

Gilberto Lozzi

Lezioni di procedura penale

QUATTORDICESIMA EDIZIONE - RISTAMPA AGGIORNATA AL GIUGNO 2022



Giappichelli

Parte Prima

La legge processuale penale, i soggetti del processo, gli atti

SOMMARIO: *Cap.* 1. Il processo penale. – *Cap.* 2. La successione delle leggi processuali penali nel tempo e le disposizioni transitorie del nuovo codice di procedura penale. – *Cap.* 3. Il giudice. – *Cap.* 4. Il pubblico ministero. – *Cap.* 5. Le parti private. – *Cap.* 6. I rapporti tra giudizio penale e giudizio civile. – *Cap.* 7. L'atto processuale penale.

Capitolo Primo

Il processo penale

SOMMARIO: 1. Gli interessi in conflitto. – 2. Sistema accusatorio e sistema inquisitorio. – 3. Fonti del diritto processuale penale. – 4. Le connotazioni del processo penale nel codice Rocco. – 5. Riforme novellistiche e sentenze della Corte costituzionale. – 6. Prospettive di riforma del codice Rocco. – 7. Connotazioni del codice vigente. – 8. La modifica dell'art. 111 Cost.

1. Gli interessi in conflitto

Nel processo penale sussistono due interessi tra di loro nettamente antitetici: l'interesse ad una sollecita definizione del processo penale con attuazione dell'economia processuale e della pretesa punitiva dello Stato, da un lato, e, dall'altro, l'interesse al rispetto della forma e, di conseguenza, all'attuazione del principio di eguaglianza nell'applicazione della legge processuale per tutti i cittadini. Il rispetto della forma e le sanzioni processuali previste per le violazioni formali sono garanzia di un processo democratico, che assicuri un'eguale applicazione della legge ai cittadini ma possono ritardare la definizione del processo penale e conseguentemente l'attuazione della pretesa punitiva. Pertanto, un'esasperazione del rispetto delle forme processuali con conseguente ampia previsione di sanzioni processuali può sacrificare l'interesse del cittadino innocente ad una rapida definizione del processo penale. In altri termini, l'economia processuale non garantisce solo l'attuazione della pretesa punitiva ma, altresì, l'imputato giacché, come diceva Carnelutti, essendo il processo penale di per se stesso una sanzione, la durata del processo risulta gravemente punitiva per l'imputato innocente ed anche per l'imputato colpevole che abbia interesse ad una definizione della vicenda processuale.

La lunghezza dei tempi processuali rende sempre il processo ingiusto. Infatti, la sentenza di assoluzione che dopo lungo tempo riconosce l'innocenza dell'imputato è sentita, per il ritardo, come ingiusta da chi ha vissuto il dramma del processo penale. La sentenza di assoluzione dell'imputato colpevole determinata dalla lunghezza dei tempi processuali, che hanno reso operante la prescrizione o possibile l'applicazione di una provvida amnistia, è obbiettivamente ingiusta e come tale, ovviamente, è valutata dalla pubblica opinione. V'è di più: la lunghezza dei tempi processuali rende persino ingiusta la sentenza di condanna dell'imputato colpevole giacché la determinazione del *quantum* di pena alla stregua dei parametri delineati dall'art. 133 c.p. e segnatamente di quelli che fanno riferimento alla capacità a delinquere presuppone che la determinazione e l'esecuzione della pena avvengano in un periodo di tempo vicino alla realizzazione del reato. In caso contrario, la pena eseguita dopo lungo tempo dalla commissione del fatto delinquenziale potrebbe rivelarsi ingiusta posto che nel frattempo il mutamento della personalità dell'imputato rende ingiustificato il *quantum* di pena stabilito con riferimento ad un soggetto la cui personalità risulta completamente cambiata.

Il contrasto di questi interessi conflittuali ha sempre segnato la storia del processo penale ed è estremamente difficile un bilanciamento degli interessi stessi.

Un formalismo eccessivo allontana troppo la soluzione del processo ma la vanificazione delle forme determinata dall'assenza di sanzioni processuali o dalla previsione di sanzioni processuali inconsistenti rende possibili processi gravemente irregolari e di conseguenza aumenta il rischio di errori giudiziari. Carrara affermava che «il rito penale è la salvaguardia dei galantuomini poiché intuito degli ordinamenti processuali è di frenare la violenza dei magistrati»: non era né voleva essere una frase offensiva per i giudici ma solo la constatazione che la violenza determinata dalla privazione della libertà personale esige inevitabilmente un "rito" e cioè delle forme il cui rispetto deve essere garantito.

Del resto, il principio fondamentale della presunzione di innocenza, che spesso contrasta con la realtà processuale quale emerge dalla situazione probatoria, impone al giudice di considerare l'imputato innocente sino all'accertamento definitivo della sua responsabilità proprio al fine di ridurre il più possibile il numero degli errori giudiziari.

2. Sistema accusatorio e sistema inquisitorio

Nel delineare le caratteristiche di un sistema processuale penale si fa inevitabilmente riferimento ai due modelli astratti del sistema accusatorio e del sistema inquisitorio.

Il primo è caratterizzato da una dialettica processuale tra due parti contrapposte (accusatore ed accusato), la cui controversia è risolta da un organo al di sopra delle parti. Nel processo accusatorio si ha, pertanto, un organo accusatorio nettamente distinto dal giudice, il quale ha una connotazione di terzietà. Il processo è pubblico ed orale nonché contraddistinto dalla “parità delle armi” (vale a dire da una parità di diritti e poteri fra organo accusatorio ed imputato), da una libertà personale della persona accusata sino alla irrevocabilità della sentenza di condanna e dal fatto che le prove debbono essere prodotte rispettivamente (a seconda che siano a carico o a discarico) dall’organo accusatorio e dall’imputato.

Nettamente antitetiche le caratteristiche del sistema inquisitorio, nel quale il giudice è contemporaneamente organo accusatorio e difetta, quindi, completamente di terzietà. Il processo è scritto e caratterizzato da una segretezza esterna ed interna nel senso che gli atti processuali debbono rimanere segreti non solo per i soggetti estranei al processo ma anche per lo stesso imputato, vi è una totale disparità di poteri fra il giudice accusatore e l’imputato, è prevista una carcerazione preventiva di quest’ultimo ed infine il giudice d’ufficio ricerca le prove senza che venga riconosciuto all’imputato alcun diritto in ordine alla assunzione delle stesse.

Si tratta, come si è detto, di schemi astratti posto che nella realtà non esiste un processo accusatorio puro o un processo inquisitorio puro ma solo processi misti, le cui connotazioni possono essere prevalentemente accusatorie o inquisitorie.

3. Fonti del diritto processuale penale

Prima di esaminare le caratteristiche del nostro processo penale appare opportuno individuarne le fonti, che sono integrate oltre che dalle norme della legislazione ordinaria da numerose norme costitu-

zionali contenenti fondamentali disposizioni di natura garantistica. Si ricordino, a titolo di esempio, l'art. 13 che prevede la inviolabilità della libertà personale, l'art. 15 sulla libertà e segretezza della corrispondenza, l'art. 24 comma 2° sulla inviolabilità del diritto di difesa, l'art. 25 comma 1°, che sancisce il principio del giudice naturale precostituito per legge, l'art. 27 comma 2° che prevede la presunzione di non colpevolezza, l'art. 97 comma 1° che prevede l'imparzialità della pubblica amministrazione e, quindi, anche della amministrazione della giustizia; l'art. 111 Cost. che, fino alla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, imponeva unicamente l'obbligo della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali e la ricorribilità per cassazione delle sentenze e dei provvedimenti sulla libertà personale, ma che, dopo la predetta legge costituzionale, attribuisce rilevanza costituzionale ai principi del cosiddetto "giusto processo" consacrati nell'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo (tra gli altri, la parità delle parti, la terzietà e imparzialità del giudice, la durata ragionevole del processo e, soprattutto, il contraddittorio nel momento di formazione della prova); l'art. 112 che prevede l'obbligatorietà dell'azione penale.

Tra le fonti del diritto processuale penale una particolare segnalazione meritano la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata con legge 4 agosto 1955 nonché il Patto internazionale sui diritti civili e politici ratificato dal Presidente della Repubblica in seguito ad autorizzazione conferitagli dalla legge 25 ottobre 1977, n. 881 ed entrato in vigore per l'Italia il 15 dicembre 1978. Le norme processuali di dette convenzioni fanno parte della legislazione ordinaria e, quindi, potrebbero aver abrogato precedenti disposizioni processuali se fossero risultate con esse incompatibili. Infatti, si è sostenuto (ANDRIOLI) che la previsione della presunzione di innocenza contenuta nell'art. 6 lettera *b*) della Convenzione e ribadita dall'art. 14 comma 2° del Patto aveva abrogato per incompatibilità la previsione della formula terminativa di proscioglimento per insufficienza di prove posto che la regola di giudizio insita nella presunzione di innocenza, la quale imponeva al giudice di dichiarare l'innocenza dell'imputato sino a quando la responsabilità non fosse stata provata, risultava contrastante con una formula che, esplicitando il dubbio del giudice, negava la ravvisabilità della innocenza dell'imputato.

La validità di questa tesi è stata contestata, ritenendo che le norme

processuali penali inserite nelle convenzioni predette non fossero idonee a modificare il sistema processuale penale delineato dal codice Rocco in quanto norme non *self executing* e, cioè, norme non idonee a disciplinare una situazione concreta giacché si limiterebbero ad indicare direttive generiche.

A ben vedere il carattere non *self executing* delle norme in parola appare in alcuni casi evidente (si pensi, ad esempio, all'art. 6 comma 1° della Convenzione europea per cui «ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole»), mentre in altri casi appare sostenibile il carattere operativo della norma [si pensi all'art. 6 comma 3° lettera d) per cui ogni accusato ha diritto ad interrogare o far interrogare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico ed alla norma sulla presunzione di innocenza].

Orbene, il carattere immediatamente esecutivo della norma che prevede la presunzione di innocenza è indiscutibile se si interpreta la disposizione nel senso che il giudice deve dichiarare l'innocenza dell'imputato ogniquale volta la responsabilità dello stesso non sia stata provata.

L'attribuzione della qualifica di norme non *self executing* a tutte le disposizioni processuali penali di dette convenzioni aveva vanificato la portata innovatrice della normativa processualistica contenuta nelle convenzioni stesse.

4. Le connotazioni del processo penale nel codice Rocco

Precisate le fonti del diritto processuale penale occorre individuare le caratteristiche salienti del processo penale nel codice abrogato e nel nuovo codice, al fine di evidenziare il mutamento dei principi sottesi ai due diversi sistemi.

Nel codice Rocco si avevano due fasi processuali nettamente distinte e contrassegnate da principi antitetici: la fase istruttoria (prevista in duplice forma, l'istruzione formale effettuata dal giudice istruttore e l'istruzione sommaria effettuata dal pubblico ministero) e quella dibattimentale (il discorso è valido soprattutto per i procedimenti di competenza del tribunale e della Corte d'assise, posto che nei procedimenti pretorili la fase istruttoria poteva mancare). L'istruzione scritta, segreta e con scarsa attuazione del diritto di difesa presentava

le caratteristiche di un processo inquisitorio mentre il dibattimento pubblico ed orale consentiva l'attuazione del diritto di difesa e, pertanto, sembrava ispirato ai principi del processo accusatorio.

A ben vedere, peraltro, i principi della fase dibattimentale risultavano in gran parte vanificati. In teoria il dibattimento era caratterizzato dalla continuità (vale a dire doveva svolgersi in maniera continuativa senza interruzioni affinché il giudice al momento della decisione avesse ben presenti tutte le prove assunte in sede dibattimentale), dalla immediatezza (per cui alla deliberazione della sentenza concorrevano gli stessi giudici che avevano partecipato al dibattimento), dalla pubblicità, dalla oralità (per cui le prove si assumevano oralmente), dal contraddittorio nel momento di formazione della prova (conseguente al principio di oralità), dalla correlazione tra accusa e sentenza (per cui la sentenza doveva avere per oggetto il fatto imputato e non un fatto diverso), dalla non regressione (per cui al processo giunto validamente alla fase del giudizio non era dato regredire ad una fase antecedente). In pratica, questi principi potevano essere disattesi. In primo luogo va rilevato come il principio dell'oralità e del contraddittorio nel momento di formazione della prova fosse vanificato dalle letture consentite in sede dibattimentale: letture, che, introducendo nel dibattimento i verbali di prove segretamente assunte nella fase istruttoria e preistruttoria e rendendo possibile al giudice del dibattimento di fondare la sua decisione su detti verbali, vanificavano sia l'oralità sia il contraddittorio nel momento di formazione della prova. Infatti, la possibilità di letture di atti istruttori e preistruttori era amplissima. L'art. 462 c.p.p. consentiva la lettura delle deposizioni testimoniali ricevute dal giudice o dal pubblico ministero nella istruzione non soltanto nel caso in cui il teste fosse morto, assente dalla Repubblica, irreperibile o divenuto inabile a deporre, ma anche quando tramite tale lettura si dovessero far risultare contraddizioni o variazioni fra le deposizioni rese nella istruzione e quelle rese nel dibattimento oppure occorresse aiutare la memoria del testimone (la lettura era, quindi, sempre possibile poiché stante la lunghezza dei tempi processuali la necessità di aiutare la memoria del teste o di far rilevare contraddizioni appariva inevitabilmente necessaria, tanto che nella prassi i presidenti di tribunale o di Corte d'assise, prima di iniziare in dibattimento l'esame testimoniale e di verificare, quindi, la necessità di aiutare la memoria del teste o di consta-

tare l'esistenza di contraddizioni, davano lettura del verbale delle dichiarazioni precedentemente rese). L'art. 463 c.p.p. consentiva, poi, la lettura nel dibattimento dei processi verbali di ispezioni, esperimenti giudiziali, perquisizioni, sequestri, ricognizioni e confronti compiuti dal giudice, dal pubblico ministero oppure da ufficiali di polizia giudiziaria su richiesta dell'autorità giudiziaria. Era pure permessa la lettura degli atti predetti e del sommario interrogatorio dell'arrestato compiuti ad iniziativa di ufficiali di polizia giudiziaria, salvo che il pubblico ministero o le parti private avessero chiesto la citazione degli ufficiali medesimi, nel qual caso la lettura era vietata a pena di nullità. Peraltro, se l'ufficiale era presente la lettura risultava permessa per aiutare la memoria oppure per far risultare contraddizioni o variazioni. Se, poi, l'ufficiale non era comparso la lettura era parimenti permessa ove le parti lo consentissero. Se, infine, le parti non prestavano il consenso la lettura era pure permessa se il giudice riconosceva giustificata da legittimo impedimento la mancata comparizione. Era, altresì, consentita *ex art. 466 c.p.p.* la lettura dei rapporti, dei referti, delle querele, delle richieste, delle istanze, delle denunce e di ogni altro atto o documento del procedimento, ovvero presentato dal pubblico ministero e dalle parti private e previamente ammesso. Era, inoltre, permessa la lettura di atti relativi ad un altro procedimento penale definito con sentenza irrevocabile o ad un giudizio civile definito con sentenza che avesse acquistato autorità di cosa giudicata quando il presidente o il pretore ne riconoscesse la pertinenza e la utilità. Infine, sempre *ex art. 466 c.p.p.* era consentita la lettura di ogni atto o documento non espressamente vietata. Abbiamo ricordato queste disposizioni (che non esauriscono la normativa sulle letture consentite in sede dibattimentale) per dare una idea della ampiezza con cui la deroga all'oralità era prevista, consentendo l'inserimento nella istruzione dibattimentale di una prova assunta senza alcuna realizzazione del contraddittorio. Questa vanificazione dell'oralità e del contraddittorio nel momento di formazione della prova diminuiva l'importanza del principio della continuità e della immediatezza. La rilevanza di uno svolgimento continuativo dell'istruzione dibattimentale e del fatto che la pronuncia giurisdizionale provenga dagli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento discende dal rilievo che solo i giudici che hanno assistito in maniera continuativa all'assunzione orale delle prove con attuazione del contraddittorio nel mo-

mento di formazione della prova sono in grado di adempiere correttamente alla valutazione della prova. È evidente che se le prove su cui la decisione si fonda sono quelle dell'istruzione e, quindi, la decisione viene ad essere basata su atti scritti e non su prove oralmente assunte la continuità e l'immediatezza risultano molto meno pregnanti. Ed, infatti, la prassi giudiziaria aveva inventato l'istituto del rinvio ad udienza fissa, che costituiva un *escamotage* per violare il divieto di sospensione del dibattimento per un periodo superiore a dieci giorni. Ciò dimostra lo stretto legame che esiste tra i principi che disciplinano la fase dibattimentale.

Nella prassi pure il principio della correlazione tra accusa e sentenza veniva in parte vanificato dalla giurisprudenza, che riteneva rispettata detta correlazione anche quando il fatto oggetto della pronuncia risultasse diverso da quello contestato sempreché tale diversità si potesse ritenere portata a conoscenza dell'imputato.

Il vecchio sistema processuale, pertanto, era contrassegnato da una fondamentale ipocrisia. Infatti, l'istruzione doveva essere una fase destinata unicamente ad accertare l'utilità o no del dibattimento e, quindi, la necessità o no del rinvio a giudizio tanto è vero che, per sottolineare la natura di atto di impulso processuale del provvedimento dell'istruzione formale che disponeva il rinvio a giudizio – prima denominato sentenza – lo si era qualificato ordinanza, il che consentiva o, meglio, avrebbe dovuto consentire una succinta motivazione. Il dibattimento doveva, invece, essere la fase centrale del processo destinata ad accertare la responsabilità o l'innocenza dell'imputato. Nella prassi, peraltro, l'istruzione dibattimentale veniva spesso ad essere una stanca ed inutile riassunzione delle prove assunte nell'istruzione formale o sommaria che appariva la fase fondamentale del processo penale cosicché il giudizio di primo grado conseguente ad una ordinanza di rinvio a giudizio svolgeva il ruolo di un giudizio di impugnazione, nel quale non emergevano nuove prove ma si valutava l'ordinanza di rinvio sostenuta dall'accusa e criticata dalla difesa. Ed, infatti, erano frequenti ordinanze di rinvio a giudizio contenenti ampie motivazioni dirette a dimostrare la responsabilità degli imputati come se fossero state sentenze di condanna.

Tutto ciò menomava la terzietà del giudice, il quale giungeva a dibattimento dopo aver studiato un fascicolo processuale contenente i verbali delle prove assunte in istruzione nonché, nel caso di istruzio-

ne formale, un provvedimento giurisdizionale in cui tali prove erano valutate al fine di dimostrare la responsabilità dell'imputato.

5. Riforme novellistiche e sentenze della Corte costituzionale

Il sistema processuale abrogato ha subito nel corso degli anni numerose modifiche sia ad opera degli interventi del legislatore concretatisi in riforme novellistiche di ampia portata sia ad opera delle sentenze della Corte costituzionale. Peraltro, sia le riforme legislative sia le sentenze della Corte costituzionale non hanno seguito una linea coerente giacché dette riforme si sono ispirate alle esigenze del singolo momento storico e, quindi, sono risultate spesso contraddittorie, mentre alcune sentenze della Corte costituzionale, per evitare di mettere in crisi il sistema processuale penale, non sono state coerenti alla impostazione data in precedenti pronunzie di illegittimità costituzionale. Per fare un esempio significativo si può ricordare la sentenza 16 dicembre 1970, n. 190, la quale, modificando l'orientamento della Corte costituzionale (per cui l'inviolabilità del diritto di difesa sancita dall'art. 24 comma 2° Cost. doveva considerarsi rispettata allorquando tale diritto trovasse una qualche attuazione nella singola fase processuale ancorché non con riferimento ad importanti attività della fase stessa), aveva sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 304 *bis* c.p.p. abrogato nella parte in cui non prevedeva l'assistenza del difensore all'interrogatorio dell'imputato assunto in fase istruttoria, asserendo che, per ritenere rispettato il disposto dell'art. 24 comma 2° Cost., non era sufficiente che nella fase in questione trovasse una qualche attuazione il diritto di difesa ma era necessario «accertare, in relazione all'importanza del singolo atto, se l'assenza del difensore e la conseguente minor piechezza di contraddittorio si traducono per gli effetti che abbiano a derivarne, in una effettiva lesione del diritto costituzionale».

È evidente come, alla stregua di questa impostazione, non poteva non porsi il problema della legittimità costituzionale dell'art. 304 *bis* c.p.p. abrogato nella parte in cui non prevedeva l'assistenza del difensore agli esami testimoniali, poiché se l'esame testimoniale integrava una importante prova d'accusa l'assenza del difensore sembrava ledere il diritto di cui all'art. 24 comma 2° Cost. Anzi, tale violazione pareva ancora più grave di quella determinata dall'assenza del difensore

all'interrogatorio dell'imputato posto che l'imputato poteva avvalersi della facoltà di non rispondere e se rispondeva poteva, poi, modificare radicalmente in sede dibattimentale le dichiarazioni precedentemente rese mentre il teste, se le modificava, rischiava l'incriminazione per falsa testimonianza o, addirittura, calunnia. Inoltre, le dichiarazioni rese dal teste in fase istruttoria potevano, ove discordanti con quelle dibattimentali, essere lette in dibattimento acquisendo in tal modo pieno valore probatorio.

La Corte costituzionale ha respinto detta eccezione con la sentenza n. 63/1972 sulla base del rilievo che gli esami testimoniali sono atti ripetibili e, quindi, il diritto di difesa inteso come contraddittorio poteva espletarsi nella sua pienezza in sede dibattimentale. In altri termini, secondo la Corte «la ripetibilità degli atti, contrapposta alla irripetibilità ... va pertanto considerata come primario elemento distintivo per ammettere od escludere motivatamente l'intervento del difensore in sede istruttoria».

Argomentazione molto debole poiché, dovendo trovare attuazione il diritto di difesa in ogni fase processuale, non è consentito considerarlo non violato in una determinata fase sulla base del rilievo che troverà attuazione in una fase successiva: la violazione di tale diritto nella fase istruttoria rendeva possibile il rinvio a giudizio che di per se stesso concretava un grave pregiudizio per l'imputato e, comunque, poteva pregiudicare il diritto di difesa anche in sede dibattimentale per le ragioni sopra enunciate. In ogni caso, la sentenza della Corte costituzionale, asserendo che la ripetibilità degli atti istruttori è la connotazione che permette di individuare la violazione del diritto di difesa, rendeva inevitabile la prospettazione di un ulteriore vizio di legittimità costituzionale dal momento che non sempre gli esami testimoniali risultavano ripetibili in sede dibattimentale essendo consentita, *ex art. 462 n. 3 c.p.p.*, la lettura della deposizione del teste morto, assente dalla Repubblica, irreperibile o divenuto inabile a deporre per qualsiasi causa. In queste situazioni di irripetibilità dell'esame testimoniale la prova assunta in istruzione in assenza del difensore ed introdotta in dibattimento mediante la lettura poteva giustificare una sentenza di condanna nonostante la mancata attuazione del diritto di difesa. Due erano le vie per superare l'evidente vizio di legittimità costituzionale: o dichiarare la illegittimità dell'art. 304 *bis* c.p.p., per la parte in cui non prevedeva la presenza del difensore all'esame testimoniale oppure dichiarare la illegittimità dell'art. 462 c.p.p. per la parte

in cui consentiva la lettura di esami testimoniali irripetibili. La Corte costituzionale non ha seguito né l'una né l'altra via e con la sentenza 21 novembre 1973, n. 154 ha, invece, asserito testualmente: «non è fondata, in riferimento all'art. 24 comma 2° Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 462 comma 1° c.p.p. in quanto consente, prescindendo dal consenso delle parti interessate, la lettura in dibattimento delle deposizioni testimoniali rese in istruttoria, quando risulti che il teste sia morto, assente dalla Repubblica, irreperibile o divenuto inabile a deporre. Quando, infatti, la possibilità della presenza personale del teste è esclusa, il ricorso alla lettura rientra nella libera valutazione del giudice». È una motivazione che tradisce l'imbarazzo della Corte in quanto non ha alcun significato il fatto che sia rimesso alla libera valutazione del giudice disporre la lettura. Quel che contava, in ordine alla violazione o no dell'art. 24 comma 2° Cost., era la sussistenza di una disposizione che consentiva l'introduzione in dibattimento di una prova segretamente assunta senza che né in sede istruttoria né in sede dibattimentale si fosse espletato in relazione a tale prova il diritto di difesa.

È evidente che la Corte non ha voluto vanificare il segreto istruttorio dichiarando l'illegittimità dell'art. 304 *bis* c.p.p. per la parte in cui non prevedeva l'assistenza del difensore all'esame testimoniale e, nel contempo, non ha voluto privare il giudice del dibattimento del potere di valutare gli esami testimoniali non ripetibili (il che poteva essere nello stesso interesse della difesa se la dichiarazione del teste irreperibile era favorevole all'imputato). In tal modo, però, si è inevitabilmente contraddetto il principio fissato nella sentenza n. 190/1970.

6. Prospettive di riforma del codice Rocco

L'incoerenza e l'asistematicità del processo penale così come risultava dopo le varie modifiche rendeva indispensabile un nuovo codice di procedura penale e di questa riforma globale si è parlato per alcuni decenni. Le prospettive di riforma, chiaramente delineate nel convegno di Lecce del 1964, partivano da una premessa comune (l'eliminazione della duplicità dei riti istruttori) ed erano sostanzialmente tre. La prima (Conso) sosteneva l'opportunità di mantenere una fase

istruttoria antecedente il dibattimento da effettuarsi, peraltro, soltanto dal pubblico ministero con il rito sommario: tesi basata sul rilievo che l'istruzione sommaria era più celere di quella formale e sulla asserzione che il pubblico ministero, pur esercitando la funzione accusatoria, dava garanzie di imparzialità posto che (come risultava dal combinato disposto degli artt. 299 e 392 c.p.p.) nell'indagine istruttoria il pubblico ministero aveva il dovere di ricercare la verità storica. La seconda prospettiva di riforma (Nuvolone) sosteneva pure l'opportunità di mantenere una fase istruttoria antecedente il dibattimento ma riteneva che tale istruzione dovesse essere compiuta unicamente dal giudice istruttore, il quale soltanto, come organo giurisdizionale, garantiva pienamente l'imparzialità. La terza tesi (Cordero che si riallacciava a quanto già enunciato da Carnelutti in un progetto del codice di procedura penale del 1962) sosteneva la necessità di eliminare completamente qualsiasi fase istruttoria prima del dibattimento, riservando alla fase dibattimentale l'assunzione delle prove con piena attuazione, quindi, del contraddittorio nel momento di formazione della prova. La fase del giudizio, alla stregua di questa tesi, doveva essere preceduta dalla c.d. inchiesta preliminare compiuta dal pubblico ministero e destinata unicamente ad acquisire non prove ma elementi di prova per accertare se si dovesse esercitare l'azione penale oppure richiedere l'archiviazione: nell'eventualità che si rendesse indispensabile l'acquisizione di prove prima del dibattimento (a causa della prevista impossibilità di acquisizione della prova stessa in sede dibattimentale) si prevedeva il c.d. incidente probatorio (del tutto eccezionale), nel quale la prova veniva assunta, nel corso dell'inchiesta preliminare, in contraddittorio delle parti e da un organo giurisdizionale.

7. Connotazioni del codice vigente

Il codice di procedura penale del 1988 si rifà a questa terza prospettiva di riforma distinguendo tra procedimento e processo penale. Il procedimento è integrato dalla fase delle indagini preliminari compiuta dal pubblico ministero e destinata ad acquisire elementi di prova per le "determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale" e, cioè, per decidere se esercitare o no l'azione penale. Con l'esercizio dell'azione penale si acquisisce la qualità di imputato ed inizia il pro-

cesso penale. L'assunzione della prova è, quindi, riservata al dibattimento con l'eccezione dell'incidente probatorio per le prove non rinviabili al dibattimento stesso.

Il nuovo processo è, inoltre, previsto come un processo di parti e, quindi, si è accentuata la natura accusatoria del pubblico ministero e si è data attuazione al principio dispositivo nel senso che le prove sono ammesse a richiesta di parte e non disposte d'ufficio dal giudice. Ciò determina una effettiva terzietà del giudice. Infatti, mentre nel sistema previsto dal codice Rocco il giudice del dibattimento conosceva i risultati dell'istruzione e, nel caso di istruzione formale, le valutazioni del giudice istruttore espresse nel provvedimento di rinvio a giudizio, nel sistema attuale il giudice del dibattimento non conosce le indagini preliminari ed assiste al formarsi della prova in sede dibattimentale nel contraddittorio delle parti.

Contraddittorio nel momento di formazione della prova, principio dispositivo, terzietà del giudice sono (o, più esattamente, come vedremo, avrebbero dovuto essere) i principi fondamentali del nuovo codice.

Naturalmente il legislatore si è reso conto che sarebbe stata utopistica l'attuazione di tali principi se il numero dei dibattimenti fosse rimasto quello del sistema precedente. Proprio al fine di ridurre drasticamente detto numero ha previsto dei riti speciali diretti a deflazionare il dibattimento: tra questi i più importanti sono l'applicazione della pena su richiesta delle parti ed il giudizio abbreviato.

8. *La modifica dell'art. 111 Cost.*

Per assicurare una piena attuazione dei principi del processo accusatorio il Parlamento, con la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, ha riformato l'art. 111 Cost. facendo precedere il comma 1° dai commi seguenti: «La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del

tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà davanti al giudice di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. 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 sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.

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 provata condotta illecita».

L'introduzione di queste disposizioni è stata salutata con espressioni altisonanti asserendo che, in tal modo, si è finalmente garantita l'attuazione del processo accusatorio posto che le leggi ordinarie contrastanti con i principi del giusto processo non potranno non essere dichiarate costituzionalmente illegittime.

A nostro avviso la modifica dell'art. 111 Cost. non giustifica eccessivi entusiasmi.

In primo luogo, va rilevato che non ha senso parlare di giusto processo regolato dalla legge in quanto il processo regolato dalla legge non può che essere giusto a meno di seguire una esasperata concezione giusnaturalistica del diritto che giunga a negare validità di legge a disposizioni non conformi a principi di diritto naturale. Tesi che nessuno si permette di sostenere e che disconoscerebbe l'esistenza del positivismo giuridico.

Inoltre, non costituisce certo una novità il richiedere condizioni di parità davanti a un giudice terzo, l'asserire che la legge assicura una ragionevole durata del processo, che la persona accusata di un reato deve essere informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa nel più breve tempo possibile e così via. La legge delega 16 febbraio 1987, n. 81 al punto 2 stabilisce come direttiva per il legislatore delegato l'obbligo di adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia. Si pensi all'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (Diritto ad un processo equo) che appunto prevede il diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, il diritto dell'accusato ad essere informato, nel più

breve tempo possibile, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico, il diritto ad interrogare o far interrogare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'interrogazione dei testimoni a discarico. Disposizioni del tutto analoghe sono contenute nel Patto internazionale sui diritti civili e politici.

Il ritenere il codice vigente non del tutto conforme alle predette norme, a cui la legge delega imponeva di adeguarsi, giustificava la ravvisabilità di un vizio di legittimità costituzionale per eccesso di delega delle disposizioni che apparissero contrastanti con i suddetti principi. L'averle ribadite nel dettato costituzionale è opportuno ma non rappresenta certo una grande novità.

Inoltre, il punto 3 dell'art. 2 della legge delega disponeva «la partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento», usando una locuzione molto più lata e garantista di quella utilizzata dal comma 2° dell'art. 111 Cost. là ove prevede che «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo e imparziale». Infatti, la parità tra accusa e difesa era prevista dal punto 3 della legge delega non solo con riferimento al processo ma pure al procedimento e, quindi, anche per la fase delle indagini preliminari, il che appare, a ben vedere, utopistico. Pertanto, qualunque disposizione del codice che risultasse contrastante con la parità predetta risultava e risulta viziata di legittimità costituzionale per eccesso di delega. Il vizio di legittimità costituzionale per violazione di tale parità oggi prospettabile *ex art. 111* non comporta, quindi, una grande novità.

La vera novità è contenuta nell'ultima parte del comma 4° dell'art. 111 Cost.: «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». Infatti, è stato elevato a livello di dignità costituzionale il c.d. principio del contraddittorio per la prova, vale a dire il principio che la prova si ha soltanto quando sia stata assunta con l'attuazione del contraddittorio nel momento di formazione della prova. A ben vedere, l'art. 24 comma 2° Cost. («la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento») poteva anche interpretarsi nel senso di assicurare la garanzia del contraddittorio nel momento di formazione della prova ma tale interpreta-

zione era discutibile. Il nuovo dettato costituzionale garantisce in modo inequivocabile il contraddittorio predetto e rende costituzionalmente illegittime quelle disposizioni che consentano, in assenza del consenso dell'imputato, un'affermazione di responsabilità basata su dichiarazioni rese da soggetti che abbiano reso impossibile l'attuazione del contraddittorio per la prova.

Questa disposizione ha determinato il sorgere di gravissimi problemi di legittimità costituzionale rendendo inevitabile, come vedremo, la riforma di importanti disposizioni quale, ad esempio, l'art. 513 c.p.p. (v. *infra*, p. 584 ss.).

L'aver disposto nell'art. 111 comma 4° che «il processo è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova» e che, quindi, si ha prova unicamente, come si è detto, quando il risultato probatorio sia stato realizzato in seguito all'attuazione del contraddittorio nel momento di formazione della prova, comporta, posto che il giudice deve decidere sulla base delle prove, che il contraddittorio è una connotazione della giurisdizione, il suo statuto epistemologico come efficacemente è stato detto (GIOSTRA). In altri termini, il dettato costituzionale fa sì che il contraddittorio non possa più considerarsi unicamente una estrinsecazione del diritto di difesa, posto che «il contraddittorio quale garanzia metodologica e il contraddittorio quale prerogativa *abdicabile* del diritto di difesa non sono realtà compatibili: ciò che attiene ai caratteri connotativi della giurisdizione non può essere nella disponibilità delle parti» (GIOSTRA). Più semplicemente non si può rinunciare ad una connotazione della giurisdizione e, quindi, l'imputato, così come non può rinunciare alla imparzialità del giudice, non potrebbe rinunciare al contraddittorio nel momento di formazione della prova. Conclusione che sembra essere smentita dallo stesso art. 111 Cost. là ove dispone nel comma 5° che «la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato». Questa disposizione dimostra che il legislatore, subito dopo aver asserito che si ha prova solo quando vi sia stato contraddittorio nell'assunzione della stessa, riconosce che può considerarsi prova l'atto di indagine effettuato senza attuazione del contraddittorio nei casi in cui la legge prevede che l'imputato vi consenta. Peraltro, posto che il contraddittorio è esercitato non solo dall'imputato ma anche dalle altre parti del processo l'interpretazione di questa norma appare problematica (sul punto v. *infra*, p. 595 ss.).

Capitolo Secondo

La successione delle leggi processuali penali nel tempo e le disposizioni transitorie del nuovo codice di procedura penale

SOMMARIO: 1. Il principio del *tempus regit actum*. – 2. L'operatività del principio *tempus regit actum* in materia probatoria. – 3. Impossibilità di riferire l'art. 2 c.p. alle norme processuali penali. – 4. Impossibilità di basare la retroattività della legge processuale penale più favorevole al reo sul disposto dell'art. 25 comma 2° Cost. – 5. Il problema, vigente il codice Rocco, della ultrattività della legge processuale penale più favorevole in materia di libertà personale. – 6. Le disposizioni transitorie del nuovo codice. – 7. La valutazione degli atti già compiuti di polizia giudiziaria o istruttori come atti di indagine preliminare. – 8. L'ultrattività delle norme del codice abrogato. – 9. Disposizioni transitorie e custodia cautelare. – 10. Disposizioni transitorie e riti differenziati diretti a deflazionare il dibattito.

1. Il principio del *tempus regit actum*

L'entrata in vigore del nuovo codice ha riproposto i problemi ricollegati alla successione delle leggi processuali penali nel tempo e, quindi, ad un'eventuale ultrattività della normativa abrogata oppure retroattività della nuova normativa.

Con riferimento al sistema processuale del codice Rocco, si è sostenuto che la ultrattività o la retroattività della legge processuale penale va valutata in relazione al compimento degli atti processuali che le norme processuali sono chiamate a regolare, e non in relazione alla commissione del reato.

In altri termini, dato che «si ha successione di norme giuridiche quando un fatto o un rapporto viene ad essere regolato da una nuova norma», per applicare esattamente il principio *tempus regit actum*, occorre tener presente che il tempo di applicazione della legge processuale penale non è il tempo della commissione del reato bensì il “tempo del processo”.