



CORSO DI LAUREA IN GIURISPRUDENZA

Cattedra di diritto processuale penale

**I POTERI ISTRUTTORI OFFICIOSI DEL
GIUDICE NEL PROCESSO PENALE
UN'ANALISI DEL SISTEMA PROBATORIO**

Prof. Filippo Dinacci
RELATORE

Prof. Alberto Macchia
CORRELATORE

Sofia Trifirò - 161573
CANDIDATA

Anno Accademico 2023/2024

Indice

Indice	3
Introduzione.....	5

CAPITOLO 1

MODELLI PROCESSUALI: IL PASSAGGIO DAL MODELLO INQUISITORIO AL MODELLO ACCUSATORIO

<i>1. Il sistema inquisitorio e le sue caratteristiche</i>	<i>7</i>
<i>2. Il ruolo del giudice nel sistema inquisitorio</i>	<i>11</i>
<i>3. L'avvento di un nuovo modello processuale: il sistema accusatorio.....</i>	<i>13</i>
<i>4. La comparsa di un nuovo giudice terzo e imparziale nel processo penale e nella Costituzione.....</i>	<i>19</i>
<i>5. Il giudice imparziale nelle fonti sovranazionali.....</i>	<i>30</i>

CAPITOLO 2

LA DISCIPLINA PROBATORIA NEL NUOVO CODICE DEL 1988

<i>1. Il “diritto alla prova” come fulcro del processo penale: analisi ed evoluzione dell’art 190 c.p.p.</i>	<i>40</i>
<i>2. Il ruolo del contraddittorio nell’istruzione probatoria.....</i>	<i>47</i>
<i>3. L’iniziativa limitata del giudice nel contesto probatorio: l’art. 190 comma 2 c.p.p e il rapporto con il principio di imparzialità</i>	<i>60</i>

CAPITOLO 3

I POTERI ISTRUTTORI DEL GIUDICE NELLE FASI DELLE INDAGINI E DELL’UDIENZA PRELIMINARE

<i>1. I due diversi sbocchi delle indagini preliminari: archiviazione o richiesta di rinvio a giudizio.....</i>	<i>68</i>
<i>2. Provvedimenti del giudice sulla richiesta di archiviazione: analisi dell’art 409 c.p.p.</i>	<i>77</i>
<i>3. Poteri del giudice sulla richiesta di rinvio a giudizio: analisi dell’art 421-bis c.p.p.</i>	<i>83</i>

4. Attività di integrazione probatoria del giudice: analisi dell'art 422 c.p.p.	92
--	----

CAPITOLO 4

I POTERI PROBATORI *EX OFFICIO* DEL GIUDICE NEL DIBATTIMENTO

1. L'art 506 c.p.p. e i poteri del presidente in sede di assunzione delle prove orali	99
2. Art 507 c.p.p.: i poteri probatori officiosi del giudice	112
2.1 Il criterio della "assoluta necessità"	125
2.2 La "novità" della prova	128
2.3 Il previo espletamento dell'istruzione dibattimentale	131
3. Casi espressamente stabiliti dalla legge in cui il giudice può esercitare poteri istruttori	134

CAPITOLO 5

I POTERI PROBATORI *EX OFFICIO* DEL GIUDICE NEL GIUDIZIO D'APPELLO

1. Il secondo grado di giudizio: l'appello e le sue caratteristiche	140
2. Modalità e limiti all'assunzione delle prove nel giudizio di appello	150
3. Rinnovazione dell'istruzione dibattimentale e impulso della giurisprudenza sovranaazionale: analisi dell'art 603 comma 3 bis c.p.p.	162

Conclusioni	175
--------------------------	------------

Bibliografia	178
---------------------------	------------

<i>Dottrina</i>	178
-----------------------	-----

<i>Giurisprudenza</i>	188
-----------------------------	-----

INTRODUZIONE

Il presente elaborato ha ad oggetto lo studio del ruolo attivo del giudice, nell'ambito del regime probatorio, nei primi due gradi di giudizio, avendo riguardo ai poteri istruttori perduranti anche a seguito della scomparsa di questa figura con la riforma del nuovo codice di procedura penale del 1988.

Si partirà dall'analisi dei due modelli processuali che si sono susseguiti nel tempo, esordendo con il modello inquisitorio, proprio del codice del 1930, continuando con quello accusatorio fino a quello misto che governa, ad oggi, tutto il sistema processuale penale. Seguirà lo studio del ruolo del giudice in questi diversi sistemi anche in relazione ai vari principi disposti a livello europeo.

Verrà trattato, poi, in generale il regime probatorio *ex artt.* 190 e ss. del codice di rito fino ad un'analisi più precisa dei poteri officiosi del giudice in tale materia: lo stesso, infatti, può assumere autonomamente nuove prove in giudizio, al ricorrere di determinate condizioni, derogando al principio dispositivo. Questo ruolo così attivo verrà approfondito, *in primis*, nella fase delle indagini preliminari, durante la quale lo stesso potrà chiedere al pubblico ministero di svolgere ulteriori indagini integrative sia nel caso di richiesta di archiviazione *ex art.* 409, e sia nel caso di richiesta di rinvio a giudizio *ex art.* 422 del codice di rito.

Seguirà, poi, la disamina della fase dell'udienza preliminare in cui il giudice potrà disporre l'assunzione di nuove prove quando risultano decisive per l'emanazione di una sentenza di non luogo a procedere ai sensi dell'art. 422 c.p.p.; e, per concludere il primo grado di giudizio, si passerà in rassegna la fase del dibattimento in cui il giudice può disporre l'assunzione di nuovi mezzi di prova se risulta assolutamente necessario conformemente alla disposizione di cui all'art. 507 del codice di rito.

Infine, nell'ultimo capitolo verrà trattata l'autonomia del giudice nel giudizio d'appello in cui, pur vigendo la regola secondo cui le prove da valutare sono soltanto quelle già assunte nel giudizio di primo grado, viene comunque conferita la facoltà allo stesso di poter disporre, a seguito di una sollecitazione delle parti o addirittura d'ufficio, la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale svolta durante il primo grado di giudizio o l'acquisizione di prove nuove o sopravvenute o scoperte dopo l'emanazione della sentenza di primo grado.

Il tutto posto in relazione ai principi che caratterizzano il ruolo del giudice: indipendenza, imparzialità e terzietà espressamente sanciti sia a livello nazionale nella stessa Costituzione all'art. 111, che al comma 3 si pone l'obiettivo di garantire lo svolgimento del processo nel contraddittorio tra le parti e in condizione di parità davanti ad un giudice terzo e imparziale, e sia a livello sovranazionale con l'introduzione dell'art. 6 della CEDU che, per prima, ha inserito nel contesto processuale tutti i principi che hanno reso il processo equo volto a perseguire il rispetto di tutte le garanzie dell'individuo.

Si cercherà, quindi, di dare voce al pensiero di illustri esponenti della dottrina, rapportandoli alle decisioni delle Corti sul tema, con lo scopo di trovare un bilanciamento tra l'imparzialità del giudice e l'esigenza di garantire l'emanazione di una sentenza che sia la più giusta possibile attraverso un processo caratterizzato dal rispetto dell'equità.

CAPITOLO 1

MODELLI PROCESSUALI: IL PASSAGGIO DAL MODELLO INQUISITORIO AL MODELLO ACCUSATORIO

1. Il sistema inquisitorio e le sue caratteristiche

Da sempre il processo penale è stato oggetto di continue modifiche normative che hanno portato alla creazione di due modelli diversi di processi: il modello inquisitorio, che fonda le sue origini nel processo canonico, e il modello accusatorio, che è riconducibile a quello disciplinato nella Magna Charta libertatum. La storia italiana ha visto il susseguirsi di questi due sistemi nel tempo: il processo penale nasce con le caratteristiche del sistema inquisitorio che si perdono parzialmente con il nuovo codice del 1988, improntato su un sistema accusatorio, da molti considerato anche un sistema misto, vista la forte presenza anche di alcuni requisiti propri del sistema inquisitorio.

Seppur non si possa mai riscontrare la prevalenza assoluta dell'uno o dell'altro modello, ma piuttosto si debba parlare di un sistema misto, è bene passare in rassegna con precisione i due modelli¹.

Si può affermare con certezza che il processo inquisitorio nasce nel diritto canonico quando, intorno al XVI secolo, al fine di far applicare uniformemente il diritto canonico in tutto l'ordinamento giuridico, la Chiesa concesse ai propri giudici poteri ispettivi sempre più ampi. Successivamente, l'affermarsi di una civiltà comunale ha comportato un crescente interesse del potere politico pubblico a intervenire nella punizione del reato: il delitto non è più un'offesa alla singola vittima ma è considerata un'offesa per la pace sociale.

Si parla, quindi, di un sistema che fu praticato dal potere ecclesiastico e dalle monarchie assolute europee fino al XVIII secolo e che fu codificato la prima volta nel 1670 in Francia con l'*Ordennance criminelle* di Luigi XIV².

Tutto ciò ha comportato un lento e inarrestabile passaggio dall'*accusatio* all'*inquisitio*, che in quel tempo, veniva considerata la via più sicura ed efficace per contrastare la sempre più presente criminalità organizzata che si stava sviluppando durante l'età comunale.

¹ M. ORLANDI, *La nuova cultura del giusto processo nella ricerca della verità*, Giuffrè, 2007, p. 1.

² M. SCAPARONE, *Procedura penale*, Giappichelli, 2008, Vol. I, p. 32.

D'altronde è presente una strettissima correlazione tra il sistema giuridico in vigore e il periodo storico di sviluppo, per questo, nei regimi assoluti il sistema inquisitorio è lo strumento più efficace per affidare anche tutta la tutela giurisdizionale nelle mani della sola persona del giudice³.

È un modello che corrisponde ad un determinato modo di concepire la società: una concezione leviatana, noncurante delle garanzie e dei diritti dei cittadini, per cui ciò che conta è solo fare giustizia e in generale arrivare ad un risultato, non importa con quali modalità⁴; d'altronde esso è espressione di uno Stato autoritario in cui si preferisce garantire una punizione dei reati piuttosto che una tutela delle garanzie dei cittadini.

Andando per ordine, prima di passare allo studio del nuovo processo penale, è necessario, per comprendere bene la materia, passare in rassegna dei tratti che hanno caratterizzato il modello inquisitorio.

Il processo inquisitorio si basa su una prospettiva gnoseologica che valorizza la ricerca informale della verità e trascura la capacità istruttoria del contraddittorio, in particolare l'idea che la difesa possa essere coinvolta in posizione di parità con l'accusa nell'acquisizione delle prove⁵.

In primo luogo, questo si divide in due parti: la prima fase è quella preparatoria (c.d. *generalis*) in cui il giudice deve accertarsi dell'esistenza o meno del reato, mentre la seconda (c.d. *specialis*) dà vita al processo vero e proprio contro l'imputato. Distinzione che in Italia, tra il Quattrocento e il Cinquecento, inizia a sfumarsi, e con essa tendono a scomparire anche le garanzie dell'imputato; infatti, nella fase introduttiva il giudice svolge tutte le indagini in segreto e l'*inquisitio* viene presentata all'imputato solo alla fine, senza dare la possibilità a quest'ultimo di preparare la propria difesa⁶.

Tra i requisiti che caratterizzano questo sistema, di estrema rilevanza è la modalità attraverso cui si perviene all'assunzione e alla valutazione della prova, la quale segue delle regole diverse rispetto a quelle del nuovo codice di procedura penale; infatti, la prova viene ricercata dallo stesso giudice nella fase investigativa e deve poi essere valutata senza alcun tipo di contraddittorio che garantisca la parità fra le parti, proprio perché

³ D. SIRACUSANO, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÁ, *Elementi di diritto processuale penale*, Giuffrè, 2007, p. 10.

⁴ G. DI CHIARA, *Il processo penale e le sue caratteristiche*, in D. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÁ, *Diritto processuale penale*, Giuffrè, 2013, p. 22.

⁵ M. SCAPARONE, *Procedura penale*, cit., p. 33.

⁶ M. PIFFERI, *Diritto comune e inquisitio ex officio*, cit., p. 5.

in questo modello le parti sono esautorate da ogni tipo di potere⁷. Non sussiste neanche alcun limite all'assunzione delle prove, dunque, sono ammesse anche quelle ottenute sotto tortura⁸, dato che ciò che conta è il risultato che si vuole raggiungere e non il metodo mediante il quale perseguirlo.

In materia probatoria in capo alle parti sussistono particolari diritti: queste possono proporre al giudice nuove evidenze, possono contestare quelle presentate dalla rispettiva controparte e sottoporle a valutazione critica, in ogni caso spetterà sempre al giudice stabilire quali prove possono essere ammesse e quali invece devono essere rigettate. In questo scenario si parla, quindi, di un pubblico ministero che è indubbiamente il *dominus* delle indagini preliminari e di un giudice dibattimentale considerato il “signore della prova⁹”.

Un altro importante elemento ha a che fare con la rimodulazione del principio di presunzione di innocenza; infatti, l'indagato non si presenta davanti al giudice come presunto innocente ma come presunto colpevole, colpevolezza che può derivare anche da un solo indizio o da una denuncia anonima, e di conseguenza non è il giudice che deve provare la sua responsabilità, viceversa questa si presume ed è l'imputato che deve dimostrare la sua innocenza.

A ciò si ricollega anche il ruolo della carcerazione preventiva che ottiene un ruolo strumentale alla confessione, infatti viene usata per indurre l'imputato a confessare, non avendo nessuna importanza il fatto che questa sia stata estorta mediante una notevole pressione psicologica¹⁰, e sia una funzione punitiva, in quanto proprio perché il soggetto è presunto colpevole, allora, in mancanza di prove sufficienti che accertino la sua innocenza, egli dovrà essere sottoposto alla carcerazione preventiva come anticipazione della pena¹¹.

Peculiarità di questo sistema è anche la segretezza del processo, invero tutti gli atti sono compiuti in totale segretezza sia nei confronti dell'imputato e del suo difensore e sia nei confronti dei terzi, per evitare che la difesa possa usufruirne e ostacolare l'accertamento della verità. Più di preciso, le udienze possono essere condotte a porte chiuse e

⁷G. SPANGHER, *Processo penale tra modello inquisitorio e modello accusatorio*, in *Penale: diritto e procedura*, 2022.

⁸G. UBERTIS, *argomenti di procedura penale*, vol. II, Giuffrè, 2006, p. 112-113.

⁹E. AMODIO, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. Pen.* 2003, 4, p. 1419.

¹⁰V. GAROFOLI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Giuffrè, 2006, p. 9.

¹¹P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2010, p. 7.

alcune prove o alcuni documenti possono essere considerati così sensibili o confidenziali da essere trattati con segretezza, tanto che il tribunale può emettere ordinanze che proibiscono alle parti coinvolte o ai testimoni di divulgare determinate informazioni al di fuori del processo. Di conseguenza, assume un ruolo fondamentale il ruolo della scrittura, in quanto, mentre il sistema inquisitorio è caratterizzato dal segreto e dalla scrittura, il sistema accusatorio è, invece, incentrato sul contraddittorio e sull'oralità; infatti, l'inquisitore deve redigere un verbale di tutto ciò che viene raccolto ed è questo che si trova alla base della decisione del giudice. Invero, le prove vengono adeguatamente documentate per assicurare la loro disponibilità per la valutazione, e talvolta anche le testimonianze dei testi e dei periti vengono accuratamente registrate e trascritte in un apposito documento.

Si parla in questo caso di *quod non est in actis, non est in hoc mundo*¹²: la verità è contenuta nelle carte del fascicolo predisposto dall'inquisitore. L'importanza della scrittura all'interno del processo inquisitorio si evince anche dal fatto che tutte le decisioni, sentenze, atti processuali, appunti dell'udienza, richieste di prove, risposte e tutti gli altri provvedimenti che possono crearsi nel corso del procedimento devono essere redatti in forma scritta. Inoltre, nel corso delle varie udienze viene anche redatto un registro ufficiale per tracciare gli incontri, le decisioni e gli eventi significativi del processo, registro che viene utilizzato come archivio di riferimento per il processo in questione.

Infine, l'ultima componente essenziale risulta essere relativa al ruolo delle impugnazioni, così è ammessa la possibilità, per il difensore dell'imputato o l'avvocato del re, di impugnare la sentenza emessa da un primo giudice davanti ad un giudice superiore che è dotato dei medesimi poteri inquisitori. In questo sistema le impugnazioni sono molteplici, fino ad arrivare al titolare del potere politico, cioè il re che può facilmente concedere la grazia¹³.

Per cui possiamo dire che l'inquisizione si configurava come un confronto a due tra l'accusato e il giudice-accusatore, privo di una dialettica autentica e pertanto fortemente sbilanciato a favore dell'imputato, il quale risultava inevitabilmente oppresso da tale situazione.¹⁴

¹² P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, cit. p. 7.

¹³ P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 8.

¹⁴ G. ILLUMINATI, *Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario*, 2018, Vol. 4, 2, p. 538.

Questo metodo di accertamento della verità nega, dunque, ogni forma di tutela per l'imputato, il quale viene sottoposto ad una procedura segreta e priva di garanzie, avviata da un giudice che è impegnato anche nella funzione di accusatore¹⁵.

2. Il ruolo del giudice nel sistema inquisitorio

Il sistema inquisitorio è basato sul “principio dell'autorità¹⁶” secondo cui vengono affidati tutti i poteri ad un unico soggetto, che in questo caso è il giudice inquisitore, che ha l'obbligo di ricercare la verità e che ha una natura ibrida, in quanto in capo a questo soggetto si cumulano tutte le funzioni dell'organo inquirente, giudicante e difensivo, perdendo in questo modo la possibilità di valutare obiettivamente la questione da giudicare¹⁷; è un modello che si basa anche sull'assunto secondo cui la verità è meglio accertata se viene dato più potere al soggetto requirente.

Per comprendere appieno questo sistema è necessario passare alla disamina del ruolo del giudice che, innanzitutto, perde completamente il suo carattere di indipendenza; infatti, al contrario, si ritiene che tanto più stretto sia il suo legame con il potere politico e tanto meglio egli potrà svolgere i suoi compiti e giungere alla verità.

Il ruolo del giudice, con il passare del tempo, è stato oggetto di numerose modifiche, in quanto prima degli anni '60 il modello inquisitorio era caratterizzato da una forte prevalenza dell'accusa, e solo successivamente, negli anni Sessanta e Settanta, il garantismo inquisitorio ha ampliato i suoi confini grazie a numerose pronunce della Corte volte ad adeguare il processo vigente in quegli anni ai principi introdotti dalla nuova Carta costituzionale. Ulteriori progressi in questa direzione sono stati compiuti attraverso leggi specifiche: la legge 7 novembre 1969 n. 780, che ha introdotto la possibilità di ricorso al giudice istruttore in caso di respingimento da parte del pubblico ministero della richiesta di formalizzazione dell'istruttoria sommaria; le leggi 5 novembre 1969 n. 932 e 15 dicembre 1972 n. 773, riguardanti la comunicazione giudiziaria; le leggi 8 agosto 1977 n. 534 e 18 marzo 1971 n. 62, relative agli avvisi ai difensori per la partecipazione agli atti istruttori; e infine la legge 12 agosto 1982 n. 532, concernente la durata massima dell'istruzione

¹⁵ A. DALIA, M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, CEDAM, 2016, p. 14.

¹⁶ P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 5.

¹⁷ D. SIRACUSANO, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÁ, *Elementi di diritto processuale penale*, cit., p. 10.

sommaria. Queste normative hanno determinato un graduale, seppur lento, ridimensionamento dei poteri del pubblico ministero e un aumento dei poteri di intervento della difesa nell'ambito dell'istruttoria. Ne è risultata un'enfatizzazione del ruolo del giudice dal punto di vista garantista e decisionale¹⁸.

Di conseguenza, dopo queste modifiche, il giudice ha ottenuto un ruolo fondamentale, in quanto l'iniziativa penale è diventata appannaggio di questo e non delle parti e la macchina processuale poteva prendere inizio anche in assenza di un'iniziativa dell'accusa, si parla, quindi, del principio *procedat iudex ex officio*¹⁹; cosicché, è sufficiente una denuncia anonima per attivare il giudice e non è necessario l'operato né dell'organo privato o pubblico di accusa e neanche della polizia giudiziaria.

Il giudice ha anche un ruolo attivo e fondamentale nella fase istruttoria e specialmente nell'assunzione delle prove; infatti, egli ha il potere di condurre le indagini e richiedere la produzione di prove pertinenti al caso, quali ad esempio documenti, testimonianze e perizie; d'altronde egli dispone di una così grande considerazione da ritenere superflua ogni altra figura (si parla, infatti, di un "giudice sovraumano") e per questo motivo l'attività di ricerca che egli opera è sia a favore dell'accusa e sia a favore della difesa²⁰.

Per cui, se il proposito del processo è quello di ricercare la verità, ogni limite introdotto per prescrivere l'ambito di azione del giudice si configura come ostacolo alla realizzazione dell'obiettivo perseguito; quindi, seguendo questo assunto qualsiasi prova è ammissibile, si parla quindi di un giudice "onnivoro"²¹, poiché maggiori sono le informazioni attinte, maggiore è la possibilità di trovare la verità.

Il giudice ha un ruolo fondamentale anche nella valutazione delle prove; infatti, egli, in virtù del suo ruolo di ricercatore della verità dello Stato, ha il compito di valutare la credibilità e la rilevanza delle prove presentate sulla base di criteri legali e di regole di esperienza, per decidere quali accettare e quali respingere. Inoltre, egli ha anche il potere di determinare quale prova ha maggiore peso nell'analisi del caso e quali evidenze sono più rilevanti o meno per la decisione della controversia.

¹⁸ M. BOSCHI, *Il giudice tra il ruolo dell'inquisitore e quello del garante*, in Foro Italiceo, vol. III, parte quinta, 1988, p. 284.

¹⁹ P. MOSCARINI, M.L. DI BITONTO, *Introduzione alla procedura penale*, Giappichelli, 2018, p. 8.

²⁰ V. GAROFOLI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, cit., p. 10.

²¹ L. CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice*, Milano, Giuffrè, 2007, p.68.

Infine, il giudice deve motivare la sua decisione spiegando le ragioni per cui ha accettato o respinto specifiche prove.

È evidente, quindi, come nella fase istruttoria del processo il *dominus* sia un giudice inquirente che poi si trasforma parzialmente in garante nella fase del dibattimento collocandosi in una posizione di terzietà solo parziale. Peraltro, il giudice assume i tratti tipici del sistema inquirente anche in quest'ultima fase, con l'emanazione della legislazione d'emergenza, determinata dagli episodi terroristici che caratterizzarono gli anni dal 1975 al 1982²².

Proprio per questa grande importanza che viene data al giudice penale non è ammessa la possibilità che le sue pronunce vengano contraddette da quelle di un giudice extrapenale, e quindi, per esempio, non è possibile che, emessa una sentenza di condanna dal giudice penale, ne consegua una del giudice civile che neghi la responsabilità civile del ritenuto autore del fatto. Pertanto, questo sistema adotta il principio di "unità della giurisdizione", secondo cui i giudici extrapenali devono conformare la loro decisioni a quelle dei giudici penali anche se questo comporti la violazione del diritto di difesa²³.

Questa forma di processo così delineato ha comportato uno squilibrio a favore della tutela degli interessi statali a svantaggio dei diritti individuali²⁴.

3. L'avvento di un nuovo modello processuale: il sistema accusatorio

L'attuale sistema vigente nasce dal codice entrato in vigore il 24 ottobre 1989 con l'obiettivo di garantire il rispetto dei principi e dei criteri dettati dalla legge-delega del 16 febbraio 1987 n. 81 e cioè una più ampia considerazione della persona attraverso una tutela delle garanzie e dell'efficienza del processo, un'accentuazione dei poteri delle parti, la parità tra esse e una netta differenziazione dal giudice²⁵.

L'idea di fondo che emerge dal comma 2 della stessa delega era quella di creare un codice in grado di rispettare non solo i principi della Costituzione, le norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale, ma anche i caratteri del sistema accusatorio "intenso", cioè basato su tre principi

²² M. BOSCHI, *Il giudice tra il ruolo dell'inquirente e quello del garante*, cit. p. 284.

²³ M. SCAPARONE, *Procedura penale*, cit., p. 35.

²⁴ G. UBERTIS, *Argomenti di procedura penale*, cit., p. 112.

²⁵ D. SIRACUSANO, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÁ, *Elementi di diritto processuale penale*, cit., p. 11.

fondamentali: massima semplificazione nello svolgimento del procedimento, adozione del metodo orale, partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del processo²⁶. Principi, questi, che, proprio perché non sempre coincidenti con i principi costituzionali non sono rimasti esenti da modifiche.

All'*uopo*, è pacifico che il sistema accusatorio nasce dal diritto romano in epoca repubblicana, probabilmente per le forti ideologie politiche volte alla promozione dei diritti individuali, anche se nel tempo è stato considerevolmente modificato; infatti il carattere fondamentale del diritto penale arcaico era l'irrisolta distinzione tra interesse privato ed interesse pubblico, che, anche con l'affermarsi della giurisdizione come funzione esclusiva dello Stato, considerava l'accusa come riservata all'iniziativa privata²⁷.

Ciò che si può fare risalire, *in toto*, all'Impero Romano è la tradizione giuridica che ha contribuito alla progressiva burocratizzazione anche della funzione giurisdizionale.

Anche in questo caso il modello in questione si ispira alla società e ai valori che più si dividevano: si presenta come un sistema ispirato da un forte sentimento dell'individuo, per il quale il processo è contesa ad armi pari²⁸.

Il modello accusatorio si basa sul principio dialettico basato sull'oralità piuttosto che sulla scrittura e in cui l'elemento centrale ruota attorno alla separazione delle funzioni e alla separazione delle fasi: si parla di un modello caratterizzato dalla disputa tra le parti, accusatore e accusato, in contrapposizione dialettica davanti ad una terza persona, ossia il giudice terzo ed imparziale²⁹.

Ne consegue la distinzione tra procedimento e processo: il primo comprende le indagini preliminari mentre il secondo l'udienza preliminare e il dibattimento. La prima fase, quella delle indagini preliminari è volta all'acquisizione della notizia di reato, alla ricerca delle prove sufficienti per esercitare l'azione penale e si compone degli atti che compie il pubblico ministero. Questo è il momento che vede un'assoluta prevalenza sia del p.m., sia della polizia giudiziaria ma anche di tutti i soggetti interessati allo svolgimento delle indagini³⁰.

²⁶ G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, CEDAM, 2023, p. XCI.

²⁷ G. ILLUMINATI, *Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario*, cit., p.536.

²⁸ G. DI CHIARA, *Il processo penale e le sue caratteristiche*, in D. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÁ, *Diritto processuale penale*, cit. p. 21.

²⁹ A. DALIA, M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 15.

³⁰ A. DALIA, M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 18.

Dopo questa fase si apre il vero e proprio processo e si svolgono quindi le fasi dell'udienza preliminare e del dibattimento delle quali il giudice ha la totale gestione; egli, infatti, durante l'udienza preliminare viene a conoscenza di tutte le prove che le parti hanno ottenuto nel corso delle indagini preliminari e sulla base di queste, compie una valutazione sull'effettiva sussistenza del reato e sulla necessità di continuare il processo mediante il dibattimento o decide se concluderlo, quando non ci sono prove sufficienti, emettendo una sentenza di non luogo a procedere.

Si fa riferimento ad un sistema caratterizzato da una netta separazione fra le parti e il giudice, in quanto solo le prime devono indagare e cercare le prove mentre il secondo ha esclusivamente il compito di valutarle³¹.

Tra i requisiti che caratterizzano questo modello troviamo, innanzitutto, l'iniziativa di parte, invero il giudice non può procedere d'ufficio nel determinare l'oggetto della controversia in quanto perderebbe l'imparzialità che lo contraddistingue³²; al contrario, l'iniziativa nel processo penale spetta soltanto alle parti, le quali devono determinare l'oggetto della causa e i suoi confini in vista di una sua successiva valutazione. È affidata alle parti anche l'iniziativa probatoria, per cui i poteri di ricerca, ammissione e valutazione della prova non vengono più attribuiti ad una sola persona ma vengono ripartiti fra giudice, accusa e difesa in modo che nessuno possa abusarne: solo le parti devono ricercare le prove mentre il giudice deve valutarle.

Un istituto che esprime pienamente la filosofia del sistema accusatorio è quello dell'esame incrociato³³ che ammette una distribuzione dettagliata dei poteri d'iniziativa spettanti alle parti e quelli di controllo spettanti al giudice. Da qui nasce l'esigenza di creare una vera e propria disciplina della prova che, ad oggi, troviamo nel libro III del codice di procedura penale e di si parlerà in seguito.

Alla base del modello accusatorio vi sta il c.d. contraddittorio fra le parti, d'altronde la separazione dei poteri trova la sua massima espressione nel principio del contraddittorio che assicura un'effettiva conoscenza di tutte le prove che vengono presentate al giudice da entrambe le parti. Infatti, questo principio obbliga le parti a presentare le prove, che dovranno essere valutate dal giudice, nel corso dell'udienza in modo tale da poter mettere l'altra parte nelle condizioni di conoscerle e di controbattere: si parte dall'assunto

³¹ V. GAROFOLI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, cit., p. 11.

³² P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, cit., p.8.

³³ P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, cit., p.9.

secondo cui la prova è solo quella che si forma davanti al giudice, sulla base delle domande poste, in primo luogo, dalle parti, e solo successivamente ed eventualmente dal giudice.

Il principio del contraddittorio tutela due aspetti fondamentali: garantisce sia i diritti di entrambe le parti e sia la corretta formazione e assunzione della prova in giudizio. Nessuna prova può essere valutata dal giudice se non è stata assunta, di regola, in contraddittorio e da qui si spiega il divieto di poter valutare quelle che sono state ottenute durante le indagini preliminari. L'adozione di questo modello comporta delle modifiche anche per ciò che riguarda la differenza tra prove costituite e prove costituende: per le prime non si rinviene nessuna discrepanza tra il sistema inquisitorio ed il sistema accusatorio; per le seconde invece si è affermata la regola per cui queste si formano nel corso del processo³⁴.

All'uopo il sistema accusatorio è basato sull'oralità in quanto tutte le fasi del processo sono caratterizzate da un'attività orale e non scritta: vengono, infatti, assegnate alle parti le facoltà di proporre oralmente in udienza le proprie conclusioni, istanze ed eccezioni senza fare ricorso a nessuna forma scritta. L'oralità ha un ruolo molto importante anche nella formazione delle prove, nella parte in cui si prevede che, nel caso di analisi del teste, le parti possono porre domande e ottenere risposte.

Per ciò che riguarda il sistema probatorio, invece, se nel sistema inquisitorio tutte le prove possono essere oggetto di valutazione del giudice, nel sistema accusatorio questo aspetto subisce particolari limitazioni in virtù di una più adeguata e completa tutela delle garanzie e dei diritti dei cittadini. Assume un'importanza primaria il metodo attraverso il quale viene formata la prova e soltanto se questo è legittimo allora la prova può essere valutata dal giudice per arrivare alla decisione finale³⁵. Di conseguenza si assiste ad un abbandono dell'idea secondo cui tutte le prove sono ammesse, soprattutto quelle che si ottengono attraverso la tortura, in favore di una disciplina più mite volta all'assunzione solo di quelle prove ottenute con la totale libertà del dichiarante.

Circa la condizione dell'imputato durante il processo, egli può essere considerato colpevole solo se vi è certezza della sua colpevolezza "al di là di ogni ragionevole dubbio"

³⁴ V. GAROFOLI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, cit., p. 11.

³⁵ P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, cit., p.9.

altrimenti si presume innocente. Questo principio è stato completamente ribaltato in questo sistema, passando da un sistema inquisitorio in cui l'imputato si presume colpevole a quello accusatorio in cui si presume innocente e quindi è libero, salvo alcune eccezioni, fino al momento in cui la sentenza di condanna diventi irrevocabile. Questo principio è considerato uno dei capisaldi del diritto penale disciplinato sia all'interno della Costituzione all'art 27: «L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva», ma anche all'interno della CEDU all'art 6: «ogni persona accusata di un reato è presunta innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata». Questo principio apre la strada ad un'altra idea altrettanto importante relativa all'onere della prova; infatti, se l'imputato si presume innocente l'onere di dimostrare la sua consapevolezza ricade sull'accusa. In questo sistema l'oggetto di prova non è l'innocenza dell'imputato ma la sua colpevolezza, di conseguenza, se l'imputato deve essere considerato innocente allora non può essere trattato come se fosse colpevole; dunque si abbandona l'idea della carcerazione preventiva in favore di una custodia cautelare che sia adeguatamente motivata dalla presenza di esigenze cautelari sufficienti (art. 274 c.p.p.: pericolo di inquinamento di prove, pericolo di fuga e pericolo di reiterazione del reato) e che sia limitata ai tempi e alle modalità che vengono stabilite dalla legge. Nel nuovo codice la custodia cautelare viene intesa come l'*extrema ratio*, per cui il giudice deve prima applicare le misure cautelari meno invasive e limitanti e solo dopo, quando queste vengono violate o risultano insufficienti per rispettare le esigenze cautelari, allora può essere applicata la misura custodiale.

Successivamente, si assiste anche ad una limitazione dei mezzi di impugnazione in virtù del fatto che si modifica l'accezione che se ne dà a questi, che vengono utilizzati solo allo scopo di controllare se nel grado precedente sono stati rispettati tutti i diritti delle parti e, ove si accerti una violazione, il dibattimento deve essere nuovamente svolto davanti ad un altro giudice.

Questo modello garantisce anche la facoltà all'imputato di non cooperare al processo e alla propria eventuale condanna, in particolare gli viene attribuito il diritto al silenzio e a non essere costretto a rendere dichiarazioni sul fatto oggetto d'esame.

Infine, il processo penale così inteso è anche caratterizzato dalla pubblicità: tutte le udienze sono pubbliche, ad eccezione dell'udienza preliminare che si svolge a porte chiuse, e chiunque può chiedere di visionare gli atti del processo³⁶.

Quindi, tutti gli atti e le prove vengono esposte oralmente, in conformità al principio di oralità, al cospetto del giudice e delle parti, nel rispetto del principio di immediatezza, e si succedono nei luoghi e nei tempi dell'udienza, conformemente al principio di concentrazione.³⁷

Quanto fin qui detto serve semplicemente a spiegare che in astratto esistono questi due tipi di sistemi con caratteristiche completamente opposte fra di loro ma che, nella pratica, pochi sono gli ordinamenti giuridici in cui si evince questa netta differenza in quanto la maggior parte di questi, si basa su sistemi misti che hanno, quindi, sia le caratteristiche del sistema inquisitorio e sia quelle del sistema accusatorio³⁸.

Anche il nostro codice vigente non è estraneo a questa idea per cui il sistema che viene descritto nelle norme è un sistema solo "tendenzialmente accusatorio" caratterizzato dal procedimento, di cui fanno parte le indagini preliminari che sono affidate alla completa autonomia del pubblico ministero, e dal processo, composto dall'udienza preliminare, dibattimento e giudizio in cui il ruolo principale viene affidato al giudice³⁹.

Invero, è stata proprio la legge n. 81/1987 ad imporre un ridimensionamento del processo penale e, di conseguenza, una modifica del codice di procedura penale, infatti l'art. 2 della stessa norma ha obbligato la creazione di un nuovo codice di rito che avrebbe dovuto «attuare i principi della Costituzione e adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale» e così è stato; inoltre, lo stesso articolo passa in rassegna di tutti i principi fondamentali del sistema accusatorio del processo penale individuando i diritti delle parti e disciplinando i vari istituti che, ad oggi, sono espressione di un sistema accusatorio⁴⁰.

³⁶ M. SCAPARONE, *Procedura penale*, cit., p. 36.

³⁷ G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, Giuffrè, 2023, Vol. I, p. 14.

³⁸ P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, cit. p. 5.

³⁹ A. DALIA, M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 17.

⁴⁰ Tra i numeri più salienti del comma 2 dell'art. 2 della legge 81/87 troviamo il n. 2 «adozione del metodo orale»; n.3 «partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento»; n.4 «previsione di garanzie per la libertà del difensore in ogni stato e grado del procedimento»; n. 10 «riordinamento dell'istituto della perizia», e così via.

4. La comparsa di un nuovo giudice terzo e imparziale nel processo penale e nella Costituzione

L'approvazione di un nuovo codice e l'introduzione di un nuovo modello processuale porta con sé la creazione di nuovi principi volti a regolare l'andamento del processo e a tutelare i diritti delle parti; per questo l'idea di un processo quale modello di composizione di una lite presuppone l'esistenza di un giudice terzo e imparziale, che opera attraverso una giurisdizione basata sulle regole di un giusto processo.

Andando per ordine, un primo adeguamento ai principi del giusto processo lo si ebbe attraverso l'emanazione di un progetto di legge costituzionale, da parte della Commissione Parlamentare, sulla «Revisione della seconda parte della Costituzione» che aveva come obiettivo la riforma di tutti i principi del processo penale mediante l'introduzione dei commi 1 e 2 dell'art. 130 prog. Rev. Cost. contenente un elenco di requisiti del giusto processo.⁴¹

Il primo intervento della Corte costituzionale sullo specifico tema dell'imparzialità e della terzietà del giudice ha riguardato la dichiarazione di illegittimità costituzionale, con la sentenza del 1962⁴², degli artt. 30 comma 2 e 31 comma 2 dell'allora codice di procedura penale in quanto si ponevano in contrasto con l'art. 25 della costituzione che sanciva la non sottraibilità al proprio giudice naturale precostituito per legge⁴³.

Dieci anni dopo⁴⁴ la Corte costituzione si era nuovamente pronunciata sul concetto di giudice naturale per determinare tutte le materie di competenza dei vari giudici in modo tale da ridurre di gran lunga i margini di discrezionalità in materia di predeterminazione del giudice.

Successivamente i concetti di terzietà ed imparzialità entrarono all'interno della nostra Costituzione attraverso i commi 1 e 2 dell'art. 111⁴⁵, introdotti con legge costituzionale n. 2 del 23 novembre 1999 che, aggiungendo cinque nuovi commi a quelli precedenti, hanno sancito con completezza e precisione l'obbligo del rispetto di questi principi. L'essenza di questa norma è costituita dall'esigenza di garantire un processo che si svolge

⁴¹ G. UBERTIS, *Argomenti di procedura penale*, cit., p. 27.

⁴² Corte Cost., 7 luglio 1962, n. 88.

⁴³ G. PANSINI, *Terzietà ed imparzialità: da attributi della funzione di giudizio a presupposti processuali*, in F.R. DINACCI (a cura di), *Processo penale e costituzione*, Giuffrè, 2010, p. 49.

⁴⁴ Corte Cost., 29 marzo 1972, n. 55.

⁴⁵ Art. 111 commi 1 e 2 Cost.: «la giurisprudenza si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, davanti ad un giudice terzo e imparziale, la legge ne assicura la ragionevole durata».

nel “contraddittorio tra le parti, in condizione di parità e davanti ad un giudice terzo ed imparziale”, nel rispetto delle norme che garantiscono un “giusto processo”⁴⁶.

Nello specifico, per ciò che riguarda il ruolo del giudice, prima dell’emanazione dell’art. 111 della Costituzione, l’assenza di una codificazione espressa comportava una tutela debole di questo aspetto e costringeva l’interprete a ricavare i principi di terzietà e imparzialità dal combinato disposto dell’art. 3 comma 1⁴⁷ della Costituzione, che individuava il principio di imparzialità nell’ “indipendenza degli interessi presenti in giudizio”, e dell’art. 108 comma 2⁴⁸ della Costituzione, che riduceva l’imparzialità ad una delle varie forme di indipendenza del giudice. Ciò, però, comportava il fatto che l’imparzialità non veniva riconosciuta come valore autonomo ma era una ramificazione del più ampio concetto dell’indipendenza⁴⁹. Ma non solo, anche l’art. 25 comma 1 Cost.⁵⁰, introducendo il principio secondo cui nessuno può essere distolto da un giudice naturale precostituito per legge, svolge il ruolo di base costituzionale per la creazione di un determinato presupposto di imparzialità.

Da qui poi si è sviluppata l’esigenza di dare un’autonoma collocazione al principio di imparzialità, che si ritrova oggi disciplinato all’art 111 Cost., in virtù del fatto che, in un primo momento, si considerava l’indipendenza del giudice quale strumento servente per la realizzazione dell’imparzialità.

Ma anche la creazione di questa norma è stata oggetto di una lenta e complessa procedura:

infatti, la volontà di incorporare il principio del giusto processo nella Costituzione si rivela per la prima volta nel progetto di legge costituzionale ratificato dalla Commissione parlamentare per le riforme costituzionali il 4 novembre 1997, con l’intento di costituzionalizzare le garanzie processuali contenute nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. Tuttavia, questo primo tentativo non è andato a buon fine e un secondo sforzo si è avuto nel 1998 quando, dopo un’importante sentenza della Corte costituzionale, n. 361, prende corpo un orientamento

⁴⁶L. CARACENI, *Poteri d’ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice*, cit., p.13.

⁴⁷ Art 3 comma 1 Cost.: «tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali».

⁴⁸ Art 108 comma 2 Cost.: «La legge assicura l’indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso di esse, e degli estranei che partecipano all’amministrazione della giustizia».

⁴⁹ F. DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento “presupposto” del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, in *Archivio penale* 2017 n.3, p.6.

⁵⁰ Art 25 comma 1 Cost: «Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge».

finalizzato ad integrare la Costituzione con un chiaro riferimento alle garanzie riconducibili al giusto processo, con riferimento soprattutto al principio del contraddittorio.

Infine, la legge costituzionale n. 2/1999 ha introdotto, con particolare rapidità, i cinque nuovi commi necessari che facevano confluire nel testo costituzionale tutte le garanzie europee legate al giusto processo⁵¹.

Importante è anche la distinzione tra imparzialità e terzietà, essendo la prima tendente a caratterizzare il giudice nella sua dimensione operativa, volta a conferire a questo la posizione di *super partes*, mentre la seconda si collega ad una posizione istituzionale del giudice, il quale è un organo completamente equidistante, in modo tale da garantire un'effettiva parità⁵².

Il concetto di imparzialità è sinonimo di uguaglianza, equità e giustizia e tende a proteggere l'organo giudicante da qualsiasi condizionamento proveniente sia dall'esterno e sia dalle parti⁵³, per questo è imposto al giudice di mantenere un comportamento equidistante: può pronunciarsi nel merito analizzando soltanto le prove legittimamente acquisite, in modo tale da escludere, o quantomeno ridurre al minimo, il pericolo che questo disponga di conoscenze acquisite altrove o prima dell'inizio del processo⁵⁴. L'esigenza di garantire l'imparzialità in ogni fase e stadio del processo comporta che a fasi diverse del processo corrispondano giudici differenti⁵⁵.

A lungo si è discusso circa il rapporto tra i concetti di terzietà e imparzialità che troviamo indicati all'interno dello stesso art. 111 Cost e ciò ha portato alla creazione di tre interpretazioni differenti: alcuni ritengono che si debba parlare di una sinonimia⁵⁶, in favore di una fungibilità fra i due vocaboli, altri ritengono si parli di binomio, dove ciascun termine ha un suo significato specifico, e altri ancora ritengono, e questa è la tesi maggiormente accreditata, che si parli di un'endiadi, in cui i due termini sono coordinati ma autonomi nell'indicare un unico concetto⁵⁷.

⁵¹ M. CECCHETTI, *La riforma dell'art 111 Cost.: tra fonti preesistenti, modifica della Costituzione, diritto intertemporale ed esigenze di adeguamento della legislazione ordinario*, p. 37 – 38.

⁵² H. BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Giappichelli, 2006, p. 38.

⁵³ L. CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice*, cit., p.20.

⁵⁴ H. BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, cit., p. 9.

⁵⁵ Segue questa interpretazione M. CHIAVARIO in *Giusto processo*.

⁵⁶ Sostiene questa interpretazione G. DI CHIARA nel libro *L'incompatibilità endoprocedurale del giudice*, Torino, 2000, p. 64.

⁵⁷ L. CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice*, cit., p.22.

Tra questi due concetti si può ritrovare una sorta di complementarità: la terzietà va intesa in senso istituzionale e quindi come alterità rispetto alle parti per ciò che riguarda il ruolo e le funzioni, mentre l'imparzialità valorizza la componente soggettiva, la quale non deve subire l'influenza di interessi o pregiudizi durante la formazione di un giudizio autonomo⁵⁸. Il giudice deve essere sia terzo e sia imparziale, in quanto soltanto imparziale può essere anche il Pubblico ministero, invece, ciò che caratterizza l'organo giudicante è la terzietà.

L'indipendenza e la discrezionalità della magistratura trovano un limite, oltre che nella soggezione alla legge, ex art. 101 Cost. anche in una serie di controlli interni affidati sia alle parti e sia a giudici diversi di grado superiore⁵⁹.

L'alterità e la neutralità, essendo attributi della terzietà, costituiscono la condizione essenziale affinché si possa affermare che un giudice è imparziale: cioè che non è legato alle parti coinvolte, manifestando indifferenza verso gli interessi in conflitto e non presentando pregiudizi riguardo al *thema decidendum*⁶⁰.

Anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha analizzato più a fondo il concetto di imparzialità, di cui all'art. 6 della Convenzione, distinguendo tra imparzialità soggettiva e oggettiva. Il primo tipo guarda all'atteggiamento psicologico del magistrato, manifestato dal suo comportamento, dal quale non si deve dedurre che egli abbia già preso una decisione prima di analizzare tutte le prove, mentre nel secondo caso, si includono circostanze, eventi o situazioni che non dipendono dall'azione del giudice, ma che comunque possono sollevare dubbi sulla garanzia di una giustizia imparziale, ad esempio i casi in cui il giudice chiamato a pronunciarsi abbia già espresso il proprio convincimento in sentenze precedenti⁶¹.

Ciò che si deve tenere presente per l'analisi di questo principio è che questo non impone l'assoluta passività del giudice: egli ha anche dei poteri *ex officio* seppur con delle limitazioni, d'altronde l'imparzialità non incide sull'*an* dei poteri d'ufficio ma solo sul *quantum* e questo sarà oggetto dei capitoli successivi.

⁵⁸ G. DEAN, *I principi costituzionali di terzietà e imparzialità del giudice nella sistematica del processo penale*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, a cura di CERQUETTI, FIORIO, Padova, 2003, p. 5 s.

⁵⁹ F. DEL GIUDICE, *La costituzione esplicita*, Simone, 2008, p. 259.

⁶⁰ C. VALENTINI, in *I poteri del giudice dibattimentale nell'ammissione della prova*, cit., 244

⁶¹ Tra le sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo che si sono concentrate sul concetto di imparzialità e su questa distinzione troviamo: 1994, *Kiiskinen c. Finlandia*; 2013 *leyn e altri c. Paesi Bassi*; e 2001 *Salov c. Ucraina*: v. al riguardo M.G. CIVININI, *Indipendenza e imparzialità dei magistrati*.

Tutti i principi del giusto processo individuati a livello europeo vengono inglobati anche nel processo penale attraverso diverse norme della Costituzione e del codice di procedura penale.

In primis, l'art. 11⁶² della Costituzione, enunciando i vari principi che definiscono la posizione dell'Italia nel contesto internazionale per ciò che riguarda lo stato di guerra, legittima l'adesione dello Stato alle Comunità europee fornendo una copertura costituzionale a tutte le leggi ordinarie che ratificano od eseguono i trattati internazionali.⁶³

Successivamente, di grande importanza è il comma 3 dell'art. 117⁶⁴ della Costituzione che, stabilendo l'obbligo di rispettare le norme internazionali e sovranazionali, conferisce a queste il ruolo di norme interposte con la conseguenza che sono incostituzionali tutte le leggi italiane che si trovano in contrasto con quelle dell'Unione Europea.

Anche all'interno del codice di procedura penale, l'art. 2 comma 1 prima parte della legge di delegazione per la redazione del nuovo codice di rito stabilisce il principio secondo cui «il codice di procedura penale deve attuare i principi della Costituzione e adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale», disposizione che, seppur generica, consente di far valere tutte le norme internazionali in materia di diritti dell'uomo nel processo penale⁶⁵.

Infine, per ciò che riguarda le consuetudini internazionali, invece, il comma 1 dell'art. 10⁶⁶ della Costituzione assicura un immediato, completo e continuo adattamento del nostro ordinamento alle norme internazionali generali, per cui sia la giurisprudenza e sia la dottrina attribuisce al diritto internazionale consuetudinario il rango delle norme costituzionali⁶⁷.

⁶² Art. 11 Costituzione: «L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa [...]; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo».

⁶³ F. DEL GIUDICE, *La costituzione esplicita*, Simone, 2008, p. 39.

⁶⁴ Art. 117 Cost.: «Le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano [...] provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione Europea [...]».

⁶⁵ M. CECCHETTI, *La riforma dell'art 111 Cost.: tra fonti preesistenti, modifica della Costituzione, diritto intertemporale ed esigenze di adeguamento della legislazione ordinario*, cit., p. 43.

⁶⁶ Comma 1 art. 10 Cost: «L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute».

⁶⁷ P. SIMONE, *Costituzione e ordinamento interno tra fonti internazionali e atti del terzo pilastro*, in F.R. DINACCI (a cura di), *Processo penale e costituzione*, cit., p. 28.

Nello specifico, invece, il principio dell'imparzialità del giudice nel nuovo codice di procedura penale trova una sua specifica tutela negli istituti della incompatibilità (art. 34 c.p.p.), astensione (art. 36 c.p.p.) e ricusazione (art. 37 c.p.p.)⁶⁸.

Andando all'analisi dei singoli articoli, l'incompatibilità può essere descritta come l'incapacità di esercitare la funzione giudiziaria in un processo, in virtù del fatto che viene minacciato il rispetto del requisito dell'imparzialità, a causa dell'esercizio della funzione giudiziaria, o di funzioni diverse, in altre fasi del medesimo procedimento. I casi di incompatibilità vengono indicati già all'interno della legge e quindi sono conoscibili *ex ante* dal magistrato, il quale è tenuto ad astenersi dal giudicare particolari questioni quando, per le caratteristiche che queste hanno, impediscono al giudice di essere neutrale.

In particolare, costituiscono situazioni di incompatibilità: l'aver emanato una sentenza nei gradi precedenti sulla stessa questione o l'aver emanato determinati provvedimenti durante tutta la fase del processo, si parla della c.d. incompatibilità per atti compiuti nel medesimo procedimento; l'aver svolto la funzione di pubblico ministero, atti di polizia giudiziaria, prestato ufficio di difensore, procuratore speciale, curatore di una parte, assunto le vesti di testimone, perito o consulente tecnico, proposto denuncia, querela, istanza o richiesta o concorso a deliberare l'autorizzazione a procedere, c.d. incompatibilità per funzioni; e l'esser coniuge, parente o affine di un magistrato che ha già espletato le sue funzioni giudicanti nello stesso processo che si è chiamati a decidere c.d. incompatibilità per ragioni di parentela.

La norma si riferisce allo "stesso procedimento" e non richiede l'esercizio delle stesse funzioni; infatti, queste possono anche essere diverse ma con il solo limite che devono trattarsi in entrambi i casi di funzioni giudicanti.

In materia di incompatibilità alcune sentenze hanno, poi, dato una risposta a specifiche questioni che si sono poste in quest'ambito. Innanzitutto, un problema che si è creato ha riguardato gli effetti della violazione di questa norma ed è la stessa Corte di cassazione a Sezioni Unite a ritenere che la presenza di motivi di incompatibilità non conduce alla

⁶⁸ G. AMBROSINI, *Commento all'art. 34 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, UTET, 1989, Vol. I, p. 192.

nullità della decisione assunta dal giudice considerato incompatibile, ma rappresenta unicamente un motivo di ricsuzione, da trattare attraverso la procedura specifica indicata dal codice di procedura⁶⁹.

Altri problemi si sono posti circa la configurabilità delle ipotesi di incompatibilità nei casi di emanazione di un provvedimento cautelare: in questa materia si è pronunciata la Corte Costituzionale che ha ritenuto sussistente un'ipotesi di incompatibilità in capo al magistrato che, facente parte del tribunale del riesame chiamato a giudicare la legittimità di una misura cautelare, ricopra anche il ruolo di giudice di appello nel medesimo procedimento⁷⁰.

La *ratio* di questa norma, anche secondo quanto indicato dalla stessa Corte in una sentenza del 1990, consiste nell'«evitare che la valutazione di merito del giudice possa essere condizionata dallo svolgimento di determinate attività nelle precedenti fasi del procedimento o della previa conoscenza dei relativi atti processuali»⁷¹.

In ogni caso, l'istituto in esame è da sempre in continuo mutamento, dato che le varie pronunce della Corte hanno ampliato, e ancora continuano a farlo, l'ambito di applicazione di questa norma. La sentenza più recente in tal senso è quella del 2022 che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 34 nella parte in cui non prevede che il giudice per le indagini preliminari che ha rigettato la richiesta di decreto penale di condanna per mancata contestazione di una circostanza aggravante, sia incompatibile a pronunciare sulla nuova richiesta di decreto penale di condanna formulata dal p.m.⁷².

Mentre l'incompatibilità è un rimedio *ex ante* che evita già *ab origine* che venga emesso un provvedimento da parte di un giudice che ha perso la sua imparzialità, agli articoli 36 e 37 del codice di rito vengono disciplinati dei rimedi *ex post*, astensione e ricsuzione, che consentono di rimuovere un giudice già designato quando vi è il rischio di compromettere la sua indipendenza.

⁶⁹ Cass. Pen., Sezioni Unite, 8 maggio 1995 n. 5. Si è pronunciata in materia anche la Cass. Pen a Sezioni Unite con la sentenza n. 23 del 1° febbraio 2000 in cui ribadisce: «l'eventuale incompatibilità del giudice costituzionale costituisce motivo di ricsuzione, ma non vizio comportante la nullità del giudizio». Si è pronunciata in materia anche la Cass. Pen a Sezioni Unite con la sentenza n. 23 del 1° febbraio 2000 in cui ribadisce: «l'eventuale incompatibilità del giudice costituzionale costituisce motivo di ricsuzione, ma non vizio comportante la nullità del giudizio».

⁷⁰ Corte Cost., 15 settembre 1995 n. 432 e Corte Cost., 24 marzo 1996, n. 131; «Le situazioni pregiudicanti descritte dall'art. 34 operano all'interno del medesimo procedimento in cui interviene la funzione pregiudicata».

⁷¹ Corte Cost., 26 ottobre 1990, n. 496

⁷² Corte cost., 21 gennaio 2022, n. 16.

L'astensione è un istituto che impone al magistrato di richiedere di essere esentato dal prendere specifiche decisioni in un particolare processo, nel caso in cui si verificano circostanze che potrebbero compromettere la sua imparzialità.

All'*uopo* è la stessa legge che individua i casi tassativi in cui il giudice ha l'obbligo di astenersi dal decidere e quindi a rendere immediatamente la dichiarazione di astensione e cioè quando questo ha interesse nel procedimento o se alcuna delle parti private è suo debitore o creditore: in questo caso, l'interesse va inteso in maniera più ampia e quindi come una relazione tra l'attività del giudice e il vantaggio che ne può derivare⁷³.

È un caso di astensione anche l'essere tutore, curatore, procuratore o datore di lavoro di una delle parti private, in quanto in questo caso si avrebbe un pericolo per la serenità del giudizio; è disciplinato dalla legge anche l'aver dato consigli o aver manifestato il proprio parere sull'oggetto del processo fuori dall'esercizio delle sue funzioni giudiziarie e anche l'esistenza di una grave inimicizia fra lui o un suo prossimo congiunto e una delle parti private, su ciò in dottrina si è a lungo dibattuto circa il carattere di reciprocità del sentimento d'inimicizia in quanto non basta l'inimicizia di una sola delle parti a provocare l'astensione ma è necessario che tale sentimento sia ricambiato dal giudice affinché la serenità del processo ne possa soffrire⁷⁴.

Infine, il giudice è obbligato ad astenersi anche quando egli stesso o un prossimo congiunto è la persona offesa o danneggiata dal reato o si trova nelle condizioni di cui agli artt. 34 e 35 oppure sussistono gravi ragioni di convenienza tali da «poter menomare la libertà di determinazione del giudice o la sua insospettabilità»⁷⁵.

I motivi di astensione del giudice indicati dalla legge sono stati oggetto di specificazione da parte di determinate sentenze della Corte di cassazione: per esempio, per ciò che riguarda l'interesse nel procedimento, la stessa, nella sentenza n. 1711/1998, ha ritenuto che il concetto di interesse debba essere giuridicamente rilevante e perciò suscettibile di procurare un vantaggio economico o morale, mentre non rilevano mere irregolarità⁷⁶.

⁷³ G. FRIGO, *Commento all'art. 36 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 201.

⁷⁴ G. FRIGO, *Commento all'art. 36 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 203.

⁷⁵ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, UTET, 1985, vol. I, p. 209.

⁷⁶ Cass. pen., Sez. VI, 18 giugno 1998, n. 1711.

Per ciò che riguarda, invece, la manifestazione indebita del proprio convincimento una sentenza della Corte di cassazione del 1996 ha stabilito il principio secondo cui l'astensione deve sussistere solo quando il «manifestato parere sull'oggetto del procedimento» lasci trapelare un vero e proprio convincimento sulla decisione finale prima ancora di avere iniziato il dibattimento»⁷⁷.

Infine, in tema di grave inimicizia la Cassazione, nella sentenza n. 16720 del 2011 non ha ritenuto un motivo di grave inimicizia l'aver adottato una decisione sfavorevole alla parte in un altro giudizio riguardante altre vicende in assenza di ulteriori elementi che siano in grado di dimostrare l'intenzione di arrecare un danno alla parte⁷⁸.

Per completare l'analisi delle norme del codice di procedura penale che garantiscono la tutela dell'imparzialità del giudice è necessario esaminare anche l'art. 37 del codice di rito riguardante l'istituto della rikusazione, che consente alle parti coinvolte di sottoporre a verifica casi in cui si manifesta un potenziale pregiudizio all'imparzialità del magistrato, nel caso in cui il magistrato stesso non abbia preso l'iniziativa di astenersi. Anche i casi in cui è possibile rikusare il giudice sono tassativamente indicati all'interno dello stesso articolo; alla lettera a) si fa riferimento agli stessi motivi previsti all'art. 36 eccetto per la lettera h) e alla lettera b) si fa riferimento ai casi in cui il giudice ha manifestato indebitamente il proprio convincimento sui fatti oggetto dell'imputazione prima che sia stata pronunciata sentenza. L'istanza di rikusazione, che può essere presentata dalle parti, comporta il divieto, per il giudice rikusato di pronunciare sentenza fino a che non sia intervenuta un'ordinanza che dichiari inammissibile o infondata la rikusazione⁷⁹.

Anche riguardo l'istituto della rikusazione la Suprema Corte si è pronunciata definendo con precisione i confini dell'istituto; infatti, nella sentenza n. 48494 del 2008 la sezione VI della Corte di Cassazione ha precisato che la dichiarazione di rikusazione può essere proposta esclusivamente dalle parti, fra le quali non rientra la persona offesa dal reato⁸⁰; oppure ancora, con la sentenza n. 27996/2021, la Corte ha considerato indebita

⁷⁷ Cass. Pen., Sez. I, 18 luglio 1996 n. 4182.

⁷⁸ Cass. Pen. Sez. III, 29 aprile 2011 n. 16720.

⁷⁹ Articolo 37 codice di procedura penale.

⁸⁰ Cass. Pen. Sez. VI, 30 dicembre 2008, n. 48494.

manifestazione del proprio convincimento da parte del giudice l'aver anticipato delle valutazioni o sul merito della *res iudicanda* o sulla colpevolezza o sull'innocenza dell'imputato in ordine ai fatti del processo⁸¹.

Questi tre istituti si distinguono anche per la loro *ratio* individuata da importanti sentenze della Corte costituzionale. In ordine cronologico, la prima che analizziamo è quella n. 155/1996 che disciplina la *ratio* dell'istituto dell'incompatibilità cioè quello di «preservare l'autonomia e la distinzione della funzione giudicante, in evidente relazione all'esigenza di garanzia dell'imparzialità di quest'ultima, rispetto ad attività compiute in gradi e fasi anteriori del medesimo processo: autonomia, distinzione e imparzialità che risulterebbero compromesse qualora tali attività potessero essere riunite nell'azione dello stesso soggetto chiamato alla funzione giudicante»⁸².

Le cause di astensione e di ricsuzione si collocano, invece, su un piano differente in quanto, così come indicato dalla stessa Corte costituzione nella sentenza n. 306/1997 «e sono dirette a garantire l'imparzialità del giudice e prescindono da qualunque riferimento alla struttura del processo e all'esigenza del rispetto della logica intrinseca ai suoi diversi momenti di svolgimento. In breve: le cause di astensione e ricsuzione non hanno strutturalmente a che vedere con l'articolazione del processo e sono previste in modo da operare non in astratto ma in concreto»⁸³.

Detto ciò, tornando all'analisi dell'articolo 111 della Costituzione il processo, per essere considerato “giusto”, deve svolgersi nel contraddittorio tra le parti, principio disciplinato ai commi 2 e 4 dello stesso articolo⁸⁴.

Per definizione, il contraddittorio consiste nella possibilità, che hanno le parti di presentare le proprie argomentazioni nel corso del processo davanti ad un giudice che dovrà decidere solo sulla base delle argomentazioni che vengono fatte valere in udienza⁸⁵.

⁸¹ Cass. Pen. Sez. III, 20 luglio 2021, n. 27996.

⁸² Corte Cost., 20 maggio 1996, n. 155.

⁸³ Corte Cost. 1 novembre 1997, n. 306.

⁸⁴ Art 111 comma 2: «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».

Art 111 comma 4: «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».

⁸⁵ A. GAITO, *Introduzione allo studio del diritto processuale penale alla luce dei principi costituzionali*, in P. CORSO, O. DOMINIONI, A. GAITO, G. SPANGHER, N. GALANTINI, L. FILIPPI, G. GARUTI, O. MAZZA, G. VARRASO, D. VIGONI, *Procedura penale*, Giappichelli, VII ed., 2021, p.18.

Quello disciplinato all'interno della Carta costituzionale è il contraddittorio *in senso forte* cioè relativo alla fase dibattimentale e al momento di acquisizione delle prove⁸⁶, di conseguenza, il contraddittorio viene considerato come una modalità per acquisire informazioni sui fatti oggetto del procedimento penale. Infatti, per valutare l'autenticità e la credibilità di una fonte di prova, è essenziale sottoporla a un esame basato sul metodo del contraddittorio, che di solito si traduce nell'incrocio di interrogatori.

Questo istituto del contraddittorio forte si distingue da quello debole, in quanto, seppur quest'ultimo debba essere altrettanto rispettato all'interno del processo, si concentra sull'obbligo che hanno i giudici di prendere una decisione solo dopo aver sentito le argomentazioni di entrambe le parti.

I principi della giurisdizione e del giusto processo impongono il rispetto, oltre che del principio del contraddittorio, anche di quello della parità delle armi, secondo cui durante tutto il processo, ma soprattutto durante le fasi dell'ammissione e dell'assunzione probatoria, le parti si devono trovare nelle stesse condizioni; quindi, nessuna di loro deve trovarsi davanti al giudice in assenza dell'altra o a poter compiere atti o presentare documenti senza informare la controparte⁸⁷.

In questa cornice sistematica del giusto processo un ruolo primario viene attribuito al principio della ragionevole durata, sancito, nella sua dimensione soggettiva all'art. 6 comma 1 della CEDU⁸⁸, e nella sua dimensione oggettiva al comma 2 dell'art. 111 della Costituzione⁸⁹. Mentre nella prima disposizione questo principio è visto come un diritto soggettivo che è in qualsiasi momento azionabile dalle parti, nel secondo caso è la Corte costituzionale che attribuisce al legislatore l'obbligo di porre in essere tutti gli atti necessari volti a garantire la ragionevole durata del processo in questione.

Infine, gli ultimi due principi disciplinati nello stesso articolo ai commi 6 e 7 e che sono necessari per concludere l'analisi del giusto processo riguardano l'obbligo di motivazione di tutti i provvedimenti e l'obbligo di controllo delle sentenze emesse dagli stessi giudici⁹⁰. Il primo consiste nell'obbligo che hanno i giudici di motivare tutte le sentenze

⁸⁶ P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, cit. p. 41.

⁸⁷ G. UBERTIS, *argomenti di procedura penale*, cit., p. 15.

⁸⁸ Art 6 comma 1 CEDU: «ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole».

⁸⁹ G. DEAN (A CURA DI), *Fisionomia costituzionale del processo*, Giappichelli, 2007, p. 198.

⁹⁰ Art. 111 Cost. commi 6 e 7: «Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.

che pronunciano, motivazione che consiste nella spiegazione del ragionamento logico che ha seguito quel determinato soggetto per arrivare alla decisione finale; mentre il secondo consiste nella possibilità, che viene attribuita alle parti, di poter chiedere ad altri giudici di controllare ed eventualmente emettere una nuova sentenza per decidere lo stesso fatto. Per questo motivo è ammessa la possibilità di presentare ricorso in Cassazione per violazione di legge contro sentenze o provvedimenti emanati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, mentre contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti è ammesso il ricorso in Cassazione solo per motivi inerenti alla giurisdizione.

5. Il giudice imparziale nelle fonti sovranazionali

La Costituzione italiana del 1948, essendo relativamente recente, ha beneficiato, durante la sua creazione, del riferimento ad altre norme soprattutto a livello internazionale e sovranazionale. Complementari alla Costituzione possono considerarsi alcuni provvedimenti internazionali che hanno avuto un ruolo decisivo nella creazione delle varie norme⁹¹. Tra queste ritroviamo la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* dichiarata dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948 che stabilisce, all'art. 10⁹², il principio di uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge e il diritto che hanno quest'ultimi di essere giudicati da un tribunale indipendente ed imparziale durante una pubblica udienza; norma che ha posto le basi per la formulazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione.

Ancora più precisa è la *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* entrata in vigore il 4 novembre 1955 che introduce, all'art. 6⁹³, tutti i principi cardine del cd. "giusto processo" e che poi ha posto le basi per l'emanazione del nostro articolo 111 Cost., di cui si è parlato nel paragrafo precedente.

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. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.

Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione».

⁹¹ M. ORLANDI, *La nuova cultura del giusto processo nella ricerca della verità*, Giuffrè, 2007, p. 24.

⁹² Art 10 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo: «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».

⁹³ Art 6 CEDU prima parte del comma 1: «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata

Successivamente, agli stessi principi fa riferimento, all'art 14⁹⁴, anche il *Patto Internazionale sui diritti civili e politici*, approvato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1966 ed entrato in vigore dieci anni dopo, e che, in generale, prevede il diritto dell'imputato di non essere costretto a deporre contro sé stesso o a confessare la sua colpevolezza.

Ed infine, è importante analizzare anche l'art. 47⁹⁵ della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea entrata in vigore nel 2000, che stabilisce gli stessi principi che troviamo nelle altre fonti e che disciplinano il giusto processo.

Passando all'analisi delle varie singole norme, prima fra tutti, anche secondo un criterio cronologico, partiamo dall'esame dell'art. 6 CEDU che affronta quattro temi molto importanti: il diritto di accesso ad un tribunale precostituito per legge, l'indipendenza ed imparzialità del tribunale, la ragionevole durata del processo e il principio del contraddittorio.

Il primo diritto, quindi quello relativo all'accesso ad un tribunale, stabilisce il principio secondo cui ogni persona ha il diritto di chiedere che la sua causa venga esaminata da un tribunale, il quale poi è chiamato a pronunciarsi sulla fondatezza o meno dell'accusa. Seppur con qualche limitazione, legata per esempio a determinate immunità, questo principio riguarda tutti in cittadini sia nell'ambito del processo penale e sia in quello civile. Il termine "precostituito per legge" rappresenta il principio dello stato di diritto; infatti, un giudice che non è stato costituito da una volontà del legislatore, anche in base al

equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti."

⁹⁴ Art 14 prima parte comma 1 del patto internazionale dei diritti civili e politici: "Tutti sono eguali dinanzi ai tribunali e alle corti di giustizia. Ogni individuo ha diritto ad un'equa e pubblica udienza dinanzi a un tribunale competente, indipendente e imparziale, stabilito dalla legge, allorché si tratta di determinare la fondatezza dell'accusa penale che gli venga rivolta, ovvero di accertare i suoi diritti ed obblighi mediante un giudizio civile».

⁹⁵ Art 47 Carta di Nizza: «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 è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia».

fatto che è stato commesso nello specifico, si considera privo di una legittimità richiesta da una società democratica⁹⁶.

Con il termine legge si fa riferimento non solo alla legge che nello specifico riguarda la costituzione e la composizione dei giudici ma qualsiasi legge che ha efficacia vincolante in virtù del fatto che è stata emanata dal potere legislativo.

L'introduzione di questa espressione ha un'importanza tale da avere delle ripercussioni anche nei vari Stati membri, in quanto, è volta a limitare la discrezionalità dei giudici in modo tale da garantire la loro imparzialità e la loro indipendenza. Nel caso di tribunale che difetta del requisito della precostituzione ci sarà la riapertura del processo con conseguente eliminazione del difetto in quanto c'è stata una violazione dell'art. 6 della CEDU⁹⁷.

Il diritto ad un processo equo, oltre alla necessità di un tribunale precostituito per legge, richiede anche l'esistenza di un tribunale indipendente ed imparziale. Infatti, per ciò che riguarda l'indipendenza, questa concerne sia il rapporto con gli altri poteri – esecutivo e legislativo – e sia il rapporto con le altre parti del processo e consiste nell'obbligo che ha il giudice essere assoggettato soltanto alla legge. A livello sovranazionale per affermare che un giudice sia effettivamente indipendente bisogna tenere in considerazione tre diversi aspetti: le modalità di nomina dei suoi membri, per questo i giudici vengono nominati dal Parlamento e solo in alcuni casi anche dal potere esecutivo a condizione che non vengano, però, sottoposti a nessuna limitazione; la durata del mandato, per cui non viene indicato un periodo massimo di durata in carica dell'organo giudiziario e proprio la loro inamovibilità integra il requisito dell'indipendenza; e le garanzie contro le pressioni esterne, infatti nessun giudice deve subire nessuna pressione interna o esterna alla magistratura; quindi, non deve essere sottoposto a nessuna direttiva o controllo da parte o dei giudici stessi o dai titolari di altri poteri. A tal proposito, nel caso *Morris c. Regno Unito*⁹⁸ la Corte di Strasburgo ritrova nell'inamovibilità del giudice un corollario dell'indipendenza.

⁹⁶ CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, *Guida sull'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Diritto ad un processo equo (profilo penale)*, 2022, p. 21.

⁹⁷ In molti casi la Corte si è pronunciata al riguardo dichiarando che l'organo chiamato a giudicare non fosse un tribunale precostituito per legge, ad esempio nel caso *Lavents c. Lettonia* in quanto la composizione dell'organo giudicante non era conforme alla legge a causa dell'incompatibilità dei due giudici.

⁹⁸ Corte EDU, 15 febbraio 2005 n. 59, *Morris c. Regno Unito*.

Invece per ciò che riguarda l'imparzialità, la CEDU contiene una tutela di questo principio più ampia rispetto a quella che ne può derivare dalla Costituzione; infatti, questa coinvolge il rapporto tra il giudice e la prova e si definisce come l'assenza di pregiudizi o di convinzioni assunte dal giudice prima della valutazione delle prove nel contraddittorio tra le parti. Inoltre, il *quid pluris* che troviamo nel diritto europeo riguarda la tutela dell'imparzialità del giudice anche per ciò che riguarda l'apparenza: il giudice non deve solo essere imparziale ma deve apparire come tale dato che le impressioni che vengono percepite all'esterno assumono una certa importanza, dal momento che la regola che muove tutto il processo equo ha lo scopo di proteggere la fiducia che i cittadini di uno stato democratico ripongono nella figura del giudice⁹⁹.

Anche in quest'ambito la Corte EDU si è pronunciata nel caso *Bracci c. Italia*¹⁰⁰, individuando un deficit di imparzialità per il fatto in presenza di circostanze che dimostrano un malanimo del giudice nei confronti del ricorrente.

La Corte, riguardo questo aspetto, ha introdotto la distinzione tra un approccio soggettivo ed uno oggettivo¹⁰¹: il primo aspetto fa riferimento all'obbligo che ha il giudice di prendere una decisione rimanendo imparziale, e quindi garantendo che i suoi interessi personali non siano né in armonia né in conflitto con quelli, sia essi di natura pubblica o privata, in gioco. Mentre il secondo riguarda semplicemente le modalità delle decisioni, per cui si parla di un giudice imparziale quando ha rispettato tutti gli obblighi prescritti dalla legge nell'emanazione della decisione finale. Analizzando la giurisprudenza riguardo questi due aspetti poche sono le pronunce della Corte di Strasburgo in cui è stata accertata la mancanza di imparzialità sotto il punto di vista soggettivo, anche se numericamente superiori si presentano le pronunce nelle quali i giudici hanno accertato la violazione del principio di imparzialità dal punto di vista oggettivo¹⁰².

In due casi ci può essere un difetto di imparzialità: o quando la decisione finale viene presa da un giudice che si è precedentemente pronunciato su particolari aspetti della questione (imparzialità di tipo funzionale), oppure nel caso in cui si assiste ad una violazione dei divieti di utilizzo della stampa o di risposta alle provocazioni (imparzialità di

⁹⁹ A. GAITO, *Il giusto processo*, Wolters Kluwer, 2022, p. 62.

¹⁰⁰ Corte EDU, sez. III, sent. 13 ottobre 2005, *Bracci c. Italia*, n. 52.

¹⁰¹ CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, *Guida sull'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Diritto ad un processo equo profilo penale*, cit., p. 26.

¹⁰² H. BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, cit., p. 48-49.

natura personale). Si tratta di temi che stanno molto a cuore alla Corte Edu tanto che il seminario che comunemente apre l'anno giudiziario a Strasburgo, nel 2018 e nel 2019, era incentrato proprio su questi argomenti: «The authority of the Judiciary» e «Strengthening the confidence in the judiciary»¹⁰³.

Possiamo, quindi, dire che, mentre la posizione del giudice estranea e superiore alle parti assicura l'indipendenza della sua funzione giurisdizionale in ciascun caso specifico, e al contempo, la sua esclusiva sottomissione alla legge e la sua inamovibilità lo preservano da possibili influenze istituzionali esterne o interne; invece l'imparzialità impone che i giudici si trovino in una situazione di disinteresse rispetto all'oggetto della controversia da cui non devono trarre nessun tipo di beneficio o di svantaggio a seconda della decisione che viene presa¹⁰⁴.

Possiamo sintetizzare tutto ciò che abbiamo fin qui detto con una frase molto significativa: «è il tribunale l'organo stabilito dalla legge, che sia di piena giurisdizione rispetto ad ogni questione di fatto e di diritto. Esso deve essere previsto dalla legge, imparziale e indipendente, deve avere piena giurisdizione e poter definire la causa con una decisione non modificabile da altra autorità che non sia giudiziaria¹⁰⁵».

Inoltre, il giudice deve porre in essere tutti gli atti necessari affinché il processo si possa concludere nel più breve tempo possibile, in quanto un processo esageratamente lungo comporta dei danni sia per l'imputato e sia per lo Stato, dato che l'irragionevole durata determina sia una giustizia viziata, e tante volte anche negata in virtù dell'istituto della prescrizione, e sia uno spreco di risorse, uomini e denaro che potrebbero essere impiegati in altri processi¹⁰⁶.

Infine, gli ultimi due principi che devono essere rispettati per completare la disamina del giusto processo sono quelli del contraddittorio e della parità delle armi, secondo i quali ogni parte ha l'obbligo di presentare tutte le proprie argomentazioni in udienza con la presenza sia del giudice ma soprattutto della controparte che, in questo modo, ha la possibilità di conoscere tutto ciò che viene presentato all'organo giudicante e ha anche la

¹⁰³ G. CANESCHI, *L'imparzialità del giudice nel prisma della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e le ricadute sull'ordinamento interno*, in *Archivio penale* 2022, 2, p. 2.

¹⁰⁴ A. GAITO, *Il giusto processo*, cit., p. 53.

¹⁰⁵ V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il mulino, 2016, p. 232.

¹⁰⁶ R. KOSTORIS, *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, Giapichelli, 2005, p. 3.

possibilità di presentare osservazioni, argomentazioni e controbattere. Inoltre, il contraddittorio si svolge nell'assoluta parità dei diritti che vengono conferiti ad entrambe le parti.

Il “*fair trial*” e tutte le garanzie che ne derivano non sono disciplinati soltanto all'interno della CEDU ma anche da altre fonti, basti pensare all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE che disciplina, *in primis*, il principio della tutela giurisdizionale effettiva secondo cui ogni ricorrente ha diritto ad ottenere dal giudice una pronuncia di merito sulla fondatezza o meno della domanda proposta e successivamente va a rimarcare l'importanza dei singoli corollari del giusto processo: la sua ragionevole durata stabilendo che, in caso di violazione deve essere garantito alla vittima un adeguato risarcimento e che il mancato rispetto di questo requisito non possa portare all'annullamento della sentenza impugnata; il principio della parità delle armi in combinato disposto con il diritto all'assistenza legale; il principio del contraddittorio ed infine il diritto ad un giudice terzo ed imparziale.

Riguardo a quest'ultimo aspetto, l'art. 47 impone all'organo giurisdizionale sia di essere immune da qualsiasi tipo di intervento o pressione esterna che possa mettere a repentaglio la sua indipendenza (c.d. indipendenza esterna) e sia di rispettare l'equidistanza e l'obiettività dalle parti (c.d. indipendenza interna)¹⁰⁷.

Infine, anche l'art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo stabilisce il principio secondo cui ogni individuo ha il diritto ad un'equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente ed imparziale, caratteristiche che sono necessarie per l'amministrazione della giustizia in una società democratica¹⁰⁸. I tribunali devono essere indipendenti ed imparziali rispetto al potere politico; quindi, è solo la legge che deve orientare l'attività del giudice per cui questa deve essere imparziale ed indipendente e volta esclusivamente alla tutela dei diritti umani. Si parla, quindi, di un principio basato su una separazione e su un bilanciamento fra i poteri e questo è l'unico sistema in grado di garantire imparzialità e indipendenza dell'organo giurisdizionale.

Tutti questi principi che sono individuati a livello europeo hanno anche delle ripercussioni nel diritto dei vari Stati membri, in quanto questi, nel momento in cui ogni singolo Stato ha deciso di aderire a questa nuova comunità europea, si sono fatti carico anche di una serie di obblighi volti al rispetto, all'interno di ogni giurisdizione, della disciplina

¹⁰⁷ V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit., p.246.

¹⁰⁸ M. FRANCESCHINI, *I diritti umani e lo stato della civiltà Articolo 10. Per una vera giustizia*, in *Linee guida per l'attuazione dei diritti umani*, 2018.

europea e soprattutto della tutela dei propri diritti. Infatti, significativo è sicuramente il rapporto tra la Carta di Nizza e la CEDU e il nostro ordinamento giuridico.

Andando per ordine, l'art. 51 della Carta di Nizza al paragrafo 1 definisce il suo ambito di applicazione¹⁰⁹ indicando come destinatari della disciplina tutte le istituzioni e tutti gli organi dell'Unione Europea e anche tutti gli Stati membri ma esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'UE¹¹⁰; ma non solo, anche l'art. 6 del Trattato di Lisbona conferisce lo stesso valore giuridico dei trattati a tutti i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Ma una questione che deve essere affrontata è quella relativa allo standard di tutela che deve essere seguito dai vari Stati membri nell'applicazione dei diritti umani garantiti a livello europeo; il dubbio nasce dall'analisi dell'art. 53¹¹¹ della stessa Carta che stabilisce il divieto di interpretare una qualsiasi disposizione della Carta come lesiva dei diritti dell'uomo e delle sue libertà fondamentali riconosciuti a livello nazionale. Per cui nella Sentenza Melloni¹¹² del 2013 la Corte di Giustizia dell'UE ha affermato che l'art. 53 della Carta non autorizza uno Stato membro ad applicare lo standard di tutela previsto dalla propria Costituzione quando questo è più elevato di quello stabilito dal diritto eurounitario, in modo tale da pregiudicare il principio del reciproco riconoscimento, in quanto verrebbe compromesso il principio del primato dell'Unione europea. Quindi è possibile che i vari stati membri procedano all'applicazione dei principi per ciò che viene indicato all'interno delle proprie legislazioni nazionali ma fino a quando questo non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta¹¹³.

Invece, per ciò che riguarda il rapporto tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il nostro ordinamento giuridico ad oggi è pacifico che le disposizioni della

¹⁰⁹ Art 51 Carta UE: «L'articolo 51 è inteso a determinare il campo di applicazione della Carta. Esso mira a stabilire chiaramente che la Carta si applica innanzitutto alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà [...].

Per quanto riguarda gli Stati membri, la giurisprudenza della Corte sancisce senza ambiguità che l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali definiti nell'ambito dell'Unione vale per gli Stati membri soltanto quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione».

¹¹⁰ V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit., p. 84.

¹¹¹ Art. 53 Carta di Nizza: «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri».

¹¹² Corte di Giustizia, 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, ove ha emanato una decisione in merito all'applicazione o meno di un mandato di arresto europeo.

¹¹³ Sentenza Melloni, cit., p. 55-64.

Convenzione devono essere osservate nell'ordinamento nazionale, e di conseguenza ogni Stato membro è obbligato ad emanare tutte le disposizioni necessarie volte ad attuare tutti i diritti della Convenzione all'interno di ogni ordinamento giuridico.

In generale la natura vincolante della Convenzione nei vari Stati membri è disciplinata dall'art. 1 della stessa il quale dichiara che le Parti contraenti "riconoscono" i diritti elencati nel testo e si obbligano a rispettarli.

Ma anche l'art. 13 CEDU è significativo, soprattutto nella parte in cui stabilisce che ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciute dalla Convenzione siano stati violati ha diritto ad un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice nazionale¹¹⁴.

Il ruolo della Convenzione nel nostro ordinamento giuridico ha poi assunto un ruolo fondamentale con la riforma del titolo V della Costituzione del 2001 che ha modificato il comma 1 dell'art. 117 della Costituzione¹¹⁵ introducendo l'obbligo per il potere legislativo di emanare delle norme che siano conformi ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali. All'indomani di questa modifica molte sono state le interpretazioni che sono state presentate, ma è stata la stessa Corte costituzionale a ritenere che questa disposizione non conferisse rango costituzionale alla Convenzione; tuttavia, imponesse al legislatore italiano il limite del rispetto degli obblighi internazionali. Viene comunque attribuita alle norme della convenzione un forte resistenza tale da considerarle "norme interposte", nel senso che l'obbligo del rispetto di queste norme fa sorgere una questione di incostituzionalità nel caso di violazione¹¹⁶.

Nel rapporto con gli organi giurisdizionali nazionali, la Corte europea ha un ruolo di supplenza, infatti il primo livello di tutela è affidato alle giurisdizioni interne e solo successivamente il cittadino può chiedere un eventuale controllo da parte della Corte europea sull'effettivo modo di applicazione dei diritti garantiti.

Inoltre, ogni Stato membro ha l'obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea in quanto l'esecuzione delle sentenze della Corte costituisce parte integrante dell'equo processo stabilito all'art. 6 CEDU¹¹⁷.

¹¹⁴ U. VILLANI, *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cacucci editore, 2015, p. 97.

¹¹⁵ Art 117 comma 1 Costituzione: «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

¹¹⁶ U. VILLANI, *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cacucci editore, 2015, p. 103.

¹¹⁷ S. LONATI, *Processo penale e rimedi alle violazioni delle garanzie europee*, CEDAM, 2022, p. 12-13.

L'ultimo problema che dobbiamo risolvere riguarda i rimedi che possono essere applicati nel caso di violazione delle garanzie europee; la raccomandazione Rec (2000)2 in combinato disposto con le risoluzioni DH(2002)30 e DH(2004)13 adottate dal Comitato dei Ministri hanno ritenuto l'apertura del procedimento già concluso essere il mezzo più efficiente per garantire alla vittima la *restitutio in integrum* e quindi l'eliminazione di tutte le conseguenze dannose che ne sono derivate da una decisione in violazione dei diritti della CEDU; le modalità di tale rimedio non vengono individuate dalla stessa Corte ma è ogni singolo Stato che deve individuare i mezzi attraverso i quali raggiungere questo obiettivo: per questo nel nostro ordinamento viene introdotto l'istituto della "revisione europea" con la sentenza n. 113/2011¹¹⁸ della Corte costituzionale.

Fermo restando che per poter chiedere la revisione europea la vittima deve aver esaurito tutti i rimedi interni, per la sua adozione devono comunque sussistere tre diverse caratteristiche: l'esistenza di una violazione della Convenzione, la parte lesa deve subire delle conseguenze negative molto gravi dalla decisione del giudice nazionale e la violazione deve riguardare o norme sostanziali della Convenzione oppure errori od omissioni di procedura.

Successivamente questa particolare categoria di revisione è stata modificata con la sentenza della Corte costituzionale n. 2010/2013 con cui è stata ritenuta ammissibile la riapertura del processo anche nei casi che presentano le stesse caratteristiche (c.d. casi analoghi) e indipendentemente da una pronuncia sul caso concreto da parte della Corte EDU. Inoltre, va anche considerato che la riapertura del processo può essere disposta solo dal condannato o dal sottoposto a misure di sicurezza e che vige il divieto di *reformatio in peius*¹¹⁹.

In ogni caso, non va dimenticato che stiamo analizzando uno degli istituti che più è in continua trasformazione e quindi sarà, probabilmente, oggetto di successive modifiche; tuttavia, resta fermo il fatto che tutti questi strumenti tendono a garantire, nel nostro ordinamento giuridico, lo sviluppo di un giusto processo all'interno di una cornice che va a garantire i diritti di entrambe le parti e caratterizzato dalla complessa figura di un giudice terzo e imparziale, sottoposto soltanto agli obblighi che impone la legge, che però,

¹¹⁸ Sentenza che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede un'ipotesi di revisione quando ciò risulta necessario per conformarsi ad una decisione della corte europea.

¹¹⁹ S. LONATI, *Richiesta per l'esecuzione delle sentenze di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo: il nuovo art. 628 bis c.p.p.*, in *Sistema penale*, p. 34.

come vedremo nei capitoli successivi, in particolari situazioni e quando sussistono particolari caratteristiche, può anche svolgere dei poteri istruttori.

CAPITOLO 2 LA DISCIPLINA PROBATORIA NEL NUOVO CODICE DEL 1988

1. Il “diritto alla prova” come fulcro del processo penale: analisi ed evoluzione dell’art 190 c.p.p.

Uno degli aspetti più importanti e che più si è evoluto nel passaggio dal sistema inquisitorio al sistema accusatorio è il regime delle prove, dalla loro presentazione, alla loro assunzione, fino alla loro valutazione. Infatti, nel sistema inquisitorio il regime probatorio era scarsamente disciplinato, appartenendo esclusivamente al giudice il potere di presentare e assumere le prove; viceversa, nel sistema accusatorio, questo, è stato oggetto di una prima attenta analisi e regolamentazione che ha portato, poi, alla creazione di una disciplina *ad hoc* collocata nel libro III del nuovo codice di procedura penale¹²⁰.

Col tempo, quindi, si è cercato di creare un sistema in cui lo scopo principale è sembrato essere quello di attuare la giustizia cercando di emanare sempre una sentenza giusta o comunque facendo sì che la sentenza ingiusta fosse sempre più lontana¹²¹.

È pacifico che nel passaggio dal sistema inquisitorio a quello accusatorio l’aspetto che è stato maggiormente modificato ha riguardato il tema delle prove e nello specifico il metodo di ricerca della verità e della fondazione del giudizio giuridico anche in virtù del fatto che si è passati da una ricerca della “verità storica” ad una ricerca della “verità processuale”, intendendo con la prima espressione la verità assoluta, difficile da trovare, ma che è in grado di descrivere i fatti così come sono realmente accaduti, mentre la seconda fa riferimento alla realtà che deriva esclusivamente da ciò che emerge dall’analisi delle prove che vengono presentate davanti al giudice, e che possono o meno riflettere la verità dei fatti. Infatti, la verità processuale, emergente dal processo, si forma tramite un percorso di acquisizione della conoscenza che segue rigorose regole sull’ammissione, assunzione e valutazione delle prove, le quali inevitabilmente influenzano il corso dell’indagine¹²².

¹²⁰ P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Giuffrè, 2012, p. 9.

¹²¹ A. BARGI, *Cultura del processo e concezione della prova*, in A. GAITO, *La prova penale*, UTET, 2008, p. 41.

¹²² I. ROSONI, *Verità storica e verità processuale. Lo storico diventa perito*, in *Acta histriae*, 2009, p. 129.

Il tema del rapporto tra verità processuale e verità storica, e di conseguenza il rapporto tra giudici e storici, è stato oggetto di tantissimi scritti¹²³, tra i quali un ruolo importante viene attribuito a quello di Calamandrei¹²⁴ (1939), non concluso e completato poi da Ginzburg (1991), in cui si prende come esempio l'omicidio di Luigi Calabresi, dimostrato sul piano processuale mediante la sola testimonianza di un pentito ma prova che dagli storici non sarebbe mai stata ritenuta sufficiente per dimostrare la colpevolezza dell'imputato.

Secondo un'attenta analisi, le ragioni che hanno portato il legislatore a disciplinare in maniera così rigorosa e precisa il procedimento probatorio nel processo penale derivano dalla necessità di dare una regolamentazione univoca al principio del "libero convincimento del giudice", dato che, negli ultimi tempi, si sono venute a creare diverse interpretazioni totalmente differenti fra di loro.

Infatti, questo principio è stato, da sempre, suscettibile di riempirsi di diversi contenuti: talvolta è stato inteso come "libertà di scelta e di valutazione della fonte di conoscenza" e talvolta come "mera libertà di valutazione della prova", per questo motivo darne una definizione è sempre stato abbastanza complesso¹²⁵.

La definizione di questo principio è stata, nel tempo, in continua evoluzione: durante l'epoca del fascismo, il principio del libero convincimento veniva utilizzato come simbolo del processo inquisitorio in quanto si passò dal libero apprezzamento della prova ad una vera e propria libertà della prova, si parlava quindi di un principio che garantiva la dominanza del giudice nel regime probatorio a discapito della perdita di tutte le garanzie dei cittadini.

Successivamente, il passaggio dal processo inquisitorio al processo accusatorio ha portato ad una modifica di questo assunto che, secondo quanto indicato dall'odierno articolo 192¹²⁶ del codice di rito, consiste in una libertà di valutazione della prova, e non in una libertà di scelta della prova, che trova un suo limite nell'obbligo di una completa e dettagliata motivazione tale da non trasformare questa libertà in un libero arbitrio.

¹²³ Esempi significativi sono le opere di: CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Editori laterza, 2009.

¹²⁴ CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, 1939.

¹²⁵ V. MAFFEO, *Il procedimento probatorio nel processo penale*, Edizioni scientifiche italiane, p. 15.

¹²⁶ Art. 192 comma 1 c.p.p.: «il giudice valutata la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati».

Nello specifico, la creazione di un libro apposito dedicato alle prove ha portato alla creazione di un vero e proprio “diritto delle prove” in cui ogni aspetto dell’assunzione e valutazione delle stesse è specificatamente regolamentato: infatti, il giudice ha il potere di decidere sulla base delle prove che gli vengono presentate dalle parti che hanno il compito di ricercarle, chiederne l’ammissione e contribuire alla formazione delle stesse¹²⁷. Di conseguenza si richiama un concetto di cui si fa espresso riferimento sia nel codice di rito e sia all’interno della Costituzione, nello specifico al comma 3 dell’art. 111, che prevede la facoltà, che ha ogni parte, di interrogare o far interrogare persone che rendono dichiarazioni davanti al giudice¹²⁸.

In questo contesto la prova è, quindi, una parte essenziale in quanto rappresentazione di un perfetto bilanciamento tra i poteri delle parti e quelli del giudice, dato che le prime, salvo eccezioni, hanno il potere di ricercare e presentare in giudizio tutte le prove necessarie per dimostrare la propria tesi, in modo tale da rappresentare al meglio il principio dispositivo, mentre il secondo analizza ciò che gli viene presentato e decide le sorti del processo; decisione che, poi, deve essere conforme sia alla legge e sia al principio di ragionevolezza e deve essere presa obbligatoriamente a seguito di un contraddittorio tra le parti.

In quest’ambito diventa fondamentale per il giudice il rispetto dei principi di imparzialità e terzietà in quanto egli è tenuto a decidere sul caso concreto solo ed esclusivamente sulla base delle prove che le parti hanno presentato, e proprio per questo motivo spesso non si riesce a trovare una perfetta coincidenza tra la verità storica e la verità processuale.

All’uopo tutto il procedimento probatorio è regolato dal principio di legalità secondo cui è la legge che va a disciplinare caso per caso quali prove possono essere acquisite nel singolo processo e quali no, si parla, infatti, delle c.d. “prove tipiche”; anche se, come disciplinato all’art. 189 c.p.p.¹²⁹, il giudice può anche assumere delle prove non disciplinate dalla legge quando queste rispettano determinati requisiti: devono essere ido-

¹²⁷ P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 17.

¹²⁸ A. BALSAMO, *commento all’art. 190 c.p.p.*, in G. LATTANZI, E. LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*. Giuffrè, Vol II, 2020, p. 32.

¹²⁹ 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».

nee ad assicurare l'accertamento dei fatti e devono assicurare la libertà morale della persona o della fonte di prova, inoltre, anche le modalità di assunzione di queste prove devono essere individuate dal giudice dopo aver sentito le parti¹³⁰.

L'attività probatoria è, inoltre, definita entro due limiti che vengono imposti dalle parti stesse: quello del *thema probandum* consistente nella descrizione del fatto da analizzare che viene presentata dall'atto che dispone l'esercizio dell'azione penale, e che viene confermata nel decreto che dispone l'apertura del processo e può essere soggetta a eventuali modifiche durante l'udienza preliminare o il dibattimento. In sintesi, il *thema probandum* è l'oggetto della prova. E quello del *thema probans* consistente, invece, in tutte le prove che vengono utilizzate per dimostrare il *thema probandum*; ricomprende, quindi, tutte le prove che nel concreto vengono utilizzate dalle parti per sostenere la propria tesi. Fa riferimento, quindi, agli elementi di prova effettivamente presentati¹³¹.

Nel contesto probatorio, di maggior rilievo è l'articolo 190¹³² del codice di rito rubricato "diritto alla prova", che va a sancire alcuni principi fondamentali che devono necessariamente essere sempre rispettati. In generale, i primi due aspetti su cui si fonda il diritto alla prova sono due presunzioni *iuris tantum*: la presunzione di ammissibilità della prova richiesta dalle parti (sancita al comma 1) e la completezza della prova richiesta dalle stesse (sancita al comma 2).

Oggi è pacifico dire che il diritto alla prova ricomprende il potere che ricade in capo alle parti di: ricercare le fonti di prova, chiedere l'ammissione della stessa, partecipare alla sua assunzione, ottenere una valutazione del giudice su ciò che è stato presentato e controllare se la valutazione è logica e rispetta i requisiti fissati dalla legge¹³³.

Questa disposizione viene considerata la norma cardine dell'intero sistema processuale perché, nella parte in cui regola il principio dispositivo, introducendo nel nuovo codice uno degli aspetti più importante del sistema accusatorio, cioè l'espansione dei poteri delle parti, che sono diventate le uniche a poter presentare prove in giudizio, in favore

¹³⁰ P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, cit., p.308.

¹³¹ O. DOMINIONI, *Il corpo del diritto delle prove: disposizioni generali*, in P. CORSO, O. DOMINIONI, A. GAITO, G. SPANGHER, N. GALANTINI, L. FILIPPI, G. GARUTI, O. MAZZA, G. VARRASO, D. VIGONI, *Procedura penale*, cit., p.264.

¹³² Art. 190 c.p.p.: «le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti. La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse d'ufficio. I provvedimenti sull'ammissione della prova possono essere revocati sentite le parti in contraddittorio».

¹³³ P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 63.

di una riduzione dei poteri inquisitori del giudice limitandoli ai soli casi previsti dalla legge¹³⁴.

Quindi, prima ancora della presentazione delle prove, il principio dispositivo si manifesta nell'attività di ricerca delle stesse; infatti, sulle parti incombe l'obbligo di ricerca della prova, dato che sono l'accusa e la difesa che devono svolgere tutte le attività di indagine volte alla ricerca delle prove necessarie da presentare in giudizio per dimostrare la propria tesi; responsabilità che ricade in primo luogo sul pubblico ministero, in quanto su di lui ricade l'onere della prova, e successivamente anche sul difensore, il quale ha il compito di ricercare di tutti gli atti volti a confutare la tesi del p.m.¹³⁵.

Successivamente grava sulle parti anche l'onere di presentare le prove in giudizio; tuttavia, in questo ambito il principio dispositivo non è assoluto dato che è lo stesso articolo a limitarlo nel momento in cui attribuisce al giudice sia il potere di presentare nuove prove *ex officio*, e sia quello di escludere le prove vietate dalla legge, manifestamente superflue o irrilevanti, in modo tale da ammettere solo quelle prove che vengono considerate assolutamente necessarie e rilevanti.

A questa esclusione il giudice necessariamente arriva dopo un'analisi estremamente rigorosa sulla rilevanza e sulla superfluità della prova: rilevanza che riguarda la sussistenza di tutti i requisiti indicati all'art. 187 c.p.p.¹³⁶ e superfluità che fa riferimento all'effettiva utilità della prova¹³⁷; quindi mentre il giudizio di superfluità consiste nel divieto di valutare delle prove volte a conoscere un elemento già precedentemente provato, il giudizio di rilevanza consiste nell'obbligo, che ha il giudice, di valutare soltanto quelle prove che, per le loro caratteristiche, possono provare l'esistenza o meno di un fatto.

È bene però fare una precisazione, perché il principio dispositivo di cui abbiamo parlato non è un principio assoluto ma è tendenzialmente dispositivo, in quanto le parti dispongono della prova solo in positivo, cioè hanno il potere di presentare prove al giudice a sostegno della propria tesi, tuttavia non dispongono delle prove in negativo, cioè

¹³⁴ A. D'ANDREA, *Commento all'art. 190 c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, Giuffrè, 2023, p. 667.

¹³⁵ P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 63.

¹³⁶ Art 187 c.p.p.: «sono oggetto di prova i fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza. Sono altresì oggetto di prova i fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali. Se vi è costituzione di parte civile, sono inoltre oggetto di prova i fatti inerenti alla responsabilità civile derivante dal reato».

¹³⁷ A. D'ANDREA, *Commento all'art. 190 cp.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 668.

la loro inerzia non può precludere l'ammissione di prove assolutamente indispensabili per l'accertamento dei fatti¹³⁸, da qui la creazione del comma 2 dello stesso articolo tramite il quale vengono affidati poteri probatori *ex officio* al giudice e di cui parleremo nel proseguo.

Occorre, in questo senso, fare una precisazione: i mezzi di prova che possono essere ammessi solo a richiesta di parte non possono essere ammessi *ex officio*, mentre quelli che possono essere ammessi dal giudice possono anche essere presentati dalle parti¹³⁹.

Su questo tema la Corte di cassazione si è pronunciata con una sentenza del 2010¹⁴⁰ tramite la quale ha ribadito il potere che ha il giudice di escludere le prove manifestamente superflue ed irrilevanti secondo una verifica che non interessa la legittimità della prova e deve essere adeguatamente motivata.

Questo vaglio di ammissibilità deve essere superato anche nel caso di presentazione della c.d. "prova contraria", cioè di quella prova presentata da una parte al fine di confutare o smentire l'allegazione o la tesi avanzata dall'altra, espressamente disciplinata all'articolo 495 del codice di rito¹⁴¹, e che è espressione del diritto della parità delle armi secondo cui ogni processo si deve svolgere in modo tale da assicurare gli stessi diritti probatori ad entrambe le parti.

Per ciò che riguarda la prova contraria la Suprema Corte si è pronunciata con due sentenze¹⁴² stabilendo che per ammettere una prova contraria è necessaria una richiesta specifica, non essendo sufficiente un generico riferimento alle prove a discarico indicate nella lista depositata ed è altresì necessaria anche la specifica indicazione dei nomi dei testimoni che vengono chiamati a depositare in udienza¹⁴³.

Tornando all'analisi dell'art.190, questo disciplina anche il comportamento del giudice, il quale deve provvedere senza ritardo con ordinanza sulla richiesta di ammissione

¹³⁸ G. SPANGHER, *La pratica del processo penale*, CEDAM, 2012, Vol. I, p. 461.

¹³⁹ O. DOMINIONI, *Il corpo del diritto delle prove: disposizioni generali*, in P. CORSO, O. DOMINIONI, A. GAITO, G. SPANGHER, N. GALANTINI, L. FILIPPI, G. GARUTI, O. MAZZA, G. VARRASO, D. VIGONI, *Procedura penale*, cit., p.269.

¹⁴⁰ Cass. S.U. 25 febbraio 2010 – 21 aprile 2010, n. 15208, Mills, CED 246585.

¹⁴¹ Art 495 comma 2 c.p.p.: «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».

¹⁴² Cass. Sez. VI maggio 2016 – giugno 2016, n. 26048, CED 266076 e Cass. Sez. V, 8 ottobre 2018 – 12 dicembre 2018, n. 55829, ivi 274623.

¹⁴³ G. LATTANZI, *Codice di procedura penale annotato con la giurisprudenza*, Giuffrè, 2022, p. 734.

di determinate prove; decisione che, però, può essere modificata anche nel corso del procedimento sentite le parti in contraddittorio: infatti il giudice, sentite le parti e quando lo ritenga necessario, può revocare l'ordinanza che dichiara le prove come superflue o irrilevanti e ammettere quelle determinate evidenze nel processo.

L'inserimento di questa norma tra le disposizioni generali in materia probatoria implica l'ampliamento dell'ambito di applicazione all'intero procedimento penale, trovando impiego sia per ciò che riguarda l'incidente probatorio, sia per l'udienza preliminare e sia per il dibattimento. Tuttavia, fanno eccezione le indagini preliminari, per cui non potrà parlarsi di diritto alla prova ma piuttosto di ricerca di tutti quegli indizi che possono dimostrare la propria tesi per poi presentarli in contraddittorio in udienza preliminare, e il giudizio d'appello in cui il diritto alla prova si concretizza solo nelle prove sopravvenute o scoperte dopo la sentenza di primo grado che devono comunque superare il giudizio di utilità e rilevanza del giudice ai fini della decisione finale¹⁴⁴.

Si viene, quindi, a creare una sorta di “processo antagonistico¹⁴⁵” in cui, in questo dualismo tra le parti, i risultati che derivano dalle prove presentate hanno rilevanza nella misura in cui la presentazione delle stesse rispetti tutti i requisiti fissati dalla legge.

Per completare la disamina del regime probatorio, bisogna passare in rassegna un ultimo aspetto fondamentale relativo all'invalidità di determinate prove che vengono presentate dalle parti.

L'invalidità si compone di due specie differenti: nullità e inutilizzabilità.

Secondo quanto indicato dagli artt. 187 e ss. del codice di rito, aventi una portata generale, è nulla la prova, e in generale qualsiasi atto, che viene compiuto in violazione delle norme sulle figure tipiche degli atti, i loro presupposti e le loro forme.

Invero, secondo quanto stabilito all'art. 191¹⁴⁶ c.p.p., che riguarda nello specifico le prove illegittimamente acquisite, sono inutilizzabili tutte quelle prove che violano le

¹⁴⁴ A. D'ANDREA, *Commento all'art. 190*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 669.

¹⁴⁵ F. DINACCI, *Le regole generali delle prove*, in C. CESARI, P.P. PAULESU, G. SPANGHER, A. MARADOLA, G. GARUTI, L. KALB, *Procedura penale. Teoria e pratica del processo penale*, in *Omnia tractata giuridici*, Vol. I, UTET, 2015, p. 760.

¹⁴⁶ Art. 191 c.p.p. «Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. L'inutilizzabilità è rilevante in ogni stato e grado del procedimento. Le dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque utilizzabili salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale».

disposizioni processuali che vietano determinate attività probatorie sia per ciò che riguarda l'ammissione e sia per ciò che riguarda l'assunzione¹⁴⁷.

L'inutilizzabilità può essere di due tipi: assoluta o relativa. La prima comporta la sua inutilizzabilità in ogni stato o grado del procedimento, la seconda invece si riferisce all'inutilizzabilità degli atti di indagine acquisiti durante le indagini preliminari e che possono poi essere utilizzati nel corso dell'udienza preliminare o del dibattimento. Inoltre, questo tipo di inutilizzabilità può essere limitata sia in senso oggettivo e sia soggettivo: nel primo caso è vietato l'utilizzo di una prova in determinate fasi del procedimento, nel secondo, invece, la prova può essere utilizzata nei confronti di alcuni soggetti e non di altri, o ancora, questa, può essere utilizzata solo a favore ma non contro l'imputato.

Un'altra differenza riguarda l'inutilizzabilità patologica e fisiologica: con la prima si fa riferimento a tutte quelle prove che sono inutilizzabili perché violano i divieti stabiliti dalla legge, mentre la seconda fa riferimento a tutte quelle prove che, pur rispettando le disposizioni in materia probatoria, non possono comunque essere utilizzate in quanto assunte senza contraddittorio¹⁴⁸.

Fondamentale per comprendere appieno l'esame della nullità e dell'inutilizzabilità è l'analisi degli effetti: infatti l'atto nullo, qualora sanato, può comunque produrre i suoi effetti, mentre la prova inutilizzabile non potrà mai essere valutata dal giudice.

Anche la stessa Corte di cassazione in una sentenza ha individuato la differenza tra nullità e inutilizzabilità e così scrive: «la nullità riguarda l'inosservanza di formalità di assunzione della prova, mentre l'inutilizzabilità concerne la presenza di una prova "vietata" per la sua intrinseca illegittimità oggettiva, ovvero per un procedimento acquisitivo illegittimo, che si pone al di fuori del sistema processuale¹⁴⁹».

2. Il ruolo del contraddittorio nell'istruzione probatoria

Dopo aver individuato e spiegato nel paragrafo precedente il principio dispositivo in materia probatoria secondo cui tutte le prove sono ammesse ad istanza di parte salvo

¹⁴⁷ O. DOMINIONI, *Il corpo del diritto delle prove: disposizioni generali*, in P. CORSO, O. DOMINIONI, A. GAITO, G. SPANGHER, N. GALANTINI, L. FILIPPI, G. GARUTI, O. MAZZA, G. VARRASO, D. VIGONI, *Procedura penale*, cit., p.282.

¹⁴⁸ P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 95.

¹⁴⁹ Cass. Pen. Sez VI, 15 marzo 1996, n. 5021.

qualche eccezione, è necessario passare in rassegna di uno dei principi fondamentali del processo penale: il principio del contraddittorio.

Il principio del contraddittorio comporta l'obbligo, che hanno le parti, di presentare qualsiasi tipo di prova in udienza alla presenza della controparte, in modo tale sia da farla conoscere ai protagonisti del processo e sia da mettere nelle condizioni le altre parti di controbattere e chiederne l'assunzione della prova a discarico.

Seppur inizialmente la Costituzione non parlasse esplicitamente di "contraddittorio" in nessuna delle sue disposizioni, la Corte ha da sempre individuato questo come una pietra angolare del processo penale garantito dal diritto di difesa¹⁵⁰ di cui all'art. 24 comma 2 della Costituzione¹⁵¹; e anche nelle sue prime pronunce è evidente l'interesse e la fiducia che la Corte ha riposto su questo principio. La prima sentenza che si concentrò sul tema del contraddittorio risale al 1957¹⁵² in cui si discusse sulla costituzionalità o meno del rito alternativo del decreto penale di condanna poiché in contrasto con la regola del contraddittorio¹⁵³.

Un paio di anni dopo, nel 1959, venne, invece, emanata la prima sentenza che dichiarava l'incostituzionalità di una norma del codice di procedura penale, perché in contrasto con il diritto di difesa e in modo particolare con il principio del contraddittorio; nello specifico, venne dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 133 comma 1 del codice del 1930, riguardante l'ipotesi del mandato difensivo congiunto conferito da più imputati nei confronti dello stesso difensore qualora sussistano le ipotesi di incompatibilità, perché lesivo del diritto di difesa nella parte in cui rimette a chi vi ha interesse la valutazione sulle situazioni di incompatibilità; in particolar modo la Corte affermava che il conflitto di interesse dovesse tradursi in "mancanza di assistenza" in modo tale da far venir meno il contrasto che stava alla base della difesa stessa¹⁵⁴.

¹⁵⁰ M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, Giuffrè, 1984, Vol. II, p. 172.

¹⁵¹ Art 24 comma 2 Costituzione: «la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento».

¹⁵² C. cost., 18 marzo 1957, n. 46, in *Giur. Cost.*, 1957, p. 587 ss.

¹⁵³ La questione in esame concerne gli articoli 24 e 27 della costituzione non essendo ancora presente, al tempo della sentenza, una norma che andasse a disciplinare nello specifico il principio del contraddittorio. Il processo si è, infine, concluso con un rigetto della domanda dato che è l'istituto che ammette la possibilità di concludere il processo senza un contraddittorio.

¹⁵⁴ S. LORUSSO, *Il contraddittorio: una riflessione filosofico-giuridica*, in F.R. DINACCI (a cura di), *Processo penale e costituzione*, cit., p. 347-348.

Successivamente, questo principio venne espressamente riconosciuto per la prima volta nel nostro ordinamento giuridico all'interno della Costituzione con la legge costituzionale del 23 novembre 1999 n. 2 che ha inserito, nella previa formulazione dell'art. 111, cinque nuovi commi¹⁵⁵ in grado di delineare con precisione le garanzie previste dal giusto processo, anche se, ancor prima di questa norma il principio in esame era individuato e disciplinato nella CEDU e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, norme che dovevano necessariamente essere rispettate anche all'interno del nostro ordinamento giuridico, in virtù – oggi – dell'art. 6, comma 1, TUE che attribuisce «lo stesso valore giuridico dei trattati» a questi atti, rendendoli direttamente applicabili in ogni Stato membro.

Infatti, il nuovo comma terzo dell'art 111 della Costituzione¹⁵⁶ non è altro che la rielaborazione di un principio che era già stato individuato all'interno dell'art. 6, comma 3, lett. d) CEDU¹⁵⁷ nella parte in cui sancisce il c.d. “*right to confrontation*” cioè il diritto che ha l'accusato di confrontarsi con il suo accusatore¹⁵⁸.

L'introduzione di questo principio nella Costituzione comporta il riconoscimento costituzionale di un principio che è stato, per lungo tempo, considerato quello più idoneo per arrivare ad una decisione che sia la più vicina possibile ad una verità storica¹⁵⁹.

Per cui la riforma costituzionale che ha portato alla creazione di questo nuovo articolo ha provocato l'esaltazione del principio del contraddittorio e la sua considerazione come fulcro ineliminabile del sistema processuale penale; infatti, non è più il dibattimento ad essere considerato il perno del sistema accusatorio ma lo diventa il contraddittorio, in qualunque fase esso si realizzi¹⁶⁰.

¹⁵⁵ In concreto i primi due commi hanno introdotto dei principi che riguardano qualsiasi processo: il necessario rispetto dei principi del giusto processo, del contraddittorio, della parità delle armi, la presenza di un giudice terzo e imparziale e la sua ragionevole durata. I tre commi successivi riguardano, invece, soltanto il processo penale individuando i diritti principali dell'imputato e della sua difesa che devono essere rispettati in ogni situazione.

¹⁵⁶ Art 111 comma 3 Cost.: «nel processo penale la legge assicura che la persona accusata di un reato [...] abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico [...]».

¹⁵⁷ Art 6 comma 3 lett. d): «ogni accusato ha diritto di: [...] esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico».

¹⁵⁸ P. MOSCARINI, *Principi delle prove penali*, Giappichelli, 2014, p. 33.

¹⁵⁹ P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 130.

¹⁶⁰ C. DE ROBBIO, *Il contraddittorio. Poteri ed opportunità della difesa nel procedimento penale*, Giuffrè, 2018, p. 5.

Ne deriva un importante corollario: il contraddittorio deve essere garantito in ogni fase del processo e non soltanto in quella dibattimentale; quindi, quanto più questo principio viene rispettato durante le indagini preliminari e l'udienza preliminare tanto più la prova che viene presentata potrà essere idonea ad essere valutata dal giudice; anche se il contraddittorio nelle indagini preliminari deve necessariamente essere limitato in favore di un bilanciamento tra questo ed un altro principio quale quello della segretezza degli atti.

Del principio del contraddittorio, nell'art. 111 se ne parla per ben tre volte: innanzitutto nel comma 2 considerandolo come un principio generalissimo che deve caratterizzare tutto il processo penale; poi nel comma 4 che fa riferimento, nello specifico, al rispetto di questo nella formazione della prova; ed infine al comma 5 vengono individuate le deroghe al principio di cui sopra¹⁶¹.

Un'attenta analisi dell'art. 111 ha portato alla luce determinate differenze che sussistono tra la legislazione nazionale e quella sovranazionale essendo la prima più specifica della seconda nella parte in cui introduce quello che una parte della dottrina ha definito "contraddittorio in senso soggettivo", con l'introduzione di una specifica clausola di garanzia nella seconda parte dello stesso quarto comma¹⁶². Per cui, l'imputato deve avere sempre la possibilità di controinterrogare chi l'accusa, altrimenti le sue dichiarazioni non possono essere valutate dal giudice ai fini della decisione finale; di conseguenza la violazione del principio del contraddittorio comporta, come sanzione, il divieto di utilizzare le dichiarazioni ottenute¹⁶³.

Uno studio più preciso della norma ci mostra come questo divieto non è assoluto, in quanto l'avverbio "volontariamente" sta ad indicare che se è la stessa controparte che decide di non controinterrogare l'accusatore, allora, il divieto in esame non ha valore.

Inoltre, il divieto di analogia *in malam partem* impone anche di non applicare questa regola nel caso in cui il mancato controinterrogatorio derivi da forza maggiore o da una pressione esterna¹⁶⁴.

¹⁶¹ M. CHIAVARIO, *Il diritto al contraddittorio nell'art. 111 Cost. 3 nell'attuazione legislativa*, in ASSOCIAZIONE TRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE, *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè, 2002, p. 23.

¹⁶² «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».

¹⁶³ P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 36.

¹⁶⁴ P. MOSCARINI, *Principi delle prove penali*, cit., p. 34.

La prima parte del comma 4 dell'art 111 della Costituzione sancisce, invece, un diverso aspetto del contraddittorio, il c.d. "contraddittorio in senso oggettivo"; che considera lo stesso come metodo di conoscenza universale nella formazione della prova. L'aspetto oggettivo di questo principio comporta l'obbligo del suo rispetto in qualsiasi stato e grado del processo e per l'assunzione di qualsiasi prova.

L'introduzione di questo obbligo ha posto la necessità di risolvere un problema abbastanza delicato cioè quello di regolare giuridicamente il grado di utilizzabilità delle dichiarazioni che gli organi della PG hanno assunto prima del dibattimento dalle persone informate sui fatti. È evidente come l'utilizzo di queste prove assunte fuori udienza comporterebbe un'eccessiva compressione del principio del contraddittorio; tuttavia, l'inutilizzabilità di queste conoscenze comporterebbe la perdita di informazioni troppo rilevanti per risolvere la questione. Per questo motivo, i redattori del nostro codice di procedura penale hanno optato per una via intermedia, secondo cui tutti gli atti e la documentazione ottenuta prima del dibattimento non possono essere acquisiti in questa sede per provare i fatti: tuttavia, per non perdere completamente questa ricchezza, possono essere assunti per mezzo dell'istituto della "contestazioni nell'esame testimoniale¹⁶⁵", secondo cui queste informazioni possono essere utilizzare per contestare quelle che rende lo stesso teste in una fase diversa del processo, invero nel dibattimento, quando queste sono evidentemente incongruenti fra di loro.

Per cui, le dichiarazioni rese dalle parti durante le indagini preliminari hanno un ruolo fondamentale, dato che sono utilizzate per valutare la credibilità del teste che, poi sarà chiamato a rendere dichiarazioni nel corso del dibattimento; su tale aspetto si è pronunciata anche la Corte di Cassazione¹⁶⁶ affermando che «le dichiarazioni fornite dal testimone e usate per la contestazione possono essere valutate solo ai fini della credibilità dello stesso, ma mai come elemento di prova dei fatti in esso narrati, neppure quando il dichiarante riconosca di averle rese».

¹⁶⁵ Art. 500 comma 1 c.p.p.: «Fermi di 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».

¹⁶⁶ Cass. Pen. Sez III, 15 aprile 2015, n. 20388.

Tuttavia, la regola generale non vale in tutti i casi, infatti sono presenti delle eccezioni date dagli articoli 500¹⁶⁷ comma 4 e 513¹⁶⁸ del codice di rito che dispongono, nel primo caso, l'utilizzo delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari come vera e propria prova nel dibattimento quando vi è fondato motivo che il teste sia sottoposto a minaccia o violenza; mentre nel secondo caso si ammette la possibilità di utilizzare come prova le disposizioni rese dall'imputato nel corso delle indagini preliminari o nell'udienza preliminare. La *ratio* della prima eccezione è quella di evitare un inquinamento probatorio, soprattutto nei processi riguardanti la criminalità organizzata dove le pressioni sono maggiori. In questi casi il giudice deve svolgere tutti gli accertamenti necessari per dimostrare i suoi sospetti e può servirsi anche di elementi forniti dalle parti ovvero di circostanze emerse dentro e fuori il dibattimento.

Nel secondo caso invece, la *ratio* che ne sta alla base riguarda l'esigenza di utilizzare tutte le dichiarazioni utili per la decisione finale. Avendo, questa norma, un carattere eccezionale e residuale, si applica solo alle dichiarazioni espressamente stabilite dalla legge, quindi non si applica alle: sommarie informazioni assunte dalla p.g., sommarie informazioni assunte nelle forme dell'art. 351 comma 1*bis*, le dichiarazioni rese dal p.m. come indagini integrative e agli atti provenienti da altri procedimenti. Inoltre, durante la lettura l'imputato ha la facoltà di non rispondere e possono essere utilizzate solo nei confronti di colui che le ha rese.

All'*uopo*, per rendere più preciso lo studio del principio del contraddittorio bisogna passare in rassegna un'altra differenziazione: quella fra contraddittorio debole e contraddittorio forte.

¹⁶⁷ Art. 500 comma 4: «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, le dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero precedentemente rese dal testimone sono acquisite al fascicolo del dibattimento e quelle previste dal comma 3 possono essere utilizzate».

¹⁶⁸ Art. 513 c.p.p. «Il giudice, se l'imputato è assente ovvero rifiuta di sottoporsi all'esame, dispone, a richiesta di parte, che sia data lettura dei verbali delle dichiarazioni rese dall'imputato al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero o al giudice per le indagini preliminari nell'udienza preliminare, ma tali dichiarazioni non possono essere utilizzate nei confronti di altri senza il loro consenso salvo che ricorrano i presupposti di cui all'art. 500 comma 4. [...]».

Entrambe le declinazioni di questo principio sono disciplinate all'art. 111 ma in due commi diversi; infatti, il contraddittorio debole è individuato al comma 2¹⁶⁹ mentre quello forte al comma 4¹⁷⁰.

La prima forma di contraddittorio (c.d. contraddittorio debole o attenuato) è garantita in ogni stato e grado del processo ed è comunemente sintetizzato nel principio dell'*audiatur et altera pars*, secondo cui, nel giudizio, ogni domanda presentata al giudice deve essere fatta al cospetto della controparte, la quale deve essere messa nella condizione, oltre che di conoscere ogni prova che sta alla base, anche di presentare quelle contrarie a sostegno della tesi opposta¹⁷¹ e in modo tale da garantire una parità di diritti fra tutte le parti in gioco. È un principio di vasta applicazione, in quanto non riguarda soltanto il regime probatorio ma qualsiasi domanda o proposta che viene fatta al giudice e che può riguardare ogni singolo aspetto del processo.

Una parziale violazione di questo principio la troviamo insita nella natura stessa di determinati procedimenti speciali. Nello specifico, con riferimento ai procedimenti “monitori” (ad esempio il decreto penale di condanna) è evidente come, nella prima fase, si è in presenza di una violazione del contraddittorio dato che il decreto penale che definisce il giudizio viene emanato dal giudice, al ricorrere di determinati presupposti, senza un effettivo contraddittorio fra le parti. Tuttavia, questa limitazione trova un suo ostacolo nella fase dell'opposizione, dato che il decreto penale di condanna diventa efficace dopo quindici giorni dalla sua emanazione: tempo che viene dato alle parti per opporsi al decreto, opposizione che poi darà vita al processo ordinario e quindi al contraddittorio fra le parti¹⁷². Ma non solo, infatti anche nel giudizio di secondo grado il contraddittorio è sottoposto a determinate valutazioni giudiziali o determinate circostanze oggettive, così come nell'udienza preliminare in cui l'assunzione di dichiarazioni avviene sulla base di

¹⁶⁹ Art. 111 Cost. comma 2: «ogni soggetto si svolge nel contraddittorio tra le parti [...]».

¹⁷⁰ Art. 111 Cost. comma 4: «il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova».

¹⁷¹ M. SCAPARONE, *Procedura penale*, cit., p. 85.

¹⁷² M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, cit., p. 172.

un contraddittorio che viene filtrato dall'attività del giudice dell'udienza preliminare¹⁷³, anche secondo quanto disposto dall'art. 422 comma 4 del codice di rito¹⁷⁴.

Le seconda forma di contraddittorio (c.d. contraddittorio forte o garantito) ha, invece, un ambito di applicazione più ristretto, riguardante soltanto il regime probatorio del processo penale e quindi ciò che riguarda espressamente la presentazione e l'assunzione delle prove. Infatti, la disposizione impone alle parti che vogliono presentare nuove prove in giudizio, di farlo in udienza al cospetto di tutte le parti in gioco in modo tale da essere a conoscenza di tutti gli atti e documenti che vengono valutati dal giudice per la decisione finale.

Nello specifico il contraddittorio segue delle forme diverse a seconda di quali prove vengono presentate: infatti, mentre per la prova orale è più semplice rispettarlo dato che, essendo una prova costituenda, si forma direttamente in udienza con la presenza della controparte, la prova documentale, essendo costituita, si è già formata prima e fuori dal processo e quindi entra nel fascicolo del dibattimento già formata e sfuggendo al contraddittorio¹⁷⁵; tuttavia anche in questo caso il contraddittorio è rispettato non durante la fase dell'assunzione, ma durante quella della valutazione, garantendo alla parte la possibilità di esaminarla per confutarne il contenuto e poter rendere nuove prove a discarico¹⁷⁶.

Accanto al contraddittorio garantito e a quello attenuato, una terza forma di contraddittorio è quello c.d. "differito", nell'ambito del procedimento cautelare, in cui l'esigenza cautelare supera il rispetto del contraddittorio. In questi casi, infatti, i provvedimenti che dispongono l'applicazione di una misura cautelare, sia che sia personale e sia che sia reale, vengono resi conoscibili al destinatario solo dopo la loro emanazione, e soltanto con la proposizione dell'eventuale istanza di riesame viene instaurato il contraddittorio tra le parti¹⁷⁷.

¹⁷³ N. GALANTINI, *Il diritto al contraddittorio nell'art. 111 Cost. 3 nell'attuazione legislativa*, in ASSOCIAZIONE TRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE, *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, cit., p.85.

¹⁷⁴ Art. 422 comma 4 c.p.p.: «In ogni caso può chiedere di essere sottoposto all'interrogatorio, per il quale si applicano le disposizioni degli articoli 64 e 65. Su richiesta di parte, il giudice dispone che l'interrogatorio sia reso nelle forme previste dagli articoli 498 e 499».

¹⁷⁵ C. DE ROBBIO, *Il contraddittorio. Poteri ed opportunità della difesa nel procedimento penale*, cit., p. 296.

¹⁷⁶ M. SCAPARONE, *Procedura penale*, cit., p. 86.

¹⁷⁷ S. LORUSSO, *Il contraddittorio: una riflessione filosofico-giuridica*, in F.R. DINACCI (a cura di), *Processo penale e costituzione*, cit., p. 358-359.

Questo rigido principio del contraddittorio, ai fini di una corretta formazione della prova nel processo, è limitato dallo stesso articolo 111 al comma 5¹⁷⁸ nella parte in cui individua tre diverse eccezioni che ammettono la possibilità di valutare una prova che non è assunta in contraddittorio.

In particolare, questo capoverso individua tre diversi casi: il consenso dell'imputato (c.d. contraddittorio rinunciato), l'accertata impossibilità di natura oggettiva e la provata condotta illecita.

Partendo dalla prima deroga, la *ratio* che sta alla base è di natura economica, in quanto un sistema che richiede, in qualsiasi circostanza, la formazione della prova in contraddittorio, comporterebbe un aumento del carico di lavoro degli uffici giudiziari e, di conseguenza, comporterebbe una compromissione e violazione di un altro fondamentale principio del giusto processo quale quello della ragionevole durata, anche se, ancor prima di queste motivazioni il legislatore ha introdotto questi riti speciali perché, lo stesso, riteneva non fosse possibile applicare il rito ordinario a tutti i casi; ne deriva la necessità di trovare un bilanciamento tra la necessità di garantire un giusto ed efficace contraddittorio in ogni fase del processo e quella di garantire la tutela della ragionevole durata del processo. Infatti, per tutelare questo bilanciamento sono stati introdotti, nel nuovo codice di procedura penale, dei procedimenti speciali, quali il giudizio abbreviato ovvero l'applicazione della pena su richiesta di parti (c.d. patteggiamento) ovvero il procedimento per decreto, che ammettono la possibilità di arrivare ad una decisione finale senza nessun contraddittorio in presenza di una manifestazione di volontà mediante la quale l'imputato rinuncia a tale garanzia.

Infine, un ultimo aspetto da valutare consiste nell'analisi dell'espressione "consenso dell'imputato", che non consiste nella possibilità che hanno il difensore o l'imputato di conferire valenza istruttoria agli atti di investigazione privata, ma presuppone una proposta dell'accusa circa l'uso probatorio degli atti e documenti di indagine ed una seguente accettazione della controparte¹⁷⁹.

Mentre, per ciò che riguarda l'accertata impossibilità di natura oggettiva, la *ratio* che sta alla base di questa decisione è volta ad evitare la dispersione di elementi di prova

¹⁷⁸ Art. 111 comma 5: «la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di una provata condotta illecita».

¹⁷⁹ P. MOSCARINI, *Principi delle prove penali*, cit., p. 43-44.

che sono stati raccolti, legittimamente, nella fase delle indagini preliminari e che non possono più essere assunti in dibattimento. Questa eccezione riguarda sia tutti quegli elementi che, per la loro irripetibilità o per la non rinviabilità della loro assunzione, sono stati assunti mediante accertamento tecnico irripetibile o “incidente probatorio”, di cui parleremo in seguito, sia tutti quelli che, anche se astrattamente ripetibili, nella pratica non lo sono a causa di circostanze fortuite o imprevedibili e sia tutte quelle prove che sono intrinsecamente irripetibili come ad esempio le intercettazioni.

Inoltre, è anche lo stesso codice di procedura penale che, al comma 1, lett. *b)* e *c)* dell’art. 431¹⁸⁰, prevede l’acquisizione obbligatoria, nel fascicolo del dibattimento, di tutti quegli atti che sono considerati irripetibili compiuti sia dalla PG, sia dal PM e sia dal difensore, e, coerentemente con l’indicazione costituzionale, è stata anche disposta, nelle altre parti del codice, la possibilità di ammettere nel dibattimento atti “originariamente non irripetibili” ma che nella pratica si presentano come tali.

In tal senso, un emblematico esempio sono le sommarie informazioni cioè atti astrattamente non irripetibili ma che, se sussistono particolari circostanze, per esempio caso fortuito o forza maggiore, nella pratica diventano tali; per cui il legislatore, per evitare la perdita di queste informazioni necessarie, ha optato per il loro utilizzo mediante l’istituto delle letture¹⁸¹ di cui all’art. 512 c.p.p.¹⁸².

Infine, la *ratio* che sta alla base dell’ultima eccezione, cioè la provata condotta illecita, è l’esigenza di garantire la genuinità della prova e fa riferimento ai casi in cui risulta impossibile ottenere una ricostruzione dei fatti attendibile alla realtà, in contraddittorio, in quanto è certo che il soggetto chiamato a deporre neghi il vero, accerti il falso o sia reticente per effetto di una condotta antiggiuridica altrui, quale una violenza, una minaccia, una dazione o promessa di denaro o di altra utilità.

Anche nel codice di procedura penale è previsto questa eccezione, conformemente a ciò che viene indicato in Costituzione, all’art. 500 del codice di rito ai commi 4 e 5¹⁸³,

¹⁸⁰ Art 431 comma 1 lett. *b)* e *c)*: «nel fascicolo per il dibattimento sono raccolti: *b)* i verbali degli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria; *c)* i verbali degli atti non ripetibili compiuti dal Pubblico ministero e dal difensore».

¹⁸¹ P. MOSCARINI, *Principi delle prove penali*, cit., p. 45-46.

¹⁸² Art. 512 c.p.p.: «Il giudice, a richiesta di parte, dispone che sia data lettura degli atti assunti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero, dai difensori delle parti private [...] quando, per fatti o circostanze imprevedibili, ne è diventata impossibile la ripetizione».

¹⁸³ Art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.: «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, le dichiarazioni contenute nel fascicolo del

che aggiunge anche l'obbligo che hanno le parti di fornire tutti gli elementi necessari in grado di dimostrare l'inattendibilità del testimone e quello che ha il giudice di decidere senza ritardo.

Un classico esempio è quello del soggetto che, nella fase delle indagini preliminari ha reso dichiarazioni credibili sul caso in esame e successivamente, chiamato a deporre come testimone nel dibattimento taccia o cambi versione in modo sospetto facendo desumere che un tale cambiamento possa derivare da una qualche pressione esterna¹⁸⁴.

Un istituto che spiega al meglio la possibilità che hanno le parti di chiedere la valutazione delle prove ottenute nel corso delle indagini preliminari e non più ripetibili è quello dell'incidente probatorio disciplinato nel libro V, titolo VII, agli articoli 392 e seguenti del codice di procedura penale.

Attraverso questo sistema le parti hanno il potere di chiedere al giudice per le indagini preliminari di assumere prove in contraddittorio durante le indagini preliminari, in modo tale che esse possano essere valutate successivamente nella fase del dibattimento. È evidente il carattere eccezionale dell'istituto, in quanto assistiamo sia ad una deroga al principio di immediatezza, dato che il giudice davanti al quale viene assunta la prova sarà un giudice diverso da quello che emetterà la sentenza e sia ad una limitazione del principio del contraddittorio¹⁸⁵.

L'istituto dell'incidente probatorio è stato oggetto di una rilevante modifica che ha cambiato la funzione dello stesso, infatti nel modello processuale precedentemente vigente non esisteva un meccanismo in grado di acquisire una prova ancor prima del dibattimento, successivamente i modelli sviluppatasi con il codice napoleonico hanno portato alla creazione di istituti riconducibili in parte all'istituto dell'incidente probatorio, fino a quando poi, il nuovo sistema di procedura penale ha portato alla creazione dell'istituto vero e proprio dell'incidente probatorio con lo scopo di garantire la formazione eccezionale della prova in sede di indagini preliminari¹⁸⁶.

pubblico ministero precedentemente rese dal testimone sono acquisite al fascicolo del dibattimento e quelle previste dal comma 3 possono essere utilizzate. Sull'acquisizione di cui al comma 4 il giudice decide senza ritardo, 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».

¹⁸⁴ P. MOSCARINI, *Principi delle prove penali*, cit., p. 47-48.

¹⁸⁵ G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 549.

¹⁸⁶ L. SURACI, *L'incidente probatorio. Tra tutela della prova e protezione della persona*, Pacini giuridica, 2017, p. 18.

Proprio perché l'istituto dell'incidente probatorio rappresenta un'eccezione alla regola generale, questo non può applicarsi in qualsiasi situazione ma è la legge che stabilisce i casi tassativi in cui è possibile fare ricorso a questo specifico istituto. Infatti, sono considerati atti non rinviabili: tutte quelle informazioni provenienti dalla testimonianza di un soggetto che, o per le condizioni fisiche dello stesso o perché il decorso del tempo può minare la loro genuinità, non possono essere riferite nuovamente nel corso del dibattimento; ovvero tutte quelle prove il cui oggetto può essere esposto a modifiche inevitabili; ovvero nei casi di particolare urgenza o in caso di pericolo della prova.

Quindi, la caratteristica dell'incidente probatorio ha a che fare con l'irripetibilità della prova dato che si applica a tutte quelle che, per le loro caratteristiche, non possono più essere ripresentate nel corso del dibattimento. Invero, l'irripetibilità si distingue in tre diverse categorie: si parla di irripetibilità "effettiva" nel caso di prova già esistente e connotata dal profilo dell'impossibilità di reiterazione della stessa nel corso del procedimento; con il termine di irripetibilità "potenziale" si fa, invece, riferimento a quelle prove che non sono state ancora compiute ma per cui si programma una sequenza probatoria diversa da quella ordinaria; ed infine con il termine irripetibilità "normativa" si fa riferimento ai casi di irripetibilità così definiti già dal legislatore al fine di garantire particolari figure più deboli¹⁸⁷.

L'istituto dell'incidente probatorio, seppur a primo impatto può sembrare analogo a quello delle letture ha alla base una fondamentale diversità; infatti, il primo, anche se ammette l'analisi di prove non acquisite in dibattimento, non va a ledere del tutto il principio del contraddittorio, in quanto va semplicemente ad anticipare l'istruzione dibattimentale ad una fase precedente. Al contrario, le letture comportano una significativa compromissione del principio costituzionale in esame¹⁸⁸.

Passando brevemente all'analisi della procedura per l'ammissione dell'incidente probatorio, questo può essere disposto su richiesta di parte, prima della conclusione dell'udienza preliminare e deve contenere indicazioni sulla prova da assumere, sulle persone nei confronti dei quali si procede e sulle circostanze che rendono la prova non rinviabile al dibattimento. Su questa richiesta decide il presidente del Tribunale o della Corte d'Assise fissando il giorno e l'ora per il compimento dell'atto. Successivamente ne verrà

¹⁸⁷ L. SURACI, *L'incidente probatorio. Tra tutela della prova e protezione della persona*, cit., p. 33-35.

¹⁸⁸ L. CUOMO, F. SCIOLI, *L'incidente probatorio*, Giappichelli, 2007, p. 14.

dato avviso alle parti almeno ventiquattro ore prima e, nel giorno fissato dal giudice, verranno assunte le prove osservando le forme previste per il dibattimento¹⁸⁹.

Seppur il contraddittorio può essere evitato solo nei tre casi che sono espressamente disciplinati in Costituzione, in altri ambiti del processo penale possiamo assistere ad una limitazione del principio del contraddittorio in forza di una tutela maggiore dell'economia e della celerità processuale: facciamo riferimento all'istituto della circolazione delle prove da un processo all'altro. In questo caso non si assiste ad una totale violazione del principio del contraddittorio ma solo ad una sua limitazione in virtù del fatto che un minimo di controllo e dialogo v'è stato, quantomeno, nel processo *a quo*. Così formata, la prova è destinata ad avere efficacia anche in un processo diverso, con parti differenti e davanti ad un giudice differente¹⁹⁰. Anche questo è un istituto eccezionale in quanto la possibilità di ammettere un contraddittorio differito nel processo penale non è contemplata in Costituzione per cui non si applica «oltre i casi e i tempi in esse considerati¹⁹¹».

Un esempio, in tal senso, è dato dall'art. 238 del codice di rito, rubricato “verbal di prove di altri procedimenti” e che disciplina le modalità di utilizzo di determinate prove, descritte per mezzo dei verbali, assunte in un altro procedimento.

In generale, è sempre ammessa l'acquisizione di verbali di prove create in un altro procedimento quando queste sono state assunte mediante un incidente probatorio oppure durante il dibattimento, infatti, anche se per l'assunzione di queste si rinuncia ad un contraddittorio nel procedimento *ad quem*, il legislatore ha stabilito, come limite, il rispetto di questo principio quanto meno nel procedimento da cui esse provengono¹⁹².

È anche prevista, in ogni caso e senza nessuna limitazione, l'acquisizione di documenti ed atti che non sono ripetibili¹⁹³; tuttavia sono previsti dei limiti nel caso di verbali contenenti prove dichiarative, per cui essi possono essere utilizzati contro l'imputato soltanto se il suo difensore ha partecipato all'assunzione della prova¹⁹⁴.

¹⁸⁹ L. CUOMO, F. SCIOLI, *L'incidente probatorio*, cit., p. 88.

¹⁹⁰ A. GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, in *Archivio penale*, 2011, 3, p. 3.

¹⁹¹ Art. 14 disp. Prel. c.c.

¹⁹² Art. 238 comma 1 c.p.p.: «È ammessa l'acquisizione di verbali di prove di altro procedimento penale se si tratta di prove assunte nell'incidente probatorio o nel dibattimento».

¹⁹³ Art. 238 comma 3 c.p.p.: «È comunque ammessa l'acquisizione della documentazione di atti che non sono ripetibili. Se la ripetizione dell'atto è divenuta impossibile per fatti o circostanze sopravvenuti, l'acquisizione è ammessa se si tratta di fatti o circostanze imprevedibili».

¹⁹⁴ Art 238 comma 2 *bis* c.p.p.: «[...] I verbali di dichiarazioni possono essere utilizzati contro l'imputato soltanto se il suo difensore ha partecipato all'assunzione della prova o se nei suoi confronti fa stato la sentenza civile».

Questo è un esempio emblematico in quanto è tangibile il bilanciamento, che il legislatore ha dovuto mettere in atto fra due principi cardine del processo penale italiano: principio del contraddittorio e principio di conservazione di tutte quelle prove che risultano fondamentali per una decisione che sia la più vicina possibile alla realtà dei fatti. Per cui nella pratica, il legislatore ha optato per una limitazione del principio del contraddittorio, anche se non del tutto dato che è necessario il rispetto di questo principio nel processo *a quo*, in virtù di una predilezione verso una conservazione di tutti gli elementi probatori importanti per l'emanazione di una sentenza che sia la più giusta possibile.

Per completezza è necessario anche analizzare, in breve, il ruolo delle sentenze irrevocabili nel processo penale, individuato e disciplinato dall'art. 238 *bis* c.p.p.¹⁹⁵.

Nello specifico, la sentenza irrevocabile assume uno *status* di certezza anche negli altri procedimenti in modo tale da evitare che fatti già accertati in una sentenza irrevocabile diventino nuovamente oggetto di prova anche se in un altro procedimento. Tuttavia, anche se è ammessa l'acquisizione di questi tipi di sentenze nel corso di un altro processo, queste sono assoggettate ad un doppio limite: un limite esterno di natura valutativa, secondo cui tutti gli elementi contenuti nella sentenza devono essere sottoposti agli ostacoli di cui all'art. 187 e 192 comma 3 del codice di rito; e un limite interno, secondo cui la sentenza in esame deve essere relativa all'oggetto del processo. Inoltre, la sentenza irrevocabile non ha efficacia vincolante, per cui il giudice può superarla se si trova in possesso di prove che ne dimostrano la decisione e di una motivazione logica e congruente¹⁹⁶.

3. L'iniziativa limitata del giudice nel contesto probatorio: l'art. 190 comma 2 c.p.p e il rapporto con il principio di imparzialità

Il principio dispositivo su cui si fonda l'intero processo penale, e che è stato esaminato nei paragrafi precedenti, non deve essere inteso in senso assoluto, in quanto la totale impossibilità di agire del giudice in materia probatoria non è sinonimo di maggiori garanzie, tutt'al più sarebbe rischioso lasciare la totale raccolta delle informazioni alle parti che hanno un interesse diretto nel processo, le quali potrebbero escludere dal materiale

¹⁹⁵ Art. 238 *bis* c.p.p.: «Fermo quanto previsto dall'art. 236, le sentenze divenute irrevocabili possono essere acquisite ai fini della prova di fatto in esse accertato e sono valutate a norma degli articoli 187 e 192, comma 3».

¹⁹⁶ A. ACETO, *commento all'art. 238 c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 826.

conoscitivo tutte quelle informazioni utili per la decisione finale solo perché contrari all'interesse perseguito; per cui, in questo contesto, un intervento del giudice risulta fondamentale per salvaguardare l'oggetto stesso dell'accertamento penale¹⁹⁷: ciò dimostra lo stretto legame che sussiste tra il giudice e la prova che verrà esaminato nel corso dello scritto.

La disciplina del diritto alla prova di cui all'art. 190 c.p.p., oltre ad individuare e disciplinare, al comma 1, il principio dispositivo, identifica due poteri distinti del giudice: un potere di controllo e un potere di iniziativa.

Il primo consiste nell'obbligo, che ha il giudice, di sottoporre tutte le prove che vengono presentate dal giudice ad un triplice vaglio basato sul rispetto del principio di legalità, escludendo le prove *contra legem*, sul rispetto del principio di rilevanza, escludendo quelle prove che risultano inutili per l'accertamento del fatto da provare, e sul rispetto del principio di superfluità, escludendo quelle prove che permettono di dimostrare qualcosa che è già stata provata precedentemente. Al contrario, il secondo potere del giudice conferisce, allo stesso, la possibilità di disporre d'ufficio nuove prove ove necessario e al ricorrere di determinati requisiti.

Tuttavia, quest'ultima facoltà del giudice è stata inizialmente criticata per il fatto che ciò che caratterizza l'organo giudicante nel sistema accusatorio è il criterio dell'imparzialità e della terzietà, per cui la possibilità che il giudice potesse immettere autonomamente nuove prove in giudizio avrebbe potuto comprometterlo¹⁹⁸; di conseguenza l'esigenza del legislatore è stata quella di trovare un perfetto bilanciamento tra la tutela dell'imparzialità del giudice e la necessità di assicurare una decisione giusta basata su tutte le prove utili e rilevanti.

Ad ogni modo, questo dubbio, ad oggi può essere considerato risolto grazie alle nuove idee che si sono sviluppate sul rapporto tra i requisiti propri del giudice e i poteri dello stesso e all'attività di bilanciamento svolta dal legislatore volta alla creazione di una disciplina ben delineata e strutturata.

Infatti, *in primis*, la tutela del requisito dell'imparzialità del giudice ha sicuramente un ruolo essenziale anche per il fatto che questa è una condizione necessaria per far sì che

¹⁹⁷ L. CARACENI, *Istruzione dibattimentale e poteri del giudice sulla prova*, Giuffrè, giurisprudenza di merito, supplemento n.02 – 2009, p. 154.

¹⁹⁸ L. CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice*, cit., p. IX.

la sentenza emessa sia anch'essa imparziale; tuttavia, l'imparzialità della sentenza si ottiene mediante la conoscenza, conoscenza che però non deve sfociare in un'attività del giudice che non sia rispettosa della sua equidistanza delle parti. Di conseguenza, qualora il giudice si renda conto dell'incompletezza delle prove presentate dalle parti lo stesso deve agire, dato che non può essere un limite al suo potere la violazione del principio di imparzialità in quanto non può essere obiettivo il giudice che basa la sua decisione su un materiale probatorio incompleto e insufficiente pur avendo, per legge, il potere di integrarlo: quindi in questa dialettica fra le parti il ruolo del giudice è considerata come soccorso ad una rimediabile lacunosità processuale.

Successivamente, anche la condotta del legislatore è stata essenziale, dato che ha delimitato l'ambito di applicazione di questa norma attraverso una disposizione di rinvio¹⁹⁹, volta a conferire una maggiore tutela della ricerca della verità dei fatti introducendo il comma 2 dell'art. 190²⁰⁰ del codice di rito²⁰¹ che attribuisce poteri officiosi al giudice in tale ambito, mediante l'uso dell'istituto della riserva di legge, limitando i poteri delle parti. Questa limitazione a ciò che è espressamente disposto dalla legge è volta ad evitare che modifiche giurisprudenziali possano andare ad ampliare l'ambito di applicazione di questa norma. In questo caso la legge è volta non solo a individuare i casi di applicazione di questo comma ma anche a disciplinarne le rispettive ipotesi.

Di conseguenza ogni iniziativa istruttoria giudiziale deve ricadere all'interno di una norma che l'ammette; quindi, il giudice non può decidere di introdurre nuovi elementi probatori autonomamente ma deve prima verificare l'effettiva sussistenza sia di tutti i presupposti necessari e sia di una base giuridica che consenta questo comportamento: dunque questo potere del giudice può essere esercitato solo nei casi tassativamente indicati della legge. Esempi in tal senso sono l'art. 70 c.p.p.²⁰² che, disciplinando l'ipotesi di accertamento della capacità dell'imputato, attribuisce al giudice il potere di disporre d'ufficio una perizia quando risulti necessario; oppure quanto disciplinato anche dall'art.

¹⁹⁹ H. BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, cit., p. 57.

²⁰⁰ Art. 190 comma 2: «la legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse d'ufficio».

²⁰¹ Nella classificazione che ne fa Guastini nel suo libro *Teoria e dogmatica delle fonti* questa norma viene considerata come una «norma di riserva» poiché è rivolta non solo a coloro che applicano il diritto ma anche a coloro che lo producono e quindi i titolari di poteri normativi.

²⁰² Art. 70 c.p.p.: «[...] il giudice, se occorre, dispone anche d'ufficio, perizia».

195²⁰³ del codice di rito che, con riferimento all'istituto della testimonianza indiretta, dispone la possibilità per il giudice di ordinare d'ufficio l'esame delle persone indicate nel comma 1 dello stesso articolo; o ancora l'art. 224²⁰⁴ dello stesso codice, che, tra i provvedimenti che possono essere emanati dal giudice, ammette la possibilità di disporre d'ufficio, con ordinanza motivata, la perizia e questo istituto necessita un breve approfondimento. Infatti, la stessa è considerata un mezzo di prova "neutro"²⁰⁵ poiché non è nella disponibilità delle parti bensì può essere disposto dal giudice a sua discrezione²⁰⁶, più nello specifico, le parti possono sollecitare la perizia ma non hanno il diritto di ammetterla, anche una volta concessa la perizia, le parti possono chiedere l'esame del perito²⁰⁷. Si assiste, in questo caso, ad una concreta compromissione del principio dispositivo dato che la perizia può essere disposta soltanto dal giudice e non dalle parti, che possono soltanto farne richiesta, e che l'attività del giudice non è soggetta a nessun tipo di limitazione.

Ne consegue, quindi, l'illegittimità dell'attività probatoria del giudice che non sia espressamente consentita dalla legge²⁰⁸.

In questi termini la Corte di cassazione, in una sentenza del 1992²⁰⁹, con riferimento al caso di una richiesta, da parte del tribunale del riesame, di acquisizione di un verbale di riconoscimento fotografico non trasmesso dal p.m. ha ritenuto legittima l'acquisizione di tale documento su cui il p.m. aveva fondato la richiesta della misura cautelare²¹⁰.

In tal senso anche la Suprema Corte, nel 2013²¹¹, si è pronunciata stabilendo il dovere del giudice di disporre d'ufficio l'acquisizione di nuovi mezzi di prova solo quando questo risulti indispensabile per la decisione e ha continuato individuando l'obbligo, per lo stesso, di motivare nella sentenza il mancato esercizio di tale potere-dovere.

²⁰³ Art. 195 c.p.p.: «Il giudice può disporre anche di ufficio l'esame delle persone indicate nel comma 1».

²⁰⁴ Art. 224 c.p.p.: «Il giudice dispone anche d'ufficio la perizia con ordinanza motivata, contenente la nomina del perito, la sommaria enunciazione dell'oggetto delle indagini, l'indicazione del giorno, dell'ora e del luogo fissati per la comparizione del perito».

²⁰⁵ A. ACETO, *commento all'art. 220 c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 776.

²⁰⁶ Cass. Sez. Un., 31 agosto 2017, n. 39746.

²⁰⁷ C. Taormina, *Il regime della prova nel processo penale*, Giappichelli, 2007, p. 359.

²⁰⁸ A. D'ANDREA, *commento all'art. 190*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 668.

²⁰⁹ Cass. Sez. II, 3 febbraio 1992, Rolletto, C.E.D. n. 190335.

²¹⁰ A. BALSAMO, *commento all'art. 190 c.p.p.*, in G. LATTANZI, E. LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, cit.; p. 48.

²¹¹ Cass. Pen. Sez. II, 23 dicembre 2013, n. 51740.

Invero, l'esigenza che il legislatore voleva assicurare, introducendo questa facoltà per il giudice, era quella di perseguire una "giustizia giusta"²¹²: non può esserci giustizia in un sistema in cui il giudice, consapevole dell'insufficienza del materiale probatorio presentato dalle parti, sia costretto a pronunciarsi²¹³, infatti l'esigenza di assicurare che il giudice possa intervenire nel contesto probatorio è insita nell'idea stessa di giurisdizione affinché il processo raggiunga il suo miglior risultato. Tuttavia, l'attività officiosa del giudice non deve tradursi in una ricerca autonoma della verità; infatti, questo potere non deve essere considerato di natura investigativa: il giudice non ha un interesse nel processo a far prevalere l'una o l'altra parte infatti deve sempre mantenere un certo distacco nei confronti delle parti e dell'oggetto dell'accertamento.

Di conseguenza, questo potere è certamente limitato da quel principio dispositivo tanto invocato che ammette la possibilità di garantire una puntuale distinzione dei ruoli fra tutte le parti del processo.

Dunque, il diritto alla prova per mano del giudice non può mai tradursi in una sua disponibilità totale ma ha una valenza eccezionale, per cui trova una sua realizzazione esclusivamente in via residuale: si parla di "*ne eat iudex ultra petita partium*"²¹⁴.

Questa tesi è confermata anche dalla *Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale*²¹⁵ che così definiva l'attività officiosa del giudice penale: «la sua struttura di fondo lascia intendere che i poteri *ex officio* rivestono un ruolo residuale e suppletivo rispetto alla carenza d'iniziativa delle parti»²¹⁶.

Inoltre, il giudice né può intervenire direttamente sulla formulazione della *res iudicanda* né può introdurre nuovi capitoli probatori in quanto il suo raggio d'azione è limitato a ciò che è emerso nel corso del contraddittorio attraverso l'attività delle parti stesse: non si può parlare di una vera e propria attività istruttoria, al massimo di un intervento integrativo che trova il suo limite nel *thema decidendum* introdotto dalle parti: per cui ciò che effettivamente limita il giudice non è la richiesta presentata dal p.m. ma «l'accusa

²¹² S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in Enc.dir., XIX, Milano, 1970, p. 219, parla per la prima volta di una corrispondenza tra giurisdizione e giustizia secondo cui la prima si risolve nella seconda.

²¹³ L. CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice*, cit., p. VIII.

²¹⁴ L. CARACENI, *Istruzione dibattimentale e poteri del giudice sulla prova*, cit., p. 154.

²¹⁵ Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni; GU Serie Generale n.250 del 24-10-1988 - Suppl. Ordinario n. 93.

²¹⁶ H. BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, cit., p. 57.

precisata dall'inquirente a seguito dell'attività euristica dibattimentale, quella derivante dall'espletamento del contraddittorio per la prova»²¹⁷; non sono ammesse iniziative istruttorie del giudice dirette a fissare il *petitum*²¹⁸.

Il contraddittorio in tal senso non va ad ostacolare del tutto l'attività probatoria del giudice ma la va solo a limitare²¹⁹ tracciandone il confine superato il quale verrebbe compromessa l'imparzialità dello stesso, invero il giudice non svolge un'attività di sostituzione ma di integrazione qualora ritenga che determinati aspetti, considerati essenziali per la decisione finali, non sono stati portati alla luce.

Di conseguenza, l'istaurazione d'ufficio del procedimento probatorio, come deroga all'assoluto potere delle parti, conferma una scelta del legislatore volta ad evitare di lasciare l'intera materia probatoria in balia delle parti stesse, per cui il diritto alla prova di cui all'art 190 c.p.p. comporta, quindi, sia un potere delle parti di presentare nuove prove in giudizio, ma anche il potere del giudice di fare lo stesso. In questo gioco di parti, i poteri officiosi del giudice sono volti a limitare i poteri delle parti in modo tale da garantire il raggiungimento di una giustizia piena nel processo, e dall'altro i poteri probatori delle parti vanno a limitare le facoltà del giudice al fine di tutelare l'imparzialità dello stesso²²⁰.

Rimane fermo un elemento essenziale del sistema probatorio: tutte le parti sono messe nelle condizioni di presentare prove in giudizio prima che intervenga il giudice, e solo qualora il lavoro delle parti venga considerato insufficiente allora il legislatore ha ammesso un'attività integratrice dello stesso.

Inoltre, l'istituto di cui al comma 3 dell'art. 190 del codice di rito, secondo cui i provvedimenti sull'assunzione della prova possono essere revocati sentite le parti in contraddittorio, e che è stato analizzato nel paragrafo precedente, ha una sua importanza anche per ciò che riguarda le prove assunte *ex officio* dato che il principio viene esteso anche a queste²²¹.

²¹⁷ L. CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice*, cit., p. 113.

²¹⁸ L. CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice*, cit., p. VIII.

²¹⁹ M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Giappichelli, 2004, p. 137.

²²⁰ Sostitutrice di questa tesi è C. VALENTINI, in *I poteri del giudice dibattimentale nell'ammissione della prova*, CEDAM, 2004.

²²¹ H. BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, cit., p. 68.

In quest'ottica questo istituto può essere considerato una garanzia anche per le parti, le quali, qualora non siano più in grado o nella possibilità di presentare nuove prove possono chiedere al giudice di esercitare questo suo potere e farlo autonomamente, ovviamente con il limite della riserva di legge per cui è ammesso solo nei casi in cui è presente una legge che li legittima.

Un altro limite imposto dalla legge su questo potere è quello della motivazione, infatti il giudice, qualora decida di introdurre nel processo nuove prove deve indicare nella motivazione i presupposti che stanno alla base di tale scelta.

Le norme legislative che concedono al giudice di disporre prove *ex officio* sono soggette ad un ulteriore limite derivante dai principi costituzionali sul processo penale che devono necessariamente essere rispettati; cosicché una norma che vada a compromettere troppo il principio del contraddittorio non è ammessa in quanto viola i principi di cui all'art. 111 comma 2 della costituzione; per cui la forza costituzionale del processo penale va ad escludere ogni legge ordinaria volta ad ampliare il rapporto giudice-prova isolando il ruolo delle parti²²². In tutto questo tema, i due piatti della bilancia sono rappresentati dall'esigenza sia di ricerca della verità e sia della salvaguardia dei principi costituzionali del processo penale, infatti se questi non ci fossero il giudice verrebbe investito del ruolo di inquisitore e gli verrebbero dati tutti i poteri in ambito probatorio. Molte sono state le sentenze della Corte di cassazione che si sono concentrate proprio su questo bilanciamento, una fra tutte la sentenza Martin del 1992²²³ della Corte di cassazione a Sezioni Unite che riprendere la previsione indicata nella direttiva n. 73 della legge 16 febbraio 1987 n. 81 dove la ricerca della verità comportava la facoltà del presidente «indicare alle parti temi nuovi o incompleti».

Se si considera il processo penale come l'insieme di condotte che hanno un ruolo servente rispetto all'accertamento della verità, si deve considerare l'iniziativa giudiziale come un modo alternativo di creazione della prova che dovrà comunque rispettare il principio del contraddittorio: in questo caso, quindi, i poteri officiosi del giudice non vanno a contrastare né con il principio dispositivo su cui si basa il processo penale e né con il requisito dell'imparzialità proprio del giudice, dato che l'attività dello stesso è subordinata alla ricerca della verità, infatti l'assenza del contraddittorio in particolari fasi del

²²² H. BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, cit., p. 69.

²²³ Cass. Pen. Sez. Un., 6 dicembre 1992, p. 828.

processo non ha a che fare con l'iniziativa probatoria ma con altre motivazioni estranee ad essa e che sono state trattate nel paragrafo precedente.

Quindi assistiamo ad un sistema probatorio nel nuovo codice di procedura penale che si concentra sia sull'attività delle parti e sia su quella del giudice con dovute limitazioni ed adeguamenti: infatti, se da un lato si cerca di rispettare la dicotomia giudice-parti, dall'altro il legislatore dell'88 ha cercato di conferire al giudice maggiori poteri officiosi in tutte le fasi del processo penale a partire dalle indagini preliminari e fino al secondo grado di giudizio, come verrà analizzato nei capitoli successivi, in modo tale da garantire che la decisione da lui emessa sia quanto più possibile rappresentativa della realtà dei fatti.

CAPITOLO 3

I POTERI ISTRUTTORI DEL GIUDICE NELLE FASI DELLE INDAGINI E DELL'UDIENZA PRELIMINARE

1. I due diversi sbocchi delle indagini preliminari: archiviazione o richiesta di rinvio a giudizio

Il sistema accusatorio che ha ispirato la creazione del nuovo codice di procedura penale ha portato con sé, come elemento caratterizzante, la distinzione tra procedimento e processo²²⁴ definendosi il primo come l'insieme di quegli atti e quelle condotte che partono dalla comunicazione della notizia di reato, passano per le attività di indagine volte alla ricerca degli indizi necessari per dimostrare il fatto in esame, e si concludono o con l'archiviazione, qualora il pubblico ministero ritenga non sussistenti gli estremi per continuare il procedimento, o, in caso contrario, con il rinvio a giudizio.

Diversamente, il processo si apre con l'esercizio dell'azione penale, *ex art. 416 c.p.p.*, continua con la fissazione dell'udienza preliminare, fase di transizione dal procedimento al processo caratterizzata da un'importante attività del giudice (c.d. giudice dell'udienza preliminare) il quale svolge una prima analisi sulla sussistenza del fatto di reato che può concludersi o con una sentenza di non luogo a procedere o con un decreto non motivato che dispone il rinvio a giudizio, e si conclude con la fase del dibattimento, affidata a un altro giudice (il giudice del dibattimento), in cui verranno presentate e valutate tutte le prove e che si concluderà, poi, o con una sentenza di condanna o con una di assoluzione.

Partendo dall'analisi delle indagini preliminari, questa è la fase diretta a verificare la fondatezza della notizia di reato attraverso le attività investigative del pubblico ministero e della polizia giudiziaria²²⁵.

Nello specifico questo momento è caratterizzato dall'attività sia del p.m. e sia della p.g., ma anche da quella del difensore, il quale, anch'esso, svolge un'attività di ricerca volta a contrastare la tesi opposta.

²²⁴ L. GIULIANI, *Le indagini preliminari: finalità e caratteristiche essenziali*, in G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, cit., 453.

²²⁵ A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari. I soggetti. Le tecniche investigative. I riflessi cautelari e transnazionali. Le prospettive dibattimentali. L'archiviazione e l'esercizio dell'azione penale*, Giuffrè, 2017. p. 220.

Le indagini preliminari si aprono con l'operato della pubblica accusa la quale, nel momento in cui viene a conoscenza di una notizia di reato, provvede all'immediata iscrizione della notizia in un registro apposito; in tal caso l'organo inquirente individua, a sua discrezione, la qualificazione giuridica del fatto, mentre rimangono esenti da qualsiasi tipo di modifica le generalità dell'indagato, la data dell'iscrizione per la decorrenza dei termini delle indagini preliminari e la qualità di indagato che il soggetto ottiene esclusivamente solo dopo l'iscrizione nell'apposito registro.

Dopo questa fase inizia quella delle indagini preliminari vera e propria caratterizzata dall'attività del pubblico ministero, della polizia giudiziaria e del difensore; fase durante la quale il p.m. svolge una duplice funzione inquirente e requirente; con la prima si allude all'attività di ricerca e allo svolgimento delle indagini, con la seconda, invece, si fa riferimento al potere di formulare richieste al giudice.

Per ciò che riguarda, nello specifico, la condotta del pubblico ministero, egli è il direttore delle indagini e svolge «personalmente» ogni attività di ricerca per raggiungere i fini del procedimento stesso²²⁶; tuttavia, egli, rappresentando la tutela della collettività e avendo come obiettivo primario quello del rispetto della legge, non ha solo il dovere di raccogliere prove a carico dell'imputato ma deve compiere anche tutti gli accertamenti necessari su «fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini²²⁷» in modo tale da, qualora sussistano informazioni che facciano sussistere per una innocenza dell'indagato, evitare di dare vita ad un processo superfluo²²⁸.

Si tratta però di un dovere, quest'ultimo, che non è presidiato da nessuna sanzione, come è stato confermato dalla stessa Corte di cassazione in una sentenza del 2018²²⁹,

²²⁶ In tal senso è lo stesso codice di procedura penale che introduce il libro V dedicato alle indagini preliminari con l'individuazione delle finalità delle stesse all'art. 326 «il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale».

²²⁷ Art. 358 c.p.p.: «Il pubblico ministero compie ogni attività necessaria ai fini indicati nell'art. 326 e svolge altresì accertamenti sui fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini».

²²⁸ L. GIULIANI, *I protagonisti dell'attività investigativa*, in G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, cit., 456.

²²⁹ Cass. Pen. Sez III, 16 ottobre 2018, n. 47013: nel caso specifico la Corte di Cassazione ha individuato, nella motivazione, la massima secondo cui la necessità di accertare fatti e circostanze favorevoli o sfavorevoli all'indagato spetta esclusivamente al Pubblico Ministero, che agisce come organo di giustizia e, in tale veste, non è obbligato alle indicazioni della difesa.

cosicché la violazione di questo dovere non può essere considerata un motivo per presentare ricorso in cassazione basato sulla mancata assunzione di una prova decisiva²³⁰.

Tuttavia, il rispetto di quest'obbligo da parte del p.m. è estremamente importante dato che è espressione del principio di completezza delle indagini preliminari come affermato dalla Corte costituzionale, nel 1991²³¹. Invero, nella sentenza la stessa Corte si è pronunciata sull'importanza di questo principio in quanto assolvente una duplice funzione: da un lato, l'individuazione di tutte le prove, a favore e contro l'imputato, permette al p.m. di essere più cosciente sull'effettiva modalità di conclusione delle indagini preliminari in modo tale da evitare di portare in giudizio questioni che si basano su prove lacunose e superficiali, mentre dall'altro consente, allo stesso, di avere un quadro completo sulla questione e proporre al giudice e alle parti, ove ricorrano i presupposti, di continuare il processo mediante riti alternativi.

Tra gli altri compiti propri della magistratura inquirente troviamo: la possibilità di chiedere l'incidente probatorio anche a favore dell'indagato, di disporre il sequestro richiesto dagli interessati e di chiedere l'archiviazione, l'applicazione di una causa di non punibilità o l'emanazione della sentenza di non luogo a procedere²³²; in generale, infatti, il pubblico ministero «veglia sull'osservanza delle leggi, sulla pronta e regolare amministrazione della giustizia, sulla tutela dei diritti dello Stato, sulle persone giuridiche e sugli incapaci, richiedendo, nei casi di urgenza, l'applicazione delle misure cautelari che ritiene necessari; promuove la repressione dei reati e l'applicazione delle misure di sicurezza²³³».

Tutta questa attività di ricerca può essere svolta personalmente dallo stesso oppure con l'ausilio della polizia giudiziaria in parte per attività di verbalizzazione, registrazione o qualsiasi altra attività di supporto e in parte per lo svolgimento di altre attività tramite, però, lo strumento della delega di indagine.

La delega è un istituto in grado di conferire ad un'autorità, titolare di uno specifico potere attribuitogli per legge, di sostituire sé stesso con un'altra figura, ove concesso dalla legge stessa, per il compimento di atti specifici; tuttavia, nel caso di specie non tutti gli atti sono delegabili alla p.g., infatti tra questi troviamo gli interrogatori e i confronti a cui

²³⁰ A. ACETO, *Commento all'art 358 c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 1332.

²³¹ Corte Costituzionale, 15 febbraio 1991, n. 88.

²³² G. SPANGHER, *La pratica del processo penale*, cit., p. 85.

²³³ Art. 73, r.d. n. 12/1941, Ordinamento giudiziario.

partecipa l'indagato detenuto e le ispezioni, perquisizioni e sequestri svolti negli uffici del difensore²³⁴, che possono essere compiuti solo dal pubblico ministero.

Di conseguenza, un ruolo fondamentale nel contesto delle indagini preliminari è attribuito alla polizia giudiziaria, organo individuato sia all'interno della Costituzione²³⁵ e sia all'interno del codice di procedura penale²³⁶, che ha il compito di aiutare il pubblico ministero nella sua attività di ricerca. Infatti, lo stesso, oltre a svolgere i compiti che gli vengono attribuiti dall'accusa, può anche «continuare a svolgere attività di propria iniziativa²³⁷».

Andando più nello specifico, tra i compiti della polizia giudiziaria troviamo innanzitutto l'obbligo di informare immediatamente il pubblico ministero di una qualsiasi notizia di reato, resta fermo il fatto che la prima può svolgere, nel minor tempo possibile, preliminari atti di indagine per valutare la fondatezza della notizia o prima di trasmetterla al pubblico ministero, anche se il ritardo nella comunicazione comporta sanzioni disciplinari e penali²³⁸.

Negli anni, le successive leggi del 1992 e del 2001²³⁹ hanno ampliato l'attività della p.g. attraverso la modifica degli artt. 327, 348 comma 1 e 354 comma 2 c.p.p., infatti, oggi, anche dopo la comunicazione della notizia di reato non si conclude il lavoro della p.g., al contrario questa svolge tutti i compiti individuati all'art. 55 c.p.p.²⁴⁰, quindi svolge attività volte ad evitare la diffusione delle conseguenze del reato, ricerca gli autori degli stessi e ricerca le prove necessarie per dimostrare la colpevolezza o l'innocenza dell'indagato.

Ancora, l'attività della polizia giudiziaria può essere di due tipi: tipica e atipica; con la prima si fa riferimento a tutte quelle ricerche le cui modalità sono individuate dalla legge, per esempio, per ciò che riguarda l'identificazione delle persone nei cui confronti

²³⁴ A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari. I soggetti. Le tecniche investigative. I riflessi cautelari e transnazionali. Le prospettive dibattimentali. L'archiviazione e l'esercizio dell'azione penale*, cit., p. 228.

²³⁵ Art. 109 Costituzione: «l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria».

²³⁶ Art. 327 c.p.p.: «Il pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria che, anche dopo la comunicazione della notizia di reato, continua a svolgere attività di propria iniziativa secondo le modalità indicate nei successivi articoli».

²³⁷ Art 327 c.p.p.

²³⁸ F. P. GIORDANO, *Le indagini preliminari: poteri e limiti del pubblico ministero e della polizia giudiziaria*, CEDAM, 2006, p. 324.

²³⁹ L. n. 356 del 1992 e l. n. 128 del 2001.

²⁴⁰ Art 55 c.p.p. comma 1: «la polizia giudiziaria deve, anche di propria iniziativa, prendere notizia dei reati, impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori, ricercarne gli autori, compiere gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale».

sono state svolte le indagini, l'art 349 del codice di rito fissa le modalità attraverso le quali la polizia deve procedere. Le seconde, invece, consistono in condotte, poste in essere dalla p.g., non disciplinate dalla legge ma che sono volte a raggiungere gli obiettivi fissati dalla stessa. Una limitazione a questi poteri è stata fornita dalla Corte di Cassazione in due sentenze, una del 1998 e l'altra del 2006²⁴¹, in cui la Suprema Corte ha stabilito che l'attività atipica della polizia giudiziaria non deve ledere i diritti costituzionalmente garantiti.

Infine, la terza figura a è necessario fare un breve cenno è la figura del difensore che svolge comunque un'attività di indagine: sono le c.d. "investigazioni difensive".

È stato spiegato, nelle pagine precedenti, come il pubblico ministero, rappresentando la collettività, abbia il dovere di svolgere tutte le attività di ricerca sia a favore e sia contro l'imputato in virtù di un obiettivo comune quale quello dell'accertamento della verità. Tuttavia, l'accertamento della stessa non combacia perfettamente con il diritto di difesa che, essendo un diritto costituzionalmente garantito, deve sempre essere rispettato e tutelato in ogni fase del processo²⁴². Proprio per questo motivo è stato introdotto l'art. 327 *bis* c.p.p. che conferisce al difensore il potere di svolgere anch'esso attività di indagine e ricerca a favore dell'imputato. Nello specifico, le indagini difensive si identificano in raccolta di elementi di prova a contenuto difensivo, richieste di acquisizioni di documenti della pubblica amministrazione, richieste di accesso ai luoghi non aperti al pubblico e, per concludere, nel compimento di accertamenti tecnici ripetibili e non²⁴³.

Tutte queste attività di ricerca possono essere svolte o dal difensore, o da investigatori privati autorizzati o da consulenti tecnici, fermo restando che particolari atti, quali per esempio la richiesta di documentazione, possono essere svolti solo dal difensore.

Inoltre, non sussistono limiti temporali per lo svolgimento di queste indagini difensive, potendo essere svolte sia durante l'instaurazione del processo e sia prima se vi siano fondate ragioni per ritenere che questo stia per prender vita.

²⁴¹ Cass. Sez. Un. 28 ottobre 1998, n. 4/99, Barbagallo, in *La pratica del processo penale*, cit. p. 362, in cui veniva individuato il limite dei diritti costituzionalmente garantiti per ciò che riguarda i verbali con sopralluogo con riprese fotografiche.

Cass. Sez. Un. 28 marzo 2006, Prisco, in *La pratica del processo penale*, cit. p. 349, in cui veniva individuato lo stesso limite per ciò che riguarda le riprese filmate in luoghi pubblici.

²⁴² A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari. I soggetti. Le tecniche investigative. I riflessi cautelari e transnazionali. Le prospettive dibattimentali. L'archiviazione e l'esercizio dell'azione penale*, cit., p. 515.

²⁴³ L. CARLI, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale. Accusa e difesa nella ricerca e predisposizione della prova penale*, Giuffrè, 2005, p. 421.

Più precisamente, quest'ultima categoria di indagini prende il nome di “indagini pre-procedimentali” e sono caratterizzate dal fatto che possono essere espletate dal difensore o da un suo sostituto, da un difensore privato o da un consulente tecnico, vengono svolte a favore del soggetto che potrebbe assumere la veste di indagato nel procedimento e possono avere ad oggetto il colloquio con persone informate sui fatti, l'accesso ai luoghi e la richiesta di documenti alla pubblica amministrazione.

Altre due categorie di indagini sono le indagini suppletive e le indagini integrative: con le prime, espressamente individuate nel comma 3 dell'art. 419 del codice di procedura penale²⁴⁴, si fa riferimento a tutte quelle indagini che vengono svolte dopo la presentazione della richiesta di rinvio a giudizio; le seconde, disciplinate dall'art. 430 dello stesso codice²⁴⁵, consistono, invece, nelle attività che vengono svolte dopo l'udienza preliminare al fine di consentire alle parti di formulare nuove richieste nel corso del dibattimento, con il solo limite, nel caso delle indagini del pubblico ministero, che non possono essere svolti atti per cui è prevista la partecipazione dell'imputato o del suo difensore²⁴⁶.

Infine, su questo tema si è posto il problema se le attività investigative possano essere svolte anche all'esterno o soltanto all'interno del territorio italiano: a rispondere a questa domanda è stata la Corte di Cassazione, che in una sentenza del 2007²⁴⁷ ha introdotto il principio di “territorialità”, secondo cui il difensore è abilitato a svolgere attività di indagine solo all'interno del territorio italiano e, in caso di necessità, deve rivolgersi all'autorità giudiziaria italiana per presentare una domanda di assistenza giudiziaria internazionale²⁴⁸.

Una volta esercitata ogni attività subordinata alla conclusione delle indagini preliminari, queste si considerano fisiologicamente concluse, fermo restando che non possono

²⁴⁴ Art. 419 comma 3 c.p.p.: «L'avviso contiene inoltre l'invito a trasmettere la documentazione relativa alle indagini eventualmente espletate dopo la richiesta di rinvio a giudizio».

²⁴⁵ Art. 430 c.p.p.: «Successivamente all'emissione del decreto che dispone il giudizio, il pubblico ministero e il difensore possono, ai fini delle proprie richieste al giudice del dibattimento, compiere attività integrativa di indagine, fatta eccezione degli atti per i quali è prevista la partecipazione dell'imputato o del difensore di questo. La documentazione relativa all'attività di indagine nel comma 1 è immediatamente depositata nella segreteria del pubblico ministero con facoltà delle parti di prenderne visione e di estrarne copia».

²⁴⁶ P. VENTURA, *Le indagini difensive*, in *Trattato di procedura penale* (diretto da) G. Uberti e G. P. Voena, Giuffrè, 2005, p. 52 – 55.

²⁴⁷ Cass. Pen., Sez. I, 29 maggio 2007, n. 23967, Kaneva.

²⁴⁸ L. SURACI, *Le indagini difensive penali*, Pacini giuridica, 2021, p. 56.

essere protratte oltre il limite massimo fissato dalla legge²⁴⁹: limite disposto dalla legge di sei mesi, decorrenti dal momento in cui viene iscritto il nome dell'indagato nell'apposito registro, con la possibilità di chiedere la proroga del termine nel caso di questioni particolarmente complesse.

In seguito, il pubblico ministero forma un fascicolo in cui viene fatto confluire tutto il materiale acquisito durante le indagini e su questa base decide se optare per l'esercizio dell'azione penale oppure se chiedere al giudice per le indagini preliminari l'archiviazione del caso²⁵⁰.

Di conseguenza, gli esiti che possono derivare dalla conclusione delle indagini preliminari sono di due tipi: richiesta di rinvio a giudizio o richiesta di archiviazione.

Partendo dalla prima possibilità, prima della scadenza dei 6 mesi, se decide di presentare richiesta di rinvio a giudizio, il pubblico ministero deve mandare all'indagato e al suo difensore il c.d. "avviso di conclusione delle indagini preliminari" contenente la sommaria enunciazione del fatto con indicata la data e l'ora dell'accaduto, le norme che si considerano violate, l'avvertimento che tutta la documentazione è depositata presso la cancelleria del pubblico ministero e i destinatari possono prenderne visione, e l'avvertimento che l'indagato ha la possibilità, entro 20 giorni dalla consegna, di presentare documenti, chiedere al p.m. di fare nuove ricerche, di rilasciare dichiarazioni o di essere sottoposto ad interrogatorio.

Questo atto è essenziale per l'indagato, il quale solo attraverso esso viene a conoscenza dell'esistenza di un processo che sta iniziando a suo carico dato che tutte le indagini preliminari sono caratterizzate dal principio della segretezza degli atti.

La richiesta di rinvio a giudizio è disciplinata dall'art. 416 del codice di procedura penale²⁵¹ e vede come protagonista il pubblico ministero, il quale deve depositare la richiesta nella cancelleria del giudice dell'udienza preliminare competente a seconda del

²⁴⁹ Art 407 c.p.p.: «Salvo quanto previsto dall'art. 393 comma 4, la durata delle indagini preliminari non può comunque superare diciotto mesi o, se si procede per una contravvenzione, un anno. [...]». Questo articolo individua i termini massimi per le indagini preliminari comprensivi di proroghe di cui all'art. 406.

²⁵⁰ A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari. I soggetti. Le tecniche investigative. I riflessi cautelari e transnazionali. Le prospettive dibattimentali. L'archiviazione e l'esercizio dell'azione penale*, cit., p. 637.

²⁵¹ Art. 416 c.p.p.: «La richiesta di rinvio a giudizio è depositata dal pubblico ministero nella cancelleria del giudice. La richiesta di rinvio a giudizio è nulla se non è preceduta dall'avviso previsto dall'art. 415 bis, nonché dall'invito a presentarsi per rendere interrogatorio ai sensi dell'art. 375, comma 3, qualora la persona sottoposta alle indagini abbia chiesto di essere sottoposto ad interrogatorio entro il termine di cui all'art. 415 bis, comma 3. Con la richiesta è trasmesso il fascicolo contenente la notizia di reato, la documentazione relative alle indagini espletate e i verbali degli atti compiuti davanti al giudice per le indagini

tipo di reato per cui si procede, non può essere revocata dal p.m. e deve necessariamente essere preceduta dalla notifica all'indagato o al suo difensore dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari altrimenti la richiesta viene considerata nulla²⁵². Insieme alla richiesta, il pubblico ministero deve depositare anche il fascicolo delle indagini preliminari contenente la notizia di reato, la documentazione relativa alle indagini svolte e i verbali degli atti compiuti davanti al giudice per le indagini preliminari. La richiesta di rinvio a giudizio deve contenere le generalità dell'imputato, l'enunciazione in forma chiara e precisa del fatto, le fonti di prova acquisite, la domanda al giudice di emissione del decreto che dispone il giudizio, la data e la sottoscrizione del magistrato competente²⁵³.

Successivamente, il giudice deve fissare, entro cinque giorni dal deposito della richiesta con apposito decreto, il giorno e l'ora dell'udienza in camera di consiglio e di seguito deve emanare tutti gli atti fondamentali per dare avvio all'udienza preliminare²⁵⁴.

Bisogna precisare, inoltre, che il pubblico ministero può esercitare l'azione penale anche attraverso altre modalità: cioè mediante il ricorso a procedimenti speciali che permettono, al ricorrere di determinati presupposti, di superare intere fasi del processo.

Invero, i procedimenti speciali, individuati ai titoli II, III, IV e V del libro sesto del codice di rito, permettono di derogare all'ordinario processo e arrivare ad una risoluzione del caso evitando il ricorso all'udienza preliminare, o in determinati casi anche al dibattimento, in modo tale da ottenere un risparmio in termini di tempo, risorse umane e attività processuali, ove ricorrano determinati requisiti necessari per la richiesta di uno o l'altro processo speciale²⁵⁵.

Tuttavia, non tutte le indagini preliminari si concludono con l'apertura di un vero e proprio processo, infatti alcune di queste vengono archiviate proprio perché il pubblico ministero non ha trovato prove sufficienti per formulare un'accusa. Secondo anche quanto indicato dall'art. 50 del codice di rito, l'archiviazione è un metodo «alternativo» per concludere le indagini preliminari dato che la normale fisionomia del processo vede la continuazione del procedimento con la fissazione della data dell'udienza preliminare;

preliminari e le cose pertinenti del reato sono allegati al fascicolo, qualora non debbano essere custoditi altrove».

²⁵² E. APRILE, M. SASO, *L'udienza preliminare*, Giuffrè, 2005, p. 49.

²⁵³ Art. 417 del codice di procedura penale.

²⁵⁴ E. APRILE, M. SASO, *L'udienza preliminare*, cit., p. 65.

²⁵⁵ L. CARLI, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale. Accusa e difesa nella ricerca e predisposizione della prova penale*, cit., p. 673.

e proprio per questo motivo, l'archiviazione può essere chiesta quando il fatto non sussiste, quando non costituisce reato o quando l'indagato non lo ha commesso²⁵⁶, o per motivi "di diritto" enunciati dall'art. 411 c.p.p., e, inoltre, deve fondarsi su un'indagine completa e precisa in quanto un simile atto conclusivo deve avere alla base elementi oggettivi emersi nel corso di indagini correttamente svolte.

Prima di parlare nello specifico dell'archiviazione è necessario fare riferimento alle modalità con cui conciliare la possibilità, che ha il p.m., di chiedere l'archiviazione del caso e l'obbligo dello stesso di esercitare l'azione penale di cui all'art. 112²⁵⁷ della Costituzione. Infatti, se in un primo momento può risultare evidente un contrasto tra le due norme, un'analisi più approfondita mette in luce come «l'obbligo dell'esercizio dell'azione penale» deve essere inteso nel senso di obbligare il p.m. a svolgere tutte le indagini necessarie per poi prendere la giusta decisione circa l'effettiva possibilità di esercitare l'azione penale²⁵⁸, per cui il p.m., quando viene a conoscenza di una notizia di reato, deve svolgere tutte le ricerche per ottenere le prove necessarie a sostegno della sua tesi, tuttavia in caso contrario, il legislatore, ha concesso la possibilità di cessare immediatamente il procedimento in modo tale da evitare l'apertura di processi considerati superflui²⁵⁹.

Per questo motivo, come è stato anche poc'anzi detto, la richiesta di archiviazione non può essere presentata in ogni caso, bensì devono necessariamente esserci determinati presupposti. Ai sensi dell'art. 408 c.p.p.²⁶⁰ si può chiedere l'archiviazione quando risulta che la notizia di reato è infondata, con maggiore precisione il fatto non sussiste o l'indagato non l'ha commesso. A ciò la nuova formulazione dell'art. 411²⁶¹ del codice di rito ha introdotto nuovi motivi per poter chiedere al giudice l'archiviazione del caso, quali la

²⁵⁶ A. LEOPIZZI, *Le indagini preliminari. I soggetti. Le tecniche investigative. I riflessi cautelari e transnazionali. Le prospettive dibattimentali. L'archiviazione e l'esercizio dell'azione penale*, cit., p. 682.

²⁵⁷ Art. 112 Costituzione: «Il Pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale».

²⁵⁸ L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, Giuffrè, 2005, p.4.

²⁵⁹ Corte Cost., 11 aprile 1997, n. 96.

²⁶⁰ Art. 408 c.p.p.: «Quando gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca, il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione. [...]»

²⁶¹ Art 411 c.p.p.: «Le disposizioni degli articoli 408, 409, 410 e 410 *bis* si applicano anche quando risulta che manca una condizione di procedibilità, che la persona sottoposta alle indagini non è punibile ai sensi dell'art. 131 *bis* del codice penale per particolare tenuità del fatto, che il reato è estinto o che il fatto non è previsto dalla legge come reato».

mancanza di una condizione di procedibilità oppure la sussistenza di una causa per cui l'azione penale non può essere iniziata²⁶².

Un ultimo presupposto di archiviazione si ha nel caso di estinzione del reato o anche soltanto nel caso di dubbio sulla sussistenza di una causa estintiva; infine comportano l'archiviazione del caso anche la morte del reo, la remissione di querela, ammissibile sia in forma espressa e sia in forma tacita, realizzabile fino alla sentenza di condanna, e la non considerazione del fatto, da parte della legge, come reato.

A questo punto prende vita il procedimento di archiviazione che vede come protagonisti sia il pubblico ministero e sia il giudice, che in questa fase prende il nome di Giudice per le Indagini Preliminari (G.i.p), che deve sempre svolgere un controllo di legalità volto ad evitare errori di valutazione da parte del pubblico ministero²⁶³.

2. Provvedimenti del giudice sulla richiesta di archiviazione: analisi dell'art 409 c.p.p.

Anche se la fase delle indagini preliminari rimane domandata dal pubblico ministero con l'ausilio della polizia giudiziaria non può, comunque, mancare un giudice che controlla l'attività della magistratura inquirente soprattutto nella fase finale delle indagini.

Questo stato iniziale del procedimento è stato, nel tempo, oggetto di significative modifiche soprattutto per ciò che riguarda il ruolo del pubblico ministero; infatti, allo stesso, nel vecchio codice, venivano attribuiti sia i compiti di parte e sia i compiti giurisdizionali: quindi svolgeva sia attività di indagine e sia compiti giurisdizionali. Successivamente, il passaggio dal sistema inquisitorio al sistema accusatorio ha portato con sé l'esigenza di garantire una netta divisione dei poteri anche nella fase delle indagini, portando alla nascita di una nuova figura, il giudice per le indagini preliminari, volta a svolgere tutta l'attività giurisdizionale che prima era affidata al pubblico ministero.

L'esempio più comune in questa fase è quello dell'applicazione delle misure cautelari, che, se prima erano disposte ed autorizzate dal pubblico ministero, oggi sono sog-

²⁶² L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., p. 37.

²⁶³ L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., p. 22.

gette ad un successivo controllo da parte di un giudice il quale deve autorizzare, ove ricorrano i presupposti, la richiesta di applicazione di una misura disposta dal pubblico ministero²⁶⁴.

L'esigenza di affidare l'attività giurisdizionale ad un giudice che è titolare dei requisiti di terzietà e imparzialità assume un ruolo fondamentale soprattutto per il fatto che, durante questa fase, è frequente che il p.m. disponga atti volti alla limitazione delle libertà fondamentali quali: limitazione della libertà personale, violazione del domicilio o limitazione della libertà di corrispondenza; per cui, in tal caso si preferisce ammettere la limitazione di queste libertà solo nei casi espressamente disciplinati dalla legge e se autorizzate da un giudice con funzioni giurisdizionali attraverso l'emanazione di un atto motivato²⁶⁵.

In tal senso, la giurisdizione prende il nome di "giurisdizione procedimentale" distinta da quella "processuale" in quanto si applica prima dell'istaurazione del processo e ancor prima della formulazione dell'accusa, limitandosi ad un'attività di controllo: si parla, quindi, della c.d. "giurisdizione di garanzia e di controllo"²⁶⁶.

Tuttavia, un'analisi approfondita sul ruolo del giudice per le indagini preliminari presenta lo stesso come "garante" di questa fase, disciplinato dall'art. 328²⁶⁷ del codice di procedura penale, garanzia che si manifesta in tre diverse macroaree: nelle libertà costituzionalmente tutelate, nell'esercizio dell'azione e tempi di indagine e nella formazione anticipata della prova²⁶⁸.

Passando all'analisi delle singole macroaree, per ciò che riguarda la prima, uno degli aspetti che, senza dubbio, vanno a spiegare l'importanza del giudice per le indagini preliminari ha a che fare con il processo di applicazione di una misura cautelare; infatti, durante questa prima fase accade spesso che il pubblico ministero, qualora ricorrano le esigenze cautelari, applichi una misura restrittiva della libertà personale dell'indagato. In

²⁶⁴ F. ALONZI, *Le attività del giudice nelle indagini preliminari. Tra giurisdizione e controllo giudiziale*, CEDAM, 2011, p. 89.

²⁶⁵ F. ALONZI, *Le attività del giudice nelle indagini preliminari. Tra giurisdizione e controllo giudiziale*, cit., p. 130.

²⁶⁶ G. PISAPIA, *Il giudice per le indagini preliminari bilancio di un quinquennio*, in *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996, p.4; anche in questo capitolo Giuliano Pisapia, concentrandosi sulla differenza tra g.i.p e g.u.p, ha definito la giurisdizione del g.i.p. come operante in una fase preprocessuale.

²⁶⁷ Art. 328 comma 1 c.p.p.: «Nei casi previsti dalla legge, sulle richieste del pubblico ministero, delle parti private e della persona offesa del reato provvede il giudice per le indagini preliminari».

²⁶⁸ F. ALONZI, *Le attività del giudice nelle indagini preliminari. Tra giurisdizione e controllo giudiziale*, cit., p. 142.

quest'ottica la riforma del processo penale ha modificato il ruolo del pubblico ministero, il quale prima poteva disporre la misura in questione e ora si trova limitato dei suoi poteri potendo soltanto proporre al g.i.p. l'applicazione di una di queste. Per cui il giudice ha sia il potere di decidere sull'applicazione o meno della misura proposta, e sia quello di pronunciarsi su qualsiasi tipo di modifica, avendo la possibilità di sostituire, modificare o addirittura revocare la misura cautelare precedentemente applicata.

Inoltre, il ruolo del g.i.p. è fondamentale anche, in determinate situazioni, nel caso di violazioni di particolari libertà costituzionalmente tutelate quando queste risultano necessarie per il proseguimento delle indagini. Infatti, se, da un lato, il p.m. in alcuni casi può agire autonomamente, ad esempio nel caso di ispezioni e perquisizioni nei luoghi privati, derogando al divieto di domicilio di cui all'art. 14 Cost²⁶⁹, in altri casi lo stesso deve servirsi del ruolo del giudice, ad esempio nel caso di ricorso alle intercettazioni, violando il principio di libertà e segretezza della corrispondenza di cui all'art. 15 della Costituzione²⁷⁰, per cui è essenziale l'intervento del g.i.p. che autorizzi il p.m. a svolgere questi controlli.

La seconda macroarea concernente i poteri del giudice riguarda il controllo sull'attività del pubblico ministero che deve necessariamente rispettare i limiti imposti dalla legge; infatti, come è stato anche puntualizzato nel paragrafo precedente, le indagini preliminari devono concludersi entro un termine ben preciso pena l'inutilizzabilità di tutte le prove raccolte oltre questo limite, per questo il giudice svolge, *in primis*, il controllo sul rispetto di questo obbligo nei confronti dell'accusa e, successivamente, può emanare anche tutti di decreti di proroga delle stesse indagini.

Infine, il g.i.p ha un ruolo fondamentale anche nella formazione anticipata delle prove dato che molte prove, quelle c.d. "irripetibili", possono essere acquisite, dinanzi allo stesso, mediante l'istituto dell'incidente probatorio²⁷¹, già nel corso delle indagini preliminari, derogando al principio secondo cui possono essere valutate dal giudice solo le prove che vengono presentate in dibattimento nel contraddittorio tra le parti. Istituto, questo, caratterizzato dalla fondamentale attività del giudice per le indagini preliminari

²⁶⁹ Art. 14 Cost: «Il domicilio è inviolabile. Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri, se non nei casi e nei modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale. [...]».

²⁷⁰ Art. 15 Cost: «La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. [...]».

²⁷¹ L'incidente probatorio è stato adeguatamente trattato nel capitolo II, P. 60.

che, tra i tanti compiti, ha quello di regolare l'assunzione della prova, vigilare affinché non vengano superati i limiti e non si estenda l'indicente probatorio a fatti diversi da quelli oggetto di prova o a persone estranee da quelle interessate.

Andando più nello specifico, il ruolo del g.i.p è essenziale nella fase conclusiva delle indagini preliminari nel caso in cui il p.m. proponga l'archiviazione della questione dato che, il primo, ha il potere di decidere se accogliere o meno la richiesta dell'ultimo. Questa fase è stata recentemente modificata, con la L. n. 103/2017, che, oltre ad aver delineato il ruolo del pubblico ministero, ha anche disciplinato i tempi del giudice sia per quanto riguarda la fissazione dell'udienza dopo l'opposizione al decreto di archiviazione da parte della persona offesa e sia per ciò che riguarda la decisione finale del giudice, entrambi individuati nel termine di tre mesi²⁷².

In questa sede il giudice può emanare due tipi di provvedimenti: di accoglimento o di rigetto, disciplinati all'art. 409 del codice di rito comunemente e denominati "provvedimenti atipici".

L'atto emanato dal giudice nel caso di accoglimento della domanda di archiviazione può essere di due tipi: è il decreto motivato²⁷³ assunto *de plano* nel caso in cui il giudice, senza perplessità, restituisce gli atti al pubblico ministero, definisce e chiude la procedura statuendo l'infondatezza della notizia di reato o la presenza delle altre condizioni²⁷⁴ di cui all'art. 411 c.p.p.²⁷⁵: mancanza di una condizione di procedibilità, proscioglimento per particolare tenuità del fatto, estinzione del reato, non previsione del fatto come reato dalla legge; invece è un'ordinanza tutte le volte che il giudice interviene a seguito di un'udienza camerale. Si tratta però, in entrambi i casi, di provvedimenti di natura processuale e non di merito riguardando la mera inutilità di un grado successivo del processo poiché non ne sussistono le condizioni²⁷⁶.

²⁷² E. CAMPOLI, *commento all'art. 409 c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 1546.

²⁷³ Art. 409 c.p.p.: «Il giudice se accoglie la richiesta di archiviazione, pronuncia decreto motivato e restituisce gli atti al pubblico ministero».

²⁷⁴ L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., p. 107.

²⁷⁵ C. SCARPELLO, *L'archiviazione*, CEDAM, 2002, p. 47 si concentra sull'importanza dell'emanazione di un atto che evidenzia l'infondatezza della notizia di reato, altrimenti la richiesta del p.m. non potrebbe considerarsi correttamente archiviata.

²⁷⁶ L. CARLI, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale. Accusa e difesa nella ricerca e predisposizione della prova penale*, cit., p. 645.

Inoltre, se durante la fase delle indagini sono state disposte delle misure cautelari nei confronti dell'indagato il g.i.p. notifica il provvedimento di archiviazione alla persona sottoposta a misura e ne dispone la cessazione della stessa.

Al decreto di accoglimento possono fare opposizione le persone offese e, se l'opposizione non viene ritenuta inammissibile dal g.i.p., viene fissata la data per un'udienza camerale entro tre mesi dalla data di opposizione.

Più complesso è, invece, il caso in cui il giudice ritenga di non accogliere, allo stato degli atti, la richiesta di archiviazione dell'accusa, poiché, in tal caso il giudice deve fissare entro tre mesi l'udienza camerale di cui viene dato avviso al pubblico ministero, alle persone sottoposte alle indagini e alle persone offese e al suo esito il giudice dovrà emanare un'ordinanza attraverso la quale o decide sulla richiesta di archiviazione, o indica al pubblico ministero l'esigenza di svolgere ulteriori indagini²⁷⁷. Per ciò che riguarda la forma camerale dell'udienza la Cassazione, nel 2015, si è pronunciata al riguardo considerando, questa, come una prerogativa fondamentale per evitare una «indebita regressione del procedimento ed una conseguente stasi dello stesso²⁷⁸».

Di estrema importanza, in quest'ambito, è il fatto che il g.i.p. può dare al p.m. un termine entro il quale lo stesso deve svolgere ulteriori indagini, individuate dall'organo giudicante, quando l'attività di ricerca precedentemente svolta risulti lacunosa; si chiede, in questo caso, un "supplemento investigativo" oltre il termine previsto per la conclusione per le indagini stesse, secondo quanto chiaramente disposto dal comma 4 dell'art. 409²⁷⁹ c.p.p.

Per ciò che riguarda, invece, il contenuto dell'ordinanza, proprio perché il legislatore ha ritenuto necessario trovare un bilanciamento tra il potere dell'accusa, essendo l'organo titolare della fase delle indagini preliminari, e la necessità del giudice di rimediare alle inerzie del p.m., questo non deve essere né troppo specifico e né troppo generico e deve essere obbligatoriamente motivato in modo utile, congruo e sensato²⁸⁰. Nello spe-

²⁷⁷ E. CAMPOLI, *commento all'art. 409 c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 1551.

²⁷⁸ Cass. Pen. Sez. VI, 30 luglio 2015, n. 22081.

²⁷⁹ Art. 409 comma 4 c.p.p.: «A seguito dell'udienza, il Giudice se ritiene necessarie ulteriori indagini, le indica con ordinanza al pubblico ministero, fissando il termine indispensabile per il compimento di esse, altrimenti provvede entro tre mesi sulle richieste».

²⁸⁰ L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., p. 123.

cifico, l'indicazione del g.i.p. deve avere ad oggetto «il tema e la direzione delle indagini²⁸¹» fino a determinare quali singoli atti devono essere svolti dalla pubblica accusa. Sul contenuto dell'ordinanza e sulla vincolatività della stessa per il p.m. si sono contrapposte le tesi della dottrina e della giurisprudenza: la giurisprudenza, con le ordinanze della Corte costituzionale del 1991 e del 1994²⁸², ha ritenuto che le indicazioni contenute nella richiesta del g.i.p. debbano solo servire come base per un'attività di indagine che deve poi condurre il p.m. in totale autonomia e libertà per ciò che riguarda la natura, il contenuto e le modalità di assunzione dei singoli atti. Al contrario, la più autorevole dottrina²⁸³, accompagnata anche dalla giurisprudenza di legittimità²⁸⁴, faceva leva su una tesi diametralmente opposta, secondo cui le disposizioni del g.i.p. fossero effettivamente vincolanti in tutti i punti. A ciò si aggiungono anche due ordinanze della Corte costituzionale²⁸⁵ che spiegano come, pur avendo il p.m. il potere di svolgere ulteriori indagini, questo deve rispettare le indicazioni del g.i.p., non potendo, quindi, chiedere nuovamente l'archiviazione senza averle svolte.

Delicato è anche il caso dell'inottemperanza dal p.m. alle richieste del giudice: posto che non esistono sanzioni in tal senso e che una forma di responsabilità disciplinare sarebbe difficile da provare, il legislatore ha introdotto gli istituti dell'imputazione coatta e dell'avocazione da parte del Procuratore Generale presso la Corte d'Appello²⁸⁶. Attraverso il primo il giudice ordina il rinvio a giudizio per determinati imputati, mentre con il secondo si conferisce il potere di compiere determinati atti ad un determinato organo pur non essendo egli il destinatario della richiesta.

Tuttavia, questa disciplina che oggi sembra abbastanza lineare, ha subito delle modifiche date dal fatto che, essendo il giudice un organo di controllo, terzo ed imparziale, attribuire dei poteri officiosi allo stesso avrebbe comportato la perdita di queste sue caratteristiche e, di conseguenza, il passaggio da un giudice "per" le indagini preliminari ad un giudice "delle" indagini preliminari²⁸⁷. Di conseguenza le critiche che si muovono verso tale disciplina riguardano la perdita dei caratteri essenziali del ruolo del giudice,

²⁸¹ G. GARUTI, *Chiusura delle indagini preliminari*, in M. CHIAVARIO, E MARZADURI, *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, UTET, 1999, p. 445.

²⁸² Corte cost., ord. 6 giugno 1991, n. 253; Corte cost., ord. 10 febbraio 1994, n. 34

²⁸³ F. CORDERO, in *Codice commentato*; V. GREVI, in *Archiviazione*.

²⁸⁴ Cass., 12 luglio 1991, n. 7790, Copernico; Cass. Pen. Sez. I, 11 giugno 1990, Labanti.

²⁸⁵ Corte cost., ord., 22 novembre 1991 n. 425; Corte cost., ord., 18 giugno 1991 n. 289.

²⁸⁶ L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, cit., p. 31.

²⁸⁷ F. GIUNCHEDI, *I poteri istruttori del giudice*, in *Archivio penale*, 2014, 2, p. 6.

che passa da un organo di controllo sull'attività delle parti ad un organo d'impulso indipendentemente dalle ragioni presentate dal magistrato inquirente.

3. Poteri del giudice sulla richiesta di rinvio a giudizio: analisi dell'art 421-bis c.p.p.

Le indagini preliminari possono concludersi con un esito diverso rispetto a quello dell'archiviazione dato che, qualora il pubblico ministero ritenga di essere in possesso di prove sufficienti per formulare l'accusa può presentare al giudice per le indagini preliminari la richiesta di rinvio a giudizio²⁸⁸, attraverso cui il pubblico ministero esercita l'azione penale, e con la quale si chiede al giudice di fissare la data per l'udienza, caratterizzata dall'attività di un nuovo giudice, c.d. Giudice per l'udienza preliminare, che rappresenta, nel nuovo codice di procedura penale, il passaggio dalla fase del procedimento a quella del processo, e in cui verranno analizzate tutte le prove presentate da ambedue le parti.

L'udienza preliminare può, poi, avere due esiti differenti dato che il g.u.p., analizzata tutta l'attività di indagine, valuta se queste sono meritevoli di esame da parte del giudice per il dibattimento o no; quindi, nel primo caso si verificheranno l'emissione del decreto che dispone il giudizio e la fissazione dell'udienza per il dibattimento, nel secondo caso, invece, il g.u.p. emanerà una sentenza di non luogo a procedere.

Tutta la disciplina dell'udienza preliminare è stata oggetto di revisione, diversi anni fa, dalla legge "Carotti²⁸⁹" che ha recepito le modifiche disposte nel progetto di legge del 1996²⁹⁰ con lo scopo di conferire al giudice per l'udienza preliminare maggiore autonomia e terzietà rispetto a quella del pubblico ministero²⁹¹; per cui le disposizioni del nuovo codice di procedura penale in quest'ambito sono state riformate in virtù di questa nuova legge.

Più semplicemente, questa seconda fase del procedimento si apre con la presentazione all'indagato dell'avviso della conclusione delle indagini preliminari contenente la sommaria enunciazione del fatto con indicata data e ora dell'illecito commesso, le norme

²⁸⁸Vedi capitolo III, para. I.

²⁸⁹ L. 16 dicembre 1999, n. 479.

²⁹⁰ Progetto di legge n. 1182 presentato il 23 maggio 1996 alla Camera dei deputati dell'onorevole Saraceni.

²⁹¹ E. APRILE, M. SASO, *L'udienza preliminare*, cit., p. 6.

che si considerano violate, l'avvertimento che tutta la documentazione è depositata presso la cancelleria del pubblico ministero e i destinatari possono prenderne visione e l'avvertimento che l'indagato ha la possibilità, entro 20 giorni dalla consegna, di presentare documenti, chiedere al p.m. di fare nuove ricerche, chiedere di rilasciare dichiarazioni o chiedere di essere sottoposto ad interrogatorio²⁹².

Successivamente viene presentata la richiesta di rinvio a giudizio dal pubblico ministero nella cancelleria del giudice per l'udienza preliminare, e solo in questo istante si può dire avvenuta la presentazione della richiesta di rinvio a giudizio.

La richiesta si completa, infine, trasmettendo il fascicolo contenente la notizia di reato, la documentazione relativa alle indagini espletate, i verbali degli atti compiuti davanti al g.i.p. e le cose pertinenti al reato.

I risultati delle indagini e le prove presentate dalla pubblica accusa non sono sindacabili né dall'imputato e né dalle altre parti private, soltanto al g.u.p. sono attribuito poteri istruttori di richiesta al p.m. di integrazione probatoria quando questa risulti insufficiente per la prosecuzione dell'udienza²⁹³.

La richiesta di rinvio a giudizio è nulla non solo quando manca del tutto l'avviso di conclusione delle indagini preliminari²⁹⁴ ma anche quando il domicilio dichiarato è diverso da quello effettivo ovvero quando le indicazioni sono estremamente generico ovvero quando il fatto sommariamente esplicito nella richiesta di rinvio a giudizio risulta diverso rispetto a quello effettivamente accaduto, ovvero quando il pubblico ministero non abbia depositato tutti gli atti di indagine o tutti i documenti necessari ovvero quando il p.m. non tenga conto del legittimo impedimento presentato dall'indagato nel caso di interrogatorio dello stesso, ovvero quando, per concludere, non è stato rispettato il termine di 20 giorni per esercitare l'azione penale prima di effettuare l'interrogatorio dell'indagato²⁹⁵.

²⁹² L. GIULIANI, *La chiusura delle indagini preliminari: ragionevole durata del procedimento e limiti al potere investigativo*, in G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, cit., 556.

²⁹³ E. APRILE, M. SASO, *L'udienza preliminare*, cit., p. 59.

²⁹⁴ Cass. Sez. Un., 9 settembre 2003, n. 35358. Con questa sentenza la Cassazione a Sezioni Unite ha risolto un contrasto giurisprudenziale che era sorto sugli effetti connessi al mancato avviso di conclusione delle indagini preliminari. In tal senso, la Corte ha ritenuto che questo difetto portasse ad una nullità assoluta, non sanabile e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento.

Allo stesso modo si è pronunciata anche la Cass. Sez. Un., 9 luglio 2003, n. 35760.

²⁹⁵ E. APRILE, M. SASO, *L'udienza preliminare*, cit., p. 44.

La richiesta di rinvio a giudizio, per come è espressamente sancito nell'art. 417 del codice di rito²⁹⁶, deve contenere le generalità dell'imputato, l'enunciazione chiara e precisa del fatto, le prove acquisite, la richiesta di emissione del decreto che dispone il giudizio, la data e la sottoscrizione. A questo punto, dopo aver presentato tutto ciò, il giudice fissa con decreto il giorno, il luogo e l'ora dell'udienza in camera di consiglio.

Successivamente, emesso il decreto di fissazione dell'udienza, il giudice notifica gli atti al difensore, all'imputato, alla persona offesa e a tutte le altre parti private coinvolte, almeno dieci giorni prima della data fissata per l'udienza, a pena di nullità. Ne verrà dato avviso anche alla pubblica accusa con l'invito a trasmettere tutta la documentazione relativa alle indagini.

Durante la fase iniziale dell'udienza vengono svolti tutti gli atti preliminari: viene accertata la regolare costituzione delle parti, viene informato l'imputato della possibilità di iniziare dei programmi di giustizia riparativa, e viene data la possibilità allo stesso di chiedere la continuazione del processo mediante l'applicazione di riti speciali. A seguire, se non sussistono particolari problematiche o emergenze, inizia la fase della discussione.

Quest'ultima si sviluppa in un confronto tra il pubblico ministero e i difensori delle parti private durante la quale l'imputato può rendere dichiarazioni spontanee o chiedere di essere sottoposto ad interrogatorio ed infine, una volta conclusa, vengono presentate le rispettive conclusioni utilizzando tutti gli atti presenti nel fascicolo dell'udienza preliminare²⁹⁷.

La situazione è semplice nel caso in cui le indagini del p.m. risultino adeguate e sufficienti per mettere nelle condizioni il g.u.p. di prendere una decisione sulle sorti del processo²⁹⁸, e quindi decidere se emanare una sentenza di non luogo a procedere, nel caso in cui sussista una causa di estinzione del reato o per la quale l'azione penale non sarebbe dovuta iniziare o proseguire ovvero se il fatto non è previsto dalla legge come reato ovvero quando risulta che il fatto non sussista o che l'imputato non lo abbia commesso o

²⁹⁶Art. 417 c.p.p.: «1. La richiesta di rinvio a giudizio contiene: a) le generalità dell'imputato o le altre indicazioni personali che valgono a identificarlo nonché le generalità della persona offesa dal reato qualora ne sia possibile l'identificazione; b) 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; c) l'indicazione delle fonti di prova acquisite; d) la domanda al giudice di emissione del decreto che dispone il giudizio; e) la data e la sottoscrizione.».

²⁹⁷ L. GIULIANI, *Le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale e l'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in C. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, cit., 564.

²⁹⁸ Art. 421 comma 4: «Se il giudice ritiene di poter decidere sullo stato degli atti, dichiara chiusa la discussione».

che il fatto non costituisca reato o che si tratta di persona non punibile per qualsiasi causa, o, altrimenti se continuare il processo emanando il decreto che dispone il giudizio e passare il fascicolo con tutte le informazioni ad un nuovo giudice, il c.d. giudice per il dibattimento.

Passando in rassegna di una breve analisi della sentenza di non luogo a procedere questa, disciplinata all'art. 425 del codice di rito, parte dall'assunto secondo cui il giudice ha il dovere di procedere qualora accerti la presenza dei presupposti necessari, altrimenti deve astenersi dal compiere qualsiasi altra attività e dall'emanare una sentenza di rito, per cui il comma 1 dello stesso articolo obbliga il giudice ad emanare una sentenza di non luogo a procedere quando «sussiste una causa per la quale l'azione penale non doveva essere iniziata o non doveva essere proseguita²⁹⁹». Si deve prendere, quindi, una tale decisione anche nel caso di mancanza di una condizione di procedibilità, nel caso di impossibilità di proseguire l'azione penale ovvero nel caso di errore di persona³⁰⁰.

Una volta instaurato correttamente il processo, la stessa può essere emanata sia per motivi di diritto e sia per motivi di fatto; *in primis* deve essere emanata nel caso in cui il fatto non sia previsto dalla legge come reato, ma anche nel caso in cui sussistano importanti prove che dimostrino l'innocenza dello stesso, prove che devono necessariamente risultare dagli atti³⁰¹, ovvero nel caso in cui si tratti di una persona non punibile per qualsiasi causa. Infine, il comma 2 dello stesso articolo impone l'emanazione di questo tipo di sentenza nel caso in cui il giudice accerti che il reato è estinto per intervenuta prescrizione³⁰².

È più complesso, invece, il caso in cui le indagini del p.m. risultino lacunose ed insufficienti perché, in tale situazione, la legge Carotti ha introdotto un nuovo potere per il giudice, in un primo momento, di chiedere l'integrazione delle indagini e successivamente quello di porre in essere autonomamente un'attività di integrazione probatoria.

Quindi, durante la discussione, se il giudice non ha elementi sufficienti per decidere³⁰³ “allo stato degli atti”, al posto di dichiarare chiusa la discussione può ordinare un'integrazione delle indagini, a norma dell'art. 421 *bis* c.p.p., o svolgere autonomamente

²⁹⁹ Art. 425 comma 1 c.p.p.

³⁰⁰ M. DANIELE, *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, Giappichelli, 2005, p. 81-82.

³⁰¹ M. DANIELE, *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, cit., p. 92.

³⁰² E. CAMPOLI, *Commento all'art. 425*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 1686.

³⁰³ F. GIUNCHEDI, *I poteri istruttori del giudice*, cit., p. 7.

un'attività di integrazione probatoria disponendo l'assunzione delle prove necessarie a norma dell'art. 422 dello stesso codice³⁰⁴.

Questi due istituti, che in un certo senso conferiscono poteri istruttori al giudice pur essendo il giudice istruttore estinto da anni, sono stati la più grande novità della legge Carotti che ha, quindi, conferito al giudice, che prima aveva soltanto la facoltà di indicare alle parti temi su cui risultava necessario acquisire maggiori informazioni, il potere di svolgere egli stesso quest'attività di indagine.

Partendo dall'analisi dell'istituto individuato e disciplinato ai sensi dell'art. 421 *bis*³⁰⁵ del codice di rito, questo attribuisce al giudice dell'udienza preliminare il potere di ordinare al pubblico ministero di svolgere un'attività di integrazione delle indagini quando queste risultano lacunose. Più precisamente il giudice, qualora ritenga di non poter decidere allo stato degli atti, deve indicare al p.m. le ulteriori indagini da compiere, fissare un termine per il loro compimento e indicare la data per una nuova udienza³⁰⁶.

L'impossibilità di decidere non è una valutazione di tipo assoluto ma è frutto di una scelta discrezionale del giudice nel caso di carenza delle informazioni fornite dalla pubblica accusa. Ci si basa, per spiegare correttamente questo concetto, sulla *ratio* che ha portato il legislatore alla creazione di questo istituto: lo stesso non è stato introdotto per integrare delle indagini difensive che sono già, di per sé, idonee, ma queste "ulteriori indagini" di cui parla la norma devono essere prive del carattere della decisività sia a carico e sia a discarico, per cui, devono essere "neutrali" servendo solo a colmare un vuoto investigativo³⁰⁷.

³⁰⁴ E. APRILE, M. SASO, *L'udienza preliminare*, cit., p. 139.

³⁰⁵ Art. 421 *bis* c.p.p.: «Quando non provvede a norma del co. 4, dell'art. 421, il giudice, se le indagini preliminari sono incomplete, indica le ulteriori indagini, fissando il termine per il loro compimento e la data della nuova udienza preliminare. Del provvedimento è data comunicazione al procuratore generale presso la corte d'appello. [...]».

³⁰⁶ G. LUFFARELLI, *L'integrazione investigativa dell'udienza preliminare: ex art 421-bis c.p.p.*, in *Archivio penale*, 2014, p. 1.

³⁰⁷ A. SCARCELLA, *Commento all'art. 421 bis c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 1664.

Il principio cardine di questo nuovo istituto è il “principio di completezza delle indagini³⁰⁸” che caratterizza, *in primis*, la fase delle indagini preliminari e che, poi, diventa essenziale anche durante la fase dell’udienza preliminare, ed è fondamentale per motivare le scelte relative all’azione del p.m.³⁰⁹.

Il principio di completezza, quindi, vincola l’attività del pubblico ministero, il quale deve svolgere delle indagini che siano le più complete, chiare e precise possibili per garantire un corretto esercizio dell’azione penale, ma allo stesso tempo, proprio nel rispetto di tale principio, il legislatore ha ritenuto idoneo investire il giudice di un potere di controllo sull’operato del p.m. in modo tale da evitare che quest’ultimo possa esercitare un’azione penale solo “apparente” e quindi basata su indagini carenti e inidonee per il dibattimento.

Il tal senso, il g.u.p. opera un controllo sulla completezza delle indagini e, qualora dovesse individuare temi che necessitano di ulteriori approfondimenti, ordina alla pubblica accusa di svolgere un’attività di integrazione in tale materia³¹⁰.

In quest’ottica è importante una sentenza della Corte costituzionale del 1991³¹¹ che considerava l’art. 409 comma 4 del codice di rito come espressione del principio in esame, nella parte in cui afferma che «a seguito dell’udienza, il giudice, se ritiene necessarie ulteriori indagini, le indica con ordinanza al pubblico ministero, fissando il termine indispensabile per il compimento di esse». È indubbio che sussistono delle correlazioni tra l’art 409 e l’art 421 *bis* nella parte in cui attribuiscono al giudice, che nel primo caso è il g.i.p. e nel secondo il g.u.p., di obbligare il p.m. a svolgere delle indagini integrative; è, però, altrettanto vero che i due istituti operano in contesti differenti, infatti, mentre l’art. 409 riguarda la richiesta di archiviazione da parte della pubblica accusa e consiste in uno strumento di controllo sull’azione penale ancora da esercitare, l’art 421 *bis* riguarda la possibilità di presentare una richiesta di rinvio a giudizio e consiste in uno strumento di controllo su un’azione penale che è già stata esercitata³¹².

³⁰⁸ L’esistenza di un dovere in capo al pubblico ministero di rispettare il principio di completezza delle indagini è sancita anche da una sentenza della Corte costituzionale, 2 maggio 1991, n. 190.

³⁰⁹ E. MARZADURI, *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell’azione penale e completezza delle indagini preliminari*, in *Sistema penale*, 2022, 5, p. 199.

³¹⁰ L. CARACENI, *Giudice dell’udienza preliminare e i nuovi poteri istruttori*, in *Il foro italiano*, 2021, vol. 124, 10, p. 302.

³¹¹ Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 81.

³¹² G. LUFFARELLI, *L’integrazione investigativa dell’udienza preliminare: ex art 421-bis c.p.p.*, cit., p. 2.

Un'altra differenza sostanziale tra i due istituti riguarda proprio i destinatari, infatti se l'art. 409 al 4 comma è molto specifico nell'individuare come destinatario soltanto il pubblico ministero, «[...] il giudice, se ritiene necessarie ulteriori indagini, le indica con ordinanza al pubblico ministero [...]», l'art. 421 *bis* è ben più generico, non individuando i destinatari dell'ordinanza che, quindi, possono essere la pubblica accusa, ma possono altresì essere anche le parti private e i loro difensori³¹³ e l'integrazione probatoria che si chiede può essere sia contro e sia a favore dell'imputato. Tuttavia, parte della giurisprudenza³¹⁴ permette di ritenere che il destinatario della norma sia proprio l'accusa, dato che il pubblico ministero è il titolare dell'investigazione, funzionale all'esercizio dell'azione penale³¹⁵.

Questo aspetto è essenziale per risolvere il problema che si è posto circa la configurabilità di quest'istituto con i principi del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.; nello specifico si è ritenuto che, affidando questo potere al giudice verrebbe meno il requisito dell'imparzialità e della terzietà che lo caratterizza e lo contraddistingue dal ruolo del pubblico ministero. Invero, lo stesso dovrebbe limitarsi a prendere una decisione soltanto sulla base di quello che gli viene presentato dalle parti e non dovrebbe svolgere nessuna attività di indagine che potrebbe far pensare ad una propensione del giudice nei confronti di una o dell'altra parte.

A risolvere questa perplessità molte sono state le considerazioni che hanno messo in luce l'imparzialità del giudice anche nei casi in cui questo svolge attività istruttoria: *in primis*, il fatto che l'attività integrativa deve essere sia a favore e sia contro l'imputato³¹⁶, dimostra come, tutte le attività svolte da questo hanno l'obiettivo di garantire la continuazione di un processo che sia il più giusto e il meno lesivo possibile per le parti in causa, e quindi dimostrano come l'interesse che muove la condotta del giudice non sia tanto quello di favorire l'una o l'altra parte, bensì quello di garantire il corretto svolgimento del processo.

In più, l'attività di integrazione che il giudice chiede di svolgere al p.m. non è illimitata, bensì soggetta al confine del *thema decidendum* presentato dalle parti stesse per cui il giudice svolge un'attività istruttoria entro limiti che gli vengono forniti da accusa e

³¹³ E. APRILE, M. SASO, *L'udienza preliminare*, cit., p. 153.

³¹⁴ Cass. Pen, 14 settembre 2000, n. 4352, Crisci.

³¹⁵ L. CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, cit., p. 318.

³¹⁶ E. APRILE, M. SASO, *L'udienza preliminare*, cit., p. 154.

difesa³¹⁷. Invero, l'interpretazione prevalente ritiene che il giudice non possa chiedere alle parti il compimento di atti di indagini specifici; tuttavia, deve fornire delle indicazioni generiche salvo il potere del p.m. di espandere le sue ricerche anche oltre, essendo egli *dominus* della fase delle indagini preliminari. Inoltre, l'ordinanza emanata dal giudice non sarà mai vincolante per l'accusa³¹⁸, in modo tale da evitare di violare i principi di imparzialità e terzietà del giudice e garantire, in ogni fase del processo, il sistema di tripartizione dei poteri, anche se l'inerzia del pubblico ministero, davanti ad una richiesta di integrazione *ex art 421 bis*, comporta, inevitabilmente, l'emanazione di una sentenza di non luogo a procedere.

Ed infine, il fatto che il giudice non possa ricorrere alla richiesta di integrazione in ogni caso ma soltanto quando sussistono le condizioni, tende a conferire un controllo in più in questa fase del processo ma senza far perdere al giudice le sue caratteristiche fondamentali.

Infatti, l'ordinanza di integrazione probatoria non può essere emanata dal giudice in tutti i casi ma deve rispettare un'adeguata regolamentazione: il giudice può fare ricorso a questo istituto soltanto quando i risultati dell'attività di ricerca risultano così lacunosi da rendere il procedimento non decidibile allo stato degli atti,³¹⁹ incidendo sulla scelta del giudice se rinviare a giudizio o emanare una sentenza di non luogo a procedere. Di conseguenza, un'integrazione investigativa è essenziale soltanto quando gli elementi ottenuti risultano «necessari e non superflui» per la decisione finale favorevole all'imputato, dato che le prove a fondamento di una sentenza di condanna vengono acquisite nel corso del dibattimento e non durante l'udienza preliminare, che è considerata una sorta di prefiltro per concludere tutti quei procedimenti che sfocerebbero inevitabilmente in una sentenza di assoluzione.

In tal senso, proprio perché l'ordinanza di integrazione probatoria è collegata ad un'estrema necessarietà degli elementi alla base della ricerca, quando il giudice ha già deciso sulla questione per cause estranee alle prove ricercate dalle parti, allora non può più fare ricorso a quest'istituto. Un esempio è il caso di un giudice che rileva, nel corso dell'udienza preliminare, una causa di non punibilità, ad esempio la prescrizione del

³¹⁷ Cass. Pen., Sez. VI, 1 febbraio 2012, n. 5438, Tucci.

³¹⁸ E. APRILE, M. SASO, *L'udienza preliminare*, cit., p. 156.

³¹⁹ L. CARACENI, *Giudice dell'udienza preliminare e i nuovi poteri istruttori*, cit., p. 304.

reato, che comporta inevitabilmente l'emanazione di una sentenza di non luogo a procedere; in questo caso, pur essendo gli elementi di prova presentati insufficienti per una valutazione del giudice, l'integrazione probatoria non è decisiva per la pronuncia del giudice dato che questa, certamente, sarà diretta a concludere il processo per esistenza di una causa di estinzione del reato³²⁰. Su questo tema si è pronunciato anche il legislatore attraverso l'emanazione del dovere di immediata declaratoria di cui all'art. 129 del codice di rito³²¹ che conferisce al giudice l'obbligo di emanare una sentenza di assoluzione, o in questo caso, una sentenza di non luogo a procedere quando si accerti una causa di estinzione del reato o l'innocenza dello stesso.

Proprio su questa situazione si è pronunciata la Corte di cassazione, nel 2012, limitando i poteri di integrazione probatoria del g.u.p. e stabilendo che, nel caso di una causa di non punibilità emergente dagli atti, lo stesso non può avvalersi dei poteri istruttori dovendo «rimanere cristallizzato allo stato degli atti esistente al momento processuale della relativa causa di non punibilità³²²».

La creazione di questo nuovo istituto deriva anche dal fatto che l'udienza preliminare così intesa ha cambiato i suoi connotati, se prima era considerata come una fase di controllo, quindi con una natura meramente processuale, volta a conferire al giudice il potere di interrompere il procedimento per tutti quei casi di esercizio dell'azione penale considerate più «azzardate³²³», adesso questa fase del processo è considerata un primo giudizio di merito con la sola differenza che l'organo giudicante può prosciogliere o rinviare a giudizio ma non può condannare³²⁴.

Tutta questa fase di integrazione deve essere svolta entro una certa data che viene fissata dallo stesso giudice in modo tale sia da perseguire l'obiettivo di garantire una certa

³²⁰ G. LUFFARELLI, *L'integrazione investigativa dell'udienza preliminare: ex art 421-bis c.p.p.*, cit., p. 3.

³²¹ Art. 129 c.p.p.: «In ogni stato e grado del processo, 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 ovvero che il reato è estinto o che manca una condizione di procedibilità, lo dichiara di ufficio con sentenza. Quando ricorre una causa di estinzione del reato ma dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere con la formula prescritta».

³²² Cass. Pen. Sez. VI, 1 febbraio 2012, n. 5438.

³²³ E. AMODIO, *Lineamenti della riforma*, in *Giudice unico e garanzie difensive. La procedura penale riformata* a cura di Amodio e Galatini, Milano, 2000, 5. In questo testo Amodio, definendo l'udienza preliminare dice che questa «ha subito una mutazione genetica, trasformandosi da filtro delle imputazioni azzardate a giudizio in miniatura».

³²⁴ G. LUFFARELLI, *L'integrazione investigativa dell'udienza preliminare: ex art 421-bis c.p.p.*, cit., p. 2.

completezza delle indagini preliminari e sia da evitare una troppa dilatazione dei tempi delle indagini preliminari³²⁵, anche se il superamento di questo termine non comporta nessuna sanzione processuale proprio perché si tende a prevalere il principio di completezza delle indagini.

Per concludere, l'ordinanza contiene anche la data della nuova udienza per la presentazione delle nuove prove, anche se, nel caso di investigazioni compiute al di fuori dell'udienza, non si avrà una regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari ma ci sarà una sorte di "intermezzo istruttorio" all'interno dell'udienza stessa³²⁶.

4. Attività di integrazione probatoria del giudice: analisi dell'art 422 c.p.p.

La legge Carotti, n. 479/1999, riformando la parte del codice sull'udienza preliminare ha anche modificato il ruolo del giudice dell'udienza preliminari; infatti, lo stesso, se prima aveva il potere di indicare alle parti nuovi temi che a suo avviso fossero incompleti e chiedere di aggiungere, su questi, nuove informazioni, ora, con la modifica dell'art. 422 del codice di rito il giudice ha acquistato la facoltà di assumere, *ex officio*, nuove prove che risultano essenziali per la decisione³²⁷.

Infatti, se un potere decisivo era stato garantito al giudice con l'introduzione dell'art. 421 *bis*, che gli conferiva il potere di indirizzare il p.m. verso lo svolgimento di nuove e precise indagini su specifici aspetti e, di conseguenza, rimettendo nuovamente la decisione al giudice, l'art. 422³²⁸ c.p.p., disciplinando l'istituto dell'integrazione probatoria, ha consentito al g.u.p di passare direttamente all'assunzione delle stesse³²⁹. Invero, la norma in esame ha conferito all'organo giudicante un vero e proprio potere istruttorio, che non può dirsi esistente né con riferimento al 421 *bis* e né con riferimento al precedente istituto delle sommarie informazioni³³⁰.

³²⁵ E. APRILE, M. SASO, *L'udienza preliminare*, cit., p. 161.

³²⁶ E. APRILE, M. SASO, *L'udienza preliminare*, cit., p. 162.

³²⁷ L. BRIGANTI, *Poteri di integrazione nell'udienza preliminare ex art. 422 c.p.p.*, in *Archivio penale*, 2014, p. 1.

³²⁸ Art. 422 c.p.p.: «Quando non provvede a norma del co. 4, art. 421, ovvero a norma dell'articolo 421-bis, il giudice può disporre, anche d'ufficio, l'assunzione delle prove delle quali appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere.

[...]».

³²⁹ L. CARACENI, *Giudice dell'udienza preliminare e i nuovi poteri istruttori*, cit., p. 304.

³³⁰ H. BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, cit., p. 249.

All'*uopo*, la nuova formulazione dell'art. 422 del codice di rito consente al giudice di disporre, d'ufficio, l'assunzione di nuove prove qualora queste siano essenziali per emanare una sentenza di non luogo a procedere.

Anche in questo caso il principio che sta alla base di tale istituto è quello della completezza delle indagini: quindi l'obbligo di garantire che le indagini, svolte dalla pubblica accusa e presentate al giudice, siano idonee a sostenere l'accusa in giudizio, ma non solo, è necessario che queste non portino ad un apparente esercizio dell'azione penale; principio che, nella pratica, era disposto anche dal precedente art. 125 disp. att. c.p.p.³³¹, ora abrogato dalla nuova riforma Cartabia, che prescriveva l'archiviazione del procedimento in tutti i casi in cui le indagini preliminari non risultassero idonee a sostenere l'accusa³³².

In questa direzione si è pronunciata anche la Corte costituzionale, nel 1996³³³, che, definendo il principio di completezza delle indagini, lo ha considerato come collegato, non al compimento di atti necessari all'accertamento della verità, ma come volto ad acquisire elementi fondamentali per garantire un corretto esercizio dell'azione penale.

Si assiste ad una modifica sostanziale dell'istituto rispetto a quello precedente, infatti se prima la norma prevedeva, nel caso di assoluta impossibilità del giudice di decidere, la possibilità di indicare alle parti temi nuovi o incompleti che dovevano essere approfonditi, come se fosse una sorta di stimolo, la riforma, invece, ha conferito al giudice dei veri e propri poteri *ex officio* di assunzione di nuove prove in udienza con il limite che queste devono essere indispensabili soltanto per prendere una decisione favorevole per l'imputato³³⁴.

Invero, la stessa rubrica dei due articoli, *ante* e *post* riforma, dimostra come le modifiche adottate nel 1999 non hanno lasciato spazio alla vecchia formulazione dell'articolo, infatti se prima l'art. 422 c.p.p. era rubricato «sommarie informazioni ai fini della

³³¹ Art. 125 disp. Att. c.p.p.: «Il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione quando ritiene l'infondatezza della notizia di reato perché gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa».

³³² E. APRILE, M. SASO, *L'udienza preliminare*, cit., p. 145.

³³³ Corte Cost., 31 gennaio 1996, n. 350.

³³⁴ F. GIUNCHEDI, *I poteri istruttori del giudice*, cit., p. 9.

decisione», adesso è intitolato «attività di integrazione probatoria del giudice» evidenziando un radicale cambiamento attribuendo al giudice il potere di acquisire prove a discarico anche *ex officio*³³⁵ quando risultano estremamente necessarie.

Si tratta, dunque, di un vero e proprio potere istruttorio al pari di quanto individuato all'art. 190 comma 2 e all'art. 507 del codice di rito.

L'analisi di un aspetto è fondamentale per comprendere appieno l'istituto in questione; infatti, il giudice può ricorrere all'integrazione soltanto quando le prove risultino «manifestamente decisive³³⁶» in direzione favorevole all'imputato, riferendosi, quindi, soltanto a quelle prove che accertino la sussistenza di un'innocenza dell'imputato, diventando, così, il giudice garante del principio della presunzione di innocenza³³⁷.

Proprio per quest'ultimo aspetto, questo istituto è stato a lungo criticato perché si riteneva in contrasto con i principi del giusto processo, di cui al 111 Cost., dato che avrebbe fatto perdere allo stesso il suo carattere di terzietà³³⁸; in quest'ottica, però, taluni autori³³⁹, hanno superato il limite facendo riferimento al principio della presunzione non colpevolezza, di cui all'art. 27 della Costituzione, ritenendo che il ruolo del giudice fosse anche quello di garantire la tutela di questo principio persino attraverso l'assunzione, ove necessario, di nuove prove che risultano decisive e favorevoli all'imputato. Tuttavia, non sono mancate critiche per questo istituto nei casi in cui vengano dati troppi poteri al giudice in quanto lo farebbero diventare soggetto attivo dell'udienza preliminare.

Per riuscire a trovare un bilanciamento tra tutti questi principi in esame, il legislatore ha tentato di controllare l'applicazione di questo istituto individuando due limiti da rispettare: uno tipologico, che riduce il potere del giudice ai soli casi di prove già individuate e che necessitano soltanto di assunzione, e uno di tipo decisorio, secondo cui deve trattarsi di prove determinanti per l'emanazione di una sentenza di non luogo a procedere³⁴⁰. In questo modo si cerca di rendere il ruolo del giudice il più estraneo possibile alla fase dell'acquisizione della prova, ammettendo una deroga di questa disciplina solo nel caso in cui risulti molto probabile l'esito favorevole del procedimento.

³³⁵ L. CARACENI, *Giudice dell'udienza preliminare e i nuovi poteri istruttori*, cit., p. 312.

³³⁶ L. BRIGANTI, *Poteri di integrazione nell'udienza preliminare ex art. 422 c.p.p.*, cit., p. 1.

³³⁷ E. APRILE, M. SASO, *L'udienza preliminare*, cit., p. 166.

³³⁸ F. PAGLIONICO, *Le nuove modalità di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, in *Archivio penale*, 2023, 2, p. 29.

³³⁹ E. AMODIO, *Lineamenti della riforma*, cit., p.30.

³⁴⁰ L. CARACENI, *Giudice dell'udienza preliminare e i nuovi poteri istruttori*, cit., p. 305.

Inoltre, le prove assunte in questa maniera possono essere valutate solo in udienza preliminare e confluiscono, poi, nel fascicolo dell'udienza preliminare e non anche in quello del dibattimento, dato che, per essere valutate dal giudice del dibattimento devono nuovamente essere assunte in giudizio, nel contraddittorio fra le parti e davanti ad un nuovo giudice terzo ed imparziale, anche se, in ogni caso, le prove assunte nel corso dell'udienza preliminare hanno, nella fase del dibattimento, un'efficacia maggiore rispetto a quelle che sono state raccolte nella fase delle indagini preliminari³⁴¹.

Così risulta evidente la differenza tra l'art. 421 *bis* e l'art. 422 c.p.p., tanto che, sul rapporto tra i due istituti molti studiosi si sono interrogati.

Parte della dottrina³⁴² ritiene che fra le due norme ci sia un rapporto di complementarità e che quindi il g.u.p. debba applicare l'art. 421 *bis* ogniqualvolta ravvisi una totale mancanza di elementi, sia a favore e sia contro l'imputato, mentre utilizzi il 422 solo in via residuale nel caso di integrazione probatoria esclusivamente a favore dell'imputato: c.d. integrazione solo in *bonam partem*³⁴³.

Altra parte degli interpreti³⁴⁴ ritiene invece che fra i due istituti sussista un rapporto di sussidiarietà interna³⁴⁵, infatti i poteri integrativi del g.u.p. vanno utilizzati solo dopo aver disposto un'ordinanza di integrazione *ex art. 421 bis*³⁴⁶.

Al contrario, alcuni giuristi³⁴⁷ hanno ritenuto che, qualora, al posto di queste due interpretazioni si facesse prevalere quella secondo cui tra i due istituti sussista un rapporto di alternatività, l'integrazione probatoria diventerebbe dannosa, dato che il giudice, dopo un'idonea valutazione sulla completezza dell'indagine, assumerebbe una «impropria funzione tutoria dell'imputato»³⁴⁸.

In ogni caso, le prime due interpretazioni perseguono, purché in maniera differente, analoghi obiettivi di garanzia: da un lato garantendo il corretto esercizio della giurisdizione penale e dall'altro la salvaguardia del diritto di difesa tale da interrompere, nel più

³⁴¹ M. Busetto, *Nuova regola di giudizio e integrazioni conoscitive del giudice dell'udienza preliminare: qualche spunto di riflessione*, in *Archivio penale* 2023, 1, p.3.

³⁴² L. Caraceni, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, cit., p. 313 e la dottrina ivi citata.

³⁴³ L. Caraceni, *Giudice dell'udienza preliminare e i nuovi poteri istruttori*, cit., p. 306.

³⁴⁴ A. Scalfati, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, in *Cassazione penale*, 2000, p. 2828.

³⁴⁵ L. Briganti, *Poteri di integrazione nell'udienza preliminare ex art. 422 c.p.p.*, cit., p. 1.

³⁴⁶ F. Giunchedi, *I poteri istruttori del giudice*, cit., p. 9.

³⁴⁷ Ne parla N. Galantini, *La nuova udienza preliminare*, in E. Amodio, *Giudice unico e garanzie difensive*, 2000, Giuffrè.

³⁴⁸ H. Belluta, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, cit., p. 252.

breve tempo possibile, un procedimento basato su un'accusa lacunosa e non supportata da adeguati elementi di prova³⁴⁹. Inoltre, benché in maniera differente, il supplemento investigativo e l'impulso probatorio consentono al giudice di poter correttamente esercitare la propria funzione di controllo giurisdizionale su un quadro probatorio, che solo grazie alle successive integrazioni, può dirsi completo³⁵⁰.

Invero, l'integrazione investigativa è volta ad evitare che la negligenza delle parti porti errati proscioglimenti, mentre l'integrazione probatoria è volta ad evitare la presentazione di rinvii a giudizio per fatti e situazioni non meritevoli di processo. Inoltre, mentre l'ordinanza di integrazione può essere emanata sia contro e sia a favore dell'imputato, l'integrazione probatoria può essere disposta solo per quelle prove che inevitabilmente vanno a scagionare l'imputato e deve riguardare elementi che sono già stati individuati dalle parti ma non ancora assunti.

Tuttavia, pur essendo i due istituti profondamente diversi, si basano su uno stesso presupposto: il giudice può chiedere un'integrazione probatoria o investigativa solo quando lo stesso non si trovi nella possibilità di decidere allo stato degli atti³⁵¹; impossibilità che può ricorrere solo dopo la conclusione della discussione delle parti, dato che solo queste sono in grado di spiegare, al meglio, all'organo giudicante il significato probatorio di tutti gli atti che sono stati presentati. Infatti, se al giudice fosse stato attribuito il potere di esercitare poteri officiosi anche prima della discussione sarebbe stato compromesso il ruolo retorico-argomentativo delle parti, ampliando in maniera spropositata il ruolo dello stesso e mettendo al rischio il suo carattere di terzo e imparziale³⁵².

O meglio, anche se il presupposto è il medesimo in entrambi gli istituti, per ciò che riguarda l'integrazione investigativa, l'impossibilità di decidere allo stato degli atti può derivare soltanto da una situazione che si configura al termine della discussione, mentre per l'istituto dell'integrazione probatoria, questo può derivare da una situazione patologica che si può configurare sia al termine della discussione e sia dopo lo svolgimento delle indagini integrative di cui al 421 *bis*³⁵³.

³⁴⁹ L. CARACENI, *Giudice dell'udienza preliminare e i nuovi poteri istruttori*, cit., p. 306.

³⁵⁰ F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Giappichelli, 2005, p. 300.

³⁵¹ H. BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, cit., p. 251.

³⁵² F. CASSIBBA, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, in *Trattato di procedura penale*, (diretto da) G. UBERTIS e G.P. VOENA, Giuffrè, 2007, p. 236.

³⁵³ M. BONTEMPELLI, *Le indagini preliminari*, in P. CORSO, O. DOMINIONI, A. GAITO, G. SPANGHER, N. GALANTINI, L. FILIPPI, G. GARUTI, O. MAZZA, G. VARRASO, D. VIGONI, *Procedura penale*, cit., p. 507.

In alcuni casi, è proprio la legge ad obbligare il giudice a disporre un'integrazione probatoria solo dopo la presentazione delle conclusioni delle parti, un chiaro esempio è quello dei procedimenti cumulativi³⁵⁴, in cui viene disposto l'obbligo, da parte del legislatore, di separare i processi qualora, dopo la discussione, il giudice sia in grado di definire il processo per alcuni imputati e per altri ritenga necessaria un'integrazione probatoria³⁵⁵.

Inoltre, ancora una volta la formulazione generica della norma evidenzia il problema di quali attività possa compiere il giudice per assumere nuove prove in giudizio, dato che il comma 2 dello stesso articolo menziona soltanto³⁵⁶ i testimoni, i periti, i consulenti tecnici e le persone indicate nell'art. 210 c.p.p. anche se una parte della dottrina³⁵⁷ ritiene applicabile quest'istituto anche agli altri mezzi di prova.

In particolare, secondo quanto indicati al comma 3³⁵⁸ dell'art. 422 c.p.p., il giudice può disporre l'interrogatorio o l'audizione delle persone indicate all'art. 210 c.p.p., fissando una nuova udienza e disponendo la citazione delle persone da interrogare ed esaminare. L'interrogatorio e l'audizione vengono disposti e condotti dal giudice secondo un modello che è più inquisitorio che accusatorio; quindi, vengono disposti autonomamente dallo stesso conferendo, alle parti e all'accusa, soltanto la possibilità di porre domande a mezzo del giudice³⁵⁹. Per completezza, bisogna aggiungere che l'assunzione delle prove sarà immediata se le persone che devono essere sentite sono presenti in udienza, altrimenti il giudice dovrà fissare una nuova udienza e disporre la citazione dei soggetti ammessi all'interrogatorio o all'audizione³⁶⁰.

Un altro problema che si è venuto a creare agli albori di questa riforma ha riguardato il rapporto tra quest'attività integrativa e il principio secondo cui nel caso di lacune sul

³⁵⁴ Art.18 comma 1 lett. a) c.p.p.: «se, nell'udienza preliminare, nei confronti di uno o più imputati o per una o più imputazioni è possibile pervenire prontamente alla decisione, mentre nei confronti di altri imputati o per altre imputazioni è necessario acquisire ulteriori informazioni a norma dell'art. 422».

³⁵⁵ F. CASSIBBA, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, cit., p. 238.

³⁵⁶ Corte cost., 25 maggio 1999, n.190, ha giustificato questa limitazione ritenendo che alla base vi stia l'esigenza di garantire la snellezza dell'udienza preliminare.

³⁵⁷ R. BRICCHETTI, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, Milano 2000, p. 138; E. APRILE, *Giudice unico e processo penale*, Milano 2000, p.108. Entrambi i testi esprimono questo principio.

³⁵⁸ Art 422 comma 3 c.p.p.: «l'audizione e l'interrogatorio delle persone indicate nel comma 2 sono condotti dal giudice. Il pubblico ministero e i difensori possono porre domande, a mezzo del giudice, nell'ordine previsto dall'art. 421, comma 2. Successivamente il pubblico ministero e i difensori formulano e illustrano le rispettive conclusioni».

³⁵⁹ E.APRILE, M. SASO, *L'udienza preliminare*, cit., p. 170.

³⁶⁰ M. BONTEMPELLI, *Le indagini preliminari*, in P. CORSO, O. DOMINIONI, A. GAITO, G. SPANGHER, N. GALANTINI, L. FILIPPI, G. GARUTI, O. MAZZA, G. VARRASO, D. VIGONI, *Procedura penale*, cit., p. 507.

materiale probatorio presentato dalle parti il giudice deve necessariamente emanare una sentenza di non luogo a procedere; in tal senso si riesce a superare questo contrasto considerando l'istituto in esame come un ausilio per l'accusa, in modo tale da acquisire prove senza le quali si imporrebbe un proscioglimento³⁶¹.

In conclusione, è facile comprendere come il legislatore abbia voluto conservare aspetti significativi del ruolo del giudice istruttore anche nel nuovo processo penale, introducendo, *in primis*, il comma 2 dell'art. 190 che individua in generale i poteri officiosi del giudice e, poi, attribuendo al nuovo organo giudicante la possibilità di avere un ruolo attivo nel contesto probatorio già dalla fase delle indagini preliminari, con l'art. 421 *bis*, nell'udienza preliminare, con l'art. 422 e per concludere, come verrà analizzato nei capitoli successivi, anche nella fase del dibattimento, *ex art.* 507 e nell'appello, ai sensi dell'art. 603.

³⁶¹ M. Busetto, *Nuova regola di giudizio e integrazioni conoscitive del giudice dell'udienza preliminare: qualche spunto di riflessione*, cit., p.2.

CAPITOLO 4

I POTERI PROBATORI *EX OFFICIO* DEL GIUDICE NEL DIBATTIMENTO

1. L'art 506 c.p.p. e i poteri del presidente in sede di assunzione delle prove orali

Terminata la fase dell'udienza preliminare, come è stato precedentemente esaminato, il g.u.p. ha il potere o di concludere il processo attraverso l'emanazione di una sentenza di non luogo a procedere o di stabilirne la prosecuzione e, in quest'ultimo caso, lo stesso, deve emanare, al termine dell'udienza preliminare, il decreto che dispone il giudizio, contenente tutte le indicazioni fondamentali sul fatto e sull'imputato, o nei casi in cui si decida di continuare il processo mediante il ricorso a dei riti alternativi, un decreto che dispone il procedimento speciale.

Successivamente, dopo l'emissione del suddetto decreto il giudice provvede, nel contraddittorio fra le parti, alla formazione del fascicolo per il dibattimento in cui sono raccolti: gli atti relativi alla procedibilità dell'azione penale, i verbali degli atti non ripetibili compiuti dal pubblico ministero, dalla polizia giudiziaria e dal difensore, i verbali degli atti assunti nell'incidente probatorio, i documenti acquisiti all'estero mediante rogatoria internazionale, il certificato generale del casellario giudiziario e il corpo del reato e le cose pertinenti ad esso. Infine, il decreto che dispone il giudizio e il fascicolo del dibattimento vengono trasmessi, senza ritardo, alla cancelleria del giudice competente per il giudizio.

Nella spiegazione che ne dà la nuova formulazione del codice di procedura penale, la fase del giudizio ordinario è distinta in tre diverse parti: gli atti preliminari al dibattimento, il dibattimento e la sentenza³⁶².

In breve, gli atti preliminari al dibattimento consistono in tutte quelle attività considerate come preparatorie al dibattimento vero e proprio; in quest'ottica, atti preparatori sono tutti gli atti urgenti, la citazione di testimoni, periti e consulenti tecnici e i casi di proscioglimento dell'imputato. La seconda fase, quella del dibattimento in senso stretto, rappresenta, invece, il momento centrale del giudizio in cui vengono presentate le prove e si definisce l'imputazione.

³⁶² G. GARUTI, *Il giudizio ordinario*, in P. CORSO, O. DOMINIONI, A. GAITO, G. SPANGHER, N. GALANTINI, L. FILIPPI, G. GARUTI, O. MAZZA, G. VARRASO, D. VIGONI, *Procedura penale*, cit., p. 591.

Infine, l'ultimo titolo dedicato alla sentenza racchiude tutti quegli atti successivi al dibattimento che riguardano il momento della deliberazione, redazione, pubblicazione, correzione e deposito della sentenza finale³⁶³.

È proprio la fase del dibattimento quella che rappresenta al meglio il rispetto dei principi del giusto processo costituzionalmente tutelati e, secondo l'opinione maggiormente accreditata, è la fase che raffigura, nella maniera più evidente, il sistema misto con tendenza accusatoria del nuovo codice; invero, il giudizio si può considerare di tipo accusatorio quando la formazione della prova avviene pubblicamente e nel contraddittorio fra le parti davanti ad un giudice che ha il compito di decidere nel merito, mentre assume i caratteri del rito inquisitorio quando, le stesse, vengono formate unilateralmente fuori udienza dall'accusa con la partecipazione della difesa ma solo in posizione subordinata³⁶⁴.

I principi che stanno alla base della fase del dibattimento sono svariati, a partire dal principio del contraddittorio, a seguire quello della parità delle parti, oralità-immediatezza, concentrazione, distinzione tra la funzione del giudice e quella dell'accusa e immutabilità fisica del giudice.

Andando in ordine, il principio del contraddittorio, adeguatamente analizzato nel secondo capitolo di questo elaborato, consiste nell'obbligo di assumere ogni prova alla presenza della controparte in modo tale da mettere la stessa nelle condizioni di replicare; nel contesto probatorio, dal contraddittorio derivano poi dei diritti strumentali quali quello di ottenere dal giudice l'ammissione della prova, quello di ottenere l'ammissione della prova contraria e quello di porre domande nell'esame diretto e nel controesame³⁶⁵.

Successivamente, il principio della parità delle parti dispone l'obbligo di garantire una pari partecipazione dell'accusa e della difesa in ogni stato e grado del procedimento mediante il ricorso al contraddittorio per tutto il corso del giudizio. A seguire, il principio dell'oralità, inteso come oralità-immediatezza, è volto a rappresentare un rapporto diretto tra il giudice e le prove in modo tale che colui che presiede l'assunzione delle stesse sia poi posto nelle condizioni di valutarle. Poi, essenziale è anche il principio di concentra-

³⁶³ G. GARUTI, *Il giudizio ordinario*, in P. CORSO, O. DOMINIONI, A. GAITO, G. SPANGHER, N. GALANTINI, L. FILIPPI, G. GARUTI, O. MAZZA, G. VARRASO, D. VIGONI, *Procedura penale*, cit., p. 592.

³⁶⁴ G. ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, in *Il foro italico*, 1988, p. 356.

³⁶⁵ P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 752.

zione che è teso a tutelare la ragionevole durata del processo obbligando la concentrazione del dibattimento in una sola udienza o in udienze contigue. Si cerca, inoltre, di assicurare una corretta distinzione delle funzioni del giudice da quelle dell'accusa in modo tale da garantire un'efficace equidistanza fra le parti e di conseguenza anche la tutela dell'imparzialità del giudice, dato che se lo stesso fosse coinvolto nell'attività investigativa verrebbe compromessa la sua terzietà³⁶⁶. Infine, il principio di immutabilità fisica del giudice dispone il divieto, per tutto il corso del dibattimento, di sostituire i componenti originari del collegio³⁶⁷.

Su quest'ultimo aspetto la riforma Cartabia ha provveduto introducendo il comma 4 *ter* dell'art. 495 del codice di rito³⁶⁸ relativo ai casi di assunzione dell'esame dei testimoni in caso di mutamento del giudice nel corso del dibattimento dando attuazione all'art. 1 comma 11 lett. d) della legge-delega n. 134 del 2021 che rimette al legislatore l'esigenza di stabilire la possibilità di una riassunzione della prova dichiarativa in caso di mutamento del giudice. In particolare, questo nuovo comma ha introdotto e disciplinato l'istituto della «reiterazione dell'acquisizione delle dichiarazioni già prodotte innanzi al primo giudice³⁶⁹» superando la questione, che fino ad allora si era posta, legata al regime applicabile in caso di mutamento del giudice oggetto di trattazione della sentenza delle Sezioni Unite Bajrami³⁷⁰ basato sull'effettiva costituzionalità o meno dell'art. 525 comma 2 c.p.p.³⁷¹ nella parte in cui dispone che alla deliberazione della sentenza debbano concorrere gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento a pena di nullità assoluta³⁷².

Di conseguenza un'espressa deroga al regime precedente è stata introdotta dalla riforma Cartabia che ha conferito alle parti, in caso di mutamento del giudice, il potere di

³⁶⁶ G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 656.

³⁶⁷ M. SCAPARONE, *Procedura penale*, cit., p. 118.

³⁶⁸ Art. 495 comma 4 *ter*: «Se il giudice muta nel corso del dibattimento, la parte che vi ha interesse ha diritto di ottenere l'esame delle persone che hanno già reso dichiarazioni nel medesimo dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate, salvo che il precedente esame sia stato documentato integralmente mediante mezzi di riproduzione audiovisiva. In ogni caso, la rinnovazione dell'esame può essere disposta quando il giudice la ritenga necessaria sulla base di specifiche esigenze».

³⁶⁹ A. MARANDOLA, *Riforma Cartabia: mutamento del giudice e rinnovazione dell'istruzione probatoria, tutto cambia e nulla cambia?*, in *Sistema penale*, 2023, p. 2.

³⁷⁰ Cass. Pen. Sez. Un., 10 ottobre 2019, n. 41736.

³⁷¹ Art. 525 comma 2 c.p.p.: «Alla deliberazione concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento. Se alla deliberazione devono concorrere i giudici supplenti in sostituzione dei titolari impediti, i provvedimenti già emessi conservano efficacia se non sono espressamente revocati».

³⁷² P. RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, Giappichelli, 2008, p. 123.

chiedere nuovamente l'esame delle persone che sono già state sentite nello stesso dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti queste dichiarazioni saranno utilizzate, tranne nel caso in cui il precedente esame sia stato ripreso con mezzi di riproduzione audiovisiva. In aggiunta a ciò, la riforma ha conferito anche al giudice, e non solo alle parti, il potere di disporre, ove necessario, la rinnovazione dell'esame³⁷³.

Partendo da un'analisi generale della fase del dibattimento, il giudizio ha inizio quando il presidente del tribunale riceve il decreto che dispone il giudizio che accerta la conclusione dell'udienza preliminare e con cui viene disposta l'apertura del dibattimento³⁷⁴.

Ciò che precede il dibattimento è il «pre-dibattimento», caratterizzato dallo svolgimento di tutti gli atti introduttivi riguardanti l'accertamento sulla regolare costituzione delle parti, dato che il primo onere che ha il giudice è quello di verificare la presenza di tutte le parti in giudizio e, in caso contrario, verificare che l'assenza non derivi da vizi della notifica, e, poi, deve eseguire l'analisi delle questioni preliminari meritevoli di trattazione prima dell'istruttoria dibattimentale³⁷⁵.

Successivamente, trasmesso il fascicolo al giudice del dibattimento, verrà fissata la data dell'udienza di trattazione. Nella prima udienza si procederà alla costituzione delle parti. Immediatamente dopo verranno risolte tutte le questioni preliminari, ad esempio quelle riguardanti la competenza del giudice o le eventuali questioni di nullità e, conclusa questa fase si apre quella dell'istruzione dibattimentale durante la quale le parti possono chiedere al giudice l'assunzione delle prove, fase che verrà adeguatamente analizzata in seguito.

Esaurita la fase dell'assunzione delle prove, tutte le parti dovranno presentare le rispettive conclusioni, con la possibilità, che ha ogni parte, di replicare. Infine, il giudice, in possesso di tutte le prove necessarie per decidere sulla questione, emanerà una sentenza che può essere o di condanna o di assoluzione, che verrà depositata presso la cancelleria del giudice e da quel momento diventa immediatamente esecutiva³⁷⁶.

³⁷³ M. BETZU, A. CHELO, *No more Bajrami? Dubbi di incostituzionalità sul diritto transitorio relativo al nuovo art. 495, comma 4 ter, c.p.p.*, in *Rivista penale diritto e procedura*, 2023, p. 3.

³⁷⁴ G. SPANGHER, *La pratica del processo penale*, cit., p. 380.

³⁷⁵ L. GRILLI, *La procedura penale. Guida pratica*, vol. II, CEDAM, 2009, p. 1043.

³⁷⁶ L. GRILLI, *La procedura penale. Guida pratica*, cit., p. 1330.

Analizzando più nello specifico la fase del dibattimento dedicata all'istruzione probatoria, questa è affidata all'iniziativa delle parti; infatti, la prima attività viene svolta dall'organo dell'accusa che ha il dovere di presentare al giudice e alle parti il reato che viene contestato e, poi, si crea una «contesa dialettica³⁷⁷» tra le parti che illustrano i loro punti di vista.

La presentazione delle prove avviene, ad istanza di parte, dietro opportuna richiesta, espressamente disciplinata dall'art. 493 del codice di rito³⁷⁸, rispettando l'ordine fissato dal legislatore e i principi generali in materia di prova. Di conseguenza il giudice è tenuto ad ammettere tutte le prove che gli vengono richieste, escludendo soltanto quelle manifestamente superflue o irrilevanti e quelle vietate dalla legge. In più, un ulteriore limite è previsto, dall'art. 190 *bis*³⁷⁹ del codice di rito, per taluno dei delitti di cui all'art. 51 comma 3 *bis*³⁸⁰, per cui è previsto che l'esame dei testimoni, per cui è stato disposto incidente probatorio o le cui dichiarazioni sono già state assunte in dibattimento, in contraddittorio con la persona nei cui confronti esse dovranno essere utilizzate, solo se riguardano fatti o circostanze diverse da quelle oggetto delle precedenti dichiarazioni, oppure se il giudice o le parti lo ritengono necessario per soddisfare specifiche esigenze.

³⁷⁷ R. ORLANDO, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in P. FERRUA, *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 2005, p. 32.

³⁷⁸ Art. 493 comma 1 c.p.p.: «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, illustrandone esclusivamente l'ammissibilità ai sensi degli articoli 189 e 190, comma 1»

³⁷⁹ Art. 190 *bis* c.p.p.: «Nei procedimenti per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3 bis, quando è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'articolo 210 e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'articolo 238, l'esame è ammesso solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze.»

³⁸⁰ Art. 51 comma 3 *bis* c.p.p.: «Quando si tratta di procedimenti per i delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, sesto e settimo comma, 416, realizzato allo scopo di commettere taluno dei delitti di cui agli articoli 12, commi 1, 3 e 3-ter, e 12 bis del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474, 600, 601, 602, 416 bis, 416 ter, 452 quaterdecies e 630 del codice penale, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416 bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti previsti dall'articolo 74 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990 n. 309 [190 bis, 295, 371 bis, 406 c.p.p.], e dall'articolo 291 quater del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, [e dall'art. 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152.] le funzioni indicate nel comma 1 lettera a) sono attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente.»

Una volta emanato il provvedimento del giudice che considera rilevanti e non superflue le prove, le parti diventano titolari di un vero e proprio diritto alla prova con la conseguenza che, queste, devono essere necessariamente acquisite³⁸¹. Inoltre, l'ordine di assunzione della prova riflette quello che viene adottato in tutto il processo, per cui prima vengono assunte le prove dell'accusa e poi quelle della difesa.

Tuttavia, anche se la disciplina generale in materia contempla un regime probatorio affidato esclusivamente alle parti e, di conseguenza, un ruolo del giudice che sia assolutamente estraneo ad ogni attività d'indagine, il legislatore ha disposto dei casi, caratterizzati da un'assoluta eccezionalità, basati su un'attività probatoria *ex officio* del giudice anche durante la fase del dibattimento³⁸². Di conseguenza, sono state via via introdotte forme di intervento attivo sul *thema probandum* presentato dalle parti sempre più incisive³⁸³. Per cui, a prescindere da quei mezzi di prova che sono nella completa disponibilità del giudice, il collegio, ex art. 507, o il presidente, ex art. 506, può, nei modi stabiliti dalla legge, sollecitare iniziative delle parti, integrare l'esame dei testi con altre domande o, anche, acquisire nuove prove autonomamente³⁸⁴, infine, lo stesso ha anche il potere, secondo quanto disposto dall'art. 508³⁸⁵ c.p.p., di disporre una perizia ove necessario.

Sebbene questi istituti possano sembrare contrastanti con i principi del giusto processo riguardanti la figura del giudice e con i principi ispiratori del processo accusatorio, quest'insieme di norme hanno una specifica funzione volta a garantire, nella maniera più corretta e concreta possibile, l'accertamento della verità processuale³⁸⁶.

È, inoltre, evidente anche il collegamento funzionale con la direttiva n.73 della legge-delega 16 febbraio 1987 n. 81 che, operando nel campo dell'accertamento della

³⁸¹ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in P. FERRUA, *La prova nel dibattimento penale*, cit., p. 106.

³⁸² G. ILLUMINATI, *Il giudizio*, in G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 657.

³⁸³ G. DEAN, *Il difficile equilibrio tra parti e giudice nell'assunzione della prova dibattimentale mediante l'esame*, in Arch. pen., 2012, 1, p. 1.

³⁸⁴ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in P. FERRUA, *La prova nel dibattimento penale*, cit., p. 96.

³⁸⁵ Art. 508 c.p.p.: «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. Con l'ordinanza il giudice designa un componente del collegio per l'esercizio dei poteri previsti dall'articolo 228. Nella nuova udienza il perito risponde ai quesiti ed è esaminato a norma dell'articolo 501».

³⁸⁶ Sul punto si è pronunciata anche la Corte costituzionale con la sentenza n. 255/1992 che ha considerato l'accertamento della verità essere il fine primario che deve muovere tutto il processo penale, per questo motivo quando le parti rimangono inerti in tal senso, il giudice può sopperire a queste lacune.

verità, attribuiva al presidente del collegio il potere di «indicare alle parti temi nuovi od incompleti utili alla ricerca della verità»³⁸⁷, considerando questo potere non come eccezionale ma come integrativo³⁸⁸.

Partendo dall'analisi dell'art. 506³⁸⁹ del codice di rito, questo, a seguito delle modifiche introdotte dalla legge del 16 dicembre 1999 n. 479, riconosce un potere, che non si sostituisce ma si aggiunge a quelli delle parti, di integrazione probatoria caratterizzato dalla possibilità di indicare alle parti temi nuovi o più ampi, potendo anche superare il *thema decidendum* fissato nelle precedenti fasi³⁹⁰.

È evidente come, la *ratio* di questa norma sia quella di evitare che l'inerzia delle parti si traduca in una carenza istruttoria, conferendo al giudice dei poteri di supplenza che si esplicano in una vera e propria integrazione probatoria attraverso l'indicazione di temi nuovi o più ampi con il solo limite che viene esclusa la possibilità di sollecitare le parti ad utilizzare mezzi di prove non precedentemente dedotti³⁹¹; per cui anche se la norma fa espresso riferimento a «temi nuovi», questi devono essere racchiusi entro il limite dell'imputazione in esame.

Nello specifico, l'art. 506 c.p.p. comma 1 conferisce al presidente, e anche agli altri membri del collegio, il potere di introdurre o nuovi o più ampi temi di prova che possono essere rilevanti per la decisione finale. Non si fa riferimento, quindi, ad una facoltà che viene attribuita soltanto al presidente del collegio ma anche a tutti gli altri membri, con l'unico limite che questi sono autorizzati ad intervenire soltanto per mezzo del primo³⁹². Tuttavia, la sollecitazione non è vincolante per le parti che possono anche decidere di non

³⁸⁷ G. DEAN, *Il difficile equilibrio tra parti e giudice nell'assunzione della prova dibattimentale mediante l'esame*, cit., p. 1.

³⁸⁸ S. BARONE, *Poteri del giudice nella fase dibattimentale: ritorno al rito inquisitorio o semplicemente ricerca della verità?*, in *Archivio penale* 2014, p.1.

³⁸⁹ Art. 506 c.p.p.: «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 articoli 511, 512 e 513, può indicare alle parti temi di prova nuovi o più ampi, utili per la completezza dell'esame. Il presidente, anche su richiesta di altro componente del collegio, può rivolgere domande ai testimoni, ai periti, ai consulenti tecnici, alle persone indicate nell'articolo 210 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 articoli 498, commi 1 e 2, e 503, comma 2»

³⁹⁰ A. TRINCI, *Commento all'art. 506 c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 2055; G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in P. FERRUA, *La prova nel dibattimento penale*, cit., p. 97.

³⁹¹ A. TRINCI, *Commento all'art. 506 c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 2055.

³⁹² D. MANZIONE, *Commento all'art. 506 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 379.

adempiere alle prescrizioni fornite dal giudice, fermo restando che in caso di inerzia, il giudice può decidere di assumere autonomamente nuove prove mediante l'istituto di cui all'art. 507 del codice di rito e di cui si parlerà in seguito.

Fondamentale per comprendere al meglio questo istituto è la spiegazione dei concetti «nuovi» o «più ampi» temi di prova: con il primo si fa riferimento a quei temi che superano i confini tracciati nella fase iniziale dell'istruttoria, mentre il secondo ricomprende tutti quei temi che sono più ampi rispetto a quelli presentati dalle parti ma che comunque sono il prolungamento di quanto oggetto dell'esame e del controesame del teste³⁹³.

Dunque, quest'istituto è soggetto ad un duplice limite: il primo, di natura cronologica, consiste nel fatto che il giudice può servirsi di questo potere soltanto dopo aver escusso tutte le prove presentate dalle parti proprio perché il supplemento istruttorio non deve superare il *thema decidendum* presentato dalle stesse, con le dovute eccezioni, mentre, il secondo, di natura funzionale, consiste nel carattere della decisività del materiale proposto dal giudice dato che questo deve essere considerato estremamente rilevante per la decisione finale³⁹⁴.

Inoltre, la generica formulazione della norma fa sorgere dubbi sul momento in cui il giudice possa esercitare questo suo potere e quindi se all'esito dell'intera fase istruttoria o al termine di ciascuna assunzione della prova, dato che da un lato sarebbe consigliabile aspettare la conclusione dell'intera fase istruttoria in modo tale da evitare che quest'attività suppletiva possa ostacolare la strategia di una o dell'altra parte, mentre dall'altro ragioni di economia processuale ritengono sia consigliabile procedere al termine di ogni singola prova³⁹⁵.

Ulteriori poteri vengono attribuiti al giudice, soprattutto per ciò che riguarda la prova orale, dal comma 2 dello stesso articolo attribuisce al presidente del tribunale, e a qualsiasi membro del collegio, il potere di risolvere domande direttamente ai testimoni, periti, consulenti tecnici, persone imputate in un procedimento connesso e alle parti già

³⁹³ F. GIUNCHEDI, *I poteri istruttori del giudice*, cit., p. 14.

³⁹⁴ E. CARPINTIERI, *Poteri istruttori del presidente*, in *Archivio penale 2014*, p. 3.

³⁹⁵ F. GIUNCHEDI, *I poteri istruttori del giudice*, cit., p. 14-15.

esaminate³⁹⁶, con il limite che il presidente può porre quesiti solo dopo l'esame e il controesame (c.d. «l'escussione *ex officio* delle fonti di prova dichiarative³⁹⁷»); fermo restando il fatto che le parti hanno il diritto di concludere l'esame dei dichiaranti, diritto che, secondo quanto disposto dalla Corte di cassazione³⁹⁸, viene attribuito non solo per la parte che ha chiesto l'assunzione di questi testimoni ma anche a tutte le altre presenti³⁹⁹, e che, in caso di violazione, comporta una nullità a regime intermedio.

Fermo restando che questa facoltà del giudice non è ammessa nel caso in cui le domande non siano connotate dal requisito della novità o della maggior ampiezza⁴⁰⁰, questi temi di prova possono riguardare non solo l'esame dei testimoni e delle parti private ma qualsiasi mezzo di prova come disposto dalla direttiva n. 73 precedentemente citata⁴⁰¹.

Il fatto che il legislatore abbia introdotto, tra la lista dei dichiaranti, i soggetti imputati in un procedimento connesso *ex art.* 210 c.p.p. è espressione di come il legislatore abbia voluto mantenere un collegamento logico-giuridico tra il nuovo istituto in esame e il suo antecedente storico art. 468 del codice di rito⁴⁰², anch'esso riformato dalla legge n. 479/90, in modo tale da garantire una maggiore garanzia difensiva per l'imputato. In ogni caso, nulla vieta al giudice di rivolgere domande a soggetti che sono già stati sentite nelle precedenti fasi del processo.

Invece, per ciò che riguarda il momento in cui il giudice può esercitare questo potere, è la stessa legge che stabilisce il principio secondo cui «il presidente può rivolgere domande [...] solo dopo l'esame e il controesame», limite introdotto proprio per porre un freno alla prassi dei presidenti che usavano interrompere bruscamente l'esame del dichiarante condotto dalle parti⁴⁰³.

³⁹⁶ Art. 506 comma 2 codice di procedura penale.

³⁹⁷ E. CARPINTIERI, *Poteri istruttori del presidente*, cit., p. 4.

³⁹⁸ Cass. Pen. Sez. III, 15 marzo 1994, n. 3125.

³⁹⁹ P. CORSO, *Codice di procedura penale commentato*, la tribuna, 2023, p. 1426.

⁴⁰⁰ V. BOSCO, *Commento all'art. 506 c.p.p.*, in G. ILLUMINATI, L. GIULIANI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, CEDAM, 2021, p. 2543.

⁴⁰¹ M.L. D'ANDRIA, *Commento all'art. 506 c.p.p.*, in G. LATTANZI, E. LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, cit., p. 311.

⁴⁰² G. DEAN, *Il difficile equilibrio tra parti e giudice nell'assunzione della prova dibattimentale mediante l'esame*, cit., p. 7.

⁴⁰³ A. SCALFATI, *Commento all'art. 506 c.p.p.*, in G. SPANGHER, A. GIARDA (A CURA DI), *Codice di procedura penale commentato*, Tomo III, Wolter Kluwer, 2023, p. 457.

Tuttavia, nonostante la precisione usata dal legislatore, dottrina e giurisprudenza hanno a lungo discusso tale aspetto poiché, parte della dottrina⁴⁰⁴ ritiene che il momento per il giudice di esercitare questo potere si debba collocare dopo la conclusione dell'esame incrociato, al contrario, la giurisprudenza di legittimità⁴⁰⁵ non ha ritenuto questa prescrizione così significativa da comportare l'inutilizzabilità degli elementi acquisiti prima della conclusione dell'esame e controesame, ma ha stabilito che ciò comporti una mera irregolarità.

Inoltre, la giurisprudenza attraverso l'analisi di quest'istituto ha conferito al presidente anche il potere di disporre d'ufficio la citazione di nuovi soggetti già ammessi a rendere dichiarazioni e anche esaminati quando ciò risulta rilevante e non rechi pregiudizio alle parti⁴⁰⁶.

Questa disposizione è di cruciale importanza perché si è pensato che nel momento in cui attribuisse al presidente del tribunale poteri così ampi, si ponesse come strumento in grado di minacciare l'imparzialità del giudice nei confronti; tuttavia, così non è, se si considera questo potere suppletivo come strumento per evitare che l'inerzia delle parti possa vanificare tutta l'attività svolta precedentemente ed evitare che venga minacciata l'esigenza di ricerca della verità⁴⁰⁷: bisogno talmente importante da giustificare questi poteri del giudice talmente ampi da essere comunemente intesi come «atti di straordinaria amministrazione⁴⁰⁸».

Quindi anche questo istituto, così come tutti gli altri che sono stati analizzati nei capitoli precedenti ha risentito del possibile contrasto con i principi del giusto processo costituzionalmente tutelati all'art. 111 della Costituzione. Invero, la legge costituzionale 2/1999 ha introdotto i criteri di imparzialità e terzietà che devono investire il giudice in tutte le fasi del processo; tuttavia, il legislatore ha pensato di introdurre questo istituto di integrazione probatoria *ex officio* tenendo conto anche di questi aspetti attraverso le varie limitazioni dell'istituto⁴⁰⁹. Infatti, il giudice deve limitarsi ad individuare l'esigenza di un

⁴⁰⁴ Giuristi come DEAN, ADORNO, KALB, PAULESU hanno, evidentemente, optato per quest'interpretazione nelle loro opere in materia.

⁴⁰⁵ Cass. Pen. III, 20 maggio 2008, n. 27068.

⁴⁰⁶ Cass. Pen. Sez. II, 20 marzo 2015, n. 25738.

⁴⁰⁷ F. GIUNCHEDI, *I poteri istruttori del giudice*, cit., p. 14.

⁴⁰⁸ G. DEAN, *L'escussione ex officio delle fonti di prova dichiarativa nel giudizio penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 136.

⁴⁰⁹ V. BOSCO, *Commento all'art. 506 c.p.p.*, in G. ILLUMINATI, L. GIULIANI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 2543.

approfondimento dell'attività probatoria svolta, cercando di non sostituirsi alle parti e senza svolgere un'autonoma ricostruzione dei fatti. Sul punto si è anche pronunciata la Corte di cassazione⁴¹⁰ la quale ha ritenuto che è lecito il potere del giudice di sollecitare le parti affinché approfondiscano tematiche probatorie potenzialmente determinanti per la decisione.

Continuando l'analisi della disciplina in esame, per che riguarda la possibilità di rivolgere domande alle parti, la giurisprudenza⁴¹¹ si è soffermata sulla tipologia e sul contenuto delle questioni che possono essere poste ai dichiaranti dal presidente. Per ciò che riguarda il contenuto, le domande possono contenere chiarimenti su quanto asserito nel corso dell'esame incrociato, ma anche approfondimenti su temi non emersi o non adeguatamente approfonditi, con il limite che non possono superare i confini disposti dalla lista dei nomi dei testimoni, periti e consulenti tecnici e i temi nuovi suggeriti alle parti *ex art. 506 comma 1*⁴¹². Mentre, per ciò che riguarda la tipologia delle domande che il presidente può porre, si considerano vietate senza alcun dubbio le domande nocive, mentre controversia è stata la possibilità di proporre domande suggestive, le c.d. «*leading questions*⁴¹³», cioè quelle domande che contengono la risposta nella stessa domanda e tendono a guidare la risposta verso la propria tesi.

Anche in questo caso si assiste ad un contrasto tra dottrina e giurisprudenza, dato che la prima⁴¹⁴ ritiene che, proprio per le caratteristiche che queste domande suggestive hanno, possano ostacolare la tutela dell'imparzialità e della neutralità del giudice, mentre la seconda⁴¹⁵ esclude che il divieto di presentare domande suggestive operi anche nei confronti del giudice dato che, egli, agendo con terzietà può porre qualsiasi tipo di domanda alle parti.

⁴¹⁰ Cass. Pen. Sez. V, 12 gennaio 2016, n. 265829.

⁴¹¹ Sono state molte le sentenze che si sono concentrate su questo aspetto e che sono indicate nelle pagine successive, qui basti ricordare una sentenza molto recente che ha cercato di inglobare diversi aspetti caratteristici delle domande che possono essere poste dal presidente: Cass. Pen., Sez. IV, 6 febbraio 2020 n. 15331.

⁴¹² A. TRINCI, *Commento all'art. 506 c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 2056.

⁴¹³ F. GIUNCHEDI, *I poteri istruttori del giudice*, cit., p. 15.

⁴¹⁴ Tesi esposta da P. FERRUA, in *La testimonianza nell'evoluzione del processo penale italiano*, in Studi sul processo penale, 1992, p. 110.

⁴¹⁵ Cass. Pen. Sez. III, 15 aprile 2015, n. 21627.

Per chi segue la tesi presentata dalla dottrina, dubbi si sono presentati circa le conseguenze derivanti dalla violazione di questo divieto, dato che alcuni⁴¹⁶ ritengono che le prove assunte violando questo principio non possono essere utilizzate per la decisione, mentre altri⁴¹⁷ ritengono, invece, che la violazione non dovrebbe comportare né la nullità e né l'inutilizzabilità degli elementi acquisiti, tutt'al più dovrebbe riguardare la sfera dell'attendibilità o meno del teste. Tuttavia, la tesi maggioritaria, ad oggi, sembra essere quella della giurisprudenza poiché il limite delle domande suggestive è dettato soltanto per chi svolge l'esame diretto, avendo il giudice un interesse comune sfuggendo al rischio di un accordo con le parti⁴¹⁸.

È, infine, pacifico che il giudice non possa sollevare contestazioni dato che non è in possesso dei verbali contenuti nel fascicolo del pubblico ministero⁴¹⁹.

Ad ogni modo, questa disciplina, che analizzata sotto un punto di vista teorico può sembrare abbastanza lineare, ha trovato particolari difficoltà nell'applicazione pratica data la delicatezza del periodo in cui è entrata in vigore. Invero, tutti i giudici che, prima della riforma del processo penale, usavano operare in un processo che era di matrice inquisitoria si sono trovati a vedere limitata la propria attività investigativa: viene abolito il giudice istruttore anche se alcuni poteri che lo caratterizzavano sono comunque rimasti anche nel nuovo codice. Per questo, le difficoltà che hanno coinvolto i giudici nell'abbandonare il processo inquisitorio e accogliere un modello accusatorio che andava a limitare molto i poteri del giudice, hanno portato dottrina e giurisprudenza a pronunciarsi in materia per chiarire che all'organo giudicante non era consentito né interloquire con il dichiarante in momenti poco opportuni, né interrompere l'esame o il controesame e né chiedere l'escussione di testi senza rispettare i limiti disposti dalla legge⁴²⁰.

⁴¹⁶ Tesi esposta da G. DEAN, *Il difficile equilibrio tra parti e giudice nell'assunzione della prova dibattimentale mediante l'esame*, cit., p. 281.

⁴¹⁷ Ipotesi condivisa da F. ZAVAGLIA, in *In tema di domande suggestive nell'esame testimoniale condotto dal giudice*, in *Archivio penale*, 2013, p. 366.

⁴¹⁸ N. GALANTINI, *Il divieto di domande suggestive e nocive è imposto anche al giudice*, in *Sistema penale*, 2020, p.3.

⁴¹⁹ A. TRINCI, *Commento all'art. 506 c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 2056.

⁴²⁰ G. DEAN, *Il difficile equilibrio tra parti e giudice nell'assunzione della prova dibattimentale mediante l'esame*, cit., p. 3.

Infine, per concludere è necessario passare ad una breve analisi delle conseguenze che derivano dalla violazione dei limiti disposti dallo stesso istituto. Secondo quanto indicato dalla giurisprudenza, una violazione di questi divieti non comporta né una nullità⁴²¹ e né un'inutilizzabilità⁴²², tutt'al più si ritiene porti ad una mera irregolarità. Parallelamente, non si configura un'ipotesi di nullità qualora le domande del presidente vengano poste prima della conclusione dell'esame testimoniale⁴²³. Diametralmente opposta è invece la tesi della dottrina⁴²⁴, che considera invece l'inutilizzabilità come sanzione idonea per tutte le prove ottenute dal giudice in violazione dei limiti disposti dal legislatore.

Di estrema importanza, dopo aver analizzato nel dettaglio l'istituto, è il rapporto tra i due commi dell'articolo in esame, infatti, a prescindere dal fatto che in entrambi i casi devono sussistere i presupposti di cui al comma 1, ci si è chiesti quando il giudice è tenuto a limitarsi all'indicazione di temi nuovi o più ampi e quando, invece, ha la possibilità di rivolgere domande ai testi. In linea di principio si ritiene che fra i due commi sussista un rapporto di «residualità» caratterizzato dal fatto che in generale il giudice, *in primis*, si limita a proporre temi nuovi o più ampi alle parti e solo qualora le parti rimangano inerti il presidente potrà rivolgere domande dirette ai testi con il limite che queste devono essere utili e rilevanti per la completezza dell'esame⁴²⁵.

Infine, l'ultimo aspetto da analizzare riguarda i profili disciplinari, in quanto un unico aspetto sottoposto al controllo dell'organo disciplinare risulta essere quello della correttezza deontologica del magistrato che svolge questi particolari poteri nel campo dell'attività istruttoria. In questo senso si è pronunciata la Corte di cassazione a Sezioni Unite che, in un processo di violenza carnale, sono state adite da un giudice a cui era stata inflitta una sanzione per aver interrogato la persona offesa con domande non pertinenti e non rilevanti provocando un inutile disagio alla persona sentita che poi era scoppiata in lacrime⁴²⁶. Le Sezioni Unite, allora, confermando il provvedimento disciplinare del CSM,

⁴²¹ Cass. Pen. Sez. II, 20 marzo 2015, n. 25738.

⁴²² Cass. Pen. Sez. II, 11 settembre 2019, n. 48957.

⁴²³ In tal senso si è pronunciata la Corte di Cassazione in 2 sentenze: Cass. Pen. Sez. VI, 1999, n. 909 e Cass. Pen. Sez. V, 2003, n. 19801.

⁴²⁴ Sostiene questa tesi G. DEAN, in *Il difficile equilibrio tra parti e giudice nell'assunzione della prova dibattimentale mediante l'esame*, p. 10.

⁴²⁵ D. MANZIONE, in M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 385.

⁴²⁶ A. SCALFATI, *Commento all'art. 506 c.p.p.*, G. SPANGHER, A. GIARDA (A CURA DI), *Codice di procedura penale commentato*, Tomo III, Wolter Kluwer, 2023, p. 460.

hanno ritenuto che «una condotta verificatasi nell'ambito del processo rilevatasi palesemente estranea alla linea logica determinata dai fatti addebitati e dal tipo di reato ascritto, finisce per essere una situazione che esula dal processo e dalla giurisdizione e, come tale, è oggetto di un possibile sindacato sotto il profilo disciplinare⁴²⁷».

2. Art 507 c.p.p.: i poteri probatori officiosi del giudice

In generale i poteri che possono essere esercitati dal giudice in ambito probatorio possono far riferimento a due categorie differenti: casi in cui il giudice opera sulla base di prove già note e presentate dalle parti e casi in cui lo stesso pone in essere condotte volte ad acquisire prove del tutto nuove. Per cui il discrimine tra ciò che è nuovo e ciò che non lo è, e che stabilisce anche quando i poteri esercitati dal giudice possono essere considerati istruttori, è il fascicolo per il dibattimento contenente tutti quegli atti e prove che sono presentate dalle parti e sono nella disponibilità del giudice fin dalla fase iniziale del dibattimento. Di conseguenza, in posizione intermedia tra assunzione di elementi nuovi e analisi di prove già conosciute si colloca il potere di integrazione probatoria del giudice che gli consente di «disporre anche d'ufficio nuovi mezzi di prova⁴²⁸»⁴²⁹.

Per cui, nel mezzo tra questi due poli, si pone l'istituto adeguatamente disciplinato all'art. 507⁴³⁰ del codice di procedura penale che, attribuendo poteri istruttori al giudice di assunzione di nuove prove *ex officio*, si pone sia come strumento sostitutivo alla mancata iniziativa e all'inerzia delle parti e sia come garanzia del corretto accertamento processuale, ponendosi, per sua natura, fortemente in contrasto con i principi generali della disciplina probatoria di cui all'art. 190 c.p.p. comma 1⁴³¹ secondo cui le prove possono essere assunte esclusivamente dalle parti, creando, così un sistema in grado di tracciare una «linea d'equilibrio» tra il potere dispositivo delle parti e il dovere del giudice di intervenire per garantire un materiale probatorio il più completo possibile⁴³², in cui l'art.

⁴²⁷ Cass. Sez. Un. 14 luglio 1996, n. 1073.

⁴²⁸ Art. 507 del codice di procedura penale.

⁴²⁹ H. BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, cit., p. 143-144.

⁴³⁰ Art. 507 c.p.p.: «Terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prove. 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 a norma degli articoli 431, comma 2, e 493, comma 3».

⁴³¹ L. CARACENI, *Istruzione dibattimentale e poteri del giudice sulla prova*, cit., p. 156.

⁴³² E. M. MANCUSO, *Il regime probatorio dibattimentale*, in *Trattato di procedura penale* (diretto da) G. UBERTIS E G.P. VOENA, Giuffrè, 2017, p. 219.

507 si pone come rappresentazione dell'importanza di un'interazione fra tutte le parti del processo in questa fase⁴³³.

Così il legislatore ha creato un modello che si pone perfettamente a livello intermedio tra quello che consente al giudice di avere un ruolo attivo in tutte le fasi del processo senza alcun limite con il rischio di minare la sua imparzialità e quello che, viceversa, lo costringe ad un ruolo inerte che, se da un lato garantisce la sua terzietà, dall'altro non garantisce lo svolgimento di un processo giusto⁴³⁴.

L'odierna formulazione di questo articolo è stata oggetto di diverse modifiche per questo motivo è bene, prima di analizzare i tratti essenziali dell'istituto, passare brevemente in rassegna della storia che l'ha caratterizzato, poiché i poteri istruttori del giudice talvolta sono stati ampliati e talvolta ridotti.

Si è assistito ad un'evoluzione che parte dalla legge delega per l'adozione del nuovo codice di procedura penale del 1974, attraverso il progetto preliminare del 1978 fino alla definitiva legge delega n.81 del 1987 che ha portato al definitivo abbandono del precedente modello processuale basato su un sistema inquisitorio e su un giudice dotato di poteri istruttori abbastanza ampi, ha abrogato la figura del giudice istruttore e ha ridimensionato e limitato i confini dei poteri istruttori nel nuovo processo penale⁴³⁵.

Andando più nello specifico, la prima legge-delega, quella del 1974, non lasciava spazio a poteri istruttori del giudice in materia probatoria, avendo delineato un dibattimento di impronta fortemente accusatoria in cui gli spazi destinati all'organo giurisdizionale riguardavano la possibilità di indicare alle parti temi nuovi o incompleti utili all'accertamento della verità⁴³⁶. Successivamente varie critiche investirono questa disciplina, tanto da condurre il legislatore a riformulare questo settore, modifiche che trovarono il loro approdo, *in primis*, con il progetto preliminare del 1978 che, nell'art. 478, aveva conferito al giudice la possibilità di ammettere nuove prove qualora fosse «assolutamente necessario accertare fatti relativi a temi di prova nuovi o incompleti», anche se erano comunque stati messi in luce pareri contrastanti⁴³⁷ che non appoggiavano questa nuova

⁴³³ C. CONTI, *La preclusione del processo penale*, Giuffrè, 2014, p. 160.

⁴³⁴ C. VALENTINI, in *I poteri del giudice dibattimentale nell'ammissione della prova*, cit., 245-246.

⁴³⁵ H. BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, cit., p. 158.

⁴³⁶ Art. 2 n. 64 legge 3 aprile 1974, n. 108 contenente la legge delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale conferiva il potere al giudice di «indicare alle parti l'esame di temi nuovi o incompleti utili alla ricerca della verità con la possibilità di rivolgere domande dirette all'imputato, ai testi ed ai periti».

⁴³⁷ Uno di questi era quello del consiglio giudiziario presso la Corte d'appello delle Marche che riteneva «pericolosamente riduttivo il ruolo che nel progetto viene affidato al giudice nella fase dibattimentale».

riforma. Infine, a delimitare gli ambiti di operatività dei poteri istruttori del giudice è stata la direttiva n. 73 della legge-delega n. 81 del 1987 che, separando il potere di indicare temi nuovi o incompleti dal potere di assumere mezzi di prova, ha individuato un nuovo potere istruttorio del giudice del dibattimento con la successiva emanazione dell'art. 507 del codice di rito⁴³⁸.

Si può considerare quindi, questa norma, come il perfetto bilanciamento tra l'esigenza di assegnare al giudice poteri istruttori e quella di garantire, in ogni caso, la tutela dell'imparzialità dello stesso.

In generale questo istituto attribuisce al giudice un potere di integrazione probatoria che si aggiunge, e non si sostituisce, a quello assegnato alle parti attraverso la facoltà di disporre mezzi di prova che siano necessariamente nuovi e necessari⁴³⁹, dopo l'assunzione di quelli presentati dalle parti, e solo quando la prova assunta dal giudice risulta nuova e assolutamente necessaria per corretta conclusione del processo⁴⁴⁰.

Per ciò che riguarda la situazione giuridica soggettiva che riveste il giudice, si esclude la possibilità che lo stesso sia titolare di un «potere assolutamente discrezionale⁴⁴¹», di contro si può parlare di un potere-dovere del giudice che può esercitare nel caso in cui ricorrano i presupposti fissati dalla legge. Tuttavia, si può comunque fare riferimento ad un potere discrezionale inteso come «schema di un comportamento previsto da un atto normativo⁴⁴²» dato che il concetto di discrezionalità non significa «libertà dei limiti posti dalla norma⁴⁴³» ma consiste in una valutazione normativa posta in essere dal soggetto titolare di un dovere imposto dalla legge entro i limiti che questa stabilisce.

L'assunzione di prove decisive, in tal caso, può avvenire sia *ex officio* dal giudice, e sia attraverso una sollecitazione delle parti, dato il riferimento che fa la norma all'ammissione «anche d'ufficio»; tuttavia, la parte non ha un vero e proprio diritto all'ammissione della prova, ma solo un potere di istanza che può essere accolto o rigettato dal giudice previa esauritiva motivazione; per cui il giudice non ha un obbligo di accogliere la

⁴³⁸ H. BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, cit., p. 160.

⁴³⁹ D. MANZIONE, *Commento all'art. 507 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 387.

⁴⁴⁰ A. TRINCI, *Commento all'art. 507 c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 2058.

⁴⁴¹ P. GIORDANO, *Ammissione di nuove prove e sindacato sull'attività del giudice*, in *Diritto penale e processo*, 2006, 8, p. 1010.

⁴⁴² P. GIORDANO, *Ammissione di nuove prove e sindacato sull'attività del giudice*, cit., p. 1010.

⁴⁴³ F. CORDERO, *Commento al codice di procedura penale*, UTET, 1990, p. 163.

richiesta, che è sottoposta al vaglio discrezionale dello stesso, ma ha l'obbligo, qualora lo stesso decida di rigettare la chiesta, di motivare il provvedimento che emana⁴⁴⁴: le parti hanno il diritto a vedere analizzata la domanda ma non quello di vederla accolta⁴⁴⁵.

Sul punto però, in giurisprudenza non si registra una decisione univoca per ciò che riguarda l'obbligo di motivazione: secondo la giurisprudenza maggioritaria⁴⁴⁶ il giudice ha l'obbligo di motivare un eventuale rigetto della richiesta seppur limitatamente al caso di insussistenza dell'assoluta necessità della prova con la conseguenza che l'inosservanza di questo obbligo si traduce in una violazione di legge che, ai sensi dell'art. 606 lett. d) c.p.p., può costituire un motivo per proporre ricorso in Cassazione.

Di contro, altra parte della giurisprudenza ritiene, invece, che essendo i poteri del giudice soltanto residuali, la mancata motivazione né può determinare un vizio e né può costituire un motivo di ricorso in Cassazione⁴⁴⁷.

Così viene conferita all'organo giudicante la possibilità di esercitare poteri istruttori anche in assenza di una richiesta delle parti e con riferimento a elementi su cui le parti non hanno più nessun potere di assunzione in quanto decadute dalla possibilità di assumerle⁴⁴⁸.

Per cui l'ammissione di nuove prove, dopo l'istruzione dibattimentale, è possibile tanto dietro sollecitazione delle parti quanto autonomamente dal giudice, le condizioni che ne legittimano l'attivazione sono identiche, diversi sono soltanto i promotori dell'iniziativa⁴⁴⁹ e l'unica differenza riguarda soltanto il fatto che le parti, qualora vedano un'inerzia del giudice, possano proporre impugnazione per mancato esercizio dei poteri giudiziali⁴⁵⁰.

La *ratio* che sta alla base di tale istituto è quella di garantire l'intervento di un altro soggetto, che in questo caso è il giudice che svolge un ruolo attivo nel processo penale,

⁴⁴⁴ L. GRILLI, *Il dibattimento penale. Guida pratica*, Giuffrè, 2019, p. 509.

⁴⁴⁵ Sul punto si è pronunciata la Cass. Sez. VI, 11 giugno 2010, n. 25157 che, con riguardo all'obbligo di motivazione, ha affermato che «l'esercizio del potere di assumere nuove prove sorretto da motivazione insufficiente non determina inutilizzabilità o invalidità, in quanto l'ordinamento processuale non prevede specifiche sanzioni».

⁴⁴⁶ Cass. Pen. Sez. V, 16 aprile 1998, n. 2233, Biacchi.

⁴⁴⁷ Cass. Pen. Sez. I, 30 gennaio 1995, n. 2243, Rizzo.

⁴⁴⁸ C. VALENTINI, in *I poteri del giudice dibattimentale nell'ammissione della prova*, cit., 244.

⁴⁴⁹ C. VALENTINI, in *I poteri del giudice dibattimentale nell'ammissione della prova*, cit., 252.

⁴⁵⁰ Sul punto si è pronunciata anche la Corte di cassazione, Sez. III, 30 novembre 2016, n. 50761 che ha ribadito il dovere del giudice di motivare la richiesta di non procedere ai sensi dell'art. 507 c.p.p. in quanto il potere di disporre l'assunzione di nuovi mezzi di prova rientra nell'obbligo del giudice di accertamento della verità avendo la funzione di supplire all'inerzia delle parti.

in grado di sopperire all'inerzia delle parti. Esigenza che è stata fatta valere anche dalla Corte di cassazione in una sentenza del 1992 in cui è stato osservato che: «la collettività non può dirsi indifferente rispetto alla definizione del processo secondo giustizia, sicché il giudice non può restare inerte allorché l'inattività o l'iperattività di una delle parti minacci la possibilità di arrivare a tale definizione⁴⁵¹».

Un aspetto che ha portato a particolari contrasti in dottrina ha riguardato il rapporto tra il principio dispositivo e i poteri officiosi del giudice in questa materia: infatti, proprio perché le disposizioni generali in materia probatoria affidano solo alle parti il potere di presentare prove in giudizio, conformemente al principio dispositivo, conferire al giudice il potere di assumere prove *ex officio* avrebbe portato inevitabilmente al ritorno della figura del giudice istruttore.

All'*uopo*, su tale aspetto, la dottrina maggioritaria ha ritenuto non fondato questo dubbio dato che ammettere un sistema processuale in cui l'inerzia delle parti non può essere superata dall'operato del giudice, con la conseguente pronuncia di una sentenza inevitabilmente ingiusta, non è sinonimo di un modello che tutela i diritti delle parti⁴⁵².

Per questo si è venuto a creare un sistema accusatorio temperato dal potere del giudice⁴⁵³, in cui si cerca di garantire un giudizio il più possibile aderente alla realtà ma che rimanga comunque limitato al *thema probandum* stabilito dalle parti: l'oggetto dell'intervento officioso del giudice non deve superare i limiti imposti dalle parti sul perimetro del dibattimento, in modo tale da evitare che il giudice possa diventare la *longa manus*⁴⁵⁴ delle parti. Il compito del giudice, quindi, non è quello di sostituirsi alle parti, bensì quello di integrare il loro operato attraverso una valutazione sulle prove che stanno alla base delle tesi presentate dalle parti, e in caso contrario, quando questi risultano decisivi, procedere all'assunzione di quelle mancanti.

In più, l'emanazione di questa norma che conferisce tali poteri nella fase del dibattimento, così come gli articoli precedenti, ha sollevato forti dubbi in dottrina e in giurisprudenza tali da considerare, la stessa, contraria ai principi del giusto processo, dato che,

⁴⁵¹ Cass., Sez. Un., 6 novembre 1992, n. 11227, Martin.

⁴⁵² Così scrive G. Dean nella sua opera *Il difficile equilibrio tra parti e giudice nell'assunzione della prova dibattimentale mediante esame*, cit.

⁴⁵³ S. BRACCIALI, *La dottrina sull'art 507 c.p.p.*, in *Archivio penale*, 2014, p. 6.

⁴⁵⁴ D. MANZIONE, *Commento all'art. 507 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 390.

nel momento in cui conferisce al giudice il potere di assumere nuove prove automaticamente in giudizio, lo stesso perderebbe il suo carattere di terzo e imparziale. Ciononostante, parte della dottrina⁴⁵⁵ ha ritenuto l'istituto assolutamente conforme sia con i principi cardine del *fair trial* e sia con i caratteri del nuovo processo penale, nella misura in cui abbia una portata residuale e sia limitato esclusivamente ai casi di estrema eccezionalità, in modo tale da essere considerato come un vantaggio che può essere attivato dallo stesso per evitare che l'inerzia delle parti porti a delle carenze processuali; infatti, il giudice, qualora si trovi davanti ad una situazione che rientri nei canoni dell'eccezionalità, non ha la facoltà, bensì un potere-dovere di agire tanto rilevante da consentire, in caso di violazione, un sindacato in sede d'impugnazione⁴⁵⁶.

Per cui, l'elemento caratterizzante di questa disciplina è quello di considerare l'intervento del giudice come suppletivo all'attività delle parti senza mai trasformarsi in una sostituzione delle stesse, limitandosi ad integrare eventuali temi di prova che sono rimasti incompleti ma comunque affiorati durante l'attività istruttoria⁴⁵⁷. Infatti, il giudice deve presentarsi come estraneo rispetto alle posizioni in conflitto, limitandosi ad integrare particolari temi che emergono dalla fase istruttoria ma che rimangono non idonei a sostenere la propria tesi, con la conseguenza che non può essere esercitato questo potere in assenza di un'attività probatoria delle parti, trovando legittimazione da qualche prova già assunta e presente nel fascicolo del dibattimento⁴⁵⁸.

Tuttavia, anche se ciò che emerge dal progetto preliminare e dalle leggi delega precedenti all'emanazione del nuovo codice mostrano un potere istruttorio del giudice del tutto accessorio ed ausiliario, non sono mancate, soprattutto in giurisprudenza⁴⁵⁹, concezioni diverse, se non del tutto opposte, sul caso.

⁴⁵⁵ Sostenitori del carattere eccezionale della norma sono autori come GIARDA, in *I giudici della Consulta recuperano qualche caratteristica del sistema accusatorio*, o anche MOROSINI, in *Il giudice per il dibattimento*, o ancora ORLANDI, in *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*.

⁴⁵⁶ L. CARACENI, *Istruzione dibattimentale e poteri del giudice sulla prova*, cit., p. 157.

⁴⁵⁷ L. CARACENI, *Istruzione dibattimentale e poteri del giudice sulla prova*, cit., p. 158.

⁴⁵⁸ C. VALENTINI, in *I poteri del giudice dibattimentale nell'ammissione della prova*, cit., p. 146.

⁴⁵⁹ Oltre alla sentenza Martin, in quest'ottica si sono pronunciate anche altre sentenze, tra cui Cass. Pen. Sez. II, 10 ottobre 1991, Paoloni ovvero anche Cass. Sez. Un., 12 maggio 1995, n.16 Baggi.

Infatti, secondo la giurisprudenza, originariamente, il giudice aveva un limitato potere istruttorio e integrativo, poi l'evoluzione della norma e le varie pronunce giurisprudenziali hanno ampliato il potere dello stesso da integrativo e residuale fino a renderlo del tutto sostitutivo⁴⁶⁰.

Fin dai primi anni successivi all'introduzione del nuovo codice di procedura penale era evidente una contrapposizione tra un orientamento estensivo e uno restrittivo, sorretti, entrambi, da autorevoli sentenze della Suprema Corte. Infatti, i sostenitori dell'indirizzo estensivo⁴⁶¹ ammettevano l'intervento del giudice anche senza un'iniziativa delle parti, mentre chi era più incline ad un orientamento restrittivo⁴⁶² vietava la possibilità, per il giudice, di iniziare un'attività istruttorio in totale autonomia. Fino a quando, poi, un intervento delle Sezioni unite aveva cercato di porre fine a queste controversie dando vita ad un'interpretazione che sarebbe dovuta valere in ogni caso⁴⁶³.

La sentenza in esame è quella del 1992⁴⁶⁴ (c.d. sentenza Martin) che, eliminando il carattere dell'eccezionalità propria di questa disciplina, ha considerato il giudice come «unico promotore dell'istruzione dibattimentale», passando da un'attività ausiliaria dello stesso ad una di sovrapposizione. Questa pronuncia ha portato all'introduzione di due principi fondamentali: il primo secondo cui il giudice può esercitare i suoi poteri officiosi, nel caso di mancato deposito della lista dei testimoni entro il termine ultimo fissato dalla legge, anche nei confronti di prove dalle quali le parti sono decadute, e il secondo in base al quale il giudice può esercitare questo potere integrativo anche in assenza di un'attività probatoria delle parti e quindi, il riferimento normativo «terminata l'acquisizione delle prove» indica solo il momento in cui il giudice può esercitare questo potere.

Nello specifico, il caso oggetto della sentenza è giunto dinanzi ad una sezione della Corte di cassazione, attraverso un ricorso *per saltum* presentato dal pubblico ministero, per erronea valutazione ed applicazione dell'art. 507 del codice di rito e successivamente dinanzi alle Sezioni Unite per risolvere contrasti giurisprudenziali sull'effettiva interpretazione di questo istituto. Infatti, il tribunale di Pordenone, che ha presentato ricorso in Cassazione, conferiva al potere istruttorio una natura integrativa e suppletiva, ma non

⁴⁶⁰ D. D'INNOCENZI, *Art 507 c.p.p.: giurisprudenza e conclusioni*, in *Archivio penale*, 2014, p. 10.

⁴⁶¹ Cass. Pen. Sez. II, 10 ottobre 1991, n. 11057.

⁴⁶² Cass. Pen. Sez. III, 3 dicembre 1990, n. 30.

⁴⁶³ P. MAGGIO, *Dibattiti tra norme e prassi. I poteri istruttori del giudice*, in *Processo e giustizia penale*, 2015, 6, p. 140.

⁴⁶⁴ Cass., Sez. Un., 6 novembre 1992, n. 11227, Martin.

sostitutiva, partendo dall'assunto che, proprio perché il nuovo processo penale si basa su un sistema accusatorio, allora il giudice deve avere un ruolo di terzietà rispetto alla vicenda in esame, non potendo sostituire interamente le parti e non avendo il potere di «ricercare e costruire *ex nihilo* l'intero catello probatorio da utilizzare poi per la decisione di merito⁴⁶⁵». A questa idea si contrappone quella della Suprema Corte che, partendo dall'analisi delle discipline che lo hanno preceduto, considera il ruolo del giudice non come eccezionale ma come suppletivo e talvolta anche sostitutivo dell'attività delle parti. Infatti, nei motivi della sentenza viene citata *in primis* la direttiva 73, della legge delega del 16 febbraio 1987, n. 81, che aveva conferito al giudice il potere di disporre l'assunzione di nuovi mezzi di prova. Successivamente viene citato l'emendamento presentato dal Ministro Morlino alla commissione di giustizia il 21 febbraio 1980 che prevedeva un ruolo suppletivo del giudice all'inerzia delle parti in modo tale da rendere il caso il più chiaro possibile; e infine viene citata la direttiva n. 64 del testo approvato il 15 luglio 1982 della Commissione giustizia della Camera che conferiva all'organo giurisdizionale la facoltà di disporre direttamente di determinate prove. Così, la Corte partendo da questo *excursus* arriva alla conclusione secondo cui l'esigenza del processo è quella di ricercare la verità, quindi il giudice non può restare inerte nel caso in cui l'inerzia o l'inoperatività delle parti non permetta di arrivare a tale conoscenza⁴⁶⁶.

Interpretazione poi confermata anche dalla Corte costituzionale⁴⁶⁷ che, investita dell'onere di risolvere il dubbio costituzionale sollevatosi sulla compatibilità dell'istituto di cui al 507 con i vari principi costituzionali (nello specifico con l'art. 2, 3, 24, 25, 76, 77, 101, 102, 111 e 112 della costituzione) ha ritenuto non fondata la questione, accertando, quindi, la compatibilità dell'istituto con i principi propri del nuovo processo penale⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ Sentenza Trib. Pordenone c. Martin. 12 novembre 1990.

⁴⁶⁶ C. CONTI, *La preclusione del processo penale*, cit., p. 161-166.

⁴⁶⁷ Corte cost. 26 marzo 1993, n. 111.

⁴⁶⁸ D. D'INNOCENZI, *Art 507 c.p.p.: giurisprudenza e conclusioni*, cit., p. 10.

Tuttavia, questa interpretazione così estensiva dell'istituto in esame non è rimasta esente da critiche o modifiche; infatti, diverse sono le pronunce della Corte di cassazione⁴⁶⁹ che hanno limitato l'ambito di applicazione che ne dava la sentenza precedentemente esaminata⁴⁷⁰.

All'*uopo*, un ruolo molto importante va affidato alla sentenza Greco del 2006⁴⁷¹ che, delimitando il potere del giudice, ha superato l'interpretazione estensiva che ne dava la sentenza Martin. Nello specifico, la questione, oggetto di accertamento da parte del Tribunale di Biella, è stata sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite perché il pubblico ministero del caso riteneva che il Tribunale di Biella avesse dato un'applicazione scorretta dell'art. 507 del codice di rito in virtù del fatto che, pur essendo fondato sul principio dispositivo, il processo penale ha, in ogni caso, come fine ultimo la ricerca della verità e quindi non possono essere ammesse limitazioni all'attività del giudice in caso di inerzia delle parti. La Corte, per spiegare con precisione le caratteristiche dell'istituto dell'integrazione probatoria parte dal suo scopo considerato quello di fornire al giudice, nel caso di impossibilità di decidere allo stato degli atti, uno strumento per ammettere prove in giudizio che gli consentano di prendere una decisione che sia la più possibile vicina alla realtà dei fatti. Quindi ha confermato l'orientamento delle Sezioni Unite nella sentenza Martin che conferiva al giudice il potere di esercitare un'integrazione probatoria nel caso di inerzia delle parti ma con adeguate limitazioni; infatti, per evitare che questo venga esercitato in maniera troppo estesa è stato limitato ai casi in cui la prova risulti assolutamente necessaria e dotata del requisito della decisività. Inoltre, deve essere un potere limitato al *thema probandum* stabilito dalle parti non potendo essere assunte prove volte a dimostrare una tesi ipotizzata *in toto* dal giudice, infatti, in tal caso ci sarebbe un'evidente «violazione sia delle corrette regole di valutazione della prova che del basilare principio di terzietà della giurisdizione⁴⁷²». Di conseguenza, si assiste al passaggio da un potere interamente sostitutivo di quello delle parti, ad un soltanto suppletivo giustificato dall'esigenza di assicurare la completezza delle indagini e l'emanazione di una sentenza equa.

⁴⁶⁹ Cass. Pen. Sez. V, 1 dicembre 2004, n. 15631; Cass. Pen. Sez. III, 10 dicembre 1996, n. 10674.

⁴⁷⁰ A. SCALFATI, *Commento all'art. 507 c.p.p.*, G. SPANGHER, A GIARDA (A CURA DI), *Codice di procedura penale commentato*, cit., 464.

⁴⁷¹ Cass. Sez. Un., 17 ottobre 2006, n. 41281.

⁴⁷² Cass. Sez. Un., 30 ottobre 2023, n. 20 Andreotti.

Tuttavia, neanche quest'ultima decisione delle Sezioni Unite⁴⁷³ è andata esente da critiche, infatti quattro anni dopo la questione è arrivata dinanzi alla Corte costituzionale chiamata a decidere sulla legittimità dell'art. 507 nella parte in cui conferisce al giudice il potere di assumere anche quelle prove di cui le parti sono decadute dato che l'assenza di limiti al potere del giudice potrebbe compromettere il suo carattere di terzo e imparziale. Nello specifico, la Corte innanzitutto ha sottolineato come le questioni concernenti quest'istituto debbano riguardare più che il requisito della terzietà, quello dell'imparzialità e che, in ogni caso, non sussiste nessuna violazione di questo principio dato che, laddove ricorra il requisito dell'assoluta necessità, il giudice ha un dovere e non una facoltà di chiedere l'assunzione di quella prova decisiva. Continua ribadendo il diritto che hanno le parti, in prima battuta, di presentare tutte le prove che risultano rilevanti e non manifestamente infondate, pur tuttavia nel caso in cui queste siano decadute da tale facoltà il legislatore ha conferito al giudice la possibilità di sopperire a tale lacuna assumendo *ex officio* quelle prove che risultano essenziali, anche nel caso in cui le parti siano decadute dalla possibilità di farlo⁴⁷⁴.

Inoltre, anche la sentenza Martin si era pronunciata su tale aspetto ritendendo certamente ammissibile la possibilità per il giudice di assumere prove che le parti potevano richiedere ma non l'hanno fatto dato che né gli elementi letterali e neanche quelli sistematici possono giustificare una sua esclusione⁴⁷⁵.

Stabilito lo spazio che si riserva al giudice in materia probatoria, controversa è anche la modalità con cui il giudice esercita questo suo potere, come agisce e quali sono i principi e le regole che deve necessariamente rispettare. *In primis*, deve essere rispettato il principio di parità delle parti, per cui se l'obiettivo della norma è quello di assumere prove che sono state dimenticate questa deve essere sia a favore dell'accusa e sia a favore della difesa⁴⁷⁶. A sostegno di ciò, la sentenza Martin ha anche stabilito il principio secondo cui «all'ammissione di una nuova prova ai sensi dell'art. 507 [...] non avrebbe potuto non far seguire l'ammissione anche delle eventuali prove contrarie», in modo tale da garantire la sottoposizione della prova assunta dal giudice all'esame incrociato⁴⁷⁷.

⁴⁷³ Corte Cost., 22 maggio 2010, n. 73.

⁴⁷⁴ C. CONTI, *La preclusione del processo penale*, cit., p. 182.

⁴⁷⁵ M. CHIAVARIO, E. MARZADURI, *Giudizio ordinario*, UTET, 1999, p. 208.

⁴⁷⁶ H. BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, cit., p. 183.

⁴⁷⁷ Sul punto si è pronunciata anche la Corte di cassazione, Sez.V, 8 giugno 2017, n. 28597 che, ribadendo il diritto alla prova contraria delle parti, ha stabilito il principio secondo cui, per superare il vaglio di non

Mentre per ciò che riguarda le modalità di escussione della prova orale, l'art. 151⁴⁷⁸ delle disposizioni attuative prevede due ipotesi diverse: se la prova è richiesta dalle parti, ai sensi del comma 1 dell'art. 496, vengono assunte prima le prove richieste dal pubblico ministero e poi quelle della difesa; se, invece, la prova viene disposta d'ufficio, allora, ex comma 2 dello stesso articolo, l'esame della prova orale viene condotto dal presidente⁴⁷⁹, tuttavia, come è stato analizzato nel paragrafo precedente, lo stesso può solo formulare domande conoscitive e non suggestive. Se per ciò che riguarda il momento di escussione della prova orale non ci sono dubbi, invece, per ciò che riguarda i mezzi di prova assumibili ci si è posti il dubbio se i «nuovi mezzi di prove» di cui parla l'art. 507 del codice di rito ricomprendono anche i mezzi di ricerca della prova o meno.

Su tale aspetto si sono venute a sviluppare due orientamenti differenti sostenuti tanto dalla dottrina e tanto dalla giurisprudenza.

L'orientamento più restrittivo, sostenuto da parte della dottrina⁴⁸⁰, esclude i mezzi di ricerca della prova salvo che tendano alla ricerca di un atto o di una prova per cui la legge considera obbligatoria la sua acquisizione; al contrario, l'orientamento più estensivo, che è anche quello prevalente sostenuto sia dalla dottrina⁴⁸¹ e sia dalla giurisprudenza⁴⁸², ritiene che l'espressione «nuovi mezzi di prove» debba ricomprendere anche i mezzi di ricerca della prova non imponendo nessun limite all'attività di *discovery* del giudice⁴⁸³.

Così è stata ritenuto legittimo sia il provvedimento con cui il giudice dispone perquisizioni domiciliari e sequestri in danno dell'imputato⁴⁸⁴, sia intercettazioni autorizzate

superfluità e rilevanza, la parte ha l'onere di indicare specificatamente i temi sui quali verte la controproposta e deve riferirsi ai temi considerati dal giudice decisivi per la pronuncia finale. Ovvero anche Cass. Pen. Sez. VI, 8 maggio 2000, n. 5401 la quale ha ritenuto che all'ammissione di una nuova prova il giudice non può non far seguire l'ammissione anche delle eventuali prove contrarie,

⁴⁷⁸ Art. 151 disp. Att.: «Nel caso previsto dall'art. 507 del codice, il giudice dispone l'assunzione dei nuovi mezzi di prova secondo l'ordine previsto dall'art. 496 del codice, se le prove sono state richieste dalle parti. Quando 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».

⁴⁷⁹ A. SCALFATI, *Commento all'art. 507 c.p.p.*, G. SPANGHER, A GIARDA (A CURA DI), *Codice di procedura penale commentato*, cit., 464.

⁴⁸⁰ Sostenitori di questo orientamento sono autori come BOSCO o CARACENI.

⁴⁸¹ Sostenitori di questo orientamento sono autori come CHELAZZI, MANZIONE o MORETTI.

⁴⁸² Cass. Pen. Sez. II, 27 febbraio 2020, n. 7802.

⁴⁸³ A. SCALFATI, *Commento all'art. 507 c.p.p.*, G. SPANGHER, A GIARDA (A CURA DI), *Codice di procedura penale commentato*, cit., 478.

⁴⁸⁴ Cass. Pen. Sez. IV, 16 novembre 2004, n. 44481.

ed eseguite in procedimenti diversi⁴⁸⁵ e sia l'acquisizione dei tabulati relativi ai dati esterni al traffico di un'utenza telefonica⁴⁸⁶.

Un altro aspetto particolarmente rilevante da tenere in considerazione riguarda il rapporto tra il potere di integrazione probatoria del giudice e il principio secondo cui nel caso di carenza probatoria il giudice deve assolvere l'imputato (art. 530, comma 2 c.p.p.⁴⁸⁷) coerentemente con il principio della presunzione di innocenza, caposaldo di tutto il sistema processuale penalistico.

Tuttavia, tra i due istituti non possono dirsi in contrasto fra di loro dato che si basano su due presupposti differenti: infatti, quello che sta alla base dell'integrazione probatoria è un'incompletezza istruttoria dovuta a inerzia o carenza dell'attività probatoria delle parti, da non confondere con l'insufficienza probatoria, presupposto del secondo, e che è successiva ad un'istruttoria completa e che inevitabilmente deve comportare l'emana-
zione, da parte dal giudice, di una sentenza di assoluzione⁴⁸⁸.

Inoltre, un'altra differenza essenziale in quest'ambito riguarda il ruolo del giudice dinanzi ad un quadro istruttorio incerto e lacunoso, infatti, se nell'ipotesi contemplata all'art. 530 il giudice deve valorizzare il principio dell'*in dubio pro reo* in quanto il quadro probatorio è già completo, nel secondo caso, invece, l'istruzione non può dirsi completa per cui il giudice deve esercitare tutti i poteri che ha a disposizione per renderla tale⁴⁸⁹.

Inoltre, dottrina e giurisprudenza hanno anche discusso sulla vincolatività dell'istituto per il giudice e quindi, se lo stesso, debba essere inteso come un obbligo o come una facoltà. L'analisi di questo aspetto è particolarmente complessa dato che, in astratto, si esclude che il giudice possa avere un dovere di assunzione se nessuna delle parti abbia formulato richiesta una volta terminata l'acquisizione delle prove⁴⁹⁰. Tuttavia, si è sviluppato un dibattito in giurisprudenza, in quanto parte di essa⁴⁹¹ considera l'integrazione

⁴⁸⁵ Cass. Pen. Sez. I, 23 maggio 2013, n. 22053.

⁴⁸⁶ Cass. Pen. Sez. I, 30 maggio 2003, n. 23961.

⁴⁸⁷ Art. 530 comma 2 c.p.p.: «Il giudice pronuncia 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».

⁴⁸⁸ A. TRINCI, *Commento all'art. 507 c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 2058.

⁴⁸⁹ P. PAULESU, *Giudice e parti nella dialettica della prova testimoniale*, Giappichelli, 2002, p. 274.

⁴⁹⁰ H. BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, cit., p. 184.

⁴⁹¹ In tal senso si è pronunciata la Corte di cassazione nelle sentenze: Cass. Pen. Sez. III, 30 novembre 2016, n. 50761, o ancora Cass. Pen. Sez. III, 20 maggio 2016, n. 10488, o, per ultimo, Cass. Pen. Sez. II, 23 dicembre 2013, n. 51740.

probatoria come una facoltà del giudice che può decidere di usufruirne o meno, anche per il fatto che la norma fa riferimento al termine «può disporre» e non ad un obbligo vero e proprio, con la conseguenza che il giudice può anche decidere di non usufruirne, fermo restando che è necessaria un'adeguata motivazione in ordine al mancato esercizio di tale potere.

Altre pronunce⁴⁹², invece, ritengono che il giudice sia obbligato ad acquisire, quando si trovi nelle condizioni ivi previste, anche d'ufficio, i mezzi di prova necessari per la decisione, escludendo una sua discrezionalità al riguardo che concerne soltanto l'esistenza dei presupposti per avvalersi di quest'istituto⁴⁹³.

In aggiunta a ciò, per completare l'analisi dell'art. 507 del codice di rito, prima di passare in rassegna i vari limiti della disciplina, occorre richiamare il comma 1 *bis* dello stesso articolo che, introdotto ad opera della legge del 16 dicembre 1999 n. 479, ammette l'assunzione di prove relative agli atti acquisiti nel fascicolo per il dibattimento⁴⁹⁴. È un comma che esprime in modo emblematico un nuovo rapporto tra i poteri istruttori del giudice e il rispetto del principio di imparzialità, ampliando i poteri officiosi dello stesso mediante il conferimento della possibilità di disporre l'assunzione di mezzi di prova relativi agli atti e documenti contenuto nel fascicolo del dibattimento e quindi ottenuti con il consenso delle parti, ad esempio l'esame della persona già sentita attraverso le sommarie informazioni. Alla base di tale istituto vi è, in ogni caso, l'assoluta necessità e la novità della prova presentata per decidere e, anch'esso, può essere esercitato d'ufficio dal giudice o anche dietro sollecitazione delle parti.

Per cui la *ratio* che sta alla base di quest'istituto non è quella di integrare un'istruttoria evidentemente lacunosa ma di bilanciare il «deficit di affidabilità»⁴⁹⁵ di una prova presente nel fascicolo del dibattimento e di cui il giudice vuole valutare la sua attendibilità, in modo tale da evitare che un accordo fra le parti possa escludere il giudice da una valutazione sulla prova⁴⁹⁶.

⁴⁹² Cass. Pen. Sez. III, 17 febbraio 2016, n. 10488.

⁴⁹³ M. CHIAVARIO, E. MARZADURI, *Giudizio ordinario*, cit., p. 210.

⁴⁹⁴ P. BRONZO, *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*, CEDAM, 2017, p. 309.

⁴⁹⁵ A. TRINCI, *Commento all'art. 507 c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 2061.

⁴⁹⁶ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in P. FERRUA, *La prova nel dibattimento penale*, cit., p. 103.

Infine, l'istituto dell'integrazione probatoria è considerato talmente importante che viene applicato anche nei procedimenti dinnanzi al giudice di pace che può esercitare tale potere nei confronti di tutte quelle prove che la pubblica accusa avrebbe potuto chiedere ma non ha chiesto, dato che il suo ruolo è quello di garantire un controllo sul corretto esercizio dell'azione penale⁴⁹⁷.

2.1 Il criterio della “assoluta necessità”

L'attività istruttoria del giudice appena analizzata è soggetta a tre diversi limiti: l'assoluta necessità della prova, la novità della stessa e il previo espletamento dell'istruzione dibattimentale.

Partendo dal primo limite che viene imposto dalla legge cioè quello della “assoluta necessità”, consiste in una valutazione più penetrante del concetto di rilevanza e di pertinenza di cui all'art. 190 del codice di rito, che ammette l'introduzione soltanto di quelle prove che risultano assolutamente necessarie e decisive per definire il processo⁴⁹⁸.

Partendo dal principio, sancito e ribadito in due sentenze delle Sezioni Unite⁴⁹⁹, secondo cui il giudice non può valersi dell'istruzione dibattimentale solo per verificare una propria ipotesi o per integrare ulteriormente un quadro probatorio già composto da elementi di per sé idonei a definire il giudizio, la giurisprudenza ha a lungo dibattuto sulla definizione di ciò che è assolutamente necessario, per cui, ad oggi una prova è decisiva quando è tale da determinare «una differente valutazione complessiva dei fatti e portare in concreto a una decisione diversa⁵⁰⁰». Tuttavia, affinché una prova possa essere decisiva il giudice deve operare su un'istruzione dibattimentale necessariamente lacunosa da cui emergono tematiche non trattate o non sufficientemente approfondite rispetto alle quali è necessario il ricorso all'istituto dell'integrazione probatoria per raggiungere una conoscenza adeguata sul fatto che deve essere deciso⁵⁰¹.

⁴⁹⁷ D. MANZIONE, *Commento all'art. 507 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 324.

⁴⁹⁸ L. CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice*, cit., p. 160.

⁴⁹⁹ Cass. Sez. Un., 21 novembre 1992, n. 11227; Cass. Sez. Un., 18 dicembre 2006, n. 41281.

⁵⁰⁰ Cass. Pen. Sez. VI, 24 giugno 2003, n. 35122, Sangalli. Ma in tal senso si è pronunciata anche Cass. Pen. Sez. I, 23 marzo 1992, n. 197837, Ambrisi; ovvero ancora Cass. Pen. Sez. I, 9 dicembre 1993, n. 197837, Chiericoni. Infine, anche la sentenza Greco si è pronunciata stabilendo che il potere di cui al 507 va esercitato «nell'ambito delle prospettazioni delle parti e non per supportare probatoriamente una diversa ricostruzione che il giudice possa ipotizzare».

⁵⁰¹ L. CARACENI, *Istruzione dibattimentale e poteri del giudice sulla prova*, cit., p. 161.

Per cui nel tempo è stata discussa la definizione di «assolutamente necessario» intendendo tale concetto come una prova talmente tanto rilevante che in sua assenza il giudice non si troverebbe a poter decidere allo stato degli atti e quindi talmente necessaria da indirizzare lo stesso verso una decisione⁵⁰². Inoltre, ha anche messo in luce il termine «assolutamente» che porta a considerare l'istituto dell'integrazione probatoria come l'*extrema ratio* per il giudice, che può esercitare questo potere soltanto quando le lacune dell'istruzione dibattimentale non gli permettono di concludere il processo.

Si può, quindi, dire che ciò che il giudice vuole assumere deve risultare dal *thema probandum* individuato dalle parti e la sua assunzione deve risultare decisiva per definire il processo⁵⁰³: decisività che si basa su una valutazione assunta *ex ante* accertando se le prove assunte, o su richiesta di parte o officiosamente dal giudice, sono talmente rilevanti da poter confutare le argomentazioni che stanno alla base della convinzione del giudice⁵⁰⁴.

Quest'ultimo punto può essere considerato come base per far partire una riflessione in materia circa il rapporto tra l'integrazione probatoria e l'obbligo di emanare una sentenza di assoluzione, qualora la tesi dell'accusa non sia sufficientemente supportata da adeguate prove, in virtù della predilezione del principio della presunzione di innocenza. Se in un primo momento si pensava ci fosse un evidente contrasto fra i due istituti, un'analisi più approfondita mette in luce le diversità di questi due istituti, basandosi l'integrazione probatoria su un'istruzione dibattimentale sì lacunosa ma basata su vuoti che possono essere riempiti attraverso l'attività del giudice, mentre, qualora lo stesso si trovi dinanzi a vuoti probatori non suscettibili di approfondimenti deve emanare una decisione di merito favorevole all'imputato⁵⁰⁵.

Il criterio dell'assoluta necessità trova una sua conferma anche nel rapporto tra l'art. 507 del codice di rito e l'art. 111 della Costituzione, in quanto, se da un lato il comma 3 dell'art. 111⁵⁰⁶ poteva sollevare questioni di illegittimità nella parte in cui, riconoscendo

⁵⁰² A. TRINCI, *Commento all'art. 507 c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 2058.

⁵⁰³ A. TRINCI, *Commento all'art. 507 c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 2060.

⁵⁰⁴ A. SCALFATI, *Commento all'art. 507 c.p.p.*, G. SPANGHER, A. GIARDA (A CURA DI), *Codice di procedura penale commentato*, cit., 475.

⁵⁰⁵ L. CARACENI, *Istruzione dibattimentale e poteri del giudice sulla prova*, cit., p. 162.

⁵⁰⁶ Art. 111 comma 3: «la legge assicura che la persona accusata di un reato [...] abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere

all'imputato il diritto alla prova a favore, escludeva la possibilità di applicare questi filtri di più stringente rilevanza, dall'altro questa lettura non è stata accolta in favore di una tesi secondo cui la necessità di assumere nuove prove è giustificata dall'esigenza, del giudice, trovandosi dinanzi ad un'istruttoria lacunosa, di svolgere un esercizio di integrazione correlato all'istruttoria svolta, volta a determinare un diverso *decisum*⁵⁰⁷.

Dunque, affinché possa esserci l'assoluta necessarietà della prova, il giudice deve trovarsi dinanzi ad un materiale probatorio non esaustivo da cui emergono aspetti non sufficientemente trattati o approfonditi indispensabili per l'attività decisoria del giudice⁵⁰⁸.

Oltre che, in generale, all'art. 507 c.p.p., l'istituto dell'integrazione probatoria è disciplinato anche in altri articoli più specifici con riferimento a particolari fattispecie. Un esempio rilevante in tal senso è quello disciplinato al comma 5 dell'art. 441⁵⁰⁹ del codice di rito che, con riferimento al giudizio abbreviato, ammette la possibilità che il giudice possa assumere, anche d'ufficio, elementi necessari ai fini della decisione. Anche in questo caso il potere di integrazione probatoria è soggetto a dei limiti, infatti, il giudice può sostituirsi all'attività probatoria dell'accusa e della difesa solo per l'acquisizione di tutti quegli elementi che sono assolutamente necessari per decidere allo stato degli atti. Anche in questo caso, certamente, il giudice può ricorrere all'integrazione probatoria soltanto quando i vuoti probatori possono essere colmati da un'attività del giudice in quanto, come è stato anche affermato nelle pagine precedenti, al contrario, se il giudice si trovi dinanzi a lacune e carenze non suscettibili di approfondimento, lo stesso è obbligato a concludere il processo attraverso l'emanazione di una sentenza di assoluzione in modo tale da evitare di ampliare troppo i poteri dell'organo e compromettere il suo carattere di terzo e imparziale⁵¹⁰.

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; [...].

⁵⁰⁷ L. CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice*, cit., p.164.

⁵⁰⁸ D. MANZIONE, *Commento all'art. 507 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 318.

⁵⁰⁹ Art. 441 comma 5: «Quando il giudice ritiene di non poter decidere allo stato degli atti assume, anche d'ufficio, gli elementi necessari ai fini della decisione [...].»

⁵¹⁰ L. CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice*, cit., p.167.

La sentenza Martin del 2006 ha cercato di definire il concetto di «assolutamente necessario» dato che è un paradigma che, seppur fondamentale, appare abbastanza generico⁵¹¹, ritenendo integrato il principio in esame nel momento in cui il mezzo di prova assunto dal giudice risulti decisivo. Aggiunge poi che l'unico limite consiste nell'impossibilità del giudice di «assumere una prova con solo fine di verificare una propria tesi ricostruttiva sulla base di mezzi di prova non dotati di sicura conclusione⁵¹²».

Tuttavia, anche su tale aspetto la dottrina si è divisa fra due orientamenti: alcuni⁵¹³ ritenevano che il termine «assolutamente necessario» dovesse fare riferimento alla situazione in cui il giudice, trovandosi dinanzi ad un materiale probatorio lacunoso, assume una o più prove che risultano decisive per emanare una sentenza giusta; altri⁵¹⁴ invece, ed è la tesi maggiormente restrittiva e poco condivisa, ritengono che siano ammesse nuove prove solo quando le parti abbiano presentato elementi nuovi in dibattimento tali da modificare la decisione del giudice.

Inoltre, per assicurare il rispetto di questo limite è stato imposto al giudice anche l'obbligo di fornire adeguata motivazione sull'esistenza del requisito dell'assoluta necessità per assumere d'ufficio una nuova prova. Tuttavia, su quest'aspetto si è pronunciata la Suprema Corte⁵¹⁵ stabilendo il principio secondo cui l'assenza di motivazione non determina alcun caso di inutilizzabilità o invalidità in quanto l'ordinamento non prevede specifiche sanzioni al riguardo⁵¹⁶.

2.2 La “novità” della prova

Il secondo requisito che devono necessariamente avere le prove assunte dal giudice è quello della novità che indubbiamente va a limitare molto il potere officioso dello stesso in tale ambito: novità che, seppur il testo normativo faccia riferimento ai “nuovi mezzi di prova”, deve anche ricomprendere “nuovi temi di prova”⁵¹⁷.

⁵¹¹ F. ZACCARIA, *Potere probatorio ex officio del giudice ex art. 507 c.p.p.*, in *Ventiquattrore avvocato in Il sole 24ore*, 2016, p. 69.

⁵¹² Così ha ritenuto Cass. Sez. Un., 6 novembre 1992, n. 11227.

⁵¹³ Sostenitore di questa tesi è L.G. LOMBARDO, *Principio dispositivo e poteri officiosi del giudice penale: osservazioni sull'art. 507 c.p.p.*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1277.

⁵¹⁴ Sostenitore di questa tesi è T. LUPACCHINI, *Sul potere del giudice di disporre anche d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova*, in *Giust. It.*, 1992, II, p.583.

⁵¹⁵ Cass. pen. Sez. III, 2017, n. 16673.

⁵¹⁶ A. TRINCI, *Commento all'art. 507 c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 2060.

⁵¹⁷ C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., p. 450.

Il concetto di novità può essere inteso in due modi differenti: o novità come approfondimento di temi che sono emersi nel corso del contraddittorio ma che non sono stati sufficientemente analizzati, e in questo caso sono nuove le prove che di cui non il giudice non ne era a conoscenza perché le parti non la ritenevano rilevante o perché anche l'accusa e la difesa stesse non ne erano al corrente; oppure può essere considerato il concetto di *novum* come necessità di assumere prove più specifiche volte a verificare temi già presentati nel corso dell'istruttoria dibattimentale⁵¹⁸.

Anche le Sezioni Unite Martin si sono pronunciate sulla definizione del concetto di novità intendendo con il termine "prova nuova" tutte quelle «non precedentemente disposte» sia che siano preesistenti o sopravvenute, già conosciute o completamente ignote.

Quindi è dotata del requisito della novità sia la prova sopravvenuta o scoperta successivamente rispetto al momento di allegazione delle prove, ma anche quella di cui le parti ne erano già a conoscenza ma che non hanno presentato in giudizio: è nuova non solo la prova successiva alla fase dell'istruttoria dibattimentale, ma è quella che risulta tale a seguito delle conoscenze che si sono ottenute dal dibattimento, con la conseguenza che il carattere della novità non deve solo riguardare il singolo mezzo di prova ma, in generale, anche le conoscenze nuove che ne deriverebbero dall'assunzione dell'una o dell'altra prova⁵¹⁹, con la conseguenza che i nuovi temi di prova possono essere ottenuti anche attraverso l'escussione di testimoni già noti o l'esame di dichiaranti che sono già stati sentiti⁵²⁰ senza comportare una violazione dell'art. 149 disp. Att. c.p.p.⁵²¹, purché siano sentiti su circostanze diverse da quelle oggetto di prova⁵²².

Per cui è da considerare nuova ogni prova, assolutamente necessaria per la decisione, di cui non ne è stata disposta l'assunzione, a prescindere dalle motivazioni che hanno portato le parti a non chiederne l'ammissione⁵²³, con il solo limite che la novità delle prove emerga dal quadro probatorio individuato nel fascicolo del dibattimento in modo tale da garantire una tutela maggiore dell'imparzialità del giudice; quindi, si ritiene

⁵¹⁸ L. CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice*, cit., p.169.

⁵¹⁹ Su questa direzione si è mossa anche la Cass. Pen. Sez. III, 19 agosto 1993, n. 195160, Poluzzi.

⁵²⁰ Cass. pen., Sez. IV, 24 settembre 1996, Rispoli.

⁵²¹ Art. 149 disp. Att. c.p.p.: «L'esame del testimone deve avvenire in modo che nel corso della udienza nessuna delle persone citate prima di deporre possa comunicare con alcuna delle parti o con i difensori o consulenti tecnici, assistere agli esami degli altri o vedere o udire o essere altrimenti informata di ciò che si fa nell'aula di udienza».

⁵²² R. ADORNO, *Ammissione della prova in dibattimento*, Giappichelli, 2012, p. 129.

⁵²³ Secondo la Cass. Pen. Sez. III, 11 novembre 2004, n. 46317, Scuderi.

non ammissibile la possibilità di assumere d'ufficio la lettura di un atto che appartiene al fascicolo delle indagini preliminari⁵²⁴.

Il criterio dell'ammissione di una prova nuova non è più quello di rilevanza e di non manifesta infondatezza, indicato all'art. 190 del codice di rito, ma quello più specifico individuato all'articolo 507 del medesimo codice consistente nell'assoluta necessità della prova ai fini decisori⁵²⁵.

Sul tema si è concentrata anche la Corte di legittimità, con una sentenza del 1994⁵²⁶, con cui, definendo il concetto di novità, ha stabilito il principio secondo cui con il termine nuova prova si fa riferimento non a quelle prove sopravvenute o scoperte successivamente, ma a quelle già esistenti e non acquisite⁵²⁷ in quanto, al contrario, l'attività del giudice sarebbe preclusa⁵²⁸. Tuttavia, per limitare in parte il potere dell'organo giurisdizionale è stato imposto il divieto di utilizzare il proprio potere istruttorio per recuperare un atto del medesimo procedimento, considerato irripetibile, dichiarato inutilizzabile a causa del suo omesso deposito nei termini⁵²⁹.

Continua stabilendo che si ha difetto di novità e di assoluta necessità quando l'imputato rifiuti di sottoporsi all'esame ma abbia poi rilasciato dichiarazioni spontanee durante le indagini preliminari: in questi casi il giudice non può disporre *ex officio* l'esame dei testi⁵³⁰. Su quest'ottica è stato considerato integrato il requisito della novità anche quando vengono riesaminate fonti di prova già acquisite ma su circostanze diverse⁵³¹.

Inoltre, è nuova anche la prova che, anche se conosciuta, non sia stata tempestivamente dedotta in giudizio o per inerzia delle parti o perché era stata precedentemente considerata inammissibile, ininfluyente o sovrabbondante, proprio perché nessuno vieta al giudice di chiedere un nuovo controllo sull'effettiva rilevanza della prova in virtù di una tutela e di un controllo sempre maggiore sul processo penale⁵³². Tuttavia, non è ammessa l'assunzione officiosa di un mezzo di prova di cui era stata considerata inammissibile

⁵²⁴ L. CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice*, cit., p.176.

⁵²⁵ L. CARACENI, *Istruzione dibattimentale e poteri del giudice sulla prova*, cit., p. 162.

⁵²⁶ Corte Cost., 25 marzo 1993, n. 139.

⁵²⁷ Cass. Sez. Un., 21 novembre 1992, n. 11227: ha ammesso, per il giudice, il potere di esercitare l'integrazione probatoria per tutti quei mezzi di prova nuovi che le parti avrebbero potuto richiedere ma non hanno richiesto.

⁵²⁸ Cass. Sez. Un., 18 dicembre 2006, n. 41281.

⁵²⁹ Cass. Pen. Sez. I, 26 giugno 2014, n. 27879.

⁵³⁰ D. D'INNOCENZI, *Art 507 c.p.p.: giurisprudenza e conclusioni*, cit., p. 10.

⁵³¹ Cass. Pen. Sez. V, 1998, n. 10561.

⁵³² Cass. Pen. Sez. I, 1 luglio 1994, n. 7477.

l'assunzione in quanto non erano state indicate, dalle parti, le circostanze su cui doveva verte l'esame. La *ratio* di questo divieto è quella di evitare che il giudice possa assumere una prova che egli stesso aveva dichiarato inammissibile⁵³³.

Seguendo questa impostazione volta ad evitare che si arrivi ad una stasi del processo derivante dall'incapacità delle parti, ci si è domandati se, una volta ammessa la prova necessaria officiosamente dal giudice, la parte che ha subito l'assunzione della prova *ex art. 507* possa reagire chiedendone la prova contraria⁵³⁴. E su tale aspetto la dottrina maggioritaria⁵³⁵ ritiene sussistente il diritto alla prova contraria sia nei confronti dell'accusa e sia nei confronti della difesa, senza il necessario presupposto della decisività della prova; anche se una piccola restante parte è ancorata alla tesi opposta considerando questo diritto come una forzatura, dato che, analizzando il testo dell'art. 507, non c'è alcun riferimento normativo al momento in cui si può far valere la prova contraria⁵³⁶.

Su tale aspetto si è pronunciata anche la giurisprudenza riconoscendo il diritto alla prova contraria, secondo i modi e i tempi stabiliti al comma 2 dell'art. 495 c.p.p., con il solo limite per la parte di indicare specificatamente i temi su cui verte la controprova, per superare il vaglio di ammissibilità sull'effettiva rilevanza e manifesta infondatezza, fermo restando che gli elementi su cui si basa la controprova devono riferirsi ai fatti oggetto di integrazione probatoria da parte del giudice⁵³⁷.

2.3 Il previo espletamento dell'istruzione dibattimentale

Infine, il terzo requisito per le prove assunte *ex officio* è quello della previa istruttoria dibattimentale, così com'è espressamente disposto dalla norma nella parte in cui afferma che «terminata l'acquisizione della prove⁵³⁸» il giudice può assumere *ex officio* nuovi mezzi di prova. In questo caso la previa istruttoria dibattimentale funge da limite, in quanto è considerato come momento iniziale per l'intervento del giudice e come perimetro entro il quale, lo stesso, può assumere nuove prove⁵³⁹.

⁵³³ M.L. D'ANDRIA, art. 507 c.p.p., in G. LATTANZI – E. LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, cit., p. 48.

⁵³⁴ F. GIUNCHEDI, *I poteri istruttori del giudice*, cit., p. 18.

⁵³⁵ Sostenitori di questa tesi sono UBERTIS, in *I poteri del pretore ex 506 e 507*, RAFARACI, in *La prova contraria*, ovvero anche GIUNCHEDI, in *I poteri istruttori del giudice*.

⁵³⁶ S. BRACCIALI, *La dottrina sull'art 507 c.p.p.*, cit., p. 8.

⁵³⁷ Cass. Pen. Sez. V, 8 giugno 2017, n. 28597; Cass. Sez. Un., 17 ottobre 2006, n. 41281 Greco.

⁵³⁸ Articolo 507 del codice di procedura penale.

⁵³⁹ H. BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, cit., p. 191.

Il fatto che il legislatore abbia imposto questo limite è significativo in quanto consente al giudice di introdurre d'ufficio nuove prove solo dopo essere venuto a conoscenza del materiale probatorio presentato dalle parti in giudizio⁵⁴⁰.

In breve, l'istruzione dibattimentale consiste in un momento essenziale di tutto il processo penale, caratterizzato dall'assunzione delle prove, ad opera sia delle parti e sia *ex officio* dal giudice, all'esame dei testimoni e delle parti e all'acquisizione di documenti letture⁵⁴¹.

Questa fase inizia con l'assunzione delle prove, *in primis* da parte del pubblico ministero a cui poi seguono le richieste delle parti, parte civile, responsabile civile e persona civilmente obbligata e poi si conclude con le richieste dell'imputato, pur essendo, quest'ordine, passibile di modifiche⁵⁴².

Così come è indicato all'art. 507, prima delle modifiche introdotte dalla dottrina e dalla giurisprudenza, veniva attribuito al giudice il potere di integrazione, anche d'ufficio, delle prove nel caso in cui la carenza o l'insufficienza dell'attività delle parti possa impedire la corretta conclusione del processo. Per cui l'attività del giudice è volta a garantire una corretta conoscenza dei fatti, in modo tale da emanare una sentenza giusta, sulla base, però, delle prove e del *thema probandum* stabilito e delimitato dalle parti durante l'istruzione dibattimentale⁵⁴³.

Tuttavia, l'istruzione dibattimentale ha creato in dottrina non poche controversie, che hanno visto la creazione di tre orientamenti contrapposti: uno restrittivo, uno intermedio e uno estensivo.

Secondo i sostenitori del primo orientamento⁵⁴⁴, l'istruttoria dibattimentale assume un ruolo fondamentale volto a identificare quali tesi poi, in conclusione, sono rimaste incomplete e quindi quelle su cui il giudice può operare: potere che non può essere esercitato senza una prima attività istruttoria. Questa tesi restrittiva parte dell'assunto secondo cui il ruolo del giudice nell'istituto dell'integrazione probatoria si pone in una funzione meramente ausiliaria alle parti e del tutto eccezionale, operante in un sistema inteso come

⁵⁴⁰ A. TRINCI, *Commento all'art. 507 c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 2059.

⁵⁴¹ D. SIRACUSANO, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÁ, *Elementi di diritto processuale penale*, cit., p. 226.

⁵⁴² G. SPANGHER, *La pratica del processo penale*, cit., p. 438.

⁵⁴³ D. D'INNOCENZI, *Art 507 c.p.p.: giurisprudenza e conclusioni*, cit., p. 12.

⁵⁴⁴ Sostenitori di questo primo orientamento sono: CARACENI, in *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice*; cit.; MARAFIOTI, in *L'art. 507 al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1993.

accusatorio “puro” in cui, lo stesso, si presenta come estraneo rispetto alle altre parti in causa in modo tale da garantire la tutela del principio di imparzialità. In caso contrario verrebbe compromesso il rapporto tra giudice e parti comportando una distorsione del principio dispositivo.

Al contrario, secondo un orientamento estensivo, accolto sia da una parte della dottrina⁵⁴⁵ e sia dalla giurisprudenza⁵⁴⁶, non deve essere imposta alcuna limitazione all’attività istruttoria del giudice al di là del carattere della novità e della necessità, dato che lo stesso può esercitare i suoi poteri anche in assenza di una precedente attività fra le parti: non si parla più di un «limite logico⁵⁴⁷» dato che questi poteri possono essere esercitati anche senza una previa istruttoria.

A sostegno di ciò, la Suprema Corte, ha anche introdotto il principio secondo cui l’esercizio dei poteri di cui all’art. 507 c.p.p. in un momento diverso rispetto a quello indicato dalla norma non comporta nessun tipo di invalidità o nullità, comportando, invece, una mera irregolarità dato che l’acquisizione anticipata della prova «non può incidere sull’assistenza, sulla rappresentanza o sull’intervento dell’imputato⁵⁴⁸». Lo stesso vale anche per le assunzioni posticipate⁵⁴⁹, infatti il limite della previa istruttoria dibattimentale riguarda solo il momento iniziale e non quello finale, non impedendo al giudice di assumere nuove fonti di prova anche dopo essersi ritirato in camera di consiglio o dopo la fase istruttoria⁵⁵⁰. Sul punto si è anche pronunciata la Suprema Corte che, confermando la decisione Martin, ha considerato la norma come facente riferimento al normale caso di acquisizione delle prove ma non escludendo i casi in cui le prove non siano state acquisite o siano state considerate inammissibili.

Tuttavia, questa tesi non è andata esente da critiche dato che conferire al giudice il potere di assumere nuove prove officiosamente senza nessun limite disposto dalle parti,

⁵⁴⁵ Orientamento sostenuto da BASSI, in *Principio dispositivo e principio di ricerca della verità materiale*; IACOVIELLO, in *Processo di parti e poteri probatori del giudice*; LOMBARDO, in *Principio dispositivo e poteri officiosi del giudice*.

⁵⁴⁶ Cass., sez. un., 6 novembre 1992, n. 11227, Martin; o anche Corte Cost. 26 marzo 1993 n. 111.

⁵⁴⁷ L. CARACENI, *Istruzione dibattimentale e poteri del giudice sulla prova*, cit., p. 163.

⁵⁴⁸ Cass. Pen. Sez. III, 9 novembre 2014, n. 45931.

⁵⁴⁹ Cass. pen. Sez. III, 2014, n. 37077.

⁵⁵⁰ A. TRINCI, *Commento all’art. 507 c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 2060.

che hanno il compito di delineare il *thema probandum*, significherebbe conferire un potere troppo vasto al giudice che inevitabilmente si porrebbe in contrasto con il suo ruolo di soggetto terzo e imparziale.

Per questo si è aggiunta una terza tesi, c.d. tesi intermedia⁵⁵¹, in cui sostenitori hanno cercato di trovare un punto di incontro tra il potere istruttorio del giudice che non può essere ancorato a questo tipo di limitazioni e l'esigenza di evitare che lo stesso possa sostituirsi interamente all'attività delle parti. Per questo motivo hanno consentito al giudice di esercitare i suoi poteri officiosi quantomeno sulla base della lettura degli atti contenuti nel fascicolo del dibattimento⁵⁵². Infatti, l'istruzione dibattimentale, seppur in parte, deve necessariamente limitare l'operatività del giudice per evitare che lo stesso possa perdere il suo ruolo di *super partes* e diventare un vero e proprio organo inquirente. Di conseguenza⁵⁵³, egli può svolgere attività istruttorie in materia probatoria soltanto dopo essere venuto a conoscenza dei fatti oggetto di accertamento senza ostacolare l'attività delle parti⁵⁵⁴.

3. Casi espressamente stabiliti dalla legge in cui il giudice può esercitare poteri istruttori

L'articolo 507 del codice di rito conferisce espressamente al giudice il potere di «assumere nuovi mezzi di prova» a condizione che questi siano nuovi ed assolutamente necessari.

Sembra opportuno passare in rassegna di una breve analisi dei mezzi di prova direttamente acquisibili *ex officio* dal giudice.

Una prima differenza va fatta tra i mezzi di prova e i mezzi di ricerca di prova, intendendo con i primi i vari istituti che permettono di ottenere delle informazioni utili per provare una tesi, mentre i secondi fanno riferimento solo i mezzi attraverso i quali si

⁵⁵¹ A sostenere questa tesi è sia la dottrina e sia la giurisprudenza: nel primo caso, portano avanti questa riflessione autori come PAULESU o VALENTINI REUTER; invece, sentenze in cui si sostiene questa tesi sono Cass. Pen. Sez. V, 1 dicembre 2004, n. 15631, Canzi, o anche Cass. Pen. Sez. III, 19 agosto 1993, n. 195160, Poluzzi.

⁵⁵² S. BRACCIALI, *La dottrina sull'art 507 c.p.p.*, cit., p. 7.

⁵⁵³ In questo senso anche le sentenze Greco.

⁵⁵⁴ L. CARACENI, *Istruzione dibattimentale e poteri del giudice sulla prova*, cit., p. 164.

individuano le varie fonti di prova. Orbene la dottrina si è dibattuta sul perimetro di applicazione dell'istituto in esame: chi è più legato al testo della norma⁵⁵⁵ esclude la possibilità che il giudice possa svolgere atti di indagine e quindi nega il ricorso autonomo ai mezzi di ricerca della prova. Altra parte della dottrina⁵⁵⁶, invece, ha ritenuto che il mancato riferimento nella norma al termine «mezzi di ricerca della prova» debba solo essere considerato un errore del legislatore e, quindi, non ne verrebbe esclusa la possibilità di un eventuale ricorso. Tesi, quest'ultima, confermata anche dalla giurisprudenza⁵⁵⁷ che conferisce al giudice anche il potere di ricorrere ai vari mezzi di ricerca della prova⁵⁵⁸.

Di conseguenza, il giudice può assumere d'ufficio tutti i mezzi di prova e i mezzi di ricerca della stessa che assumono i caratteri della novità e della necessarietà, escludendo quei mezzi di prova che possono essere proposti dal giudice a prescindere dall'effettiva novità o decisività degli stessi in quanto oggetto di specifiche disposizioni: la perizia (*ex art. 508*⁵⁵⁹ c.p.p.), l'esame del testimone (*ex art. 195* comma 2 c.p.p.⁵⁶⁰) e l'acquisizione dei documenti provenienti dall'imputato (*ex art. 237* c.p.p.⁵⁶¹)⁵⁶².

Partendo dall'analisi di questi primi tre istituti, l'art. 508 del codice di rito conferisce al giudice il potere di disporre, o d'ufficio o su richiesta di parte, una perizia.

In breve, la perizia è un mezzo di ricerca della prova c.d. neutro⁵⁶³ caratterizzato dal fatto che non è né a carico e né a discarico dell'imputato ed è sottratto al potere dispositivo delle parti dato che può essere assunta solo dal giudice⁵⁶⁴ e non deve essere

⁵⁵⁵ L. CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice*, cit., p.158-159.

⁵⁵⁶ F. PLOTINO, *Il dibattimento nel nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, 1991, p. 159.

⁵⁵⁷ Cass. Pen. Sez. I, 12 luglio 2004, n. 12821.

⁵⁵⁸ E. M. MANCUSO, *Il regime probatorio dibattimentale*, in *Trattato di procedura penale* (diretto da) G. UBERTIS e G.P. VOENA, cit., p. 241-242.

⁵⁵⁹ Art. 508: «Se il giudice, di ufficio o su richiesta di parte, dispone di 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.

[...].

⁵⁶⁰ Art. 195 comma 2: «Il giudice può disporre anche d'ufficio l'esame delle persone indicate nel comma 1».

⁵⁶¹ Art. 237: «È consentita l'acquisizione, anche d'ufficio, di qualsiasi documento proveniente dall'imputato, anche se sequestrato presso altri o da altri prodotti».

⁵⁶² R. ADORNO, *Ammissione della prova in dibattimento*, Giappichelli, 2012, p. 130.

⁵⁶³ Di prova «neutra» se ne parla nella sentenza della Cass. Sez. Un., 23 marzo 2017, n. 39746.

⁵⁶⁴ COMMISSIONE DI STUDIO "C.T.U. CIVILI E PENALI" (a cura di), *La perizia e la consulenza tecnica nel processo penale*, 2024, p. 4.

dotato del requisito dell'assoluta necessità⁵⁶⁵. È considerato un mezzo di prova essenzialmente discrezionale⁵⁶⁶ in quanto è rimessa solamente al giudice la valutazione sulla necessità o meno di ricorrere a questo istituto purché motivi la sua scelta di non usufruirne⁵⁶⁷. Così come nei casi disciplinati dall'art. 507, le parti hanno un potere di sollecitazione, tuttavia, il giudice non ha l'obbligo di adempiere⁵⁶⁸. Una differenza sostanziale rispetto all'istituto precedentemente esaminato riguarda il fatto che, in questo caso, una decisione contraria del giudice non può essere considerato un motivo di impugnazione⁵⁶⁹.

Un altro caso è quello della testimonianza indiretta, di cui all'art. 195 del codice di rito, al comma 2, che conferisce il potere al giudice di disporre d'ufficio l'esame delle persone a cui si riferisce il testimone diretto in quanto a conoscenza dei fatti.

Quest'istituto prende il nome di «testimonianza indiretta» o comunemente intesa anche come «testimonianza per sentito dire» consistente nella deposizione di tutti quei soggetti che non sono venuti a conoscenza dei fatti direttamente ma attraverso un racconto di soggetti terzi. Proprio per la sua particolarità, oggi, questo tipo di testimonianza è ammessa esclusivamente se si fa ricorso a determinate cautele volte a garantire la credibilità della fonte primaria e a precise regole di esclusione probatoria che portano, in determinati casi, all'inutilizzabilità della stessa dichiarazione. Inoltre, per poter essere valida, la testimonianza indiretta deve possedere tre requisiti fondamentali: la comunicazione del terzo deve avere un carattere informativo, il fine di quest'ultimo deve essere quello di narrare il fatto e, infine, il teste deve essere assolutamente estraneo all'accaduto⁵⁷⁰.

Nella normalità dei casi, la testimonianza, per non essere considerata invalida, deve rispettare determinate disposizioni e precauzioni imposte dalla legge; tuttavia, è prevista una deroga in tal senso nel caso in cui il giudice decida di chiamare a testimoniare il teste *de relato* a cui il dichiarante sta facendo riferimento. In questo caso, al giudice gli viene conferito questo potere così incisivo in virtù dell'art. 507 che gli conferisce tale potere;

⁵⁶⁵ D. CURTOTTI NAPPI, *La perizia*, in A. GAITO, *La prova penale*, cit., p. 604.

⁵⁶⁶ A. TRINCI, *Commento all'art.508 c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 2062.

⁵⁶⁷ Cass. Pen. Sez. VI, 8 agosto, 2003, n. 34089.

⁵⁶⁸ Per uno studio più approfondito sulla perizia vedere p. 60-61 di questo elaborato.

⁵⁶⁹ Cass. Pen., Sez. IV, 17 gennaio 2013, n. 7444 così scrive: «la sentenza con cui il giudice respinge la richiesta di una perizia, ritenuta decisiva dalle parti, non è censurabile ai sensi dell'art. 606 comma 1 lett. d) c.p.p., in quanto costituisce il risultato di un giudizio di fatto che, se sorretto da adeguata motivazione, è insindacabile in cassazione».

⁵⁷⁰ P. DAVIGO, G. RICCARDI, *Commento all'art.195 c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 693.

ciononostante, così come per la perizia, questa facoltà gli viene conferito per mezzo di una norma specifica, per cui è pacifico che il giudice possa disporre d'ufficio l'esame del testimone a cui si fa riferimento in ogni caso, anche in assenza del requisito dell'assoluta necessità.

Infine, l'ultima disposizione di cui all'art. 237 del codice di rito conferisce al giudice il potere di acquisire, anche d'ufficio, qualsiasi documento proveniente dall'imputato anche se sequestrato. La possibilità per l'imputato di presentare una documentazione completa per sostenere la propria tesi è espressione di un diritto di difesa talmente vasto da non precludere a nessuna prova di essere presentata al giudice e di conseguenza di essere valutata.

Tuttavia, non ogni documento può essere ottenuto dall'imputato, per cui in questi casi, per garantire una maggiore tutela del diritto di difesa, viene conferito al giudice il potere di acquisire d'ufficio tutta quella documentazione che può essere utile per la decisione⁵⁷¹. Anche in questo caso non è necessario il rispetto di tutti i requisiti imposti dall'art. 507 c.p.p. essendo sufficiente la sua probabile utilità.

Altri sono, invece, i casi in cui al giudice viene attribuita la possibilità di porre in essere condotte istruttorie con il limite che, a differenza dei casi precedentemente esposti, devono essere rispettati i requisiti della novità e dell'assoluta necessità disposti dall'art. 507 del codice di rito.

Un'ipotesi particolarmente complessa è quella relativa alle letture dibattimentali di cui all'art. 511⁵⁷² del codice di rito che, al primo comma, conferisce al giudice il potere di disporre lettura degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento per i dubbi che

⁵⁷¹ E. CAMPOLI, *Commento all'art.237 c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 822.

⁵⁷² Art. 511 c.p.p.: «Il giudice, anche di ufficio, dispone che sia data lettura, integrale o parziale, degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento. La lettura di verbali di dichiarazioni è disposta solo dopo l'esame della persona che le ha rese, a meno che l'esame non abbia luogo. La lettura della relazione peritale è disposta solo dopo l'esame del perito. La lettura dei verbali delle dichiarazioni orali di querela o di istanza è consentita ai soli fini dell'accertamento della esistenza della condizione di procedibilità. In luogo della lettura, il giudice, anche di ufficio, può indicare specificamente gli atti utilizzabili ai fini della decisione. L'indicazione degli atti equivale alla loro lettura. Il giudice dispone tuttavia la lettura, integrale o parziale, quando si tratta di verbali di dichiarazioni e una parte ne fa richiesta. Se si tratta di altri atti, il giudice è vincolato alla richiesta di lettura solo nel caso di un serio disaccordo sul contenuto di essi. La facoltà di chiedere la lettura o l'indicazione degli atti, prevista dai commi 1 e 5, è attribuita anche agli enti e alle associazioni intervenuti a norma dell'articolo 93».

possono sorgere circa il rapporto tra il potere integrativo del giudice e la disciplina propria delle letture⁵⁷³.

In generale, l'istituto in esame conferisce la possibilità di acquisire delle prove derogando al principio di oralità e immediatezza attraverso le letture di documenti assunti nel corso delle indagini preliminari⁵⁷⁴. Tuttavia, più che fare un'analisi sull'istituto in esame è meglio concentrarci sul procedimento di acquisizione delle stesse; *nulla questio* sul fatto che il potere di disporre la lettura viene attribuito al giudice, mentre il punto più delicato dell'istituto riguarda il potere d'impulso, se quindi deve essere attribuito alle parti o al giudice. Il fatto che la norma contenga l'assunto «anche d'ufficio» mostra come, di norma, l'assunzione di questa prova è affidata alle parti, ciononostante il giudice può esercitare i suoi poteri istruttori in caso di letture dotate dei requisiti di novità e assoluta necessità⁵⁷⁵.

Il problema che si crea riguarda il modo in cui l'istituto di cui al 507 possa spingersi fino a ricoprire quello delle letture dato che le prove che possono essere assunte attraverso questo mezzo in giudizio sono quelle ottenute nel corso delle indagini preliminari e per regola il giudice non ne può prendere visione se non a richiesta di parte⁵⁷⁶.

Inoltre, sempre nel sistema delle letture, l'art. 511 *bis*⁵⁷⁷ prescrive un altro potere istruttore del giudice, relativo alla possibilità di disporre d'ufficio la lettura dei verbali di prove di altri procedimenti.

Tuttavia, se il legislatore è stato chiaro e preciso nella creazione delle due norme appena esaminate, più complesso è, invece, il caso di acquisizione d'ufficio degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero ai sensi dell'art. 512⁵⁷⁸ del codice di rito,

⁵⁷³ R. ADORNO, *Ammissione della prova in dibattimento*, cit., p. 133.

⁵⁷⁴ A. TRINCI, *Commento all'art. 511 c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 2068.

⁵⁷⁵ S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, in G. UBERTIS e G.P. VOENA, *Trattato di procedura penale*, Giuffrè, 2000, p. 168-169.

⁵⁷⁶ S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, in G. UBERTIS e G.P. VOENA, *Trattato di procedura penale*, Giuffrè, 2000, p. 170.

⁵⁷⁷ Art. 511 *bis*: «Il giudice, anche di ufficio, dispone che sia data lettura dei verbali degli atti indicati nell'articolo 238. Si applica il comma 2 dell'articolo 511».

⁵⁷⁸ Art. 512 c.p.p.: «Il giudice, a richiesta di parte, dispone 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. È sempre consentita la lettura dei verbali relativi all'acquisizione ed alle operazioni di distruzione degli atti di cui all'art. 240».

per l'espresso riferimento alla frase «il giudice, a richiesta di parte, dispone [...]» da qui il dubbio se il giudice possa acquisire autonomamente queste letture o meno.

Anche se taluni⁵⁷⁹ ritengono ammissibile un potere *ex officio* del giudice in quest'ambito, la tesi ad oggi consolidata⁵⁸⁰ opta per una perdita di questo potere ufficioso sia perché il fatto che gli atti che devono essere acquisiti mediante le letture si trovano nel fascicolo del pubblico ministero di cui il giudice non ne può prendere visione *ex officio* ma esclusivamente a seguito di un'istanza di parte fa perdere la sua sostanziale autonomia; e sia perché la disciplina delle letture è caratterizzata da un'estrema tassatività per cui il fatto che il legislatore abbia espressamente indicato la possibilità di acquisire anche d'ufficio le prove di cui all'art. 511 e 511 *bis* e non lo abbia fatto negli articoli successivi porta ad escludere tale possibilità in tutti gli altri casi⁵⁸¹. Tuttavia, questo divieto non è così netto dato che la giurisprudenza, in molte pronunce, ha ritenuto che un'acquisizione officiosa del giudice comporti una mera irregolarità⁵⁸².

Per concludere, questi sono alcuni dei casi più significativi in cui il legislatore ha conferito determinati poteri istruttori al giudice in virtù di una sempre maggiore correttezza del processo e una tutela della ricerca della verità, tuttavia sfogliando il codice risultano evidenti anche altri casi in cui tale potere può essere esercitato dal giudice, per esempio, nell'ambito dei mezzi di ricerca della prova, gli viene conferita la facoltà di disporre direttamente lo svolgimento di perquisizioni e sequestri o disporre intercettazioni che poi possono anche essere usate in altri procedimenti, pur obbligando, lo stesso, al rispetto dei limiti disposti dall'art. 507 del codice di rito volti a garantire, in ogni caso, la tutela del principio di imparzialità e terzietà del giudice, filo conduttore della riforma del processo penale.

⁵⁷⁹ F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, p. 730 dopo una breve spiegazione dell'art. 513 c.p.p. così scrive: «da notare come il tutto possa avvenire *ex officio*, a istruzione conclusa».

⁵⁸⁰ A. TRINCI, *Commento all'art.512 c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 2078.

⁵⁸¹ R. ADORNO, *Ammissione della prova in dibattimento*, cit., p. 134.

⁵⁸² Cass., 11 maggio 2010, n. 247896; Cass., 6 novembre 2009, n. 245808; Cass. 17 giugno 2004, n. 229761.

CAPITOLO 5

I POTERI PROBATORI *EX OFFICIO* DEL GIUDICE NEL GIUDIZIO D'APPELLO

1. Il secondo grado di giudizio: l'appello e le sue caratteristiche

Conclusa la fase del dibattimento ed emanata una sentenza da parte del giudice di primo grado, il legislatore ha affidato alle parti il potere di devolvere la regiudicanda a un altro giudice che, al termine del processo, dovrà emanare una nuova sentenza, anch'essa di condanna o di assoluzione, che si sostituirà a quella precedentemente emanata: così prende vita il sistema delle impugnazioni.

Il sistema delle impugnazioni, espressione di diversi gradi di giudizio, è stato oggetto di un'importante riforma nel 2013, predisposta da una Commissione ministeriale, istituita per «elaborare una proposta di interventi in tema di processo penale», che aveva presentato al Ministro della giustizia di quegli anni una serie di proposte che riguardavano nello specifico il sistema delle impugnazioni⁵⁸³, in modo tale da riformare quell'aspetto del sistema processuale penale in cui i problemi risultavano più evidenti.

Parte di queste modifiche proposte dalla Commissione ministeriale sono state adottate con la c.d. riforma Orlando⁵⁸⁴, entrata in vigore nel 2017, denominata «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario» che, con espresso riferimento all'appello, ha portato a significative variazioni. In particolare, è stata riformata la legittimazione ad impugnare da parte del pubblico ministero conferendo allo stesso, fermo restando la possibilità di impugnare una sentenza di assoluzione, il potere di appellare anche una sentenza di condanna nel caso in cui si chieda la modifica del titolo di reato, l'esclusione della sussistenza di una circostanza aggravante o l'individuazione di una pena di specie diversa da quella ordinaria. Inoltre, viene conferito il potere di impugnare anche all'imputato, sia nel caso di sentenze di condanna, e sia nel caso di sentenze di assoluzione tranne nei casi in cui il giudice di primo grado abbia disposto che l'insussistenza del fatto o l'innocenza dell'imputato.

⁵⁸³ G. CANZIO, *Le impugnazioni penali fra riforme legislative e diritto giurisprudenziale*, in *Le impugnazioni penali* (a cura di) G. CANZIO, R. BRICCHETTI e (coordinato da) A. MARANDOLA, Giuffrè, 2019, p. 1.

⁵⁸⁴ Legge 23 giugno 2017, n. 103.

Un'altra modifica sostanziale ha riguardato la riscrittura dell'art. 546⁵⁸⁵ del codice di rito per ciò che riguarda il contenuto della sentenza.

In particolare, è stata modificata la lett. e) dello stesso articolo nella parte in cui obbliga il giudice ad indicare una serie di specificazioni all'interno della sentenza: indicazioni che, anche se nella pratica erano già applicate dai giudici, solo con la riforma vengono esplicitamente richiesti alla legge.

Per garantire questo carattere di specificità e completezza in tutta le fasi del giudizio, la riforma Orlando ha anche modificato l'art. 581⁵⁸⁶ del codice di rito, nella parte in cui regola i requisiti formali dell'impugnazione, stabilendo, a pena di inammissibilità⁵⁸⁷, un obbligo di specificità sia per ciò che riguarda i motivi di appello, e l'indicazione dei capi e i punti della sentenza per cui si chiede un nuovo giudizio, sia per ciò che riguarda

⁵⁸⁵ Art. 546 c.p.p.: «La sentenza contiene: a) l'intestazione «in nome del popolo italiano» e l'indicazione dell'autorità che l'ha pronunciata; b) le generalità dell'imputato o le altre indicazioni personali che valgono a identificarlo nonché le generalità delle altre parti private; c) l'imputazione; d) l'indicazione delle conclusioni delle parti; e) 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, secondo le modalità stabilite dal comma 2 dell'art. 533, 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; f) il dispositivo, con l'indicazione degli articoli di legge applicati; g) la data e la sottoscrizione del giudice.

La sentenza emessa dal giudice collegiale è sottoscritta dal presidente e dal giudice estensore. Se, per morte o altro impedimento, il presidente non può sottoscrivere, alla sottoscrizione provvede, previa menzione dell'impedimento, il componente più anziano del collegio; se non può sottoscrivere l'estensore, alla sottoscrizione, previa menzione dell'impedimento, provvede il solo presidente.

Oltre che nel caso previsto dall'articolo 125 comma 3, la sentenza è nulla se manca o è incompleto nei suoi elementi essenziali il dispositivo ovvero se manca la sottoscrizione del giudice».

⁵⁸⁶ Art. 581 c.p.p.: «L'impugnazione si propone con atto scritto nel quale sono indicati il provvedimento impugnato, la data del medesimo e il giudice che lo ha emesso, con l'enunciazione specifica, a pena di inammissibilità: a) i capi o i punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione; b) delle prove delle quali si deduce l'inesistenza, l'omessa assunzione o l'omessa o erronea valutazione; c) delle richieste, anche istruttorie; d) dei motivi, con l'indicazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta. L'appello è inammissibile per mancanza di specificità dei motivi quando, per ogni richiesta, non sono enunciati in forma puntuale ed esplicita i rilievi critici in relazione alle ragioni di fatto o di diritto espresse nel provvedimento impugnato, con riferimento ai capi e punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione. Con l'atto d'impugnazione delle parti private e dei difensori è depositata, a pena d'inammissibilità, la dichiarazione o elezione di domicilio, ai fini della notificazione del decreto di citazione a giudizio. Nel caso di imputato rispetto al quale si è proceduto in assenza, con l'atto d'impugnazione del difensore è depositato, a pena d'inammissibilità, specifico mandato ad impugnare, rilasciato dopo la pronuncia della sentenza e contenente la dichiarazione o l'elezione di domicilio dell'imputato, ai fini della notificazione del decreto di citazione a giudizio».

⁵⁸⁷ Quest'obbligo di specificità a pena di inammissibilità è stato sancito anche dalla giurisprudenza e nello specifico dalla Cass. Sez. Un., 27 ottobre 2016, n. 8825/17, Galtelli che così afferma «L'appello è inammissibile per difetto di specificità dei motivi quando non risultano esplicitamente enunciati e argomentati i rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto o di diritto poste a fondamento della decisione impugnata [...]».

le prove da cui si deduce l'erronea valutazione delle stesse e sia per ciò che riguarda le richieste, anche se di natura istruttoria⁵⁸⁸.

Inoltre, è stato reintrodotta l'istituto del cd. «patteggiamento in appello», soppresso nel 2008 e a cui oggi si fa ricorso per un numero molto vasto di processi, utilizzato, nella maggior parte dei casi, come concordato con rinuncia ai motivi di appello e, infine è stato riformulato l'art. 603 del codice di rito riguardante la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in modo tale da renderla conforme ai principi e alle pronunce della CEDU e di cui si parlerà nei paragrafi successivi.

Prima di trattare nello specifico il regime probatorio del giudizio d'appello è necessario fare una breve analisi sul funzionamento di questa fase e sui tratti salienti che la caratterizzano.

In generale, l'appello rappresenta il rimedio a cui le parti possono ricorrere per chiedere l'avvio di un secondo grado di giudizio consistente nella devoluzione della controversia ad un nuovo giudice, diverso, quindi, da quello precedente, che svolge un'analisi sul merito sulla base dei motivi che l'impugnante ha presentato per giustificare la richiesta⁵⁸⁹.

È considerato, prevalentemente, un vero strumento di controllo che può essere disposto, ove necessario, per verificare la correttezza degli esiti del giudizio di primo grado indubbiamente soggette ad errori derivanti dal complesso funzionamento della macchina processuale⁵⁹⁰, dato che questo grado di giudizio non è autonomo ma «si alimenta di ciò che lo precede⁵⁹¹».

L'appello così considerato è soggetto ad un duplice limite: uno di tipo oggettivo e uno di tipo soggettivo, entrambi sanciti dalla legge, prima che nelle disposizioni specifiche, già nell'art. 568 del codice di rito che al comma 1 così dispone: «la legge stabilisce i casi nei quali i provvedimenti del giudice sono soggetti a impugnazione e determina il mezzo con cui possono essere impugnati». Per cui, sul versante soggettivo l'appello può essere disposto solo da soggetti legittimati che, anche a seguito delle novità disposte dalla

⁵⁸⁸ E. S. LABINI, *La riforma Orlando e la specificità dei motivi di appello: prime riflessioni*, in *Giurisprudenza penale*, 2018, 2, p. 2.

⁵⁸⁹ F. NUZZO, *L'appello nel processo penale*, Giuffrè, 2006, p. 29.

⁵⁹⁰ G. SPANGHER, L. SURACI, *Le impugnazioni penali: modelli processuali, profili sistematici, orientamenti giurisprudenziali*, Pacini giuridica, 2020, p. 82-83.

⁵⁹¹ A. MACCHIA, *L'assetto del giudizio d'appello alla luce delle recenti riforme*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 11, p. 24.

riforma Orlando, sono l'imputato e il pubblico ministero con le dovute limitazioni e adeguamenti⁵⁹². Nello specifico l'imputato può appellare sia le sentenze di condanna e sia le sentenze di proscioglimento, salvo quelle assolutorie perché il fatto non sussiste o perché l'imputato non lo ha commesso, mentre il pubblico ministero può appellare sia le sentenze di assoluzione e sia le sentenze di condanna con il limite che possono essere impugnate solo quelle che modificano il titolo del reato, escludono la sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale o stabiliscono una pena di specie diversa da quella ordinaria stabilita per il reato in esame⁵⁹³.

Continuando la lettura del codice, la legge ha legittimato il procuratore della repubblica presso il tribunale ad impugnare nel caso di appello contro le sentenze del giudice per le indagini preliminari, della corte d'assise e del tribunale, mentre ha legittimato il procuratore generale presso la corte d'appello ad appellare soltanto nei casi di avocazione o acquiescenza del provvedimento⁵⁹⁴. Inoltre, viene riconosciuta alla parte civile un potere di impugnazione limitatamente ai propri interessi civili, e al responsabile civile di impugnare le sentenze che riguardano la responsabilità dell'imputato limitatamente alle restituzioni, risarcimenti e spese processuali. Infine, la persona civilmente obbligata può proporre appello contro la sentenza che lo condanna al pagamento di una somma di denaro⁵⁹⁵.

Tuttavia, oltre alla legittimazione *ex lege*, ogni parte per poter impugnare una sentenza deve anche essere titolare di un interesse ad impugnare, intendendo, in tal senso, che l'appellante deve essere titolare di un provvedimento pregiudizievole, emanato dal giudice di primo grado, e ne chiede la sostituzione con un altro dal quale derivi un risultato più vantaggioso per la parte richiedente⁵⁹⁶.

Sul punto si sono concentrate anche le Sezioni Unite che, in diverse pronunce, hanno cercato di definire il concetto in esame; nello specifico, in una sentenza del 1995, superando la teoria secondo cui l'interesse ad impugnare dovesse essere strettamente collegato al criterio della soccombenza, così hanno specificato: «sussiste cioè l'interesse a

⁵⁹² E. LORENZETTI, *Lo scacchiere dell'appello: legittimazione, casi e contenuti*, in *Le impugnazioni penali* (a cura di) G. CANZIO, R. BRICCHETTI e (coordinato da) A. MARANDOLA, cit., p. 228.

⁵⁹³ Limitazioni disposte dall'art. 593 del codice di procedura penale.

⁵⁹⁴ Art. 593 bis del codice di procedura penale.

⁵⁹⁵ P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 956.

⁵⁹⁶ F. DI LUCIANO, *L'appello penale. Nelle dinamiche giurisprudenziali*, Giappichelli, 2009, p. 69.

impugnare quando la decisione del giudice sia stata pregiudizievole per la parte e, denunciandosi la sua ingiustizia o la sua illegittimità, quella che, all'esito dell'ulteriore grado del giudizio, potrebbe intervenire, secondo le aspettative dell'impugnante, cancelli o riduca il pregiudizio lamentato»⁵⁹⁷; essendo quindi necessario che la parte chieda, attraverso questo mezzo di gravame, l'eliminazione della lesione di un proprio diritto compromesso attraverso la decisione di primo grado.

Ma non solo, anni dopo, la stessa cassazione a Sezioni Unite⁵⁹⁸, si è nuovamente pronunciata sul tema definendo l'interesse ad impugnare come qualcosa di concreto e attuale oltre che sussistente sia durante il momento di proposizione dell'appello e sia durante quello conclusivo della decisione.

Infine, pochi anni fa, la stessa Corte⁵⁹⁹, chiamate nuovamente a pronunciarsi sul tema, ha cercato di fornire un quadro completo del requisito in esame chiarendo un diverso aspetto. Nello specifico la Corte aveva considerato errata la decisione del Tribunale del Riesame di Roma che, avendo revocato una misura cautelare interdittiva applicata all'ente ai sensi dell'art. 52 del D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 disposta dal Tribunale di Roma, aveva ritenuto inammissibile il ricorso al secondo grado di giudizio per mancanza di interesse. Di conseguenza le Sezioni Unite hanno disposto il principio secondo cui la revoca della misura cautelare precedentemente disposta non fa venir meno l'interesse ad impugnare e, quindi, il Tribunale del riesame avrebbe dovuto celebrare l'udienza camerale per garantire, anche in questo caso il contraddittorio fra le parti⁶⁰⁰.

Invece, sul versante oggettivo la legge stabilisce anche quali sentenze possono essere impuginate e quali no; nello specifico le parti possono appellare sia le sentenze di condanna e sia quelle di proscioglimento, di cui fanno parte le sentenze di assoluzione, quelle di non luogo a procedere e di estinzione del reato. Pur facendo riferimento, l'art. 593 c.p.p., alle sole sentenze ci si è chiesti se anche le ordinanze potessero essere impuginate dalle parti e la risposta, che ad oggi ne dà dottrina e giurisprudenza, è affermativa ritenendo ammissibile l'appello per le ordinanze essendo queste soggette ai limiti disposti per le sentenze. Per ciò che riguarda le sentenze, invece, sono previsti dei limiti perché

⁵⁹⁷ Cass. Pen. Sez. Un., 13 dicembre 1995, n. 42.

⁵⁹⁸ Cass. Pen. Sez. Un., 27 ottobre 2011, n. 6624.

⁵⁹⁹ Cass. Pen. Sez. Un., 27 settembre 2018, n. 51515.

⁶⁰⁰ G. CENTAMORE, *Interesse ad impugnare, revoca di misura cautelare interdittiva ed "interesse al contraddittorio" nel processo agli enti*, in *Giurisprudenza penale*, 2019, 3, p.1.

non tutte sono appellabili, infatti, così come disposto dal comma 3⁶⁰¹ dell'art. 593 c.p.p.⁶⁰², sono inappellabili quelle di condanna per cui è prevista la sola pena dell'ammenda e quelle di proscioglimento o di non luogo a procedere per contravvenzioni punite con la sola pena dell'ammenda o con pena alternativa⁶⁰³. Limitazione che viene giustificata dalla stessa *ratio* della norma volta ad evitare che si venga a creare un successivo grado di giudizio per tutti quei reati puniti con la sola pena pecuniaria o per cui è prevista una pena particolarmente tenue, tale da comportare l'esigenza di ridurre il più possibile i tempi processuali⁶⁰⁴.

In generale il secondo grado di giudizio è sorretto da due principi, considerati i pilastri dell'appello nel processo penale: il principio del *tantum devolutum quantum appellatum* e il divieto di *reformatio in peius*.

Procedendo all'analisi del primo principio, questo, disciplinato dal comma 1 dell'art. 597⁶⁰⁵, conferisce al giudice di secondo grado il potere di svolgere un'analisi sul merito della questione soltanto limitatamente a quei punti della decisione che riguardano i motivi proposti attraverso l'impugnazione stessa. Infatti, la cognizione del giudice è limitata all'atto di impugnazione che deve indicare espressamente i punti, della decisione del giudice di primo grado, che l'appellante vuole sottoporre al giudizio di un diverso organo⁶⁰⁶; tuttavia, questi punti possono essere svariati, non individuando, la legge, un elenco tassativo di motivi per cui si può chiedere l'appello. Uno studio più attento della norma in esame, nella parte in cui fa riferimento ai «punti della decisione», necessita un riferimento alla norma generale sulla forma dell'impugnazione, di cui all'art. 581 comma 1 lett. a)⁶⁰⁷, per ciò che riguarda la definizione di «capi o punti della decisione».

⁶⁰¹ Art. 593 comma 3: «Sono in ogni caso inappellabili le sentenze di condanna per le quali è stata applicata la sola pena dell'ammenda o la pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, nonché le sentenze di proscioglimento relative a reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena alternativa».

⁶⁰² Il terzo comma della nuova formulazione dell'articolo in esame è stato sostituito dall'art. 13 della legge 26 marzo 2001, n. 128.

⁶⁰³ F. NUZZO, *L'appello nel processo penale*, cit., p. 43.

⁶⁰⁴ Tesi esposta da P. TONINI, C. CONTI in *Manuale di procedura penale*, cit., p. 1014.

⁶⁰⁵ Art. 597 comma 1: «L'appello attribuisce al giudice di secondo grado la cognizione del procedimento limitatamente ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti».

⁶⁰⁶ E. LORENZETTI, *Lo scacchiere dell'appello: legittimazione, casi e contenuti*, in *Le impugnazioni penali* (a cura di) G. CANZIO, R. BRICCHETTI e (coordinato da) A. MARANDOLA, cit., p. 228.

⁶⁰⁷ Art. 581 comma 1 lett. a): «L'impugnazione si propone con atto scritto nel quale sono indicati il provvedimento impugnato, la data del medesimo e il giudice che lo ha emesso, con l'enunciazione specifica, a pena di inammissibilità: a) i capi o i punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione».

Sul punto, la giurisprudenza si è a lungo dibattuta sull'effettivo significato di «capo», in quanto la prima sentenza al riguardo, decisione Tuzzolino⁶⁰⁸, ha considerato il termine con riferimento a sentenze plurime o cumulative caratterizzate da una pluralità di rapporti processuali per cui la definizione di capo deve riguardare ogni decisione emessa per ciascuno dei reati attribuiti all'imputato.

Teoria portata avanti dalla Cassazione a Sezioni Unite⁶⁰⁹ negli anni successivi, stabilendo che sebbene i capi della sentenza facciano parte di un'unica decisione sono comunque autonomi e conservano, ognuno, i propri effetti giuridici.

Invece, poche perplessità ha suscitato il termine «punto» avendo, questo, una portata più ristretta, ricomprendendo tutte le considerazioni, di per sé autonome, necessarie per ottenere una decisione completa e precisa su ogni singolo capo. Questo aspetto è stato, poi, rimarcato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione che, con una sentenza del 2017⁶¹⁰ ha ritenuto che con il termine «punto della sentenza» si dovesse fare riferimento ad una vera e propria «statuizione che deve essere scandita nel dispositivo e dotata di un'autonoma rilevanza⁶¹¹». In aggiunta a ciò, anche una sentenza dell'anno precedente⁶¹² ha ritenuto non rientrante nel concetto di «punto» le singole argomentazioni che sono poste a sostegno delle scelte fatte dal giudice per ogni capo.

Quindi, dopo questa breve digressione, la giurisprudenza di legittimità⁶¹³ ritiene che i motivi che stanno alla base dell'atto di impugnazione debbano essere i capi o i punti della decisione impugnata già oggetto di esame nel precedente grado di giudizio.

A questo punto, presentato l'atto di appello si apre il vero e proprio secondo grado di giudizio che si svolge, nel caso di questioni non particolarmente complesse, previo invio di un formale decreto di citazione da notificare all'imputato di fissazione dell'udienza, in camera di consiglio seguendo le regole previste all'art. 127 del codice di procedura penale che prevede la possibilità di presentare memorie sia scritte, fino a cinque giorni prima dell'udienza, e sia orali in udienza⁶¹⁴.

⁶⁰⁸ Cass. Pen., Sez. Un., 19 gennaio 2000,

⁶⁰⁹ Cass. Pen., Sez. Un., 27 maggio 2016, n. 6903, Aiello.

⁶¹⁰ Cass. Pen., Sez. VI, 16 febbraio 2017, n. 13863.

⁶¹¹ G. ROCCHI, *L'effetto devolutivo e l'ambito dei poteri, cognitivo e decisorio, del giudice di appello*, in *Le impugnazioni penali* (a cura di) G. CANZIO, R. BRICCHETTI e (coordinato da) A. MARANDOLA, cit., p. 286.

⁶¹² Cass. Pen., Sez. Un., 17 ottobre 2016, n. 10251, Michaeler.

⁶¹³ Cass. Pen., Sez. II, 17 gennaio 2018, n. 17693.

⁶¹⁴ F. NUZZO, *L'appello nel processo penale*, cit., p. 194.

Sotto questo punto di vista, il d.lgs. n. 150/2022, in attuazione della L. 134/2021 cd. riforma Cartabia ha modificato il procedimento da seguire dinanzi al giudice d'appello. Infatti, non è più necessaria la camera di consiglio con la presenza obbligatoria di entrambe le parti, ma la decisione può seguire a un'udienza senza la partecipazione delle parti. Tuttavia, le stesse hanno la facoltà, entro 15 giorni dalla notifica del decreto di citazione, di chiederne la partecipazione, con la successiva decisione della Corte di continuare il processo attraverso una camera di consiglio partecipata o una pubblica udienza, secondo quanto chiaramente disposto nell'art. 598 *bis* del codice di rito⁶¹⁵. Inoltre, è da tenere presente che, in determinati casi quando le questioni sono particolarmente complesse, la corte può decidere, *ab origine*, che l'udienza si svolga con la partecipazione delle parti interessate.

La sentenza conclusiva segue le regole di cui all'art. 605 del codice di rito⁶¹⁶ che ne ammette, oltre alle questioni di nullità, due tipi differenti: il primo tipo è volto a confermare la decisione emessa dal giudice di primo grado, il secondo, invece, la riforma.

Se sul primo caso non ci sono particolari questioni, è più complessa, invece, la situazione in cui il giudice riformi la sentenza emanata in primo grado in virtù del fatto che il secondo principio, caposaldo del giudizio di appello, precedentemente menzionato è il

⁶¹⁵ Art. 598 *bis* c.p.p.: «la corte provvede sull'appello in camera di consiglio. Se non è diversamente stabilito e in deroga a quanto previsto dall'articolo 127, essa giudica sui motivi, sulle richieste e sulle memorie senza la partecipazione delle parti. Fino a quindici giorni prima dell'udienza, il procuratore generale presenta le sue richieste e tutte le parti possono presentare motivi nuovi, memorie e, fino a cinque giorni prima, memorie di replica. Il provvedimento emesso in seguito alla camera di consiglio è depositato in cancelleria al termine dell'udienza. Il deposito equivale alla lettura in udienza ai fini di cui all'articolo 545. L'appellante e, in ogni caso, l'imputato o il suo difensore possono chiedere di partecipare all'udienza. La richiesta è irrevocabile ed è presentata, a pena di decadenza, nel termine di quindici giorni dalla notifica del decreto di citazione di cui all'articolo 601 o dell'avviso della data fissata per il giudizio di appello. La parte privata può presentare la richiesta esclusivamente a mezzo del difensore. Quando la richiesta è ammissibile, la corte dispone che l'udienza si svolga con la partecipazione delle parti e indica se l'appello sarà deciso a seguito di udienza pubblica o in camera di consiglio, con le forme previste dall'articolo 127. Il provvedimento è comunicato al procuratore generale e notificato ai difensori. La corte può disporre d'ufficio che l'udienza si svolga con la partecipazione delle parti per la rilevanza delle questioni sottoposte al suo esame, con provvedimento nel quale è indicato se l'appello sarà deciso a seguito di udienza pubblica o in camera di consiglio, con le forme previste dall'articolo 127. Il provvedimento è comunicato al procuratore generale e notificato ai difensori, salvo che ne sia stato dato avviso con il decreto di citazione di cui all'articolo 601. [...]».

⁶¹⁶ Art. 605 comma 1 c.p.p.: «Fuori dai casi previsti dall'art. 604, il giudice di appello pronuncia sentenza con la quale conferma o riforma la sentenza appellata».

divieto di *reformatio in peius*, espressamente disciplinato al comma 3 dell'art. 597 c.p.p.⁶¹⁷, che vieta al giudice di decidere in senso peggiorativo.

Tale divieto si giustifica per il fatto che, se non esistesse questo limite, l'imputato non avrebbe interesse ad impugnare e, di conseguenza, di rischiare di vedere la propria pena aumentata e peggiorata⁶¹⁸.

Tuttavia, la giurisprudenza maggioritaria di legittimità⁶¹⁹, ma prima ancora quella costituzionale⁶²⁰, considera il divieto in esame sottoposto ad un duplice limite: uno soggettivo e uno oggettivo.

Il primo presupposto considera applicabile questo divieto soltanto ai casi di impugnazione proposto dall'imputato⁶²¹ e non anche dal pubblico ministero. È concesso questo vantaggio anche nei casi di appello presentato dalla persona offesa costituita come parte civile, mentre non si applica ai casi di impugnazione presentata dalla parte civile o dal civilmente obbligato per ciò che riguarda la pena pecuniaria. Mentre, per ciò che riguarda il secondo presupposto, concernente l'ambito di applicazione della norma, la legge ha ritenuto applicabile, il principio, a tutte le impugnazioni fino al giudizio di rinvio⁶²² con il solo limite che non si applica ai casi di annullamento, da parte della Cassazione, di una sentenza di secondo grado per vizio di motivazione⁶²³, in modo tale da limitare il giudice e garantire una tutela del principio del *favor rei* in tutte le fasi e i gradi del processo⁶²⁴.

Più nello specifico è preclusa al giudice la possibilità di aumentare la pena, revocare i benefici concessi dal giudice di primo grado, applicare una misura di sicurezza nuova o

⁶¹⁷ Art. 597 comma 3 c.p.p.: «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, entro i limiti indicati nel comma 1, di dare al fatto una definizione giuridica più grave, purchè non venga superata la competenza del giudice di primo grado».

⁶¹⁸ P. SILVESTRI, *Il divieto di reformatio in peius nelle declinazioni della giurisprudenza di legittimità*, in *Le impugnazioni penali* (a cura di) G. CANZIO, R. BRICCHETTI e (coordinato da) A. MARANDOLA, cit., p. 315.

⁶¹⁹ Cass. Pen. Sez. Un., 14 aprile 2014, n. 16208.

⁶²⁰ Corte cost., 14 gennaio 1974, n. 3.

⁶²¹ F. NUZZO, *L'appello nel processo penale*, cit., p. 165.

⁶²² Sul punto la Cass. Pen. Sez. Un., 27 marzo 2014, n. 16208 ha ribadito il principio secondo cui il divieto di *reformatio in peius* opera nel giudizio di rinvio se il ricorso per cassazione è stato proposto dall'imputato. È irrilevante il fatto che la sentenza di primo grado è stata appellata dal pubblico ministero.

⁶²³ P. SILVESTRI, *Il divieto di reformatio in peius nelle declinazioni della giurisprudenza di legittimità*, in *Le impugnazioni penali* (a cura di) G. CANZIO, R. BRICCHETTI e (coordinato da) A. MARANDOLA, cit., p. 318.

⁶²⁴ Principio disposto dalla giurisprudenza di legittimità; Cass. Pen. Sez. Un., 27 marzo 2014, n. 16208.

più grave o prosciogliere l'imputato per una causa meno favorevole di quella individuata nella sentenza di primo grado⁶²⁵. Tuttavia, non è preclusa la possibilità di dare al fatto una diversa qualificazione giuridica pur rientrando nell'ambito della competenza del giudice precedente.⁶²⁶

Un ultimo aspetto da analizzare per completare questa breve analisi del giudizio d'appello è quello riferito all'istituto dell'appello incidentale, che conferisce all'imputato, legittimato ad impugnare ma che non abbia adempiuto, la possibilità di proporre un appello incidentale. In particolare, questo istituto, espressamente disciplinato all'art. 595⁶²⁷ del codice di rito, conferisce, una volta che una parte abbia presentato impugnazione avverso uno o più capi della sentenza (c.d. impugnazione principale), il potere ad un soggetto, titolare di una legittimazione e di un interesse ad impugnare ma che non l'ha fatto, di proporre un appello c.d. incidentale, limitato ai capi della decisione oggetto dell'appello principale⁶²⁸, entro quindici giorni dalla notifica dell'appello principale⁶²⁹, con il limite che in caso di inammissibilità o rinuncia all'appello incidentale perde efficacia anche quello incidentale. Le ragioni di questo meccanismo si ritrovano nell'esigenza di assicurare il rispetto dei principi disciplinati agli articoli 3, 24 e 112 della Costituzione⁶³⁰ ed evitare che il potere di impugnare potesse essere attribuito soltanto ad una delle due parti, talvolta al pubblico ministero e talvolta all'imputato, comportando un'evidente violazione del principio del contraddittorio⁶³¹.

Si tende ad evitare, quindi, sia che il pubblico ministero tenga un comportamento scorretto lasciando scadere i termini per impugnare e di appellare, poi, uno o più capi della sentenza fuori dai termini ordinari e così impedendo all'imputato, a sua volta, di

⁶²⁵ P. SILVESTRI, *Il divieto di reformatio in peius nelle declinazioni della giurisprudenza di legittimità*, in *Le impugnazioni penali* (a cura di) G. CANZIO, R. BRICCHETTI e (coordinato da) A. MARANDOLA, cit., p. 321.

⁶²⁶ Principio disposto anche dalla Corte di legittimità in due sentenze: Cass. Pen. Sez. Un., 10 gennaio 1994, n. 4460, Cellerini; Cass. Pen. Sez. III, 8 settembre 2016, n. 3070.

⁶²⁷ Art. 595 c.p.p.: «L'imputato che non ha proposto impugnazione può proporre appello incidentale entro quindici giorni da quello in cui ha ricevuto la notificazione prevista dall'articolo 584. L'appello incidentale è proposto, presentato e notificato a norma degli articoli 581, 582 e 584. Entro quindici giorni dalla notificazione dell'impugnazione presentata dalle altre parti, l'imputato può presentare al giudice, mediante deposito in cancelleria, memorie o richieste scritte. L'appello incidentale perde efficacia in caso di inammissibilità dell'appello principale o di rinuncia allo stesso».

⁶²⁸ Sul punto si è pronunciata anche la Corte di Cassazione in Cass. Pen., Sez. Un., 17 ottobre 2006, n. 10251.

⁶²⁹ P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 973-973.

⁶³⁰ Rispettivamente i principi di uguaglianza, il diritto di difesa e l'obbligo di esercitare l'azione penale in capo al pubblico ministero.

⁶³¹ F. NUZZO, *L'appello nel processo penale*, cit., p. 176.

appellare altri punti della sentenza e sia per evitare che lo stesso sia proposto solo al fine di neutralizzare il divieto di *reformatio in peius*.

L'istituto in esame è stato oggetto di rilevanti modifiche che hanno interessato sia le stesse caratteristiche del meccanismo in esame e sia i soggetti legittimati ad operare, infatti, se prima l'appello incidentale poteva essere proposto da tutti i soggetti titolari del potere di proporre appello principale, quindi sia l'imputato e il suo difensore ma anche il pubblico ministero, la parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato alla pena pecuniaria, il D.lgs n. 51/1998, all'art. 218 aveva abrogato l'art. 594 del codice di rito che conferiva il potere alla pubblica accusa di presentare appello incidentale, dando la possibilità, quindi, soltanto alla difesa, di presentare questa particolare forma di impugnazione⁶³².

Dopo aver analizzato, in breve, gli aspetti essenziali del giudizio d'appello è necessario, in conformità al tema che è stato seguito in tutto l'elaborato, concentrarsi sul regime probatorio adottato dal legislatore in questo grado di giudizio.

2. Modalità e limiti all'assunzione delle prove nel giudizio di appello

Tutta la giustizia penale è caratterizzata dalla necessità di trovare un bilanciamento tra l'esigenza di creare un processo, e di conseguenza di emanare una sentenza, che sia la più giusta possibile e il bisogno di salvaguardare il corretto svolgimento dello stesso.

Quest'operazione è evidente nella fase probatoria dell'appello in cui è risultato essenziale un intervento del legislatore volto a delimitare i confini dell'attività istruttoria tanto delle parti e tanto del giudice in modo tale da non contrastare i principi cardine del processo penale⁶³³, adeguatamente trattati nei paragrafi precedenti⁶³⁴.

Il regime probatorio, in questa fase, è caratterizzato da un dualismo: si cerca, da un lato, di ammettere soltanto quelle prove che sono state assunte nel giudizio di primo grado, dall'altro, invece, proprio perché l'appello è espressione di una fase diversa rispetto a quella appena conclusa, viene consentita la possibilità, alle parti e al giudice di svolgere una breve rinnovazione istruttoria ove consentito⁶³⁵: si assiste, in tal senso, ad

⁶³² S. CIAMPI, *Sull'appello incidentale quale prerogativa dell'imputato*, in *Archivio penale*, 2021, 1, p. 11.

⁶³³ L. AGOSTINO, *Ammissione della prova in appello tra diritto di difesa e parità delle armi*, in *Rivista brasiliana di diritto processuale penale*, 2021, p. 1322.

⁶³⁴ Vedi capitolo 2, paragrafi 1 e 2.

⁶³⁵ L. IANDOLO, *La prova nel giudizio d'appello*, Giappichelli, 2018, p. 1.

una contrapposizione tra un giudizio d'appello inteso come giudizio di controllo ad uno inteso come un vero e proprio giudizio⁶³⁶.

Il sistema di acquisizione adottato per il giudizio d'impugnazione, pur ammettendo, in determinati casi, l'assunzione di prove nuove o sopravvenute, non fa perdere il suo carattere di controllo su una decisione già presa in primo grado. In più, la sola presenza della motivazione consente di considerare il giudizio di secondo grado non come un *novum iudicium* ma piuttosto come una *revisio prioris instantiae*⁶³⁷. E, infine, il fatto che l'appello si basi su un principio di oralità e immediatezza, ha portato la dottrina ad escludere la possibilità che questo possa tradursi in un vero e proprio giudizio⁶³⁸.

Per ciò che riguarda lo svolgimento del processo, secondo quanto prescritto dall'art. 598 del codice di rito⁶³⁹, in udienza si applicano le disposizioni previste per il giudizio di primo grado.

Il primo atto del giudizio è quello della relazione della causa svolta dal presidente, a cui segue la lettura, o per mezzo di una sollecitazione delle parti o d'ufficio, degli atti del giudizio di primo grado o degli atti compiuti nelle fasi precedenti⁶⁴⁰. La prima categoria riguarda i verbali di tutte le attività che sono state compiute nel corso del dibattimento e la sua utilizzazione è senza limiti per il giudice; mentre la seconda categoria riguarda tutti gli atti compiuti nelle fasi antecedenti rispetto a quella del dibattimento e quindi durante la fase delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare, in questo caso la loro assunzione è limitata ai soli atti che, per mezzo dell'istituto delle letture, sono confluiti nel fascicolo per il dibattimento o in quello del pubblico ministero⁶⁴¹.

A questo punto, di regola, il giudice competente decide sulla base delle prove già assunte in virtù di una presunzione di completezza dell'istruttoria svolta in primo grado⁶⁴². In generale, il giudizio d'appello non presenta particolari problemi dato che, se non si procede alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, non viene contemplata la possibilità di presentare elementi nuovi in giudizio; inoltre, per semplificare il tutto, la

⁶³⁶ F. PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, CEDAM, 1995, p. 75.

⁶³⁷ A. MAZZARA, *La rinnovazione del dibattimento in appello*, (a cura di) C. FIORIO, CEDAM, 1995, p. 18.

⁶³⁸ M. MASSA, *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale*, Giuffrè, 1969, p. 223.

⁶³⁹ Art. 598 c.p.p.: «In grado di appello si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni relative al giudizio di primo grado, salvo quanto previsto dagli articoli seguenti».

⁶⁴⁰ F. NUZZO, *Commento all'art. 603 c.p.p.*, in G. LATTANZI, E. LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, cit., p. 863.

⁶⁴¹ F. NUZZO, *L'appello nel processo penale*, cit., p. 225.

⁶⁴² L. SURACI, *Il sistema delle impugnazioni nel processo penale: tradizione, riforme legislative e giurisprudenza conformativa*, Pacini giuridica, 2020, p. 204.

riforma Cartabia ha reso questo tipo di giudizio, di regola, cartolare salvi i casi di partecipazione delle parti in camera di consiglio o in udienza che richiedono, poi, l'applicazione delle regole riguardanti il giudizio di primo grado; in modo tale da garantire la tutela del principio di efficienza e la ragionevole durata del processo⁶⁴³.

Regola fondamentale nel regime probatorio è quella secondo cui non possono essere valutate dal giudice d'appello tutte quelle prove che sono irrilevanti e che non sono stati adottati come motivi di ricorso.

Da ciò ne deriva il fatto che il carattere di controllo di questo grado di giudizio emerge dalle indicazioni di cui all'art. 590⁶⁴⁴ e al comma 3 dell'art. 603⁶⁴⁵ del codice di rito che disciplinano, nel primo caso, l'obbligo di conferire al giudice dell'appello tutto il materiale probatorio ottenuto durante il giudizio di primo grado, mentre, nel secondo caso, si prevedono i limiti entro cui è possibile rinnovare l'attività di assunzione delle prove⁶⁴⁶.

Il principio che caratterizza anche questo grado di giudizio è quello della parità delle parti, tale da conferire gli stessi poteri all'accusa e alla difesa nell'ambito del regime probatorio di questo secondo grado di giudizio. Tuttavia, seppur la Costituzione abbia dedicato una norma apposita relativamente recentemente⁶⁴⁷, il principio è diventato parte integrante del nostro sistema processuale in virtù della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁶⁴⁸ e del Patto internazionale sui diritti civili e politici⁶⁴⁹ recepite nel nostro ordinamento giuridico e, per ciò che riguarda la disciplina interna, la legge-delega del

⁶⁴³ G. FIORUCCI, *La soddisfacente applicazione dell'immediatezza: un'inarrestabile ricerca*, in *Diritto penale e processo*, 8, 2023, p. 1093.

⁶⁴⁴ Art. 590 c.p.p.: «Al giudice della impugnazione sono trasmessi senza ritardo il provvedimento impugnato, l'atto di impugnazione e gli atti del procedimento».

⁶⁴⁵ Art 602 comma 3: «Nel dibattimento può essere data lettura, anche d'ufficio, di atti del giudizio di primo grado nonché, entro i limiti previsti dagli artt. 511 e ss., di atti compiuti nelle fasi antecedenti».

⁶⁴⁶ G. MICHELI, *Il giudizio di appello: riespansione dell'immediatezza e criticità nelle modalità di riassunzione della prova dichiarativa in secondo grado*, cit., p. 687.

⁶⁴⁷ Si fa riferimento all'art. 111 della Costituzione, modificato con la legge del 23 novembre 1999 che così dispone: «Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata».

⁶⁴⁸ L'art. 6, paragrafo 3, lett. d) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo così dispone: «Ogni imputato ha diritto ad esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico».

⁶⁴⁹ Art. 14, paragrafo 3, lett. e) del Patto internazionale sui diritti civili e politici così dispone: «Ogni individuo accusato di un reato ha diritto, in posizione di piena eguaglianza, a interrogare o far interrogare i testimoni a carico e ad ottenere la citazione e l'interrogatorio dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico».

1987⁶⁵⁰ ha confermato l'importanza del principio della parità delle armi nel regime probatorio.

Neanche le modifiche introdotte con la riforma Orlando hanno modificato il nucleo essenziale del giudizio d'appello che rimane quello di un giudizio critico e di controllo; tuttavia, a subire delle modifiche sono state le modalità con cui il giudice può esercitare questo suo potere, in quanto è stata introdotta la possibilità di riacquisire, oralmente e conformemente al principio di immediatezza, nuove prove in giudizio già oggetto del giudizio di primo grado⁶⁵¹.

Tuttavia, non mancano i sostenitori di una tesi contraria che considerano il secondo grado di giudizio come un secondo esame volto a correggere qualsiasi tipo di errore giudiziale commesso in primo grado dato, che l'introduzione di elementi nuovi in appello amplia il raggio di cognizione del giudice, rispetto al giudizio di primo grado⁶⁵². E, in questo caso, l'analisi che si deve compiere riguarda la compatibilità di un nuovo giudizio con i principi del giusto processo⁶⁵³.

Per uno studio più approfondito di tale aspetto è necessario partire dalla Costituzione che se, per ciò che riguarda il processo civile e penale, nulla dice sull'appello, disciplinando solo il ricorso per cassazione, per quello che riguarda, invece, il processo amministrativo, all'art. 125, nell'individuare un giudizio di primo grado, fa presumere l'esistenza anche di un giudizio di secondo grado. Si ritiene allora che, se questa era l'idea dei Padri costituenti per la giustizia amministrativa, essa avrebbe dovuto essere la stessa, secondo un'interpretazione estensiva, anche per la giustizia civile e penale⁶⁵⁴.

Inoltre, se non ci fosse un secondo grado di giudizio, l'esigenza disposta al comma 7 dell'art. 111 della Costituzione di poter impugnare le sentenze di primo grado riguarderebbe solo il giudizio dinanzi la Corte di cassazione non quello dinanzi alla Corte d'appello⁶⁵⁵.

⁶⁵⁰ Legge-delega 16 febbraio 1987 n. 81, art. 2 n. 3): «partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento».

⁶⁵¹ G. MICHELI, *Il giudizio di appello: riespansione dell'immediatezza e criticità nelle modalità di riassunzione della prova dichiarativa in secondo grado*, in *Dirittifondamentali.it*, 2021, 2, p. 686.

⁶⁵² Sostenitore di questa tesi è L. FERRAJOLI, *I valori del doppio grado di giudizio e della nomofiliachia*, in *Democrazia e diritto*, 1992, p. 31.

⁶⁵³ F. PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, cit., p. 120.

⁶⁵⁴ F. PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, cit., p. 121.

⁶⁵⁵ D. DALFINO, *L'appello, garanzia di giustizia*, in *Questione giustizia*, 2015, 4, p. 110.

Infine, una maggiore tutela del diritto di difesa di cui all'art. 24 della Costituzione potrebbe giustificare l'esigenza di un nuovo grado di giudizio destinato a risolvere gli errori fatti dal tribunale.

Alla luce di queste premesse, è necessario passare in rassegna dei vari problemi e dubbi che ha creato la conformazione di questo sistema probatorio. Invero, il fatto che la regola generale preveda una decisione del giudice basata su prove già assunte nel corso del giudizio di primo grado ha destato non poche preoccupazioni derivanti soprattutto dal fatto che sarebbe stato evidente il contrasto con il principio del contraddittorio che, soprattutto dopo l'introduzione dell'art. 111 della Costituzione, è diventato parte essenziale del processo penale, dato che il giudice si sarebbe potuto trovare a decidere una questione sulla base di prove assunte in un procedimento diverso⁶⁵⁶.

Inoltre, negli ultimi anni si è assistito all'esigenza di garantire il rispetto del principio di immediatezza in tutti i gradi di giudizio, al fine di garantire un contatto diretto fra la prova e il giudice.

Su questo scenario viene introdotto l'istituto della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale consistente nella richiesta di assunzione di tutte quelle prove scoperte o sopravvenute dopo la decisione di primo grado o di quelle già assunte in primo grado, che risultano decisive per il ragionamento del giudice, posta in essere in caso di insufficienza ai fini decisori del materiale probatorio presentato nel giudizio di primo.

La *ratio* dell'istituto è quella di garantire il diritto alla prova in un grado di giudizio che vede lo stesso fortemente caratterizzato da elementi propri del sistema inquisitorio che lo concepisce come uno strumento di controllo volto ad una cognizione solo parziale⁶⁵⁷.

In tal caso, il giudice o le parti possono chiedere una rinnovazione istruttoria dibattimentale ai sensi dell'art. 603 del codice di procedura penale⁶⁵⁸ caratterizzata dall'inserimento di elementi nuovi in un quadro probatorio composto da prove già acquisite e

⁶⁵⁶ L. AGOSTINO, *Ammissione della prova in appello tra diritto di difesa e parità delle armi*, in *Rivista brasiliana di diritto processuale penale*, cit., p. 1325.

⁶⁵⁷ G. MICHELI, *Il giudizio di appello: riespansione dell'immediatezza e criticità nelle modalità di riassunzione della prova dichiarativa in secondo grado*, cit., p. 690.

⁶⁵⁸ Art. 603 c.p.p.: «Quando una parte, nell'atto di appello o nei motivi presentati a norma dell'articolo 585 comma 4, ha chiesto la riassunzione di prove già acquisite nel dibattimento di primo grado o l'assunzione di nuove prove, il giudice, se ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti, dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale. Se le nuove prove sono sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nei limiti previsti dall'articolo 495 comma 1. La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale è disposta di ufficio se il giudice

cristallizzate nel corso del processo di primo grado⁶⁵⁹ che non permettono al giudice di prendere una decisione allo stato degli atti.

È evidente il carattere eccezionale di questo istituto, confermato anche dalle modifiche introdotte con la riforma Orlando, dato che il normale svolgimento del processo vede l'acquisizione soltanto di quelle prove già assunte in primo grado; eccezionalità che viene confermata anche dalle sentenze della Suprema Corte che hanno stabilito il principio secondo cui le prove ammesse per mezzo di rinnovazione istruttoria sono soltanto quelle che hanno il carattere della «decisività» e quindi talmente rilevanti da avere un ruolo essenziale nel processo decisionale del giudice⁶⁶⁰; per cui lo si considera come *extrema ratio* rispetto alla conservazione degli atti che rimane la regola generale anche in virtù della salvaguardia del principio di economia processuale⁶⁶¹. Anche se, tuttavia, non manca chi sostiene una tesi contraria secondo cui l'istituto della rinnovazione dibattimentale debba trasformarsi da un'eccezione alla vera e propria regola⁶⁶².

L'eccezionalità dell'istituto si traduce anche nel fatto che esso costituisce una deroga alla presunzione di completezza delle indagini dato che, il giudice di primo grado per emanare una sentenza conclusiva del processo deve essersi basato su un materiale probatorio adeguato e completo⁶⁶³. In quest'ottica anche una sentenza degli Ermellini del 2017⁶⁶⁴ ha confermato il carattere eccezionale di tale istituto che ha condotto all'abbandono del principio di oralità in tutto questo grado di giudizio e derogando alla presunzione di completezza delle indagini.

la ritiene assolutamente necessaria. Nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice, ferme le disposizioni di cui ai commi da 1 a 3, dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nei soli casi di prove dichiarative assunte in udienza nel corso del giudizio dibattimentale di primo grado o all'esito di integrazione probatoria disposta nel giudizio abbreviato a norma degli articoli 438, comma 5, e 441, comma 5.

Il giudice dispone altresì la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale quando l'imputato ne fa richiesta ai sensi dell'articolo 604, commi 5-ter e 5-quater. Tuttavia, quando nel giudizio di primo grado si è proceduto in assenza dell'imputato ai sensi dell'articolo 420 bis, comma 3, la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale è disposta ai sensi dell'articolo 190 bis. Il giudice provvede con ordinanza, nel contraddittorio delle parti. Alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, disposta a norma dei commi precedenti, si procede immediatamente. In caso di impossibilità, il dibattimento è sospeso per un termine non superiore a dieci giorni».

⁶⁵⁹ L. SURACI, *Il sistema delle impugnazioni nel processo penale: tradizione, riforme legislative e giurisprudenza conformativa*, cit., p. 203.

⁶⁶⁰ L. SURACI, *Il sistema delle impugnazioni nel processo penale: tradizione, riforme legislative e giurisprudenza conformativa*, cit., p. 205.

⁶⁶¹ F. NUZZO, *Commento all'art. 603 c.p.p.*, in G. LATTANZI, E. LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, cit., p. 865.

⁶⁶² D. CHINNICI, *Verso il "giusto processo" d'appello: se non ora quando?*, in *Archivio penale*, 2012, 3.

⁶⁶³ L. GRILLI, *L'appello nel processo penale*, cit., p. 253.

⁶⁶⁴ Cass. Pen. Sez. IV, 24 aprile 2007, n. 16422.

In generale, l'istituto in esame ammette una deroga all'istituto generale secondo cui le prove da valutare dal giudice di secondo grado sono solo quelle di cui si è data lettura in dibattimento; in tal caso, è consentito disporre una rinnovazione dell'istruzione dibattimentale di primo grado o assumere nuove prove scoperte o sopravvenute dopo la decisione di merito ove ricorrano determinati presupposti.

Un'analisi più specifica di questo istituto vede l'individuazione di due casi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale differenti, disciplinati, rispettivamente, la prima ai commi 1 e 2, e la seconda al comma 3 dello stesso articolo.

La prima ipotesi consente alla parte appellante, l'unica legittimata a poter formulare tale richiesta salva la possibilità per quella non appellante di presentare memorie o richieste scritte *ex art.* 121 del codice di rito, di poter chiedere al giudice di disporre la rinnovazione dibattimentale e, in tal caso, le stesse possono chiedere sia la riassunzione di prove già acquisite nel dibattimento di primo grado e sia l'assunzione di nuove prove.

A questo punto risulta essenziale individuare la differenza che sussiste tra le «prove da riassumere» e le «prove nuove», in quanto le prime comportano una ripetizione della fase istruttoria avutasi nel dibattimento del giudizio di primo grado ricomprendendo tutte quelle prove già assunte in primo grado o quelle acquisite mediante letture, le seconde, invece, riguardano tutte quelle sopravvenute o scoperte dopo la conclusione del giudizio di primo grado.

Tuttavia, questa differenza è solo formale e non sostanziale, dato che la valutazione che deve essere fatta dal giudice sulla necessità o meno di assumere queste prove è analoga in entrambi i casi⁶⁶⁵. L'unica differenza riguarda il fatto che nel caso di prove nuove o sopravvenute la fase della rinnovazione segue i limiti della non manifesta infondatezza e della rilevanza della prova secondo quanto disposto dall'art. 495 comma 1⁶⁶⁶.

Tuttavia, la richiesta segue delle formalità diverse a seconda se la parte chieda l'assunzione di prove nuove o la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale di primo grado: deve essere contenuta nell'atto d'appello o nei motivi nuovi se riguarda prove già scoperte dalla data di pronuncia della sentenza di primo grado e deve essere presentata entro il

⁶⁶⁵ Verso una considerazione unitaria di entrambi i casi si muove la Relazione al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale sub art. 603 c.p.p., mentre di un'idea opposta erano i creatori del Progetto preliminare del codice di procedura penale del 1978 che recava due diverse disposizioni nel caso di prove nuove o di quelle già acquisite.

⁶⁶⁶ Art. 495 comma 1: «Il giudice, sentite le parti, provvede con ordinanza all'ammissione delle prove, a norma degli art. 190 comma 1 e 190 *bis*. [...]».

termine perentorio di quindici giorni prima della data dell'udienza; mentre, nel caso di prove nuove, e quindi scoperte in un momento successivo all'emanazione della sentenza di merito, si applica la disciplina di cui all'art. 190 del codice di rito⁶⁶⁷. Preclusione che non si applica nel caso di prove assunte *ex officio* dal giudice tanto che, se la necessità di assumere una determinata prova emerge nel corso della discussione finale, questa deve riprendere nuovamente dall'inizio a pena di nullità⁶⁶⁸.

Alla richiesta segue l'ordinanza del giudice, attraverso la quale questo consente o nega la rinnovazione probatoria. Lo stesso, in presenza di istanza di parte è tenuto a disporre la rinnovazione ad eccezione di quelle richieste concernenti prove vietate dalla legge o manifestamente superflue o irrilevanti o tutte quelle che sono estranee al *thema decidendum*⁶⁶⁹. Tuttavia, un suo rigetto non costituisce motivo di impugnazione in quanto non sussiste una lesione del diritto di difesa, fermo restando che, anche in questo caso, il giudice ha l'obbligo di motivarlo.

Solo in due casi è sindacabile la decisione del giudice: nel caso in cui consista in un'omessa acquisizione di prove decisive nel caso di prove sopravvenute o scoperte dopo la sentenza di primo grado⁶⁷⁰, o nel caso in cui si ometta a provvedere alla rinnovazione istruttoria ove necessaria a risolvere dubbi sulla qualificazione giuridica del fatto o la sussistenza di circostanze aggravanti o attenuanti⁶⁷¹.

Inoltre, per garantire il rispetto del diritto alla prova, rispetto a quanto disposto nel precedente codice, alla rinnovazione istruttoria si procede immediatamente con decisione presa dal collegio con ordinanza. Se non è possibile procedere immediatamente alla rinnovazione il giudice può disporre, ai sensi dell'art. 606 comma 6, la sospensione del dibattimento per un tempo non superiore a dieci giorni⁶⁷².

⁶⁶⁷ R. MAGI, *Commento all'art. 603 c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 2456.

⁶⁶⁸ M. MERLINO, *Rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale e inammissibilità della richiesta*, in *Archivio penale*, 2019, 1, p. 8.

⁶⁶⁹ L. SURACI, *Il sistema delle impugnazioni nel processo penale: tradizione, riforme legislative e giurisprudenza conformativa*, cit., p. 208-209.

⁶⁷⁰ La lett. d) dell'art. 606 riguardante i motivi di ricorso per cassazione così dispone: «Il ricorso per cassazione può essere proposto in caso di mancata assunzione di una prova decisiva, quando la parte ne ha fatto richiesta anche nel corso dell'istruzione dibattimentale limitatamente ai casi previsti dall'art. 495 comma 2».

⁶⁷¹ R. MAGI, *Commento all'art. 603 c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 2456.

⁶⁷² E. ZAPPALÀ, *Commento all'art 603 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, M. CHIAVARIO (coordinato da), cit., p. 208.

Corollario dell'istituto della rinnovazione è l'esistenza dell'obbligo o meno di concluderla; infatti, se durante il corso dell'istruttoria, il giudice d'appello ritiene di aver raggiunto lo scopo ultimo e quindi di avere tutti i mezzi necessari per decidere può interrompere l'assunzione delle prove, attraverso un'adeguata motivazione, senza incorrere in nessuna violazione di legge o in nessuna compromissione del diritto alla prova riconosciuto alle parti⁶⁷³; per cui, nel caso di sopravvenienza di elementi che rendano superflue o irrilevanti le prove ammesse, il giudice ha la facoltà di revocare l'acquisizione di tali prove.

La seconda ipotesi, invece, disciplinata al comma 3, conferisce il potere al giudice di disporre d'ufficio la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale quando lo ritenga assolutamente necessario, sempre in quanto l'istituto in esame ha un carattere eccezionale per cui il giudice deve motivare l'esigenza di ricorrere a ciò⁶⁷⁴.

Si tratta di un potere-dovere, residuale e contenuto⁶⁷⁵, dello stesso che può riguardare qualsiasi prova; quindi, non solo quelle nuove ma anche quelle già assunte in primo grado purché decisive per la conclusione del giudizio, in quanto la rinnovazione è subordinata ad una scelta discrezionale del giudice sulla possibilità o meno di decidere allo stato degli atti⁶⁷⁶.

Un aspetto rilevante e che è stato oggetto di modifiche negli anni ha riguardato la possibilità di disporre, in appello, la rinnovazione istruttoria quando sia necessario l'esame dei testimoni le cui dichiarazioni sono state ritenute inutilizzabili nel corso del giudizio di primo grado. Seppur con non poche perplessità riguardanti il fatto che, ammettendo questa possibilità, sarebbe stata attribuita alla rinnovazione istruttoria una funzione di sanatoria delle invalidità⁶⁷⁷, la giurisprudenza di legittimità ha ammesso questo potere, ritenendo quanto segue: «Rientra nei poteri del giudice di appello disporre d'ufficio la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale qualora ritenga assolutamente necessario l'esame dei testimoni le cui dichiarazioni rese nel dibattimento di primo grado siano state dichiarate inutilizzabili dallo stesso giudice di appello per tardivo deposito della lista prevista dall'art. 468 c.p.p.»⁶⁷⁸.

⁶⁷³ F. NUZZO, *L'appello nel processo penale*, cit., p. 235.

⁶⁷⁴ L. GRILLI, *L'appello nel processo penale*, cit., p. 253-254.

⁶⁷⁵ F. NUZZO, *L'appello nel processo penale*, cit., p. 232.

⁶⁷⁶ C. FIORIO, *La prova nel giudizio d'appello*, in *La prova penale*, A. GAITO (a cura di), cit., p. 939.

⁶⁷⁷ A. MAZZARA, *La rinnovazione del dibattimento in appello*, cit., p. 181.

⁶⁷⁸ Cass. Pen. Sez. I, 22 gennaio 2008, n. 238931, Nunziata.

Un'altra distinzione essenziale, come si è accennato, si ha tra il comma 1 e il comma 2 dell'articolo in esame: mentre il comma 1 fa riferimento all'ipotesi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale che può essere disposta dal giudice al ricorrere del requisito dell'impossibilità di decidere allo stato degli atti⁶⁷⁹; il comma 2, invece, disciplina il caso dell'assunzione obbligatoria di prove nuove, scoperte o sopravvenute dopo il giudizio di primo grado⁶⁸⁰, tali sono quelle che sopraggiungono autonomamente senza previo svolgimento di un'attività d'indagine⁶⁸¹. Una differenza sostanziale tra queste due categorie riguarda il giudizio che deve compiere il giudice per poter ammettere una o l'altra prova in giudizio: nel caso di prove già conosciute, il giudice d'appello deve svolgere una valutazione di indispensabilità volta a comprendere se il suo stato di impossibilità di decidere possa essere colmato con l'assunzione di quella prova: non basta un giudizio sull'utilità dei mezzi di prova assunti, bensì è necessario che il giudice ritenga di non poter decidere senza, e una volta appurata tale situazione diventa obbligatorio, per lo stesso, ricorrere a tale istituto⁶⁸². Invece, nel caso di prove sopravvenute o nuove il giudizio che deve svolgere non è relativo ad una loro utilità processuale⁶⁸³ ma alla loro conformità alla legge e alla rilevanza e non manifesta infondatezza relativamente al caso in esame⁶⁸⁴. Su questo tema si è pronunciata anche la Suprema Corte nel 2017⁶⁸⁵, che spiega perfettamente questo concetto stabilendo come, mentre nel caso di riassunzione di prove già acquisite sia a richiesta di parte e sia *ex officio* dal giudice è necessaria una dimostrazione della loro necessità, in positivo, per la decisione finale; invece, nel caso di assunzione di prove nuove o sopravvenute è richiesta una prova, in negativo, dell'insussistenza della manifesta infondatezza e della irrilevanza della prova⁶⁸⁶.

Esempi di prove nuove sono: l'esame del teste irreperibile in primo grado e diventato, poi, reperibile in appello, le dichiarazioni del teste identificato dopo la sentenza di

⁶⁷⁹ Cass. Sez. Un., 15 marzo 1996, n. 2780; Cass. Pen. Sez. II, 27 settembre 2013, n. 41808.

⁶⁸⁰ A. MAZZARA, *La rinnovazione del dibattimento in appello*, cit., p. 93.

⁶⁸¹ Cass. Pen. Sez. III, 14 novembre 2016, n. 47963.

⁶⁸² E. ZAPPALÀ, *Commento all'art 603 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, M. CHIAVARIO (coordinato da), cit., p. 204.

⁶⁸³ R. MAGI, *Commento all'art. 603 c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 2457.

⁶⁸⁴ Cass. Pen. Sez. III, 26 ottobre 2015, n. 42965; Cass. Pen. Sez. VI, 24 novembre 2014, n. 48645.

⁶⁸⁵ Cass. Pen. Sez. III, 22 marzo 2017, n. 13888.

⁶⁸⁶ P. CORSO, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 1647.

merito, e, in generale, tutte quelle informazioni che pur derivanti da una stessa fonte ottenuta durante il giudizio di primo grado, abbia un contenuto nuovo⁶⁸⁷.

Per un'analisi più completa, per ciò che riguarda la tipologia di prove che possono essere assunte, invece, è pacifico ritenere che tutte le tipologie di prove possono essere oggetto di tale istituto; infatti, numerosi sono stati i casi di acquisizione di documenti o di atti di querele⁶⁸⁸ o di disposizioni di perizie⁶⁸⁹.

Il comma 3 dell'art. 603 dispone la rinnovazione d'ufficio «se il giudice la ritiene assolutamente necessaria»; un'analisi letterale del comma ci mostra un'evidente connessione con l'istituto dell'integrazione probatoria di cui all'art. 507 del codice di rito che ammette il ricorso all'assunzione di nuovi mezzi di prova *ex officio* «se risulta assolutamente necessario». Tale connessione non è casuale, anzi è espressione di un'omogeneità del sistema volta ad ammettere l'escussione delle prove, in tutte le fasi e i gradi del processo, quando risulta assolutamente necessario, poiché il giudice si trova nelle condizioni di non poter decidere allo stato degli atti.

Tuttavia, una differenza tra i due istituti risulta fondamentale: se nel caso di integrazione probatoria il giudice può esercitare i suoi poteri ufficiosi solo previo espletamento dei poteri istruttori dalle parti, nel caso di rinnovazione istruttoria, il potere del giudice si esplica in un contesto diverso in cui la fase istruttoria del giudizio di primo grado è già stata conclusa e quella del secondo grado è meramente eventuale per cui non si può subordinare il potere del giudice ad un'attività delle parti⁶⁹⁰.

Infine, in appello come nel giudizio di primo grado, anche per garantire un rispetto dei poteri officiosi del giudice e le sue caratteristiche di terzietà e imparzialità, il ruolo del giudice non può sostituirsi a quello delle parti, per cui egli può disporre d'ufficio la

⁶⁸⁷ R. MAGI, *Commento all'art. 603 c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 2457.

⁶⁸⁸ Un esempio è: Cass. Pen. Sez. III, 17 giugno 1999, n. 214452 che afferma il principio secondo cui, dato che la querela è l'elemento fondamentale per poter perseguire particolari categorie di reati, il documento che esprime tale volontà deve far parte del fascicolo del dibattimento e deve essere assunto nel giudizio di secondo grado, altrimenti ne deve essere fatta richiesta *ex art. 603 c.p.p.*

⁶⁸⁹ Esempio è: Cass. Sez. I, 29 aprile 1992, n. 190555 che delimita la portata dell'art. 603 ricomprendendo sia tutti i mezzi di prova e sia tutti i mezzi di ricerca della prova compresa la perizia nel caso in cui il giudice ritenga necessario accertare la capacità di intendere e di volere, o altre condizioni di imputabilità, dell'imputato.

⁶⁹⁰ A. MAZZARA, *La rinnovazione del dibattimento in appello*, cit., p. 103.

rinnovazione dell'istruzione dibattimentale ma non l'assunzione di prove nuove o sopravvenute o scoperte dopo la sentenza di primo grado, potere che spetta, *in primis*, alle parti e poi, solo a seguito di un'inerzia delle parti, al giudice⁶⁹¹.

La Suprema Corte⁶⁹² si è anche occupata di risolvere il dubbio circa le prove che possono essere assunte dal giudice *ex officio* e, ad oggi, è pacifico ritenere che, in virtù del fatto che l'assunzione officiosa è subordinata ad una valutazione discrezionale del giudice sulla possibilità o meno di decidere allo stato degli atti, lo stesso può assumere sia prove nuove o scoperte dopo l'emanazione della sentenza di primo grado, sia prove precedentemente assunte dinanzi al tribunale⁶⁹³.

Da un punto di vista meramente procedurale, nonostante la chiara formulazione dell'art. 598 che rende applicabili tutte le norme del giudizio di primo grado anche a quello di secondo, la disciplina in esame è stata oggetto di dubbi e ripensamenti.

Innanzitutto, è pacifico che all'udienza di assunzione della rinnovazione istruttoria debbano partecipare il pubblico ministero e i difensori, in caso contrario il giudice deve fissare una nuova udienza. Tuttavia, per ciò che riguarda più nello specifico le modalità di assunzione delle prove, in dottrina e in giurisprudenza si sono contrapposti due orientamenti differenti: secondo un primo indirizzo⁶⁹⁴, non si può applicare la normale disciplina del giudizio di primo grado per l'escussione dei testi anche per quelli sentiti in appello; anche se, pochi mesi dopo⁶⁹⁵, la Corte di cassazione ha ribadito l'esigenza di applicare tutti i principi del sistema accusatorio anche nella fase dell'appello consentendo una *cross-examination* e a seguire il potere del presidente di porre domande.

Invece, la dottrina ha posto una netta separazione tra le prove già acquisite nel corso del procedimento di primo grado e quelle nuove: secondo tale orientamento solo nel secondo caso si segue la disciplina tipica del primo grado⁶⁹⁶.

Nulla questio, inoltre, sul regime delle contestazioni, a cui si applicano le regole previste per il giudizio di primo grado, e neanche per ciò che riguarda il diritto alla controprova⁶⁹⁷, per cui è disposto il diritto che hanno le parti, in caso di acquisizione di prove

⁶⁹¹ S. CIAMPI, *Commento all'art. 603 c.p.p.*, G. SPANGHER, A. GIARDA (A CURA DI), *Codice di procedura penale commentato*, cit., 1655.

⁶⁹² Cass. Pen. Sez. V, 28 dicembre 1995, n. 12591.

⁶⁹³ F. DI LUCIANO, *L'appello penale. Nelle dinamiche giurisprudenziali*, cit., p. 254.

⁶⁹⁴ Cass. Pen. Sez. I, 30 aprile 1992, n. 285, Idda.

⁶⁹⁵ Cass. Pen. Sez. II, 21 settembre 1992, n. 9901, Rottino.

⁶⁹⁶ C. FIORIO, *La prova nel giudizio d'appello*, in *La prova penale*, A. GAITO (a cura di), cit., p. 957.

⁶⁹⁷ Cass. Pen. Sez. VI, 16 aprile 2015, n. 15912.

o documenti nuovi, di presentare la controprova purché non sia vietata dalla legge, manifestamente superflua o irrilevante⁶⁹⁸.

Una deroga alla normale disciplina della rinnovazione probatoria appena descritta si ha nel caso di giudizio abbreviato: infatti, dopo un acceso dibattito sulla possibilità di fare ricorso a questo istituto dato che, con la scelta di ricorrere a questo procedimento speciale, le parti hanno rinunciato al loro diritto alla prova⁶⁹⁹, si è arrivati ad una soluzione univoca. A risolvere i contrasti sono state le Sezioni Unite⁷⁰⁰ stabilendo il principio secondo cui le parti non hanno il diritto di chiedere l'assunzione di prove nuove, attribuendo soltanto al giudice il potere disporre d'ufficio, anche dietro sollecitazione delle parti, sia la riassunzione di tutte quelle prove già acquisite nel corso del giudizio di primo grado e sia le prove nuove, scoperte o sopraggiunte dopo l'emanazione della sentenza di primo grado che siano indispensabili per la decisione finale. La deroga non riguarda soltanto la riduzione dei poteri delle parti, ma anche la perdita dell'obbligo di procedere alla rinnovazione; infatti, l'orientamento maggioritario⁷⁰¹ ritiene che l'omessa rinnovazione non possa essere considerata un vizio della sentenza tanto grave da giustificare un ricorso in cassazione per omessa assunzione di una prova decisiva⁷⁰². Tuttavia, non mancano indirizzi contrapposti che ritengono illegittimo il mancato ricorso alla rinnovazione nel caso in cui si dimostrino, nella motivazione, lacune o manifeste illogicità che si sarebbero potute evitare per mezzo del ricorso all'istituto in esame⁷⁰³.

3. Rinnovazione dell'istruzione dibattimentale e impulso della giurisprudenza sovranazionale: analisi dell'art 603 comma 3 bis c.p.p

Se evidenti problemi e contrasti sono sorti per ciò che riguarda il rapporto tra l'acquisizione della prova e il principio del contraddittorio in generale, problemi maggiori hanno riguardato il caso in cui il soggetto, destinatario di una sentenza di proscioglimento

⁶⁹⁸ R. MAGI, *Commento all'art. 603 c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 2458.

⁶⁹⁹ L. SURACI, *Il sistema delle impugnazioni nel processo penale: tradizione, riforme legislative e giurisprudenza conformativa*, cit., p. 216.

⁷⁰⁰ Cass. Pen. Sez. Un. 13 dicembre 1995, n. 930.

⁷⁰¹ Cass. Pen. Sez. I, 28 gennaio 2014, n. 37588.

⁷⁰² R. MAGI, *Commento all'art. 603 c.p.p.*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 2457.

⁷⁰³ Cass. Pen. Sez. VI, 14 gennaio 2015, n. 1400.

venga, al termine dell'attività istruttoria in appello, condannato sulla base esclusivamente di verbali e di letture di prove assunte in un altro procedimento.

Inoltre, evidenti dubbi si sono riscontrati per ciò che riguarda la violazione del principio di immediatezza, secondo cui il giudice deve decidere sulla base di prove che ha acquisito direttamente, a maggior ragione nel caso in cui venga impugnata una sentenza di assoluzione, in quanto sussiste la possibilità che venga emanata una sentenza di condanna in appello⁷⁰⁴.

In quest'ottica anche la Corte di Strasburgo aveva rilevato, nelle sue pronunce, l'iniquità di una sentenza di condanna emanata dal giudice di appello contro l'imputato precedentemente assolto, sulla base di prove assunte in primo grado, da un giudice diverso rispetto a quello che si trova a decidere, e non soggette ad un nuovo contraddittorio nel nuovo grado di giudizio⁷⁰⁵.

Una prima soluzione si cercò di avere con la c.d. "legge Pecorella" del 2006⁷⁰⁶, che aveva drasticamente abolito la possibilità, sia per il pubblico ministero e sia per l'imputato, di appellare le sentenze di proscioglimento. Decisione, questa, che non risolveva il problema ma che, addirittura, ne faceva sorgere altri soprattutto relativi alle modalità di assunzione delle prove in questo grado di giudizio⁷⁰⁷. Per questo motivo è stata, presto, considerata illegittima dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 26/2007⁷⁰⁸ perché considerata in contrasto con i principi del giusto processo, soprattutto per ciò che riguarda la violazione del principio di parità delle parti, in particolare poichè vieta al pubblico ministero di appellare una sentenza di proscioglimento.

Successivamente, a cercare di risolvere la questione è stata la Corte di Strasburgo che, nelle sue sentenze⁷⁰⁹, ha introdotto delle garanzie volte a tutelare la correttezza e l'equità del processo penale. Nello specifico la Corte Edu ha stabilito il principio secondo cui ogni giudice, prima di emanare una sentenza sia di condanna o di assoluzione, deve

⁷⁰⁴ G. MICHELI, *Il giudizio di appello: riespansione dell'immediatezza e criticità nelle modalità di riassunzione della prova dichiarativa in secondo grado*, cit., p. 689.

⁷⁰⁵ P. DELL'ANNO, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello*, in *La riforma delle impugnazioni penali. Semplificazione, deflazione e restaurazione*, G. RANALDI (a cura di), in *I libri di archivio penale*, 2019, p. 176.

⁷⁰⁶ L. 20 febbraio 2006 n. 46.

⁷⁰⁷ L. AGOSTINO, *Ammissione della prova in appello tra diritto di difesa e parità delle armi*, cit., p. 1325.

⁷⁰⁸ Corte cost., 6 febbraio 2007, n. 26.

⁷⁰⁹ Corte Edu, 26 maggio 1988, Ekbatani c. Svezia; Corte Edu, Sez. II, 18 maggio 2004, Desthem c. Francia.

sentire personalmente i testimoni a cui si fa riferimento per valutarne la loro credibilità, in modo tale da garantire una connessione diretta tra la prova e il giudice.

Tre sono state le sentenze della Corte Edu che hanno posto le basi per la creazione di questo nuovo istituto: la prima è la *Dan c. Moldavia*⁷¹⁰ con cui è stata disposta la violazione dell'art. 6 della CEDU, relativo al giusto processo, nel caso di mancato ricorso alla rinnovazione probatoria e inoltre, è stata stabilita la necessità di creare una connessione diretta fra il giudice e la prova in modo tale da evitare una decisione *in peius* per il reo da parte di un giudice che non ha assunto direttamente la stessa; la seconda, *Hanu c. Romania*⁷¹¹, ha poi ampliato tale dovere disponendo l'obbligo di rinnovazione *ex officio* anche in tutti quei casi in cui non è stata richiesta dalle parti⁷¹².

Infine, con la sentenza *Lorefice c. Italia*⁷¹³, la Corte Edu ha sanzionato l'Italia per aver violato i principi dell'equo processo di cui all'art. 6 della CEDU per non aver rinnovato l'istruttoria dibattimentale nel giudizio penale d'appello.

Questa deroga al principio generale ha, poi, sollevato dubbi che sono arrivati fin dinanzi alla Corte di cassazione a Sezioni Unite che, con tre importanti pronunce, ha confermato le decisioni della Corte di Strasburgo.

In particolare, la prima pronuncia⁷¹⁴ ha confermato l'obbligo di ricorrere alla rinnovazione istruttoria, nel caso di appello del pubblico ministero avverso una sentenza assolutoria, fondata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, e ha ricondotto, la sua inosservanza, a uno dei motivi di ricorso in cassazione relativo al vizio di motivazione di cui alla lett. e) dell'art. 606 c.p.p.; la seconda⁷¹⁵ ha esteso l'ambito di applicazione di questo istituto anche ai casi di svolgimento del processo attraverso il ricorso al giudizio abbreviato; ed, infine, la terza⁷¹⁶ ha escluso l'obbligo di rinnovazione

⁷¹⁰ Corte Edu, 5 luglio 2011.

⁷¹¹ Corte Edu, Sez. III, 4 giugno 2013.

⁷¹² P. DELL'ANNO, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello*, in *La riforma delle impugnazioni penali. Semplificazione, deflazione e restaurazione*, G. RANALDI (a cura di), in *I libri di archivio penale*, 2019, p. 180-181.

⁷¹³ Corte Edu, Sez. I, 29 giugno 2017.

⁷¹⁴ Cass. Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta.

⁷¹⁵ Cass. Sez. un., 14 aprile 2017, n. 18620, Patalano: «Se, nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento emessa all'esito del giudizio abbreviato per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva, il giudice di appello che riforma la sentenza impugnata debba disporre l'esame delle persone che hanno reso tali dichiarazioni».

⁷¹⁶ Cass. Sez. Un., 21 dicembre 2017 – dep. 3 aprile 2018, n.14800.

nel caso di *reformatio in melius* della sentenza di primo grado⁷¹⁷, introducendo però quello, per il giudice, di «offrire una motivazione puntuale e adeguata della sentenza assolutoria, dando una razionale giustificazione della difforme conclusione adottata rispetto a quella del giudice di primo grado⁷¹⁸» e quindi di munirsi della cd. motivazione rafforzata⁷¹⁹. A conferma di ciò, una recente sentenza della Corte d'appello di Napoli ha così disposto: «La rinnovazione del dibattimento è necessaria solo se vi sia una qualche evidenza che possa essere “influyente al fine del ribaltamento della decisione”, poiché, ove la valutazione del giudice appaia del tutto corretta e non censurabile, la conferma della sentenza è possibile de plano⁷²⁰»⁷²¹.

È doveroso aggiungere, allora, una decisione delle Sezioni Unite che, definendo l'ambito di applicazione dell'istituto in esame, ha esteso tale rinnovazione anche alle dichiarazioni del perito e del consulente tecnico⁷²².

Dunque, la Corte ribadisce l'esigenza che anche il secondo grado di giudizio, così come il primo, sia caratterizzato dal rispetto del principio di immediatezza basandosi su uno studio più approfondito di tutte le prove considerate decisive per la decisione emanata in primo grado e garantendo, in ogni situazione, il rispetto dell'obbligo di rinnovazione, anche *ex officio* da parte del giudice, tranne nel caso in cui le parti abbiano esplicitamente rinunciato a tale possibilità⁷²³.

Poi, la riforma Orlando, modificando determinati aspetti del sistema delle impugnazioni, si è concentrata anche su tale punto basandosi sul recupero del principio di immediatezza da cui poi, ha confermato una funzione di controllo di questo grado di giudizio⁷²⁴.

⁷¹⁷ P. DELL'ANNO, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello*, in *La riforma delle impugnazioni penali. Semplificazione, deflazione e restaurazione*, cit., p. 177.

⁷¹⁸ G. CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, in BARGIS, BELLUTA (a cura di), *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, Giappichelli, 2018, p. 55 s.

⁷¹⁹ H. BELLUTA, L. LUPARIA, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale fra legge e giurisprudenza: punti fermi... e non*, in *Sistema penale*, 2019, p. 14.

⁷²⁰ Corte d'appello di Napoli, 30 gennaio 2018, n. 9542.

⁷²¹ M. MONTAGNA, *La rinnovazione obbligatoria della prova in appello: problematiche applicative*, in *Processo penale e Giustizia*, 2018, 6, p. 1.

⁷²² Cass. Sez. Un., 28 gennaio 2019, n. 14426.

⁷²³ S. CIAMPI, *Anamorfosi della rinnovazione istruttoria in appello*, in *Archivio penale* 2022, 2, p.7.

⁷²⁴ A. CAPONE, *La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, p. 7.

Da questo sfondo nasce l'istituto oggi disciplinato al comma 3 *bis* dell'art. 603 del codice di procedura penale che regola i casi di rinnovazione istruttoria nel caso in cui il giudice abbia emanato una sentenza di proscioglimento in primo grado.

Nello specifico, l'istituto in esame conferisce al giudice, nel caso di sentenza di proscioglimento appellata dal pubblico ministero per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il potere di disporre la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale «limitatamente ai soli casi di prove dichiarative assunte in udienza nel corso del giudizio di primo grado⁷²⁵»,⁷²⁶. In quest'ottica, la rinnovazione istruttoria parte da un'iniziativa del giudice che, al ricorrere dei presupposti dell'impossibilità di decidere allo stato degli atti e l'assoluta necessità del mezzo di prova rinnovato, deve necessariamente svolgere essendo considerata «condizione oggettiva di equità della procedura⁷²⁷», con il limite che può acquisire soltanto quelle prove che, ai sensi dell'art. 190 del codice di rito, rispettino la legge, non siano superflue e siano rilevanti. Inoltre, si ritiene insindacabile qualsiasi decisione del giudice di ricorrere alla rinnovazione istruttoria in caso di dubbio su una sentenza di assoluzione già emessa⁷²⁸.

Tuttavia, se sono stati spesi fiumi d'inchiostro sull'argomento e sui presupposti necessari dell'istituto, pochi si sono concentrati sullo studio del concetto di “prova decisiva”, principio che sta alla base dell'ammissione del ricorso alla rinnovazione.

Analizzando gli artt. 507 e 603 è facile intuire come il legislatore non abbia fatto cenno a questo concetto; quindi, ci si è chiesti se esso dovesse considerarsi una nozione di elaborazione giurisprudenziale e se dovesse discendere da una disposizione codicistica⁷²⁹.

Due orientamenti diversi si sono sviluppati: secondo i sostenitori del primo orientamento⁷³⁰, la decisività è qualcosa di più rispetto alla mera rilevanza e una prova può

⁷²⁵ Modifica apportata dalla riforma Cartabia.

⁷²⁶ L. SURACI, *Il sistema delle impugnazioni nel processo penale: tradizione, riforme legislative e giurisprudenza conformativa*, cit., p. 219.

⁷²⁷ S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, 3-4, p. 244.

⁷²⁸ S. CIAMPI, *Anamorfosi della rinnovazione istruttoria in appello*, cit., p.10.

⁷²⁹ M. MERLINO, *Rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale e inammissibilità della richiesta*, cit., p. 12.

⁷³⁰ A. CAPONE, *Brevi note sul concetto di controprova decisiva*, in *Cassazione penale*, 2007, 2, p. 621.

essere considerata decisiva quando risulta indispensabile e capace di rovesciare completamente la decisione, mentre, altri⁷³¹ la concepiscono come una mera utilità, essendo decisiva anche quella prova in grado di contestare, anche solo in parte, la ricostruzione dei fatti posta in essere dalla pubblica accusa.

In giurisprudenza, invece, una sentenza della Corte Edu è stata molto rilevante in quanto ha cercato di definire il concetto di prova decisiva considerandola non come quella idonea a fornire una diversa ricostruzione dei fatti ma come quella che «non è stata determinante nella risposta fornita dal giudice^{732»}⁷³³.

L'istituto si applica anche ai casi di impugnazione di una sentenza di condanna, comunque da parte del pubblico ministero, con l'intento di chiedere una sanzione ancora più severa; tuttavia, la sola sentenza di assoluzione, in determinati casi, non basta essendo necessario che l'atto di appello si concentri su un'erronea valutazione di una prova dichiarativa e che detta presunzione sia motivata⁷³⁴.

Questo aspetto è stato confermato dalla stessa Cassazione a Sezioni Unite che ha delimitato l'ambito di applicazione di tale obbligo di rinnovazione per le sole dichiarazioni specificatamente censurate dal pubblico ministero⁷³⁵.

La *ratio* di tale norma consiste, da un lato, nell'esigenza di assicurare il rispetto dei principi del contraddittorio, di quello di oralità e di quello di immediatezza tutte le volte in cui il giudice sostituisce una decisione, precedentemente adottata, con una meno favorevole al reo e, dall'altro, nell'esigenza di assicurare il rispetto del diritto alla prova da parte dell'imputato che è, quindi, rimesso nelle condizioni di partecipare nuovamente all'esame del teste, porre domande e muovere contestazioni.

È evidente, a questo punto, un contrasto tra i primi tre commi dell'art. 603 e il comma 3 *bis* dato che, anche se in entrambi i casi si parla di una rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, nella pratica i due istituti si basano su presupposti e hanno caratteristiche che sono completamente diverse fra di loro; infatti, l'istituto di cui al comma 3 *bis* non ha lo scopo di riassumere prove già acquisite nel corso del giudizio di primo

⁷³¹ F. R. DINACCI, *L'effettività dei controlli sulla decisione tra vincoli europei e carta dei valori*, in *Cassazione penale*, 2016, 9, p. 3507.

⁷³² Corte Edu, Sez. I, 27 marzo 2014, Matysina c. Russia.

⁷³³ M. MERLINO, *Rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale e inammissibilità della richiesta*, cit., p. 17.

⁷³⁴ A. CAPONE, *La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, p. 7-8.

⁷³⁵ Cass. Sez. Un., 21 dicembre 2017, n. 14800, Troise.

grado, bensì quello di risentire i dichiaranti che sono stati decisivi per l’emanazione della sentenza di assoluzione per valutarne la credibilità⁷³⁶.

Si assiste, quindi, ad una deroga rispetto alla disciplina generale della rinnovazione probatoria di cui ai primi tre commi dell’art. 603 del codice di rito dato che, se nel paragrafo precedente si è parlato di una rinnovazione disposta dal giudice solo a seguito di una valutazione discrezionale sull’impossibilità di decidere allo stato degli atti, l’istituto in esame fa sorgere un obbligo di rinnovazione tutte le volte che ad essere riformata è una sentenza favorevole al reo.

La formulazione di questo nuovo istituto, però, ha lasciato aperti diversi dubbi interpretativi attinenti all’oggetto della rinnovazione; in quest’ottica, la Cassazione⁷³⁷ ha risolto il dubbio ritenendo non necessaria una rinnovazione integrale dell’istruzione, potendo essere limitata esclusivamente a quelle dichiarazioni oggetto di specifica contestazione da parte della pubblica accusa⁷³⁸, senza nessuna differenza relativa alla qualità del dichiarante che può essere un testimone puro, un testimone “assistito”, imputato di un fatto connesso o collegato oppure imputato che abbia reso dichiarazioni in merito alla propria responsabilità⁷³⁹.

Tuttavia, non è precluso il ribaltamento della decisione nel caso in cui la rinnovazione della prova decisiva sia divenuta inammissibile: sul caso si è pronunciata la Corte di cassazione a Sezioni Unite che, con una sentenza del 2022⁷⁴⁰, ha fatto chiarezza sulla possibilità di modificare una sentenza di assoluzione basata su dichiarazioni rese dal teste deceduto.

Nello specifico, il caso riguarda l’assoluzione, in primo grado, di un soggetto imputato di vari reati, tra i quali due omicidi commessi in concorso, contro la quale il pubblico ministero ha proposto ricorso dinanzi alla Corte di assise d’appello che aveva, poi, riformato la sentenza di assoluzione condannando l’imputato, ritenendo credibili le dichiarazioni rese dal teste dichiarato inattendibile dal giudice di primo grado. Successivamente, la questione è giunta dinanzi alla Corte di cassazione che ha annullato con rinvio

⁷³⁶ L. AGOSTINO, *Ammissione della prova in appello tra diritto di difesa e parità delle armi*, cit., p. 1331-1332.

⁷³⁷ Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2017, Troise, n. 14800.

⁷³⁸ M. MONTAGNA, *La rinnovazione obbligatoria della prova in appello: problematiche applicative*, in *Processo penale e Giustizia*, 2018, 6, p. 3.

⁷³⁹ G. DELLA MONICA, *La rinnovazione della prova decisiva dinanzi al giudice deputato a definire il giudizio*, in *Processo penale e Giustizia*, 2017, 1, p. 3.

⁷⁴⁰ Cass. Pen. Sez. Un., 30 marzo 2022, n. 11586.

la sentenza di condanna in quanto basata sulla mera rilettura delle dichiarazioni fornite in primo grado senza aver disposto un'adeguata rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale. Tuttavia, nel periodo di tempo intercorso tra il primo grado di giudizio e il secondo il dichiarante è deceduto, per cui il problema che si è posto è relativo alla modalità di valutazione dell'attendibilità di una dichiarazione fornita da un teste ormai deceduto⁷⁴¹. Sul punto si è concentrata la stessa Corte che, partendo da un'analisi sull'inutilizzabilità dei mezzi di prova in giudizio, ha affermato il principio secondo cui la riforma della sentenza di assoluzione non può essere preclusa nel caso di improvviso decesso del dichiarante, ribaltando l'idea, fortemente sostenuta nella sentenza Dasgupta, secondo cui anche in caso di impossibilità di rinnovazione della prova in appello per irreperibilità, infermità o decesso del dichiarante non è consentito il ribaltamento della decisione in appello.

Ad avviso della Corte, negare la possibilità di riformare la decisione di primo grado nel caso di rinnovazione impossibile comporterebbe la creazione di una vera e propria regola di esclusione probatoria di cui però non si fa cenno nel codice di procedura penale e per tale non ammissibile⁷⁴².

All'*uopo*, pur ammettendo tale rinnovazione anche in questo caso, la Corte ha conferito maggiori oneri al giudice che deve fornire una motivazione rafforzata che si basi su elementi nuovi e più specifici, acquisiti dal giudice anche attraverso i poteri attribuitogli dal comma 3 dell'art. 603 c.p.p., idonei a compensare il sacrificio del contraddittorio⁷⁴³.

Per ciò che riguarda, invece, le modalità dell'esame e del controesame, risultano non applicabili le disposizioni di cui all'art. 498⁷⁴⁴ del codice di rito sull'esame diretto del testimone e il controesame nel primo grado di giudizio poiché i presupposti che stanno alla base dei due esami sono differenti. In appello il testimone è già a conoscenza degli atti e dei documenti ottenuti in primo grado per cui l'escussione del teste non avviene mai seguendo un protocollo statico ma le domande cambiano in base alle risposte del teste in

⁷⁴¹ P. DELL'ANNO, *Ancora una pronuncia delle Sezioni Unite su "prima condanna in appello": obbligo di rinnovazione e prova non più ripetibile*, in *dirittifondamentali.it*, 2023, 1, p. 167-168.

⁷⁴² R. A. RUGGIERO, *Condanna in appello e rinnovazione impossibile*, in *Cassazione penale*, 2022, 6, p. 5 e ss.

⁷⁴³ Cass. Pen. Sez. Un., 30 marzo 2022, n. 11586.

⁷⁴⁴ Art. 498 c.p.p.: «Le domande sono rivolte direttamente dal pubblico ministero o dal difensore che ha chiesto l'esame del testimone. Successivamente altre domande possono essere rivolte dalle parti che non hanno chiesto l'esame, secondo l'ordine indicato nell'articolo 496. Chi ha chiesto l'esame può proporre nuove domande.

[...].».

modo tale da rendere autonomo il giudice nello svolgimento dell'audizione del dichiarante volto ad ottenere informazioni nuove⁷⁴⁵. Tuttavia, non è mancato chi⁷⁴⁶ riteneva applicabile le norme proprie del giudizio di primo grado anche in appello; fino all'avvento di un terzo indirizzo che distingueva tra prove nuove e prove da riassumere: nel primo caso si applica la disciplina del giudizio di primo grado, mentre nel secondo verrà fatta un'escussione "a sorpresa" dal giudice.

Quindi, più che un esame volto ad accertare la credibilità del teste sembra essere un esame *ex novo* volto ad ottenere informazioni nuove rispetto a quelle ottenute dal giudice nel giudizio di primo grado conferendo al pubblico ministero e al giudice il potere di porre domande⁷⁴⁷.

L'istituto conferisce il divieto, per il giudice d'appello, di riformare la sentenza impugnata favorevole al reo senza aver proceduto, anche d'ufficio, alla rinnovazione dibattimentale e nello specifico senza aver sentito i testimoni che hanno reso le dichiarazioni considerate, poi, essenziali per la decisione finale⁷⁴⁸.

Un problema che la riforma Orlando non è riuscita a risolvere ha riguardato la posizione e il ruolo del giudice in relazione a tale istituto, e quindi la possibilità per lo stesso di esercitare poteri officiosi anche in questo caso. La tesi maggioritaria, ad oggi, opta per una risposta affermativa e quindi per un'interpretazione estensiva del comma 3 dell'art. 603 del codice di rito. Tuttavia, se da un lato il potere dell'organo giudicante viene ampliato fino a conferirgli poteri officiosi, dall'altro viene ristretto nel momento in cui vieta la possibilità che lo stesso possa riformare *in peius* una sentenza di assoluzione senza una richiesta specificatamente motivata del pubblico ministero⁷⁴⁹.

Tuttavia, se è pacifico che è obbligatorio ricorrere all'esame dei testimoni nel caso di sentenza di assoluzione impugnata dal pubblico ministero, molti dubbi ha fatto sorgere la situazione opposta. Ci si è chiesti, quindi, se, nel caso in cui venga impugnata una sentenza di condanna da parte dell'imputato per motivi riguardanti la credibilità della testimonianza assunta in primo grado, il giudice d'appello abbia l'obbligo di riaprire il

⁷⁴⁵ G. MICHELI, *Il giudizio di appello: riespansione dell'immediatezza e criticità nelle modalità di riassunzione della prova dichiarativa in secondo grado*, cit., p. 698.

⁷⁴⁶ M. MENNA, *Il giudizio d'appello*, Napoli, 1995, p. 308.

⁷⁴⁷ G. MICHELI, *Il giudizio di appello: riespansione dell'immediatezza e criticità nelle modalità di riassunzione della prova dichiarativa in secondo grado*, cit., p. 700.

⁷⁴⁸ R. MAGI, *Commento all'art. 603*, in S. BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 2458.

⁷⁴⁹ A. CAPONE, *La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, p. 12.

dibattimento e disporre la rinnovazione del teste o possa prosciogliere senza nessuna preclusione?

In proposito, *in primis* le Sezioni Unite del 2014⁷⁵⁰ hanno ritenuto sussistente tale obbligo anche nel caso di *reformatio in melius* proprio perché un contatto diretto tra il giudice e la fonte porterebbe, in ogni caso, ad una decisione equa; tuttavia, una tesi minoritaria⁷⁵¹, sostenuta in dottrina, ritiene non sussistente l'obbligo di rinnovazione in capo al giudice nel caso di riforma di una sentenza di condanna in assoluzione⁷⁵². Invero tale indirizzo, anche se in origine poco condiviso, è stato tanto incisivo da chiamare nuovamente in causa le Sezioni Unite, che, con una sentenza di pochi anni dopo⁷⁵³, hanno imposto una preferenza della presunzione di innocenza sul principio di immediatezza: per cui il giudice può sostituire una sentenza di condanna con una di assoluzione senza ricorrere alla riassunzione dei testi. La rinnovazione è comunque possibile ma è soggetta a una valutazione discrezionale da parte del giudice non avendo imposto, il legislatore, nessun obbligo in tal senso. L'unica prescrizione imposta al giudice è quella di fornire un'adeguata motivazione sulle ragioni che hanno portato al radicale cambiamento della precedente pronuncia⁷⁵⁴.

Dubbi si sono posti anche per ciò che riguarda la possibilità di fare ricorso all'istituto della rinnovazione istruttoria anche nei casi di *reformatio in peius* solo parziale e non totale, intendendo per tali i casi in cui il giudice d'appello sostituisca una sentenza di assoluzione con una di proscioglimento per motivi estranei all'innocenza del reo⁷⁵⁵.

Del caso si è occupata la Sezione II della Corte di cassazione che, confermando il ricorso alla rinnovazione anche nel caso di modifica parziale, così scrive: «Anche nel caso in cui non si abbia una riforma “radicale” della sentenza di primo grado, allorché il giudice di appello ritenga di pervenire a conclusioni diverse è necessaria una motivazione rafforzata; e se tale riforma si fonda su una diversa interpretazione di prove dichiarative

⁷⁵⁰ Cass. Pen. Sez. II, 24 aprile 2014, n. 32619.

⁷⁵¹ B. BERARDI, *Rinnovazione della prova dichiarativa in appello*, in *Archivio penale*, 2014, 3, p. 6.

⁷⁵² S. CIAMPI, *Anamorfofi della rinnovazione istruttoria in appello*, cit., p. 20.

⁷⁵³ Cass. Sez. Un., 21 dicembre 2017, n. 14800

⁷⁵⁴ V. AIUTI, *Appello della condanna e rinnovazione istruttoria*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 5, p. 37 ss.

⁷⁵⁵ P. DELL'ANNO, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello*, in *La riforma delle impugnazioni penali. Semplificazione, deflazione e restaurazione*, cit., p. 190.

è necessaria la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale affinché tali prove le assuma direttamente il giudice che intende riformare la sentenza impugnata⁷⁵⁶».

Un altro aspetto da analizzare riguardante l'istituto in esame concerne la violazione del principio di parità di trattamento; infatti, analizzando i due istituti di rinnovazione spiegati negli ultimi due paragrafi, è facile intendere come nel caso di impugnazione di una sentenza di condanna le parti possono chiedere la rinnovazione ma questa è, comunque, sottoposta alla discrezionalità del giudice, invece, nel caso di appello di una sentenza di assoluzione da parte del p.m., il giudice ha proprio un obbligo di rinnovare i testi di cui se ne dubita l'attendibilità.

La Corte si è mostrata incline a risolvere questo problema stabilendo, nella sentenza Troise precedentemente enunciata, una serie di prescrizioni che dovrebbero limitare l'attività del giudice nel caso di rinnovazione obbligatoria.

All'*uopo* è stato disposto l'obbligo, per il pubblico ministero, di motivare adeguatamente l'atto di appello indicando, nello specifico, gli eventuali errori di valutazione commessi dal giudice di primo grado e ha subordinato la rinnovazione ad un giudizio di assoluta necessità del giudice⁷⁵⁷; inoltre, per garantire il rispetto del diritto di difesa, ha conferito alle parti la facoltà di presentare la prova contraria⁷⁵⁸.

Infine, quest'istituto è stato, recentemente, oggetto delle modifiche introdotte dalla riforma Cartabia volta a superare l'interpretazione che ne avevano dato le Sezioni Unite soprattutto per ciò che riguarda l'applicazione della rinnovazione istruttoria nell'ambito del giudizio abbreviato⁷⁵⁹.

Si parte dall'assunto secondo cui il giudizio abbreviato, per le sue caratteristiche, limita il diritto alla prova delle parti, considerando acquisibili in udienza soltanto quelle che hanno il requisito dell'assoluta necessità e non quelle meramente utili o rilevanti⁷⁶⁰.

Tuttavia, questo problema viene superato, negli anni, a seguito delle pronunce sia dalle Sezioni Unite Patalano e sia Troise, che ampliano l'ambito di applicazione della

⁷⁵⁶ Cass. Pen. Sez. II, 8 maggio - 17 maggio 2017, n. 24470.

⁷⁵⁷ A. CAPONE, *La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, p. 10-11.

⁷⁵⁸ L. AGOSTINO, *Ammissione della prova in appello tra diritto di difesa e parità delle armi*, cit., p. 1331-1334.

⁷⁵⁹ L. PALMIERI, *La nuova rinnovazione dibattimentale nel giudizio d'appello alla luce della Riforma Cartabia*, in *Rivista penale diritto e procedura*, 2022, p. 3.

⁷⁶⁰ R. RADÌ, *Il perimetro della rinnovazione istruttoria in appello in caso di giudizio abbreviato*, in *Diritto processuale penale*, 2022, p. 2.

norma ricomprendendo anche i casi di sentenze di assoluzione emanate a seguito di un giudizio di primo grado svolto mediante il rito abbreviato. Ciononostante, il legislatore non sembra aver condiviso tale impostazione dato che la L. 27 settembre 2021, n. 134, che ha posto le basi per la c.d. riforma Cartabia, ha modificato tale aspetto, infatti, prevenendo la rinnovazione istruttoria soltanto per quelle prove acquisite durante il dibattimento di primo grado, o in sede di integrazione probatoria nel giudizio abbreviato. Negli altri casi, avendo, le parti rinunciato a tale possibilità scegliendo di continuare il processo evitando la fase dibattimentale, sarebbe irragionevole ammettere l'assunzione dei testi in appello se è stata negata in primo grado⁷⁶¹.

Infine, oltre alle regole generali sull'istituto della rinnovazione probatoria, il legislatore ha introdotto una disciplina più specifica nel caso di rinnovazione di particolari mezzi di prova.

Tra questi un ruolo importante è stato attribuito alla perizia, in quanto, anche se la regola per la sua acquisizione è la medesima della testimonianza ci si è posto il dubbio se effettivamente il giudice potesse criticare l'attendibilità delle informazioni fornite da un esperto nel corso del giudizio di primo grado. La disciplina che si è venuta a creare distingue a seconda che si parli di conoscenze già acquisite scientificamente o di conoscenze ancora controverse: nel primo caso ciò che viene criticata non è né l'attendibilità e né la veridicità delle informazioni delle informazioni, ma l'uso che il giudice di primo grado ne fa in relazione al caso concreto; nel secondo caso, invece, nel caso di conflitto tra gli esperti, si può dubitare delle informazioni fornite dal consulente nominato in primo grado attraverso la nomina di un nuovo perito d'ufficio che cerchi di risolvere i dubbi creatisi in contraddittorio tra le parti⁷⁶².

È evidente, quindi, come il ruolo del giudice sia un ruolo attivo non solo durante il primo grado di giudizio, ma anche in appello, nel cui ambito viene consentito allo stesso il potere di assumere *ex officio* mezzi di prova, nuovi o già acquisiti in primo grado, e che risultano necessari per una decisione giusta ed equa, nel caso in cui il giudice non sia nelle condizioni di decidere allo stato degli atti. In più, un potere ancora più decisivo viene attribuito dal comma 3 *bis* dato che la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale,

⁷⁶¹ A. MUSCELLA, *Rinnovazione obbligatoria dell'istruzione dibattimentale in appello e giudizio abbreviato: prassi giudiziaria, imperativi europei e prospettive di riforma*, in *Archivio penale*, 2021, 3, p. 11.

⁷⁶² V. AIUTI, *Contributo allo studio dell'appello penale: tra principio di immediatezza e doppio grado di giurisdizione*, Giappichelli, 2023, p. 393 ss.

disposta autonomamente dal giudice, non è sottoposta al suo vaglio discrezionale ma è obbligatoria in virtù di una tutela del principio del *favor rei*.

Si può, addirittura, parlare di un funzione suppletiva del giudice, avendo questo il potere sia di disporre d'ufficio la rinnovazione delle prove assunte in primo grado qualora le parti abbiano rivolto critiche senza chiedere, però, la rinnovazione; di intervenire quando, una volta disposta l'istruttoria, sopravvengono contrasti con altre dichiarazioni, non precedentemente analizzate, poiché conseguenza di quelle rinnovate; e l'obbligo di riconoscere il diritto alla prova contraria in relazione alla prova rinnovata⁷⁶³.

⁷⁶³ V. AIUTI, *Contributo allo studio dell'appello penale: tra principio di immediatezza e doppio grado di giurisdizione*, cit., p. 403.

CONCLUSIONI

Dal lavoro di tesi e dalle analisi effettuate è emerso come il ruolo del giudice sia stato oggetto di discussione sin dagli albori del precedente codice di procedura penale, all'interno del quale non si rinveniva alcun tipo di distinzione tra l'organo giudicante e quello inquirente tant'è che i due svolgevano le medesime funzioni.

È stato ricostruito, quindi, il ruolo del giudice dal 1930 ad oggi, sottoposto alle varie modifiche legislative che, a seguito del passaggio dal sistema inquisitorio a quello accusatorio, ha visto una modifica radicale delle sue facoltà.

Si è assistito ad una netta separazione dei poteri fra quelli delle parti e quelli dell'organo giudicante, essendo le prime titolari di un'attività di indagine e il secondo di un potere esclusivamente decisionale.

Tuttavia, è stato adeguatamente esaminato il tentativo del legislatore di ridurre il divario formatosi tra le parti in giudizio conferendo al giudice, in determinate situazioni e al ricorrere di specifiche circostanze, determinati poteri istruttori volti ad ammettere l'assunzione officiosa di nuove prove in giudizio derogando al principio dispositivo, linea guida di tutto il processo penale.

Invero, il filo conduttore di tutto questo elaborato ha riguardato il rispetto di questi nuovi poteri in relazione ai principi cardine del giusto processo sanciti sia a livello nazionale e sia a livello sovranazionale: l'attività istruttoria del giudice volta ad acquisire nuove prove, personalmente ottenute, in giudizio potrebbe comportare la perdita dei requisiti di imparzialità e terzietà che caratterizzano questo ruolo?

Come si evince da quest'analisi, i più illustri esponenti della dottrina e molte decisioni della Suprema Corte si sono concentrate sul tema cercando di dare un'interpretazione, alle norme che dispongono questi poteri, più conforme possibile ai principi del giusto processo. In più, anche il legislatore, nell'emanare le disposizioni che oggi costituiscono la base del nostro sistema processuale penale, ha tenuto presente la necessità di salvaguardare, da un lato, i principi del giusto processo e, dall'altro, di tutelare l'esigenza di garantire lo svolgimento di un processo giusto che, se si basasse soltanto sulle prove addotte solo dalle parti, potrebbe sfociare in un accertamento di una verità solo parziale e quindi di quella più favorevole all'una o all'altra parte.

Per questo l'attività del giudice è stata limitata dalla sussistenza di particolari condizioni al ricorrere delle quali lo stesso può svolgere la sua attività istruttoria, condizioni

che, si è visto, essere diverse da caso a caso ma facenti parte di uno stesso nucleo tematico: assoluta necessità del mezzo di prova che si vuole acquisire.

Ma non solo, proprio per evitare una sproporzionata violazione del principio dispositivo è anche stata limitata l'attività del giudice ad un intervento meramente integrativo, e non suppletivo, dell'attività delle parti basandosi, quindi, su «itinerari gnoseologici seguiti dalle stesse» come affermato da illustri esponenti della dottrina⁷⁶⁴.

È in questo contesto, quindi, che più si rende chiaro questo bilanciamento fra i principi in esame; infatti, il giudice può derogare, anche se solo parzialmente, al principio dispositivo soltanto quando ne risulta assolutamente necessario in quanto trovandosi nell'impossibilità di decidere allo stato degli atti in modo tale da garantire il più possibile l'imparzialità e la terzietà dello stesso.

All'*uopo* da uno studio più approfondito del tema è emerso come i poteri istruttori del giudice non comportano una collisione esclusivamente con quelli del giusto processo, ma anche con altre garanzie dell'imputato disciplinate già nello stesso codice di procedura penale: un esempio è la presunzione di innocenza.

A tal proposito è stato adeguatamente analizzato l'art. 530 del codice di rito che dispone l'obbligo, per il giudice, di emanare una sentenza di non luogo a procedere nel caso in cui risulti insufficiente o contraddittoria la prova sulla sussistenza del fatto o sulla colpevolezza dell'imputato, per cui la domanda che risulta spontanea è: “è legittimo il potere del giudice di acquisire prove *ex officio* in presenza di un quadro probatorio abbastanza lacunoso visto il principio della presunzione di innocenza?”

A dire il vero, anche se la domanda è lecita, la risposta è risultata essere negativa in quanto l'integrazione probatoria si basa su presupposti diversi rispetto all'obbligo di emanare una sentenza assolutoria: infatti, nel primo caso l'incompletezza istruttoria deriva da un'inerzia delle parti, mentre nel secondo caso da un quadro probatorio che è di per sé scarno in quanto, a seguito di adeguate ricerche, risultano non sussistenti prove in grado di accertare la responsabilità dell'imputato; e, in questo primo caso, risulta evidente la prevalenza della tutela dell'equità del processo rispetto all'esigenza di garantire il principio dispositivo in tutte le fasi del processo.

⁷⁶⁴ F. GIUNCHEDI, *I poteri istruttori del giudice*, cit., p. 19.

Da quest'analisi ne deriva il fatto che il processo penale è caratterizzato da una serie di principi e obblighi che devono necessariamente essere rispettati per garantire il buon funzionamento dello stesso; tuttavia, ogni processo ha una storia a sé, con specifiche esigenze e determinate caratteristiche che ha portato, nel tempo, il legislatore a limare questi principi attraverso l'introduzione di nuovi talvolta anche in contrasto fra di loro. In quest'ambito, è, quindi, fondamentale sia il ruolo del legislatore, volto a limitare l'attività delle parti in giudizio in modo tale da garantire un corretto bilanciamento fra tutti gli interessi in gioco, e quello delle Corti, interpreti della legge, chiamati a fungere da ausilio per questa complessa attività.

Si può affermare che, ad oggi, l'obiettivo che dottrina e giurisprudenza si erano posti sulle modalità attraverso cui far vivere tutti questi principi, spesso contrastanti, in un unico sistema processuale, possa dirsi raggiunto con successo dato che, seppur con qualche prima perplessità, l'istituto dell'integrazione probatoria fornisce soltanto un *plus* al processo penale rimanendo comunque fedele ai principi precedentemente esposti talmente rilevanti da non potere ammettere una loro compromissione.

Bibliografia

Dottrina

- ADORNO, *Ammissione della prova in dibattimento*, Giappichelli, 2012.
- AGOSTINO, *Ammissione della prova in appello tra diritto di difesa e parità delle armi*, in *Rivista brasiliana di diritto processuale penale*, 2021.
- AIUTI, *Contributo allo studio dell'appello penale: tra principio di immediatezza e doppio grado di giurisdizione*, Giappichelli, 2023.
- AIUTI, *Appello della condanna e rinnovazione istruttoria*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 5.
- ALONZI, *Le attività del giudice nelle indagini preliminari. Tra giurisdizione e controllo giudiziale*, CEDAM, 2011.
- AMODIO, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Casazione penale*, 2003, 4.
- APRILE – SASO, *L'udienza preliminare*, Giuffrè, 2005.
- APRILE – SILVESTRI, *Le indagini preliminari e l'archiviazione*, Giuffrè, 2011.
- APRILE - SILVESTRI, *Strumenti per la formazione della prova penale*, Giuffrè, 2009.
- APRILE – SASO - GUGLIELMO, *L'udienza preliminare*, Giuffrè, 2005.
- ASSOCIAZIONE TRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE, *Il contraddittorio tra costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè, 2002.
- ASSOCIAZIONE TRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE, *Le impugnazioni penali: evoluzione o involuzione? Controlli di merito e controlli di legittimità*, Giuffrè, 2008.
- BARGIS - BELLUTA (a cura di), *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, Giappichelli, 2018.
- BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, Jovene, 1990.
- BARONE, *Poteri del giudice nella fase dibattimentale: ritorno al rito inquisitorio o semplicemente ricerca della verità?*, in *Archivio penale* 2014.
- BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Giappichelli, 2006.

- BELLUTA - LUPARIA, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale fra legge e giurisprudenza: punti fermi... e non*, in *Sistema penale*, 2019.
- BELTRANI, *Codice di procedura penale commentato*, Giuffrè, 2023.
- BERARDI, *Rinnovazione della prova dichiarativa in appello*, in *Archivio penale*, 2014, 3.
- BETZU – CHELO, *No more Bajrami? Dubbi di incostituzionalità sul diritto transitorio relativo al nuovo art. 495, comma 4 ter, c.p.p.*, in *Rivista penale diritto e procedura*, 2023.
- BOSCHI, *Il giudice tra il ruolo dell'inquisitore e quello del garante*, vol. III, parte quinta: monografie e varietà, 1988.
- BRACCIALI, *La dottrina sull'art 507 c.p.p.*, in *Archivio penale*, 2014.
- BRICCHETTI – CANZIO – MARANDOLA, *Le impugnazioni penali*, Giuffrè, 2019.
- BRIGANTI, *Poteri di integrazione nell'udienza preliminare ex art. 422 c.p.p.*, in *Archivio penale*, 2014.
- BRONZO, *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*, CEDAM, 2017.
- BUSETTO, *Nuova regola di giudizio e integrazioni conoscitive del giudice dell'udienza preliminare: qualche spunto di riflessione*, in *Archivio penale* 2023, 1.
- BUZZELLI – CASIRAGHI – CASSIBBA – UBERTIS – ZACCHÉ, *Sistema di procedura penale*, Giuffrè, 2023, vol II.
- BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, in UBERTIS e VOENA, *Trattato di procedura penale*, Giuffrè, 2000.
- CAMON – DANIELE – NEGRI – CESARI – DI BITONTO – PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer e CEDAM, 2023.
- CANESCHI, *L'imparzialità del giudice nel prisma della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e le ricadute sull'ordinamento interno*, in *Archivio penale* 2022, 2.
- CAPONE, *Brevi note sul concetto di controprova decisiva*, in *Cassazione penale*, 2007, 2.

- CAPONE, *Iura novit curia. Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, CEDAM, 2010.
- CAPONE, *La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018.
- CARACENI, *Giudice dell'udienza preliminare e i nuovi poteri istruttori*, in *Il foro italico*, vol. 124, 10, 2001.
- CARACENI, *Istruzione dibattimentale e poteri del giudice sulla prova*, Giuffrè, giurisprudenza di merito, 2009, 2.
- CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice*, Giuffrè editore, 2007.
- CARLI, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale. Accusa e difesa nella ricerca e predisposizione della prova penale*. Giuffrè, 2005.
- CARPINTIERI, *Poteri istruttori del presidente*, in *Archivio penale* 2014.
- CASSIBBA, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, in *Trattato di procedura penale*, (diretto da) UBERTIS e VOENA, Giuffrè, 2007.
- CECCHETTI, *La riforma dell'art 111 Cost.: tra fonti preesistenti, modifica della Costituzione, diritto intertemporale ed esigenze di adeguamento della legislazione ordinario*.
- CENTAMORE, *Interesse ad impugnare, revoca di misura cautelare interdittiva ed "interesse al contraddittorio" nel processo agli enti*, in *Giurisprudenza penale*, 2019, 3.
- CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Vol. I-X, UTET, 1989.
- CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, UTET, 2017.
- CHIAVARIO – MARZADURI, *Giudizio ordinario*, UTET, 1999.
- CHIAVARIO – MARZADURI, *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, UTET, 1999.
- CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, vol. II, Giuffrè, 1984.
- CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 2005.
- CHINNICI, *Verso il "giusto processo" d'appello: se non ora quando?*, *Archivio penale*, 2012, 3.

- CIAMPI, *Anamorfosi della rinnovazione istruttoria in appello*, in *Archivio penale* 2022, 2.
- CIAMPI, *Sull'appello incidentale quale prerogativa dell'imputato*, in *Archivio penale*, 2021, 1.
- COMMISSIONE DI STUDIO "C.T.U. CIVILI E PENALI" (a cura di), *La perizia e la consulenza tecnica nel processo penale*, 2024.
- CONSO – GREVI – BARGIS - GASTALDO, *procedura penale*, Wolters Kluwer, CEDAM, 2023.
- CONSO – GREVI, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, CEDAM, 1993.
- CONTI, *La preclusione nel processo penale*, Giuffrè, 2014.
- CORDERO, *Commento al codice di procedura penale*, UTET, 1990.
- CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012.
- CORSO, *Codice di procedura penale commentato*, la tribuna, 2023.
- CORSO – DOMINIONI – GAITO – SPANGHER – GALANTINI – FILIPPI – GARUTI – MAZZA – VARRASO – VIGONI, *Procedura penale*, Giappichelli, VII edizione, 2021.
- CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, *Guida sull'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Diritto ad un processo equo (profilo penale)*, 2022.
- CUOMO – SCIOLI, *L'incidente probatorio*, Giappichelli, 2007.
- D'INNOCENZI, *Art 507 c.p.p.: giurisprudenza e conclusioni*, in *Archivio penale* 2014.
- DALFINO, *L'appello, garanzia di giustizia*, in *Questione giustizia*, 2015, 4.
- DALIA, *Studi di diritto processuale penale*, Giappichelli, 2005.
- DALIA - FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Wolters Kluwer e CEDAM, 2018.
- DANIELE, *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, Giappichelli, 2005.
- DEAN (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo*, Giappichelli, 2007.
- DEAN, *I principi costituzionali di terzietà e imparzialità del giudice nella sistematica del processo penale*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, (a cura di) CERQUETTI – FIORIO, Padova, 2003.

- DEAN, *Il difficile equilibrio tra parti e giudice nell'assunzione della prova dibattimentale mediante l'esame*, articolo penale 2012, 1.
- DE CARO, *L'integrazione investigativa e probatoria nell'udienza preliminare*, capitolo XI del libro "*Le recenti modifiche al codice di procedura penale, commento alla Legge 16 dicembre 1999, n. 479 (c.d. Legge Carotti.*", (a cura di) KALB, volume I, Giuffrè, 2000.
- DE ROBBIO, *Il contraddittorio, poteri e opportunità della difesa nel procedimento penale*, Giuffrè, 2018.
- DEL GIUDICE, *La costituzione esplicita*, Simone, 2008.
- DELL'ANNO, *Ancora una pronuncia delle Sezioni Unite su "prima condanna in appello": obbligo di rinnovazione e prova non più ripetibile*, in *dirittifondamentali.it*, 2023, 1.
- DELLA MONICA, *La rinnovazione della prova decisiva dinanzi al giudice deputato a definire il giudizio*, in *Processo penale e Giustizia*, 2017, 1.
- DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Giappichelli, 2004.
- DI CHIARA, *L'incompatibilità endoprocedimentale del giudice*, Giappichelli, 2000.
- DI LUCIANO, *L'appello penale. Nelle dinamiche giurisprudenziali*, Giappichelli, 2009.
- DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento "presupposto" del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, in *Archivio penale*, 2017 n.3.
- DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, CEDAM, 2003.
- DINACCI, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di rinvio*, in *Cassazione penale*, 2007.
- DINACCI, *L'effettività dei controlli sulla decisione tra vincoli europei e carta dei valori*, in *Cassazione penale*, 2016, 9.
- DINACCI (a cura di), *Processo penale e costituzione*, Giuffrè, 2010.
- DINACCI, *Regole di giudizio (Dir. Proc. pen.)*, in *Archivio penale* 2013, 3.
- DOMINIONI, *Giudice e parti nell'udienza preliminare*, capitolo da pag. 74 a 84 del libro "*L'udienza preliminare: atti del convegno presso l'università di Urbino: 20-22 settembre 1991*", Giuffrè, 1992.

- FERRAJOLI, *I valori del doppio grado di giudizio e della nomofiliachia*, in *Democrazia e diritto*, 1992.
- FERRI, *Iniziativa delle parti e poteri probatori del giudice*, in *Archivio penale*, 2014.
- FERRUA, *Il giusto processo*, Zanichelli, 2012.
- FERRUA, *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 2005.
- FERRUA, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, in *Questione giustizia*, 2017, 1.
- FIORUCCI, *La soddisfacente applicazione dell'immediatezza: un'inarrestabile ricerca*, in *Diritto penale e processo*, 8, 2023.
- FRANCESCHINI, *I diritti umani e lo stato della civiltà Articolo 10. Per una vera giustizia*, articolo in “*Linee guida per l’attuazione dei diritti umani*”, 2018.
- GAETA, *Principi costituzionali in materia penale (diritto processuale penale)*, quaderno predisposto in occasione dell’incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, 2011.
- GAITO, *Il giusto processo*, Wolters Kluwer, 2022.
- GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, in *Archivio penale*, 2011, 3.
- GAITO, *La prova penale*, vol. I, II, III, UTET giuridica, 2008.
- GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, UTET, 2006.
- GALANTINI, *Il divieto di domande suggestive e nocive è imposto anche al giudice*, in *Sistema penale*, 2020.
- GAROFOLI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Giuffrè, 2006.
- GARUTI, *L’udienza preliminare, preparazione e svolgimento*, in “*Indagini preliminari ed instaurazione del processo*”, (a cura di) MARZADURI, UTET, 1999.
- GIORDANO, *Ammissione di nuove prove e sindacato sull’attività del giudice*, in *Diritto penale e processo*, 2006, 8.
- GIORDANO, *Le indagini preliminari: poteri e limiti del pubblico ministero e della polizia giudiziaria*, CEDAM, 2006.
- GIUNCHEDI, *I poteri istruttori del giudice*, in *Archivio penale*, 2014, 2.
- GRILLI, *Il dibattimento penale. Guida pratica*, Giuffrè, 2019.
- GRILLI, *L’appello nel processo penale*, CEDAM, 2001.
- GRILLI, *La procedura penale. Guida pratica*, vol. I e II, CEDAM, 2009.

- IANDOLO, *La prova nel giudizio d'appello*, Giappichelli, 2018.
- ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova*, pag. da 73 a 158 del libro "prova nel dibattimento penale", Giappichelli, 2007.
- ILLUMINATI – GIULIANI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, CEDAM, 2021.
- ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, in *Il foro italico*, 1988.
- ILLUMINATI, *Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario*, in *Rivista di diritto processuale penale*, vol. 4, 2018, 2.
- KOSTORIS, *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, Giappichelli, 2005.
- LABINI, *La riforma Orlando e la specificità dei motivi di appello: prime riflessioni*, in *Giurisprudenza penale*, 2018, 2.
- LATTANZI, *Codice di procedura penale annotato con la giurisprudenza*, Giuffrè, 2022.
- LATTANZI – LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*. Giuffrè, Vol II, 2020.
- LEOPIZZI, *Le indagini preliminari. I soggetti. Le tecniche investigative. I riflessi cautelari e transnazionali. Le prospettive dibattimentali. L'archiviazione e l'esercizio dell'azione penale*, Giuffrè, 2017.
- LONATI, *Processo penale e rimedi alle violazioni delle garanzie europee*, CEDAM e Wolters Kluwer, 2022.
- LONATI, *Richiesta per l'esecuzione delle sentenze di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo: il nuovo art. 628 bis c.p.p.*, in *Sistema penale*, 2023.
- LUFFARELLI, *L'integrazione investigativa dell'udienza preliminare: ex art 421-bis c.p.p.*, in *Archivio penale*, 2014.
- MACCHIA, *L'assetto del giudizio d'appello alla luce delle recenti riforme*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 11.
- MAFFEO, *Il procedimento probatorio nel processo penale*, in edizioni scientifiche italiane.
- MAGGIO, *Dibattiti tra norme e prassi. I poteri istruttori del giudice*, in *Processo e giustizia penale*, 2015, 6.

- MANCUSO, *Il regime probatorio dibattimentale*, in *Trattato di procedura penale*, (diretto da) UBERTIS E VOENA, Giuffrè, 2017.
- MANI, *Tra diritto alla prova e principio di legalità: giudizio abbreviato e rinnovazione istruttoria in appello*, in *Archivio penale* 2013, 2.
- MARANDOLA, *Riforma Cartabia: mutamento del giudice e rinnovazione dell'istruzione probatoria, tutto cambia e nulla cambia?*, in *Sistema penale*, 2023.
- MARINO, *Il giudizio d'appello*, dizioni scientifiche italiane, 1995.
- MARZADURI, *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari*, in *Sistema penale*, 2022, 5.
- MASSA, *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale*, Giuffrè, 1969.
- MAZZARA, *La rinnovazione del dibattimento in appello* (a cura di) FIORIO, CEDAM, 1995.
- MENNA, *Il giudizio d'appello*, Napoli, 1995.
- MERLINO, *Rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale e inammissibilità della richiesta*, in *Archivio penale*, 2019, 1.
- MICHELI, *Il giudizio di appello: riespansione dell'immediatezza e criticità nelle modalità di riassunzione della prova dichiarativa in secondo grado*, in *dirittifondamentali.it*, 2021, 2.
- MONTAGNA, *La rinnovazione obbligatoria della prova in appello: problematiche applicative*, in *Processo penale e Giustizia*, 2018, 6.
- MOSCARINI, *Principi delle prove penali*, Giappichelli, 2014.
- MOSCARINI – DI BITONTO, *Introduzione alla procedura penale*, Giappichelli, 2018.
- MUSCELLA, *Rinnovazione obbligatoria dell'istruzione dibattimentale in appello e giudizio abbreviato: prassi giudiziaria, imperativi europei e prospettive di riforma*, in *Archivio penale*, 2021, 3.
- NAPPI, *Guida breve alla procedura penale*, Giuffrè, 2004.
- NOBILI, *La nuova procedura penale: lezione agli studenti*, CLUEB, 1989.
- NUZZO, *L'appello nel processo penale*, Giuffrè, 2006.
- ORLANDI, *La nuova cultura del giusto processo nella ricerca della verità*, Giuffrè, 2007.

- PADULA, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, Giuffrè, 2005.
- PAGLIONICO, *Le nuove modalità di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, in *Archivio penale*, 2023, 2.
- PALMIERI, *La nuova rinnovazione dibattimentale nel giudizio d'appello alla luce della Riforma Cartabia*, in *Rivista penale diritto e procedura*, 2022.
- PAULESU, *Giudice e parti nella dialettica della prova testimoniale*, Giappichelli, 2002.
- PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, CEDAM, 1995.
- PISAPIA, *Il giudice per le indagini preliminari bilancio di un quinquennio*, in *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Giuffrè, 1996.
- PLOTINO, *Il dibattimento nel nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, 1991.
- POTETTI, *Il supplemento istruttorio dell'art 422 c.p.p. ed altri meccanismi di integrazione probatoria*.
- RADI, *Il perimetro della rinnovazione istruttoria in appello in caso di giudizio abbreviato*, in *Diritto processuale penale*, 2022.
- RANALDI (a cura di), *La riforma delle impugnazioni penali. Semplificazione, deflazione e restaurazione*, in *I libri di archivio penale*, 2019.
- RAUCI, *La valenza autonoma della riforma "giusto processo" in Costituzione*, Wolters Kluwer e CEDAM, 2023.
- RECCHIONE, *L'oralità irrinunciabile nel processo penale*, in *Giustizia insieme*, 2020.
- RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, Giappichelli, 2008.
- ROSONI, *Verità storica e verità processuale. Lo storico diventa perito*, in *Articolo dell'acta hystriae*, 2009.
- RUGGIERI, *Il volto costituzionale del processo penale*, Pacini Giuridica, 2021.
- RUGGIERO, *Condanna in appello e rinnovazione impossibile*, in *Cassazione penale*, 2022, 6.
- SANTORIELLO, *Formulario al processo penale*, UTET, 2006.
- SCAPARONE, *Procedura penale Vol. I e II*, Giappichelli, 2015.
- SCARPELLO, *L'archiviazione*, CEDAM, 2002.

- SIRACUSANO – GALATI – TRANCHINA – ZAPPALÁ - DI CHIARA - PATANÉ, *Diritto processuale penale*, Giuffrè, 2013.
- SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Giappichelli, 2005.
- SIRACUSANO – TRANCHINA - ZAPPALÁ, *Elementi di diritto processuale penale*, Giuffrè, 2007.
- SPANGHER – GIARDA (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Tomo III, Wolter Kluwer, 2023.
- SPANGHER - GIOVANNI DEAN – SCALFATI – GARUTI – FILIPPI - KALB, *Trattato di procedura penale*, UTET, 2008 - 2011.
- SPANGHER, *La pratica del processo penale*, CEDAM, Vol. I e II, 2012.
- SPANGHER, *Processo penale tra modello inquisitorio e modello accusatorio*, testo della relazione tenuta all’Università Kultur di Istanbul nel simposio in memoria dei Professori Mesut e Bullet.
- SPANGHER – MARADOLA – GARUTI – KALB, *Procedura penale. Teoria e pratica del processo penale*, in *Omnia trattatati giuridici*, Vol. I, UTET, 2015.
- SPANGHER – SURACI, *Le impugnazioni penali: modelli processuali, profili sistematici, orientamenti giurisprudenziali*, Pacini giuridica, 2020.
- SURACI, *Il sistema delle impugnazioni nel processo penale: tradizione, riforme legislative e giurisprudenza conformativa*, Pacini giuridica, 2020.
- SURACI, *L’incidente probatorio. Tra tutela della prova e protezione della persona*, Pacini giuridica, 2017.
- SURACI, *Le indagini difensive penali*, in *Quid iuris* (collana diretta da) G. SPANGHER, Pacini giuridica, 2021.
- TAKANEN, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Wolters Kluwer e CEDAM, 2023.
- TAORMINA, *Diritto processuale penale*, Giappichelli, 2014.
- TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, Giappichelli, 2007.
- TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, 3-4.
- TONINI – CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Giuffrè, 2012.
- TONINI - CONTI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2023.

- TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2010.
- UBERTIS, *Argomenti di procedura penale*, vol. II, Giuffrè editore, 2006.
- UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, Giuffrè, 2023, vol I.
- VALENTINI, *I poteri del giudice dibattimentale nell'ammissione della prova*, CEDAM, 2004.
- VENTURA, *Le indagini difensive*, in *Trattato di procedura penale*, (diretto da) G. Ubertis e G. P. Voena, Giuffrè, 2005.
- VILLANI, *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cacucci editore, 2015.
- ZACCARIA, *Potere probatorio ex officio del giudice ex art. 507 c.p.p., ventiquattrore avvocato in Il sole 24ore*, 2016.
- ZAGREBELSKY - CHENAL – TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il mulino, 2016.
- ZAPPALÀ, *Commento all'art 603 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, CHIAVARIO (coordinato da), UTET, 1991.
- ZAVAGLIA, *In tema di domande suggestive nell'esame testimoniale condotto dal giudice*, in *Archivio penale*, 2013, 1.

Giurisprudenza

- Cass. Pen. Sez. I, 11 giugno 1990, Labanti.
- Cass. Pen. Sez. I, 30 aprile 1992, n. 285, Idda.
- Cass. Pen. Sez. I, 30 gennaio 1995, n. 2243, Rizzo.
- Cass. Pen., Sez. I, 18 luglio 1996 n. 4182.
- Cass. Pen. Sez. I, 30 maggio 2003, n. 23961.
- Cass. Pen., Sez. I, 29 maggio 2007, n. 23967, Kaneva.
- Cass. Pen. Sez. I, 22 gennaio 2008, n. 238931, Nunziata.
- Cass. Pen. Sez. I, 23 maggio 2013, n. 22053.
- Cass. Pen. Sez. I, 28 gennaio 2014, n. 37588.
- Cass. Pen. Sez. II, 10 ottobre 1991, n. 11057.
- Cass. Pen. Sez. II, 3 febbraio 1992, n. 190335, Rolletto.
- Cass. Pen. Sez. II, 21 settembre 1992, n. 9901, Rottino.
- Cass. Pen. Sez. II, 23 dicembre 2013, n. 51740.

- Cass. Pen. Sez. II, 24 aprile 2014, n. 32619.
- Cass. Pen. Sez. II, 20 marzo 2015, n. 25738.
- Cass. Pen. Sez. II, 11 settembre 2019, n. 48957.
- Cass. Pen. Sez. III, 3 dicembre 1990, n. 30.
- Cass. Pen. Sez. III, 15 marzo 1994, n. 3125.
- Cass. Pen. Sez. III, 20 maggio 2008, n. 27068.
- Cass. Pen. Sez. III, 29 aprile 2011 n. 16720.
- Cass. Pen. Sez. III, 15 aprile 2015, n. 20388.
- Cass. Pen. Sez. III, 15 aprile 2015, n. 21627.
- Cass. Pen. Sez. III, 26 ottobre 2015, n. 42965;
- Cass. Pen. Sez. III, 17 febbraio 2016, n. 10488.
- Cass. Pen. Sez. III, 14 novembre 2016, n. 47963.
- Cass. Pen. Sez. III, 22 marzo 2017, n. 13888.
- Cass. Pen. Sez. III, 16 ottobre 2018, n. 47013
- Cass. Pen. Sez. III, 20 luglio 2021, n. 27996.
- Cass. Pen. Sez. IV, 16 novembre 2004, n. 44481.
- Cass. Pen. Sez. V, 28 dicembre 1995, n. 12591.
- Cass. Pen. Sez. V, 16 aprile 1998, n. 2233, Biacchi.
- Cass. Pen. Sez. V, 12 gennaio 2016, n. 265829.
- Cass. Sez. V, 8 ottobre 2018 – 12 dicembre 2018, n. 55829.
- Cass. Pen. Sez. VI, 15 marzo 1996, n. 5021.
- Cass. Pen. Sez. VI, 18 giugno 1998, n. 1711.
- Cass. Pen. Sez. VI, 24 giugno 2003, n. 35122, Sangalli.
- Cass. Pen. Sez. VI, 30 dicembre 2008, n. 48494.
- Cass. Pen., Sez. VI, 1 febbraio 2012, n. 5438, Tucci.
- Cass. Pen. Sez. VI, 24 novembre 2014, n. 48645.
- Cass. Pen. Sez. VI, 14 gennaio 2015, n. 1400.
- Cass. Pen. Sez. VI, 30 luglio 2015, n. 22081.
- Cass. Pen. Sez. VI maggio 2016 – giugno 2016, n. 26048.
- Cass. Pen. Sez. Un., 6 dicembre 1992, n. 11227, Martin.
- Cass. Pen. Sez. Un., 8 maggio 1995 n. 5
- Cass. Pen. Sez. Un., 13 dicembre 1995, n. 930.

- Cass. Pen. Sez. Un., 13 dicembre 1995, n. 42.
- Cass. Pen. Sez. Un., 15 marzo 1996, n. 2780;
- Cass. Pen. Sez. Un., 14 luglio 1996, n. 1073.
- Cass. Pen. Sez. Un., 28 ottobre 1998, n. 4/99, Barbagallo.
- Cass. Pen. Sez. Un., 1 febbraio 2000 n. 23.
- Cass. Pen. Sez. Un. 28 marzo 2006, Prisco.
- Cass. Pen. Sez. Un., 18 dicembre 2006, n. 41281.
- Cass. Pen. Sez. Un., 25 febbraio 2010 – 21 aprile 2010, n. 15208.
- Cass. Pen. Sez. Un., 27 ottobre 2011, n. 6624.
- Cass. Pen. Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta.
- Cass. Pen. Sez. Un., 14 aprile 2017, n. 18620, Patalano.
- Cass. Pen. Sez. Un., 31 agosto 2017, n. 39746.
- Cass. Pen. Sez. Un., 21 dicembre 2017, n. 14800, Troise.
- Cass. Pen. Sez. Un., 27 settembre 2018, n. 51515.
- Cass. Pen. Sez. Un., 28 gennaio 2019, n. 14426.
- Cass. Pen. Sez. Un., 10 ottobre 2019, n. 41736.
- Cass. Pen. Sez. Un., 30 marzo 2022, n. 11586.
- Cass. Pen. Sez. Un., 30 ottobre 2023, n. 20, Andreotti.
- Corte Cost., 18 marzo 1957, n. 46.
- Corte Cost., 7 luglio 1962, n. 88.
- Corte Cost., 29 marzo 1972, n. 55.
- Corte Cost., 15 febbraio 1991, n. 81.
- Corte Cost., 15 febbraio 1991, n. 88.
- Corte Cost., 26 marzo 1993, n. 111.
- Corte Cost., 15 settembre 1995, n. 432.
- Corte Cost., 31 gennaio 1996, n. 350.
- Corte Cost., 24 marzo 1996, n. 131.
- Corte Cost., 20 maggio 1996, n. 155.
- Corte Cost., 11 aprile 1997, n. 96.
- Corte Cost., 1° novembre 1997, n. 306.
- Corte Cost., 25 maggio 1999, n. 190.
- Corte Cost., 22 maggio 2010, n. 73.

- Corte Cost., 21 gennaio 2022, n. 16.
- Corte Cost., ord. 6 giugno 1991, n. 253
- Corte Cost., ord., 18 giugno 1991 n. 289.
- Corte Cost., ord., 22 novembre 1991 n. 425;
- Corte. Cost., ord. 10 febbraio 1994, n. 34
- Corte EDU, 15 febbraio 2005 n. 59, Morris c. Regno Unito.
- Corte Edu, 5 luglio 2011.
- Corte Edu, Sez. I, 27 marzo 2014, Matysina c. Russia.
- Corte EDU, sez. III, sent. 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia, n. 52.
- Corte Edu, Sez. III, 4 giugno 2013.