



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

PRINCIPI DEL PROCESSO PENALE

di Leonardo Filippi

anno accademico 2020-2021

INDICE – SOMMARIO

PRINCIPI DEL PROCESSO PENALE

1. Principi e regole.....	
2. I protagonisti e i comprimari.....	
3. Le fonti del diritto processuale penale.....	
4. I MODELLI PROCESSUALI	
4.1. Il modello inquisitorio e quello accusatorio.....	
4.2. Il principio del “primato del diritto dell’U.E.”.....	
4.3. Il “giusto” processo e l’"equo" processo.....	
4.4. Il principio di legalità processuale.....	
4.5. La giustizia amministrata “in nome del popolo”.....	
4.6. Il principio di tassatività.....	
4.7. <i>Tempus regit actum</i> per le norme processuali.....	
4.8. Il divieto di retroattività per le norme che aggravano l’esecuzione della pena.....	
4.9. Il principio di non regressione del processo.....	
4.10. Il principio del <i>favor separationis</i>	
4.11. Il principio di lealtà processuale.....	
5. IL GIUDICE	
5.1. I giudici “ordinari”.....	
5.2. I giudici “speciali”.....	
5.3. I giudici “specializzati”.....	
5.4. I giudici “straordinari”.....	
5.5. L’ “autonomia” del giudice.....	
5.6. La “terzietà” e “imparzialità” del giudice	
5.7. L’indipendenza “interna” ed “esterna” del magistrato.....	
5.8. Il giudice “naturale precostituito per legge”.....	
5.9. L’” inamovibilità” del magistrato.....	
5.10. La giurisdizione, la competenza e il principio della <i>perpetuatio iurisdictionis</i>	
6. LE GARANZIE PROCESSUALI E IL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA	
6.1. La presunzione di innocenza.	
6.2. Il principio del <i>favor rei</i>	
6.3. La parità tra le parti nel contraddittorio	
6.4. L’ "inviolabile" diritto di difesa.....	
6.5. La difesa dei non abbienti.....	
6.6. La “ragionevole durata” del processo.	
6.7. Il diritto all’interprete.....	
6.8. Il diritto dell’accusato al silenzio (<i>nemo tenetur se detegere</i>).....	
6.9. Le "inviolabili" libertà fondamentali.....	
6.10. I principi di proporzionalità e di adeguatezza delle misure cautelari e della pena....	
6.11. Il principio di massima espansione delle garanzie.....	
6.12. I principi dell’”autonomia procedurale” nazionale, di effettività e di equivalenza....	
6.13. Diritti processuali e abuso del processo.....	
7. LA PROVA	

7.1. Il diritto alla prova e il principio dispositivo.....	
7.2. I poteri probatori ufficiosi del giudice.....	
7.3. Il principio dell'onere della prova.....	
7.4. Il principio di pertinenza della prova.....	
7.5. Il principio di autodeterminazione.....	
7.6. Il principio del libero convincimento del giudice.....	
7.7. Il principio di conservazione della prova.....	
7.8. Il procedimento probatorio.....	

8. I MEZZI DI PROVA

8.1. La testimonianza.....	
8.2. L'esame delle parti.....	
8.3. Il confronto.....	
8.4. La ricognizione.....	
8.5. L'esperienza giudiziale.....	
8.6. La perizia.....	
8.7. Il documento.....	

9. I MEZZI DI RICERCA DELLA PROVA

9.1. Le ispezioni.....	
9.2. Le perquisizioni.....	
9.3. I sequestri.....	
9.4. Le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni.....	
9.5. La conservazione e l'acquisizione dei dati telefonici, telematici e di ubicazione...	

10 GLI ATTI DEL PROCEDIMENTO

10.1. Il procedimento in camera di consiglio.....	
10.2. L'obbligo della immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità.....	
10.3. Il segreto investigativo e il segreto a tutela della riservatezza.....	
10.4. La documentazione e la traduzione degli atti.....	
10.5. Le notificazioni degli atti.....	
10.6. I termini processuali.....	

11. LE INVALIDITA' DEGLI ATTI

11.1. La nullità.....	
11.2. L'inutilizzabilità.....	
11.3. L'inammissibilità e la decadenza.....	

12. IL PROCEDIMENTO

12.1. Il principio della domanda (<i>ne procedat iudex ex officio</i>).....	
12.2. L'iscrizione della notizia di reato e le indagini preliminari	
12.3. L'informazione sulla natura e i motivi dell'accusa	
12.4. L'obbligatorietà e l'irretrattabilità dell'azione penale.....	
12.5. L'archiviazione della notizia di reato.....	
12.6. La <i>discovery</i> degli atti di indagine del P.M.....	

13. IL PROCESSO

13.1. L'imputazione e l'avvio del processo penale.....	
13.2. Il principio di contestazione.....	
13.3. Il controllo del giudice sull'imputazione.....	

- 13.4. La revoca della sentenza di non luogo a procedere.....
- 13.5. Il principio della fluidità dell'imputazione.....
- 13.6. Forme diversificate di controllo sull'imputazione.....
- 13.7. Il principio di immanenza della parte civile.

14. I FASCICOLI PROCESSUALI

- 14.1. Il fascicolo del giudice.....
- 14.2. Il fascicolo delle parti.....

15. IL CONTRADDITTORIO

- 15.1. Il "contraddittorio debole" (sulla prova già acquisita).
- 15.2. Il "contraddittorio forte" (per l'acquisizione della prova)
- 15.3. Le eccezioni alla formazione della prova in contraddittorio.....
- 15.4. Gli atti di indagine irripetibili.....
- 15.4.1. L' irripetibilità degli atti per loro natura.....
- 15.4.2. L' irripetibilità degli atti sopravvenuta e imprevedibilità.....
- 15.5. La non rinviabilità degli atti

16. IL DIBATTIMENTO

- 161. I principi del dibattimento.....
- 16.1.1. La pubblicità del giudizio
- 16.1.2. L'oralità nell'assunzione della prova.....
- 16.1.3. L'immediatezza del giudice con la prova.....
- 16.1.4. La concentrazione del dibattimento e l'immediatezza della deliberazione.....
- 16.1.5. L' immutabilità del giudice.....
- 16.1.6. Il diritto di controesame il proprio accusatore (*right of confrontation*)
- 16.1.7. L'inutilizzabilità delle dichiarazioni dell'accusatore renitente.....

17. I GIUDIZI SPECIALI

- 17.1. I riti speciali acceleratori e premiali.....
- 17.1.1. Il procedimento per decreto penale.....
- 17.1.2. Il giudizio abbreviato.....
- 17.1.3. L'applicazione della pena su richiesta.....
- 17.1.4. La sospensione del procedimento con messa alla prova.....
- 17.2. I riti speciali acceleratori non premiali.....
- 17.2.1. Il giudizio direttissimo.....
- 17.2.2. Il giudizio immediato.....
- 17.2.3. La citazione diretta a giudizio.....

18. LA DECISIONE

- 18.1. La sentenza.....
- 18.2. La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali.....
- 18.3. Il principio di correlazione tra accusa e sentenza.....

19. LE IMPUGNAZIONI ORDINARIE

- 19.1. Il principio del *favor impugnationis*
- 19.2. Il principio del doppio grado di giurisdizione.....
- 19.3. Il principio dell'interesse ad impugnare.....
- 19.4. L'effetto estensivo dell'impugnazione.....

19.5. L'effetto sospensivo dell'impugnazione.....
19.6. L'effetto devolutivo dell'impugnazione.....
19.7. Il divieto di <i>reformatio in peius</i>
19.8. L'appello.....
19.9. Il ricorso.....

20. LA RES IUDICATA

20.1. La relatività del giudicato
20.2. L'effetto vincolante del giudicato.....
20.3. L'effetto preclusivo del giudicato.....
20.4. L'effetto esecutivo del giudicato.....

21. L'ESECUZIONE

21.1. Il procedimento di esecuzione.....
21.2. La finalità rieducativa della pena.
21.3. La riparazione dell'errore giudiziario
21.4. Le impugnazioni straordinarie.....
21.4.1. La revisione della sentenza di condanna.....
21.4.2. Il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto.
21.4.3. La rescissione del giudicato.....

22. I RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON AUTORITÀ STRANIERE

22.1. L'estradizione.....
22.2. Il mandato d'arresto europeo.....
22.3. Le rogatorie internazionali.....
22.4. Effetti delle sentenze penali straniere.....
22.5. Esecuzione all'estero di sentenze penali italiane.....

1. Principi e regole.

È noto che i “principi” sono un tipo di norma giuridica che si distingue dalle “regole” perché, non essendo circostanziati ma ampi e comprensivi, trovano applicazione generale (ad es. i diritti e le libertà costituzionali) e sono affermati in modo assoluto, senza gerarchie o precedenze (CARNELUTTI). In astratto, non sono mai tra loro incompatibili, ma i conflitti tra essi si verificano nell’applicazione concreta (ad es., la libertà personale entra in conflitto con la necessità della custodia cautelare).

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

2. I protagonisti e i comprimari.

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 “pronunziare 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 sono i “soggetti” eventuali (persona offesa e persona danneggiata dal reato, la quale si può costituire parte civile) e le “parti” eventuali (responsabile civile, civilmente obbligato per la pena pecuniaria, ente o associazione rappresentativi degli interessi lesi dal reato, ente responsabile per gli illeciti amministrativi dipendenti dal reato ascritto all’imputato).

3. 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 la potestà legislativa deve essere esercitata nel rispetto non solo della Costituzione della Repubblica, ma anche dei “vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali” (art. 117, comma 1, Cost.).

Pertanto sono fonti del diritto processuale penale anche le molteplici convenzioni internazionali recepite dal nostro Paese e che impongono un'interpretazione non solo costituzionalmente, ma anche “convenzionalmente orientata” delle norme interne.

Anzitutto la **Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo** (approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite a New York il 10 dicembre 1948) prevede all'art. 3 che «ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della propria persona». L'art. 4 sancisce che «nessun individuo potrà essere tenuto in stato di schiavitù o di servitù; la schiavitù e la tratta degli schiavi saranno proibite sotto qualsiasi forma». Secondo l'art. 5 «nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamenti o a punizioni crudeli, inumani o degradanti».

E' fonte soprattutto la **Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea** (la cosiddetta Carta di Nizza) che all'art. 2 stabilisce che «nessuno può essere condannato alla pena di morte, né giustiziato», all'art. 4 prescrive che «nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti», secondo l'art. 5 «nessuno può essere tenuto in condizioni di schiavitù o di servitù» (comma 1), «nessuno può essere costretto a compiere un lavoro forzato o obbligatorio» (comma 2), ed «è proibita la tratta degli esseri umani» (comma 3). L'art. 6 stabilisce che «ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza», l'art. 7 prevede che «ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni». Secondo l'art. 8 «ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano» (comma 1); «tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica»; infine è previsto che «il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente» (comma 3). L'art. 20 garantisce l'uguaglianza davanti alla legge, l'art. 21 la non discriminazione e l'art. 23 la parità tra uomo e donna. Inoltre la Carta prevede nel capo VI le disposizioni sulla giustizia: art. 47 (diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale), 48 (presunzione di innocenza e diritti della difesa), 49 (principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene) e 50 (diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso fatto).

E' ormai unanimemente riconosciuto l'**obbligo in capo al singolo giudice interno di disapplicare qualsiasi norma o disciplina in contrasto con i diritti fondamentali sanciti nella Carta dei diritti fondamentali U.E. poiché costituiscono principi generali del diritto U.E., validi e cogenti erga omnes, alla sola condizione che non contrastino con i diritti e i principi fondamentali della Costituzione.**

L'Italia ha ratificato e dato esecuzione, con l. 9 novembre 2012, n. 195, al Protocollo opzionale alla **Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti**, firmato a New York il 18 dicembre 2002. L'art. 7 sancisce che tutti sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad una eguale tutela contro ogni discriminazione. L'art. 8 garantisce ad ogni individuo il «diritto ad un'effettiva possibilità di ricorso a competenti tribunali nazionali contro atti che violino i diritti fondamentali a lui riconosciuti dalla costituzione o dalla legge» e perciò è garantito il ricorso contro i provvedimenti che incidono sulla libertà personale. L'art. 9 prescrive che «nessun individuo potrà essere arbitrariamente arrestato, detenuto o esiliato». Infine l'art. 10 stabilisce che «ogni individuo ha diritto, in posizione di piena uguaglianza, ad una equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente e imparziale, al fine della determinazione dei suoi diritti e dei suoi doveri, nonché della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta». L'art. 11 stabilisce che «ogni individuo accusato di un reato è presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente in un pubblico processo nel quale egli abbia avuto tutte le garanzie necessarie per la sua difesa». L'art. 12 prescrive che «nessun individuo

potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, né a lesioni del suo onore e della sua reputazione...».

Tra le più importanti Convenzioni sovranazionali, ricordiamo la **Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Conv. e.d.u.)**, che all'art. 3 stabilisce che "Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti", all'art. 6, comma 1, vengono tratteggiati i lineamenti dell'«equo processo» penale, all'art. 7, rubricato «nessuna pena senza legge» (*nulla poena sine lege*) si detta il principio di legalità nazionale o internazionale in materia penale, all'art. 8 si garantisce il diritto alla riservatezza o privatezza e all'art. 10 si garantisce il diritto alla libertà di espressione.

Il **Patto internazionale sui diritti civili e politici (ICCPR)**, adottato a New York in sede O.N.U. il 16 e 19 dicembre 1966, ratificato dall'Italia con l. l. 25 ottobre 1977, n. 881, ha una portata più ampia perché non vincola solo gli Stati europei ma tutti i paesi aderenti alle Nazioni Unite. L'art. 14 P.i.d.c.p. è quello che si interessa direttamente del processo penale e ribadisce alcune garanzie già dettate dalla Convenzione europea.

Sono innumerevoli altre le convenzioni adottate in specifiche materie: ad es. reciproco riconoscimento delle sentenze penali che irrogano pene detentive o comunque privative della libertà personale ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea, mutuo riconoscimento alle sentenze ed alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure e sanzioni alternative alla pena detentiva, mandato di arresto europeo- M.A.E., Ordine europeo di indagine-O.E.I., ordine di protezione europeo- O.P.E., convenzioni in materia di mutuo riconoscimento e di cooperazione giudiziaria e di polizia, convenzioni in materia di diritti e garanzie individuali nel procedimento penale, convenzioni sui diritti delle vittime di reato, convenzioni di estradizione bilaterali o plurilaterali).

E' invalsa la prassi di cosiddette *soft law* (circolari protocolli, vademecum, linee guida, raccomandazioni, direttive, ordini di servizio, emessi dagli uffici giudiziari o amministrativi), le quali però, non essendo né leggi, né regolamenti, non hanno alcun valore giuridico e sono lasciate alla spontanea adesione degli operatori.

4. I MODELLI PROCESSUALI.

4.1. 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.

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, ma tutti di stampo marcatamente inquisitorio e, solo dopo il 1988, tendenzialmente accusatorio.

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 dispana la sua benigna luce, o pur se le tenebre dell'ignoranza e della barbarie l'ingombrano 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."

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'8.9.1807, 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 26.3.1819, il "codice albertino", che risale al 30.10.1847. Ma fu il secondo codice piemontese del 20.11.1859, che venne poi esteso alla penisola, con alcuni adattamenti, con r.d. 26.11.1865, 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 27.2.1913 del ministro

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** (*adversary sistem*), 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 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

Finocchiaro Aprile, in vigore dal 1.1.1914. Quindi il codice Rocco (dal nome del guardasigilli Alfredo Rocco), approvato in piena epoca fascista con r.d. 19.10.1930, 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. 22.9.1988, n. 447, ed entrato in vigore il 24.10.1989.

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).

Emblematico del modello accusatorio è il "giusto processo", nel quale 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.

4.2. Il principio del "primato del diritto dell'U.E."

Ormai superata la struttura per "pilastri", il primato del diritto dell'U.E. rappresenta un principio pacifico in ambito europeo.

L'art. 6 del Trattato sull'Unione europea-T.U.E.- stabilisce, al comma 1, che «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [...] che ha lo stesso valore giuridico dei trattati» e il successivo comma 3 precisa che «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

A sua volta, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea aggiunge che «Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa» (art. 52 comma 3).

Pertanto, il Trattato di Lisbona, che attribuisce alla Carta lo stesso valore giuridico dei trattati, riconosce, limitatamente ai «diritti fondamentali» tutelati dalla Convenzione europea e «risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri», il supremo rango di "principi generali" del diritto dell'Unione; pertanto, la loro tutela deve avere efficacia diretta nei singoli Stati membri e, in ossequio al principio del primato del diritto dell'Unione europea (anzi dei «principi generali» del diritto dell'Unione) sulla norma dell'ordinamento interno, i giudici nazionali non solo devono interpretare la legge statale, penale o processuale penale, in modo conforme alle disposizioni convenzionali, così come interpretate dalla Corte europea (interpretazione "convenzionalmente orientata"), ma devono altresì disapplicare le norme riguardanti tali diritti fondamentali eventualmente incompatibili con le disposizioni della Convenzione.

Di conseguenza, la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (Corte giust. U.E.) e della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte e.d.u.) incidono sia nella fase di cognizione penale e applicazione della pena detentiva (garantendo un equo processo), sia in quella di esecuzione penale (al fine di evitare trattamenti inumani e degradanti o sanzioni detentive a causa di discriminazioni di natura religiosa o sessuale).

4.3. Il "giusto" processo e l'"equo processo".

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.

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. 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.

Ai diritti processuali previsti dall'art. 111 Cost. per il "giusto processo" si aggiungono quelli prescritti dalle diverse convenzioni sovranazionali per l'"equo processo".

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).

L'art. 6 **Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (C.E.D.U.)** indica le condizioni per garantire l'"equo processo".

Anche gli artt. 14 e 15 Patto internazionale sui diritti civili e politici scorporano l'"equo" processo, riconoscendo all'accusato, oltre quelli già menzionati nell'art. 111 Cost., una serie di altri importanti diritti processuali.

4.4. 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 ed ha la **funzione di rendere conoscibile dal cittadino e dagli operatori giudiziari e quindi prevedibile la norma processuale e note a priori le conseguenze in caso di inosservanza**. Si tratta di principio riconosciuto anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

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.

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., 3.1.2019, n. 4/2019, in riferimento alla CONSOB).

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.

4.5. 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 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).

4.6. 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.

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. Al di fuori delle prove disciplinate dalla legge, **qualsiasi altro mezzo di prova è ammissibile nel processo penale alla duplice condizione che 1) risulti idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e 2) non pregiudichi la libertà morale della persona.**

E' il **principio della libertà della prova**. Poiché la legge non la disciplina, il giudice deve decidere sull'ammissione della prova nel contraddittorio tra le parti sulle modalità con cui la prova stessa dovrà essere assunta. Pertanto, ad esempio, **un nuovo metodo scientifico potrà essere ammesso nell'espletamento della perizia, ma soltanto se il giudice lo riconosca idoneo ad assicurare l'accertamento dei fatti ed esso non pregiudichi la libertà morale della persona.**

4.7. *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 processuale⁵: 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 legittimo⁶, ma superato dall'interpretazione più recente che, ancorché non vincolante per il giudice che deve giudicare, rappresenta però un autorevole precedente.

4.8. 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 precetto⁷.

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

⁵ Cass., Sez. un., 17.7.2014, Pinna, n. 44895 Rv. 260927.

⁶ 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.

⁷ Corte e.d.u., Grande Camera, 12.2.2008, *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).

fatto⁸. 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.”⁹.

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.

4.9. 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.

4.10. 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 e quindi una ragionevole durata.

Pertanto, si suole dire che il legislatore privilegi un *favor sepatationis* 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).

4.11. Il principio di lealtà processuale.

Il principio di lealtà processuale è immanente nel processo accusatorio, nel quale, **secondo la *sporting theory of justice*, 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

⁸ Corte e.d.u., Grande Camera, 21.10.2013, Del Rio Prada c/ Spagna.

⁹ Corte cost. 12.2.2020, n. 32.

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 .

5. IL GIUDICE.

Il giudice è il soggetto, *super partes*, che, sia nella fase delle indagini preliminari, sia nel dibattimento, ha la funzione di giudicare, con ordinanza, sulle questioni incidentali, preliminari e pregiudiziali, e con sentenza, in via definitiva, spogliandosi del processo.

Il difetto di giurisdizione è rilevato, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento (art. 20 c.p.p.), mentre i conflitti di giurisdizione e di competenza sono decisi dalla Corte di cassazione (artt. 28-32 c.p.p.).

La capacità del giudice e il numero dei giudici necessario per costituire i collegi (la cui mancanza è causa di nullità assoluta *ex art.* 178, comma 1, lett. a) c.p.p.) sono stabiliti dalle leggi di ordinamento giudiziario (art.33 c.p.p.).

5.1. 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 magistratura¹⁰, che ne costituisce l'”organo di autogoverno”.

5.2. 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 e si occupano di reati speciali e di imputati speciali**.

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”).

5.3. 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**».

¹⁰ Per la costituzione e il funzionamento del C.S.M. v. l. 24.3.1958, n. 195, e d.P.R. 16.9.1958, n. 916.

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).

5.4. 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 o certi imputati. 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 processuali¹¹.

¹¹ 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 – 29.10.1945 – 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

5.5. 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: **a) 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); **b) l'imparzialità** è il distacco, l'indifferenza, il disinteresse rispetto all'oggetto del processo; **c) 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, 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.

5.6. 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").

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.

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 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.**

(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.

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 difensori¹². 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 contemperare 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**.

A garantire l'imparzialità sono posti gli istituti della incompatibilità, astensione e ricsuzione del giudice (artt. 34-44 c.p.p.), nonché la rimessione del processo (artt. 45-49 c.p.p.).

L'art. 45 c.p.p. disciplina la **rimessione del processo**, che è un istituto diverso dall'incompatibilità, dall'**astensione** e dalla **ricsuzione**, i quali riguardano un singolo giudice o comunque giudici determinati (in questi casi si eccepisce che un determinato magistrato, il presidente del tribunale o anche l'intero collegio giudicante si trovi in una situazione di incompatibilità, astensione o ricsuzione). Mentre la rimessione del processo riguarda tutti i magistrati aventi giurisdizione in un distretto di corte d'appello, l'incompatibilità, l'astensione e la ricsuzione riguardano uno o più magistrati determinati, nei confronti dei quali appunto si afferma sussistere una causa di incompatibilità (per atti compiuti dallo stesso giudice nel procedimento che possono avergli creato un pregiudizio oppure per ragioni di parentela, affinità o coniugio) o di ricsuzione (nei casi tipici di astensione o se nell'esercizio delle funzioni e prima che sia pronunciata sentenza, il giudice ha manifestato indebitamente il proprio convincimento sui fatti oggetto dell'imputazione).

La rimessione è un istituto diverso dalla ricsuzione: è un sospetto di parzialità che riguarda tutti i giudici di un distretto di corte d'appello per cui si richiede la rimessione del processo, cioè il trasferimento del processo (*translatio iudicii*), ad un altro distretto di corte d'appello, preconstituito per legge, per rispettare il principio del giudice naturale (ad esempio, la Sardegna ha un'unica corte d'appello per cui, se si propone un'istanza di rimessione, questo

¹² 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 si tenne 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.

significa che il processo potrebbe essere trasferito ad un'altra corte d'appello individuata in base al criterio di cui all'art. 11 c.p.p., per cui vi è una tabella A, allegata all'art. 1 disp. att. c.p.p. che indica per ogni corte d'appello quella competente a giudicare in via di riserva : dal distretto di corte d'appello di Cagliari il trasferimento è automaticamente al distretto di Roma).

La rimessione è disposta per salvaguardare l'imparzialità e l'indipendenza del giudice contro interferenze ambientali e perciò garantisce la “libera determinazione delle persone che partecipano al processo” (non solo quindi dei giudici, ma anche del pubblico ministero, dei difensori, dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici, degli interpreti) **oppure la sicurezza o l'incolumità pubblica o anche per eliminare motivi di “legittimo sospetto” sulla non imparzialità dell'ufficio giudiziario della sede in cui si svolge il processo di merito.**

Poiché l'istituto della rimessione ha **carattere eccezionale**, implicando una deroga al principio costituzionale del giudice naturale precostituito per legge.

In ogni stato e grado del processo di merito, quando gravi situazioni locali, tali da turbare lo svolgimento del processo e non altrimenti eliminabili, pregiudicano la libera determinazione delle persone che partecipano al processo ovvero la sicurezza o l'incolumità pubblica, o determinano motivi di legittimo sospetto, la corte di cassazione, su richiesta motivata del procuratore generale presso la corte di appello o del pubblico ministero presso il giudice che procede o dell'imputato, rimette il processo ad altro giudice, designato a norma dell'art. 11 c.p.p. cioè del giudice ugualmente competente per materia che ha sede nel capoluogo del distretto determinato a norma dell'art. 1 disp. att. c.p.p. e della tabella A ad esse allegata.

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.**

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.

5.7. L’indipendenza “interna” ed “esterna” del magistrato.

La Costituzione garantisce l’indipendenza, interna ed esterna, del magistrato. Si tratta di una garanzia posta a tutela della collettività e non è certo un privilegio del singolo magistrato.

L’art. 101, comma 2, Cost. prescrivendo che i giudici siano «**soggetti soltanto alla legge**» garantisce 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.

Ma la Costituzione garantisce anche l’**indipendenza “esterna” della magistratura**, cioè contro influenze esterne alla magistratura. Infatti, 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 legislativo

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»**.

5.8. 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 sovrano¹³. Esso mira ad evitare ciò che purtroppo è accaduto in passato e cioè il giudice

¹³ 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).

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.

L’**art. 6 C.e.d.u.** garantisce il diritto di ogni persona ad un’equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole “davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge”¹⁴.

Anche l’**art. 25 Cost.** stabilisce 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, ed è più agevole la raccolta delle prove) 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**¹⁵, 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 processo¹⁶, 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.

¹⁴ La Grande Camera della Corte e.d.u. ha escluso il rispetto del diritto a un giudice precostituito per legge “in ragione della partecipazione al suo processo di un giudice la cui nomina era minata da gravi irregolarità che avevano compromesso l’essenza stessa di tale diritto (Corte e.d.u., Grande Camera, 1.12.2020, Gudmundur Andri Ástráðsson c./ Islanda).

¹⁵ Cass., 3.10.2006, n. 235030, in *Cass. pen.*, 2007, p. 647; Cass.4.5.2006, Acampora ed altro, in *Giust. pen.*, 2007, III, c. 311; Cass.17.3.2004, n. 229702, Carrabas; Cass. 19.11.2002, Stara, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2112.

¹⁶ Cass., Sez. un., 17.4.1996, D’Avino, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2507.

5.9. 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».

5.10. La giurisdizione, la competenza e il principio della *perpetuatio iurisdictionis*.

Secondo il **principio di territorialità della legge penale**, l'applicazione della legge penale è, di regola, circoscritta al territorio dello Stato ed alla sua osservanza sono tenuti cittadini, stranieri e apolidi che vi stanziano. Si prospetta così il *locus commissi delicti* e la conseguente giurisdizione ordinaria o speciale (art. 1 e 20 c.p.p.) e competenza.

L'art. 4 c.p.p. detta le regole per la determinazione della competenza del giudice. La competenza può essere per materia (artt. 5-7 c.p.p.), per territorio (artt.8-11-bis c.p.p.) e per connessione (artt. 12-16 c.p.p.).l'incompetenza per materia è rilevata, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo, salvo che derivi da connessione o il reato appartenga alla cognizione di un giudice di competenza inferiore (art. 21 c.p.p.).

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 processo, anche in caso di assoluzione dell'imputato dal reato più grave che aveva determinato la competenza anche per gli altri reati¹⁷.

E' possibile la riunione e la separazione dei processi (artt. 17-18 c.p.p.).

6. LE GARANZIE PROCESSUALI E IL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA.

Le garanzie processuali sono stabilite dal legislatore, in ossequio al principio di ragionevolezza¹⁸, mediando con molteplici e contrastanti esigenze, come la garanzia della giurisdizione, sia a tutela delle indagini (art. 112 Cost.), sia per garantire la corretta formazione del convincimento giudiziale (art. 104, comma 1, Cost. e 47, comma 2, Carta diritti fondamentali U.E.), il diritto-dovere di cronaca giudiziaria su fatti socialmente rilevanti (art. 21 Cost, 10 CEDU, art. 19 Patto internazionale sui diritti civili e politici, art. 11 Carta diritti fondamentali U.E.), il diritto alla *privacy* su fatti estranei all'indagine (artt. 2 Cost., 8 Conv. e.d.u., 17 Patto internazionale sui diritti civili e politici e 7 Carta diritti fondamentali U.E.).

E' dunque necessario un contemperamento tra i diversi interessi in gioco, un bilanciamento tra di essi, un sistema di *checks and balances* : le esigenze di buona amministrazione della giustizia, la presunzione di innocenza e il diritto di difesa dell'accusato, la tutela del segreto di Stato e del segreto professionale, il diritto ad informare ed essere informati su fatti socialmente rilevanti; e, *last but not least*, la protezione della *privacy* su fatti estranei alle indagini.

¹⁷ 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. 28.8.2000, 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)

¹⁸ V. da ultimo Corte cost. 18.11.2020, n.278, secondo cui la determinazione dei tempi di prescrizione "appartiene alla discrezionalità del legislatore censurabile solo in caso di manifesta irragionevolezza o sproporzione rispetto alla gravità del reato".

D'altra parte, è noto che “la tutela costituzionale di diritti ha sempre un limite insuperabile nell'esigenza che, attraverso di essi non vengano sacrificati beni ugualmente garantiti dalla Costituzione”¹⁹.

6.1. 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*²⁰. 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», una “considerazione di non colpevolezza”, 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 precisa indicazione 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, recentemente recepita dall'Italia ²¹.

¹⁹ Corte cost. 8.3.1962, n. 19.

²⁰ La regola di origine anglosassone (la cosiddetta “regola b.a.r.d.” cioè “*Beyond A Reasonable Doubt*”) prescrive al giudice di pronunciare sentenza di condanna soltanto se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli «al di là di ogni ragionevole dubbio». Sebbene la Costituzione degli Stati Uniti non preveda esplicitamente la presunzione di innocenza, la giurisprudenza la fa generalmente derivare dal IV, V e XIV Emendamento. 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”. La stessa regola, con identica enunciazione, è contenuta pure nell'art. 66 dello Statuto della Corte penale internazionale, adottato dalla Conferenza diplomatica delle Nazioni Unite, tenutasi a Roma il 17.7.1998, ratificato in Italia con la l. 12.7.1999, n. 232.

²¹ La Direttiva 2016/343/UE prescrive agli Stati membri di assicurare che “agli indagati e imputati sia riconosciuta la presunzione di innocenza fino a quando non ne sia stata legalmente provata la colpevolezza” (art. 3), di “adottare le misure necessarie per garantire che, fino a quando la colpevolezza di un indagato o imputato non sia stata legalmente provata, le dichiarazioni pubbliche rilasciate da autorità pubbliche e le decisioni giudiziarie diverse da quelle sulla colpevolezza non presentino la persona come colpevole” (art. 4) e che “gli indagati e imputati non siano presentati come colpevoli, in tribunale o in pubblico, attraverso il ricorso a misure di coercizione fisica” (art. 5). 1. Gli Stati membri assicurano che “l'onere di provare la colpevolezza degli indagati e imputati incomba alla pubblica accusa, fatti salvi l'eventuale obbligo per il giudice o il tribunale competente di ricercare le prove sia a carico sia a discarico e il diritto della difesa di produrre prove in conformità del diritto nazionale applicabile.- Gli Stati membri assicurano che ogni dubbio in merito alla colpevolezza sia valutato in favore dell'indagato o imputato, anche quando il giudice valuta se la persona in questione debba essere assolta” (art. 6). 1. Gli Stati membri assicurano che agli indagati e imputati sia riconosciuto il diritto di restare in silenzio

La presunzione di innocenza 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.

6.2. 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.).

6.3. 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

in merito al reato che viene loro contestato. - Gli Stati membri assicurano che gli indagati e imputati godano del diritto di non autoincriminarsi (art. 7). Gli Stati membri garantiscono che gli indagati e imputati abbiano il diritto di presenziare al proprio processo (art. 8).

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'imputato²². Questo proprio perché tale parità si misura non tanto nell'aver 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...”.

6.4. 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.

²² 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).

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.

6.5. 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.

6.6. 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 difesa²³.

²³ 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.

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'uomo²⁴ e veramente sproporzionata rispetto al sistema nordamericano²⁵.

La Corte e.d.u. 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.

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 europea²⁶. 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 ragionevole²⁷.

²⁴ 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. 30.7.1999, 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 Nicastro ha rilevato, in riferimento al dibattimento, 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.

²⁵ 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.

²⁶ Corte e.d.u., sez. II, 6.4.2010, Falco e altri c/Italia, in *Guida dir.*, 2010, n.17, p. 103.

²⁷ Cass., sez. I civ. (ord. n. 6653), 18.3.2010. In tema di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo, ai sensi della l. 24.3.2001, 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

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.

6.7. 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.).

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

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., 2-5.6.2014, Min. giustizia in proc. F.D. 12744).

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 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 diritto²⁸.

Anche prima dell'**interrogatorio**, l'imputato deve essere avvertito della facoltà di non rispondere. Infatti, l'art. 64, comma 3, c.p.p. prescrive tre preliminari avvertimenti, per cui prima ancora di passare al merito dell'interrogatorio con le domande, devono essere rivolti all'interrogando tre avvertimenti: a) le sue dichiarazioni potranno sempre essere utilizzate nei suoi confronti; b) salvo che per le generalità che debbono obbligatoriamente fornirsi, ha facoltà di non rispondere ad alcuna domanda, ma comunque il procedimento seguirà il suo corso; c) se renderà dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di altri, assumerà, in ordine a tali fatti, l'ufficio di testimone, salve le incompatibilità previste dall'art. 197 c.p.p. e le garanzie di cui all'art. 197-bis c.p.p.

Addirittura il diritto di non rispondere comporta l'inutilizzabilità delle risposte date da chi non è stato avvertito di tale sua facoltà²⁹. Infatti, l'art. 63, comma 1, c.p.p. stabilisce la regola per cui se davanti all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria una persona non imputata ovvero una persona non sottoposta alle indagini rende dichiarazioni dalle quali emergono indizi di reità a suo carico, l'autorità procedente ne interrompe l'esame, avvertendola che a seguito di tali dichiarazioni potranno essere svolte indagini nei suoi confronti e la invita a nominare un difensore. Le precedenti dichiarazioni non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese. Una dichiarazione simile cessa di essere una testimonianza e diventa una “confessione” obbligata (perché la persona ha l'obbligo di rispondere a tutte le domande secondo verità) e non tutelata (in quanto non preceduta dall'avviso della facoltà di non rispondere e comunque in assenza del difensore). Perciò la legge impone un obbligo di lealtà verso chi è al cospetto di un pubblico ufficio, imponendo all'autorità che interroga l'avvertimento del mutamento di ruolo in seguito agli indizi emersi, per cui potranno essere svolte indagini nei suoi confronti stabilendo l'inutilizzabilità a suo carico delle dichiarazioni già rese in veste di testimone, perché le prove devono essere raccolte non dalle labbra dell'inquisito, inconsapevolmente, ma informandolo prima che ha mutato veste giuridica, anche perché l'inquisito ha alcuni diritti fondamentali di cui deve essere informato: la facoltà di non rispondere e il diritto all'assistenza di un difensore. Proprio per evitare l'elusione delle garanzie difensive il legislatore impedisce questo passaggio surrettizio dalla testimonianza alla confessione; cioè, impone a chi procede all'esame di interrompere lo stesso esame e di avvertire la persona che nei suoi confronti potranno essere svolte indagini, mentre ciò che ha detto fino ad allora non è utilizzabile contro di lui (ma è utilizzabile contro altri), e invitarlo a nominarsi

²⁸ V. Corte giust. U.E., Grande Camera, 2.2.2021, causa C-481/19, Corte cost. italiana c/ CONSOB, ha riconosciuto il diritto al silenzio anche in un procedimento amministrativo se corre il rischio di sanzioni amministrative, di natura sostanzialmente penale o se può incorrere in una responsabilità penale.

²⁹ Il *privilege against self incrimination* è una disposizione emblematica del processo accusatorio perché derivante dal diritto a non auto-incriminarsi posto dal Quinto emendamento del 1791 alla Costituzione statunitense (secondo cui «...nessuno...potrà essere obbligato, in qualsiasi processo penale, a deporre contro se medesimo, né potrà essere privato della vita, della libertà o dei beni, se non in seguito a regolare procedimento legale...»), distinto dal diritto di rimanere in silenzio di fronte alle singole domande o di rifiutare complessivamente il dialogo e dal diritto di non essere interrogato dal giudice o dalle parti (*right not to be questioned*).

un difensore, perché la sua veste processuale è cambiata: il soggetto non è più un testimone ma indagato.

L'art. 63, comma 2, c.p.p. aggiunge che **se la persona doveva essere sentita sin dall'inizio in qualità di imputato o di persona sottoposta alle indagini, le sue dichiarazioni non possono essere utilizzate.** In questo secondo caso **chi viene sentito in realtà non cambia veste giuridica durante l'esame testimoniale, ma già da prima era raggiunto da indizi di reità** E' evidente che, nell'ipotesi del secondo comma dell'art. 63 c.p.p., **la violazione dei diritti della persona è più grave e quindi anche la sanzione processuale è ancora più grave perché non solo quelle dichiarazioni non sono utilizzabili contro il soggetto che ha rese ma non sono utilizzabili nemmeno contro altri soggetti eventualmente da lui accusati con le sue dichiarazioni, mentre le dichiarazioni favorevoli al dichiarante e a terzi sono utilizzabili.**

6.9. 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". E' 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 al G.I.P. le conversazioni o 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.**

6.10. I principi di proporzionalità e di adeguatezza delle misure cautelari e della pena.

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 riferita ad un soggetto (da non confondere con gli "indizi di reato" che indicano solo la probabilità oggettiva 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.)³⁰.

Anche la pena irrogata in esito al processo deve rispondere, oltre alla finalità rieducativa e al divieto di trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27, comma 2, Cost.), pure al principio di **proporzionalità e adeguatezza della sanzione al fatto commesso**.

6.11. Il principio di massima espansione delle garanzie.

L'art. 53 Conv. e.d.u. stabilisce che nessuna delle disposizioni della C.e.d.u. "può essere interpretata come recante pregiudizio o limitazione ai diritti dell'uomo o alle libertà

³⁰ 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., 31.3.2011, Khalil, n. 16085, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3713).

fondamentali che possano essere riconosciuto in base a leggi di qualunque Stato contraente o da altri Accordi internazionali di cui tale Stato sia parte”, pertanto le disposizioni della C.e.d.u non possono implicare livelli di tutela inferiori a quelli assicurati dalle fonti nazionali. Di conseguenza, con riferimento ai diritti fondamentali, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai causare una diminuzione della tutela garantita dall’ordinamento interno, ma, al contrario, amplia la tutela nazionale, per cui **il confronto tra la tutela prevista dalla Conv. e.d.u. e la tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere compiuto mirando alla massima espansione delle garanzie, naturalmente rispettando il necessario bilanciamento con altri eventuali interessi costituzionalmente protetti (GAITO).**

Anche 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”.

Il giudice nazionale che si trovi in presenza di un “diritto consolidato” o di una “sentenza pilota” della Corte e.d.u. è perciò vincolato a recepire la norma così come ricostruita e interpretata dalla stessa Corte, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, ricorrendo, anzitutto, ad “ogni strumento ermeneutico a sua disposizione”³¹. Se ciò non è possibile, il giudice interno può sollevare questione di legittimità costituzionale³² oppure può rinviare (ma il rinvio pregiudiziale da parte del giudice nazionale è obbligatorio per il giudice di ultima istanza) alla Corte di giustizia U.E. la questione pregiudiziale interpretativa di norme dell’U.E. (trattati, Carta dei diritti fondamentali U.E., regolamenti, direttive, decisioni, risoluzioni e principi generali dell’ordinamento) al fine di verificare la conformità della normativa nazionale rispetto al diritto dell’Unione europea.

6.12. I principi dell’”autonomia procedurale” nazionale, di “effettività” e di “equivalenza”.

Una consolidata giurisprudenza della Corte giust. U.E. riconosce il “principio dell’autonomia procedurale” di ogni Stato membro, per cui, in assenza di norme dell’Unione in materia, spetta all’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro, stabilire le regole di procedura applicabili ai ricorsi giurisdizionali destinati a garantire la tutela dei diritti riconosciuti ai singoli dal diritto dell’Unione.

Tuttavia, secondo la medesima giurisprudenza, tale principio di autonomia procedurale dello Stato vige in presenza di una duplice condizione: che le regole processuali nazionali in tema di utilizzabilità della prova illegittima non siano meno favorevoli di quelle disciplinanti nel diritto interno situazioni analoghe (principio di equivalenza) e che le regole nazionali non rendano impossibile in pratica o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell’Unione (principio di effettività)³³.

³¹ Corte cost, 14.1.2015, n. 49.

³² Corte cost. 19.11.2012, n. 264.

³³ Corte giust. U.E. (Grande Camera) 2.3.2021, *H. K./Prokuratuur*, C-746/18; Corte giust. U.E., Grande Camera, 19.12.2019, *Deutsche Umwelthilfe e a. c./ Freistaat Bayern*, C-752/18; Corte giust. U.E., sez. VIII, 26.6. 2019, *Kuhar*, C-407/18, e giurisprudenza ivi citata.

6.13. 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».

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 riconosciuto³⁴.

Analogamente, la giurisprudenza della Corte di giustizia U.E. 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 diritto³⁵.

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 perseguiti³⁶.

7. LA PROVA.

La prova è lo strumento attraverso il quale si tenta di raggiungere la dimostrazione di un fatto utile per la decisione (ad es. la responsabilità dell'imputato o la prova d'alibi).

Le prove tipiche sono quelle previste dal codice, ma sono ammesse anche prove atipiche o innominate, cioè non disciplinate dal codice, che ne regola l'ammissione con l'art. 189 c.p.p.³⁷

³⁴ In particolare, la pronuncia della Corte e.d.u. 18.10.2011, *Petrović c./ Serbia*, ha tracciato la nozione di «abuso», ai sensi dell'art. 35 § 3 della Convenzione, come esercizio dannoso di un diritto, per scopi diversi da quelli per i quali è previsto.

³⁵ Cfr. in particolare Corte giust. U.E. 20.9.2007, causa C-16/05, *V. Tum e M. Dari c./ Secretary of State for the Home Department*, punto 64; Corte giust. U.E. 21.2.2006, causa C 255/02, *Halifax e altri c./ Commissioners of Customs & Excise*, e ivi citate, a punto 68.

³⁶ Cass., Sez. un., 29.9.2011, 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).

³⁷ Secondo l'art. 189 c.p.p. "Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova." Le Sezioni unite hanno affermato che le videoregistrazioni in luoghi pubblici ovvero aperti o esposti al pubblico eseguite dalla polizia giudiziaria, anche d'iniziativa, vanno incluse nella categoria delle prove atipiche, soggette alla disciplina dettata dall'art. 189 c.p.p. e, trattandosi della documentazione di attività investigativa non ripetibile, possono essere allegate al relativo verbale e inserite nel fascicolo per il dibattimento. Le stesse Sezioni unite hanno affermato il

Il codice distingue tra “**mezzi di prova**” (la testimonianza, l’esame delle parti, i confronti, le ricognizioni, gli esperimenti giudiziari, la perizia, i documenti) e “**mezzi di ricerca della prova**” (ispezioni, perquisizioni, sequestri, intercettazioni di conversazioni o comunicazioni), perché i primi costituiscono uno strumento con il quale si tenta nel processo di acquisire un elemento probatorio utile per la decisione, mentre con i secondi si ricerca un elemento probatorio preesistente allo svolgimento del mezzo stesso.

La disciplina delle prove, contenuta nel libro III, presuppone che esse siano ammesse e assunte nel dibattimento o anticipate, nei casi tassativamente previsti dalla legge, nell’incidente probatorio.

Nel corso delle indagini preliminari, di regola, non si assumono prove, ma si compiono atti di indagine sia da parte della polizia giudiziaria, sia da parte del P.M. sia da parte del difensore.

Le indagini della polizia giudiziaria possono consistere, tra l’altro, nella identificazione della persona sottoposta alle indagini e delle persone informate sui fatti (art. 349 c.p.p.), sommarie informazioni sia dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini (art. 350 c.p.p.) sia dalle persone informate sui fatti (art. 351 c.p.p.), perquisizioni (art. 352 c.p.p.), acquisizione di plichi o di corrispondenza (art. 353 c.p.p.), accertamenti urgenti sui luoghi, sulle cose e sulle persone, sequestro (art. 354 c.p.p.).

Le indagini del P.M. possono consistere in consulenze tecniche (art. 359 c.p.p.), individuazione di persone e di cose (art. 361 c.p.p.), assunzione di sommarie informazioni testimoniali (art. 362 c.p.p.), interrogatorio dell’indagato e della persona imputata in un procedimento connesso (art. 363 c.p.p.)

Le indagini del difensore possono consistere nella ricezione di dichiarazioni e assunzione di informazioni (art. 391-*bis* c.p.p.), richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione (art. 391-*quater* c.p.p.), accesso sulla scena del crimine e rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi (art. 391-*sexies* c.p.p.), accesso ai luoghi privati o non aperti al pubblico (art. 391-*septies* c.p.p.).

Sia la polizia giudiziaria, sia il P.M. sia il difensore devono redigere verbale dell’atto che compiono, ma tali verbali restano nel fascicolo delle parti e non confluiscono nel fascicolo del giudice e quindi non sono conosciuti dal giudice del dibattimento, a meno che, per fatti o circostanze imprevedibili, non sopravvenga un’impossibilità di ripetizione dell’atto a dibattimento (ad es. muore imprevedibilmente il testimone citato a dibattimento), nel qual caso il verbale delle dichiarazioni da lui precedentemente rese è acquisito al fascicolo del giudice (art. 512 c.p.p.).

L’eccezione consiste nel fatto che taluni atti di indagine sono per loro natura irripetibili (perquisizioni, sequestri, intercettazioni, accertamenti tecnici non ripetibili, prelievo coattivo di campioni biologici su persone viventi) e pertanto i loro verbali confluiscono nel fascicolo per il dibattimento (art. 431 c.p.p.).

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

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”.

principio che le videoregistrazioni in ambienti in cui è garantita l’intimità e la riservatezza, non riconducibili alla nozione di “domicilio”, sono prove atipiche, soggette ad autorizzazione motivata dell’autorità giudiziaria e alla disciplina dettata dall’art. 189 c.p.p.

Nel processo italiano, che non è di tipo accusatorio puro, è attenuato il principio dispositivo della prova, quello cioè per cui 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. Pertanto, la regola è che sia la parte a chiedere l'ammissione della prova, l'eccezione è che l'ammissione della prova avvenga d'ufficio da parte del giudice (tipica del processo inquisitorio), ma nei soli casi tassativamente previsti dalla legge. Pertanto, 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.).

7.2. 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.)³⁸.

³⁸ 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, competa

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., 6.11.1992, 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., 17.10.2006, 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, 16.11.2004, Improta, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3395), la acquisizione di conversazioni telefoniche intercettate nell'ambito di procedimenti diversi, o di 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

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.).

7.3. 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.

Di conseguenza, nel dibattimento spetta per primo al P.M. offrire la prova della responsabilità dell'imputato, il quale invece può fornire per ultimo la prova a discarico ed ha anche diritto ad avere per ultimo la parola. Le parti possono però concordare un diverso ordine di assunzione delle prove (art. 496 c.p.p.).

7.4. 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 (art. 187 c.p.p.). 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"³⁹.

nella lista tardivamente depositata) (Corte cost. 26.2.2010, 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, 20.10.2014, Z.M., in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 695; Cass., sez. II, 25.3.2014, n. 13938, Zerbini; Cass., sez. VI, 19.9.1994, Papale; in senso difforme, Cass., sez. I, 26.6.2014, 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, 20.4.2016, 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.

³⁹ Corte cost. 4.4.1973, n. 34.

7.5. Il principio di autodeterminazione.

Altro principio generale in tema di prova è che questa non deve mai intaccare la **libertà morale della persona** (non solo dell'imputato). Pertanto, **non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche che siano idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione** (ad es. la persona sotto tortura, o sotto narcoanalisi, in ipnosi o in *trance* non è libera di decidere se testimoniare) o **ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti** (ad es. l'esame sotto elettroshock). **A maggior ragione non è consentito l'uso della tortura, che integra un delitto e che comporta l'inutilizzabilità delle dichiarazioni e informazioni ottenute mediante tortura, salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale (art. 191, comma 2-bis c.p.p.). Si tratta di un divieto probatorio, per cui la prova acquisita in violazione di questo divieto è inutilizzabile (art. 188 c.p.p.).**

In particolare nei riguardi dell'imputato l'art. 64, comma 2, c.p.p. chiarisce che **non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interrogata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti**. Si tratta di un "divieto probatorio", cioè di prova vietata.

Sono prove vietate, quindi inammissibili nel nostro ordinamento e di conseguenza inutilizzabili, due categorie di strumenti.

La prima categoria riguarda **metodi o tecniche idonei ad influire sulla libertà di autodeterminazione** (ad esempio: la narcoanalisi, la deposizione sotto ipnosi o *in trance* cioè il ricorso ad una sostanza chimica che toglie qualsiasi inibizione e lascia parlare inconsciamente la persona, la quale parla, appunto, in modo inconsapevole). È una tecnica che influisce sulla libertà di autodeterminazione ed è vietata perché la persona rende dichiarazioni anche contro la sua volontà (il soggetto sotto narcoanalisi o *in trance* dice tutto quello che gli passa per la mente senza più autocontrollo).

Nella seconda categoria sono vietati anche **metodi o tecniche idonei ad alterare la capacità di ricordare e valutare i fatti**. Quindi la "macchina della verità" o qualsiasi altro metodo che un domani la tecnica o la scienza possa inventare, anche se vi è il consenso della persona sottoposta, non sono ammessi nel nostro ordinamento e, se impiegati, la prova eventualmente acquisita è inutilizzabile perché il legislatore diffida sull'attendibilità di simili strumenti che alterano la capacità di ricordare e valutare i fatti e non offrono garanzie di certezza⁴⁰.

7.6. Il principio del libero convincimento del giudice.

⁴⁰ Un discorso particolare merita la "macchina della verità" (*lie detector* originariamente chiamato "poligrafo") perché è comunemente accomunato dalla dottrina alla narcoanalisi e quindi vietato perché ritenuto lesivo della libertà morale (per la pressione psicologica esercitata dalla presenza stessa della macchina) e inoltre, rilevando eventuali menzogne, supera la volontà del dichiarante, rilevando le variazioni corporee (pressione arteriosa, arrossamenti, sudorazioni) nel rispondere a certe domande. Ma il divieto è stato posto soprattutto perché la macchina della verità è di dubbia affidabilità. L'inammissibilità come prova del *lie-detector* risale alla sentenza della Corte distrettuale della Columbia, nel caso *Frye v. United States* del 1923 (*Frye v. United States*, in 293 F. (D.C.Cir.) 1923, 1014.). Si trattava della richiesta della difesa di ammettere in giudizio, come prova a discarico, la testimonianza di un esperto che aveva sottoposto l'imputato del reato di omicidio, mentre rispondeva a diverse domande (alcune neutre ed altre compromettenti), al controllo di un poligrafo, una primordiale "macchina della verità" che, misurando le variazioni della pressione sanguigna, si assumeva avesse la capacità di rilevare le risposte veridiche e le menzogne. La Corte in quel caso non ammise la prova perché non confermata dal *general acceptance test*, stabilendo il principio per cui "i dati su cui si basa la deduzione devono avere raggiunto un tale giudizio di consenso da essere generalmente accettati nello specifico campo scientifico".

In materia di prova il codice di procedura penale ripudia la “prova legale”, che è quella che è pre-valutata 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)⁴¹, ma deve offrirne esauriente **motivazione**.

Poiché spetta al giudice valutare la prova in ogni singola fattispecie concreta, è quindi importante stabilire quali sono **i parametri, i criteri di giudizio che il giudice deve osservare per valutare una prova** secondo il **principio del libero convincimento del giudice** (il codice di rito penale del 1930, ad esempio, non lo faceva).

Il legislatore impone al giudice di dar conto nella motivazione non solo dei risultati acquisiti (cioè non solo il giudice deve spiegare nella motivazione a quali conclusioni è arrivato, ad es. nel contrasto tra le diverse versioni rese da più testimoni), **ma anche dei criteri adottati nella valutazione della prova** (deve spiegare cioè perché ritiene attendibile quel testimone o perché non ritiene attendibile un altro teste, quindi deve motivare anche sul percorso logico da lui seguito per formarsi il convincimento perché la motivazione serve alle parti per motivare l’eventuale impugnazione del provvedimento). 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 (comma1). 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. 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 periti), 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 anche logica, perché non ha ad oggetto il “fatto giuridico” contenuto nell’imputazione), che consiste in un ragionamento inferenziale per

⁴¹ 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 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.

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, ma anche a discarico) da parte di un imputato, coimputato, o imputato del procedimento connesso o collegato a quello principale nei confronti di un altro imputato. Ma, poiché 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 per alleggerire la propria posizione), l'art. 192 c.p.p. impone che le loro dichiarazioni devono essere riscontrate, cioè devono trovare conferma in altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità. La "gravità" attiene alla conclusione del ragionamento giudiziale, che sulla base di una premessa precisa deve approdare ad enunciare un fatto in termini ragionevolmente non controvertibili.

La "precisione" esige che il dato indiziante sia certo, non vago e non ambiguo nella sua consistenza storica (pertanto è inammissibile l'"indizio mediato", la cosiddetta *praesumptio de praesumpto*, cioè una catena di inferenze che derivano l'una dall'altra e che tolgono certezza al dato indiziante).

La "concordanza" esige che il fatto debba essere inferito da una pluralità di dati indizianti tra loro concordanti nel pervenire alla medesima conclusione⁴².

Pertanto, gli indizi devono presentare questo **triplice requisito**: essi devono essere **plurimi** (non basta un solo indizio); inoltre gli indizi devono essere **gravi**, cioè consistenti (deve essere un indizio che fa fortemente deporre per una certa interpretazione di quel fatto, quindi convincente). Essi devono essere altresì **precisi**, cioè inequivoci; infine, gli indizi devono essere tra loro **concordanti**, cioè portare tutti allo stesso risultato, cioè non contrastanti tra loro (il che vuol dire che devono essere più d'uno perché altrimenti il codice avrebbe parlato di indizio e non sarebbe stata necessaria la concordanza con un altro indizio).

L'art. 192, comma 3, c.p.p. disciplina le **dichiarazioni rese da parte di un imputato, un coimputato, o l'imputato del procedimento connesso o collegato a quello principale nei confronti di un altro imputato** (possono essere dichiarazioni liberatorie ma più spesso accusatorie, chiamate di reità o di correità). Anche questa è una dichiarazione sospetta, una dichiarazione che non dà la certezza della sua veridicità. Infatti, mentre **il testimone è persona estranea al fatto che non ha alcun interesse nella vicenda** (ha visto o ha sentito e riferisce ciò che ha visto o ha sentito), **l'imputato nello stesso procedimento, il coimputato nello stesso reato, o di un procedimento connesso o collegato sono invece interessati a dare una versione per essi più favorevole**. La dichiarazione del coimputato va valutata con cautela, perché costui ha un interesse a rendere una versione anziché un'altra, mentre il testimone non ha alcun interesse e riferisce ciò che sa. Pertanto il legislatore pone dei limiti al libero convincimento del giudice, imponendo la conferma con riscontri, mentre nel precedente codice di rito non erano previsti i riscontri e in tanti processi ormai storici, come il **caso Tortora** a Napoli, il **caso Manuella** a Cagliari degli anni '80 e tanti altri, gli imputati furono assolti dopo aver subito lunghe carcerazioni preventive per le accuse di coimputati, poi rivelatesi calunniose.

⁴² In tal senso Cass., Sez. un., 12.7.2005, Mannino.

Nel codice del 1988 si impone che **le chiamate in correità o in reità devono essere “riscontrate”, cioè devono trovare conferma in altri elementi di prova.**

Tali criteri di valutazione della prova non intaccano la regola per cui **nel processo penale, non esistono prove legali e non si osservano nemmeno i limiti alla prova che sono stabiliti nel processo civile o amministrativo.**

E’ il principio della inesistenza di limiti legali alla prova penale.

Invece nel processo civile sono previsti limiti alla prova, sia nel senso di vietare certe prove, sia nel senso di limitare il libero convincimento del giudice, mentre 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. 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).

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: è 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, invece, 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).

7.7. Il principio di conservazione della prova.

Si discute sull’esistenza del principio di conservazione della prova nel sistema processuale, il quale comporterebbe, 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 costituzionale, 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, 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 accade, ad esempio, per la sanatoria delle nullità) il principio di conservazione della prova non può trovare attuazione nel vigente quadro costituzionale.

7.8. Il procedimento probatorio.

Il **procedimento probatorio** si articola nelle tre fasi dell'**ammissione**, della **acquisizione** e della **valutazione**.

Il giudice provvede sull'ammissione della prova ed esclude soltanto le prove «vietate dalla legge» e quelle che «manifestamente sono superflue o irrilevanti» (art. 190, comma 1, c.p.p.).

E' anche possibile che **i provvedimenti sull'ammissione della prova siano revocati dal giudice** (ammettendo una prova prima esclusa o escludendo una prova prima ammessa, sulla base degli sviluppi processuali), ma **nel contraddittorio delle parti**.

L'art. 190-*bis* c.p.p. costituisce un'**eccezione al diritto alla prova di cui all'art. 190 c.p.p. e, derogando ai principi di oralità e immediatezza cui l'ordinamento processuale è ispirato, ha carattere eccezionale e non può essere esteso oltre i casi espressamente previsti dall'art. 190-*bis* c.p.p., come ha più volte affermato la Corte costituzionale⁴³**. Per effetto dell'art. 190-*bis* c.p.p. viene data **prevalenza alle dichiarazioni scritte rese nello stesso procedimento rispetto alla escussione orale**.

8. I MEZZI DI PROVA.

I mezzi di prova si assumono, di regola, nel dibattimento, ma possono essere assunti anticipatamente in incidente probatorio durante le indagini preliminari.

Sono mezzi di prova la testimonianza, l'esame delle parti, il confronto, la ricognizione, l'esperimento giudiziale, la perizia e il documento.

8.1. La testimonianza.

Così come l'art. 187 c.p.p. disciplina, in generale, l'oggetto della prova, l'art. 194 c.p.p. indica l'**oggetto della testimonianza** e, al **comma 1**, prescrive che **l'esame testimoniale verta soltanto sui fatti che costituiscono oggetto di prova**. Deve essere chiaro che **la testimonianza deve vertere esclusivamente su fatti, non su opinioni o pareri**.

E' posto un **divieto probatorio che vieta la testimonianza sulla moralità dell'imputato**, che, essendo un valore soggettivamente opinabile a seconda del testimone, sarebbe un parere, non una testimonianza. E' tuttavia **ammessa quando si tratti di fatti specifici, idonei a qualificarne la personalità in relazione al reato e alla pericolosità sociale**.

Il **comma 2** ammette l'esame sui rapporti di parentela e di interesse che intercorrono tra il testimone e le parti o altri testimoni nonché alle circostanze il cui accertamento è necessario per valutarne la credibilità.

La deposizione sui fatti che servono a definire la personalità della persona offesa dal reato è ammessa solo quando il fatto dell'imputato deve essere valutato in relazione al comportamento di quella persona.

Secondo il **comma 3** il testimone è esaminato **su fatti determinati** e non lasciando a lui di raccontare ciò che sa della vicenda.

Un altro divieto probatorio preclude l'esame sulle "voci correnti nel pubblico" e sugli apprezzamenti personali, salvo che sia impossibile scinderli dalla deposizione sui fatti.

⁴³ Corte cost. (ord.) 23.12.2004, n. 418; Corte cost. (ord.) 14.3.2003, n.73.

Pertanto, il testimone deve riferire ciò che è a sua conoscenza sui fatti, senza esprimere pareri, valutazioni o ipotesi.

L'art. 62 c.p.p. pone un divieto di testimonianza sulle dichiarazioni rese dall'imputato nel corso del procedimento (mentre possono essere oggetto di testimonianza le dichiarazioni rese dall'imputato al di fuori del procedimento, ad es. ad un amico) per la ragione che di quelle dichiarazioni esiste un verbale, utilizzabile nei modi di legge, molto più affidabile del ricordo di chi le ha verbalizzate.

La "testimonianza indiretta" si ha quando il testimone non ha personalmente avuto conoscenza del fatto da riferire, ma l'ha appreso da altra persona o da altra fonte: il legislatore avverte l'esigenza di consentire il contraddittorio sulla fonte originaria della conoscenza, sul teste "di riferimento" o di "prima mano" e non solo su quello *de relato*⁴⁴.

Proprio per consentire la citazione del "teste di prima mano" è imposto al testimone indiretto l'obbligo di indicare la fonte della sua conoscenza, a pena di inutilizzabilità (comma 7), al fine di consentire alle parti, se lo ritengono necessaria, la citazione del teste diretto.

Ma l'esame della fonte non è obbligatorio: solo se una parte lo richiede, il giudice è obbligato ad esaminarla, a pena di inutilizzabilità della testimonianza (indiretta) già resa.

Naturalmente se la fonte diretta e quella di "seconda mano" si contraddicono, non esistendo una gerarchia delle prove, sarà il giudice, in base al suo libero convincimento, a valutare quale tra le diverse versioni è la più attendibile.

L'inutilizzabilità non opera quando l'esame del testimone diretto risulti impossibile per morte, infermità o irreperibilità.

Secondo l'art. 195, comma 2, anche il giudice d'ufficio può disporre l'esame della fonte.

Secondo il comma 4 agli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria è vietato deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità previste per le sommarie informazioni testimoniali alla polizia giudiziaria (art. 351) e per i verbali di denunce, querele e istanze presentate oralmente, nonché di sommarie informazioni e di dichiarazioni spontanee alla polizia giudiziaria dalle persone nei cui confronti vengono svolte le indagini (art. 357, comma 2, lettere a) e b). La *ratio* del divieto sta nel fatto che il giudice e le parti hanno diritto di sentire direttamente il testimone e non il resoconto della polizia giudiziaria.

Il comma 6 stabilisce un altro divieto probatorio, per cui i testimoni non possono essere esaminati su fatti comunque appresi dalle persone che possono opporre il segreto professionale o d'ufficio sulle circostanze conosciute per ragione del loro ruolo, salvo che le predette persone abbiano deposto sugli stessi fatti o li abbiano in altro modo divulgati.

Nel processo penale si presume che ogni persona abbia la capacità di testimoniare: tutti, minori, interdetti, inabilitati, infermi hanno tale capacità, salvo il principio del libero convincimento del giudice che dovrà motivare sulle ragioni per cui ha ritenuto un certo testimone capace o non capace di testimoniare. Il giudice può però disporre accertamenti sull'idoneità fisica o mentale della persona a testimoniare, ma i risultati di tali accertamenti, disposti prima dell'esame testimoniale, non impediscono l'assunzione della prova. Al perito si domanda di accertare la capacità di testimoniare e non l'attendibilità

⁴⁴ Nel processo statunitense la testimonianza indiretta (*hearsay evidence*) è di regola vietata, anzitutto, perché si ritiene che la dichiarazione proveniente da persona priva di conoscenza diretta dei fatti sia inattendibile; in secondo luogo, perché all'imputato è negata la facoltà di sottoporre a *cross examination* colui che ha riferito i fatti alla persona sentita nel dibattimento. Pertanto, il Sesto emendamento vieta la testimonianza indiretta e mira ad evitare il cd. *trial by affidavit*, vale a dire un giudizio basato su dichiarazioni scritte rese senza le garanzie del contraddittorio.

del testimone, la quale è riservata all'esclusiva valutazione del giudice (art. 196 c.p.p.).

Diversa dalla capacità di testimoniare è la **credibilità del testimone**. Infatti, benché l'efficacia probatoria della testimonianza non sia subordinata all'esistenza di riscontri, **il testimone deve essere intrinsecamente credibile**.

L'art. 197 c.p.p. stabilisce un'incompatibilità a testimoniare per **taluni soggetti che non presentano il requisito dell'estraneità ai fatti del processo, ed essendo quindi interessati, non possono testimoniare:**

anzitutto l'**imputato** è sicuramente incompatibile a testimoniare (anche se l'art. 197 c.p.p. non lo stabilisce espressamente, ma si ricava dal suo diritto al silenzio);

a) per la stessa ragione, avendo diritto al silenzio, sono incompatibili con l'obbligo di testimoniare **i coimputati del medesimo reato o le persone imputate, in un procedimento connesso, dello stesso reato in concorso o in cooperazione tra loro o che hanno determinato l'evento con condotte indipendenti, salvo che nei loro confronti sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena;**

b) hanno diritto al silenzio anche **le persone imputate in un procedimento connesso perché alcuni reati sono stati commessi per eseguire o per occultare gli altri, o di un reato collegato a norma dell'art. 371, comma 2, lettera b), prima che nei loro confronti sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena, a meno che, previamente avvertita, la persona abbia reso dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di altri;**

c) sono interessati, essendo addirittura parti del processo, **il responsabile civile e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria**, i quali, oltre che essere portatori di un proprio interesse nel processo e dunque non essere perciò credibili, devono esercitare il loro diritto di difesa e quindi anche il diritto al silenzio;

d) sono incompatibili per il ruolo già svolto coloro che nel medesimo procedimento svolgono o hanno svolto la funzione di **giudice, pubblico ministero o loro ausiliario** (quali interprete, perito o consulente tecnico, personale di cancelleria e segreteria giudiziaria), al fine di evitare che la funzione giudiziaria svolta da questi soggetti sia preclusa dall'assunzione del ruolo di testimone. E' incompatibile a testimoniare **anche il difensore che abbia svolto attività di investigazione difensiva (e limitatamente all'attività svolta) e coloro che hanno formato la documentazione delle relative dichiarazioni e delle informazioni**. Se invece il difensore non ha svolto indagini difensive, la sua testimonianza è compatibile, previa rinuncia al mandato difensivo e salva la sua facoltà di opporre il segreto professionale. **Il giudice⁴⁵, il pubblico ministero e il loro ausiliario, il difensore che abbia svolto attività di investigazione difensiva e coloro che hanno formato la documentazione sono incompatibili a testimoniare non per una presunzione di inattendibilità quanto per assicurare uno svolgimento sereno delle loro funzioni.**

Può invece testimoniare la parte civile (come si deduce dall'art. 208 c.p.p.), se ha assistito ai fatti, ancorché sia portatrice di un interesse patrimoniale nel processo e perciò la giurisprudenza esige un vaglio più attento sulla sua credibilità. Così pure **può testimoniare il consulente tecnico della parte civile**.

L'art. 197-*bis* c.p.p. disciplina il "**testimone assistito**", che è una figura introdotta nel nostro ordinamento con la l. 1 marzo 2001, n. 63.

⁴⁵ La Corte costituzionale esclude che un giudice possa testimoniare in giudizio, anche solo per evidenziare un errore in un verbale di udienza, stante l'assoluta inconciliabilità funzionale tra il suo ruolo e quello di testimone (Corte cost. (ord.) 1.4.2014, n. 66).

Il testimone assistito (assistito da un difensore, si intende) è una figura ibrida, perché non è un testimone nel vero senso della parola⁴⁶.

Questo particolare testimone **deve essere obbligatoriamente assistito da un difensore**, perché, evidentemente, è coinvolto nel processo, per cui il legislatore ritiene di poter assumere le sue dichiarazioni con valore di testimonianza, seppure con alcune cautele. Si tratta di una **testimonianza particolare perché, provenendo da un soggetto che potrebbe essere interessato ad un certo esito del processo, la legge prescrive la necessità di riscontri**, esattamente come accade per la chiamata di correo dell'imputato in un procedimento connesso o di coimputato nello stesso reato. Quindi, si tratta di dichiarazioni ibride di un soggetto che non è testimone in senso proprio, perché è interessato in qualche modo o è stato già prima interessato a quel processo. Tanto è vero che deve essere assistito da un difensore, ma che ciò nonostante può essere assunto, nel processo nelle forme della testimonianza assistita.

Dunque, a parte i casi di incompatibilità con l'ufficio di testimone (cioè casi nei quali il soggetto non può mai assumere la veste di testimone, proprio perché incompatibile in quanto profondamente interessato nel processo), è invece possibile, talvolta, rendere dichiarazioni nella forma della testimonianza assistita, cioè **dichiarazioni di carattere semi-testimoniale**, perché, **da una parte è imposta la assistenza di un difensore, dall'altra necessitano di un riscontro**. Non si tratta pertanto di una testimonianza in senso proprio (la quale è una prova attendibile di per sé e valutabile dal giudice), ma di **una prova sospetta**, per la quale il legislatore impone che esistano i **riscontri alla dichiarazione del testimone assistito**.

Due sono i casi di testimonianza assistita indicati dall'art. 197-*bis* c.p.p.: nel primo la **connessione tra i procedimenti è forte**, nel secondo **debole**.

L'**art. 197-*bis*, comma 1, c.p.p.** disciplina la **prima ipotesi di testimonianza assistita**, stabilendo che può essere sentito come testimone assistito **l'imputato in procedimento connesso in tutte le ipotesi dell'art. 12 c.p.p. (connessione forte**, cioè imputato non nello stesso processo ma in un procedimento connesso ma per tutte le ipotesi di cui all'art. 12 c.p.p. ovvero concorso o cooperazione nello stesso reato o condotte indipendenti che hanno determinato l'evento o anche reati commessi gli uni per eseguire o occultare gli altri) **oppure in procedimento collegato probatoriamente** (a norma dell'art. 371, comma 2, lett. b), c.p.p. e cioè alcuni reati 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; oppure che siano stati commessi da più persone in danno reciproco le une in danno delle altre, ovvero quando la prova di un reato o di una sua circostanza influisce sulla prova di un altro reato o di un'altra circostanza), **a condizione che nei suoi confronti sia stata pronunciata sentenza irrevocabile**, sia di proscioglimento, sia di condanna, sia di applicazione della pena su richiesta.

Quindi, in questa prima ipotesi, il soggetto imputato in un procedimento connesso per tutte le ipotesi di cui all'art. 12 c.p.p. oppure in un procedimento collegato nelle ipotesi appena menzionate, se è stata pronunciata nei suoi confronti una qualunque sentenza irrevocabile, può essere sentito nella forma della testimonianza assistita.

In questa prima ipotesi di testimonianza assistita **il testimone assistito è uscito definitivamente dal processo che lo vedeva imputato** (cioè il processo che lo riguardava come imputato è stato definito), perché nei suoi confronti è **stata pronunciata sentenza irrevocabile**, sia di proscioglimento, sia di condanna sia di applicazione della pena. In questo caso **il testimone assistito ha minor interesse personale proprio perché il suo processo è stato definito con una sentenza irrevocabile**, anche se possono rimanere ancora degli interessi e quindi le ragioni di sospetto del legislatore. Infatti, il condannato potrebbe richiedere la revisione, potrebbe avere interesse a benefici penitenziari, quindi potrebbe avere un interesse a

⁴⁶Siccome è più testimone che imputato qualcuno l'ha battezzato "testone", così come l'imputato in procedimento connesso o collegato, che è più imputato che testimone, era simpaticamente chiamato "impumone" da Giandomenico Pisapia.

rendere certe dichiarazioni e non renderne certe altre. Proprio perché qualche interesse permane ugualmente, il legislatore, pur consentendo la testimonianza assistita, esige i debiti riscontri.

In questo caso il testimone assistito ha l'obbligo di rispondere secondo verità su fatti altrui e propri, ma non può essere obbligato a deporre sui fatti attinenti al proprio giudicato di condanna se aveva negato la propria responsabilità o non aveva reso alcuna dichiarazione (art. 197-bis, comma 4 c.p.p.).

Le dichiarazioni non possono comunque essere utilizzate contro la persona che le ha rese (art. 197-bis, comma 5 c.p.p.)

La disposizione non menziona il caso di persona sottoposta a indagini per lo stesso fatto nei cui confronti è stato emesso decreto di archiviazione, o la sentenza di non luogo a procedere. Si tratta, perciò, di casi la cui disciplina è controversa. **Non trattandosi di provvedimento irrevocabile, dovrebbe applicarsi l'art. 210 c.p.p. e la persona dovrebbe essere sentita come imputato in procedimento connesso.**

L'art. 197-bis, comma 2, c.p.p. prevede la seconda ipotesi di testimonianza assistita che si aggiunge alla prima.

Si stabilisce che può essere testimone assistito anche l'imputato in un procedimento connesso, ma in questo caso soltanto ai sensi dell'art. 12, comma 1, lettera c) c.p.p., cioè di **connessione teleologica e quindi debole** (riguarda l'ipotesi che dei reati per cui si procede gli uni sono stati commessi per eseguire od occultare gli altri), **oppure in un procedimento collegato probatoriamente** (esattamente come nella prima ipotesi, cioè ai sensi dell'art. 371, comma 2, lettera b) c.p.p., e, come detto, 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 una sua circostanza), **prescindendo dall'esistenza di una sentenza irrevocabile (può esservi stato un provvedimento di archiviazione o una sentenza di non luogo a procedere), ma occorre che la persona sia stata prima avvertita e responsabilizzata sulle conseguenze derivanti dalle sue eventuali dichiarazioni sul fatto altrui e cioè che sarà obbligato a rispondere secondo verità.** L'ufficio procedente deve aver in precedenza rivolto all'indagato o all'imputato l'avvertimento che, se renderà dichiarazione su fatti che concernono la responsabilità di altri, assumerà in ordine a tali fatti l'ufficio di testimone, salve le incompatibilità previste dall'art. 197 e le garanzie di cui all'art. 197-bis c.p.p. Quindi, in questa ipotesi, **pur non essendovi una sentenza irrevocabile, l'imputato è stato avvertito durante un interrogatorio** (e quindi sapeva che, rendendo dichiarazioni riguardanti terze persone, sarebbe stato successivamente sentito come testimone assistito con l'obbligo di rispondere secondo verità) e **ciononostante egli ha reso dichiarazioni sul fatto altrui. In questo caso il testimone assistito ha l'obbligo di dire la verità sul fatto altrui già dichiarato, ma non può essere obbligato a deporre su fatti che concernono la propria responsabilità in ordine al reato per cui si procede nei suoi confronti (art. 197-bis, comma 4, c.p.p.).**

L'art. 197-bis, comma 3, c.p.p. disciplina le **modalità di assunzione**, per cui il testimone è assistito da un **difensore**, se non ne ha uno di sua fiducia, se ne nomina uno di ufficio⁴⁷.

In ogni caso, le dichiarazioni non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese (art. 197-bis, comma 5, c.p.p.).

Quindi, in buona sostanza, le due ipotesi di testimonianza assistita si distinguono tra loro .

⁴⁷ La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 197-bis, comma 3, c.p.p., nella parte in cui prevede l'assistenza di un difensore anche per le dichiarazioni rese dalle persone, indicate al comma 1 del medesimo art. 197-bis, nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di assoluzione "per non aver commesso il fatto" (Corte cost. 21.11.2006, n. 381) o "perché il fatto non sussiste" (Corte cost. 7.12. 2016, n.21).

La prima riguarda l'imputato in un qualunque procedimento connesso o collegato probatoriamente e si basa sulla esistenza di una sentenza irrevocabile, che dovrebbe dare la garanzia che il soggetto, essendo uscito dal processo, è meno interessato a rendere dichiarazioni per lui convenienti, perché ormai il suo processo è definito. Egli non ha più un grande interesse a mentire, anche se un interesse può sempre conservarlo.

La seconda ipotesi riguarda i due casi particolari dell'imputato con procedimento pendente, ma con connessione teleologica (e quindi debole ex art. 12, comma 1, lettera c) c.p.p., cioè per reati commessi gli uni per eseguire o occultare gli altri) o collegato probatoriamente (ex art. 371, comma 2, lettera b), nei quali, anche se non vi è una sentenza irrevocabile, il soggetto aveva scelto di rendere dichiarazioni sul fatto altrui dopo il previo avvertimento, cioè il soggetto è stato previamente informato che le sue dichiarazioni riguardanti i terzi gli avrebbero fatto assumere il ruolo di testimone assistito.

Quindi, nel primo comma il legislatore fida sulla irrevocabilità della sentenza, nel secondo, nel quale non si tratta di concorrente nello stesso reato, e quindi il vincolo tra i soggetti è meno stretto, si accontenta del fatto che il soggetto era stato già responsabilizzato perché avvertito che sarebbe stato sentito come testimone sul fatto altrui e quindi era ben consapevole che, accusando altri, sarebbe stato sentito come testimone assistito (con obbligo di verità ed eventuale rischio di rispondere di falsa testimonianza e di calunnia) e ciononostante ha scelto di rendere dichiarazioni sul fatto altrui.

Sono, in sintesi, previste due figure di testimone assistito:

Art. 197-bis, comma 1, c.p.p.: l'imputato concorrente nello stesso reato, in procedimento comunque connesso o probatoriamente collegato, giudicato con sentenza irrevocabile, ha l'obbligo di presentarsi (art. 198 comma 2 c.p.p.) e l'obbligo di rispondere secondo verità su fatti altrui e propri, ma non può essere obbligato a deporre sui fatti attinenti al proprio giudicato di condanna se aveva negato la sua responsabilità o non aveva reso alcuna dichiarazione (art. 197-bis, comma 4, c.p.p.).

Art. 197-bis, comma 2, c.p.p.: l'imputato in procedimento teleologicamente connesso (ex art. 12, comma 1, lett. c) c.p.p., cioè quando dei reati per cui si procede gli uni sono stati commessi per eseguire o per occultare gli altri) o probatoriamente collegato (ex art. 371, comma 2, lett. b) c.p.p., cioè 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 una sua circostanza), con processo pendente, che, dopo essere stato avvertito che avrebbe assunto il ruolo di testimone assistito, ha reso dichiarazioni sul fatto altrui (art. 197-bis comma 2 c.p.p.), ha l'obbligo di presentarsi (art. 198, comma 1, c.p.p.) e deve dire la verità sul fatto altrui già dichiarato, ma non può essere obbligato a deporre su fatti che concernono la propria responsabilità in ordine ai fatti per cui si procede (art. 197-bis comma 4 c.p.p.).

In entrambi i casi il testimone assistito è punibile per il delitto di falsa testimonianza, salvo il privilegio contro l'autoincriminazione su ulteriori fatti di reato (art. 198, comma 2, c.p.p.).

Sono poste poi altre modalità di garanzia perché si prescrive che, nell'ipotesi del primo comma, quando cioè vi è una sentenza irrevocabile, il testimone assistito non può essere obbligato a deporre sui fatti per i quali è stata pronunciata in precedenza in giudizio una condanna nei suoi confronti, quando nel procedimento abbia negato la propria responsabilità ovvero non abbia reso alcuna dichiarazione (cioè non si vuole costringere il testimone assistito ad ammettere una responsabilità che nel "suo processo" egli aveva negato o sulla quale non si era pronunciato); quindi, il legislatore non vuole forzarlo, in un processo che riguarda altri, ad ammettere la propria responsabilità.

In riferimento al secondo comma dell'art. 197-bis, il testimone, avvertito a suo tempo che si sarebbe potuto procedere nei suoi confronti nella forma della testimonianza assistita, non può essere obbligato a deporre su fatti che riguardano la propria responsabilità, in ordine al reato per cui si procede o si è proceduto. Il testimone assistito, anche se è stato avvertito che si sarebbe potuta assumere la sua testimonianza assistita, non può però essere obbligato a rispondere su fatti che concernono la sua responsabilità. Il processo è un processo contro terzi, ci si avvale delle sue dichiarazioni contro altri, quindi non ha senso assumere dichiarazioni che riguardano la sua responsabilità. Vige quindi un divieto di domande al testimone assistito che riguardano la propria responsabilità.

Ma il legislatore ha voluto essere molto prudente e non solo ha previsto un divieto di rivolgere domande ma, nel comma successivo, ha previsto una **regola di inutilizzabilità di eventuali risposte date sulla propria responsabilità dal testimone assistito**. In ogni caso, se, per errore, siano state ammesse domande che riguardano la responsabilità del soggetto, **non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese nel procedimento a suo carico** (se il procedimento a suo carico è ancora pendente) **nè nel procedimento di revisione** (se il suo procedimento è già definito con sentenza irrevocabile, perché altrimenti il soggetto che fosse stato costretto ad ammettere la propria responsabilità, si vedrebbe preclusa poi la strada della revisione). E' posta la regola di **inutilizzabilità estesa a qualsiasi giudizio civile o amministrativo relativo al fatto oggetto dei procedimenti e delle sentenze** (ad es. nel procedimento per il risarcimento del danno, conseguente al fatto di reato sul quale fosse costretto a rispondere sulla sua responsabilità). Quindi, una inutilizzabilità particolare, che riguarda il processo contro di lui eventualmente pendente, il processo di revisione, e addirittura una inutilizzabilità nel processo civile o amministrativo. Non si era mai visto che il legislatore penale prevedesse un'**inutilizzabilità addirittura in altri procedimenti**.

Infine, l'art. 197-*bis*, **comma 6, c.p.p.** esige **riscontri che confermino le dichiarazioni del testimone assistito**, prescrivendo l'applicazione della disposizione di cui all'art. 192, comma 3, c.p.p., cioè, come la chiamata in correità o reità, anche la dichiarazione del testimone assistito deve essere valutata unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità, cioè deve essere confermata da riscontri affinché sia provato il fatto affermato dal testimone assistito. Quindi, la testimonianza assistita è una prova nei cui confronti il legislatore nutre qualche sospetto, così come per la chiamata di reità o di correità e pertanto impone al giudice, di valutarla insieme agli elementi di riscontro. Il che vuol dire che, se non ci sono elementi di riscontro, la testimonianza assistita di per sé non può essere considerata prova idonea ad affermare l'esistenza del fatto dichiarato dal testimone assistito⁴⁸.

Gli **obblighi del testimone**, secondo l'**art. 198 c.p.p.**, comportano che il testimone ha l'**obbligo di presentarsi davanti al giudice, di attenersi alle prescrizioni date dal medesimo per le esigenze processuali e di rispondere secondo verità** alle domande che gli sono poste. Se il testimone rispondesse, ma non secondo verità, incorrerebbe nel reato di falsa testimonianza (art. 372 c.p.).

E' affermata la fondamentale regola del **diritto del testimone a non autoincriminarsi**.

I prossimi congiunti dell'imputato hanno facoltà di astenersi dalla testimonianza e perciò non possono essere obbligati a deporre. Agli effetti della legge penale per "**prossimi congiunti**" si intendono gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti (ma nella denominazione di "**prossimi congiunti**" non si comprendono gli affini, allorché sia morto il coniuge e non vi sia prole (art. 307, comma 4, c.p.). Essi devono, tuttavia, deporre quando hanno presentato denuncia, querela o istanza ovvero essi o il loro prossimo congiunto sono offesi dal reato.

Il giudice, a pena di nullità (speciale, perché non riguarda nessuno dei tre casi dell'art. 178: non riguarda il giudice, non riguarda il pubblico ministero, non riguarda le parti private e quindi relativa) avvisa le persone predette della facoltà di astenersi, chiedendo se intendono avvalersene.

⁴⁸ La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 197-*bis*, comma 6, c.p.p., nella parte in cui prevede l'applicazione della disposizione di cui all'art. 192, comma 3, del medesimo codice di rito per le dichiarazioni rese dalle persone, indicate al comma 1 del medesimo art. 197-*bis* c.p.p., nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di assoluzione "per non aver commesso il fatto" (Corte cost. 8.11.2006, n. 381) o "perché il fatto non sussiste" (Corte cost. 7.12.2016, n.21). Pertanto l'imputato proscioltto definitivamente perché il fatto non sussiste o per non averlo commesso, al fine di non essere discriminato per il solo fatto di essere stato sottoposto a procedimento penale, è sottoposto al regime del testimone puro, senza assistenza del difensore e senza necessità di riscontri.

Il **segreto professionale** è tutelato nel processo dall'art. 200 c.p.p., nel senso che i titolari di tale segreto **non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione del proprio ministero, ufficio o professione, salvi i casi in cui hanno l'obbligo di riferirne all'autorità giudiziaria**. La *ratio* del segreto professionale è quella di garantire il libero esercizio di tali professioni. Dall'art. 200 c.p.p. emerge che le diverse categorie professionali tutelate sono tutte accomunate da un unico comune denominatore: il segreto professionale, per cui vi **l'esigenza dell'ordinamento di garantire tali professioni, uffici o ministeri**. Si fronteggiano, da una parte, valori costituzionalmente garantiti (fede religiosa, professioni legali, sanitarie e altre tutelate col segreto professionale) e dall'altra esigenze processuali. Naturalmente sono tutelate soltanto le **notizie apprese nello svolgimento dell'attività professionale tutelata**, non le altre notizie che sono state apprese per altra via.

Il **segreto d'ufficio** è disciplinato dall'art. 201 c.p.p. ed anche in rapporto ad esso vi è un'**esigenza di segretezza che riguarda la pubblica amministrazione**. Il **segreto d'ufficio tutela "il buon andamento della pubblica amministrazione", garantito dall'art. 97 Cost.** In questo caso l'operatività è limitata dall'art. 331 c.p.p. che impone ai pubblici ufficiali di riferire all'autorità giudiziaria dei reati dei quali vengono a conoscenza, nell'esercizio delle loro funzioni.

L'art. 202 c.p.p. riguarda il **segreto di Stato**, che è un segreto di rango più elevato rispetto agli altri segreti, che perciò il **legislatore non limita alla testimonianza** (art. 202) e al **sequestro** (art. 256 commi 1 e 3) ma ha esteso anche all'**intercettazione** (art. 270-bis) e non è opponibile quindi per le altre prove. Si tratta dei **rapporti tra autorità giudiziaria e potere politico**. Il segreto di Stato è quel segreto che viene apposto sui documenti più riservati della pubblica amministrazione, sui quali si dovrebbe fondare la sopravvivenza stessa dello Stato: una **definizione del segreto di Stato** è data dall'**art. 39 l. 3 agosto 2007, n. 124: «sono coperti dal segreto di Stato gli atti, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recare danno all'integrità della Repubblica, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, all'indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato»**. La procedura di "interpello" prevede che l'**autorità giudiziaria chiede al presidente del Consiglio dei Ministri se conferma il segreto di Stato e se vi è la conferma ovviamente l'autorità giudiziaria deve fermarsi. Se il Presidente del Consiglio non risponde, l'autorità giudiziaria procede e quindi può imporre al testimone di rispondere perché evidentemente il segreto di Stato non era opponibile**.

Un'ipotesi particolare di segreto è quello degli informatori di polizia giudiziaria nonché dei servizi di sicurezza (cd. "**segreto di polizia**"). Questi soggetti (chiamati, in modo più gergale, "**confidenti di polizia**") sono **avvicinati dalla polizia giudiziaria per ottenerne notizie utili alle indagini** (ad esempio la polizia giudiziaria viene informata dal confidente di un traffico di stupefacenti in arrivo in un certo luogo, in una certa data, con indicazioni tali da metterla in condizione di sorprendere gli autori del reato). Naturalmente, affinché questi informatori possano continuare a fornire informazioni alla p.g., occorre che costoro conservino il loro anonimato, cioè che la p.g. non sia tenuta a riferire all'autorità giudiziaria (P.M.e giudice) il nome dei "confidenti". Ma questo anonimato si scontra con la necessità delle parti di poter verificare l'attendibilità di questa fonte. Il codice ne detta la disciplina all'art. 203 c.p.p., dettando una disciplina particolare.

Il giudice non può obbligare l'ufficiale o l'agente di polizia giudiziaria ad indicare il nome del suo confidente. Questo a conferma della regola per cui la polizia giudiziaria può mantenere segreto il nome dei suoi confidenti. A fronte della regola per cui l'ufficiale o agente di polizia giudiziaria ha diritto di non rivelare il nome del suo informatore, fa da contrappeso l'altra regola che **nega l'ingresso nel processo alle dichiarazioni che l'ufficiale di polizia giudiziaria rende perché a lui riferite dal confidente se non nominato e sentito**. E' vero che l'ufficiale o l'agente non può essere obbligato a rivelare il nome del suo informatore ma se questi informatori non sono esaminati come testimoni (non basta quindi la loro indicazione, ma occorre esaminare i confidenti in contraddittorio come testimoni), le informazioni da loro fornite non solo non sono utilizzabili ma non possono essere nemmeno acquisite nel processo. Si tratta quindi di una testimonianza inammissibile e quindi vietata e, nell'ipotesi in cui erroneamente fosse ammessa, opererebbe la sanzione dell'inutilizzabilità. La condizione per cui queste dichiarazioni, che provengono dal confidente per il tramite della bocca dell'ufficiale di polizia giudiziaria, entrino nel processo è che questo confidente sia sentito come testimone, garantendo in questo modo il contraddittorio tra le parti. Si tratta di un'**ipotesi speciale di testimonianza indiretta (art. 195) ma la disciplina è diversa**. Infatti, per la testimonianza indiretta basta che il testimone indiretto indichi la sua fonte di conoscenza e, a richiesta di parte o d'ufficio, è disposta la citazione del testimone di prima mano, a pena di inutilizzabilità delle dichiarazioni. L'**art. 203 c.p.p. prevede una disciplina ancor più rigorosa: non basta l'indicazione del confidente ma occorre che questo sia esaminato come testimone garantendo il contraddittorio**. Ciò si spiega anche col fatto che l'ufficiale di polizia giudiziaria sta riferendo nient'altro che il risultato di un atto d'indagine e anche a riguardo della testimonianza l'art. 195, comma 4, c.p.p. pone il divieto per l'ufficiale o agente di polizia giudiziaria di riferire il contenuto delle dichiarazioni ricevute. In questo caso la disciplina è la stessa: occorre sentire gli informatori come testimoni, dopo si potrà anche sentire la dichiarazione dell'ufficiale di polizia giudiziaria. Si tratta, comunque, di dichiarazioni indirette di ciò che hanno saputo dall'informatore ma in realtà la testimonianza fondamentale è quella dell'informatore in quanto portatore delle notizie. Si tratta di una disciplina

rigorosa che, per salvare il **diritto al contraddittorio (e in particolare il diritto al controllo sull'attendibilità della fonte della conoscenza** e non sulla fonte mediata come l'ufficiale o l'agente di polizia giudiziaria) impone la sottoposizione del "confidente" ad esame e controesame delle parti in modo da garantire il contraddittorio. La **sanzione dell'inutilizzabilità, nel caso in cui gli informatori non siano sentiti come testimoni, è stata estesa dal comma 1-bis anche al di fuori del dibattimento.** E' questa una delle rare volte in cui il legislatore prescrive, espressamente, che la sanzione opera prima del dibattimento.

Vi sono però dei casi in cui i segreti d'ufficio, di Stato e di polizia (artt. 201, 202, e 203 c.p.p.) non sono opponibili, cioè non possono essere eccepiti.

L'art. 204 c.p.p. prevede che, **per i reati che attentano alle fondamenta della Repubblica democratica, il segreto d'ufficio, di Stato e di polizia non può essere opposto: sarebbe un limite all'accertamento di fatti gravissimi. Se venisse opposto il segreto infatti reati diretti all'eversione dell'ordinamento costituzionale potrebbero restare impuniti, con pericolo per la sopravvivenza stessa dello Stato.** La natura del reato è definita dal giudice cui spetta stabilire se si tratta di in un reato che attenta all'ordinamento costituzionale e quindi rappresenta un fatto eversivo.

Il presidente del Consiglio dei ministri può confermare o meno il segreto di Stato. Del provvedimento che rigetta l'eccezione di segretezza è data comunicazione al Presidente del Consiglio dei Ministri.

Due disposizioni disciplinano l'**assunzione della testimonianza in casi particolari.** L'art. 205 c.p.p. relativo all'assunzione della testimonianza del Presidente della Repubblica e dei grandi ufficiali dello Stato, che sono i funzionari di grado più elevato del nostro ordinamento e poi l'art. 206 c.p.p. per l'assunzione della testimonianza di agenti diplomatici.

L'art. 207 c.p.p. si occupa dei testimoni sospettati di falsità o di reticenza (art. 372 c.p.) o renitenti (art. 366 c.p.). Il codice dell'88 ha stabilito che il giudice non può valutare in corso di dibattimento se la deposizione è falsa o reticente. Il giudice potrà decidere quale deposizione è falsa o veridica alla fine del dibattimento, con la sentenza, quando avrà tutto il materiale probatorio a disposizione e sarà in grado di accertare quale testimonianza è veridica o meno.

8.2. L'esame delle parti.

L'art. 208 c.p.p. disciplina la richiesta dell'esame come **atto sempre volontario:** non può mai essere imposto ma solo richiesto o consentito dalla parte interessata. L'art. 209 c.p.p. indica le **regole per l'esame delle parti. Si applicano all'esame gli artt. 194 c.p.p.** (cioè la disposizione che stabilisce il **limite e l'oggetto della testimonianza,** per cui anche l'esame delle parti ha un oggetto ed un limite), **198, comma 2, c.p.p.** (in tema di **obblighi del testimone e in particolare il rifiuto di rispondere a domande auto incriminanti**), **499 c.p.p.** (disposizione dettata per il dibattimento che stabilisce le **regole per l'esame testimoniale**). Ancora, all'esame delle parti, **nel caso si tratti di parti diverse dall'imputato, deve applicarsi l'art. 195 c.p.p., in tema di testimonianza indiretta.**

L'esame di un imputato in procedimento connesso o collegato. E' importante individuare correttamente il ruolo da assegnare al dichiarante perché se questi doveva essere sentito sin dall'inizio in qualità di imputato e indagato e invece viene sentito come testimone o persona informata sui fatti, ne deriva l'inutilizzabilità delle dichiarazioni ai sensi dell'art. 63, comma 2, c.p.p.

L'art. 210 c.p.p. disciplina l'**esame di un imputato in procedimento connesso o collegato,** soggetto che è più imputato che testimone⁴⁹.

Questo **soggetto è imputato non nel processo nel quale viene sentito, ma in un procedimento connesso (art. 12 comma 1 lett. a) o collegato (art. 12 comma 1 lett. c) o in indagini collegate ex art. 371, comma 2, lett. b) con questo.** Si tratta quindi di persona che nel processo in cui viene sentito non ha un interesse diretto, ma ne ha uno molto prossimo nel procedimento connesso o collegato, cioè vincolato al primo.

Sono previste due ipotesi di imputato connesso o collegato.

⁴⁹ Giandomenico Pisapia parlava di "impumone", cioè di persona che è più imputato che testimone.

La prima ipotesi, disciplinata dall'art. 210, commi 1-5, riguarda l'imputato concorrente nello stesso reato, con processo pendente (ex art.12, comma 1 lett. a).

All'art. 210, comma 1, si descrivono le **persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 comma 1 lettera a) nei confronti delle quali si procede o si è proceduto separatamente e che sono incompatibili con l'ufficio di testimone.** Si tratta del concorso o cooperazione di più persone nello stesso reato o di più condotte indipendenti che hanno determinato l'evento; ad es., più persone hanno commesso il reato in concorso tra loro, si tratta di condotte le une strettamente collegate alle altre : Tizio e Caio hanno commesso una rapina ma uno ha patteggiato perché è stato trovato dentro la banca e subito arrestato, mentre l'altro è fuggito ed è poi stato giudicato col rito ordinario; i due processi sono separati ma i due soggetti sono concorrenti nello stesso reato.

La seconda ipotesi, disciplinata, dal comma 6 dell'art. 210, riguarda l'imputato connesso teleologicamente (art. 12 comma 1 lett. c) o collegato (art. 371 comma 2 lett. b).

Il comma 6 dell'art. 210 stabilisce che le disposizioni dei commi precedenti si applicano anche alle **persone imputate in un procedimento connesso ai sensi dell'articolo 12 comma 1 lettera c) (se dei reati per cui si procede gli uni sono stati commessi per eseguire o per occultare gli altri) o di un reato collegato (in realtà indagini collegate) ai sensi dell'articolo 371, comma 2, lettera b), che non hanno reso in precedenza dichiarazioni concernenti la responsabilità dell'imputato, mentre se essi hanno reso tali dichiarazioni dopo gli avvertimenti ex art. 64 c.p.p. assumeranno la veste di testimoni assistiti a norma dell'art. 197-bis c.p.p.** (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). **A questa categoria di imputati in procedimento connesso deve essere dato l'avvertimento che se renderanno dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di altri, assumeranno, in ordine a tali fatti, l'ufficio di testimone, salve le incompatibilità previste dall'art. 197 e le garanzie di cui all'art. 197-bis e se non si avvalgono della facoltà di non rispondere assumono l'ufficio di testimone assistito, applicandosi, in tal caso, oltre le disposizioni richiamate dall'art. 210, comma 5, anche gli artt. 197-bis (sul testimone assistito) e 497 (impegno di verità).**

In definitiva, esistono quindi **due figure di imputato in procedimento connesso o collegato, distinguendo:**

1. imputato concorrente nello stesso reato ex art. 12, comma 1, lett. a) c.p.p., **con processo pendente**, che ha l'obbligo di presentarsi (art. 210 comma 2 c.p.p.) ma deve essere avvisato che ha facoltà di non rispondere (art. 210 comma 4 c.p.p.);

2. imputato in procedimento connesso ex art. 12, comma 1, lett. c) c.p.p. **o collegato** ex art. 371, comma 2, lett. b) c.p.p., **con processo pendente, che non ha reso dichiarazioni sul fatto altrui** (art. 210 comma 6 c.p.p.), ha l'obbligo di presentarsi (art. 210 comma 2 c.p.p.) ed a norma dell'art. 64 comma 3 lett. c), è **avvisato che se renderà dichiarazioni su fatti altrui, sarà testimone su tali fatti**, salvo le incompatibilità di cui all'art. 197 c.p.p.

Entrambe queste figure non sono punibili per il delitto di falsa testimonianza, mentre sono punibili per i reati di calunnia, simulazione di reato o false generalità.

Si tratta di una disciplina ibrida tra quella per i testimoni e quella per gli imputati: gli imputati in procedimento connesso hanno l'**obbligo di presentarsi al giudice che può pure disporre l'accompagnamento coattivo** (esattamente come per i testimoni) e si osservano le **disposizioni per la citazione dei testimoni.**

Su questa disciplina s'innestano le **garanzie difensive** perché l'imputato in procedimento connesso è più imputato che testimone e pertanto ha una garanzia fondamentale, quella del **diritto al difensore** (che deve essere nominato d'ufficio, se manca quello di fiducia), **il quale ha diritto (non obbligo) di partecipare all'esame** (art. 210 comma 3).

L'imputato in procedimento connesso **deve essere informato che, essendo imputato, seppure in un procedimento connesso, ha il diritto di non rispondere.**

All'esame dell'imputato in procedimento connesso ex art. 12 comma 1 lett. a) si applicano soltanto gli artt. 194 (oggetto e limiti della testimonianza), 195 (testimonianza indiretta), 498 (esame diretto e controesame), 499 (regole per l'esame testimoniale) e 500 (contestazioni nell'esame testimoniale) (art. 210 comma 5).

All'esame dell'imputato in procedimento connesso ex art. 12, comma 1 lett. c) o in indagini collegate ex art. 371, comma 2 lett. b) che rende dichiarazioni in veste di testimone assistito si applicano, oltre ai menzionati artt. 194, 195, 498, 499 e 500, anche gli artt. 197-bis e 497 c.p.p.

Poiché il legislatore si rende conto dell'**interesse di cui è portatore il coimputato del medesimo reato o l'imputato in procedimento connesso in tutti i casi di cui all'art. 12,**

diffida di tali dichiarazioni ed esige che **la loro valutazione avvenga unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità (riscontri)**, come prescrive l'art. 192, comma 3, c.p.p.

8.3. Il confronto.

Il confronto è il mezzo di prova che consiste nel mettere a raffronto due soggetti che hanno reso dichiarazioni tra loro contrastanti (art. 211-212 c.p.p.). Il confronto può riguardare **due o più testimoni, due o più imputati o anche imputati in procedimento connesso o testimoni assistiti oppure anche tra testimoni e imputati** (può esserci un teste che riferisce certe circostanze e l'imputato che nega smentendo la versione). Trattandosi di una prova, il giudice può procedere a confronto **sia in dibattimento sia in incidente probatorio.**

8.4. La ricognizione.

La ricognizione (dal latino *recognoscere*: riconoscere) è la prova che consiste nel **riconoscimento di persone o cose.** Il legislatore presta fiducia in questo mezzo di prova, nonostante le statistiche dimostrino che è assolutamente inaffidabile⁵⁰. La ricognizione, come mezzo di prova, **si assume in dibattimento o in incidente probatorio** e va distinta dal similare **atto d'indagine "individuazione"** di cui all'art. 361 c.p.p. L'art. 213 disciplina gli **atti preliminari alla ricognizione personale**, che consistono nella descrizione della persona e nella richiesta al ricognitore se in precedenza abbia avuto occasione di procedere a riconoscimento o comunque di vedere la persona da riconoscere e di tali adempimenti deve essere fatta menzione nel verbale (art. 213 comma 2). Il comma 3 sanziona l'inosservanza sia del primo (omissione degli atti preliminari) sia del secondo comma (verbalizzazione dell'attività preliminare) con la nullità, che, non rientrando tra quelle d'ordine generale di cui all'art. 178, è evidentemente di tipo speciale e relativo. L'art. 214 c.p.p. disciplina dettagliatamente lo svolgimento della ricognizione personale, le cui modalità devono essere riportate nel verbale, a pena anche in questo caso di **nullità speciale e relativa.**

L'art. 215 c.p.p. regola la ricognizione di cose, richiamando, "in quanto applicabili", le disposizioni sulla ricognizione di persone nonché la prescrizione nel verbale della menzione, a pena di **nullità speciale e relativa**, delle sue modalità di svolgimento. Per le ricognizioni di voci, suoni o di quanto altro può essere oggetto di percezione sensoriale, l'art. 216 c.p.p. prescrive l'osservanza "in quanto applicabili", delle disposizioni dell'art. 213 sulla ricognizione di persone. Infine, l'art. 217 c.p.p. stabilisce che, in caso di pluralità di ricognizioni della medesima persona il giudice deve procedere con atti separati, impedendo ogni comunicazione tra chi ha compiuto la ricognizione e coloro che devono ancora eseguirla.

8.5. L'esperimento giudiziale.

L'esperimento giudiziale è il mezzo di prova con il quale il giudice, per accertare i fatti, dispone la riproduzione, per quanto è possibile della situazione in cui il fatto si afferma o si ritiene essere avvenuto e nella ripetizione delle modalità di svolgimento del fatto stesso. Anche questa è una prova e si assume nel dibattimento o nell'incidente probatorio, e quindi il

⁵⁰ Dagli studi effettuati da *Innocence Project* negli U.S.A. su condanne ormai passate in giudicato, applicando ora su vecchi reperti l'esame del D.N.A., è risultato che i riconoscimenti errati sono stati la causa principale o addirittura unica di errori giudiziari in oltre il 75% dei casi.

difensore deve essere presente con il P.M. (art. 218 c.p.p.). L'art. 219 c.p.p. regola le modalità dell'esperimento giudiziale, stabilendo che l'esperimento è disposto con ordinanza contenente una succinta enunciazione dell'oggetto dello stesso e l'indicazione del giorno, dell'ora e del luogo in cui si procederà alle operazioni.

8.6. La perizia.

La perizia è il mezzo di prova a disposizione del giudice (nel dibattimento o anticipatamente nell'incidente probatorio) per svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche (art. 220 c.p.p.). Al fine di evitare che la responsabilità dell'imputato sia affermata, anziché sulla base di prove, solo su accertamenti psicologici che lo individuino come responsabile di un "delitto d'autore", l'**art. 220, comma 2, c.p.p.** stabilisce il **divieto probatorio per la perizia criminologica** (cioè quella volta ad accertare l'abitudine o la professionalità nel reato o la tendenza a delinquere dell'imputato), **per la perizia personologica** (cioè quella che accerta il carattere e la personalità dell'imputato) e **per la perizia psicologica** (cioè quella che mira ad accertare le qualità psichiche dell'imputato indipendenti da cause patologiche).

Il divieto si giustifica perché verterebbe su un oggetto della prova estraneo al processo penale, che ha ad oggetto i fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza (art. 187 c.p.p.).

Tali perizie criminologiche, personologiche e psicologiche sono invece ammesse ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza (art. 220, comma 2, c.p.p.) trattandosi di persona già condannata.

Una **particolare perizia incidente sulla libertà personale** è quella prevista dall'art. 224-bis c.p.p., norma che dovrebbe attuare la **riserva di legge e di giurisdizione dettata dall'art. 13 Cost.** e disciplinare i **provvedimenti del giudice per le perizie che richiedono il compimento di atti idonei ad incidere sulla libertà personale, "quali il prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale" su persone viventi ai fini della determinazione del profilo del DNA o non meglio precisati "accertamenti medici", e non vi è il consenso della persona da sottoporre all'esame del perito**⁵¹.

Invece l'**art. 224-bis c.p.p. non attua appieno la riserva di legge, perché è vero che essa indica sia i reati che consentono il prelievo** («delitto doloso o preterintenzionale, consumato o tentato, per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni, omicidio stradale e lesioni stradali gravi e gravissime e negli altri casi espressamente previsti dalla legge»), **sia il presupposto** (cioè che la perizia risulti «assolutamente indispensabile per la prova dei fatti») **ma non le attività che possono essere compiute**, definite «atti idonei ad incidere sulla libertà personale, quali il prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale su persone viventi ai fini della determinazione del profilo del DNA» (indicati quindi non in modo tassativo, ma esemplificativo che potrebbe consentire anche altri prelievi, come, ad esempio, quello ematico) oppure «accertamenti medici» indicati assai genericamente e che dovrebbero invece essere elencati tassativamente dal legislatore), **né i soggetti passivi del prelievo** (l'art. 9 della stessa l. n. 85/2009 consente il prelievo nei

⁵¹ La l. 23.3.2016, n. 41 (Introduzione del reato di omicidio stradale e del reato di lesioni personali stradali, nonché disposizioni di coordinamento al decreto legislativo 30.4.1992, n. 285, e al decreto legislativo 28.8.2000, n. 274) ha aggiunto un nuovo caso di prelievo biologico coattivo, sia in forma di perizia durante il dibattimento (art. 224-bis, comma 1 c.p.p.), sia di accertamento tecnico durante le indagini preliminari (art. 359-bis, comma 3-bis c.p.p.).

confronti di tutte le persone ristrette nella libertà personale) col rischio di uno *screening* di massa. **La norma quindi non indica tassativamente né i “casi” né i “modi” del prelievo** perché l’art. 224-*bis* c.p.p. autorizza atti idonei ad incidere sulla libertà personale «quali» il prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale, o generici «accertamenti medici», con una elencazione che sembra non tassativa ma esemplificativa, in contrasto con l’art. 13 comma 2 Cost.⁵²

Infine **non è assicurato il ricorso in cassazione**, in ottemperanza a quanto prescrive l’art. 111, comma 7, Cost., per i provvedimenti incidenti sulla libertà personale.

L’art. 224-*bis* c.p.p. attribuisce al giudice la possibilità di disporre il **prelievo di materiale biologico necessario per la perizia dibattimentale quando manchi il consenso dell’interessato**.

La persona da sottoporre all’esame del perito può essere l’indagato o imputato ma anche un terzo.

L’art. 224-*bis* c.p.p. disciplina nel dettaglio i provvedimenti del giudice per le perizie che richiedono il compimento di atti idonei ad incidere sulla libertà personale. Trattandosi di una prova assunta a dibattimento, il relativo verbale confluisce nel fascicolo per il dibattimento.

Si tratta di una prova, che si assume, in base a questa disposizione, in dibattimento, anche su persone diverse dall’imputato, con autorizzazione o convalida del G.I.P. e con l’assistenza del difensore. Il relativo verbale confluisce nel fascicolo per il dibattimento.

Quando per l’esecuzione della perizia è necessario compiere atti idonei ad incidere sulla libertà personale (l’art. 224-*bis* c.p.p. indica il prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale su persone viventi, ma sembrerebbero ammessi anche altri prelievi, come quello ematico) **ai fini della determinazione del profilo del D.N.A. o accertamenti medici, e non vi è il consenso della persona da sottoporre all’esame del perito (che può essere l’indagato o imputato ma anche un terzo)**, il giudice, anche d’ufficio, ne dispone con ordinanza motivata l’esecuzione coattiva, se essa risulta **assolutamente indispensabile per la prova dei fatti (comma 1)**.

L’ordinanza che dispone la perizia incidente sulla libertà personale, oltre quanto disposto dall’art. 224 c.p.p., **deve contenere, a pena di nullità** (diversa a seconda dei casi) una serie di indicazioni, tra le quali, **l’avviso al soggetto sottoposto a perizia, che può essere l’indagato o imputato della facoltà di farsi assistere da un difensore e se invece è un terzo ad essere sottoposto a prelievo ha facoltà di farsi assistere da una persona di fiducia (comma 2)**.

L’ordinanza che dispone la perizia deve essere notificata all’interessato non indagato o imputato, all’imputato e al suo difensore nonché alla persona offesa **(comma 3)**.

E’ posto un perentorio divieto probatorio di compiere operazioni che contrastano con espressi divieti posti dalla legge o che possono mettere in pericolo la vita, l’integrità fisica o la salute della persona o del nascituro, ovvero che, secondo la scienza medica, possono provocare sofferenze di non lieve entità **(comma 4)**.

E’ ribadito il divieto probatorio per cui le operazioni peritali devono essere comunque eseguite nel rispetto della dignità e del pudore di chi vi è sottoposto. In ogni caso, a parità di risultato, devono essere prescelte le tecniche meno invasive **(comma 5)**

⁵² Il d.P.R. 17.4.2016, n. 87 (Regolamento di attuazione della l. 30.6.2009, n. 85) contiene «disposizioni di attuazione della legge 30.6.2009, n. 85, concernente l’istituzione della banca dati nazionale del DNA e del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA, ai sensi dell’articolo 16 della legge n. 85 del 2009» ha istituito una Banca dati nazionale del D.N.A., cui possono accedere anche gli altri Paesi per la lotta contro il crimine.

E' consentito l'accompagnamento coattivo e l'esecuzione coattiva delle operazioni peritali, sia pure per il tempo strettamente necessario all'esecuzione delle operazioni (**comma 6**).

La perizia è nulla se la persona sottoposta al prelievo o agli accertamenti (sia indagata, imputata o terzo) «non è assistita dal difensore nominato». Disposizione equivoca perché sembrerebbe imporre la presenza obbligatoria del difensore (in tal caso, l'assenza darebbe luogo ad una nullità assoluta) ma in contrasto con il precedente comma 2 lett.d) che prevede invece una semplice «facoltà» di farsi assistere da un difensore o da persona di fiducia (**comma 7**).

Secondo l'art. 225 c.p.p., disposta la perizia, il pubblico ministero e le parti private hanno facoltà di nominare propri consulenti tecnici (consulenza tecnica "endoperitale") in numero non superiore, per ciascuna parte, a quello dei periti (comma 1).

Le parti private, nei casi e alle condizioni previste dalla legge sul patrocinio statale dei non abbienti, hanno diritto di farsi assistere da un consulente tecnico a spese dello Stato (comma 2). Il conferimento dell'incarico al perito è disciplinato dall'art. 226 con la previa dichiarazione di impegno da parte del perito e la successiva formulazione dei "quesiti" da sottoporre al perito, in contraddittorio tra le parti, il perito ed i consulenti (art. 226 c.p.p.). La relazione peritale in immediata risposta ai quesiti, se possibile, è resa oralmente con parere raccolto a verbale. Ma di solito la complessità dei quesiti impone al perito di richiedere al giudice un termine per il deposito della relazione peritale. Il giudice, se non sostituisce il perito, gli concede il termine, che può essere anche prorogato, ma non può comunque superare i sei mesi (art. 227 c.p.p.). L'art. 228 c.p.p. disciplina l'attività del perito, il quale procede alle operazioni peritali. Se è autorizzato dal giudice, può prendere visione degli atti, dei documenti e delle cose prodotti dalle parti dei quali la legge prevede l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento, nonché ad assistere all'esame delle parti e all'assunzione di prove ed anche a servirsi di ausiliari di sua fiducia. Il perito può richiedere notizie all'imputato, alla persona offesa o ad altre persone, ma è posto un divieto di utilizzazione degli elementi in tal modo acquisiti, che possono essere utilizzati solo ai fini dell'accertamento peritale. L'art. 229 c.p.p. regola le comunicazioni relative alle operazioni peritali, in modo da consentire ai consulenti e alle parti di presenziarvi. L'art. 230 c.p.p. regola l'attività dei consulenti tecnici, che possono assistere al conferimento dell'incarico al perito e presentare al giudice richieste, osservazioni e riserve, delle quali deve essere fatta menzione nel verbale. Essi possono partecipare alle operazioni peritali, proponendo al perito specifiche indagini e formulando osservazioni e riserve, delle quali deve essere dato atto nella relazione. Secondo l'art. 233 c.p.p. è possibile la nomina di consulenti tecnici anche quando non è stata disposta perizia (consulenza tecnica "extraperitale"): in questo caso ciascuna parte può nominare, in numero non superiore a due, propri consulenti tecnici, che possono esporre al giudice il proprio parere, anche presentando memorie a norma dell'art. 121 c.p.p. I commi 1-bis e 1-ter attuano il diritto di difesa attraverso la consulenza tecnica, consentendo al consulente tecnico di una parte privata di esaminare le cose sequestrate nel luogo in cui esse si trovano, di intervenire alle ispezioni, ovvero di esaminare l'oggetto delle ispezioni alle quali il consulente non è intervenuto, ma dovendo l'autorità giudiziaria impartire le prescrizioni necessarie per la conservazione dello stato originario delle cose e dei luoghi e per il rispetto delle persone. Non può essere nominato consulente tecnico chi si trova nelle condizioni di incapacità o incompatibilità previste per il perito dall'art. 222 c.p.p. (cioè il minorenne, l'interdetto, l'inabilitato e chi è affetto da infermità mentale; chi è interdetto anche temporaneamente dai pubblici uffici ovvero è interdetto o sospeso dall'esercizio di una professione o di un'arte; chi è sottoposto a misure di sicurezza personali o a misure di prevenzione; chi non può essere assunto come testimone o ha facoltà di astenersi dal testimoniare o chi è chiamato a prestare ufficio di testimone o di interprete).

8.7. Il documento.

La prova può essere orale (o endoprocessuale perché si forma all'interno del processo) oppure documentale (o extraprocessuale giacché nasce al di fuori del processo). Il "documento" è sempre formato fuori del processo (ad es. un certificato medico) e pertanto va distinto dalla "documentazione" degli atti processuali e degli atti di investigazione difensiva (ad es. verbale del dibattimento o di un atto di indagine), che invece si formano nel procedimento.

Il documento è lo scritto o il diverso supporto che incorpora e rappresenta fatti, persone o cose mediante la fotografia, la cinematografia o qualsiasi altro mezzo (**art. 234**).

La legge penale conosce due categorie di documento (l'atto pubblico e la scrittura privata). Ma è stato introdotto anche il documento informatico, che è definito dalla legge come «il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti» (art. 1 comma 1, lett. p), d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82, Codice

dell'amministrazione digitale, come sostituito dall'art. 1 d. lgs. 26 agosto 2016, n. 179). L'art. 234-*bis* c.p.p. consente l'acquisizione di documenti e dati informatici conservati all'estero, anche diversi da quelli disponibili al pubblico. Se i documenti e i dati informatici non sono disponibili al pubblico occorre il previo consenso del legittimo titolare.

La prova documentale è acquisita **nel dibattimento, ma può essere acquisita anche nella precedente fase delle indagini preliminari o delle investigazioni difensive.**

E' posto il **divieto probatorio di acquisire documenti che contengono informazioni sulle voci correnti nel pubblico intorno ai fatti di cui si tratta nel processo (non essendo verificabile la fonte) o sulla moralità in generale delle parti, dei testimoni, dei consulenti tecnici e dei periti (giacché nel processo si devono accertare fatti e non qualità morali)** (art. 234, comma 3, c.p.p.).

I **documenti costituenti corpo del reato**⁵³ (ad es. il testamento falso per dimostrarne la falsità, il contratto attraverso il quale si è perfezionata la truffa) devono essere sempre acquisiti mediante sequestro "qualunque sia la persona che li abbia formati o li detenga" (art. 235 c.p.p.).

I **documenti relativi al giudizio sulla personalità dell'imputato o della persona offesa dal reato** (certificati del casellario giudiziale, documentazione esistente presso gli uffici del servizio sociale degli enti pubblici e presso gli uffici di sorveglianza, sentenze irrevocabili di qualunque giudice italiano e sentenze straniere riconosciute) **possono essere acquisiti se il fatto per il quale si procede deve essere valutato in relazione al comportamento o alle qualità morali di questi due soggetti** (ad es. la personalità aggressiva della persona offesa può rilevare per valutare il comportamento minaccioso attribuito all'imputato) **oppure anche al fine di valutare la credibilità di un testimone** (ad es. se si tratta di un testimone condannato per falsa testimonianza o calunnia) (art. 236 c.p.p.). L'art. 237 c.p.p. consente l'acquisizione, anche d'ufficio, di "qualsiasi documento proveniente dall'imputato, anche se sequestrato presso altri o da altri prodotto". Naturalmente se si tratta di appunti difensivi redatti dall'imputato e da consegnare al suo difensore per approntare la difesa, vertendosi in materia di esercizio del diritto di difesa, essi non sono sequestrabili, come riconosciuto anche dalla Corte costituzionale⁵⁴.

Il legislatore ammette una limitata "**circolarità della prova**" e l'**art. 238 c.p.p.** disciplina l'acquisizione di verbali di prove di altri procedimenti.

Le prove formate in un procedimento penale possono essere utilizzate sia nei confronti di altri imputati per il medesimo fatto, sia nei confronti del medesimo imputato per fatti diversi, ma l'utilizzazione è consentita nei limiti previsti dall'art. 238 c.p.p., e cioè con il **rispetto del principio del contraddittorio nella formazione della prova.**

Il comma 1 detta la regola generale per cui è **ammessa l'acquisizione di verbali di prove di altro procedimento penale se si tratta di prove assunte nell'incidente probatorio o nel dibattimento e quindi in contraddittorio.**

Quanto ai verbali di prove assunte in un **giudizio civile**, l'acquisizione è ammessa soltanto se **il giudizio è definito con sentenza passata in giudicato** (art. 238, comma 2, c.p.p.).

Se si tratta di prove penali o civili, i **verbali di dichiarazioni** sono sottoposti ad un più rigoroso regime, perché **possono essere utilizzati contro l'imputato «soltanto se il suo difensore ha partecipato all'assunzione della prova» penale** (e ciò può capitare se il difensore, anche in diversa persona fisica, ha partecipato all'esame della stessa persona, ma in

⁵³ Secondo la definizione dell'art. 253 c.p.p., sono "corpo del reato" le "cose sulle quali o mediante le quali il reato è stato commesso nonché le cose che ne costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo", mentre sono "cose pertinenti al reato" quelle "necessarie per l'accertamento dei fatti".

⁵⁴ Corte cost. 1.6.1998, n. 229.

un altro procedimento e per un diverso fatto e quindi con diversa prospettiva difensiva) o se nei confronti dell'imputato «fa stato la sentenza civile» (art.238, comma 2-*bis*, c.p.p.).

E' comunque ammessa l'acquisizione della documentazione di **atti di loro natura irripetibili** (perquisizioni, sequestri, intercettazioni), mentre se **la ripetizione dell'atto è divenuta impossibile per fatti o circostanze sopravvenuti**, l'acquisizione è ammessa solo se si tratta di fatti o circostanze imprevedibili: è ritenuto prevalente il principio di conservazione della prova, che impone di utilizzare la prova irripetibile *ab initio* o divenuta imprevedibilmente tale (art. 238, comma 3, c.p.p.).

Al di fuori dei suddetti casi i verbali di dichiarazioni hanno **nel dibattimento un'utilizzabilità contro l'imputato condizionata al suo consenso** e, in mancanza di consenso, sono utilizzabili **soltanto per le contestazioni** di cui agli artt. 500 e 503 c.p.p. (art. 238, comma 4, c.p.p.).

Ma **la trasmigrazione della prova non può eludere il contraddittorio, il diritto alla prova e l'oralità**, per cui, salve le deroghe al diritto alla prova introdotte dall'art. 190-*bis*, c.p.p. resta fermo il **diritto delle parti di ottenere, a norma dell'art. 190 c.p.p., l'esame delle persone le cui dichiarazioni sono state acquisite** ai sensi dell'art. 238 (art. 238, comma 5, c.p.p.).

Fermo quanto previsto dall'art. 236 c.p.p. (che ammette l'acquisizione di documenti e di sentenze ai fini del giudizio sulla personalità dell'imputato o della persona offesa dal reato), l'art. 238-*bis* c.p.p. consente l'**acquisizione delle sentenze divenute irrevocabili «ai fini della prova di fatto in esse accertato»** e sono valutate **a norma degli artt. 187 e 192, comma 3, c.p.p.** (quindi con i limiti della rilevanza e pertinenza rispetto all'oggetto del giudizio nel quale la sentenza viene acquisita e con la necessità di "riscontri").

La sentenza irrevocabile può essere utilizzata al fine di ritenere provato soltanto il fatto accertato in sentenza e non tutti i fatti che lo supportano.

Per accertare che il documento provenga da una certa persona, esso è sottoposto per il riconoscimento alle parti private o ai testimoni (art. 239 c.p.p.).

L'art. 240 c.p.p. pone un **doppio divieto probatorio**, cioè sia il **divieto di acquisire sia quello di utilizzare documenti anonimi**, perché la ignota paternità non consentirebbe il contraddittorio sull'autore del documento. E' invece consentito acquisire e utilizzare il documento costituente corpo del reato o proveniente comunque dall'imputato, in linea con quanto stabilito dall'art. 237 (art. 240 comma 1, c.p.p.).

Il legislatore del 2006 ha introdotto un **procedimento camerale in contraddittorio per la distruzione** dei supporti e degli atti concernenti dati e contenuti di conversazioni o comunicazioni, relativi a traffico telefonico e telematico, **"illegalmente"** (ma **nel senso di "illecitamente"**) formati o acquisiti e dei documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni. La **procedura è quella camerale ex art. 127 c.p.p.**, e **l'ordinanza è immediatamente esecutiva** (per cui l'eventuale ricorso in cassazione sarà inutile dopo l'avvenuta distruzione). Ma la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art 240, commi 4, 5 e 6 c.p.p.⁵⁵.

9. I MEZZI DI RICERCA DELLA PROVA.

Diversi dai "mezzi di prova" sono i "mezzi di ricerca della prova" (ispezioni, perquisizioni, sequestri, intercettazioni di conversazioni o comunicazioni), disciplinati dal titolo

⁵⁵ Corte cost. 22.4.2009, n. 173 (in *Cass. pen.*, 2009, p. 4647) ha dichiarato l'illegittimità dell'art 240, commi 4 e 5 c.p.p. nella parte in cui non prevede, per la disciplina del contraddittorio, l'applicazione dell'art. 401, commi 1 e 2 dello stesso codice (la Corte ha ritenuto che, per raggiungere l'obiettivo di assicurare l'effettività del contraddittorio nel procedimento di distruzione dei documenti e dei supporti delle intercettazioni illegali, occorre rendere applicabile la disciplina dettata dall'art. 401 commi 1 e 2 c.p.p. che regola l'udienza relativa all'incidente probatorio). La stessa sentenza ha pure dichiarato illegittimo l'art. 240 comma 6 c.p.p., nella parte in cui non esclude dal divieto di fare riferimento al contenuto dei documenti, supporti e atti, nella redazione del verbale previsto dalla stessa norma, le circostanze inerenti l'attività di formazione, acquisizione e raccolta degli stessi documenti, supporti e atti.

III del libro III, nei quali l'elemento probatorio preesistente è ricercato ed acquisito "a sorpresa", di solito, durante le indagini preliminari, mentre il mezzo di prova si forma in seguito alla sua assunzione in dibattimento o nell'incidente probatorio (testimonianza, esame delle parti, confronti, ricognizioni, esperimenti giudiziari, perizia, documenti).

Va detto che i mezzi di ricerca della prova vengono assunti di regola durante le indagini preliminari, anche se possono essere assunti in dibattimento (le relative disposizioni si riferiscono infatti, genericamente, all'«autorità giudiziaria»). Solo le intercettazioni a fini di ricerca della prova trovano la loro sede naturale esclusivamente durante le indagini preliminari giacché hanno per finalità quella di consentire la prosecuzione delle indagini.

9.1. Le ispezioni.

L'**art. 244 c.p.p.** indica i casi e le forme dell'ispezione, che consente al giudice o al P.M. di **osservare** (dal latino *inspicere*) e descrivere persone, luoghi o cose allo scopo di accertare le tracce e gli altri effetti materiali del reato. Essa è disposta con decreto motivato del giudice (in dibattimento o in incidente probatorio) o del P.M. (durante le indagini preliminari). L'**art. 245 c.p.p.** riguarda l'ispezione personale, con diritto del perquisito alla presenza di una persona di fiducia (cosiddetto testimone ad atti processuali). L'**art. 246 c.p.p.** si riferisce invece all'ispezione locale e reale, stabilendo che copia del decreto di ispezione deve essere consegnata, all'inizio delle operazioni, all'imputato o detentore del luogo, ma solo se presenti sul posto.

9.2. Le perquisizioni.

La perquisizione (dal latino *perquaerere*) è il mezzo di ricerca della prova attraverso il quale l'autorità giudiziaria (pubblico ministero o giudice) ricerca, anche coattivamente, il corpo del reato e le cose pertinenti al reato.

L'**art. 247 c.p.p.** disciplina i casi e le forme della **perquisizione**, disposta dal **giudice** (in dibattimento o in incidente probatorio) **o dal P.M.** (durante le indagini preliminari) con **decreto motivato**, quando vi è «**fondato motivo**» (la *probabile cause* del diritto anglosassone) **di ritenere che il corpo del reato o cose pertinenti al reato siano occultati sulla persona o tali cose o l'imputato o l'evaso si trovino in un determinato luogo.**

La convalida della perquisizione è necessaria anche in caso di esito negativo, essendo sempre necessario il controllo dell'autorità giudiziaria sulla legittimità della perquisizione.

La perquisizione è consentita dall'art. 352 c.p.p. (e da molteplici disposizioni speciali) pure alla **polizia giudiziaria di sua iniziativa, con successiva trasmissione del verbale al pubblico ministero, che può convalidarla nelle successive quarantotto ore.**

E' ammessa pure la "perquisizione informatica o telematica" alla ricerca di dati, informazioni, programmi informatici o tracce comunque pertinenti al reato, che si ha fondato motivo di ritenere si trovino in un sistema informatico o telematico (art. 247, comma 1-bis, c.p.p.).

La perquisizione è autorizzata dall'autorità giudiziaria con decreto motivato sui presupposti di legge ed è eseguita dalla stessa autorità giudiziaria o da ufficiali di polizia giudiziaria da essa delegati.

L'autorità giudiziaria può previamente invitare alla consegna della *res* ricercata, consegna che comunque non esclude la perquisizione (art. 248, comma 1, c.p.p.).

L'autorità giudiziaria o gli ufficiali di polizia giudiziaria da questa delegati possono esaminare presso banche atti, documenti e corrispondenza nonché dati, informazioni e programmi informatici (art. 248, comma 2, c.p.p.).

L'art. 249 c.p.p. stabilisce che il perquisendo ha diritto alla presenza di una persona di fiducia, se idonea e prontamente reperibile (cosiddetto testimone ad atti processuali) (comma 1). E' prescritto il rispetto della dignità e, nei limiti del possibile, del pudore del perquisito (comma 2).

Gli **artt. 249 e 250 c.p.p.** disciplinano in particolare la perquisizione personale e quella locale.

L'**art. 251 c.p.p.** appone limiti temporali a quella domiciliare a tutela del domicilio.

L'**art. 252 c.p.p.** impone di sottoporre a sequestro le cose rinvenute a seguito della perquisizione, con l'osservanza delle prescrizioni di cui agli artt. 259 (per la custodia delle cose sequestrate) e 260 c.p.p. (per l'apposizione dei sigilli alle cose sequestrate per le cose deperibili e la distruzione delle cose sequestrate).

9.3. I sequestri.

Il sequestro (dal latino *sequestrare*) consiste nell'apprensione coattiva di un bene e può avere diverse finalità.

L'**art. 253 c.p.p.** disciplina l'oggetto e le formalità del **sequestro probatorio, che è un mezzo di ricerca della prova e che perciò va distinto dal sequestro conservativo e dal sequestro preventivo, che sono invece misure cautelari reali.** Infatti, il **sequestro conservativo** mira ad offrire garanzie sia per il pagamento della pena pecuniaria, delle spese di procedimento e di ogni altra somma dovuta all'erario dello Stato, sia per le obbligazioni civili derivanti dal reato (art. 316 ss. c.p.p.); mentre il **sequestro preventivo** mira a prevenire le conseguenze del reato o ad assicurare i beni sui quali è consentita la confisca (art. 321 ss. c.p.p.).

Il sequestro probatorio è il mezzo di ricerca della prova attraverso il quale l'autorità giudiziaria (P.M. durante le indagini preliminari o giudice in dibattimento o in incidente probatorio) acquisisce, anche coattivamente, al processo il corpo di reato e le cose pertinenti al reato.

L'**art. 253 c.p.p.** stabilisce che l'«autorità giudiziaria» (quindi il **giudice durante il dibattimento o l'incidente probatorio o p.m. durante le indagini preliminari**) dispone con decreto motivato il sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato (anche **la p.g. può procedere al sequestro di propria iniziativa**, con successiva trasmissione del relativo verbale al p.m. del luogo dove il sequestro è stato eseguito, che lo convalida con decreto motivato nelle quarantotto ore successive, a norma degli artt. 354 e 355 e di diverse leggi speciali).

Come si è detto, il **corpo del reato** è costituito dalle **cose sulle quali o mediante le quali il reato è stato commesso** (p. es.: il testamento falsificato o la pistola impiegata per commettere un omicidio oppure anche l'autovettura utilizzata per il trasporto di stupefacenti) **nonché le cose che ne costituiscono il prodotto** (cioè il risultato, vale a dire il frutto che il colpevole ottiene direttamente dalla sua attività illecita), **il profitto** (cioè il vantaggio economico che si ricava per effetto della commissione del reato) **o il prezzo** (cioè il compenso dato o promesso

per indurre, istigare o determinare un altro soggetto a commettere il reato), secondo l'interpretazione della Corte di cassazione⁵⁶.

Invece le **cose pertinenti al reato** sono tutte **quelle necessarie per l'accertamento dei fatti** (cioè quelle che servono, anche indirettamente, ad accertare la consumazione dell'illecito, il suo autore e le circostanze del reato con riferimento ad ogni possibile legame, individuabile caso per caso, tra le cose stesse e l'accertamento dell'illecito, che sia ritenuto rilevante ai fini del processo).

Il sequestro (probatorio) del corpo del reato non è obbligatorio. Ed è ovvio che un sequestro "probatorio" deve avere una finalità "probatoria" cioè non è consentito il sequestro del corpo di reato privo di ogni finalità di indagine, che violerebbe l'art. 42 Cost. sul diritto di proprietà. Tale sequestro non è quindi obbligatorio né per l'autorità giudiziaria, né per la polizia giudiziaria.

Per il **sequestro di corrispondenza**, che **interrompe l'inoltro al destinatario**, l'art. 254 c.p.p., in attuazione della riserva di giurisdizione di cui all'art. 15 Cost., prescrive all'**ufficiale di polizia giudiziaria di consegnare all'autorità giudiziaria gli oggetti di corrispondenza sequestrati, senza aprirli e senza prendere altrimenti conoscenza del loro contenuto.**

L'art. 254-bis c.p.p. disciplina il **sequestro avente ad oggetto i dati detenuti da fornitori di servizi telematici** (cioè dati telefonici, telematici e di ubicazione) e **non riguarda un flusso di comunicazioni in atto** (quale è quello che si realizza con le *chat*, anche se non contestuali, le *mail* e i *social network*), che invece danno luogo ad un flusso di comunicazioni relativo a sistemi telematici, per la cui intercettazione opera il disposto dell'art. 266-bis c.p.p.

Disposizioni particolari sono dettate **per il sequestro presso banche di ciò che si abbia fondato motivo di ritenere sia pertinente al reato (art. 255 c.p.p.)**.

L'art. 256 c.p.p. impone un **dovere di esibizione alle persone tenute al segreto professionale (art. 200 c.p.p.) e a quello di ufficio (art. 201 c.p.p.)**, che devono consegnare immediatamente all'autorità giudiziaria che ne faccia richiesta gli atti e i documenti e ogni altra cosa esistente presso di esse per ragione del loro ufficio, incarico, ministero, professione o arte, salvo che dichiarino per iscritto che si tratti di segreti di Stato ovvero di segreto inerente al loro ufficio o professione.

Il **segreto è escluso** nei casi di cui all'art. 204 c.p.p., cioè per i fatti di eversione dell'ordinamento costituzionale ed altri ivi indicati.

L'art. 256-bis c.p.p. disciplina l'**acquisizione di documenti, atti o altre cose da parte dell'autorità giudiziaria presso le sedi dei servizi di informazione per la sicurezza.** -A tutela dell'effettività del segreto di Stato, l'autorità giudiziaria deve indicare nell'ordine di esibizione, in modo quanto più possibile specifico, i documenti, gli atti e le cose oggetto della richiesta (comma 1).- L'autorità giudiziaria procede direttamente sul posto all'esame dei documenti, degli atti e delle cose e acquisisce agli atti quelli strettamente indispensabili ai fini dell'indagine (comma 2).- Se ritiene che i documenti, gli atti o le cose esibiti non siano quelli richiesti o siano incompleti, l'autorità giudiziaria informa il Presidente del Consiglio dei ministri, che provvede a disporre la consegna di ulteriori documenti, atti o cose o, se ne ricorrono i presupposti, a confermare l'inesistenza di ulteriori documenti, atti o cose (comma 3).- Quando deve essere acquisito, in originale o in copia, un documento, un atto o una cosa, originato da un organismo informativo estero, trasmesso con vincolo di non divulgazione, l'esame e la consegna immediata sono sospesi e il documento, l'atto o la cosa è trasmesso immediatamente al Presidente del Consiglio dei ministri affinché vengano assunte le necessarie iniziative presso l'autorità estera per le relative determinazioni in ordine all'apposizione del segreto di Stato (comma 4).- Il Presidente del Consiglio dei ministri autorizza l'acquisizione del documento, dell'atto o della cosa ovvero oppone o conferma il segreto di Stato entro

⁵⁶ Cass., Sez. un., 3.7.1996 (dep. 17.10.1996), n. 9149, Rv. 205707.

sessanta giorni dalla trasmissione (comma 5).- Se il Presidente del Consiglio dei ministri non si pronuncia nel termine di cui al comma 5, l'autorità giudiziaria acquisisce il documento, l'atto o la cosa (comma 6).

L'**art. 256-ter c.p.p.** disciplina l'**acquisizione di atti, documenti o altre cose per i quali viene eccepito il segreto di Stato**.- Quando devono essere acquisiti, in originale o in copia, documenti, atti o altre cose per i quali il responsabile dell'ufficio detentore eccepisce il segreto di Stato, l'esame e la consegna sono sospesi; il documento, l'atto o la cosa è sigillato in appositi contenitori e trasmesso prontamente al Presidente del Consiglio dei ministri (comma 1).- Se è eccepito il segreto di Stato, il Presidente del Consiglio dei ministri autorizza l'acquisizione del documento, dell'atto o della cosa ovvero conferma il segreto di Stato entro trenta giorni dalla trasmissione (comma 2).- Se il Presidente del Consiglio dei ministri non si pronuncia nel termine di cui al comma 2, l'autorità giudiziaria acquisisce il documento, l'atto o la cosa (comma 3).-

L'**imputato, la persona alla quale le cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione** possono proporre **richiesta di riesame, anche nel merito, contro il decreto di sequestro**, a norma dell'art. 324; tale richiesta non sospende l'esecuzione del provvedimento (**art. 257 c.p.p.**). Il **sequestro probatorio è mantenuto finché è necessario a fini di prova**; cessata tale esigenza probatoria le cose sequestrate sono restituite a chi ne abbia diritto, anche prima della sentenza (**art. 262 c.p.p.**). L'**art. 263 c.p.p.** regola il **procedimento per la restituzione delle cose sequestrate**.

9.4. Le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni.

Le intercettazioni (dal latino *intercapio*: intercetto) di comunicazioni o conversazioni si distinguono, a seconda della loro finalità, in **processuali o preventive**.

Le **intercettazioni preventive** hanno una funzione di pubblica sicurezza, cioè mirano alla prevenzione dei reati. Tre sono le disposizioni vigenti: artt. 226 disp. coord. c.p.p., 4 d.l. 27 luglio 2005 n. 144, conv. dalla l. 31 luglio 2005 n. 155 (Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale) e 78 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 articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136"

Le **intercettazioni processuali** hanno invece la funzione di consentire la **prosecuzione delle indagini** (artt. 266-271 c.p.p.) oppure di **agevolare le ricerche del latitante** (art. 295, commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*, c.p.p.).

Il codice di procedura penale non offre una **definizione di intercettazione** ma, secondo la dottrina e la giurisprudenza dominanti, il legislatore intende **la presa di conoscenza, operata clandestinamente da un terzo con l'impiego di mezzi meccanici o elettronici di captazione del suono, delle comunicazioni segrete attuate in forma diversa dallo scritto**.

In giurisprudenza la definizione di intercettazione è stata offerta dalle Sezioni unite Torcasio ed altro, secondo cui **l'intercettazione consiste nella captazione occulta e contestuale di una comunicazione o conversazione tra due o più soggetti che agiscono con l'intenzione di escludere altri e con modalità oggettivamente idonee allo scopo, attuata da un soggetto estraneo alla stessa mediante strumenti tecnici di percezione tali da vanificare le cautele ordinariamente poste a protezione del suo carattere riservato**⁵⁷.

L'art. 266, comma 1, c.p.p., indica i **casi di intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazione**, alcuni individuati con riferimento all'entità della pena edittale prevista per il reato, altri tenendo conto delle particolari caratteristiche del reato, per il cui accertamento l'intercettazione è strumento utile e talvolta il più idoneo.

⁵⁷ Cass., Sez. un., 28.5.2003, Torcasio ed altro.

L'intercettazione di conversazioni tra presenti (ambientale), con o senza captatore informatico, è consentita negli stessi casi nei quali è ammessa l'intercettazione telefonica e di altre forme di telecomunicazione, cioè quelli appena menzionati di cui all'art. 266, comma 1, c.p.p., ma nei luoghi di privata dimora (**intercettazione domiciliare**), di norma, essa può essere autorizzata soltanto se vi è "fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa" (art. 266, comma 2, c.p.p.).

Il comma *2-bis* consente sempre l'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51, commi *3-bis* (reati con finalità mafiosa) e *3-quater* (reati con finalità terroristica), e, previa indicazione delle ragioni che ne giustificano l'utilizzo anche nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p. (domicilio), per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'art. 4 c.p.p.

L'art. 266-*bis* c.p.p. disciplina le intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche. Le *chat*, come le *mail* e i *social network*, danno luogo ad un flusso di comunicazioni in atto, relativo a sistemi telematici, per la cui intercettazione opera il disposto dell'art. 266-*bis* c.p.p. Invece i dati detenuti da fornitori di servizi telematici (ad esempio su un *hard disk* o altro supporto informatico) possono essere oggetto di sequestro a norma dell'art. 254-*bis* c.p.p. Pertanto, l'intercettazione del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici ovvero intercorrente tra più sistemi è consentita nei procedimenti relativi ai reati indicati nell'art. 266 c.p.p., nonché a quelli commessi mediante l'impiego di tecnologie informatiche o telematiche

L'art. 267 c.p.p. stabilisce che il pubblico ministero richieda al giudice per le indagini preliminari l'autorizzazione a disporre le operazioni di intercettazione. L'autorizzazione è data con decreto motivato quando vi sono «gravi indizi di reato» (non di colpevolezza) e l'intercettazione è «assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini». Il decreto che autorizza l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile indica le ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini; nonché, se si procede per delitti diversi da quelli di cui all'art. 51, commi *3-bis* e *3-quater* c.p.p., e dai delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'art. 4 c.p.p., i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono. Nella valutazione dei gravi indizi di reato si deve applicare l'art. 203 c.p.p., per cui le informazioni fornite dagli informatori della polizia giudiziaria non possono essere né acquisite né utilizzate ai fini dell'autorizzazione dell'intercettazione se essi non sono esaminati come testimoni. Nei casi di urgenza, quando vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero dispone l'intercettazione con decreto motivato, che va comunicato immediatamente e comunque non oltre le ventiquattro ore al g.i.p. Lo stesso giudice, entro quarantotto ore dal provvedimento, decide sulla convalida con decreto motivato. Se il decreto del pubblico ministero non viene convalidato nel termine stabilito, l'intercettazione non può essere proseguita e i risultati di essa non possono essere utilizzati.

Per consentire un controllo dell'autorità giudiziaria sulla legittimità delle intercettazioni, le operazioni possono essere compiute esclusivamente per mezzo degli impianti installati nella procura della Repubblica. Tuttavia, quando tali impianti risultano insufficienti o inadeguati ed esistono eccezionali ragioni di urgenza, il pubblico ministero può disporre, con provvedimento motivato, il compimento delle operazioni mediante impianti di pubblico servizio o in dotazione alla polizia giudiziaria (art. 268, comma 3, c.p.p.). Ma, quando si procede a intercettazione di comunicazioni informatiche o telematiche, il pubblico ministero

può disporre che le operazioni siano compiute anche mediante impianti appartenenti a privati. Per le operazioni di avvio e di cessazione delle registrazioni con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, riguardanti comunicazioni e conversazioni tra presenti, l'ufficiale di polizia giudiziaria può avvalersi, quali ausiliari, di persone idonee (art. 268, comma 3-*bis*, c.p.p.). I verbali e le registrazioni sono immediatamente trasmessi al pubblico ministero per la conservazione nell'archivio digitale delle intercettazioni e, entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni di intercettazione, gli stessi verbali e registrazioni devono essere depositati per i difensori delle parti presso lo stesso archivio, insieme ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione, rimanendovi per il tempo fissato dal pubblico ministero, salvo che il giudice non riconosca necessaria una proroga (art. 268, comma 4, c.p.p.). Tuttavia, se dal deposito può derivare un grave pregiudizio per le indagini, il giudice autorizza il pubblico ministero a ritardare il deposito non oltre la chiusura delle indagini preliminari (art. 268, comma 5, c.p.p.). Ai difensori delle parti è immediatamente dato avviso che, entro il termine fissato dal p.m. o prorogato dal g.i.p., per via telematica hanno facoltà di esaminare gli atti e solo ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche (non possono estrarne copia per timore di indebite provalazioni in danno della riservatezza). Scaduto il termine, lo stesso giudice dispone l'acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche indicati dalle parti, che non appaiano irrilevanti, procedendo anche di ufficio allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione e di quelli che riguardano categorie particolari di dati personali, sempre che non ne sia dimostrata la rilevanza. Il pubblico ministero e i difensori hanno diritto di partecipare all' "udienza-stralcio" e sono avvisati almeno ventiquattro ore prima (art. 268, comma 6, c.p.p.). Dopo che il g.i.p. ha disposto l'acquisizione, la trascrizione integrale delle registrazioni o la stampa in forma intellegibile delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche è un'attività eventuale, consentita in ogni momento, anche nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento, ed è eseguita per mezzo del perito, osservando le forme, i modi e le garanzie previsti per l'espletamento delle perizie. Trattandosi di atti irripetibili, le trascrizioni o le stampe sono inserite nel fascicolo per il dibattimento. Il g.i.p., con il consenso delle parti, può disporre l'utilizzazione dei brogliacci d'ascolto redatti dalla polizia giudiziaria nel corso delle indagini (si tratta dell'applicazione della disposizione generale di cui all'art. 431, comma 2, c.p.p. che consente di acquisire qualsiasi atto con l'accordo delle parti). Ma, in caso di contestazioni si deve procedere alla trascrizione peritale. (art. 268, comma 7, c.p.p.).

Solo dopo l'avvenuta selezione e acquisizione delle registrazioni rilevanti e utilizzabili, i difensori possono estrarre copia delle trascrizioni e fare eseguire la trasposizione della registrazione su idoneo supporto. In caso di intercettazione di flussi di comunicazioni informatiche o telematiche i difensori possono richiedere copia su idoneo supporto dei flussi intercettati, ovvero copia della stampa prevista dal comma 7 (art. 268, comma 8, c.p.p.).

Solo nei casi di urgenza e rischio di grave pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero può disporre, con decreto motivato, l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, ma soltanto nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p. e per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'art. 4. A tal fine indica, oltre ai gravi indizi di reato e all'assoluta indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini, le ragioni di urgenza che rendono impossibile attendere il provvedimento del giudice. Il decreto è trasmesso al g.i.p che, entro quarantotto ore dal provvedimento, decide sulla convalida con decreto motivato. Se il decreto del pubblico ministero non viene convalidato nel termine stabilito, l'intercettazione non può essere proseguita e i risultati di essa non possono essere utilizzati.

Il decreto del pubblico ministero che dispone l'intercettazione indica le modalità e la durata delle operazioni. Tale durata non può superare i quindici giorni, ma può essere prorogata più volte dal g.i.p. con decreto motivato per periodi successivi di quindici giorni, qualora permangano i due presupposti dei gravi indizi di reato e dell'assoluta indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini.

Il pubblico ministero può procedere alle operazioni personalmente ma più spesso si avvale di un ufficiale di polizia giudiziaria.

E' stato istituito un apposito "registro riservato" gestito, anche con modalità informatiche, e tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica, in cui sono annotati, secondo un ordine cronologico, i decreti che dispongono, autorizzano, convalidano o prorogano le intercettazioni e, per ciascuna intercettazione, l'inizio e il termine delle operazioni.

E' prevista una duplice forma di documentazione, cioè la registrazione e la verbalizzazione e nel verbale è trascritto, anche sommariamente, il contenuto delle comunicazioni intercettate (cosiddetto "brogliaccio d'ascolto", che è solo un sunto della conversazione, mentre la prova si trova soltanto nella registrazione) (art. 268, comma 1, c.p.p.).

Al fine di tutelare la riservatezza su fatti estranei all'indagine, è prescritto al pubblico ministero di dare indicazioni e vigilare affinché nei verbali non siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge, salvo che risultino rilevanti ai fini delle indagini.

La conservazione integrale dei verbali, delle registrazioni e di ogni altro atto ad esse relativo è assicurata nell'apposito "archivio delle intercettazioni", gestito e tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica dell'ufficio che ha richiesto ed eseguito le intercettazioni. Non sono coperti dal segreto a tutela della riservatezza soltanto i verbali e le registrazioni delle comunicazioni e conversazioni acquisite al fascicolo delle indagini preliminari, o comunque utilizzati nel corso delle indagini preliminari. Al giudice per le indagini preliminari e ai difensori delle parti, per l'esercizio dei loro diritti e facoltà successivamente al deposito effettuato al termine delle intercettazioni o con l'avviso di conclusione delle indagini o nel caso di giudizio immediato richiesto dal p.m., è consentito l'accesso all'archivio delle intercettazioni e l'ascolto delle conversazioni o comunicazioni registrate (art. 269, comma 1, c.p.p.).

Salvo quanto previsto per la distruzione delle registrazioni inutilizzabili *ex art. 271 c.p.p.*, le altre registrazioni sono conservate fino alla sentenza non più soggetta a impugnazione. Tuttavia, gli interessati, quando la documentazione non è necessaria per il procedimento, possono chiederne la distruzione, a tutela della riservatezza, al giudice che ha autorizzato o convalidato l'intercettazione. Il giudice decide in camera di consiglio a norma dell'art. 127 c.p.p. (art. 269, comma 2, c.p.p.). La distruzione, nei casi in cui è prevista, viene eseguita sotto controllo del giudice e dell'operazione è redatto verbale (art. 269, comma 3, c.p.p.) L'art. 270 c.p.p. disciplina l'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in altri procedimenti, distinguendo, nel comma 1, le intercettazioni telefoniche o di altre forme di telecomunicazione, e nel comma 2 le intercettazioni a mezzo di captatore informatico. Nel comma 1 è posta la regola per cui i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali le intercettazioni stesse sono state disposte, salvo che tali risultati risultino "rilevanti e indispensabili" per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza e dei reati di cui all'art. 266, comma 1, c.p.p., cioè di tutti i reati per i quali è ammessa l'intercettazione telefonica o di altre forme di telecomunicazione. Il comma 1-*bis* tiene ferma la regola per cui i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi, ma consente che i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile possono essere utilizzati anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione qualora risultino "indispensabili per l'accertamento" dei delitti indicati dall'art. 266, comma 2-*bis*, c.p.p., cioè di tutti i reati per i quali è sempre consentita l'intercettazione a mezzo di captatore informatico. Ai fini della utilizzazione in procedimenti diversi, i verbali e le registrazioni delle intercettazioni sono depositati presso l'autorità competente per il diverso procedimento. Si applicano le disposizioni dell'art. 268, commi 6, 7 e 8, c.p.p. Pertanto, ai difensori delle parti è immediatamente dato avviso che, entro il termine fissato dal p.m. o prorogato dal g.i.p., per via telematica hanno facoltà di esaminare gli atti e solo ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche. Scaduto il termine, lo stesso giudice dispone l'acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche indicati dalle parti, che non appaiano irrilevanti, procedendo anche di ufficio allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione e di quelli che riguardano categorie particolari di dati personali, sempre che non ne sia dimostrata la rilevanza. Il p.m. e i difensori hanno diritto di partecipare allo stralcio e sono avvisati almeno ventiquattro ore prima. Dopo che il g.i.p. ha disposto l'acquisizione, la trascrizione integrale delle registrazioni o la stampa in forma intellegibile delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche è un'attività eventuale, consentita in ogni momento, anche nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento, ed è eseguita per mezzo del perito, osservando le forme, i modi e le garanzie previsti per l'espletamento delle perizie. Trattandosi di atti irripetibili, le trascrizioni o le stampe sono inserite nel fascicolo per il dibattimento. Il g.i.p., con il consenso delle parti, può disporre l'utilizzazione dei brogliacci d'ascolto redatti dalla polizia giudiziaria nel corso delle indagini. Ma, in caso di contestazioni si deve procedere alla trascrizione peritale. (art. 268, comma 7, c.p.p.). Solo dopo l'avvenuta selezione e acquisizione delle registrazioni rilevanti e utilizzabili, i difensori possono estrarre copia delle trascrizioni e fare eseguire la trasposizione della registrazione su idoneo supporto. In caso di intercettazione di flussi di comunicazioni informatiche o telematiche i difensori possono richiedere copia su idoneo supporto dei flussi intercettati, ovvero copia della stampa prevista dal comma 7 (art. 270, comma 2, c.p.p.). Infine, il p.m. e i difensori delle parti hanno facoltà di esaminare i verbali e le registrazioni in precedenza depositati nel procedimento in cui le intercettazioni furono autorizzate (art. 270, comma 3, c.p.p.).

L'art. 270-*bis* c.p.p. disciplina le comunicazioni di servizio di appartenenti al Dipartimento delle informazioni per la sicurezza (D.I.S.) e ai Servizi di informazione per la sicurezza interna (A.I.S.I.) ed esterna (A.I.S.E.).

L'autorità giudiziaria, quando abbia acquisito, tramite intercettazioni, comunicazioni di servizio di appartenenti al Dipartimento delle informazioni per la sicurezza o ai servizi di informazione per la sicurezza, dispone l'immediata secretazione e la custodia in luogo protetto dei documenti, dei supporti e degli atti concernenti tali comunicazioni. terminate le intercettazioni, l'autorità giudiziaria trasmette al Presidente del Consiglio dei ministri copia della documentazione contenente le informazioni di cui intende avvalersi nel processo, per accertare se taluna di queste informazioni sia coperta da segreto di Stato. Prima della risposta del Presidente del Consiglio dei ministri, le informazioni ad esso inviate possono essere utilizzate solo se vi è pericolo di inquinamento delle prove, o pericolo di fuga, o quando è necessario intervenire per prevenire o interrompere la commissione di un delitto per il quale sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni. Resta ferma la disciplina concernente la speciale causa di giustificazione prevista per attività del personale dei servizi di informazione per la sicurezza. Se entro sessanta giorni dalla notificazione della richiesta il Presidente del Consiglio dei ministri non oppone il segreto, l'autorità giudiziaria acquisisce la notizia e provvede per l'ulteriore corso del procedimento. L'opposizione del segreto di Stato inibisce all'autorità giudiziaria l'utilizzazione delle notizie coperte dal segreto. Non è in ogni caso precluso all'autorità giudiziaria di procedere in base ad elementi autonomi e indipendenti dalle informazioni coperte dal segreto. Quando è sollevato conflitto di attribuzione nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri, qualora il conflitto sia risolto nel senso dell'insussistenza del segreto di Stato, il Presidente del Consiglio dei ministri non può più opporlo con riferimento al medesimo oggetto. Qualora il conflitto sia risolto nel senso della sussistenza del segreto di Stato, l'autorità giudiziaria non può acquisire nè utilizzare, direttamente o indirettamente, atti o documenti sui quali è stato opposto il segreto di Stato. In nessun caso il segreto di Stato è opponibile alla Corte costituzionale, la quale adotta le necessarie garanzie per la segretezza del procedimento (art. 270-*bis* c.p.p.).

L'art. 271 c.p.p. indica i **divieti di utilizzazione** dei risultati delle intercettazioni.

I risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati qualora le stesse siano state eseguite "fuori dei casi consentiti dalla legge" o qualora non siano state osservate le disposizioni previste dagli artt. 267 c.p.p. (presupposti e forme del provvedimento) e 268, commi 1 (registrazione e verbalizzazione) e 3 (impiego egli impianti installati presso la Procura della Repubblica) (art. 271, comma 1, c.p.p.).

Non sono in ogni caso utilizzabili i dati acquisiti nel corso delle operazioni preliminari all'inserimento del captatore informatico sul dispositivo elettronico portatile e i dati acquisiti al di fuori dei limiti di tempo e di luogo indicati nel decreto autorizzativo (art. 271, comma 1-*bis*, c.p.p.).

Non possono essere utilizzate le intercettazioni relative a conversazioni o comunicazioni delle persone tutelate dal segreto professionale, quando hanno a oggetto fatti conosciuti per ragione del loro ministero, ufficio o professione, salvo che le stesse persone abbiano depresso sugli stessi fatti o li abbiano in altro modo divulgati (art. 271, comma 2, c.p.p.).

In ogni stato e grado del processo il giudice dispone che la documentazione delle intercettazioni inutilizzabili ai sensi dei commi 1, 1-*bis* e 2 sia distrutta, salvo che costituisca corpo del reato (art. 271, comma 3, c.p.p.).

9.5. La conservazione e l'acquisizione dei dati telefonici, telematici e di ubicazione.

Per quanto riguarda la conservazione dei dati l'art. 132 d.lgs. 30.6.2003, n. 196, Codice in materia di protezione dei dati personali (cd. Codice della *privacy*), in nome dell'*habeas data* tutelato dall'art. 15 Cost., contiene la disciplina ordinaria, la quale prevede che i dati relativi al traffico telefonico sono conservati dal fornitore per ventiquattro mesi dalla data della comunicazione, per finalità di accertamento e repressione dei reati, mentre, per le medesime

finalità, i dati relativi al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, sono conservati dal fornitore per dodici mesi dalla data della comunicazione (comma 1). I dati relativi alle chiamate senza risposta, trattati temporaneamente da parte dei fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico oppure di una rete pubblica di comunicazione, sono conservati per trenta giorni (comma 1-*bis*). La stessa disposizione stabilisce che, entro tali termini, i dati siano "acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del pubblico ministero" (comma 2). Inoltre, una disciplina speciale è dettata dall'art. 24 l. 20.11.2017, n. 167, che, al fine di garantire strumenti di indagine efficace in considerazione delle straordinarie esigenze di contrasto del terrorismo, anche internazionale, per le finalità dell'accertamento e della repressione dei reati di cui agli artt. 51, comma 3-*quater*, e 407, comma 2, lettera a), c.p.p., ha innalzato a 72 mesi (6 anni) il periodo di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico, in deroga a quanto previsto dall'art. 132 commi 1 e 1-*bis* del Codice *Privacy*.

Il quadro complessivo della disciplina della *data retention*, pertanto, si articola secondo una sorta di quadruplica binario. I tempi di conservazione sono di regola scanditi nei ventiquattro mesi, dodici mesi e trenta giorni previsti dall'art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003; nei casi in cui vengono in rilievo reati a matrice terroristica o previsti dall'art. 407, comma 2, lett. a), i tempi di conservazione sono dettati dall'art. 24 l. n. 1677/2017. Ma è ovvio che il fornitore dei servizi, non potendo prevedere le richieste che gli perverranno in futuro, per adempiere ai suoi obblighi di conservazione, deve custodire in ogni caso tutti i dati di traffico per il termine massimo di settantadue mesi. Naturalmente il soggetto titolare del rapporto contrattuale con l'ente gestore della telefonia è legittimato ad ottenere la documentazione dei dati memorizzati, che riguardano le proprie comunicazioni con i suoi interlocutori, senza la necessità di un provvedimento dell'autorità giudiziaria.

Per quanto attiene invece all'acquisizione dei dati l'art. 254-*bis* c.p.p. disciplina il sequestro di dati informatici presso fornitori di servizi informatici, telematici e di telecomunicazioni, stabilendo che l'autorità giudiziaria (e quindi anche il P.M.), quando dispone il sequestro, presso i fornitori di servizi informatici, telematici o di telecomunicazioni, dei dati da questi detenuti, compresi quelli di traffico o di ubicazione, può stabilire, per esigenze legate alla regolare fornitura dei medesimi servizi, che la loro acquisizione avvenga mediante copia di essi su adeguato supporto, con una procedura che assicuri la conformità dei dati acquisiti a quelli originali e la loro immutabilità. In questo caso è, comunque, ordinato al fornitore dei servizi di conservare e proteggere adeguatamente i dati originali. Tale sequestro ha ad oggetto i dati detenuti da fornitori di servizi telematici e non riguarda un flusso di comunicazioni in atto (quale è quello che si realizza con le *chat*, anche se non contestuali, le *mail* e i *social network*), che invece danno luogo ad un flusso di comunicazioni relativo a sistemi telematici, per la cui intercettazione opera il disposto dell'art. 266-*bis* c.p.p.

Tale disciplina si pone nettamente in contrasto con diverse pronunce della Corte giust. U.E. che richiedono che l'ingerenza statale nel diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati di carattere personale debba rispondere al principio di proporzionalità e perciò vietano una conservazione "generalizzata e indifferenziata" dei dati relativi al traffico e all'ubicazione; esigono "regole chiare e precise" per imporre l'acquisizione dei dati (di regola solo di persone sospettate di reato e soltanto eccezionalmente di altre persone) "strettamente necessari" a fini di indagine, affermando la legittimazione esclusiva all'acquisizione del giudice o di un'autorità amministrativa indipendente ed escludendo esplicitamente quella del P.M.⁵⁸

⁵⁸ Corte giust. U.E. (Grande Camera) 2.3.2021, *H. K. c. /Prokuratuur*, C-746/18; Corte. giust. U.E., Grande Camera, 21.12.2016, *Tele2 Sverige AB c/Post Och Telestyrelsen e Secretary of State for the home Department c/*

Nessuna disciplina legislativa esiste invece per l'impiego del G.P.S. (*Global Positioning System*) che individua, con un "pedinamento satellitare", l'esatta posizione di un soggetto in ogni momento.

10. GLI ATTI DEL PROCEDIMENTO.

Gli atti del procedimento penale sono compiuti in lingua italiana. Tuttavia al cittadino italiano che appartiene alle minoranze linguistiche si riconosce, a sua richiesta, di essere interrogato ed esaminato nella madrelingua e anche il relativo verbale redatto in tale lingua.

(art. 109 c.p.p.). E' prescritta la sottoscrizione e la data degli atti (artt. 110 e 111 c.p.p.). E' ammessa la surrogazione di copie in luogo degli originali mancanti (art. 112 c.p.p.) e, se non è possibile, si procede alla ricostituzione degli atti (art. 113 c.p.p.).

10.1. Il procedimento in camera di consiglio.

La regola è la pubblicità dell'udienza, l'eccezione il rito in camera di consiglio senza la presenza del pubblico.

L'art. 127 disciplina il procedimento camerale tipico, che difetta della pubblicità dell'udienza e prevede la presenza solo 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 questo rito camerale tipico (ad esempio, per l'udienza di archiviazione o di riesame), ma altre volte prevede dei **procedimenti camerale atipici** 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 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 pubblico⁵⁹.

Davanti alla Corte di cassazione la regola è l'udienza pubblica, ma è anche previsto un particolare procedimento camerale (art. 611 c.p.p.). Si stabilisce che la Corte procede in camera di consiglio, oltre che nei casi particolarmente previsti dalla legge, anche quando deve decidere su ogni ricorso contro provvedimenti non emessi nel dibattimento, fatta eccezione delle sentenze pronunciate nel giudizio abbreviato a norma dell'art. 442 c.p.p.

L'udienza camerale davanti alla Corte suprema non è "partecipata", per cui, se non è diversamente stabilito e in deroga a quanto previsto dall'art. 127 c.p.p., la Corte giudica sui motivi, sulle richieste del procuratore generale e sulle memorie delle altre parti senza intervento dei difensori (udienza camerale "non partecipata" e con contraddittorio solo cartolare). Fino a quindici giorni (liberi) prima dell'udienza, tutte le parti possono

Watson e al., C-203/15 e C-698/15; Corte giust. U.E., Grande Camera, 2.10.2018, *Ministerio Fiscal*, C-207/16; Corte giust. U.E., Grande Camera, 6.10.2020, *Privacy International c/ Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* e al., C-623/17; Corte giust. U.E., Grande Camera, 8.4.2014, *Digital Rights*, C-293/12 e C-594/12.

⁵⁹ Corte e.d.u., sez. II, 13.11.2007, *Bocellari e Rizza c/ Italia*; Corte e.d.u., sez. II, 10.4.2012, *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".

presentare motivi nuovi e memorie e, fino a cinque giorni prima, possono presentare memorie di replica. Si tratta, oltre l'art. 611 c.p.p., dei casi di cui agli artt. 3, comma 2 (decisione sul ricorso contro l'ordinanza che dispone la sospensione del processo penale in attesa del giudicato civile sulle questioni pregiudiziali su stato di famiglia o di cittadinanza), 41, comma 1 (decisione sul ricorso contro l'ordinanza di inammissibilità della dichiarazione di ricusazione), 263, comma 5 (decisione sul ricorso contro l'ordinanza del g.i.p. che rigetta la richiesta di restituzione delle cose in sequestro), 325 (decisione sul ricorso contro le ordinanze emesse in appello in tema di sequestro preventivo e contro il decreto di revoca del sequestro emesso dal p.m.- art. 322-*bis* - e sul ricorso avverso l'ordinanza del riesame contro il sequestro preventivo e conservativo – art. 325 c.p.p.), 610, comma 1 (udienza camerale davanti alla settima sezione per la decisione sull'inammissibilità del ricorso, rilevata dal presidente della Corte), 612 (decisione sulla sospensione dell'esecuzione della condanna civile), 624, comma 3, c.p.p. (dichiarazione di quali parti della sentenza sono divenute irrevocabili in caso di annullamento parziale della stessa), 625-*ter* c.p.p. (decisione sulla rescissione del giudicato), art. 10, comma 3, d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (decisione sul ricorso in materia di misure di prevenzione).

Lo stesso art. 611 comma 1 c.p.p. prevede però che specifiche disposizioni di legge possano stabilire diversamente, per cui vi sono **casi, particolarmente previsti dalla legge, che “dispongono diversamente” rispetto all'art. 611 c.p.p., e nei quali la corte di cassazione osserva le disposizioni dell'art. 127 c.p.p., cioè con udienza camerale “partecipata” con contraddittorio, facoltativo, ma fisico**, ad esempio: nei casi previsti dagli artt. 32, comma 1 (risoluzione dei conflitti di giurisdizione e di competenza), 41, comma 3 (decisione sul merito della ricusazione), 48, comma 1 (decisione sulla rimessione del processo), 311, comma 5 (decisione sul ricorso contro le ordinanze cautelari emesse in sede di riesame e di appello), 428, comma 3 (decisione sul ricorso contro la sentenza di non luogo a procedere), 625-*bis*, comma 4 (decisione sul ricorso straordinario per errore materiale o di fatto), 706, comma 2 (decisione sul ricorso contro la sentenza della corte d'appello sull'estradizione), 718, comma 1 c.p.p. (decisione su revoca e sostituzione delle misure cautelari all'estradando).

10.2. L'obbligo della immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità.

L'art. 129 c.p.p. 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, non può procedere oltre nel procedimento (che sarebbe inutile) e deve, anche di ufficio, immediatamente prosciogliere con sentenza l'imputato senza procedere ad ulteriore istruzione probatoria. 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** risponde al principio di legalità, per cui il giudice non può adottare una formula diversa.

10.3. Il segreto investigativo e il segreto a tutela della riservatezza.

L'art. 114 c.p.p. disciplina i rapporti tra il diritto di informazione e le esigenze processuali, nel tentativo di cercare un equilibrio tra i due opposti valori. Secondo l'art. 329 comma 1, c.p.p. il **segreto investigativo** si protrae «fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari». Pertanto, durante le indagini

preliminari il divieto di pubblicazione (art. 114 c.p.p.) comporta un **segreto esterno**, che si articola in un divieto assoluto di pubblicazione degli atti segreti (art. 114 comma 1 c.p.p.) (cioè sino a quando l'imputato non ne può avere conoscenza e comunque non oltre la chiusura delle indagini preliminari – art. 329 comma 1 c.p.p. – per cui il segreto e quindi il divieto cessa quando le indagini sono concluse (con la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini o con il provvedimento di archiviazione) e in un divieto attenuato di pubblicazione degli atti conoscibili (cioè conoscibili sin dall'inizio – ad es. accertamenti tecnici irripetibili, interrogatorio – o solo successivamente – ad es. perquisizione o sequestro) per i quali è vietato pubblicare l'"atto" ma non il "contenuto" (art. 114 commi 2 e 7 c.p.p.). Una volta caduto il segreto investigativo, cioè quando la difesa può prendere cognizione dell'atto d'indagine o sono concluse le indagini preliminari, è lecito divulgarne il *contenuto* (art. 114, comma 7, c.p.p.), mentre continua ad essere vietato pubblicare il *testo* dell'atto (art. 114, comma 2, c.p.p.), secondo una distinzione tra "testo" e "contenuto" dell'atto, che il legislatore del 1988 aveva ritenuto il miglior compromesso tra il diritto-dovere di cronaca e l'esigenza di salvaguardare la neutralità cognitiva e quindi l'imparzialità del giudice dibattimentale. Pertanto, fino a che non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare (art. 114, comma 2) e, se si procede a dibattimento, fino alla pronuncia in grado d'appello (art. 114, comma 3), la pubblicazione di notizie giudiziarie ricavate da atti non più coperti da segreto, notizie vere, precise, in forma contenente e non diffamatoria integra il reato di "pubblicazione arbitraria" di cui all'art. 648 c.p. quando non si limita (come consentito dall'art. 114, comma 7, c.p.p.) a esporre il "contenuto" di quegli atti, ma ne riporta una citazione testuale "anche parziale" (vietata dallo stesso art. 114, commi 2 e 3, c.p.p.).

In questo modo il legislatore consente che gli atti non coperti dal segreto siano pubblicati mediante sintesi o parafrasi che ne divulghino il contenuto, ma nega la loro riproduzione testuale, disciplinando il diritto di informare e lo speculare diritto a essere informati⁶⁰, illudendosi di salvaguardare i principi del processo accusatorio che vuole evitare pregiudizi nell'animo del giudice.

Diverso è il **segreto a tutela della riservatezza**, previsto a tutela della dignità della persona (l'art. 114, commi 6 e 6-bis c.p.p. vieta la pubblicazione delle generalità e dell'immagine dei minorenni coinvolti a qualsiasi titolo nel processo penale e l'immagine della persona privata della libertà personale con manette ai polsi). Il segreto a tutela della riservatezza è previsto pure in materia di intercettazione di comunicazioni e conversazioni. L'art. 269, comma 1, c.p.p. fa cadere il segreto a tutela della riservatezza solo per i verbali e le registrazioni delle comunicazioni e conversazioni "acquisite al fascicolo" delle indagini preliminari, o "comunque utilizzati nel corso delle indagini preliminari", cioè utilizzati dal G.I.P. a fondamento di una misura cautelare e quindi da lui già depurati delle "comunicazioni e conversazioni intercettate ritenute dal giudice non rilevanti o inutilizzabili" (art 92, comma 1-bis, disp. att. c.pp.). Pertanto, il segreto per la *privacy* viene meno in due modi: o perché verbali e registrazioni sono stati acquisiti con una delle tre modalità previste dagli artt. 268, 415-bis o 454, comma 2-bis, c.p.p. oppure perché essi sono stati utilizzati nel corso delle indagini e l'unico caso di "utilizzo" nel corso delle indagini preliminari è previsto dall'art. 291 c.p.p. nel procedimento applicativo di una misura cautelare.

10.4. La documentazione e la traduzione degli atti.

Gli atti del procedimento penale sono documentati di regola mediante verbale, redatto dall'ausiliario del giudice, e può essere in forma integrale o riassuntiva (ma in questo caso deve procedersi anche alla riproduzione fotografica), con la stenotipia o altro strumento meccanico o, in mancanza, con la scrittura manuale. La documentazione dell'interrogatorio di persona che

⁶⁰ Corte cost. 24.3.1993, n. 112; Corte cost. 6.5.1987, n. 153.

a qualsiasi titolo si trova in stato di detenzione e al di fuori dell'udienza, deve essere documentato integralmente, a pena di inutilizzabilità.

L'imputato che non conosce la lingua italiana ha diritto di farsi assistere gratuitamente da un interprete (art. 143 c.p.p.). L'ufficio procedente nomina un interprete anche quando occorre tradurre uno scritto in lingua straniera o dialetto non facilmente intellegibile ovvero quando la persona che vuole o deve fare una dichiarazione non conosce la lingua italiana (art. 143-bis c.p.p.).

10.5. Le notificazioni degli atti

L'art. 16, comma 4, d.l. 18 ottobre 2012, n.179, conv. dalla l.17 dicembre 2012, n 221, in tema di "ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese", detta una nuova disciplina delle comunicazioni e notificazioni a cura delle cancellerie nei processi civili e penali. "per le notificazioni a persona diversa dall'imputato a norma degli articoli 148, comma 2-bis, 149, 150 e 151, comma 2, c.p.p.", le comunicazioni e le notificazioni a cura della cancelleria dovranno essere fatte "esclusivamente per via telematica" all'indirizzo di posta elettronica certificata risultante da pubblici elenchi o comunque accessibili alle pubbliche amministrazioni secondo la normativa, anche regolamentare, concernente la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici.

Anche le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno riconosciuto che le notifiche possono essere effettuate tramite P.E.C., oltre ai difensori, a tutti gli altri soggetti diversi dall'imputato o indagato⁶¹. In secondo luogo, si prevede che, se le comunicazioni e notificazioni non possono effettuarsi in via telematica, perché i soggetti che avevano l'obbligo di munirsi di un indirizzo di posta elettronica certificata non vi hanno provveduto, e in ogni caso in cui si ha la mancata consegna del messaggio di posta elettronica per cause imputabili al destinatario, nei procedimenti penali si applicano gli artt. 148 ss. c.p.p., cioè si seguono le regole ordinarie sulle notificazioni (art. 16 comma 8). Pertanto, l'art. 148, comma 1, c.p.p. stabilisce la regola generale per cui le notificazioni degli atti, salvo che la legge disponga altrimenti, sono eseguite dall'ufficiale giudiziario o da chi ne esercita le funzioni. Perciò provvede l'ufficiale giudiziario, di regola, però non sempre, perché talvolta in casi d'urgenza l'autorità giudiziaria può anche prescrivere l'impiego della polizia giudiziaria. Il comma 2 prevede che, nei procedimenti con detenuti ed in quelli davanti al tribunale del riesame il giudice può disporre che, in caso di urgenza, le notificazioni siano eseguite dalla polizia penitenziaria del luogo in cui i destinatari sono detenuti, con l'osservanza delle norme del presente titolo. L'art. 149 c.p.p. consente, nei casi di urgenza, che il giudice possa disporre, anche su richiesta di parte, che le persone diverse dall'imputato siano avvisate o convocate a mezzo del telefono a cura della cancelleria. L'art. 150 c.p.p. prevede che la notificazione a persona diversa dall'imputato sia eseguita mediante l'impiego di mezzi tecnici che garantiscano la conoscenza dell'atto (ad esempio, la notifica per *e-mail*). L'art. 155 c.p.p. stabilisce che, quando per il numero dei destinatari o per l'impossibilità di identificarne alcuni, la notificazione nelle forme ordinarie alle persone offese risulti difficile, l'autorità giudiziaria può disporre, con decreto in calce all'atto da notificare, che la notificazione sia eseguita mediante pubblici annunci. L'art. 156 c.p.p. disciplina le notificazioni all'imputato detenuto. Questo è l'unico caso che offre la certezza che la notificazione avvenga personalmente a mani del destinatario perché la consegna ha luogo presso l'istituto in cui il detenuto si trova ristretto. L'art. 157 disciplina la prima notificazione all'imputato non detenuto. La giurisprudenza della Corte e.d.u. esige che l'imputato abbia "effettiva conoscenza" del processo da celebrare o del provvedimento da impugnare. Pertanto le notificazioni all'imputato devono garantirgli l'effettiva conoscenza del processo o del provvedimento. Anche la Corte costituzionale ha sottolineato che "la individuazione degli

⁶¹ Cass., Sez. un., 22.7. 2015, N., n. 32243, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 1101.

strumenti attraverso cui consentire al giudice di verificare che l'assenza dell'imputato al processo sia espressione [...] di una consapevole rinuncia a comparire [...] trattandosi di scelte che investono la disciplina degli istituti processuali, nella specie quello delle notificazioni degli atti introduttivi del giudizio"⁶².

L'art. 157 c.p.p. stabilisce una gerarchia delle modalità di notificazione.

E' privilegiato anzitutto il sistema della notificazione mediante consegna di copia "a mani proprie" del destinatario.

Se non è possibile consegnare personalmente la copia, la notificazione è eseguita nella casa di abitazione o nel luogo in cui l'imputato esercita abitualmente l'attività lavorativa e si consegna ad una persona che conviva anche temporaneamente, quindi un convivente, o se non vi è un convivente al portiere o a chi ne fa le veci (comma 1). Le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno affermato che la mancata indicazione, nella relazione dell'ufficiale giudiziario, del rapporto intercorrente tra l'imputato destinatario della notificazione di un atto e la persona consegnataria dell'atto medesimo non è, di per sé, causa di nullità della notificazione, ma incide sulla presunzione dell'esistenza di quel rapporto, che pertanto può essere desunto da qualsiasi altro elemento⁶³.

Può accadere che la casa d'abitazione, o il luogo dove il soggetto svolge abitualmente l'attività lavorativa non siano conosciuti, ed allora la notificazione è eseguita nel luogo dove l'imputato ha temporanea dimora o recapito (ad es. in albergo, nella sua barca o a casa di un amico) mediante consegna ad un convivente, o al portiere o chi ne fa le veci (comma 2). Il portiere o chi ne fa le veci sottoscrive l'originale e l'ufficiale giudiziario dà notizia al destinatario dell'avvenuta notificazione dell'atto a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento. Gli effetti della notificazione decorrono dal ricevimento della raccomandata (comma 3). Quindi, il legislatore poiché la notifica non è avvenuta a mani del destinatario non si accontenta della consegna effettuata al convivente o al portiere ma per essere certi che il destinatario ne prenda conoscenza impone l'invio anche di una lettera raccomandata, e gli effetti della notificazione decorrono dal ricevimento della raccomandata. La copia dell'atto notificato non può essere consegnata a persona minore degli anni quattordici o in stato di manifesta incapacità di intendere e di volere (comma 4). La consegna di copia dell'atto notificato non può avvenire nelle mani della persona offesa dal reato (perché si trova in conflitto di interessi con il destinatario, ad es. la moglie vittima di maltrattamenti da parte del marito) e, se risulta o appare probabile che l'imputato non abbia avuto effettiva conoscenza dell'atto notificato, l'autorità giudiziaria dispone la rinnovazione della notificazione (comma 5). La consegna alla persona convivente, al portiere o a chi ne fa le veci è effettuata in plico chiuso e la relazione di notificazione in calce all'originale e alla copia dà atto dell'avvenuta notificazione (comma 6). Se convivente, portiere, o chi ne fa le veci mancano o non sono idonee o rifiutano di ricevere la copia, si procede di nuovo alla ricerca dell'imputato tornando nei luoghi di abitazione, ufficio o dimora temporanea (comma 7).

Può capitare che neppure in tal modo sia possibile eseguire la notificazione ed allora è prevista una ipotesi residuale di notificazione, che dovrebbe garantire la effettiva conoscenza dell'atto con tre diverse modalità cumulative, perché è prescritto che : a) l'atto deve essere depositato nella casa del Comune ove l'imputato ha l'abitazione o, in mancanza, del Comune dove egli esercita abitualmente la sua attività lavorativa, cioè nel municipio. L'ufficiale

⁶² Corte cost. 5.10.2016, n. 31.

⁶³ Cass., Sez. un., 9.7.2003, Mainente, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3710). Non è stabilito alcun ordine di precedenza tra la notifica nella casa d'abitazione e il luogo lavorativo (Cass., sez. III, 5.6.2007, Pannuzzi, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2008, p. 490; Cass., sez. I, 21.9.2000, Perego, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3117).

giudiziario lo trasmette al Comune e viene depositato in un ufficio apposito del Comune, nel quale l'imputato ha l'abitazione o l'ufficio; b) l'avviso del deposito deve essere affisso alla porta della casa di abitazione dell'imputato, ovvero alla casa del luogo dove egli abitualmente esercita la sua attività lavorativa. Questo avviso del deposito deve essere affisso dall'ufficiale giudiziario nell'abitazione o nell'ufficio; c) deve essere data comunicazione all'imputato dell'avvenuto deposito a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento e gli effetti della notificazione decorrono dal ricevimento della raccomandata (comma 8).

In questo modo il legislatore cerca di garantire all'imputato la "effettiva conoscenza" del processo attraverso questa triplice cumulativa modalità di notificazione (perché, se per caso andasse perso l'avviso, la legge prevede che in ogni caso venga inviata all'imputato una raccomandata, con cui lo si informa appunto che presso la casa comunale si trova depositato l'atto a lui diretto, e che non si è potuto notificare).

Il comma 8-bis c.p.p. tende a garantire la ragionevole durata del processo, stabilendo che le notificazioni all'imputato non detenuto, successive alla prima, sono eseguite, in caso di nomina di difensore di fiducia, mediante consegna ai difensori. Il difensore «immediatamente» dopo la nomina può dichiarare all'autorità che procede di non accettare la notificazione.

L'art. 159 c.p.p. riguarda le notificazioni all'imputato in caso di sua irreperibilità. Argomento che ha comportato condanne da parte della Corte e.d.u. perché in Italia la notifica dell'imputato irreperibile avviene mediante consegna al difensore, il quale difensore, però, se ignora la residenza del suo assistito, non può mettersi in contatto con lui. E' un sistema, dunque, che garantisce assai poco la conoscibilità dell'atto. Il legislatore ha bandito dal processo penale italiano il giudizio contumaciale e ha disposto la obbligatoria sospensione del processo nei confronti dell'imputato che non ha conoscenza del processo (con sospensione anche del corso della prescrizione), in attesa di potergli notificare gli avvisi e portarlo a conoscenza del processo (art. 420-quater c.p.p. Tuttavia, è ancora possibile procedere contro l'imputato irreperibile, al quale la notifica avviene ancora, a norma dell'art. 159 c.p.p., mediante consegna al difensore. Il decreto di irreperibilità vale solo per lo stato o il grado di giudizio per il quale è pronunciato.

Anche le notificazioni all'imputato latitante o evaso sono eseguite mediante consegna di copia al difensore (art. 165 c.p.p.).

L'art. 161 c.p.p. disciplina il domicilio dichiarato, eletto o determinato per le notificazioni. Domicilio dichiarato dall'imputato è il domicilio reale, sia esso abitazione o ufficio, che viene da lui dichiarato ai fini delle notificazioni. Domicilio eletto dall'imputato è invece un domicilio diverso da quello reale (ad esempio presso il suo difensore o un parente) scelto dall'imputato ai fini delle notificazioni. Domicilio determinato dalla legge è invece quello che la legge determina quando, in caso di mancanza, di insufficienza o di inidoneità della dichiarazione o della elezione, le successive notificazioni devono essere eseguite nel luogo in cui il precedente atto è stato notificato.

L'art. 171 è dedicato alla nullità delle notificazioni. Anche la notificazione è un atto processuale e, come qualsiasi atto processuale, può essere nulla nei casi tassativamente indicati dalla legge. Ovviamente l'art. 171 c.p.p. deve essere ricordato con gli artt. 178 e 179 c.p.p., per cui, se l'atto da notificare è la citazione dell'imputato, la nullità della notificazione provoca una nullità assoluta perché si risolve in una omessa citazione. La notificazione è nulla se l'atto è notificato in modo incompleto (ad es. non è indicata la data o il luogo dell'udienza), fuori dei casi in cui la legge consente la notificazione per estratto. La notificazione per estratto è la notificazione non dell'intero atto ma di un estratto, cioè di una sola parte (ad esempio, il contumace, cioè colui che non si presenta all'udienza preliminare o al dibattimento, viene informato della sentenza pronunciata nei suoi confronti, perché potrebbe impugnarla e gli si deve notificare non l'intera sentenza, ma solo l'estratto della sentenza). Altro caso di nullità si verifica se vi è incertezza sull'autorità o sulla parte privata richiedente ovvero sul destinatario (ad es. non è indicato chi ha chiesto la notifica oppure non è certo chi sia il destinatario).Altra

nullità della notificazione si verifica se nella relazione della copia notificata manca la sottoscrizione di chi l'ha eseguita, manca cioè la firma dell'ufficiale giudiziario e quindi è ignoto l'ufficiale giudiziario che ha eseguito la notificazione. Nullità della notificazione ricorre se sono violate le disposizioni circa la persona alla quale deve essere consegnata la copia, cioè non sono osservate le disposizioni relative alla persona che deve ricevere la copia notificata. La notificazione è nulla se, nei casi di domicilio dichiarato o eletto non è stato dato l'avvertimento che se l'imputato muta domicilio e non ne informa l'autorità giudiziaria le notifiche saranno eseguite nel domicilio da lui dichiarato o eletto e, nonostante l'omesso avvertimento la notificazione è eseguita mediante consegna al difensore. La notificazione è nulla nel caso di notifica mediante deposito nella casa comunale, se è stata omessa l'affissione (cioè non è stato lasciato l'avviso nella cassetta postale), oppure non è stata data la comunicazione (cioè la raccomandata non è stata inviata). Altro caso di nullità si verifica se sull'originale dell'atto notificato manca la sottoscrizione del portiere o di chi ne fa le veci che ha ricevuto l'atto. Ed infine costituisce nullità della notificazione la mancata osservanza delle modalità prescritte dal giudice nel decreto (previsto dall'art. 150) che prevede forme particolari di notificazione e l'atto non è giunto a conoscenza del destinatario.

Si tratta di nullità speciale e relativa, salvo che si traduca in una omessa citazione dell'imputato o assenza del suo difensore nei casi in cui ne è obbligatoria la presenza (nullità assoluta) o comprometta la partecipazione del pubblico ministero al procedimento o l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato e delle altre parti private nonché la citazione in giudizio della persona offesa dal reato (nullità a regime intermedio).

10.6. I termini processuali.

I termini 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 la restituzione 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.

11. LE INVALIDITA' DEGLI ATTI.

Il codice disegna il modello di ogni atto processuale. Quando tale modello non è rispettato si cade nella patologia degli atti processuali, che quindi sono invalidi. Ma il codice prevede solo alcune forme di invalidità e precisamente soltanto la nullità, l'inutilizzabilità, l'inammissibilità e la decadenza. Le difformità dal modello legale non previste dalla legge sono mere **irregolarità** prive di effetti processuali.

Nonostante il principio di tassatività delle invalidità, la giurisprudenza ha escogitato le figure dell'**inesistenza giuridica**, che ha ad oggetto quelle forme di invalidità dell'atto che, essendo più gravi delle nullità assolute, il legislatore non poteva concepire (ad es., provvedimento emesso da soggetto privo di giurisdizione, quale un organo della pubblica amministrazione, oppure la sentenza emessa contro un imputato immune dalla giurisdizione penale, quale un agente diplomatico) e dell' **abnormità**. L'atto processuale abnorme è suscettibile di ricorso per cassazione, prima che il provvedimento sia irrevocabile, e che la corte di cassazione annulla senza rinvio, a norma dell'art. 620, comma 1 lett. d), c.p.p. trattandosi di "provvedimento non consentito dalla legge". Il provvedimento abnorme, a differenza di quello inesistente, deve essere impugnato per cassazione dalla parte che vi ha interesse entro il termine stabilito dalla legge, decorrente dal giorno in cui la parte stessa ha avuto conoscenza del provvedimento. Infatti, l'abnormità, a differenza dell'inesistenza, è sanata dal passaggio in giudicato del provvedimento abnorme. I provvedimenti abnormi, del giudice o anche del pubblico ministero, sono affetti da anomalia così gravi da renderli del tutto estranei al sistema processuale. Si tratta di due tipi di abnormità. Il primo è il provvedimento che, per la singolarità e stranezza del contenuto dell'atto, risulta avulso dall'intero ordinamento processuale. Il secondo è quello caratterizzato dalla presenza di anomalie genetiche o funzionali tali che ne impediscono l'inquadramento negli schemi normativi tipici e lo rendono incompatibile con le linee fondanti del sistema processuale, che, determinandone l'inesistenza materiale o giuridica, rende il provvedimento inidoneo a passare in giudicato, per cui l'abnormità può essere denunciata in ogni momento, senza osservare i termini per la proposizione dell'impugnazione contro l'atto abnorme. Più di recente la giurisprudenza ha distinto altre due ipotesi: la abnormità strutturale, quando il provvedimento, per la singolarità e la stranezza del contenuto, risulta avulso dall'intero ordinamento processuale, e la abnormità funzionale, quando il provvedimento si è esplicato al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste al di là di ogni ragionevole limite, sì da determinare una stasi irrimediabile del processo con conseguente impossibilità di proseguirlo⁶⁴.

Pertanto, l'**abnormità** è quel **vizio per cui il provvedimento non risponde, per la sua singolarità o stranezza, ai tipi previsti dall'ordinamento processuale, per cui la giurisprudenza lo considera ricorribile in cassazione, in applicazione dell'art. 111, comma 6, Cost. Il termine per proporre il ricorso è quello ordinario, decorrente dalla conoscenza concreta del provvedimento abnorme** (non dalla conoscenza legale, che può anche mancare).

11.1. La nullità.

Si è già detto che tutte le sanzioni processuali sono 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 una nullità si può configurare soltanto nei casi in cui la legge la stabilisce (*numerus clausus*) (art. 177 c.p.p.).

⁶⁴ In questo senso Cass., Sez. Un., 17.6.2005, p.m. in proc. M, in *Guida dir.*, 2005, n. 28, p. 81); Cass., Sez. Un., 26.1.2000, Magnani, in *CED Cass.* 215094; Cass., Sez. Un., 12.2.1998, Di Battista, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1607).

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.

La terza ipotesi 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. Si tratta di fondamentali valori tutelati, in parte, anche dall'art. 47 Carta diritti fondamentali U.E. che garantisce ad ogni accusato il diritto di «farsi consigliare, difendere e rappresentare» (manca la tutela dell'«intervento» personale dell'accusato, che però è presente sia nell'art. 111 Cost, sia nella CEDU e nel Patto internazionale sui diritti civili e politici, ove addirittura si consente all'accusato di interrogare lui personalmente i testimoni a carico). L'art. 178 c.p.p. garantisce esplicitamente anche 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-*quiennes*, 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 :

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 so no es se re	-Assolute(art.525 c.p.p.) -Relative (art.181c.p.p.)
---	-----------------------------------	--

11.2. L'inutilizzabilità.

L'inutilizzabilità è una **specie di invalidità**, che si affianca alle altre previste dal codice di procedura penale, cioè la nullità, l'inammissibilità e la decadenza (oltre l'inesistenza e l'abnormità), mentre la imperfezione e la irregolarità sono vizi minori dell'atto processuale. Vigè il **principio di tassatività**, dettato per tutte le forme di invalidità e quindi anche per l'inutilizzabilità, che quindi sussiste soltanto nei casi tassativamente previsti dalla legge (come riconosciuto anche da Corte cost. 21.10.2020, n. 22)⁶⁵.

⁶⁵ La disciplina italiana dell'inutilizzabilità si ispira al sistema statunitense, nel quale la *law of evidence* ha dato luogo ad una nutrita serie di *rules of evidence*, tra le quali le *exclusionary rules*, cioè regole di esclusione della prova derivanti dalla lesione di diritti costituzionali e, in particolare, della prova ottenuta in violazione del Quarto Emendamento alla Costituzione federale contro perquisizione, sequestri e confische irragionevoli (che, com'è noto, recita :*"The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized"*). La *"exclusionary rule"* impone che la prova illegittimamente ottenuta sia dichiarata inutilizzabile perché rappresenta un *"fruit of the poisonous tree"*. Si tratta di una concezione che si contrappone al principio italiano *"male captum bene retentum"* tendenzialmente recepito nel nostro ordinamento (cfr. Corte cost. 15.7.2019, n. 219; Cass., Sez. un., 27.3.1996, Sala; Cass., sez. VI, 27.3.2009, Ceconello). La *"exclusionary rule"* è stata ritenuta applicabile in tutte le Corti degli Stati Uniti solo con la sentenza della Corte Suprema *Mapp v. Ohio* del 19.6. 1961, ed ha subito nel tempo varie attenuazioni (cfr. in particolare *Brown v. Illinois* del 26.6.1975 e *Hudson v. Michigan* del 15.6.2006). Ma negli ultimi anni la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, avendo cambiato

Poiché il diritto alla prova è «un connotato ineludibile del nuovo processo penale, assunto al rango di paradigma del parametro costituzionale sul “giusto processo”, qualsiasi divieto probatorio positivamente introdotto dal legislatore può spiegarsi solo nell’ottica di preservare equivalenti valori, anch’essi di rango costituzionale»⁶⁶, con l’ovvia conseguenza che le norme le quali introducano divieti probatori si atteggiano, nel sistema, alla stregua di norme eccezionali e di stretta interpretazione.

L’inutilizzabilità è una **sanzione processuale che colpisce i soli atti probatori (mentre la nullità e l’inammissibilità riguardano qualsiasi atto processuale, comprese le prove) e impedisce loro di produrre i loro effetti, per cui la prova dichiarata inutilizzabile non può essere posta a base della decisione del giudice, del pubblico ministero o della polizia giudiziaria.**

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»** (Corte cost., 15.7.2019, n. 219, ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell’art. 191 c.p.p., nella parte in cui non prevede la sanzione dell’inutilizzabilità degli atti di perquisizione ed ispezione compiuti dalla polizia giudiziaria fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge o comunque non convalidati dall’autorità giudiziaria con provvedimento motivato, nonché la deposizione testimoniale in ordine a tali attività), mentre **specifiche disposizioni di legge prevedono ipotesi speciali.**

Secondo la **previsione generale, l’inutilizzabilità non opera quindi per qualsiasi violazione di legge nell’acquisizione della prova, ma soltanto quando la prova è “acquisita” (quindi ammessa o assunta) “in violazione di un divieto probatorio”.**

Poiché l’inutilizzabilità generale opera soltanto quando la prova è ammessa o assunta in violazione di un divieto, può trattarsi di **prova vietata (quindi ammessa illegittimamente) o anche modalità vietata di assunzione (quindi assunta illegittimamente) di una prova ammissibile, sempre che l’acquisizione sia avvenuta in violazione di un divieto probatorio.**

Sono esempi di divieti probatori:

art. 64, comma 2, c.p.p. che vieta nei confronti di imputato o indagato l’impiego di metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti; art. 188 c.p.p., che vieta l’utilizzazione, neppure con il consenso della persona interessata (testimone, perito, consulente, imputato, imputato in procedimento connesso) di metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti (v. Cass., Sez. un. civ., 1.2.2008, n.2444, ha affermato che la violazione del divieto di cui all’art. 188 c.p.p. dà luogo ad inutilizzabilità in quanto è rivolto a tutelare un valore

composizione politica, ha progressivamente circoscritto l’operatività della “*exclusionary rule*”. Di recente nel caso *Utah v. Strieff*, il fermo di polizia (che aveva poi condotto al rinvenimento e al conseguente sequestro di sostanze stupefacenti) era avvenuto in assenza di un “*reasonable suspicion*”, ma aveva permesso di appurare che a carico del soggetto fermato pendeva un mandato di arresto per un’infrazione stradale. Nel caso *Utah v. Strieff* la Corte Suprema ha stabilito che “*the evidence the officer seized as part of the search incident to arrest is admissible because the officer’s discovery of the arrest warrant attenuated the connection between the unlawful stop and the evidence seized incident to arrest*” (*Supreme Court of the United States*, 22.2.2016 (20.6.2016) *Utah v. Strieff*). Anche la Corte europea dei diritti dell’uomo ha ripetutamente affermato l’inutilizzabilità nel processo penale di prove ottenute illecitamente (cfr. da ultima Corte e.d.u., Grande Camera, 11.7.2006, *Jalloh c/Germania*, in *Cass. pen.*, 2006, 3843). In particolare, essa ha affermato l’inutilizzabilità di dichiarazioni acquisite dalla polizia giudiziaria in assenza di difensore (cfr. Corte e.d.u., sez. II, 26.9.2006, *Gocmen c/Turchia*, in *Cass. pen.*, 2007, 1351, che ha ribadito che l’utilizzazione delle confessioni estorte al ricorrente costituisce già di per sé violazione del diritto ad un processo equo. La Corte e.d.u. ha pure riconosciuto il divieto di autoincriminazione (cfr. Corte e.d.u. 4.10.2005, *Shannon c/Regno unito*, in *Cass. pen.* 2006, 723), come già fece la giurisprudenza statunitense, sia nei sistemi statali che in quello federale, dopo la decisione della Corte suprema nel caso *Miranda v. Arizona* del 1966, a seguito della quale sono stati introdotti i cd. *Miranda warnings*, cioè gli avvisi che la polizia deve dare all’arrestato per garantirgli il *privilege against self-incrimination*).

⁶⁶ Cass., Sez. un., 25.3-9.4. 2010, Cagnazzo, n. 13426.

quale la libertà personale, avente rilievo costituzionale e non è disponibile neppure dal soggetto interessato); art. 193 c.p.p., che vieta qualsiasi prova in materia di stato di famiglia e di cittadinanza; art. 194, comma 1, c.p.p. che vieta al testimone di deporre sulla moralità dell'imputato; art. 194, comma 3, c.p.p., che vieta al testimone di deporre «sulle voci correnti nel pubblico o di esprimere apprezzamenti personali, salvo che sia impossibile scinderli dalla deposizione sui fatti»; art. 194, comma 4, c.p.p., che vieta agli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria di deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni; art. 198, comma 2, c.p.p., che vieta di obbligare il testimone a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale; art. 195, comma 6, c.p.p., che vieta di esaminare i testimoni «su fatti comunque appresi dalle persone» vincolate al segreto professionale o al segreto d'ufficio e conosciuti per ragione del loro ufficio, «salvo che le predette persone abbiano deposto sugli stessi fatti o li abbiano in altro modo divulgati»; art. 197, comma 1, c.p.p., che vieta l'assunzione della testimonianza di soggetto incompatibile come testimone; art. 197-bis, comma 4, c.p.p., che vieta di obbligare il testimone assistito a deporre sui fatti che riguardano la sua responsabilità; art. 199, comma 1, c.p.p., che vieta di obbligare a deporre i prossimi congiunti dell'imputato; art. 220, comma 2, c.p.p., che non ammette, nel processo di cognizione, la perizia personale, psicologica o criminologica, cioè quella diretta a «stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche»; art. 234, comma 3, c.p.p., che vieta l'acquisizione di documenti contenenti informazioni sulle voci correnti nel pubblico o sulla moralità in generale delle parti, dei testimoni, dei periti e dei consulenti tecnici; art. 236 c.p.p., che vieta l'acquisizione dei documenti inerenti il giudizio sulla personalità dell'imputato o della persona offesa dal reato, diversi da quelli elencati nello stesso art. 236; art. 240, comma 1, c.p.p., che vieta l'acquisizione e l'utilizzazione di documenti anonimi; art. 240, comma 2, c.p.p., che vieta di effettuare copia in qualunque forma e in qualunque fase del procedimento dei documenti, supporti e atti concernenti dati e contenuti di conversazioni e comunicazioni, relativi a traffico telefonico e telematico, illegalmente formati e acquisiti o documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni e sancisce l'inutilizzabilità del loro contenuto; art. 271 c.p.p.; art. 472, comma 3-bis, c.p.p., che, nei procedimenti per i delitti previsti dagli artt. 600, 600-bis, 600-ter, 600-quinquies, 601, 602, 609-bis, 609-ter e 609-octies c.p., non ammette domande «sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa se non sono necessarie alla ricostruzione del fatto».

Talvolta il legislatore prevede insieme un divieto probatorio e un divieto di utilizzazione, per cui l'inutilizzabilità è insieme generale e speciale (ad es., artt. 103, 197-bis, 203 c.p.p.).

Altre volte la legge pone un divieto probatorio e insieme una sanzione di nullità (ad es. art. 144 c.p.p. vieta a determinati soggetti l'ufficio di interprete «a pena di nullità»), per cui la sanzione più grave dell'inutilizzabilità generale trova operatività.

Altre volte ancora **un principio costituzionale è lasciato dalla legge privo di sanzione**⁶⁷.

La violazione di una semplice modalità di assunzione di una prova legittima (ad es. la parte chiede al testimone di raccontare ciò che sa, anziché rivolgergli una domanda «su fatti specifici»), come prescrive l'art. 499, comma 1, c.p.p., oppure videoregistrazioni effettuate dalla persona offesa senza il rispetto delle istruzioni del Garante della *privacy*: Cass., sez. II, 12.2.2013, n. 6812, in *Proc. pen. e giust.*, 2013, n. 4. p. 72) **non ne comporta di regola l'inutilizzabilità, a meno che questa non sia espressamente comminata dalla legge in via speciale** (ad es. l'art. 268, comma 3, c.p.p. prescrive per le intercettazioni l'impiego di impianti installati presso la Procura della Repubblica e la violazione è sanzionata con l'inutilizzabilità dall'art. 271 c.p.p. oppure l'art. 188 c.p.p. prevede l'inutilizzabilità per la prova assunta con modalità idonee a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti).

Tale **inutilizzabilità generale è chiamata anche “patologica”** proprio perché **consegue alla violazione di un divieto probatorio posto a tutela dei diritti fondamentali**

⁶⁷ Si afferma in giurisprudenza che, non essendovi un divieto probatorio, la violazione del principio di ragionevole durata del processo non è causa di inutilizzabilità degli atti ivi assunti (Cass., sez. III, 11.12.2012, *CED* 254067, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2728). Ma in realtà, l'art. 111 Cost. impone la durata ragionevole del processo, implicitamente dettando un divieto di processi dalla durata eccessiva, a tutela del valore rappresentato proprio dalla durata ragionevole.

della persona, quali il diritto all'inviolabilità della libertà personale, domiciliare o della corrispondenza⁶⁸.

L'inutilizzabilità patologica per violazione di diritti fondamentali non deve confondersi con la **"fisiologica" inutilizzabilità come prova 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.). Tuttavia la giurisprudenza ha pian piano allargato la nozione di inutilizzabilità "fisiologica" anche a violazioni dei diritti fondamentali della persona tutelati dalla Costituzione, come tali, assoluti e irrinunciabili (ad esempio, in caso di giudizio abbreviato, non riconosce l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni eseguite per mezzo di impianti esterni alla Procura della Repubblica, sulla base di un decreto del P.M. non adeguatamente motivato in ordine all'insufficienza o all'inidoneità di quelli della Procura, pur trattandosi di "inviolabile" diritto alla segretezza delle comunicazioni).

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.**

Sono esempi di inutilizzabilità speciale:

art. 63, commi 1 e 2, c.p.p., che dichiarano inutilizzabili le dichiarazioni auto-indizianti; art. 64, comma 3-bis, c.p.p., che prevede l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dalla persona sottoposta alle indagini senza i previi avvertimenti di cui al precedente comma 3; art. 103, comma 7, c.p.p., che dichiara l'inutilizzabilità dei risultati di ispezioni, perquisizioni, sequestri, intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, eseguiti in violazione delle garanzie di libertà del difensore; art. 195, comma 7, c.p.p., che dichiara inutilizzabile la testimonianza indiretta di chi si rifiuta o non è in grado di indicare la persona o la fonte da cui ha appreso la notizia dei fatti oggetto dell'esame; art. 203 c.p.p. che stabilisce un divieto di acquisizione e di utilizzazione delle informazioni fornite dagli informatori della polizia giudiziaria non sentiti come testimoni, estendendo l'operatività dell'inutilizzabilità "anche nelle fasi diverse dal dibattimento"; art. 238, comma 4, c.p.p., che stabilisce un divieto di utilizzazione di verbali di dichiarazioni di altro procedimento; art. 271 c.p.p., che prevede l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni disposte o eseguite in violazione di legge; art. 391-bis, comma 6, c.p.p., che prevede l'inutilizzabilità delle dichiarazioni ricevute e delle informazioni assunte in violazione dei commi precedenti; art. 391-bis, comma 9, c.p.p., che stabilisce l'inutilizzabilità delle dichiarazioni autoindizianti rese al difensore; art. 526 comma 1 c.p.p., che stabilisce l'inutilizzabilità, ai fini della sentenza dibattimentale, di prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento; art. 16-quater, comma 9, d.l. n. 8/1991 conv. dalla l. n. 82/1991, che sancisce la inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dal collaboratore di giustizia dopo 180 giorni dalla manifestazione di volontà di collaborare perché "non possono essere valutate ai fini della prova dei fatti in esse affermati contro le persone diverse dal dichiarante, salvo i casi di irripetibilità".

Allo stesso modo che per le nullità, **anche il *genus* dell'inutilizzabilità presenta due *species* : inutilizzabilità assolute o relative.**

L'inutilizzabilità della prova è assoluta quando impedisce di porre la prova a fondamento di qualsiasi provvedimento contro qualunque soggetto:

ad es. gli artt. 63, comma 2, c.p.p., che stabilisce l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dalla persona che doveva essere sentita sin dall'inizio in qualità di imputato o di persona sottoposta alle indagini; 64, comma 2, e 188 c.p.p., che vietano metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti; l'art. 271 c.p.p. prevede l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni *erga omnes* e nei confronti di qualsiasi provvedimento). Un esempio di inutilizzabilità assoluta è rappresentato dalla inutilizzabilità cd. patologica, la quale consegue alla violazione delle norme che tutelano i valori più rilevanti dell'ordinamento (Cass. 24.1.2006, Gatti, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2006, p.298, definisce la inutilizzabilità patologica "un'ipotesi estrema e residuale, ravvisabile solo con riguardo a quegli atti la cui assunzione sia avvenuta in modo contrastante con i principi fondamentali dell'ordinamento o tale da pregiudicare in modo insuperabile il diritto di difesa dell'imputato) e comporta che la prova non possa essere posta dal giudice a fondamento di una

⁶⁸ In questo senso si è pronunciata non solo la Corte costituzionale (sentt. n. 34/1973, n. 366/1991, n. 81/1993 e n. 63/1994), ma anche la Corte di cassazione a Sezioni Unite (Cass., Sez. un., 24.9.1998, Gallieri, in *Cass. pen.*, 1999, 465, Cass., Sez. un., 21.6.2000, Tammaro, in *Cass. pen.*, 2000, 3259, e Cass., Sez. un., 25.3.2010, Cagnazzo, in *Cass. pen.*, 2010, 3049).

decisione in qualsiasi procedimento penale, ordinario o speciale, e in qualsiasi stato di tali procedimenti (ad esempio la prova assunta in violazione degli artt. 64, comma 2, e 188 c.p.p., che vietano metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti).

L'inutilizzabilità è invece **relativa** quando **la legge limita l'inutilizzabilità o soggettivamente oppure oggettivamente**.

L'inutilizzabilità relativa è limitata a determinati soggetti, nei cui confronti soltanto essa opera (ad es. art. 63, comma 1, c.p.p. prescrive l'inutilizzabilità soltanto contro la persona che ha reso le dichiarazioni auto-indizianti e quindi ne consente un'utilizzazione contro soggetti diversi; art. 197-*bis*, comma 5, c.p.p., che limita l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dal testimone assistito alla persona che le ha rese (quindi inutilizzabilità soggettivamente relativa), anche se la estende non solo nel procedimento a suo carico, ma anche "nel procedimento di revisione della sentenza di condanna ed in qualsiasi giudizio civile o amministrativo relativo al fatto oggetto dei procedimenti e delle sentenze suddette" (inutilizzabilità oggettivamente assoluta).

L'inutilizzabilità relativa è limitata a determinati provvedimenti che non possono basarsi sulla prova inutilizzabile (ad es. l'art. 26 c.p.p., che prevede che le dichiarazioni acquisite dal giudice incompetente per materia, se ripetibili, sono utilizzabili soltanto nell'udienza preliminare e per le contestazioni a norma degli artt. 500 e 503 c.p.p. e quindi sono inutilizzabili in ogni altra sede; art. 228, comma 3, c.p.p., che stabilisce che se il perito chiede notizie al soggetto periziato, gli elementi in tal modo acquisiti possono essere utilizzati solo ai fini dell'accertamento peritale; art. 360, comma 5, c.p.p. prevede una inutilizzabilità solo nel dibattimento dell'accertamento tecnico irripetibile compiuto dal p.m. nonostante l'espressa riserva formulata dalla persona sottoposta alle indagini, mentre consente l'utilizzazione nei giudizi speciali, nelle indagini preliminari e nell'udienza preliminare). Un esempio di inutilizzabilità relativa è offerto dalla inutilizzabilità cd. fisiologica che comporta che un atto, assunto prima del dibattimento, non può essere utilizzato come prova nello stesso dibattimento, salve le eccezioni che consentono che il relativo verbale possa acquisito in conformità alle prescrizioni degli artt. 500, 503, 511, 511-*bis*, 512, 512-*bis* e 513 c.p.p.

Un caso di **inutilizzabilità relativa insieme soggettiva ed oggettiva** è dato dall'art. 191, comma 2-*bis*, che dichiara la inutilizzabilità delle dichiarazioni o informazioni ottenute mediante il delitto di tortura, ma ne consente l'utilizzabilità contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale,

INUTILIZZABILITA' GENERALE (art. 191 c.p.p.) deriva dalla violazione di un divieto probatorio (ad es.: artt. 64, comma 2, c.p.p.; 193 c.p.p.; 194, commi 1,3 e 4, c.p.p.; art. 198, comma 2, c.p.p.; art. 234, comma 3, c.p.p.; art. 195, comma 6, c.p.p.; art. 197, comma 1, c.p.p.; art. 197-*bis*, comma 4, c.p.p.; art. 199, comma 1, c.p.p.; art. 220, comma 2, c.p.p.; art. 234, comma 3, c.p.p.; art. 236 c.p.p.; art. 240, commi 1 e 2, c.p.p.; art. 472, comma 3-*bis*, c.p.p.).

INUTILIZZABILITA' SPECIALE deriva dalla violazione di specifici divieti di utilizzazione (ad es.: artt. 63, commi 1 e 2, c.p.p.; 64, comma 3-*bis*, c.p.p.; 103, comma 7, c.p.p.; 188 c.p.p.; 195, comma 7, c.p.p.; art. 203 c.p.p.; art. 238, comma 4, c.p.p.; art. 271 c.p.p.; art. 391-*bis*, comma 6, c.p.p.; art. 391-*bis*, comma 9, c.p.p.; art. 526 comma 1 c.p.p.; art. 16-*quater*, comma 9, d.l. n. 8/1991 conv. dalla l. n. 82/1991).

INUTILIZZABILITA' ASSOLUTA opera nei confronti di tutti i soggetti e di tutti i provvedimenti (ad es. artt. 63, comma 2, c.p.p.; 64, comma 2, c.p.p.; 188 c.p.p.; art. 271 c.p.p.).

INUTILIZZABILITA' RELATIVA opera soltanto nei confronti di particolari soggetti o di particolari provvedimenti (ad es. art. 63, comma 1, c.p.p.; art. 191, comma 2-*bis*; art. 197-*bis*, comma 5, c.p.p.; art. 26 c.p.p.; art. 228, comma 3, c.p.p.; art. 360, comma 5, c.p.p.).

Si è posto il problema se il **divieto probatorio possa desumersi anche da norme penali sostanziali**, oltre che da quelle processuali (ad es. ci si potrebbe domandare se un documento rubato è ammissibile). Ma il **divieto la cui violazione comporta l'inutilizzabilità è soltanto quello dettato dalla legge processuale (e non da quella sostanziale)**, come chiarisce la rubrica dell'art. 191 c.p.p., riferita alle prove «illegittimamente» acquisite (non «illecitamente» acquisite) e pertanto le prove raccolte violando la legge penale sostanziale (ad es. il documento

rubato) sono di regola utilizzabili (naturalmente l'autore del furto risponderà del reato commesso), mentre non lo sono quelle acquisite in violazione di un divieto imposto dalle norme processuali (ad es. l'art. 188 c.p.p., cioè violando la libertà morale della persona). Poiché l'art. 606 lett. c) c.p.p. ammette il vizio di inosservanza di norme processuali «stabilite a pena di...inutilizzabilità», se ne è desunto che l'inutilizzabilità della prova può derivare dalla violazione di norme processuali, anche aventi rango costituzionale, ma non di norme sostanziali (salvo che la legge disponga diversamente come ad es. l'art. 240, comma 5, c.p.p., che stabilisce che i documenti "illegali" sono inutilizzabili e devono essere distrutti).

Molto **controversa è la configurabilità di divieti probatori impliciti**, che però talvolta sono stati ammessi anche dalla Corte costituzionale, che ha tratto un divieto probatorio implicito dal diritto di difesa, dichiarando inutilizzabile il sequestro degli appunti difensivi scritti dall'imputato per agevolare la difesa nell'interrogatorio⁶⁹.

Si esclude invece che la **prova acquisita da parte di un "infiltrato"** sia inutilizzabile, affermandosi che, quando l'attività concretamente riferibile all'agente sotto copertura o all'interposta persona corrisponde ad una o più fra le operazioni espressamente contemplate dal minisistema normativo di riferimento, costituito dall'art. 9 l. 16.3.2006, n. 146, deve escludersi sia la configurabilità di ipotesi di responsabilità penale a carico di tali soggetti, sia la sussistenza di situazioni di inutilizzabilità della prova acquisita nel corso della indicata attività⁷⁰.

Si riconosce che **il divieto probatorio può essere ricavato anche dalle disposizioni costituzionali (c.d. prove incostituzionali)**, così come prevede lo stesso art. 111, comma 4, Cost. che dichiara inutilizzabili a carico dell'imputato le dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. Inoltre, sia la Corte costituzionale in diverse occasioni ha ritenuto direttamente operativi i divieti costituzionali⁷¹, sia la Corte di cassazione ha talvolta riconosciuto che l'inutilizzabilità può derivare direttamente dalla Costituzione⁷².

Le Sezioni unite hanno affermato che le intercettazioni dichiarate inutilizzabili a norma dell'art. 271 c.p.p. (nella specie per mancata osservanza delle disposizioni previste dall'art. 268, comma 3, c.p.p. per assenza di motivazione in ordine all'inidoneità od insufficienza degli impianti esistenti presso la procura della Repubblica), così come le prove inutilizzabili a norma dell'art. 191 c.p.p., non sono suscettibili di utilizzazione agli effetti di qualsiasi tipo di giudizio, ivi compreso quello relativo all'applicazione di misure di prevenzione⁷³.

Le stesse Sezioni unite hanno ribadito che l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni (per motivi legati al mancato rispetto delle formalità afferenti l'esecuzione delle operazioni), dichiarata nel giudizio penale, ha effetti anche nel giudizio promosso per ottenere la riparazione per ingiusta detenzione⁷⁴.

Si discute se l'inutilizzabilità colpisca solo le prove a carico dell'imputato o anche quelle a discarico. Ma, poiché la Costituzione pone la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo ad obiettivo fondamentale dell'ordinamento, nel processo penale l'innocenza e comunque la

⁶⁹ Corte cost. 1.6.1998, n. 229. Nella giurisprudenza di legittimità v. ad es. Cass., sez. I, 27.5.1994, Mazzuocollo, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1994, p. 504, che ammette che l'inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p. può derivare "soltanto dalla violazione di un divieto di acquisizione che, quando non sia esplicito, può riconoscersi come implicito soltanto in relazione alla natura o all'oggetto della prova e non invece in relazione alle modalità della sua assunzione".

⁷⁰ Cass., sez. VI, 2.4.2015, n. 19122, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1894.

⁷¹ Corte cost. 6.4.1973, n. 34, in *Giur. cost.*, 1973, I, 316 ss.; Corte cost. 11.3.1993, n. 81, in *Giur. cost.*, 1993, p. 731; Corte cost. 18.6.1998, n. 229, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2847.

⁷² Cass., Sez. un., 13.1.2009, Racco, *Dir. pen. e proc.*, 2009, 302; Cass., Sez. Un., 28.3.2006, Prisco, *Guida dir.*, 2006, 33, 51; Cass., Sez. un., 21.6.2000, Tammaro, *CED* 216246; Cass., Sez. un., 23.2.2000, D'Amuri, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2595; Cass., Sez. un., 13.7.1998, Gallieri, in *Cass. pen.*, 1999, p. 465; Cass., Sez. un., 16.5.1996, Sala, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3268.

⁷³ Cass., Sez. un., 25.3.2010, Cagnazzo, *Cass. pen.*, 2010, 3049, nonché in *Guida dir.*, 2010, 19, 45.

⁷⁴ Cass., Sez. un., c.c. 30.10.2008 (dep. 13.1.2009), Racco.

minore responsabilità dell'imputato devono poter sempre essere accertate. Le prove conferenti all'assoluzione o alla minore responsabilità sottostanno ai soli sindacati di esistenza e di attendibilità, non anche a quello di conformità al modello legislativo, e quindi non possono essere dichiarate inutilizzabili (SCAPARONE). Nello stesso senso altri osservano che "l'innocenza dell'imputato è una posta troppo alta per essere sacrificata agli idoli della procedura" (CORDERO).

Anche le Sezioni Unite Carpanelli del 1997 hanno chiarito che **le dichiarazioni favorevoli al soggetto che le ha rese e ai terzi restano al di fuori della sanzione di inutilizzabilità** sancita dall'art. 63, comma 2, c.p.p., alla stregua della *ratio* della disposizione, ispirata al diritto di difesa⁷⁵.

Il problema dell'**utilizzo in bonam partem dei risultati delle intercettazioni inutilizzabili** va risolto distinguendo a seconda dei casi: infatti quando l'inutilizzabilità è dettata a tutela dell'attendibilità dell'accertamento probatorio (ad es. confessione estorta con la tortura) è evidente che nemmeno le informazioni a favore dell'imputato possono essere utilizzate, essendo anch'esse minate dal sospetto dell'inattendibilità; ma quando la sanzione dell'inutilizzabilità è prescritta a protezione dei diritti fondamentali dell'inquisito (ad es. intercettazione non autorizzata), sarebbe veramente assurdo che la prova viziata da una violazione di legge consumata dal pubblico ministero o dal giudice ma favorevole all'imputato non potesse essere valutata *pro reo*: si arriverebbe all'assurdo di condannare consapevolmente un innocente solo perché la prova che lo scagiona non è valutabile *in utilibus* per un errore della pubblica autorità.

Si discute se, **quando la legge stabilisce che una prova debba essere valutata insieme agli elementi che ne confermano l'attendibilità** (cd. riscontri, ad es. artt. 192, commi 3 e 4, 197-bis, comma 6, e 238-bis c.p.p.) e **sia stata invece posta a base di una sentenza in difetto degli stessi riscontri, sia stato violato un divieto probatorio** (con conseguente inutilizzabilità dell'elemento di prova, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento) **o una mera regola di valutazione** (con nullità del provvedimento per mancanza di motivazione, deducibile come motivo di ricorso in cassazione ma sanabile e non dichiarabile d'ufficio). La giurisprudenza è contrastante: talvolta afferma che la mancata indicazione dei riscontri nella motivazione del provvedimento è causa non di inutilizzabilità, ma di un vizio di motivazione del provvedimento stesso⁷⁶; altre volte sostiene che i principi fissati dal nuovo codice di procedura penale sono riassumibili nel divieto di utilizzazione delle dichiarazioni in quanto tali⁷⁷. La migliore giurisprudenza riconosce che la sanzione della inutilizzabilità, disciplinata dall'art. 191 c.p.p., è essenzialmente posta a garanzia delle posizioni difensive e colpisce le prove illegittimamente acquisite contro divieti di legge, quindi in danno del giudicabile e in ogni caso come prove a carico. Ne consegue che l'istituto non può essere applicato per ignorare elementi di giudizio astrattamente favorevoli alla difesa che, invece, pur quando l'atto che li contenga risulti affetto da inutilizzabilità, devono essere valutati e, quindi, "utilizzati", alla stregua dei canoni logico-razionali propri della funzione giurisdizionale⁷⁸.

Dibattuto è anche il problema della **inutilizzabilità derivata, cioè se la inutilizzabilità di una prova si estenda ad un'altra prova il cui reperimento è stato provocato dalla prima** (ad es. illegittima la perquisizione, si discute se sia legittimo il sequestro successivo). Abbiamo visto che l'art. 185, comma 1, c.p.p. stabilisce che la nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo. Niente è

⁷⁵ Cass., sez. un., 13.2.1997, Carpanelli, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, p. 602.

⁷⁶ Cass. 28.11.1989, Allegra, in *Riv. pen.*, 1991, p.325.

⁷⁷ Cass. 29.11.1990, Rodà, in *Riv. pen.*, 1992, p. 518.

⁷⁸ Cass., sez. II, 17.1.2018 (dep. 19.4.2018), n. 17694; in senso conforme, oltre la già citata Corte. cost., 6.4.1973, n. 34, v. Cass., sez. III, 24.9.2015, n. 19496.

previsto per la inutilizzabilità, per cui il principio di tassatività dovrebbe escludere una inutilizzabilità derivata.

Fin dagli anni '20 del secolo scorso la Corte Suprema federale nordamericana propugnava la teoria dei "frutti dell'albero avvelenato", adottata per scoraggiare gli abusi della polizia e oggi invece abbandonata, mentre in Italia prevale da sempre la teoria che nega un rapporto di dipendenza giuridica tra le due prove (CORDERO parlava di un "filo logico", ma non giuridico, che lega il sequestro alla perquisizione), per cui la seconda sarebbe utilizzabile (teoria del *male captum bene retentum*); anche se le Sezioni unite 16.5.1996, Sala, hanno affermato che il "sequestro conseguente a perquisizione", come recita la rubrica dell'art. 252 c.p.p., presupponga un vero e proprio rapporto di dipendenza giuridica tra i due mezzi di ricerca della prova e dall'illegittimità della perquisizione hanno fatto derivare l'illegittimità del sequestro, salvo il potere-dovere del p.m. di sequestrare il corpo del reato. Tuttavia, la giurisprudenza prevalente nega che l'inutilizzabilità di una prova si comunichi alle prove acquisite grazie alle notizie fornite dalla prima (Cass., 10.2.2004, in *Arch. Nuova proc. pen.*, 2005, p. 3945, che ha dichiarato utilizzabile il risultato di intercettazioni autorizzate su un'utenza telefonica che era stata individuata grazie ai risultati di una precedente intercettazione inutilizzabile; nello stesso senso Cass., 24.1.1996, Agostino, *ivi*, 1998, 900; *Id.* 19.9.1997, Guzzardi, *ivi*, 1999, p. 629. Nello stesso senso, per cui non sussiste l'inutilizzabilità derivata qualora siano state disposte intercettazioni all'esito di intercettazioni inutilizzabili, in quanto ciascun decreto autorizzativo è dotato di autonomia e può ricevere impulso da qualsiasi notizia di reato, ancorchè desunta da precedenti intercettazioni inutilizzabili. Ne consegue che il vizio da cui sia affetto l'originario decreto intercettativo non si comunica automaticamente a quelli successivi, correttamente adottati e che, pertanto, non è inutilizzabile la prova che non sarebbe stata scoperta senza l'utilizzazione della prova inutilizzabile (Cass., sez. V, c.c.5.11.2010 (dep. 10.2.2011), n. 4951, in *Cass. pen.*, 2012, p. 199). Il principio secondo cui la nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo, non trova applicazione in materia di inutilizzabilità, v. Cass., sez. II, 29.11.2011, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3828).

La giurisprudenza ammette però che l'inutilizzabilità di una prova si comunichi alla sentenza se la motivazione di questa pone la prova inutilizzabile tra le fonti del convincimento del giudice in fatto e la "prova della resistenza" dimostra che il giudice, se non avesse utilizzato quella prova, sarebbe pervenuto ad un diverso accertamento del fatto⁷⁹. Per cui la sentenza fondata su una prova inutilizzabile è inficiata da un'invalidità soggetta allo stesso regime di rilevazione stabilito per l'inutilizzabilità.

In realtà, non dovrebbe parlarsi di inutilizzabilità derivata, in quanto **l'inutilizzabilità non necessita di estensione, bastando l'illegittimità a funzionare in sé da sbarramento all'atto cui inerisce**, quale che sia, senza che possa essere opposta la insussistenza di un principio *ad hoc* ovvero la inapplicabilità di una regola prevista per la nullità. L'eccezione sollevata dalla difesa in sede di atti di acquisizione dibattimentale o nel procedimento cautelare o negli atti di impugnazione circa la presenza di un atto illegittimo, non può essere rigettata solo per via della assenza di una norma che preveda la contaminazione degli atti susseguenti o della inapplicabilità della regola in ordine alla derivazione della nullità, come afferma la giurisprudenza costante. Ritenuta la violazione del divieto probatorio, la valutazione deve avere riguardo all'oggetto o al mezzo su cui si infrange il vizio, concentrandosi sulla effettività e, volendo, ultrattività dell'offesa all'interesse tutelato dalla regola di esclusione violata. Non si tratta di un giudizio sulla complessiva equità del processo, nell'ottica della giurisprudenza europea, ma di un controllo dovuto di legalità, anche solo suscitato dal dubbio che l'atto irrituale segnalato dalla difesa possa sacrificare potenzialmente, oltre al diritto evidenziato nella eccezione, altri diritti tutelati nel processo ovvero nel procedimento (GALANTINI).

Dal momento che l'art. 191 c.p. comprende divieti sia di ammissione sia di assunzione, dato che la locuzione "prove ammesse" presente nel Progetto preliminare fu sostituito con "prove acquisite" nel testo definitivo, la prova vietata è inutilizzabile anche nei suoi effetti probatori, per cui inutilizzabile la perquisizione è inutilizzabile anche il suo effetto giuridico consistente nel conseguente sequestro.

⁷⁹ Cass. 23.11.1993, Morgante, in *Cass. pen.*, 1995, 656.

L'art. 191, comma 2, c.p.p. regola il regime, stabilendo che l'inutilizzabilità è «**rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento**», cioè **dalle indagini preliminari fino al passaggio in giudicato della sentenza e pure nel giudizio di rinvio dopo l'annullamento** (a differenza della nullità assoluta e dell'inammissibilità verificatesi nei giudizi antecedenti la sentenza della Corte di cassazione, che, ex art. 627 comma 4, c.p.p., non possono rilevarsi nel giudizio di rinvio).

Non è prevista sanatoria, a differenza delle nullità, proprio perché è stato esercitato un potere di acquisizione probatoria che non è ammesso: quando si tratta di una **prova vietata e quindi inammissibile**, e come tale può essere rilevata in ogni stato e grado del procedimento, **non può essere oggetto di sanatoria e non è rinnovabile, dato che consiste nella violazione di un divieto probatorio**. La giurisprudenza però ritiene rilevabile solo su eccezione della parte interessata l'inutilizzabilità degli elementi di prova acquisiti dal pubblico ministero nelle indagini preliminari dopo la scadenza del termine massimo di durata di queste ultime⁸⁰.

La **prova inutilizzabile può tuttavia essere impiegata come *notitia criminis***, cioè come notizia della commissione di un reato, e quindi costituire in capo al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria il dovere di dare inizio alle indagini preliminari relative al fatto di reato⁸¹.

La **dichiarazione di inutilizzabilità da parte del giudice d'appello comporta che egli deve espungere la prova inutilizzabile dal compendio probatorio ed effettuare la "prova di resistenza" per verificare se la statuizione del primo giudice possa essere mantenuta pur eliminando la prova inutilizzabile**.

Anche la **dichiarazione di inutilizzabilità da parte della Corte di cassazione** comporta che questa deve annullare la sentenza impugnata se il materiale di cognizione, espunta la prova inutilizzabile, non è in grado di sostenerla.

11.3. L'inammissibilità e la decadenza.

In riferimento ai termini (non soltanto, ma tra le altre cause di inammissibilità e decadenza), sono previste 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 fuori termine o non ammesso, sotto il profilo oggettivo, e la decadenza dell'impugnante tardivo o non legittimato, 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: ad es., la dichiarazione di ricusazione 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

⁸⁰ Cass. 28.4.1998, Maggi, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, p.588; Cass. 24.6.1998, Coppol, *ivi*, 1998, p. 879.

⁸¹E' principio pacifico in giurisprudenza che l'inutilizzabilità dei risultati dell'intercettazione non ne impedisce un impiego come *notitia criminis* idonea a dare sviluppo alle indagini (Cass., sez. III, 7.4.2004, p.m. in proc. M., *Dir. pen. e proc.*, 2004, 7, 822, secondo cui il principio di inutilizzabilità stabilito nell'art. 191 c. 1 impedisce al giudice la possibilità di valutare le prove acquisite in violazione dei divieti di legge, ma non esclude che il p.m. e la p.g. possano trarre dagli atti vietati dalla legge spunti che ritengano utili per imbastire altre legittime investigazioni, i cui risultati potranno poi prospettare alla valutazione del giudice. L'eventuale inutilizzabilità del contenuto delle intercettazioni telefoniche, come elemento di prova per l'affermazione di responsabilità o come indizio ai fini dell'adozione di una misura cautelare, non vieta che lo stesso possa valere come notizia di reato, dando impulso ad indagini ulteriori, sulla base delle quali il giudice fonda poi la sua convinzione, non essendo previsto che l'inutilizzabilità di un atto si comunichi a tutti gli atti successivi che si trovino in rapporto di connessione con esso, pregiudicandone irrimediabilmente la validità e l'efficacia (Cass., sez. I, I 24.6.2003, Matteo ed altro, *CED* 225260).

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 (ad es. la parte che non impugna nel termine previsto decade dal potere di impugnazione).

12. IL PROCEDIMENTO.

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

12.2. L'iscrizione della notizia di reato e le indagini preliminari.

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 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 devono rispondere

al principio di completezza⁸², che è finalizzato, da una parte, ad evitare il c.d. “esercizio apparente” dell’azione penale (basato su indagini insufficienti, che comporterebbero un inutile dibattimento), dall’altra, ad impedire al P.M. di chiedere l’archiviazione dopo indagini lacunose (che costringerebbero il G.I.P. ad ordinare nuove indagini).

Ogni notizia di reato, anche se atipica e pure contro ignoti, acquisita dal pubblico ministero di propria iniziativa o altrimenti pervenutagli (comprese le condizioni di procedibilità della querela, istanza e richiesta di procedimento che contengono la notizia di un reato), deve essere iscritta nel **registro notizie di reato (R.N.R.)** tenuto presso la procura della Repubblica (art. 335 comma 1). Ai fini di tale iscrizione la segreteria annota sugli atti che possono contenere la notizia di reato il giorno e l’ora in cui gli stessi sono pervenuti all’ufficio e li sottopone immediatamente al procuratore della Repubblica (art. 109 disp. att.). La finalità di detta iscrizione è quella di indicare il momento di inizio della durata delle indagini preliminari, le quali hanno una durata prestabilita dalla legge.

Quando la notizia è generica, nel registro si iscrive, appena conosciuto, il nome della persona alla quale il reato è attribuito. Il registro è aggiornato con l’indicazione del mutamento della qualificazione giuridica del fatto e delle circostanze del reato che emergano nel corso delle indagini (art. 335, comma 2). L’iscrizione deve essere annotata immediatamente, non appena la notizia di reato pervenga alla procura della Repubblica (ma la giurisprudenza ritiene che il termine abbia carattere meramente ordinatorio e quindi la sua inosservanza non pregiudichi la validità degli atti d’indagine preliminare compiuti), perché, quando la notizia è specifica, *ab initio* o successivamente, l’iscrizione comporta la decorrenza dei termini entro i quali il pubblico ministero deve concludere le indagini preliminari. Se invece la notizia è generica, dall’iscrizione decorre il termine di sei mesi entro il quale il pubblico ministero, se nel corso delle indagini non emerge il nome della persona alla quale attribuire il reato, deve chiedere al giudice per le indagini preliminari l’archiviazione della notizia di reato oppure l’autorizzazione a proseguire le indagini contro ignoti (art. 415, comma 1)⁸³.

Le indagini preliminari hanno un termine di durata sia quando si procede contro ignoti sia quando è stato identificato un indagato, in forza del rinvio contenuto nell’art. 415, comma 3, c.p.p. per cui nel procedimento contro ignoti «si osservano, in quanto applicabili, le altre disposizioni di cui al presente titolo»⁸⁴.

Il codice ammette in taluni casi **la visura del registro**. Poiché gli atti di indagine sono coperti dal segreto investigativo, onde evitarne l’inquinamento, anche il registro delle notizie di reato non è ostensibile a chiunque. Tuttavia, a tutela sia della persona offesa dal reato sia di quella sottoposta alle indagini, questi due soggetti (ed i loro difensori), possono chiedere al pubblico ministero di conoscere le eventuali iscrizioni a loro nome nell’apposito registro di cui all’art. 335 c.p.p. Le comunicazioni richieste devono essere fornite, salvo che l’iscrizione abbia

⁸² Il principio di completezza delle indagini fu riconosciuto già da Corte cost. 15.2.1991, n. 88.

⁸³ In particolare il d.m. 30 settembre 1989 (Disposizioni relative ai registri in materia penale), prevede quattro diversi registri in materia penale: 1) il registro delle notizie di reato a carico di persone note, nel quale il pubblico ministero iscrive le notizie di reato che fin dall’origine sono specifiche o che, dopo essere state iscritte nel registro delle notizie contro ignoti, divengono specifiche perché un possibile autore del reato è stato individuato (mod. 21); 2) il registro delle notizie di reato a carico di persone ignote, nel quale vengono iscritte le notizie generiche di reato (mod. 44); 3) il registro degli atti non costituenti notizia di reato, nel quale il pubblico ministero registra gli atti che non gli impongono lo svolgimento di indagini preliminari né la richiesta di archiviazione (mod. 45); 4) il registro delle notizie anonime di reato (mod. 46), delle quali l’art. 333 comma 3 vieta l’uso nel processo (art. 108 disp. att.).

⁸⁴ Le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno riconosciuto che il regime giuridico dei due tipi di indagini (contro noti e contro ignoti) è unico, affermando che la previsione di un termine massimo per il compimento delle indagini preliminari trova applicazione anche nei procedimenti a carico di ignoti, in virtù del nuovo testo dell’art. 415 c.p.p. (modificato dalla l. n. 479 del 1999); ne consegue che è legittimo il provvedimento col quale il G.I.P., nell’accordare la proroga del termine per le indagini contro ignoti, ne fissi la durata massima (Cass., Sez. Un., 12.4.2006, p.m. in proc. c. ignoti, in *Dir. e giust.*, 2006, n. 20, p. 42).

ad oggetto uno dei delitti elencati nell'art. 407, comma 2 lett. a), c.p.p., precedute dalla equivoca formula «risultano le seguenti iscrizioni suscettibili di comunicazione» (art. 110-*bis* disp. att.).

Fatta eccezione per i menzionati gravi delitti, il pubblico ministero può inoltre disporre con decreto motivato, per specifiche esigenze di tutela delle indagini, il **segreto sulle iscrizioni** per un tempo non superiore a tre mesi e non rinnovabile (art. 335, commi 3 e 3-*bis*, c.p.p.). Se la richiesta di informazioni riguarda una notizia non comunicabile per disposizione di legge o per divieto del pubblico ministero oppure quando non esiste alcuna iscrizione nel registro, la segreteria della procura della Repubblica risponde al richiedente che «non risultano iscrizioni suscettibili di comunicazione» (art. 110-*bis* disp. att. cit.).

L'utilità pratica dell'istituto è piuttosto modesta, dal momento che esso tutela solo il colpevole e non l'innocente: infatti, mentre la persona sottoposta alle indagini che non ha commesso alcun reato non penserà mai di chiedere informazioni sui procedimenti a proprio carico, né saprebbe presso quale Procura richiederle, solo chi sa di averne posto in essere si premurerà di accertare l'esistenza di eventuali iscrizioni presso la procura del luogo del commesso reato; d'altra parte, l'istituto non è di grande utilità nemmeno per la persona offesa dal reato, la quale sa già, per averlo subito e magari denunciato, dell'esistenza del procedimento.

Il diritto di accesso ai registri delle notizie di reato è riconosciuto dall'art. 117, comma 2-*bis*, c.p.p. al procuratore nazionale antimafia, per l'esercizio dei poteri attribuitigli dall'art. 371-*bis* c.p.p. Anche il Ministro degli interni, direttamente oppure tramite un ufficiale di polizia giudiziaria o un funzionario della Direzione Investigativa Antimafia (D.I.A.), può ottenere dall'autorità giudiziaria l'autorizzazione ad accedere ai medesimi registri (art. 118, comma 1-*bis*, c.p.p.).

Le **indagini preliminari** 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 obblazionabile 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.)⁸⁵.

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" (tuttavia gli atti di indagine possono essere utilizzati dal P.M. per rivolgere le sue richieste al G.I.P., ad es. richieste di misure cautelari o di autorizzazione all'intercettazione).

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,

⁸⁵ 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 3.4.2014, relativa all'Ordine Europeo di Indagine penale (O.E.I.), recepita in Italia dal d. lgs. 21.6.2017, n. 108 (Norme di attuazione della Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3.4.2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale).

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.

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 del P.M. 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.).

12.3. 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 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.

12.4. 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 taluno⁸⁶.

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

⁸⁶ 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 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.

ai sostituti circa i criteri di priorità nello svolgimento delle indagini (“circolare Zagrebelsky” e “circolare Maddalena” nella Procura di Torino)⁸⁷.

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 ufficio⁸⁸.

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*).

12.5. L’archiviazione della notizia di reato.

Il pubblico ministero è tenuto a esercitare l’azione penale quando ritiene che gli elementi di prova raccolti siano idonei a sostenere l’accusa in giudizio, altrimenti richiede l’archiviazione (l’“aborto dell’azione penale”) 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 .

⁸⁷ Alcuni procuratori della Repubblica emanarono 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 trattava però di provvedimenti emessi in elusione della riserva di legge.

⁸⁸ 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 dibattimento - 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. 23.5.2008, n. 92, conv. dalla l. 24.7.2008, 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. 23.5.2008, n. 92, conv. dalla l. 24.7.2008, 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 2.5.2006 in ordine ai quali ricorrono le condizioni per l’applicazione dell’indulto, ai sensi della legge 31.7. 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».

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 notificato⁸⁹.

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'avvocazione 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 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

⁸⁹ Corte cost. 16.7.1991, n. 353.

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).

12.6. 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 copia⁹⁰. Se il P.M. non vi ha provveduto prima, l'avviso contiene anche l'avvertimento che l'indagato e il suo difensore hanno facoltà di esaminare per via telematica gli atti depositati relativi ad intercettazioni ed ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche e che hanno la facoltà di estrarre copia delle registrazioni o dei flussi indicati come rilevanti dal pubblico ministero. Il difensore può, entro il termine di venti giorni, depositare l'elenco delle ulteriori registrazioni da lui ritenute rilevanti e di cui chiede copia. Sull'istanza provvede il P.M. con decreto motivato. In caso di rigetto dell'istanza o di contestazioni sulle indicazioni relative alle registrazioni ritenute rilevanti, il difensore può avanzare al giudice istanza affinché si proceda allo stralcio.

⁹⁰ Nell'ordinamento statunitense con la sentenza 13.5.1963, *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 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.

In altre parole, 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 pace⁹¹ ed è escluso altresì nei casi di imputazione coatta⁹², di giudizio direttissimo, di applicazione della pena su richiesta delle parti, nel procedimento per decreto⁹³ e nel giudizio immediato⁹⁴. 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 ministero per rendere dichiarazioni e chiedere di essere sottoposto ad interrogatorio⁹⁵. Ma solo

⁹¹ L'incompatibilità è affermata sulla base dell'art. 2, comma 1, d. lgs. 28.8.2000, n. 274, ritenuto legittimo da Corte cost. (ord.) 28.6.2004, n. 201, nonché in base alle considerazioni di Corte cost. (ord.) 22.10.2014, 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.

⁹² In questo senso Corte cost. (ord.) 20.11.2002, n. 491 e ord. 29.12.2004, 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.) 12.12.2012, n. 286).

⁹³ In tal senso Corte cost. 15.1.2003, n. 8.

⁹⁴ In questo senso Corte cost. 29.1.2004, n. 52.

⁹⁵ Le Sezioni unite della suprema Corte hanno affermato che l'omessa traduzione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari inviato all'indagato straniero alloggato 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

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 delle indagini preliminari, il procuratore della Repubblica deve 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

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., 26.9.2006, Cieslinsky ed altri, in *Cass.pen.*, 2007, p.514, e in *Guida dir.*, 2006, n. 49, p. 78).

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.

13. IL PROCESSO.

13.1. 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 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.).

13.2. 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.

13.3. Il controllo del giudice 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 unite⁹⁶. 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 accolti, si svolgono in udienza preliminare. In udienza preliminare è pure possibile richiedere l'incidente probatorio, come affermato dalla Corte costituzionale⁹⁷.

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 giudizio⁹⁸.

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

⁹⁶ Cass., Sez. Un., 30.10.2002, Vottari, n. 39915, in motivazione.

⁹⁷ Corte cost. 10.3.1994, n. 77.

⁹⁸ In questo senso Cass. Sez.un., 9.7.2003, 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. 24.9.2002, 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., 24.11.2016, 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., 16.7.2009, Aprea, in *Cass. pen.*, 2010, p. 119). L'omesso avviso alla persona offesa dà invece luogo ad una nullità a regime intermedio.

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 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"⁹⁹. 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)¹⁰⁰. 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'invalidità¹⁰¹.

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

⁹⁹ 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.

¹⁰⁰ 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).

¹⁰¹ 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 acquisti solo successivamente tale veste (Cass., Sez. un., 10.6.2015, Martan, in *Guida dir.* 2015, n. 31, p. 92).

di cui dichiara la nullità¹⁰². Se il difensore dell'imputato non è presente il giudice provvede a 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 ragionevoli¹⁰³.

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

¹⁰² 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 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).

¹⁰³ 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, 5.4.2013, 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).

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 "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 causa¹⁰⁴, 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

¹⁰⁴ 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.

con l'attività probatoria dibattimentale¹⁰⁵. Ugualmente deve essere emessa sentenza di non luogo a procedere quando gli elementi di prova sono “contraddittori” e si prevede che tale 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 appellabile o ricorribile. 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.).

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.).

Le “**indagini integrative**” sono quelle 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

¹⁰⁵ In questo senso Corte cost. n. 224 del 2001 e Corte cost. n. 335 del 2002.

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.).

Contro la sentenza di non luogo a procedere è ammesso l'appello (ma sono inappellabili le sentenze di non luogo a procedere relative a contravvenzioni punite con la sola pena dell'ammenda o con pena alternativa) 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 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.). Sull'appello decide la corte d'appello in camera di consiglio con le forme previste dall'art. 127 c.p.p. Contro la sentenza di non luogo a procedere pronunciata in grado d'appello possono proporre **ricorso per cassazione** l'imputato e il procuratore generale ma solo per esercizio da parte del giudice di una potestà riservata dalla legge a organi legislativi o amministrativi ovvero non consentita ai pubblici poteri, oppure per inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche di cui si deve tener conto nell'applicazione della legge penale oppure per inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità, di inutilizzabilità, di inammissibilità o di decadenza. Sull'impugnazione la corte di cassazione decide in camera di consiglio con le forme previste dall'art. 611 c.p.p. e cioè con contraddittorio solo cartolare.

13.4. La revoca della sentenza di non luogo a procedere.

L'art. 434 c.p.p. disciplina la **revoca della sentenza di non luogo a procedere**. La **sentenza di non luogo a procedere, poiché non contiene un accertamento ed è pronunciata allo stato degli atti e fuori del dibattimento, non diventa mai irrevocabile, ma può invece acquisire definitività quando non è più impugnabile** (essendo scaduti i termini per proporre appello o ricorso).

Pertanto il solo P.M. (non il prosciolto, né la persona offesa) può in ogni tempo proporre la richiesta di revoca - non essendo previsto alcun termine - e quindi fino all'estinzione del reato.

La richiesta di revoca della sentenza di non luogo a procedere presuppone un mutamento della situazione probatoria sulla base della quale fu pronunciata la sentenza di non luogo a procedere.

L'art. 434 c.p.p. indica i **casi di revoca della sentenza di non luogo a procedere**, per la quale, a differenza della richiesta di riapertura delle indagini, occorre che **sopravvengono o si scoprono nuove fonti di prova che, da sole o unitamente a quelle già acquisite, possono**

determinare il rinvio a giudizio. In presenza del presupposto, il G.I.P., su richiesta del pubblico ministero, dispone la revoca della sentenza.

L'art. 435 prescrive al P.M. di **indicare, nella richiesta di revoca, le nuove fonti di prova, specificare se queste sono già state acquisite o sono ancora da acquisire e richiede, nel primo caso, il rinvio a giudizio oppure, nel secondo, la riapertura delle indagini.** Il P.M. con la richiesta trasmette alla cancelleria del G.I.P. gli atti relativi alle nuove fonti di prova.

Il G.I.P. può dichiarare inammissibile la richiesta; altrimenti designa un difensore all'imputato che ne sia privo, **fissa la data dell'udienza in camera di consiglio e ne fa dare avviso** al pubblico ministero, all'imputato, al difensore e alla persona offesa. Il procedimento si svolge nelle forme previste dall'art. 127, cioè secondo le regole del procedimento camerale tipico .

L'art. 436 indica i **due provvedimenti che può adottare il G.I.P.,** stabilendo che, sulla richiesta di revoca, il giudice in esito all'udienza camerale provvede con **ordinanza.**

Nella **prima ipotesi, se il pubblico ministero ha chiesto il rinvio a giudizio, il G.I.P., con ordinanza, revoca la sentenza di non luogo a procedere e fissa l'udienza preliminare,** dandone avviso agli interessati presenti e disponendo per gli altri la notificazione.

Nella **seconda ipotesi, se il P.M. ha chiesto la riapertura delle indagini, il G.I.P., con ordinanza, revoca la sentenza di non luogo a procedere e, se ne ravvisa i presupposti, ordina la riapertura delle indagini, stabilendo per il loro compimento un termine improrogabile non superiore a sei mesi.** Entro la scadenza del termine, il pubblico ministero, qualora sulla base dei nuovi atti di indagine non debba chiedere l'archiviazione, trasmette alla cancelleria del giudice la richiesta di rinvio a giudizio.

L'art. 437 c.p.p. **ammette il ricorso per cassazione da parte del solo pubblico ministero** contro l'ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la richiesta di revoca. Il ricorso è ammissibile **solamente per i motivi indicati all'art. 606, comma 1, lettere b)** (inosservanza o erronea applicazione della legge penale sostanziale), **d)** (mancata assunzione di controprova decisiva) **ed e)** (mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione). **Al fine di garantire maggiore stabilità alla condizione processuale del soggetto prosciolto con sentenza definitiva è pertanto inammissibile il ricorso del P.M. sia per esercizio da parte del giudice di una potestà riservata dalla legge a organi legislativi o amministrativi o non consentita ai pubblici poteri (lett. a), sia per inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità, inutilizzabilità, inammissibilità o decadenza (lett. c).**

13.5. 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 quella 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 dibattito 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 dibattito. 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 dibattito 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 dibattito, 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 preliminare¹⁰⁶. Quindi il giudice ha

¹⁰⁶ Cass., Sez. Un., 22.10.1996, 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, 25.1.2013, Piacentini, in *Giust. pen.*, 2013, III, c. 464).

sempre il potere-dovere di attribuire un diverso *nomen iuris* al fatto quale emerso dal dibattimento (*emendatio iuris*)¹⁰⁷.

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 c.p.p. 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 "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)¹⁰⁸.

¹⁰⁷ 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. 26.6.2014, Tamborrino, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, p.1172).

¹⁰⁸ 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., 22.10.1996, 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., 6.12.1991, 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., 28.10.1998, Barbagallo, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2074; Cass., sez. V, 20.6.2006, 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, 17.6.1999, Secci, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2008; Cass., sez. IV, 28.5.1993, Festini, in *Cass. pen.*, 1995, p. 308).

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 giuridica¹⁰⁹.

¹⁰⁹ In tema di imputazione generica in fatto, dapprima Corte e.d.u. 20.7.2000, *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'11.11.1985), 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 discarico 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. e.d.u. 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, 11.12.2007, *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, 12.11.2008, *Drassich*, in *Guida dir.*, 2009, n. 11, p. 60; *Cass. pen.*, 2009, p. 1457; in precedenza Corte eur., 20.4.2006, I. H. e altri *c/Austria*). Successivamente però la Corte costituzionale con sentenza 4.4.2011, 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 riqualificazione 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. e.d.u. (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 riqualificazione 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, 7.1.2010, 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., 2.7.1997, 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'indirizzo 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, 18.2.2010, 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 e.d.u. 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

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.).

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 Corte di 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, 12.11.2012, 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, 14.1.2013, 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, 25.9.2013, 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 emerge che, pur senza il rispetto di forme predeterminate, l'accusato sia stato informato 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, 22.2.2018, Drassich c/Italia (n.2)).

La Corte costituzionale ha in proposito precisato alcuni importanti principi di diritto¹¹⁰.

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 superiore¹¹¹.

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)¹¹².

¹¹⁰ Dapprima Corte cost. 30.6.1994, 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. 29.12.1995, 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., relativamente al reato concorrente contestato in dibattimento. Ancora Corte cost. 14.12.2009, 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. 22.10.2012, 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. 26.5.2015, 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 20.2.2019, 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 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. 30.1.2014 (dep. 27.3.2014), R.R.A., n. 14439).

¹¹¹ 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, 15.9. 1995, p.m. in proc. Muccioli, in CED 202982).

¹¹² 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, 23.2.2011, n. 6987).

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.

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.)¹¹³.

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

¹¹³ Corte cost. 3.6.1992, n. 241, e poi Corte cost. 20.2.1995, 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.

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.)¹¹⁴.

13.6. Forme diversificate di controllo sull'imputazione.

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, giacché in questi casi il pubblico ministero esercita l'azione penale con la citazione diretta a giudizio, ex art. 550 c.p.p.

¹¹⁴ 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, 14.2.2011, C.F., in *Dir. pen. e proc.*, 2011, p. 417).

13.7. 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 leso, e appartiene al soggetto, ente o persona fisica, titolare di tale situazione giuridica soggettiva e rappresenta il presupposto per la costituzione di parte civile¹¹⁵. 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.

14. I FASCICOLI PROCESSUALI.

14.1. 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.)¹¹⁶; 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

¹¹⁵ Cass., sez. VI, 9.7.2019, Schettini e altro, n. 44899; Cass., sez. VI, 8.3.1994, Spallanzani, n. 6332, Rv. 198507.

¹¹⁶ 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., 17.10.2006, p.m. in proc. Greco, in *Cass. pen.*, 2007, p. 952).

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.).

14.2. 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 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.

15. IL CONTRADDITTORIO.

15.1. 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 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 processo¹¹⁷.

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

¹¹⁷ 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.

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).

15.2. 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 anglosassone¹¹⁸. 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.

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.

¹¹⁸ 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.

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 processo¹¹⁹.

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 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.

¹¹⁹ Corte cost. 5.4.2007, 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 irreperibile. 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”.

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.)¹²⁰.

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 svolte 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 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

¹²⁰ 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., 26.6.2014 (dep. il 22.7.2014), Tamborrino, n. 32351).

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 dichiarante¹²¹. 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 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

¹²¹ Corte cost. 28.11.1994, n. 407, in *Cass. pen.*, 1995, p. 799.

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 ritrattato¹²².

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.)¹²³.

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 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.

¹²² Corte e.d.u., sez. II, 13.11.2014, Bosti c/Italia.

¹²³ 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, 3.10.2016, n. 41429).

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)¹²⁴.

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 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.).

¹²⁴La 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. 24.6.2009, n. 197).

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».

15.3. 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.

15.4. 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, la polizia giudiziaria o il difensore possono compiere atti che è anticipatamente noto 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.

15.4.1. 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.

15.4.2. 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.

15.5. La non rinviabilità degli atti.

Altre volte gli atti sono non rinviabili al dibattimento proprio perché si prevede e si teme che tali atti diventino irripetibili a dibattimento e perciò la prova si deve assumere anticipatamente: i casi sono due: l'incidente probatorio (art. 392 c.p.p.), l'accertamento tecnico irripetibile (art. 360 c.p.p.) e il prelievo coattivo di campioni biologici su persone viventi (art. 359-bis c.p.p.).

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 o 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.

Il prelievo coattivo di campioni biologici o accertamenti medici su persone viventi è ammesso durante le indagini preliminari del pubblico ministero (ma non è ammesso durante le investigazioni difensive) (art. 359-*bis* c.p.p.). Si tratta di un accertamento tecnico coattivo del P.M., anche su persone diverse dall'indagato, con autorizzazione o convalida del G.I.P. e con la presenza facoltativa del difensore.

Fermo il potere di polizia (su autorizzazione del P.M.) di prelievo coattivo di capelli o saliva dell'indagato a fini di identificazione (di cui all'art. 349 comma 2-*bis*), quando invece a fini di prova devono essere eseguite le operazioni di perizia comportanti limitazioni della libertà personale (di cui all'art. 224-*bis*) e non vi è il consenso della persona interessata, il pubblico ministero ne fa richiesta al giudice per le indagini preliminari che le autorizza con ordinanza quando ricorrono le condizioni ivi previste (comma 1).

Nei casi di urgenza, quando vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave o irreparabile pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero dispone lo svolgimento delle operazioni con decreto motivato contenente i medesimi elementi previsti dal comma 2 dell'art. 224-*bis*, provvedendo a disporre l'accompagnamento coattivo, qualora la persona da sottoporre alle operazioni non si presenti senza addurre un legittimo impedimento, ovvero l'esecuzione coattiva delle operazioni, se la persona comparsa rifiuta di sottoporvisi. Entro le quarantotto ore successive il pubblico ministero richiede al giudice per le indagini preliminari la convalida del decreto e dell'eventuale provvedimento di accompagnamento coattivo. Il giudice provvede con ordinanza al più presto e comunque entro le quarantotto ore successive, dandone avviso immediatamente al pubblico ministero e al difensore (comma 2).

La disposizione consente al P.M. il prelievo o l'accertamento medico coattivi di campione biologico per determinare l'impronta genetica di un soggetto (indagato o non indagato) nel corso delle indagini preliminari (mentre, come si è detto, non è previsto nelle investigazioni difensive), ricorrendo ad un accertamento tecnico, che può essere ripetibile (quando l'accertamento si prevede che possa essere ripetuto a dibattimento) o irripetibile (quando si prevede che non possa essere ripetuto in dibattimento, ad es. prelievo su persona in fin di vita o vi sia pericolo di degradazione o la quantità di materiale da analizzare sia scarsa), e quindi segue la disciplina prevista per i due diversi tipi di accertamento tecnico, rispettivamente dagli artt. 359 e 360 c.p.p.

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. Trattandosi di un accertamento tecnico coattivo del P.M. anche su persone diverse dall'indagato, con autorizzazione o convalida del G.I.P., il difensore ha diritto ad assistere (presenza facoltativa all'accertamento, sia esso ripetibile o irripetibile). Si tratta di un accertamento tecnico singolare perché l'art. 359-*bis* c.p.p. lo riserva al P.M. (come accade per le intercettazioni o l'acquisizione del tabulato

telefonico o telematico), per cui il difensore non è legittimato a richiederlo al giudice, ma deve rivolgersi al P.M. affinché si faccia promotore dell'istanza. Il difensore non può nemmeno avvalersi a tal fine dell'art. 391-*decies* c.p.p., vista la particolare invasività dell'accertamento. Tale monopolio del P.M. viola il diritto di difesa (art. 24, comma 2, Cost.), il contraddittorio e la parità tra le parti davanti al giudice (art. 111 Cost.). Sono legislativamente previsti due meccanismi.

Il primo prende avvio con l'iniziativa del P.M. sotto il controllo del giudice per le indagini preliminari, che autorizza con ordinanza lo stesso P.M. a disporre il prelievo o l'accertamento.

Il secondo meccanismo disciplina l'ipotesi in cui il prelievo o l'accertamento risulti urgente. Lo schema procedimentale che opera in questa seconda ipotesi richiama la disciplina delle intercettazioni, per cui il P.M. dispone lo svolgimento delle operazioni con proprio decreto motivato e l'organo giurisdizionale provvede con ordinanza alla convalida dei decreti emessi.

Nel caso di prelievo o accertamento medico non urgente, il legislatore non ha specificato se all'ordinanza del G.I.P. che autorizza l'atto debba seguire un decreto con il quale il P.M. dispone le operazioni, ovvero se il provvedimento dispositivo sia l'ordinanza stessa. Se si ritiene sufficiente l'ordinanza, questa dovrebbe avere lo stesso contenuto di cui all'art. 224-*bis*, comma 2 c.p.p., mentre nel caso in cui fosse necessario il decreto del P.M., si tratterebbe di un provvedimento sul contenuto del quale il legislatore tace. La soluzione della questione è importante soprattutto in relazione all'aspetto del coinvolgimento della difesa: nella procedura d'urgenza, infatti, non vi sono dubbi circa la partecipazione difensiva, dato che il legislatore prevede che il P.M. debba emanare un decreto motivato che contenga gli stessi elementi previsti dall'art. 224-*bis* comma 2 (tra i quali l'avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore o da una persona di fiducia). Nella procedura ordinaria, invece, è previsto che il giudice conceda l'autorizzazione quando ricorrano le condizioni delineate dall'art. 224-*bis*, comma 2, c.p.p. Poiché deve ragionevolmente escludersi un'interpretazione che faccia risultare maggiormente garantista l'ipotesi dell'urgenza rispetto a quella ordinaria, deve ritenersi che il riferimento alle «condizioni» di cui all'art. 224-*bis* c.p.p. deve essere inteso come sinonimo di «elementi» dell'ordinanza in questa disposizione indicati. In sintesi, si deve ritenere, che il P.M., ottenuta l'autorizzazione con ordinanza del G.I.P., debba disporre le operazioni con proprio decreto il quale dovrà avere il medesimo contenuto dell'ordinanza di cui all'art. 224-*bis* comma 2 c.p.p.

L'art. 359-*bis* c.p.p. ha sicuramente attuato la riserva di giurisdizione posta dall'art. 13 Cost. a tutela della libertà personale, ma non quella di legge, perché è vero che esso, attraverso il rinvio all'art. 224-*bis*, indica i reati che consentono il prelievo, ma non i soggetti passivi del prelievo (che possono essere l'indagato, il testimone o anche l'estraneo al procedimento: ad esempio, l'art. 9 della stessa l. n. 85/2009 consente il prelievo nei confronti di tutte le persone ristrette nella libertà personale). Ma, soprattutto, l'art. 359-*bis* non indica tassativamente né i «casi», né i «modi» del prelievo perché rinvia alle operazioni di cui all'art. 224-*bis*, che autorizza atti idonei ad incidere sulla libertà personale «quali» il prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale o generici «accertamenti medici», con una elencazione che sembra non tassativa ma esemplificativa, e quindi in contrasto con l'art. 13, comma 2, Cost.

Nei casi di cui ai commi 1 e 2 (cioè sia quando la perizia incidente sulla libertà personale è autorizzata dal G.I.P. sia quando è disposta d'urgenza dal P.M.), le disposizioni degli artt. 132, comma 2 (per cui l'accompagnamento coattivo dell'imputato non può comportare che egli sia trattenuto oltre il compimento della perizia e in ogni caso non oltre ventiquattro ore) e 224-*bis*, commi 2 (che impone il rispetto del contenuto dell'ordinanza che dispone la perizia incidente sulla libertà personale), 4 (che stabilisce il divieto di operazioni che contrastano con espressi divieti posti dalla legge o che possono mettere in pericolo la vita, l'integrità fisica o la salute della persona o del nascituro, ovvero che, secondo la scienza medica, possono provocare

sofferenze di non lieve entità) e 5 (che prescrive il compimento delle operazioni peritali nel rispetto della dignità e del pudore di chi vi è sottoposto e privilegiando le tecniche meno invasive), si applicano «a pena di nullità delle operazioni» (cioè sono affetti da nullità relativa sia l'accompagnamento coattivo, sia l'esecuzione coattiva di atti idonei ad incidere sulla libertà personale mediante prelievo di campione biologico o accertamento medico «e di inutilizzabilità delle informazioni così acquisite» (cioè i risultati probatori ottenuti dal prelievo di campione biologico o dall'accertamento medico sono affetti da inutilizzabilità speciale e assoluta). Si applicano le disposizioni di cui al comma 2 dell'art. 191, per cui l'inutilizzabilità è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento (comma 3).

Nei casi di omicidio stradale e lesioni stradali gravi o gravissime di cui agli artt. 589-bis e 590-bis del codice penale, qualora il conducente rifiuti di sottoporsi agli accertamenti dello stato di ebbrezza alcolica ovvero di alterazione correlata all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope, se vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave o irreparabile pregiudizio alle indagini, il decreto motivato del P.M. che, in caso d'urgenza, dispone lo svolgimento delle operazioni e gli ulteriori provvedimenti possono, nei casi di urgenza, essere adottati anche oralmente e successivamente confermati per iscritto. Gli ufficiali di polizia giudiziaria procedono all'accompagnamento dell'interessato presso il più vicino presidio ospedaliero al fine di sottoporlo al necessario prelievo o accertamento e si procede all'esecuzione coattiva delle operazioni se la persona rifiuta di sottoporsi. Del decreto e delle operazioni da compiersi è data tempestivamente notizia al difensore dell'interessato, che ha facoltà di assistervi, senza che ciò possa comportare pregiudizio nel compimento delle operazioni. Si applicano le previsioni di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 365, per cui il P.M. deve invitare l'indagato a nominare un difensore di fiducia e, in mancanza, gliene nomina uno d'ufficio e il difensore ha facoltà di assistere al compimento dell'atto, previa consegna del provvedimento all'interessato, che ha facoltà di farsi assistere da persona di fiducia prontamente reperibile e idonea; l'atto è comunque compiuto nel rispetto della dignità e, nei limiti del possibile, del pudore di chi vi è sottoposto.

Entro le quarantotto ore successive, il pubblico ministero richiede la convalida del decreto e degli eventuali ulteriori provvedimenti al giudice per le indagini preliminari, che provvede al più presto e comunque entro le quarantotto ore successive, dandone immediato avviso al pubblico ministero e al difensore. Le operazioni devono sempre svolgersi nel rispetto delle condizioni previste dai commi 4 e 5 dell'art. 224-bis (comma 3-bis). A differenza del precedente comma 3 dell'art. 359-bis, il nuovo comma 3-bis non opera alcun richiamo al comma 2 dell'art. 224-bis. Da ciò pare potersi dedurre che il provvedimento del pubblico ministero non dovrà avere il contenuto previsto a pena di nullità dalla norma richiamata. Tale scelta sembra trovare fondamento, ancora una volta, nelle peculiarità degli accertamenti in parola, nonché nel potere, spettante al pubblico ministero, di autorizzarne l'esecuzione in forma orale.

Infine, contro l'ordinanza che autorizza o convalida il prelievo o l'accertamento medico non è assicurato il ricorso in cassazione, in spregio a quanto prescrive l'art. 111, comma 7, Cost., per tutti i provvedimenti incidenti sulla libertà personale.

16. IL DIBATTIMENTO

16.1. 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 del giudizio, 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.

16.1.1. 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'arbitrio¹²⁵.

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 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”¹²⁶.

¹²⁵ 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*.

¹²⁶ Corte e.d.u., sez. II, 13.11.2007, Bocellari e Rizza c. Italia. 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

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 sui diritti civili e politici** 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.)**. 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.).

16.1.2. 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.).

16.1.3. 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**

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. e.d.u. 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.

e il giudice che decide¹²⁷. 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.)**.

16.1.4. 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-americano¹²⁸. 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.

16.1.5. 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 dibattimento¹²⁹ Dapprima le Sezioni unite Iannasso del 1999 della suprema Corte avevano precisato che, in caso di mutamento del giudice,

¹²⁷ Corte cost. 26.5.2010, n. 205.

¹²⁸ 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).

¹²⁹ Corte cost. 24.1.1994, n. 17; Corte cost. (ord.) 3.12.2001, n. 399; Corte cost.(ord.) 3.12.2001, n. 431; Corte cost. (ord.) 27.2.2002, n. 59; Corte cost.(ord.) 12.3.2003, n. 73; Corte cost.(ord.) 13.12.2004, n. 418; Corte cost.(ord.) 21.2.2007, n. 67; Corte cost.(ord.) 7.6.2010, 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 e giudice che decide. Al riguardo, occorre infatti considerare che il diritto della parte alla nuova audizione dei testimoni di fronte al nuovo

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)¹³⁰. 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 escussione¹³¹. 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 testimoniali la cui ripetizione non abbia avuto luogo perché non chiesta, non ammessa o non più possibile¹³². 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.).

16.1.6. 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

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).

¹³⁰ Cass., Sez. Un., 15.1.1999, Iannasso ed altro, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1429.

¹³¹ Cass., Sez. un. 28.11.2001 (dep. 11.1.2002), n. 1021, Cremonese.

¹³² Cass., Sez. un., ud. 30.5.2019 (dep. 10.10.2019), 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, 25.11.1998, Pagani, in *CED* 212353; Cass., sez. I, 13.12.1994, Graziano, in *CED* 200413).

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.).

16.1.7. 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.

17. 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).

17.1. 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.

17.1.1. 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 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.

17.1.2. 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 preliminari¹³³.

17.1.3. 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 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)¹³⁴.

¹³³ Cass., Sez. un., 27.2.2014, 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. 22.9.1988, 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 indagini preliminari e non quella collegiale prevista dall'art. 50-*bis*, comma 2, r.d. 30.1.1941, 12 (Ordinamento giudiziario) (Corte cost. 12.1.2015, n. 1).

¹³⁴ 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

Il procedimento con applicazione della pena su richiesta è possibile, con l'accordo tra P.M. e imputato, per una pena fino a due anni (patteggiamento ristretto) oppure fino a cinque anni (patteggiamento allargato) e per specifici delitti è subordinato alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato.

L'imputato e il pubblico ministero possono concordemente chiedere al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una sanzione sostitutiva (entro il limite di due anni la semidetenzione; entro il limite di un anno, anche la libertà controllata, *ex art. 53*, comma 1, l. 24 novembre 1981, n. 689, Modifiche al sistema penale) o di una pena pecuniaria (entro il limite di sei mesi, può sostituirla con la multa o l'ammenda, a seconda che trattasi di delitto o di contravvenzione), diminuita fino a un terzo, ovvero di una pena detentiva quando questa, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non supera cinque anni soli o congiunti a pena pecuniaria (cd. "patteggiamento allargato) (comma 1).

Tuttavia, l'applicazione della pena in misura superiore ai due anni, soli o congiunti a pena pecuniaria, è preclusa, oggettivamente, per una serie di reati : delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater (delitti con finalità mafiosa o terroristica), i procedimenti per i delitti di cui agli artt. 600-bis (prostituzione minorile), 600-ter, primo, secondo, terzo e quinto comma (pornografia minorile), 600-quater, secondo comma (detenzione di ingente quantità di materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto), 600-quater.1, pornografia virtuale, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-quinquies (iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, nonché 609-bis (violenza sessuale), 609-ter (circostanze aggravanti), 609-quater (atti sessuali con minorenni) e 609-octies (violenza sessuale di gruppo) del codice penale), nonché, soggettivamente, nei confronti di taluni soggetti (delinquenti abituali, professionali, per tendenza, recidivi reiterati) (cd. patteggiamento ristretto) (comma 1-bis).

Inoltre nei procedimenti per i delitti previsti dagli artt. 314 (peculato), 317 (concussione), 318 (corruzione per l'esercizio della funzione), 319 (corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio), 319-ter (corruzione in atti giudiziari), 319-quater (induzione indebita a dare o promettere utilità) e 322-bis (peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri della Corte penale internazionale o degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri) del codice penale, l'ammissibilità della richiesta di cui al comma 1 è subordinata alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato (comma 1-ter).

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.

dedotto con ricorso in cassazione) (Cass., Sez. un., ud. 25.2.2016 (dep. 6.5.2016), Piergotti, n. 18953, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1782).

17.1.4. 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 minorenne, giustificata dalla sua personalità ancora in maturazione. Infatti la sospensione del processo con messa alla prova per il minorenne può 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 minorenne 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.).

17.2. I riti speciali acceleratori non premiali.

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.

17.2.1. 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)¹³⁵.

17.2.2. 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,

¹³⁵ 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. 8.6. 1992, n. 306, conv. dalla l. 7.8.1992, n. 356); per i reati in materia di discriminazioni e genocidio il pubblico 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. 26.4.1993, n. 122, conv. dalla l. 25.6.1993, 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. 25.7.1998, 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. 20.8.2001, n. 336, conv. dalla l. 19.10.2001, n. 377).

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.).

17.2.3. La citazione diretta a giudizio.

Tra i riti speciali acceleratori non premiali può annoverarsi anche la citazione diretta a giudizio davanti al tribunale in composizione monocratica, nel quale, per tutto ciò che non è previsto diversamente, si osservano le disposizioni dettate per il procedimento davanti al tribunale collegiale "in quanto applicabili" (art. 549 c.p.p.).

Si tratta di un procedimento semplificato nel quale per reati di minore gravità (contravvenzioni, delitti punibili con la reclusione non superiore nel massimo a quattro anni o con la multa o altri delitti specificamente indicati dall'art. 550 c.p.p.) il P.M., dopo aver depositato gli atti *ex art. 415-bis* c.p.p., esercita l'azione penale formulando l'imputazione ed emettendo direttamente decreto di citazione a giudizio (senza quindi l'udienza preliminare). Lo stesso P.M. forma, senza contraddittorio, il fascicolo per il dibattimento, che trasmette, con il decreto di citazione già notificato, al tribunale monocratico per l'udienza di comparizione (art. 553 c.p.p.). prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, l'imputato o il pubblico ministero può presentare la richiesta di applicazione della pena e inoltre l'imputato può richiedere il giudizio abbreviato o presentare domanda di oblazione (art. 555 c.p.p.).

18. LA DECISIONE.

La legge stabilisce i casi nei quali il provvedimento decisorio del giudice assume la forma della sentenza, dell'ordinanza o del decreto.

La sentenza è il provvedimento decisorio con il quale il giudice definisce il processo, spogliandosene (proscioglie, condanna o si dichiara incompetente). Essa è pronunciata in nome del popolo italiano.

Le sentenze e le ordinanze sono motivate a pena di nullità. I decreti sono motivati, a pena di nullità, soltanto nei casi in cui la motivazione è espressamente prescritta dalla legge (art. 125 c.p.p.).

18.1. La sentenza.

Il giudice definisce con sentenza il processo e quindi se ne spoglia. Il dispositivo della sentenza può essere di **proscioglimento** oppure di **condanna**. **La sentenza di proscioglimento può essere di due tipi: 1) di non doversi procedere** per motivi processuali, nei due casi di improcedibilità dell'azione penale (art. 529 c.p.p., ad es. mancanza o tardività della querela) oppure di estinzione del reato (art. 531 c.p.p., ad esempio, per prescrizione del reato, per intervenuta amnistia oppure per morte dell'imputato); oppure **2) di assoluzione** nel merito (art.

530 c.p.p.).La sentenza di assoluzione è pronunciata con una delle formule assolutorie tassativamente previste.

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 reato è stato commesso da persona non imputabile (minore infraquattordicenne o maggiorenne totalmente incapace di intendere e di volere) *o non punibile per un'altra ragione* (ad es. per il rapporto di parentela ex art. 649 c.p tra soggetto attivo e passivo nei delitti contro il patrimonio, oppure trattandosi di persona immune dalla giurisdizione penale come per i parlamentari ex art. 68 Cost. per le opinioni espresse o i voti dati nell'esercizio delle loro funzioni oppure manca una condizione obiettiva di punibilità come nel delitto di incesto ex art. 564 c.p. se non ne deriva pubblico scandalo).

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".

La sentenza di assoluzione deve essere pronunciata non solo se il giudice ritiene raggiunta la prova dell'innocenza, ma 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.). Se vi è la prova o anche solo il dubbio che il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione a norma del comma 1 (art. 530, comma 3, c.p.p.).

La sentenza di condanna è pronunciata se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli "al di là di ogni ragionevole dubbio". Con la sentenza il giudice applica la pena principale ed eventualmente quelle accessorie e le eventuali misure di sicurezza (art. 533, comma 1, c.p.p.).

18.2. 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. Come si è detto, 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, 9.12.1994, § 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, 11.7.2017). 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, 28.6.2007, e Magnin c. Francia (dec.), n. 26219/08, 10.5.2012). 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, 16.11.2010, § 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, 19.12.1997, § 60, *Recueil des arrêts et décisions* 1997 VIII, e Boldea c. Romania, n. 19997/02, § 30, 15.2.2007). 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, 31.8.2010). 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).

18.3. 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 qualificazione¹³⁶.

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.).¹³⁷

Problema particolare si pone quando il reato, ove fosse derubricato in altro meno grave, consentirebbe l'oblazione e quindi l'estinzione del reato¹³⁸.

¹³⁶ Corte e.d.u., sez. II, 11.12.2007, Drassich c/Italia; Corte e.d.u., sez. V, 7.1.2010, Penec c/Bulgaria.

¹³⁷ 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 .1.2013, Baj e altro, in *Giust. pen.*, 2013, III, c. 566).

¹³⁸ 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

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, finchè non è intervenne la Corte e.d.u.** affermando il principio per cui l'”equo” processo esige che **l'imputato abbia un'informazione precisa e dettagliata dei motivi e delle ragioni giuridiche dell'accusa** ¹³⁹.

diversa qualificazione che consentirebbe l'applicazione del beneficio (Cass., Sez. un., 26.6.2014, Tamborrino, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2116).

¹³⁹La 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) C.e.d.u. 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, 11.12.2007, 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, 12.11.2008, 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, 8.3.2010, 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, 11.5.2011, 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, 19.12. 2006, Mattei c/ Francia, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1343; v. i precedenti Corte e.d.u., Grande Camera, 25.4.1999, Pelissier e Sassi c/Francia e Corte e.d.u. 20.4.2006, I.H. c. Austria, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3023 e p. 3832). Sembra però che

Se invece il **giudice (in primo grado o in appello) accerta che in dibattimento il fatto storico è risultato diverso**¹⁴⁰ 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.)¹⁴¹. **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.

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 condizione di difendersi (Corte e.d.u., sez. IV, 20.10.2015, 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, 8.12.2009, Lubanga, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1566).

¹⁴⁰ 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., 19.6.1996, 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., 15.7.2010, 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., 26.6. 2014 (dep. 22.7.2014), n. 30890).

¹⁴¹ 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., 6.12.1991, 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.).

19. LE IMPUGNAZIONI ODINARIE.

Il sistema processuale prevede impugnazioni ordinarie (appello e ricorso per cassazione) contro i provvedimenti non ancora passati in giudicato.

19.1. Il principio del *favor impugnationis*.

Conscio della possibilità dell'errore nelle sentenze, il legislatore prevede con larghezza **il diritto di impugnazione.**

L'**art. 47 Carta dei diritti fondamentali U.E.** garantisce che "ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo.- Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare . - A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti il concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia".

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"¹⁴², 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, (cioè si spoglia del processo, assolvendo, condannando o rimettendolo ad altro giudice competente). Il ricorso è ammesso 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.

19.2. Il principio del doppio grado di giurisdizione.-

¹⁴² Sul punto v. Cass. Sez. un., 31.10.2001, Bonaventura, n. 45371, Rv. 220221.

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».

19.3. Il principio dell'interesse ad impugnare.

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 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**¹⁴³. Tuttavia,

¹⁴³ Cass., Sez. Un., 23.6.1993, 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 allorché 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., 29.3.2012, 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., 13.12.1995, Timpani, in *Cass. pen.*, 1996, p. 788; v. pure Cass., Sez. Un., 27.9.1995, Serafino, in *Cass. pen.*, 1996, p. 67; Cass., Sez. Un., 16.4.2003, 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., 29.5.2008, Guerra, in *Cass. pen.*, 2009, p. 883; Cass., Sez. Un., 7.5.2008, 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., 21.6.2012, Di Marco, in *Cass.*

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.).

19.4. L'effetto estensivo dell'impugnazione.

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 impugnazione¹⁴⁴.

19.5. 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.).

19.6. 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

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. 28.3.2019, (dep. 3.7.2019), n. 28911, M.F.).

¹⁴⁴ 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., 29.3.2012, Peroni, in *CED* 252529).

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'impugnazione¹⁴⁵: ciò non significa che l'impugnazione sia la 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 sottostà al principio devolutivo in quanto il ricorso “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.).

19.7. 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 europea¹⁴⁶. 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

¹⁴⁵ 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 – 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., 17.10.2006, Michaeler, in *Guida dir.*, 2007, n. 19, p. 79).

¹⁴⁶ 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).

presenza di appello del solo imputato e non della parte civile, la concessione di una provvisoria) (art. 597, comma 3, c.p.p.)¹⁴⁷.

19.8. L'appello.

L'appello è un **mezzo d'impugnazione ordinario**, cioè si propone contro provvedimenti non ancora irrevocabili. Esso è uno **strumento di controllo** e non un nuovo giudizio ed il giudice d'appello ha gli stessi poteri decisori del primo giudice.

L'appello può definirsi un **mezzo di impugnazione a critica libera**, cioè non sono previsti motivi tassativamente riservati (come invece per il ricorso in cassazione, che è a critica vincolata). Pertanto, **l'appello può censurare qualsiasi punto e qualsiasi capo, sia nel merito** (e quindi l'ingiustizia del provvedimento impugnato, quale ad es. erronea ricostruzione del fatto, oppure pena eccessiva), **sia in diritto** (e quindi la sua illegittimità, quali gli *errores in iudicando*, ad es. erronea qualificazione giuridica del fatto, o tutti gli *errores in procedendo*, come ad es. il travisamento della prova).

L'appello è un mezzo d'impugnazione devolutivo, nel senso che la cognizione del giudice d'appello è limitata dai motivi dell'impugnazione (per cui i capi della sentenza non investiti dall'appello divengono irrevocabili). Di conseguenza si riconosce che, se il P.M. non impugna i capi della sentenza sui quali è intervenuta assoluzione in primo grado, sugli stessi in appello non può essere pronunciata condanna, ostandovi il giudicato¹⁴⁸. Tuttavia, si deve precisare che l'appello è **parzialmente devolutivo** perché al giudice d'appello sono attribuiti **limitati poteri officiosi**, nel senso che egli può applicare, anche d'ufficio, la sospensione condizionale della pena, la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale e una o più circostanze attenuanti, effettuando, quando occorre, il giudizio di comparazione tra le circostanze (art. 597, comma 5).

19.9. Il ricorso.

Alla Corte di cassazione, che ha sede unica in Roma, 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».**

Il ricorso per cassazione, unica impugnazione garantita dalla Costituzione per «violazione di legge», è strumento indispensabile per una corretta amministrazione della giustizia, anche se spesso abusato a fini dilatori (secondo i dati forniti dalla Direzione generale

¹⁴⁷ 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., 27.3.2014, n. 16208, C., in *Cass. pen.*, 2014, p.2833).

¹⁴⁸ Cass., sez. I, 17.7.2013-7.10.2013, n. 41438, in *Guida dir.*, 2013, n. 41438.

statistica del ministero della giustizia nel 2015 sono stati dichiarati inammissibili il 64,2 % dei ricorsi).

La Corte di cassazione decide solo per motivi di legittimità e non di merito sui ricorsi soltanto nei casi tassativamente indicati dall'art. 606 c.p.p. : a) esercizio da parte del giudice di una potestà riservata dalla legge a organi legislativi o amministrativi ovvero non consentita ai pubblici poteri; b) inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tener conto nell'applicazione della legge penale; c) inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità, di inutilizzabilità, di inammissibilità o di decadenza; d) mancata assunzione di una prova decisiva, quando la parte ne ha fatto richiesta anche nel corso dell'istruzione dibattimentale limitatamente ai casi previsti dall'articolo 495, comma 2; (e) mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato ovvero da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame.

La Corte di cassazione ha pure altre competenze: risolve i conflitti di giurisdizione e di competenza (art. 32 c.p.p.), pronuncia sulla ricusazione (art. 40 c.p.p.) e sulle richieste di rimessione dei processi (art. 48 c.p.p.).

20. La *res iudicata*.

Si intende per *res iudicata* (cioè “cosa giudicata”) la fattispecie concreta accertata irrevocabilmente e che quindi, almeno tendenzialmente, non dovrebbe più essere messa in discussione. In realtà, quella che un tempo era l’“intangibilità del giudicato” si sta erodendo con nuovi strumenti che il legislatore ha introdotto per rimettere in discussione l'accertamento anche se già irrevocabile.

20.1. La relatività 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 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: si parlava addirittura del “mito dell'intangibilità del giudicato”, che ora è venuto meno.

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).

Il giudicato era in passato caratterizzato dalla intangibilità, che negli anni sta venendo meno a causa di impugnazioni straordinarie (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.)) e dei poteri del giudice dell'esecuzione (art. 665-676 c.p.p.), per cui l'accertamento contenuto nella sentenza irrevocabile ha perso l'intangibilità e sta acquistando piuttosto i caratteri della relatività. **L'irrevocabilità del provvedimento comporta tre diversi effetti del giudicato.**

20.2. 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.).

20.3. 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)¹⁴⁹. Il divieto di un secondo giudizio sullo stesso fatto nei confronti della medesima persona ha radici antiche e valore universale¹⁵⁰.

20.4. L'effetto esecutivo del giudicato.

¹⁴⁹ Una deroga al principio del *ne bis in idem* è prevista dall'art. 11 c.p., che, per i reati ivi indicati, ammette il rinnovamento del giudizio in Italia nei confronti del cittadino o dello straniero già giudicato all'estero.

¹⁵⁰ 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 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 19.6.1990 di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14.6.1985, ratificata e posta in esecuzione dall'Italia con l. 30.9.1993, n. 388. Anche l'art. 4 del Protocollo n. 7 C.E.D.U. prevede il *ne bis in idem*.

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

21. L'ESECUZIONE.

Il procedimento penale si articola in una fase di cognizione ed in una di esecuzione, nella quale la sentenza divenuta irrevocabile (sia essa di proscioglimento o di condanna) deve essere messa in esecuzione, anche coattivamente.

21.1. Il procedimento di esecuzione.

Anche nella fase dell'esecuzione vi è la garanzia giurisdizionale, rappresentata dal **giudice dell'esecuzione**. Il giudice dell'esecuzione è lo stesso giudice che ha emesso la sentenza di primo grado, salvo che in appello o in cassazione questa sia stata riformata su punti diversi dalla pena, dalle misure di sicurezza o dalle disposizioni civili - art. 665 c.p.p.) può essere richiesto di intervenire da parte del P.M., dell'interessato o del difensore. Al giudice dell'esecuzione possono essere proposte le questioni sul titolo esecutivo (ad es. la sentenza non è divenuta esecutiva perché l'imputato è stato dichiarato irreperibile senza le garanzie previste dalla legge e tuttavia giudicato – art. 670 c.p.p.) oppure vi è dubbio sull'identità fisica della persona condannata o la persona è condannata per errore di nome o vi sono più condanne per il medesimo fatto contro la stessa persona, oppure si chiede l'applicazione delle disposizioni sul concorso formale di reati o sul reato continuato, o l'applicazione dell'amnistia o dell'indulto o la revoca della condanna per abolizione del reato (artt. 667-673 c.p.p.). Il giudice dell'esecuzione decide nel procedimento di esecuzione, in cui l'udienza si svolge con la partecipazione necessaria del difensore e del pubblico ministero ed il giudice dell'esecuzione decide con ordinanza, ricorribile per cassazione (art. 666 c.p.p.).

21.2. 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.

21.3. 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.

21.4. Le impugnazioni straordinarie.

Il codice prevede 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.) e della rescissione del giudicato (art. 629-*bis* c.p.p.).

21.4.1. La revisione della sentenza di condanna.

L'art. 629 ss. c.p.p. consente "in ogni tempo" a favore dei condannati, nei casi determinati dalla legge, la revisione delle sentenze di condanna o delle sentenze emesse ai sensi dell'art. 444, comma 2 o dei decreti penali di condanna, divenuti irrevocabili, anche se la pena è già stata eseguita o è estinta. L'art. 630 c.p.p. indica tassativamente gli errori di fatto che consentono la revisione: a) se i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto penale di condanna non possono conciliarsi con quelli stabiliti in un'altra sentenza penale irrevocabile del giudice ordinario o di un giudice speciale; b) se la sentenza o il decreto penale di condanna hanno ritenuto la sussistenza del reato a carico del condannato in conseguenza di una sentenza del giudice civile o amministrativo, successivamente revocata, che abbia deciso una questione pregiudiziale; c) se dopo la condanna sono sopravvenute o si scoprono nuove prove che, sole o unite a quelle già valutate, dimostrano che il condannato deve essere prosciolto (per prove nuove, debbono intendersi, non solo quelle sopravvenute o scoperte successivamente alla sentenza definitiva di condanna, ma anche quelle non acquisite nel precedente giudizio e quelle che, seppur acquisite, non sono state valutate, neanche implicitamente, sempre che non si tratti di prove dichiarate inammissibili o ritenute superflue dal giudice); d) se è dimostrato che la condanna venne pronunciata in conseguenza di falsità in atti o in giudizio o di un altro fatto previsto dalla legge come reato. A questi casi la Corte costituzionale, con sentenza 4 aprile 2011, n. 113, ne ha aggiunto un altro, perché ha dichiarato 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, § 1, della Convenzione e.d.u., per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'art. 631 pone i limiti della revisione, stabilendo che gli elementi in base ai quali si chiede la revisione devono, a pena d'inammissibilità della domanda, essere tali da dimostrare, se accertati, che il condannato deve essere prosciolto a norma degli artt. 529 (per improcedibilità dell'azione penale), 530 (assoluzione nel merito). L'art. 632 c.p.p. indica i soggetti legittimati alla richiesta, precisando che possono chiedere la revisione: a) il condannato o un suo prossimo congiunto ovvero la persona che ha sul condannato l'autorità tutoria e se il condannato è morto, l'erede o un prossimo congiunto; b) il procuratore generale presso la corte di appello nel cui distretto fu pronunciata la sentenza di condanna. Le persone indicate nella lett. a) possono unire la propria richiesta a quella del procuratore generale. L'art. 633 c.p.p. indica la forma della richiesta, stabilendo che la richiesta di revisione è proposta personalmente o per mezzo di un procuratore speciale. L'art. 634 c.p.p. disciplina la declaratoria d'inammissibilità della richiesta di revisione, la quale deve limitarsi ad una sommaria delibazione degli elementi di prova adottati, in modo da verificare l'eventuale sussistenza di un'infondatezza rilevabile *ictu oculi* e senza necessità di approfonditi esami. La richiesta è inammissibile quando è proposta fuori delle ipotesi previste dagli artt. 629 (sentenze o decreti di condanna) e 630 (casi di revisione) o senza

l'osservanza delle disposizioni previste dagli artt. 631 (limiti alla revisione), 632 (soggetti legittimati alla richiesta), 633 (forma della richiesta), 641 (richiesta fondata sugli stessi elementi per i quali vi è già stata ordinanza di inammissibilità o sentenza di rigetto) ovvero risulta manifestamente infondata; in tali casi la corte di appello anche di ufficio dichiara con ordinanza l'inammissibilità e può condannare il privato che ha proposto la richiesta al pagamento a favore della cassa delle ammende di una somma da euro 258 a euro 2065.

L'art. 633 disciplina la richiesta di revisione, che deve essere proposta personalmente o per mezzo di un procuratore speciale. Essa deve contenere l'indicazione specifica delle ragioni e delle prove che la giustificano e deve essere presentata, unitamente a eventuali atti e documenti, nella cancelleria della corte di appello individuata secondo i criteri di cui all'art. 11 c.p.p. per la competenza per i procedimenti riguardanti i magistrati. Pertanto, la richiesta di revisione è esaminata da una corte d'appello diversa da quella nel cui distretto fu pronunciata la sentenza di condanna, secondo i criteri indicati nella tabella A allegata all'art. 1 norme att. c.p.p. (per cui, ad es., da Cagliari la richiesta di revisione è trasmessa alla corte d'appello di Roma). L'art. 634 c.p.p. disciplina la declaratoria d'inammissibilità della richiesta di revisione, la quale deve limitarsi ad una sommaria delibazione degli elementi di prova adottati, in modo da verificare l'eventuale sussistenza di un'infondatezza rilevabile *ictu oculi* e senza necessità di approfonditi esami. L'art. 635 c.p.p. consente la sospensione dell'esecuzione, stabilendo che la corte di appello può in qualunque momento disporre, con ordinanza, la sospensione dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, applicando, se del caso, una misura coercitiva. L'art. 636 disciplina il giudizio di revisione, prescrivendo che il presidente della corte di appello emette il decreto di citazione a norma dell'art. 601, cioè secondo la disposizione che disciplina la citazione in appello, ma si osservano le disposizioni sul giudizio di primo grado «in quanto siano applicabili e nei limiti delle ragioni indicate nella richiesta di revisione» (effetto devolutivo).

21.4.2. Il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto.

L'art. 625-*bis* c.p.p. disciplina il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto, stabilendo che è ammessa, a favore del solo condannato, la richiesta per la correzione dell'errore materiale o di fatto contenuto nei provvedimenti pronunciati dalla corte di cassazione. Si tratta di un'impugnazione straordinaria, perché ha ad oggetto provvedimenti divenuti ormai irrevocabili, giustificata dall'errore percettivo causato da una svista o da un equivoco e non da una valutazione giuridica o di fatto. L'errore materiale (*lapsus calami*) è definito dall'art. 130 c.p.p. come «errori od omissioni che non determinano nullità e la cui eliminazione non comporta una modifica essenziale dell'atto» (ad es. nella sentenza la data di nascita dell'imputato è riportata in modo erroneo e quella esatta è facilmente ricavabile dal certificato penale in atti). Invece l'errore di fatto è l'errore "percettivo", cioè la falsa percezione nella quale è caduto il giudice nel valutare il fatto in modo differente da come emerge in modo chiaro ed inequivoco dagli atti (ad es., nella sentenza si afferma che un teste ha dichiarato bianco, mentre dagli atti risulta pacificamente che egli ha detto nero). L'errore di giudizio, invece, non consente il ricorso straordinario.

21.4.3. La rescissione del giudicato.

L'art. 629-*bis* c.p.p. disciplina la rescissione del giudicato, stabilendo che il condannato o il sottoposto a misura di sicurezza con sentenza passata in giudicato, nei cui confronti si sia proceduto in assenza per tutta la durata del processo, può ottenere la rescissione del giudicato qualora provi che l'assenza è stata dovuta ad una "incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo".

La disposizione è criticabile perché pone in capo al condannato il gravoso onere di provare «che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo».

Tra l'altro, l'art. 629-*bis*, comma 1, facendo riferimento alla mancata conoscenza della celebrazione “del processo” si pone in contrasto con l'art. 420-*bis*, comma 2, che presume la conoscenza del “procedimento”, per cui l'imputato dichiarato assente (perché si presume abbia conoscenza delle indagini preliminari) sembra per definizione lasciato privo di conoscenza del dibattimento.

La richiesta è presentata alla corte di appello nel cui distretto ha sede il giudice che ha emesso il provvedimento, a pena di inammissibilità, personalmente dall'interessato o da un difensore munito di procura speciale autenticata nelle forme previste dall'articolo 583, comma 3, entro trenta giorni dal momento dell'avvenuta conoscenza del procedimento.

La corte di appello provvede ai sensi dell'art. 127 c.p.p. e, se accoglie la richiesta, **revoca la sentenza e dispone la trasmissione degli atti al giudice di primo grado.** Dovendo applicarsi il richiamato art. 489, comma 2, se l'imputato fornisce la prova che l'assenza nel corso dell'udienza preliminare è riconducibile ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo, egli è rimesso nel termine per formulare le richieste di giudizio abbreviato o di applicazione della pena.

Si applicano gli articoli 635 (per cui la corte di appello può in qualunque momento disporre, con ordinanza, la sospensione dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, applicando, se del caso, una delle misure coercitive previste dagli artt. 281, 282, 283 e 284) e 640 (per cui la sentenza pronunciata nel giudizio di rescissione è soggetta soltanto al ricorso per cassazione).

22. I RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON AUTORITÀ STRANIERE.

La **giurisdizione penale**, che è espressione tipica della sovranità dello Stato, non può essere esercitata né produrre alcun effetto sul territorio di un altro Stato, senza il consenso di questo. Perciò esistono **forme di collaborazione internazionale in materia di giustizia penale** (estradizione, mandato di arresto europeo, rogatoria internazionale, esecuzione delle sentenze penali all'estero e altri rapporti con le autorità straniere in materia di giustizia penale ma anche nuove materie che in futuro lo sviluppo della cooperazione internazionale penale non mancherà di introdurre) per cui lo Stato italiano, come gli altri Stati, collaborano tra di loro per garantirsi reciprocamente l'estradizione, altre forme di assistenza giudiziaria e il riconoscimento di efficacia in uno Stato ai provvedimenti giurisdizionali penali emessi in un altro Stato.

Il codice consente che l'Italia chieda ad un altro Stato l'estradizione (cd. attiva o dall'estero), l'assistenza giudiziaria (rogatoria attiva), l'esecuzione all'estero dei provvedimenti penali italiani o abbia altri rapporti giurisdizionali con le autorità straniere. Ma è anche previsto che l'Italia venga richiesta da un altro Stato di provvedere all'estradizione (cd. passiva o per l'estero), all'assistenza giudiziaria (rogatoria passiva), di riconoscere efficacia ad un provvedimento giurisdizionale straniero o abbia altri rapporti giurisdizionali con le autorità straniere.

In materia di estradizione, rogatoria internazionale, esecuzione delle sentenze penali all'estero e altri rapporti con le autorità straniere in materia di giustizia penale **la disciplina dettata dal codice ha un valore suppletivo, cioè subordinato alla previa operatività delle convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e, soltanto se tali trattati mancano o non disciplinano diversamente la materia, dalle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute**, alle quali l'ordinamento giuridico italiano deve conformarsi, in forza dell'art. 10 Cost. (art. 696 c.p.p.). In definitiva, le disposizioni del codice, in quanto norme a carattere interno, disciplinano solo le situazioni nelle quali non esistono vincoli di diritto internazionale assunti dallo Stato. In attuazione dell'art. 10 Cost., l'art. 696 c.p.p. detta perciò due principi fondamentali in materia: il **principio di prevalenza** e quello di **sussidiarietà**.

Il **principio di prevalenza** opera anzitutto dando la **precedenza alle convenzioni internazionali «in vigore per lo Stato» italiano, siano bilaterali o plurilaterali** (ad es. in ambito europeo la Convenzione europea di assistenza giudiziaria). Il principio di prevalenza opera anche a favore del diritto internazionale generale, che è costituito sia dalle consuetudini internazionali sia dai principi del diritto internazionale generalmente riconosciuti e si differenziano dalle norme pattizie che sono contenute nei singoli trattati internazionali (come precisato già da Corte cost. n. 68 del 1961).

Dall'art. 696 c.p.p. si ricava anche **un principio di sussidiarietà**, per cui **le disposizioni contenute nel codice operano soltanto se il diritto dell'Unione europea, delle convenzioni e del diritto internazionale generale (consuetudini internazionali e principi del diritto internazionale generalmente riconosciuti) «mancano o non dispongono diversamente»** (art. 696, comma 3, c.p.p.).

Sono stati introdotti anche il **principio del mutuo riconoscimento delle decisioni e dei provvedimenti giudiziari tra Stati membri dell'Unione europea** (art. 696-*bis* c.p.p.) e il **principio della tutela dei diritti fondamentali della persona nel mutuo riconoscimento**, per cui l'autorità giudiziaria provvede al riconoscimento e all'esecuzione se non sussistono fondate ragioni per ritenere che l'imputato o il condannato verrà sottoposto ad atti che configurano una grave violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato, dei diritti fondamentali della persona riconosciuti dall'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea o dei diritti, delle libertà e dei principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 696-*ter* c.p.p.).

22.1. L'extradizione.

Il codice di procedura penale disciplina sia l'extradizione attiva (cioè dall'estero in Italia) sia quella passiva (cioè dall'Italia per l'estero).

L'extradizione “passiva” o «per l'estero» è quella richiesta all'Italia da uno Stato straniero al di fuori dei casi di mandato di arresto europeo e quindi al di fuori dell'Unione europea. L'Italia può consegnare la persona allo Stato straniero solo mediante estradizione e quindi con le garanzie previste per questa (art. 697, comma 1, c.p.p.).

Il procedimento garantisce la “riserva di giurisdizione”, imposta dall'art. 13 Cost. in materia di libertà personale, che è affidata dall'art. 704 c.p.p. al vaglio della Corte d'appello nel cui distretto si trova l'imputato o il condannato.

L'extradizione passiva è consentita soltanto per fatti che siano previsti come reato tanto dalla legge italiana quanto dalla legge dello Stato richiedente (requisito della previsione bilaterale del fatto, di cui all'art. 13 comma 1 c.p.) e, per i cittadini italiani, solo se essa sia prevista da una convenzione internazionale (artt. 26 comma 1 Cost. e 13 comma 4 c.p.). L'extradizione non è consentita per i reati politici (artt. 10 comma 4 e 26 comma 1 Cost. e 698 comma 1 c.p.p.).¹⁵¹

L'Italia può concedere l'extradizione **soltanto a richiesta di uno Stato estero**, per cui non può offrirgliela di sua iniziativa. **Spetta al ministro della giustizia concedere o negare l'extradizione** richiesta dallo Stato estero. Il ministro fruisce di una discrezionalità amministrativa e, se non ritiene di respingere la domanda (o le molteplici domande), la trasmette al procuratore generale presso la corte d'appello competente ad accertare la sussistenza dei presupposti dell'extradizione (art. 703 comma 1).

Ricevuta la richiesta del ministro, **il procuratore generale convoca l'estraddando per identificarlo ed acquisirne l'eventuale consenso all'extradizione**. L'estraddando è avvisato che è assistito a un difensore d'ufficio, ma che può nominarne uno di fiducia. Il difensore deve essere avvertito dell'atto con almeno ventiquattro ore di anticipo ed ha **facoltà di presenziarvi**.

Se manca il consenso, **il procuratore generale, richiede eventualmente le informazioni e i documenti necessari, entro tre mesi dalla ricezione della richiesta di estradizione, deposita una requisitoria** nella cancelleria della corte d'appello competente (art. 701 c.p.p.). La cancelleria della Corte fa notificare l'avviso del deposito della requisitoria del procuratore generale all'estraddando, al suo difensore ed al rappresentante dello Stato estero, i quali nei dieci giorni successivi alla notifica possono prendere visione in cancelleria ed estrarre copia della requisitoria, degli atti e delle cose sequestrate e presentare memorie (art. 703, commi 3-5, c.p.p.). Decorso i dieci giorni, il presidente della Corte d'appello, nominato un difensore d'ufficio all'estraddando, fissa la data dell'udienza della Corte con un decreto che deve essere comunicato almeno dieci giorni prima al procuratore generale e notificato all'estraddando, al suo difensore ed all'eventuale rappresentante dello Stato estero, i quali, fino a cinque giorni prima dell'udienza possono presentare memorie.

L'udienza si svolge in camera di consiglio con la presenza necessaria del pubblico ministero e del difensore, mentre sono sentiti solo «se compaiono» l'estraddando e il rappresentante dello Stato richiedente (la cui presenza è quindi eventuale). **L'assenza comporta quindi nullità** (di tipo assoluto per l'«omessa citazione» dell'estraddando ed invece a regime intermedio per l'assenza del pubblico ministero). La Corte assume le informazioni e dispone gli accertamenti che ritiene necessari e sente il procuratore generale ed il difensore dell'estraddando nonché, se comparsi, quest'ultimo ed il rappresentante dello Stato estero.

La Corte pronuncia sentenza con la quale dichiara che l'extradizione può aver luogo

¹⁵¹ L'art. 8, comma 3, c.p. definisce reato politico «ogni delitto che offende un interesse politico dello Stato ovvero un diritto politico del cittadino. E' altresì considerato delitto politico il delitto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici», per i reati puniti nello Stato estero con la pena di morte, anche se tale Stato assicuri che la pena capitale non verrà inflitta né eseguita (art. 698 comma 2), né quando vi è ragione di ritenere che l'imputato o condannato verrà sottoposto nello Stato richiedente ad atti persecutori o discriminatori o a pene o trattamenti crudeli (artt. 698 comma 1 e 705 comma 2 lett. c), né se, per il reato per il quale l'extradizione è richiesta, a carico dell'estraddando, in caso di estradizione processuale non sussistono gravi indizi di colpevolezza e, in caso di estradizione esecutiva, non è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna (art. 705 comma 1), né se il processo che lo riguarda non assicura il rispetto dei diritti fondamentali (art. 705 comma 2 lett. a), se, in caso di estradizione esecutiva, la sentenza irrevocabile di condanna pronunciata all'estero contiene disposizioni contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano (art. 705 comma 2 lett. b), né infine se a carico dell'estraddando, per il reato per il quale egli è richiesto in estradizione da uno Stato estero, in Italia è in corso un procedimento penale o è stata emessa una sentenza irrevocabile (art. 705 comma 1).

se accerta che sussistono i presupposti; altrimenti dichiara che l'extradizione non può aver luogo (art. 704, commi 1-2, c.p.p.). La sentenza, essendo sempre ricorribile ai sensi dell'art. 111 Cost., è suscettibile di **ricorso per cassazione, «anche per il merito»**, da parte della persona interessata, del suo difensore, del procuratore generale e del rappresentante dello Stato richiedente (art. 706 c.p.p.).

Il giudizio davanti alla Corte di cassazione si svolge con la **medesima procedura camerale “partecipata” prevista dall'art. 704 c.p.p. per l'udienza davanti alla corte d'appello.**

Segue la **decisione del ministro**, che può negare l'extradizione, anche in presenza del consenso dell'estradando o di una sentenza favorevole all'extradizione. Tale decreto è considerato un atto amministrativo soggetto a ricorso alla giurisdizione amministrativa per incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere. Infine si procede alla fase della eventuale **consegna**.

Invece, l'**extradizione attiva o «dall'estero»** è regolata dagli artt. 720-722-*bis* c.p.p., quando non trova applicazione il mandato di arresto europeo e quindi **al di fuori dei paesi dell'Unione europea**. Il ministro della giustizia italiano chiede ad uno Stato estero l'extradizione (attiva) della persona che deve essere sottoposta in Italia a restrizione della libertà personale o per sottoporlo ad un processo penale o per l'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza e può altresì richiedere l'arresto provvisorio allo Stato straniero (art. 720, commi 1 e 5, c.p.p.). Il ministro può agire di sua iniziativa oppure su richiesta del procuratore generale della corte d'appello, nel cui distretto si svolge il procedimento penale o la sentenza da eseguire è stata emessa. Il ministro ha una discrezionalità amministrativa e, in caso di contrasto, si ritiene possibile sollevare, nei confronti del ministro, conflitto di attribuzioni a norma dell'art. 134 Cost. Anche l'extradizione attiva è soggetta al **principio di specialità**, per cui l'Italia che ha ottenuto l'extradizione può limitare la libertà personale dell'estradato soltanto per il reato per il quale essa è stata concessa (salva l'ordinaria perseguibilità per gli eventuali reati che l'estradato dovesse commettere dopo la consegna) e non per reati diversi che si assumono commessi prima della consegna all'Italia.

Nell'extradizione all'Italia il **principio di specialità perde efficacia in tre casi**: 1) se l'estradato “purga” la specialità, trattenendosi nel territorio italiano oltre il 45° giorno da quando ha avuto la possibilità di allontanarsene oppure ritornando di sua iniziativa nel territorio italiano (artt. 699, comma 2, e 721 c.p.p.); 2) se l'Italia ottiene l'espresso consenso dello Stato estero mediante l'estensione dell'extradizione (cd. extradizione suppletiva); 3) in caso di consenso dell'estradato.

22.2. Il mandato d'arresto europeo.

Il **mandato di arresto europeo (M.A.E.)** fu previsto dalla **decisione quadro del Consiglio dei ministri 13 giugno 2002 (2002/584/GAI)**, che al fine di rendere più facile e rapida la consegna degli imputati e condannati fra gli Stati aderenti all'Unione Europea (non al Consiglio d'Europa), formulò un elenco di reati per i quali la consegna stessa dovrebbe aver luogo non in base alle regole prescritte per l'extradizione (e quindi non dopo una decisione prima della Corte d'appello e poi del ministro), **ma semplicemente in base ad un mandato di arresto europeo.**

Il M.A.E. è emesso dall'**autorità giudiziaria dello Stato U.E. richiedente** (nel quale la persona è colpita da provvedimento cautelare per un reato punito con la detenzione non inferiore ad un anno oppure da una sentenza irrevocabile di condanna a pena detentiva non inferiore a quattro mesi) e **va eseguito dallo Stato UE richiesto** (in cui la persona attualmente si trova), **anche in mancanza di previsione bilaterale del fatto, cioè anche se la legge dello**

Stato richiesto non prevede il fatto come reato.

La citata decisione quadro è stata attuata in Italia con l. 22 aprile 2005, n. 69, e con d. lgs. 2.2.2021, n. 10.

Tali disposizioni stabiliscono che **il mandato di arresto europeo ha efficacia in Italia, in presenza di previsione bilaterale del fatto, entro i limiti di pena prescritti dalla stessa decisione quadro e, in mancanza di previsione bilaterale, solo per determinati fatti e se il massimo della pena o della misura di sicurezza privativa della libertà personale, previsto dalla legge dello Stato che ha emesso il mandato, non è inferiore a tre anni (art. 8 l. n. 69/2005).**

E' disciplinata sia la procedura passiva di consegna (artt.5-27) sia quella attiva di consegna (artt. 28-33 l. n. 69 del 2005).

Il mandato è eseguito dall'autorità italiana, con consegna allo Stato che ha emesso il mandato europeo della persona richiesta, sulla base di una pronuncia positiva della corte d'appello, su richiesta del relativo procuratore generale, secondo una procedura simile a quella dettata dal codice di procedura penale italiano per l'extradizione passiva.

Il ministro della giustizia non ha alcun potere decisionale e non può impedire l'esecuzione del mandato di arresto europeo.

Vige di regola il **principio di specialità**, per cui la consegna è sempre subordinata alla condizione che, per un fatto anteriore alla stessa e diverso da quello per il quale è stata concessa, la persona non venga sottoposta a un procedimento penale, né privata della libertà personale in esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza, né altrimenti assoggettata ad altra misura privativa della libertà personale (art. 26 comma 1). **Ma il principio di specialità non si applica in una serie di casi predeterminati dalla legge.**

Contro la sentenza che decide sulla consegna è **ammesso ricorso in cassazione «anche per il merito»** da parte della persona interessata, del suo difensore, del procuratore generale. Il ricorso sospende l'esecuzione della sentenza (art. 22).

22.3. Le rogatorie internazionali.

Gli Stati si danno reciproca assistenza giudiziaria in due forme: con rogatoria attiva quando lo Stato italiano (richiedente) chiede ad un altro Stato (richiesto) di compiere un atto del procedimento in quello Stato **oppure con rogatoria passiva** quando lo Stato italiano è richiesto da uno Stato estero (richiedente) di compiere un atto del procedimento (può trattarsi di un atto di acquisizione probatoria, una notificazione o una comunicazione).

La rogatoria passiva o «dall'estero» è disciplinata dagli artt. 723-726-*sexies*, c.p.p. ampiamente riformati dal d. lgs. 3 ottobre 2017, n. 149.

La **rogatoria** con cui un'autorità giudiziaria straniera chiede a quella italiana di compiere sul nostro territorio un atto di acquisizione probatoria, una notificazione o una comunicazione **deve pervenire al nostro ministro della giustizia**, il quale non dà corso alla rogatoria passiva (cd. "blocco della rogatoria") se risulta evidente che i suddetti atti sono espressamente vietati dalla legge italiana o contrari ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano oppure se ritiene che gli atti richiesti compromettono la sovranità, la sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato italiano o infine se vi sono fondate ragioni per ritenere che considerazioni relative alla razza, alla religione, al sesso, alla nazionalità, alla lingua, alle opinioni politiche o alle condizioni personali o sociali possano influire negativamente sullo svolgimento o sull'esito del processo all'estero e l'imputato non ha prestato libero consenso all'esecuzione della rogatoria (art. 723, comma

2, c.p.p.). Inoltre il ministro può non dar corso alla rogatoria quando lo Stato richiedente non offre idonee garanzie di reciprocità (art. 723, comma 4, c.p.p.).

Se invece il ministro decide di dar corso alla rogatoria passiva, si procede alla fase giurisdizionale, per cui egli trasmette la richiesta al procuratore generale presso la Corte d'appello nel cui distretto l'atto richiesto deve essere compiuto. Il procuratore generale presenta una requisitoria alla corte d'appello, la quale in udienza in camera di consiglio decide con ordinanza di negare l'esecuzione oppure concedere l'esecuzione della rogatoria (cd. *exequatur*) (art. 724 c.p.p.).

Gli atti richiesti dall'autorità straniera sono compiuti secondo le norme dettate dalla legge processuale penale italiana (c.d. principio del *locus regit actum*). La partecipazione all'assunzione della prova di un rappresentante dello Stato richiedente o delle parti del processo estero non è prevista ma nemmeno vietata. Gli atti compiuti in esecuzione della rogatoria sono suscettibili di incidente di esecuzione.

22.4. Effetti delle sentenze penali straniere.

Data la prevalenza, a norma dell'art. 696 c.p.p., del diritto dell'Unione europea, delle convenzioni e del diritto internazionale, va rammentata la **Decisione-quadro del Consiglio GAI del 24 luglio 2008, n. 675, relativa alla «Considerazione delle decisioni di condanna tra gli Stati membri dell'Unione europea in occasione di un nuovo procedimento penale»**, per cui anche nel procedimento penale italiano le condanne riportate per fatti diversi in altro Paese membro con la "presa in considerazione" hanno gli stessi effetti di precedenti sentenze pronunciate in Italia.

Soltanto in via subordinata, gli artt. 730-741 disciplinano gli effetti delle sentenze penali straniere.

La sentenza irrevocabile di condanna o di proscioglimento per un reato, pronunciata all'estero nei confronti di un cittadino italiano oppure di uno straniero o di un apolide che risiedono o sono sottoposti a procedimento penale in Italia, può essere riconosciuta nell'ordinamento italiano a diversi fini e non richiede l'attuale pendenza di un procedimento in Italia.¹⁵²

Competente a deliberare il riconoscimento è la Corte d'appello nel cui distretto ha sede l'ufficio del casellario giudiziale del luogo di nascita dell'interessato oppure, se costui non è nato in Italia, la Corte d'appello di Roma.

Alcuni fatti predeterminati dall'art. 733 c.p.p. sono ostativi al riconoscimento¹⁵³.

¹⁵² Il riconoscimento può avvenire, ad esempio, per stabilire la recidiva o un altro effetto penale della condanna, per dichiarare l'abitudine o la professionalità nel reato o la tendenza a delinquere o per l'applicazione di una pena accessoria o una misura di sicurezza personale: artt. 12 comma 1 nn. 1, 2 e 3 c.p.; per eseguire la pena principale: art. 731 o la confisca: 737 c.p.p.; oppure il riconoscimento della sentenza penale straniera è richiesto per gli effetti civili: art. 732 c.p.p.; o infine ai fini della dichiarazione di efficacia delle disposizioni civili della sentenza penale straniera di condanna alle restituzioni o al risarcimento del danno: art. 741 c.p.p.).

¹⁵³ Le eccezioni sono previste se la sentenza non è divenuta irrevocabile per le leggi dello Stato in cui è stata pronunciata; se la sentenza contiene disposizioni contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato; la sentenza non è stata pronunciata da un giudice indipendente e imparziale ovvero l'imputato non è stato citato a comparire in giudizio davanti all'autorità straniera ovvero non gli è stato riconosciuto il diritto a essere interrogato in una lingua a lui comprensibile e a essere assistito da un difensore; se vi sono fondate ragioni per ritenere che considerazioni relative alla razza, alla religione, al sesso, alla nazionalità, alla lingua, alle opinioni politiche o alle condizioni personali o sociali abbiano influito sullo svolgimento o sull'esito del processo; se il fatto per il quale è stata pronunciata la sentenza non è previsto come reato dalla legge italiana; se per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona è stata pronunciata nello Stato sentenza irrevocabile; se per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona è in corso nello Stato procedimento penale (art. 733 comma 1 c.p.p.); la sentenza

Il ministro della giustizia trasmette una copia della sentenza al procuratore generale presso la corte d'appello competente, chiedendo il riconoscimento della sentenza straniera per gli effetti, che deve specificare nella richiesta. Il procuratore generale può anche chiedere l'applicazione di una misura coercitiva al condannato o il sequestro delle cose assoggettabili a confisca.

La Corte d'appello procede in camera di consiglio a norma dell'art. 127 c.p.p. e pronuncia una sentenza che, se concede il riconoscimento, specifica gli effetti per i quali esso è concesso.

Se la sentenza è riconosciuta ai fini dell'esecuzione della pena, la corte d'appello determina la pena e, se nello Stato estero, l'esecuzione della pena è condizionalmente sospesa, dispone la sospensione condizionale della pena, a norma del codice penale italiano.

La pena, detratta la parte già scontata all'estero, e la confisca sono eseguite in conformità alla legge italiana.

22.5. Esecuzione all'estero di sentenze penali italiane.

Gli artt. 742-746-*quater* c.p.p. disciplinano l'esecuzione all'estero di sentenze penali italiane.

Una sentenza di condanna, pronunciata da un giudice italiano e divenuta irrevocabile, può essere eseguita in uno Stato estero, anziché in Italia, nei casi previsti dalle convenzioni internazionali, nonché nei confronti di una persona che, pur dovendo ancora scontare una pena inflittale con quella sentenza, l'Italia ha estradato allo Stato estero (a norma dell'art. 709, comma 2, c.p.p.) al fine di sottoporsi in quello Stato al processo o all'esecuzione penale (art. 742, comma 1, c.p.p.).

Sono previsti dei casi in cui la sentenza italiana di condanna ad una pena restrittiva della libertà personale può essere eseguita all'estero (artt. 742, commi 2 e 3, 743, comma 3, 744 c.p.p.).

Il ministro della giustizia chiede allo Stato estero di dare esecuzione ad una sentenza irrevocabile di condanna pronunciata in Italia oppure il ministro accoglie la richiesta di uno Stato straniero di dare esecuzione all'estero ad una tale sentenza.

Il ministro può chiedere o accogliere la richiesta solo se la sussistenza dei relativi presupposti è stata accertata dalla corte d'appello nel cui distretto la sentenza di condanna fu pronunciata (art. 743, comma 1, c.p.p.).

Il ministro trasmette gli atti (con eventuale richiesta di custodia cautelare del condannato del quale chiede l'esecuzione della pena o richiesta di sequestro dei beni dei quali chiede la confisca) al procuratore generale presso tale Corte d'appello, la quale, a richiesta del procuratore generale, procede in camera di consiglio a norma dell'art. 127 c.p.p., pronunciando sentenza (ricorribile per cassazione), con la quale dichiara che la sentenza italiana irrevocabile può oppure non può essere eseguita nello Stato estero (art. 743, commi 1,3 e 4, c.p.p.).

straniera non può essere riconosciuta ai fini dell'esecuzione di una confisca se questa ha per oggetto beni la cui confisca non sarebbe possibile secondo la legge italiana qualora per lo stesso fatto si procedesse nello Stato (art. 733 comma 1-*bis* c.p.p.).