciplinari.

Incorrono in responsabilità disciplinare i magistrati che tengono comportamenti che integrano illecito disciplinare; mentre in passato l'individuazione degli illeciti in questione era lasciata all'organo disciplinare, in attuazione del principio di legalità il **d.lgs. n. 109/2006 ha tipizzato i comportamenti illeciti** ¹³².

Oggi, pertanto, l'**art. 1 d.lgs. n. 109/2006** stabilisce che il magistrato esercita le funzioni attribuitegli con imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo e equilibrio e rispetta la dignità della persona nell'esercizio delle funzioni.

L'**art. 2 d.lgs. n. 109/2006** indica **tassativamente, nei seguenti, i fatti costituenti illecito disciplinare nell'esercizio delle funzioni:**

- a) fatto salvo quanto previsto dalle lettere b) e c), i comportamenti che, violando i doveri di cui all'articolo 1, arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti¹³³;
- b) l'omissione della comunicazione, al Consiglio superiore della magistratura, della sussistenza di una delle situazioni di incompatibilità di cui agli articoli 18 e 19 dell'ordinamento giudiziario, di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, e successive modificazioni, come modificati dall'articolo 29 del presente decreto;
- c) la consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge;
- d) i comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nei confronti delle parti, dei loro difensori, dei testimoni o di chiunque abbia rapporti con il magistrato nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratori¹³⁴;

¹³² Come riconosce Cass., Sez. un. civ., n. 14697/2010.

¹³³ Con la sentenza 4 maggio 2017, n. 10793, le Sezioni unite civili, in relazione al rilievo disciplinare di cui all'art. 2, comma 1, lettera a), d.lgs. n. 109 del 2006, nel confermare la sentenza della Sezione disciplinare che ha ritenuto responsabile un sostituto procuratore della Repubblica per il colpevole ritardo nelle indagini che aveva provocato la prescrizione dei reati, hanno ritenuto corretta l'affermazione del giudice disciplinare del merito secondo cui il danno ingiusto per la parte civile è derivato dal non aver potuto quest'ultima ottenere il risarcimento in sede penale, vedendosi costretta ad intraprendere il percorso dell'azione in sede civile (il che, sommandosi al tempo già vanamente trascorso nelle more del procedimento penale, dilata l'orizzonte temporale in cui si collocherà la pronuncia sulla domanda risarcitoria), e che l'indebito vantaggio per gli imputati è consistito nel proscioglimento per intervenuta prescrizione.

¹³⁴ Le SS.UU. hanno chiarito che il bene protetto dalla previsione di cui all'art. 4, comma 1, lettera d), d. lgs. n. 109 del 2006 è costituito dalla immagine del magistrato, risultando quindi irrilevante il fatto che il destinatario di parole oggettivamente diffamatorie possa non averle percepite in tal senso (Cass., sez. un. civ., sentenza 31 luglio 2017, n. 18987).

- e) l'ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato;
- f) l'omessa comunicazione al capo dell'ufficio, da parte del magistrato destinatario, delle avvenute interferenze;
- g) la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile¹³⁵;
- h) il travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile;
- i) (lettera abrogata dalla l. 24 ottobre 2006, n. 269);
- j) l'emissione di provvedimenti privi di motivazione, ovvero la cui motivazione consiste nella sola affermazione della sussistenza dei presupposti di legge senza indicazione degli elementi di fatto dai quali tale sussistenza risulti, quando la motivazione è richiesta dalla legge;
- k) l'adozione di provvedimenti adottati nei casi non consentiti dalla legge, per negligenza grave e inescusabile, che abbiano leso diritti personali o, in modo rilevante, diritti patrimoniali;
- l) la reiterata o grave inosservanza delle norme regolamentari o delle disposizioni sul servizio giudiziario o sui servizi organizzativi e informatici adottate dagli organi competenti;
- m) l'indebito affidamento ad altri di attività rientranti nei propri compiti;
- n) l'inosservanza dell'obbligo di risiedere nel comune in cui ha sede l'ufficio in assenza dell'autorizzazione prevista dalla normativa vigente se ne è derivato concreto pregiudizio all'adempimento dei doveri di diligenza e laboriosità;
- o) il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni; si presume non grave, salvo che non sia diversamente dimostrato, il ritardo che non eccede il triplo dei termini previsti dalla legge per il compimento dell'atto;
- p) il sottrarsi in modo abituale e ingiustificato all'attività di servizio;
- q) per il dirigente dell'ufficio o il presidente di una sezione o il presidente di un collegio, l'omettere di assegnarsi affari e di redigere i relativi provvedimenti;
- r) l'inosservanza dell'obbligo di rendersi reperibile per esigenze di ufficio quando esso sia imposto dalla legge o da disposizione legittima dell'organo competente;
- s) la divulgazione, anche dipendente da negligenza, di atti del procedimento coperti dal segreto o di cui sia previsto il divieto di pubblicazione, nonché la violazione del dovere di riservatezza sugli affari in corso di trattazione, o sugli affari definiti, quando è idonea a ledere indebitamente diritti altrui;
- t) pubbliche dichiarazioni o interviste che riguardino i soggetti coinvolti negli affari in corso di trattazione, ovvero trattati e non definiti con provvedimento non soggetto a impugnazione ordinaria, quando sono dirette a ledere indebitamente diritti altrui nonché la violazione del divieto di cui all'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo 20 febbraio 2006, n. 106;
- u) (lettera abrogata dalla l. 24 ottobre 2006, n. 269);
- v) il sollecitare la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività di ufficio ovvero il costituire e l'utilizzare canali informativi personali riservati o privilegiati;
- w) (lettera abrogata dalla l. 24 ottobre 2006, n. 269);

¹³⁵ Al fine di ritenere integrato l'illecito disciplinare di cui all'art. 2, comma 1, lett. g. d. lgs. 23.2.2006, n. 109, non basta che siano stati utilizzati istituti giuridici in modo difforme dal dettato legislativo e fuori dei requisiti espressamente indicati dalla norma; occorre, infatti, la sussistenza dell'altro requisito ineludibile per l'integrazione dell'illecito disciplinare contestato, consistente nella compromissione della considerazione del singolo magistrato e del prestigio dell'ordine giudiziario (Cass., Sez. un. civ. 15 aprile 2020, n. 7832).

- x) l'adozione intenzionale di provvedimenti affetti da palese incompatibilità tra la parte dispositiva e la motivazione, tali da manifestare una preconstituita e inequivocabile contraddizione sul piano logico, contenutistico o argomentativo;
- y) l'omissione, da parte del dirigente l'ufficio o del presidente di una sezione o di un collegio, della comunicazione agli organi competenti di fatti a lui noti che possono costituire illeciti disciplinari compiuti da magistrati dell'ufficio, della sezione o del collegio;
- z) l'omissione, da parte del dirigente l'ufficio ovvero da parte del magistrato cui compete il potere di sorveglianza, della comunicazione al Consiglio superiore della magistratura della sussistenza di una delle situazioni di incompatibilità previste dagli articoli 18 e 19 dell'ordinamento giudiziario, di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, come da ultimo modificati dall'articolo 29 del presente decreto, ovvero delle situazioni che possono dare luogo all'adozione dei provvedimenti di cui agli articoli 2 e 3 del regio decreto legislativo 31 maggio 1946, n. 511, come modificati dagli articoli 26, comma 1 e 27 del presente decreto;
- aa) l'adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza;
- bb) l'emissione di un provvedimento restrittivo della libertà personale fuori dei casi consentiti dalla legge, determinata da negligenza grave ed inescusabile.
- cc) l'inosservanza dell'articolo 123 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271 (si tratta del luogo e dei tempi di svolgimento dell'udienza di convalida dell'arresto e del fermo).

Il secondo comma della disposizione, inoltre, precisa che, «**fermo quanto previsto dal comma 1, lettere g), h), i), l), m), n), o), p), cc) e ff), l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare**».

L'art. 3 d.lgs. cit., a sua volta, individua i fatti integranti illeciti disciplinari fuori dell'esercizio delle funzioni nei seguenti comportamenti:

- a) l'uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti per sé o per altri;
- b) il frequentare persona sottoposta a procedimento penale o di prevenzione comunque trattato dal magistrato, o persona che a questi consta essere stata dichiarata delinquente abituale, professionale o per tendenza o aver subito condanna per delitti non colposi alla pena della reclusione superiore a tre anni o essere sottoposto ad una misura di prevenzione, salvo che sia intervenuta la riabilitazione, ovvero l'intrattenere rapporti consapevoli di affari con una di tali persone;
- c) l'assunzione di incarichi extragiudiziari senza la prescritta autorizzazione del Consiglio superiore della magistratura;
- d) lo svolgimento di attività incompatibili con la funzione giudiziaria di cui all'articolo 16, comma 1, del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, e successive modificazioni, o di attività tali da recare concreto pregiudizio all'assolvimento dei doveri disciplinati dall'articolo 1;
- e) l'ottenere, direttamente o indirettamente, prestiti o agevolazioni da soggetti che il magistrato sa essere parti o indagati in procedimenti penali o civili pendenti presso l'ufficio giudiziario di appartenenza o presso altro ufficio che si trovi nel distretto di Corte d'appello nel quale esercita le funzioni giudiziarie, ovvero dai difensori di costoro, nonché ottenere, direttamente o indirettamente, prestiti o agevolazioni, a

condizioni di eccezionale favore, da parti offese o testimoni o comunque da soggetti coinvolti in detti procedimenti;

- f) (lettera abrogata dalla l. 24 ottobre 2006, n. 269);
- g) la partecipazione ad associazioni segrete o i cui vincoli sono oggettivamente incompatibili con l'esercizio delle funzioni giudiziarie;
- h) l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario che possono condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque compromettere l'immagine del magistrato;
- i) l'uso strumentale della qualità che, per la posizione del magistrato o per le modalità di realizzazione, è diretto a condizionare l'esercizio di funzioni costituzionalmente previste;
- j) (lettera abrogata dalla l. 24 ottobre 2006, n. 269)¹³⁶.

Deve, infine, ricordarsi che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che **al magistrato deve essere riconosciuta la libertà di espressione se le sue dichiarazioni non ledono il sistema giustizia**. La Corte e.d.u. ha, infatti, precisato che **l'applicazione di una sanzione disciplinare lieve** a un magistrato che, con un'intervista alla stampa, avanza critiche sul buon funzionamento della giustizia e insinua dubbi sull'indipendenza e l'imparzialità dei magistrati, **è compatibile con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo** e, in particolare, con il diritto alla libertà di espressione, di cui all'art. 10 Conv. eur. I magistrati godono, al pari di ogni individuo, della **libertà di espressione** ma un'ingerenza dello Stato con un **effetto**

¹³⁶ Con riferimento a tali ultime ipotesi di illecito disciplinare, di particolare interesse appare la sentenza della Corte costituzionale n. 224 del 2009, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, lett. h), d.lgs. n. 109 del 2006, sollevata in riferimento agli artt. 2, 3, 18, 49 e 98 Cost., nella parte in cui prevede e sanziona come illecito disciplinare del magistrato il divieto di iscrizione ai partiti politici (Corte cost. 10 giugno-8 luglio 2009, n. 224).

La Corte costituzionale ha, invece, dichiarato illegittimo, per violazione dell'art. 3 Cost., l'art. 13, comma 1 secondo periodo, d. lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, limitatamente alle parole da "quando ricorre" a "nonché" (in motivazione La Corte ha rilevato che l'automatica applicabilità, prevista dalla norma censurata, della sanzione accessoria del trasferimento del magistrato nel caso di accertamento delle violazioni di cui all'art. 2, comma 1, lett. a), d. lgs. n. 109 del 2006 determina un *vulnus* al principio di uguaglianza e un'irragionevole deroga alla regola generale di cui all'art. 13, comma 1, d. lgs. citato).

Si segnalano, inoltre, nel panorama giurisprudenziale, i seguenti principi affermati dalle Sezioni Unite civili della Suprema Corte di cassazione:

- costituisce illecito disciplinare per il magistrato precludere alle parti di esercitare il proprio diritto di difesa (Cass., Sez. Un. civ., 28 settembre 2009, n. 20730);
- integra l'elemento oggettivo costitutivo di un illecito disciplinare il comportamento di un pubblico ministero il quale disponga, nel corso delle indagini preliminari, una consulenza tecnica attraverso la quale una persona informata dei fatti venga sottoposta, in violazione del divieto di cui all'art. 188 c.p.p., ad una seduta ipnotica al fine di recuperare ricordi rimossi (Cass. civ., Sez. Un., 18 dicembre 2007, XY c/ Ministero giustizia, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3617);
- il ritardo nel deposito delle sentenze e dei provvedimenti giudiziari integra l'illecito disciplinare di cui all'art. 2, comma 1, lett. q), d.lgs. n. 109/2006, qualora risulti, oltre che reiterato e grave, anche ingiustificato (Cass., sez. un. civ. 18 giugno 2010, n. 14697);
- nell'illecito disciplinare per il ritardo nel deposito dei provvedimenti giudiziari è onere del magistrato incolpato allegare le circostanze oggettivamente idonee a dimostrare la specifica giustificabilità del ritardo, situazione che ricorre quando il comportamento osservante del precetto normativo si considera inesigibile (Cass., Sez. un. civ., 17 gennaio 2012, n. 528, in *Guida dir.*, 2012, n. 9, p. 22);
- non è ravvisabile l'errore che cade nella fase preinterpretativa dell'individuazione della disposizione, allorché la disposizione applicata sia correttamente individuata e non venga ad essa attribuito un significato che vada contro ogni possibile significante di essa (fattispecie in cui il criterio di computo degli interessi sul capitale è stato considerato frutto di una scelta interpretativa, e quindi non abnorme e non sindacabile in sede di promovibilità dell'azione di responsabilità) (Cass., Sez. un. civ., 15 gennaio 2019, n. 11747).

restrittivo del diritto è ammissibile se necessaria alla **salvaguardia di altri valori fondamentali come il buon funzionamento della giustizia**. I magistrati devono astenersi dall'utilizzare la stampa e ciò anche nei casi in cui vengano provocati. **Il sistema disciplinare attivato all'interno del C.S.M. è compatibile con l'art. 6 Conv. eur. perché è assicurata l'indipendenza e l'imparzialità dei componenti chiamati a giudicare** ¹³⁷.

2.2. Il procedimento disciplinare.

Il procedimento disciplinare nei confronti dei magistrati è disciplinato dal **decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109 (Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati)**.

La **Corte europea dei diritti dell'uomo** ha precisato che **i principi dell' "equo processo" devono osservarsi anche nel procedimento disciplinare a carico di magistrati** ¹³⁸.

In realtà, si tratta di un **procedimento conforme all'art. 6 Conv. eur. dir. uomo, sia quanto alla tutela del diritto di difesa, sia quanto alla "durata ragionevole", potendo durare appena un anno la fase delle indagini, due anni il giudizio ed un anno l'eventuale giudizio di rinvio; con la conseguenza che il superamento di tali termini comporta la perenzione del procedimento disciplinare.**

3. La responsabilità civile.

Originariamente la responsabilità civile dei magistrati (giudici e pubblici ministeri) era regolata dagli artt. 55, 56 e 74 c.p.c. In base a queste norme, il giudice era civilmente responsabile soltanto:

- 1) quando nell'esercizio delle sue funzioni era imputabile di dolo, frode o concussione;
- 2) quando senza giusto motivo rifiutava, ometteva o ritardava di provvedere sulle domande o istanze delle parti e, in generale, di compiere un atto del suo ministero.

Questa disciplina fu oggetto di forti critiche poiché mandava esente il magistrato da ogni responsabilità colposa, anche grave.

Il malcontento verso queste norme crebbe a seguito di alcuni casi di cronaca (su tutti, il caso Tortora), i quali ebbero un forte impatto sull'opinione pubblica e spinsero il partito radicale e alcune associazioni di cittadini alla raccolta di firme per un referendum che portasse all'abrogazione dei menzionati tre articoli del codice di procedura civile. Il referendum si tenne nel novembre del 1987: votarono il 65% degli aventi diritto e l'80,2% dei votanti si pronunciò a favore dell'abrogazione (e dunque, implicitamente, a favore della responsabilità per colpa dei magistrati). Il vuoto normativo che si creò fu colmato dalla l. 13 aprile 1988 n. 117 ("Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati", c.d. "**legge Vassalli**"). Questa legge aveva però, secondo i più, tradito la volontà popolare espressa dal referendum ¹³⁹.

¹³⁷ Corte e.d.u., sez. II, 9 luglio 2013, Di Giovanni c/ Italia, in *Guida dir.* 2013, n. 34-35, p. 86.

¹³⁸ Corte e.d.u., sez. I, 5 febbraio 2009, Olujic vs. Croazia, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4036.

¹³⁹ La "legge Vassalli" prevedeva, anzitutto, un "filtro" sull'ammissibilità della domanda, superato il quale era ammessa non un'azione diretta del danneggiato nei confronti del magistrato, ma un'azione indiretta, cioè nei confronti dello Stato, il quale poteva poi rivalersi nei confronti del magistrato responsabile, ma soltanto per una somma pari ad un terzo di una annualità dello stipendio. La legge era unanimemente considerata inadeguata a garantire un diritto al risarcimento, com'è dimostrato dai dati statistici: dal 1988, cioè da quando entrò in vigore la legge Vassalli, furono complessivamente 410 le cause proposte per far valere la responsabilità civile dei magistrati. Tra i ricorsi presentati, 266 furono ritenuti inammissibili e soltanto 7 furono accolti. Inoltre, è

Intanto la Corte di giustizia dell'Unione europea stabilì che la violazione manifesta del diritto vigente da causa al diritto al risarcimento in favore di colui che ha subito danni dal provvedimento del giudice¹⁴⁰.

Successivamente la **Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea** riconobbe che **l'interpretazione delle norme di diritto rientra nell'essenza vera e propria dell'attività giurisdizionale** e che **non si può escludere che una violazione manifesta del diritto comunitario venga commessa nell'esercizio dell'attività interpretativa¹⁴¹.**

Anzitutto, la Corte di giustizia affermò che **il diritto comunitario osta ad una legislazione nazionale che escluda, in maniera generale, la sussistenza di una qualsiasi responsabilità dello Stato membro, allorché la violazione imputabile ad un organo giurisdizionale di tale Stato risulti da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale¹⁴².**

Altro importante principio affermato dalla Corte di giustizia riguarda la **limitazione della responsabilità**, apposta dall'art. 2, comma 1, l. n. 117 del 1988, **ai soli casi di dolo o colpa grave**. Secondo i giudici del Lussemburgo, infatti, **il danno deve essere risarcito in ogni caso di violazione manifesta del diritto vigente**, atteso che **il diritto comunitario osta ad una legislazione nazionale che limiti la sussistenza di tale responsabilità.**

In seguito alla condanna, poiché lo Stato italiano non aveva modificato il testo della l. n. 117/88, la Corte di giustizia dell'Unione europea condannò l'Italia per inadempimento ex art. 258 TFUE¹⁴³.

Il diritto dell'Unione europea ammette, pertanto, soltanto tre condizioni, necessarie e sufficienti, per cui lo Stato è tenuto a risarcire i danni subiti dai singoli a causa di una non corretta applicazione del diritto dell'UE da parte di organi giurisdizionali di ultima istanza:

- 1. la norma comunitaria violata deve attribuire diritti ai singoli;**
- 2. si è in presenza di una manifesta violazione delle norme dell'U.E.;**
- 3. sussiste un nesso causale tra violazione e danno.**

significativo osservare come, nel periodo febbraio 2011-gennaio 2014, su 21 sentenze della Corte di cassazione ben 20 abbiano confermato l'inammissibilità della domanda. La Corte di cassazione aveva indicato i cinque profili della grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile nell'esercizio delle funzioni giudiziarie (Cass., sez. III civ., 18 marzo 2008, n. 7272; in precedenza, negli stessi termini, Cass., sez. III civ., 5 luglio 2007, n. 15227): violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma; lettura della disposizione in termini contrastanti con ogni criterio logico; adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore; manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo; sconfinamento dell'interpretazione nel diritto libero. Secondo la Corte di legittimità, a dar luogo alla risarcibilità del danno cagionato per grave violazione di legge non bastava, da parte del magistrato, una negligenza pura e semplice. Essa, invece, deve essere «inescusabile»: vale a dire inspiegabile, perché risulta priva di agganci con le particolarità della vicenda che siano in grado di rendere comprensibile l'errore del giudice. Si trattava, in realtà, di un'interpretazione che svuotava di contenuto la legge sulla responsabilità del magistrato perché interpretava la nozione di «colpa grave» in termini estremamente restrittivi, il che, in contrasto con i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, determinava una limitazione della responsabilità dello Stato italiano, anche in casi diversi dall'interpretazione di norme di diritto o dalla valutazione di fatti e prove.

¹⁴⁰ Corte di giustizia U.E. sentenza 30 settembre 2003, causa C – 224/01, Kobler.

¹⁴¹ Corte di giustizia U.E., Grande Sezione, sentenza 13 giugno 2006, nella causa C- 173/03, Traghetti del Mediterraneo S.p.A. in liquidazione c/ Repubblica Italiana (domanda di pronuncia pregiudiziale).

¹⁴² Secondo la Corte di giustizia, pertanto, la clausola di salvaguardia prevista dall'art. 2, comma 2, l. 13 aprile 1988, n. 117 (che escludeva sempre e comunque la responsabilità del magistrato sia per l'interpretazione di norme di diritto sia per quella di valutazione del fatto e delle prove), non è compatibile con il diritto dell'Unione europea.

¹⁴³ Corte di giustizia U.E., sez. III, 24 novembre 2011, Commissione europea contro la Repubblica italiana – causa C-379/10 Ricorso per inadempimento in base al principio generale della responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di un loro organo giurisdizionale di ultimo grado, ai sensi dell'art. 258 TFUE).

Queste sono le **uniche condizioni** che la Corte di giustizia U.E. considera ammissibili, per cui, **in presenza dei tre presupposti**, lo Stato **deve procedere a risarcire i soggetti danneggiati**, senza possibilità di imporre ulteriori condizioni più restrittive¹⁴⁴.

È perciò intervenuta la **l. 27 febbraio 2015, n. 18 (Disciplina della responsabilità civile dei magistrati)**, che ha modificato in diversi punti la precedente l. 13 aprile 1988, n.117.

Anzitutto, ai sensi dell'art. 1, la disciplina si applica:

- a tutti gli appartenenti alle magistrature ordinaria, amministrativa, contabile, militare e speciali, che esercitano l'attività giudiziaria, indipendentemente dalla natura delle funzioni, nonché agli estranei che partecipano all'esercizio della funzione giudiziaria;
- anche ai magistrati che esercitano le proprie funzioni in organi collegiali.

La nuova disciplina ha confermato il principio della **responsabilità indiretta del magistrato**, nel senso che il cittadino che ha subito un danno ingiusto può esercitare l'azione risarcitoria esclusivamente nei confronti dello Stato, il quale ha poi diritto di rivalsa nei confronti del magistrato colpevole (ma se il danno è conseguenza di un fatto costituente reato commesso da un magistrato nell'esercizio delle sue funzioni l'azione risarcitoria è diretta nei confronti del magistrato e dello Stato).

L'azione resta esperibile contro lo Stato, ma la domanda deve essere proposta a pena di decadenza entro tre anni (non più due) dal momento in cui l'azione è esperibile.

È stato **abolito il previo giudizio di ammissibilità della domanda** di risarcimento da parte del tribunale distrettuale (cosiddetto filtro, che valutava preliminarmente presupposti e manifesta infondatezza). La Corte costituzionale ha ritenuto legittima l'abolizione del cd. filtro, affermando che non è costituzionalmente necessario per tutelare l'autonomia e dell'indipendenza della magistratura che sia prevista una delibazione preliminare dell'ammissibilità della domanda contro lo Stato (il c.d. filtro), in quanto la disciplina in materia, pur riformata dalla l. n. 18/2015, vede la permanenza di una responsabilità solo indiretta del magistrato e un'azione di rivalsa con diversi presupposti, elementi che di fatto assicurano la serenità di giudizio dei magistrati e la loro soggezione solo alla legge¹⁴⁵.

Chi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento di tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali (non essendo più necessario che derivino dalla privazione della libertà personale) (art. 2).

E' perciò prevista la responsabilità civile in **tutti i casi di dolo del magistrato e in caso di diniego di giustizia** ¹⁴⁶.

¹⁴⁴ La legge italiana, invece, fissava un limite soggettivo (perché limitava l'azione di responsabilità ai soli casi in cui il provvedimento giudiziario erroneo fosse stato adottato con dolo o colpa grave) ed uno oggettivo (in quanto lo Stato non era responsabile per le attività degli organi giurisdizionali riguardanti l'interpretazione delle norme e la valutazione del fatto e delle prove): limiti che la Corte di giustizia U.E. dichiarò già incompatibili con il principio della responsabilità extracontrattuale dei Paesi membri per violazione dell'ordinamento comunitario, tanto più che l'interpretazione delle norme «rientra nell'essenza vera e propria dell'attività giurisdizionale» (come affermò la Grande Camera, nella causa C-173/03, Traghetti del Mediterraneo, cit.). Era perciò da tempo in discussione in Parlamento un disegno di legge di riforma della responsabilità civile dei magistrati.

¹⁴⁵ Corte cost. 3 aprile 2017, n. 164.

¹⁴⁶ Costituisce diniego di giustizia il rifiuto, l'omissione o il ritardo del magistrato nel compimento di atti del suo ufficio quando, trascorso il termine di legge per il compimento dell'atto, la parte ha presentato istanza per ottenere il provvedimento e sono decorsi inutilmente, senza giustificato motivo, trenta giorni dalla data di deposito in cancelleria. Se il termine non è previsto, debbono in ogni caso decorrere inutilmente trenta giorni dalla data del deposito in cancelleria dell'istanza volta ad ottenere il provvedimento.

Per adeguarsi alle sentenze della Corte di giustizia U.E., la nuova legge, pur confermando la regola che non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove, introduce due eccezioni, costituenti **“colpa grave”** e che perciò, a norma dell'art. 2, **danno luogo a responsabilità civile:**

1. la **“violazione manifesta della legge”** (tenendo conto, in particolare, del “grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza”) **“nonché del diritto dell'Unione europea”** (tenendo conto anche della “mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea”);
2. **“il travisamento del fatto o delle prove, ovvero l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento, ovvero l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione”**¹⁴⁷.

L'azione di rivalsa dello Stato nei confronti del magistrato diventa obbligatoria e deve essere esercitata dal Presidente del Consiglio entro due anni dall'avvenuto risarcimento, ma solo nei casi di diniego di giustizia o dolo o negligenza inescusabile, che abbiano determinato violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione ovvero il travisamento del fatto o delle prove¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma considera “travisamento” rilevante ai fini della responsabilità civile del magistrato unicamente quello macroscopico ed evidente, tale da non richiedere alcun approfondimento di carattere interpretativo o valutativo. La giurisprudenza ha affermato la responsabilità civile dello Stato per grave violazione di legge da parte del Pubblico Ministero, nell'ipotesi in cui questi aveva omesso per negligenza inescusabile di compiere un atto di indagine che, in forza di una valutazione probabilistica, se fosse stato compiuto sarebbe stato idoneo ad evitare l'omicidio della vittima, la quale aveva denunciato più volte le minacce gravi subito dall'indagato (Tribunale di Messina, sez. I, sentenza 30 maggio 2017, in una fattispecie in cui l'azione risarcitoria nei confronti dello Stato per fatto colposo del magistrato, nella specie per aver omesso a causa di negligenza inescusabile di compiere le indagini necessarie in relazioni a plurime denunce presentate da una donna nei confronti del marito, la quale era stata poi uccisa dal coniuge utilizzando un coltello. Il procedimento civile nei confronti dello Stato per la responsabilità derivante da condotte dolose o colpose del magistrato, ai sensi della legge n.117/1988 come novellata dalla legge n.18/2015), ha nel caso di specie come presupposto di fatto l'omicidio di una donna uccisa a coltellate dal marito, che era stato più volte denunciato dalla vittima per minacce, aggravate dal possesso di un coltello, maltrattamenti o lesioni, nell'ambito di una difficilissima separazione coniugale. Per alcuni fatti denunciati vi erano stati provvedimenti di archiviazione (anche per difetto di querela), per altri invece l'autorità giudiziaria aveva provveduto con l'applicazione per un breve periodo della misura cautelare.

¹⁴⁸ I giudici popolari rispondono soltanto in caso di dolo, mentre i cittadini estranei alla magistratura che concorrono a formare o formano organi giudiziari collegiali rispondono in caso di dolo o negligenza inescusabile per travisamento del fatto o delle prove (art. 7). La misura della rivalsa non può superare una somma pari alla metà di una annualità dello stipendio (in precedenza era un terzo), al netto delle trattenute fiscali, ma se vi è dolo la rivalsa è per l'intero risarcimento (art. 8). Resta l'obbligo per il procuratore generale presso la corte di cassazione e per il titolare dell'azione disciplinare di esercitare l'azione disciplinare nei confronti del magistrato per i fatti che hanno dato causa all'azione di risarcimento, mentre il ministro della giustizia ne ha facoltà. È confermato il diritto al risarcimento nei confronti del magistrato e dello Stato per chi ha subito un danno in conseguenza di un fatto costituente reato commesso dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni e lo Stato ha azione di regresso (il cui mancato esercizio comporta responsabilità contabile) per l'intero importo del danno. Resta anche confermato che il risarcimento ottenuto a causa della responsabilità civile del magistrato non pregiudica il diritto alla riparazione a favore delle vittime di errori giudiziari e di ingiusta detenzione.

4. La responsabilità penale.

I magistrati, come tutti i cittadini, sono **responsabili penalmente per i reati da essi commessi sia nell'esercizio delle loro funzioni** (ad es. corruzione in atti giudiziari, abuso d'ufficio, omissione di atti d'ufficio, falsità ideologica o materiale), **sia come privati cittadini** (ad es. omicidio, furto, lesioni personali).

Il codice di procedura penale, **per sottrarre il magistrato al giudizio dei colleghi del suo stesso distretto**, stabilisce una **particolare competenza** per i procedimenti in cui un **magistrato** assume la qualità di **persona sottoposta alle indagini**, di **imputato** ovvero di **persona offesa o danneggiata dal reato**, prescrivendo che **detti procedimenti sono di competenza del giudice**, ugualmente competente per materia, **che ha sede nel capoluogo del distretto di Corte d'appello determinato dalla tabella A allegata all'art. 1 disp. att. c.p.p.** (art. 11 c.p.p.).

Sulla base di tale tabella, pertanto, dal distretto di Roma la competenza territoriale si sposta al distretto di Perugia, da Perugia a Firenze, da Firenze a Genova, da Genova a Torino, da Torino a Milano, da Milano a Brescia, da Brescia a Venezia, da Venezia a Trento, da Trento a Trieste, da Trieste a Bologna, da Bologna ad Ancona, da Ancona a L'Aquila, da L'Aquila a Campobasso, da Campobasso a Bari, da Bari a Lecce, da Lecce a Potenza, da Potenza a Catanzaro, da Cagliari a Roma, da Palermo a Caltanissetta, da Caltanissetta a Catania, da Catania a Messina, da Messina a Reggio Calabria, da Reggio Calabria a Catanzaro, da Catanzaro a Salerno.

5. La responsabilità contabile.

Oltre alle altre forme di responsabilità, **il magistrato**, come tutti i pubblici dipendenti, **è sottoposto anche ad una responsabilità amministrativa e contabile.**

In particolare i capi degli uffici giudiziari sono contabilmente **responsabili per il danno erariale procurato**, con la loro illegittima condotta, alla pubblica amministrazione.