

CAPITOLO I

GIURISDIZIONE E PROCESSO

SOMMARIO: 1. Giurisdizione penale. – 2. Il processo penale: *a)* L'imputazione. – 3. *b)* La sentenza. – 4. I concetti di fattispecie e di situazione soggettiva (potere, dovere, facoltà, onere). – 5. Modelli di processo: *a)* l'accusatorio. – 6. *b)* L'inquisitorio e il misto. – 7. *c)* La giustizia negoziata. – 7. Evoluzione del processo penale italiano.

1. Giurisdizione penale

L'art. 111 comma 1 della nostra Costituzione stabilisce che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge». Con '**giurisdizione**' s'intende l'attività del giudice volta a predicare il diritto (*ius-dicere*, ovvero dire la parola del diritto), quindi ad esprimere la volontà della legge in situazioni di conflitto o di incertezza; e, a seconda della legge da applicare, la giurisdizione è civile, amministrativa o penale.

La legge penale definisce i comportamenti umani costituenti reato e individua per essi le pene applicabili. L'essenza del reato rispetto all'illecito civile sta nella sua particolare gravità, a causa della quale non si ritiene sufficiente come sanzione il semplice risarcimento del danno, ma si richiede quel *surplus* di sofferenza da infliggere al colpevole¹, che costituisce per l'appunto la pena; il reato, infatti, non lede soltanto l'interesse individuale della vittima, ma quello collettivo dell'intera società. Per questa stessa ragione, mentre la riparazione di

¹ Sia pure a fini rieducativi, come vuole l'art. 27 comma 3 Cost.

un illecito civile non implica necessariamente un atto di giurisdizione, potendosi provvedere anche via stragiudiziale con l'accordo delle parti, l'applicazione della pena non può essere rimessa alla volontà del colpevole e della vittima, ma esige sempre l'intervento del giudice, come sottolinea il canone *nulla poena sine iudicio*. Il processo penale è il solo mezzo per accertare e punire i reati.

Nella **giurisdizione penale** possiamo, dunque, individuare tre elementi:

- a) un giudice, ossia una terza istanza, in posizione di imparzialità e con adeguate garanzie di indipendenza da ogni altro potere;
- b) due parti, ossia l'imputato al quale è attribuito il reato, assistito dal proprio difensore, e il pubblico ministero che rappresenta la società offesa dal reato;
- c) una situazione di incertezza, riassumibile nella questione se l'imputato debba o no essere punito per il reato che gli è attribuito; questione che sarà dibattuta tra le parti e poi risolta dal giudice con la parola che dice il diritto e tronca lo stato di incertezza.

Quanto alla persona offesa dal reato (la vittima), il codice le riconosce la veste di parte solo se esercita l'azione civile nel processo penale, chiedendo il risarcimento dei danni; altrimenti è sentita come testimone. Per il resto, le sono riconosciuti alcuni significativi poteri (come quelli di essere informata dell'inizio delle indagini, di nominare un difensore, di indicare elementi di prova, di opporsi alla richiesta di archiviazione, ecc.: cfr. l'art. 90 c.p.p.); ma il suo ruolo nella giurisdizione resta alquanto marginale, sebbene molti auspichino un incremento dei suoi diritti. La spiegazione sta, da un lato, nella circostanza che il processo penale s'incentra inevitabilmente sulle garanzie dell'imputato, su cui grava il rischio della pena con le pesanti conseguenze che comporta; dall'altro, nella presenza del pubblico ministero che assume la titolarità dell'accusa, espropriandola per così dire alla vittima del reato. L'intervento del pubblico ministero e dello stesso difensore obbedisce anche all'esigenza di separare l'imputato dalla persona offesa, di porre tra essi una giusta distanza, nella consapevolezza che, se fosse quest'ultima ad esercitare l'accusa, si rischierebbe di innescare il corto circuito della vendetta.

2. Il processo penale: a) L'imputazione

Lo strumento attraverso il quale si attua la giurisdizione penale è il **processo**. Definiamo il processo penale come una serie di atti che hanno origine da un'**imputazione** e si concludono con una **sentenza** che assolve o condanna l'imputato. Imputazione e sentenza sono gli estremi del processo, tra i quali si colloca la sequenza di atti organizzati secondo forme e cadenze che, come si vedrà, determinano il modello di processo.

L'**imputazione** è l'attribuzione da parte del pubblico ministero di un fatto costituente reato ad una determinata persona e come tale si impernia su tre elementi (il primo soggettivo, gli altri oggettivi):

A) l'**imputato**, ossia una persona fisica vivente che deve essere individuata sin dall'inizio del processo. Senza imputato, non può esservi processo: quello che impropriamente nel linguaggio comune si dice 'processo contro ignoti', in realtà non è un processo, ma un'indagine, un'attività investigativa che in tanto potrà determinare l'inizio del processo in quanto porti all'identificazione del possibile autore del reato. L'esigenza che l'imputato sia in vita è collegata alla circostanza che la morte del reo estingue il reato; conseguenza inevitabile, perché, altrimenti, non si saprebbe come eseguire la pena (non essendo ammesse esecuzioni virtuali o in effigie, come ai tempi della stregoneria). Per la medesima ragione, c'è un solo caso in cui il processo è compatibile con la morte dell'imputato; ed è l'ipotesi della revisione del giudicato, che si svolge a favore di chi sia stato ingiustamente condannato, quando sopraggiungano prove della sua innocenza. Da notare, infine, che – in deroga al tradizionale canone *societas delinquere non potest* – una singolare ipotesi di processo penale contro le persone giuridiche è stata in tempi recenti introdotta per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato: per il procedimento relativo a tali illeciti si osservano, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale e l'ente partecipa al processo con il proprio rappresentante legale.

B) Il **fatto**, ossia la condotta, il comportamento lesivo che si ipotizza abbia tenuto l'imputato. È compito del pubblico ministero descrivere compiutamente il fatto nelle sue coordinate spazio-temporali. Si apre così il tema che è detto 'storico', perché il fatto appartiene al passato e, come tale, non è suscettibile di osservazione o di verifica diretta; potrà essere ricostruito solo sulla base dei fatti e delle tracce sopravvissute nel presente che costituiscono le 'prove'.

C) La **qualifica giuridica**, il *nomen iuris* che l'accusa attribuisce al fatto, riconducendolo ad una fattispecie criminosa prevista dall'ordinamento penale. A differenza di quello 'storico', questo tema è detto di 'valore giuridico': si tratta, infatti, di individuare quale valore assuma il fatto alla luce della legge penale, ponendo a raffronto l'uno e l'altra. Volendo riassumere la differenza tra i due temi, si può dire che il tema storico propone una verifica *empirica*, volta ad accertare se l'imputato abbia o no commesso il fatto che gli è attribuito, il tema giuridico una verifica *semantica*, diretta a stabilire cosa significhi quel fatto nel linguaggio della legge penale.

3. b) La sentenza

La **sentenza** è l'atto conclusivo del processo con cui il giudice decide se l'imputato debba o no essere sottoposto a pena. Di regola, la sentenza decide nel merito dell'imputazione, condannando o assolvendo l'imputato. Esistono, tuttavia, anche sentenze c.d. di improcedibilità, con le quali il giudice, senza entrare nel merito dell'imputazione, tronca il processo sul presupposto che l'azione penale non dovesse essere esercitata (ad esempio, nei reati perseguibili a querela, quando questa non sia stata presentata dalla persona offesa o in altre situazioni in cui il processo non sia validamente instaurato).

La **sentenza di condanna** implica la prova della colpevolezza 'oltre ogni ragionevole dubbio' e deve, quindi, svolgere in termini di certezza i temi espressi in forma ipotetica nell'atto di imputazione: in altre parole, accerta che l'imputato ha commesso il fatto x e che tale

fatto costituisce il reato γ . L'**assoluzione** è puramente consequenziale all'impossibilità di pronunciare una sentenza di condanna; vale a dire, non richiede alcuna prova di innocenza, essendo sufficiente che l'accusa non sia riuscita a provare compiutamente la colpevolezza. Tema del processo, infatti, non è l'innocenza, ma la colpevolezza dell'imputato: è questa che va provata, dato che il processo reprime reati, non rilascia patenti di onorabilità.

Nella sentenza, di condanna come di assoluzione, si possono distinguere due componenti, una conoscitiva, l'altra imperativa. La componente **conoscitiva**, fondata sul 'sapere', traspare dalla **motivazione** della sentenza ed è rappresentata dal discorso argomentativo con cui il giudice sulla base delle prove raccolte ritiene provata o no la colpevolezza. La componente **imperativa**, fondata sul 'potere', emerge dal **dispositivo**, ossia dall'atto con cui il giudice 'dichiara' l'imputato colpevole del reato o lo assolve; con l'effetto, tipicamente giuridico, di imporre all'imputato una qualifica che, una volta esauriti mezzi di impugnazione, sarà inconfutabile, quindi destinata ad accompagnare la persona come il suo nome, restando irrilevante ogni eventuale prova contraria (salvi i casi eccezionali di revisione del processo, in cui nuove prove documentino l'ingiustizia della condanna).

La differenza tra le due componenti si può bene evidenziare sulla base del rapporto tra giudice e realtà (o, se si preferisce, mondo). Nell'atto 'conoscitivo' la direzione è dalla realtà verso il giudice, nel senso che è questa (attraverso il materiale probatorio raccolto) ad influire sul soggetto e, quindi, a determinare la sua decisione; nell'atto 'imperativo' il rapporto s'inverte, la direzione è dal giudice verso la realtà, in quanto sono le decisioni del primo, giuste o ingiuste che siano, a imporsi sulla realtà o, meglio, a costruirne una parallela costellata da poteri, doveri e qualifiche.

'Sapere' e 'potere' sono due elementi essenziali dell'atto di giudizio; in forza del sapere l'imputato è *riconosciuto* colpevole o non colpevole, in forza del potere egli è *dichiarato* tale. Naturalmente, vi è da sperare che il potere, esercitato nel dichiarare colpevole o non colpevole l'imputato, sia frutto di un sapere fondato su conoscenze genuine e veridiche. Separato dal 'sapere', il 'potere' di giudicare si risolverebbe in arbitrio.

Quando non sia più soggetta agli ordinari mezzi di impugnazione (appello e ricorso in cassazione), la sentenza diviene **irrevocabile** ed esercita un'efficacia simile a quella della legge. Con due differenze, tuttavia: mentre la legge ha un'efficacia generale ed astratta, la sentenza vale solo nei limiti di ciò che è stato giudicato (ossia del 'fatto' e della 'persona', oggetto di processo); per converso, mentre la legge può essere abrogata, quando il Parlamento la ritenga inopportuna, la sentenza, divenuta irrevocabile, non è suscettibile di annullamento ed è, quindi, potenzialmente destinata a valere per l'eternità (fuori dei menzionati casi di revisione).

Modello ideale di giustizia è la sentenza che, nel rispetto delle regole procedurali, condanna il colpevole ed assolve l'innocente. Ma, purtroppo, è solo un ideale. Quale che sia la disciplina del processo e per quanto vi si attenga scrupolosamente il giudice, è sempre possibile che sia assolto un colpevole o condannato un innocente; evenienza quest'ultima meno frequente, date le regole sull'onere della prova, ma assai più grave. Vi sono metodi migliori e metodi peggiori per l'accertamento dei fatti, ma nessuno di essi, come vedremo, è in grado di garantire infallibilmente il risultato; non esiste il Metodo della Verità. Per questo il processo rappresenta un tipico esempio di **giustizia procedurale imperfetta**, non essendovi certezza che il suo fine tipico – la condanna del colpevole e l'assoluzione dell'innocente – sia raggiunto.

4. I concetti di fattispecie e di situazione soggettiva (potere, dovere, facoltà, onere)

Nel processo penale assumono particolare importanza i concetti di **fattispecie** e di **situazione soggettiva**, la quale, a sua volta, include il **potere**, il **dovere**, la **facoltà** e l'**onere**.

Con **fattispecie** intendiamo i requisiti sufficienti e necessari perché un atto produca i suoi effetti tipici e possa, quindi, dirsi valido; la validità è, per l'appunto, l'idoneità dell'atto a produrre gli effetti tipici. In un ordinamento molto semplificato, tutti i requisiti che la legge richiede per l'atto sono condizioni di validità e quindi com-

pongono la fattispecie; l'assenza di uno qualsiasi di essi determina nullità dell'atto e pregiudica irrimediabilmente il prodursi degli effetti. Negli ordinamenti moderni, dove gli atti assumono forme più complesse, non tutti i requisiti previsti dalla legge assumono la stessa rilevanza. Esiste, infatti, un principio di tassatività dei vizi processuali che il nostro codice esprime in questi termini: «L'inosservanza delle disposizioni stabilite per gli atti del procedimento è causa di nullità soltanto nei casi previsti dalla legge» (art. 177 c.p.p.). La conseguenza è che l'assenza dei requisiti, per i quali non sia contemplata espressamente la nullità, non pregiudica la validità dell'atto, ma è fonte di una semplice irregolarità che può eventualmente esporre a sanzioni il responsabile di essa, senza impedire il prodursi dell'effetto dell'atto. Pertanto solo i requisiti previsti a pena di nullità compongono la fattispecie dell'atto.

Possiamo illustrare la differenza tra i due generi di requisiti con due cerchi concentrici: quello interno rappresenta la fattispecie e include i soli requisiti la cui assenza determina la nullità dell'atto; quello esterno comprende tutti i requisiti previsti perché l'atto possa dirsi regolare, ossia perfettamente conforme alle previsioni della legge. Ad esempio, l'art. 546 comma 1 c.p.p. elenca i requisiti della sentenza dettando così le condizioni per la regolarità dell'atto; ma non è questa la fattispecie dell'atto, dato che non tutti quei requisiti sono previsti a pena di nullità (ad esempio, non lo è l'intestazione in nome del popolo italiano (lett. a)). La fattispecie è invece definita dal comma 3 del medesimo articolo, in base al quale «oltre che nel caso previsto dall'art. 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».

Le **situazioni soggettive** implicano un rapporto che si istituisce tra un soggetto del processo e una determinata condotta². La condotta può essere attribuita al soggetto a titolo di **potere, dovere, facoltà** o **onere**. Si esercita un **potere** quando l'ordinamento si impegna ad attribuire alla condotta tenuta dal soggetto gli effetti o, se si preferisce, l'esito a cui è preordinata. Ad esempio, l'imputato o il pubblico ministero sono titolari del potere di impugnare la sentenza in quanto

² F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 1957.

dall'esercizio dell'impugnazione nasce il dovere del giudice di emettere una pronuncia sul tema del processo a cui si riferiscono i motivi adottati dalle parti. L'esercizio del potere genera effetti giuridici che consistono in una nuova situazione soggettiva di potere o di dovere. In assenza del potere, l'atto compiuto, o meglio la condotta tenuta dal soggetto, resta giuridicamente inesistente, inidonea a produrre gli effetti a cui mirava (naturalmente può assumere rilevanza ad altri fini, disciplinare e penale); ad esempio, una prova che il giudice non abbia il potere di assumere perché vietata dalla legge, se immessa nel processo è giuridicamente inesistente, *tamquam non esset*³. Per converso, se dalla condotta tenuta dal soggetto scaturiscono gli effetti giuridici a cui era preordinata, significa che è stato esercitato un potere.

Si è in presenza di un **dovere** quando la condotta forma oggetto di una valutazione positiva da parte dell'ordinamento, indipendentemente dalla circostanza che la violazione del dovere sia o no sanzionata. Da notare che la violazione di un dovere non è incompatibile con l'esercizio di un potere. Non bisogna confondere la norma che conferisce un potere con quelle che ne regolano l'esercizio e che sono costitutive di doveri. Ad esempio, la sentenza emessa da un giudice incompetente, quando non sia impugnata e diventi irrevocabile, esplica pienamente i suoi effetti; il che significa che il giudice ha esercitato un potere attribuitogli dalla legge (la giurisdizione, per l'appunto), pur avendo violato un dovere (quello di astenersi dal giudicare reati non di sua competenza). In altri termini, la giurisdizione è il potere di giudicare che spetta ad ogni giudice, anche a quello incompetente. Le norme sulla competenza ne regolano l'esercizio, individuando per i singoli reati chi *deve* giudicare, fermo restando che gli altri giudici devono astenersene; ma, se il giudice incompetente non avesse giurisdizione, non si spiegherebbe come la sentenza da costui emessa possa divenire irrevocabile (il difetto del potere implica l'inesistenza giuridica dell'atto eventualmente compiuto)⁴. Analo-

³ Cfr. *infra*, cap. IV, § 8.

⁴ Non è dunque corretto affermare che la competenza sia la fetta di giurisdizione spettante al giudice: se il giudice incompetente non avesse giurisdizione, la sentenza sarebbe inesistente.

gamente il pubblico ministero è titolare del potere di esercitare l'azione penale; egli ha il dovere di esercitarla solo in presenza di elementi idonei a sostenere l'accusa, dovendo altrimenti chiedere al giudice l'archiviazione della notizia di reato. Nondimeno l'azione esercitata in assenza di tali elementi è validamente promossa e determina il dovere del giudice di decidere nel merito. Il pubblico ministero ha violato un dovere, ma ha esercitato un potere.

La **facoltà** è semplicemente la negazione del dovere: una condotta è facoltativa dove non esistano obblighi o doveri; ad esempio, l'imputato non è obbligato a rispondere all'interrogatorio o a sottoporsi all'esame, ma ha la facoltà di avvalersi del diritto al silenzio; così pure – e qui la facoltà convive col potere – può impugnare o non impugnare la sentenza che lo condanna. Le facoltà competono per lo più alle parti private. Per gli organi pubblici quelle che impropriamente si chiamano facoltà sono, a ben vedere, dei **doveri discrezionali**, ossia doveri i cui presupposti, anziché essere tassativamente definiti, sono affidati ad una complessa valutazione del soggetto di cui la legge si limita a fornire il parametro: ad esempio il pubblico ministero non ha propriamente la facoltà, ma il dovere di impugnare la sentenza ogni qualvolta la ritenga ingiusta (anche se la vaghezza del concetto di ingiustizia gli conferisce di fatto la più ampia discrezionalità).

L'**onere**, infine, designa una condotta dalla quale dipende un effetto favorevole per una parte processuale. Ma è una figura di scarso rilievo giuridico, perché ogni potere esercitato dalle parti può essere raffigurato come un onere. Ad esempio, che il pubblico ministero abbia l'onere della prova sta a significare che, se vuole ottenere una sentenza di condanna, deve provare la colpevolezza dell'imputato; vale a dire, esercitare il suo potere di produzione delle prove. L'onere si dice 'perfetto' quando l'esito favorevole può derivare solo dalla condotta dell'interessato ed è quindi impedito dalla sua inerzia (il danneggiato che intenda ottenere il risarcimento in sede penale ha l'onere di costituirsi parte civile, non essendo la sua iniziativa surrogabile da altri). 'Imperfetto', quando l'effetto può realizzarsi anche altrimenti; ad esempio, le prove della colpevolezza, non prodotte dal pubblico ministero, possono essere assunte d'ufficio dal giudice *ex*

art. 507 c.p.p.⁵ (e sarebbero valide anche se fornite dalla difesa che è la parte contro interessata).

5. Modelli di processo: a) L'accusatorio

La serie di atti che congiunge l'imputazione alla sentenza definisce il **modello** di processo. Si distinguono tradizionalmente due opposti modelli: l'**accusatorio** e l'**inquisitorio**, accanto ai quali si suole collocare un terzo modello, il '**misto**' che nasce dalla combinazione dei due generi, ma che in realtà costituisce, più che un terzo genere, una sottospecie affievolita di processo inquisitorio. In compenso, vale la pena di aggiungere agli archetipi 'classici' un nuovo modello che in tempi moderni ha avuto notevole sviluppo, la '**giustizia negoziata**'; alcuni la riconducono al genere accusatorio, altri al genere inquisitorio, ma proprio questo dissidio documenta l'opportunità di individuarla come esperienza autonoma.

Il processo **accusatorio** ha una **struttura triadica**, con una netta separazione tra le funzioni di accusa, di difesa e di decisione, attribuite a tre distinti soggetti: l'accusa al pubblico ministero che, come si diceva, rappresenta la società offesa dal reato, la difesa all'imputato e al giurisperito che lo assiste (il difensore, per l'appunto), la decisione al giudice. La struttura triadica ha la funzione di tutelare il principio del '**contraddittorio**' che, in termini molto generali, esprime l'esigenza che ogni questione, rilevante ai fini della colpevolezza, sia dibattuta, discussa tra le parti e poi decisa imparzialmente dal giudice.

Ma ciò che meglio caratterizza il modello accusatorio è quella particolare specie di contraddittorio che si chiama il '**contraddittorio nella formazione della prova**'. Per comprendere il senso di questa formula occorre tenere presente che le prove, ossia i materiali sulla cui base decide il giudice, possono essere prove 'costituite', ossia formate in sede processuale (come le testimonianze, gli interrogatori, le rico-

⁵ V. *infra*, cap. V, sez. II, § 3.

gnizioni ecc.), o prove precostituite, ossia appartenenti ad una realtà esterna al processo (come le cose pertinenti al reato, l'arma omicida, le impronte rinvenute sulla scena del crimine, le lettere, le fotografie, i documenti, un colloquio avvenuto fuori dalla sede processuale, ecc.). La regola del contraddittorio esige che *tutte* le prove siano portate a conoscenza delle parti, in modo da consentire a queste di svolgere le loro argomentazioni. Ma, mentre per le prove precostituite la difesa si esercita solo in questa forma, per le prove costituite il processo accusatorio introduce una più elevata garanzia, per l'appunto, il contraddittorio nella formazione della prova. Questa fondamentale garanzia, che riguarda anzitutto le prove consistenti in dichiarazioni, può così riassumersi: salvo casi eccezionali (variamente individuati dai singoli ordinamenti), le dichiarazioni rese da testimoni ed imputati hanno valore di prova e sono, quindi, utilizzabili a fini decisori *solo* se raccolte alla presenza del giudice e con la diretta partecipazione dell'accusa e della difesa, titolari del potere di interrogare e controinterrogare (è il metodo dell'esame incrociato). In sintesi, se per le prove precostituite il contraddittorio è sulla prova, per quelle costituite è *per la prova*.

Di qui la particolare sequenza in cui si sviluppa il modello accusatorio, scandito da due fasi: **l'indagine preliminare e il dibattimento**. La prima fase – che non è ancora processo, ma semplice **'procedimento'** – è destinata alla ricerca delle fonti di prova ed è di competenza delle parti: principalmente dell'accusa su cui grava l'onere della prova, ma anche della difesa, che ha interesse alla controprova, pur non avendone l'onere. Accusa e difesa provvedono separatamente a ricercare ogni elemento utile alle loro opposte prospettive. Oltre ad assicurare le prove precostituite (tramite ispezioni, perquisizioni e sequestri)⁶, sono autorizzate a colloquiare riservatamente, quindi fuori da ogni vincolo di pubblicità, con le persone informate dei fatti; ma, come appena detto, non una sillaba di quanto viene loro confidato sarà utilizzabile come prova nel giudizio sulla colpevolezza. L'indagine preliminare si conclude, a seconda che il pubblico mini-

⁶ La difesa non è dotata di poteri autoritativi; quindi per atti come perquisizioni e sequestri deve rivolgersi all'autorità giudiziaria.

stero abbia o no trovato elementi idonei a sostenere l'accusa, con l'esercizio dell'**azione penale** (quindi, con il passaggio alla fase del dibattimento) o con un provvedimento di **archiviazione** che registra la superfluità del processo. In una versione più articolata del sistema accusatorio, adottata anche dal nostro ordinamento, è previsto che il pubblico ministero debba rivolgersi ad un giudice tanto per l'archiviazione quanto per il rinvio a giudizio. Nel primo caso la richiesta è indirizzata al giudice per le indagini preliminari che può archiviare, suggerire lo svolgimento di altre indagini o ordinare al pubblico ministero di formulare l'imputazione; nel secondo caso la richiesta è rivolta al giudice dell'udienza preliminare, che in contraddittorio con le parti dispone il rinvio a giudizio dell'imputato o pronuncia sentenza di non luogo a procedere (corrispondente, quanto a presupposti, ad un tardivo provvedimento di archiviazione)⁷.

La seconda fase – il **dibattimento**, in cui si incentra il **processo** vero e proprio – è il luogo di parola dove le parti, davanti al giudice e *coram populo*, esibiscono le prove precostituite e formano quelle costituite. I testimoni depongono con il metodo dell'**esame incrociato**, ossia sono interrogati dalla parte che ne ha chiesto l'audizione e controinterrogati dalla parte antagonista; e, solo al termine dell'esame condotto dalle parti, il giudice può intervenire rivolgendo a sua volta domande su temi non sufficientemente esplorati. Quando il testimone prospetti una versione dei fatti diversa da quella resa nell'indagine preliminare, le precedenti dichiarazioni possono essere lette ('contestate') per saggiare la sua credibilità, ossia per chiedergli conto del mutamento di versione. Ma le dichiarazioni dell'indagine restano inutilizzabili in chiave probatoria: il giudice può solo decidere se prestare o no credito alla versione dibattimentale, anche in base alle reazioni del teste davanti alle contestazioni.

Chiusa la discussione finale, la sentenza è emessa dai medesimi giudici che hanno partecipato al dibattimento; se uno o più di essi venisse sostituito, il dibattimento dovrebbe riprendere dall'inizio. Il principio di immutabilità del giudice è essenziale per la valutazione della prova

⁷ Cfr. *infra*, cap. V, sez. I.

dichiarativa, ai cui fini rileva non solo *cosa* si dice, ma anche *come* lo si dice; sono i c.d. tratti prosodici o paralinguistici del discorso che naturalmente può decifrare solo chi è presente all'assunzione della prova⁸.

6. b) L'inquisitorio e il misto

Il processo **inquisitorio** e quello '**misto**' nascono dalla degenerazione del modello accusatorio. Il processo inquisitorio puro – con il suo noto armamentario dalla tortura alla confessione come 'regina delle prove' – appartiene fortunatamente alla storia per cui non vale la pena insistervi. Basti ricordare che le funzioni di accusa e di giudizio si concentrano nelle mani di un solo soggetto, il giudice inquisitore, o comunque tendono a sovrapporsi, con il risultato di costringere la difesa a lottare con un soggetto bifronte, che è al tempo stesso giudice e accusatore. Le prove sono raccolte e formate in segreto, esclusa ogni partecipazione della difesa, che solo nella fase finale del processo viene a conoscenza del materiale d'accusa.

Quanto al processo 'misto' – che in Italia ha dominato sino all'entrata in vigore del codice vigente (1989) e tuttora regna in diversi Paesi europei – a inaugurarlo è stato il napoleonico *code d'instruction criminelle* del 1808, nell'infelice tentativo di combinare i due opposti generi. Il processo si sdoppia in due fasi, l'istruzione scritta e segreta, di stampo inquisitorio, condotta da un giudice istruttore, e il dibattimento pubblico e orale, affidato a un giudice collegiale, che dovrebbe rispettare i principi accusatori. Ma è un'idea infausta, perché a prevalere sono di fatto le forme inquisitorie. Le prove, segretamente raccolte in istruzione, rifluiscono nel dibattimento e ne condizionano gli esiti; l'esame dei testimoni, infatti, anche quando sia rinnovato in dibattimento, si sviluppa sulla falsariga delle dichiarazioni già rese al giudice istruttore, dalle quali difficilmente può discostarsi l'interrogato, senza rischiare l'incriminazione per falsa testimonianza. La conseguenza è che la decisione finale, pur emanata al termine di

⁸ Cfr. *infra*, cap. V, sez. II.