

Dispensa di DIRITTO PROCESSUALE PENALE Secondo Parziale

A cura di Carla Moras

Dalle lezioni dell'A.A. 2021/2022 della classe 20



IUS@B

Sommario

Libro III - LE PROVE	5
Titolo I - Disposizioni generali	5
Il diritto alla prova	5
Il procedimento probatorio: istruzione dibattimentale	7
L'inutilizzabilità della prova	7
La valutazione della prova	8
Titolo II - Mezzi di prova	9
La testimonianza	9
L'esame dell'imputato	12
La testimonianza assistita	14
Il confronto	15
La ricognizione	15
La perizia	16
Esperimenti giudiziali	17
La prova documentale	18
L'uso dibattimentale degli atti di altri procedimenti penali	19
Titolo III - Mezzi di ricerca della prova	19
Principi costituzionali	19
Ispezioni	20
Perquisizioni	20
Sequestro probatorio	21
Intercettazioni	21
Libro IV - MISURE CAUTELARI	24
Garanzie costituzionali	24
Titolo I - Misure Cautelari Personali	25
Capo I - Disposizioni generali	25
Capo IV - Forma ed esecuzione dei provvedimenti	29
Capo VI - Impugnazioni	35
Titolo II - Le misure cautelari reali	39
Il sequestro conservativo	39
Il sequestro preventivo	40
Libro V - INDAGINI PRELIMINARI E UDIENZA PRELIMINARE	40
Il contesto: crisi e trasformazione di un modello	41
Le indagini preliminari: profili funzionali e strutturali	41
I soggetti delle indagini preliminari	42
Il pubblico ministero	42
La polizia giudiziaria	42
Il G.I.P.	43
La persona sottoposta ad indagini	43
La persona offesa dal reato	43
Il difensore	44
Titolo II - Notizia di reato	44
Registro delle notizie di reato	44
Titolo III - Condizioni di procedibilità	45
Titolo VI - Arresto in flagranza e fermo	47
Arresto in flagranza di reato	47
Fermo di indiziato delitto	47

Titolo IV e V - Attività a iniziativa della polizia giudiziaria e Attività del pubblico ministero	48
L'accertamento tecnico non ripetibile.....	50
Titolo VII - Incidente probatorio.....	51
Procedimento	53
Utilizzabilità nel dibattimento delle prove assunte nell'incidente probatorio	54
La difesa nelle indagini.....	55
Informazione di garanzia	55
Informazione della persona sottoposta alle indagini sul diritto di difesa	55
L'investigazione difensiva	55
Investigazioni difensive <i>a confronto</i> con le indagini preliminari	56
Titolo VIII - Chiusura delle indagini preliminari	57
Richiesta di archiviazione nei confronti di un indagato.....	57
Procedimento contro ignoti: richiesta di archiviazione.....	59
Avviso di conclusione delle indagini	60
L'esercizio dell'azione penale	61
Titolo IX - Udienza preliminare	62
La richiesta di rinvio a giudizio	62
Finalità dell'udienza preliminare	63
L'udienza preliminare	64
Sentenza di non luogo a procedere.....	65
Impugnabilità della sentenza di non luogo a procedere	66
Il decreto che dispone il giudizio	67
Il fascicolo del p.m. e il fascicolo per il dibattimento	67
Libro VII - IL GIUDIZIO.....	68
Lo sviluppo del giudizio di I grado.....	69
Titolo I - Atti preliminari al dibattimento	69
Titolo II - Dibattimento	70
1. Esposizione introduttiva	71
2. Ammissione delle prove	72
3. Istruzione dibattimentale in senso stretto (Capo III)	73
Capo IV - Nuove contestazioni.....	77
4. Discussione finale (Capo V)	79
Titolo III - Sentenza.....	79
Capo I - Deliberazione	79
Capo II - Decisione	79
LIBRO VI - I PROCEDIMENTI SPECIALI	80
Titolo II - Applicazione della pena su richiesta delle parti.....	81
Titolo I - Giudizio abbreviato	82
Titolo IV - Giudizio immediato	85
Giudizio immediato richiesto dal p.m.....	85
Giudizio immediato richiesto dall'imputato	85
Titolo III - Giudizio direttissimo	86
Titolo V - Procedimento per decreto	87
Opposizione al decreto penale di condanna	87
LIBRO IX - IMPUGNAZIONI.....	88
Il quadro costituzionale	88

Titolo I - Disposizioni generali.....	88
I termini dell'impugnazione.....	89
Effetto sospensivo	90
Effetto devolutivo	90
Effetto estensivo	90
Inammissibilità del mezzo	91
Titolo II - Appello.....	91
Soggetti legittimati all'appello.....	91
La cognizione del giudice di appello	92
L'appello incidentale	93
Il procedimento d'appello	94
La decisione del giudice d'appello.....	95
Titolo III - Ricorso per cassazione.....	96
Differenze tra appello e ricorso per cassazione	96
I motivi del ricorso per cassazione	96
Soggetti legittimati al ricorso per cassazione	97
Il procedimento	97

Dispensa curata e revisionata da Carla Moras

ATTENZIONE!

Questa dispensa è basata sugli appunti del corso di Diritto Processuale Penale (Classe 20) e sul Codice Sistemático di Procedura Penale di H. Belluta, M. Gialuz, L. Lupária. Pertanto, non è volta a sostituire in alcun modo lo studio sul libro di testo, ma rappresenta solo uno strumento per facilitare la comprensione e la memorizzazione degli argomenti d'esame.

Libro III - LE PROVE

Titolo I - Disposizioni generali

Il diritto alla prova

Il nostro Codice di Procedura Penale del 1988, adottando il modello di stampo accusatorio, ha inserito un principio, presente anche all'interno della nostra carta costituzionale: il diritto e l'esigenza di "difendersi provando". Il giudice, cioè, valuta la responsabilità penale dell'imputato unicamente in base alle prove che si sono formate nel contraddittorio dalle parti. Le prove introdotte nel processo sono, dunque, fondamentali, perché costruiscono gli unici elementi che il giudice può prendere in considerazione. L'**art. 190** c.p.p. disciplina il diritto alla prova, cioè le modalità attraverso cui le prove vengono introdotte all'interno del processo, soprattutto in una fase: quella del dibattimento. Vediamo i primi due commi:

*"1. 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.*

2. La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio."

L'iniziativa probatoria è, dunque, affidata alle **parti**¹, queste effettuano la richiesta e il giudice provvede senza ritardo, con ordinanza, a verificare se quella prova può essere formata nel contraddittorio delle parti. Le parti hanno il diritto di **chiedere** (al giudice) e di **ottenere** da parte del giudice l'ammissione della prova. L'art. 190 c.p.p. ci dice anche che quando una parte ottiene l'ammissione di una prova, l'altra parte ha diritto automaticamente ad ottenere la prova contraria. Ad esempio: il p.m. chiede l'ammissione di alcuni testimoni su una determinata circostanza e questa richiesta viene ammessa, allora l'imputato ha diritto ad ottenere l'introduzione di altri testimoni sulla medesima circostanza, e così a parti inverse (diritto alla controprova) C'è dunque un **onere formale della prova**: le parti devono chiedere al giudice l'ammissione del mezzo di prova. Se l'onere è soddisfatto, il mezzo di prova è ammesso (ovviamente la prova ammessa deve poi essere **assunta**, **acquisita**, formata nel contraddittorio delle parti). Se l'onere non è soddisfatto, la regola prevista dall'art. 190 c.p.p. è che il mezzo di prova non è ammesso: se manca la richiesta, la prova non può essere introdotta. Il **co. 2** introduce un'eccezione: la legge determina i casi in cui la prova può essere ammessa d'ufficio, in assenza della richiesta della parte: c'è quindi un principio di **tassatività**, soltanto nei casi previsti dalla legge è prevista la possibilità per il giudice di introdurre delle prove in assenza della soddisfazione dell'onere formale della parte. C'è poi un **onere sostanziale della prova**: una volta che questa è ammessa e acquisita, deve avere la capacità di convincere il giudice. Se la richiesta è del p.m., l'onere sostanziale sarà soddisfatto nel momento in cui quella prova è riuscita a superare ogni ragionevole dubbio circa la responsabilità dell'imputato (L'art. **533** c.p.p. al co.1 sancisce, infatti, che: "*Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestato al di là di ogni ragionevole dubbio*. [...]"). Se la prova è richiesta dall'imputato, l'onere sostanziale sarà soddisfatto nel momento in cui la prova contribuisce a convincere il giudice che quella **presunzione di non colpevolezza** (art. 27 co. 2 Cost., 6 § 2 CEDU, 14 § 2 Patto int. e 48 § 1 Carta UE) non è stata superata.²

Per quanto concerne, poi, i **criteri della pronuncia sulla ammissibilità della prova**, il giudice risulta vincolato ad un duplice ordine di parametri (**art. 190 co. 1 c.p.p., disciplina ordinaria**). Da un lato,

¹ Tutte le parti: p.m., imputato, difensore, parte civile (dunque anche le parti eventuali), etc. La persona offesa non costituita parte civile può presentare "elementi di prova" (art. 90 co. 1 c.p.p.)

² L'affermazione di responsabilità dell'imputato impone il rispetto del rigoroso canone del **beyond any reasonable doubt (BARD)**, secondo un giudizio che, nel fondamentale rispetto della presunzione di innocenza, deve innervarsi su parametri di alta probabilità logica.

sul piano della valutazione di diritto, il giudice deve anzitutto escludere le prove “**vietate dalla legge**”, cioè quelle per le quali esiste un espresso divieto in ordine all’oggetto e al soggetto della prova, ovvero in ordine alla procedura di acquisizione probatoria. Ad esempio, nel nostro sistema vige il principio di autodeterminazione, di conseguenza qualsiasi prova che preveda tecniche capaci di limitare l'autodeterminazione (come la "macchina della verità") è esclusa, non può essere ammessa dal giudice anche se c'è stata richiesta dalla parte. D'altro lato, sul piano delle valutazioni di fatto, lo stesso giudice deve escludere le prove che risultino in concreto e manifestamente “**superflue**” o “**irrilevanti**”. La **verifica di non superfluità** comporta un giudizio sulla potenziale utilità della stessa, ad esempio: una parte chiede l'ammissione di 100 testimoni sulla medesima circostanza, il giudice verosimilmente non ammetterà tutti i testimoni a deporre sulla medesima circostanza, la prova può essere raggiunta con un numero inferiore previsto dal giudice, come 3 o 4 testimoni (**giudizio di superfluità**). La prova manifestatamente superflua è dunque ridondante rispetto ad altri mezzi di prova (sono già state ammesse prove simili sulla medesima circostanza). La verifica sulla rilevanza della prova si risolve in un giudizio circa la sua riconducibilità nell'ambito oggettivo delineato dall'art. 187 c.p.p.³ Si parla, dunque, di pertinenza al *thema probandum*.

Vi è poi una **disciplina eccezionale di ammissione della prova**, quella prevista dall'**art. 190-bis co. 1** c.p.p.: “*1. 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 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 lo ritiene assolutamente necessario sulla base di specifiche esigenze.*” Si tratta di una disciplina eccezionale che deroga ai normali criteri di ammissione della prova, riguarda solo i procedimenti per i delitti di **criminalità organizzata** di stampo mafioso o terroristico ex art. 51 co. 3-bis (non riguarda tutte le prove ma solo l'esame testimoniale). Inoltre, il co. 1-bis estende la disciplina ai processi per gravi delitti di natura sessuale ivi indicati, con specifico riferimento all'esame di un testimone **minore degli anni diciotto**. In questi procedimenti, l'esigenza è quella di **evitare l'“usura”** psicologica collegata alla eventualità di reiterate deposizioni sugli stessi temi (cd. usura del testimone) a cui si aggiunge, specialmente nel caso dei procedimenti per delitti di criminalità organizzata, l'esigenza di evitare l'esposizione a ripetuti **rischi o disagi personali**. Dunque, se non riguarda fatti o circostanze diversi o se il giudice non lo ritiene assolutamente necessario, la prova viene introdotta all'interno del processo mediante l'**acquisizione delle trascrizioni** della testimonianza resa nel primo procedimento.

Ritornando all'art. 190 co. 2 c.p.p., questo riconosce un potere di intervento *ex officio* in via eccezionale al giudice, vediamo alcuni esempi: nell'udienza preliminare, ai sensi dell'art. 422 co. 1 c.p.p., il giudice può disporre l'assunzione di prove ritenute decisive al fine della sentenza di non luogo a procedere; nella fase del dibattimento, in particolare l'art. 507 c.p.p.: una volta terminata l'assunzione di tutte le prove richieste dalle parti, il giudice, se risulta assolutamente necessario, dispone l'assunzione di nuovi mezzi di prova. Per quanto rilevante e significativa, sul piano dei rimedi agli eventuali squilibri verificatisi nel contraddittorio tra le parti, l'attribuzione all'organo giurisdizionale di un simile potere di intervento suppletivo assume un **risalto secondario e marginale**, tale in ogni caso da non compromettere l'originale impronta accusatoria della disciplina probatoria.⁴

³ Possono essere oggetto di prova fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza (co. 1), fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali (co.2).

⁴ Si potrebbe però obiettare quanto segue: nel caso previsto dal 422, il giudice agisce solo *favor rei*, questo non accade invece nell'ipotesi prevista dal 507. È chiaro che questo potere del giudice inserisce per lo meno degli elementi di tensione con il sistema accusatorio, poiché il giudice, introducendo elementi nel processo, prende una posizione (non

Il procedimento probatorio: istruzione dibattimentale

Durante le indagini preliminari le parti (compreso il difensore) ricercano elementi di prova sui fatti oggetto di prova, se poi si dovesse arrivare a giudizio le parti ne chiederanno l'ammissione attraverso l'esercizio del diritto alla prova (richiesta di ammissione). Il giudice deve decidere se ammetterle. Principi fondamentali nell'acquisizione o assunzione della prova sono l'**oralità**, l'**immediatezza** e il **contraddittorio**. La prova regina nel processo penale è la prova orale, l'introduzione è orale, anche nel caso di prove scritte come un documento, questo deve essere spiegato oralmente; per quanto riguarda l'immediatezza, la prova si forma in quel momento, davanti al giudice, attraverso la partecipazione delle parti (contraddittorio). Questo riguarda qualsiasi prova, a prescindere che questa derivi da richiesta del p.m. o dell'imputato, alla formazione contribuiscono tutte le parti. Una volta che la prova è stata formata (o acquisita o assunta), insieme a tutte le altre, sarà valutata dal giudice secondo il suo libero convincimento. Seguirà la sentenza. (C'è poi l'eccezione prevista dal co. 2 del 190: iniziativa probatoria *ex officio*, in questo caso, si passa direttamente alla fase di acquisizione o assunzione delle prove)

Ci sono poi alcune prove che vengono introdotte all'interno del procedimento anche se si sono formate non nel contraddittorio delle parti. Nel nostro sistema, il **co. 5 dell'art. 111 Cost.** prevede la possibilità che all'interno del processo siano introdotte delle prove che si sono formate al di fuori del contraddittorio e non davanti al giudice che decide: *"la legge determina i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio."* Uno di questi casi è il consenso delle parti oppure l'eventualità in cui la prova è divenuta irripetibile.

L'inutilizzabilità della prova

L'**art. 191 c.p.p.** disciplina le caratteristiche generali dell'inutilizzabilità, ossia il vizio che è suscettibile di colpire gli atti probatori e che si affianca alle altre **invalidità** degli atti processuali, come le nullità ex artt. 177 s. c.p.p.:

"1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate."

2. L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento."

2-bis. 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."

Si tratta di un vizio che colpisce le **prove illegittime**, perché **acquisite contra legem**, cioè nell'inosservanza di un divieto concernente il momento della loro **ammissione** o **acquisizione**. Assume in tal modo risalto la categoria della inutilizzabilità intesa come vizio e come sanzione processuale. In questa si riflette palesemente l'indirizzo politico-legislativo diretto a diversificare la sanzione prevista per vizi del procedimento di acquisizione della prova rispetto alla tradizionale sanzione della nullità, riservata ai vizi di forma degli atti per i quali essa venga espressamente comminata (art. 177 c.p.p.). Questa differenza viene in rilievo, tra l'altro, soprattutto con riferimento al regime di rilevanza del vizio che, contrariamente a quanto accade nella maggior parte dei casi di nullità, **non ammette sanatorie**, essendo modellato sullo schema del regime previsto per le nullità assolute.⁵ La inutilizzabilità della prova, infatti, è rilevabile *"anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento"* (**co. 2**)

è più terzo e imparziale). Inoltre, alla luce del 507, potremmo chiederci: a che punto si può ritenere sufficiente il quadro probatorio?

⁵ Il regime di rilevanza è identico, inoltre, a quello del difetto di giurisdizione ai sensi dell'art. 29 e dell'incompetenza per materia ex art. 21.

La valutazione della prova

Passando al regime di valutazione della prova, risulta innanzitutto ribadito dall'art. 192 c.p.p. il **principio del libero convincimento** del giudice, con esclusivo riferimento al **momento della valutazione della prova**, non anche a momenti anteriori del procedimento probatorio. Questa esigenza di legalità circa il momento valutativo della prova trova la sua conferma nella previsione del necessario raccordo tra le valutazioni operate dal giudice e la motivazione dei provvedimenti che ne siano derivati, infatti, al **co. 1**, l'art. 192 c.p.p. prevede che: *"1. Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati."* Il giudice deve dare spiegazione sia dei **risultati acquisiti** che dei **criteri adottati**: questo obbligo di motivazione, cioè, rappresenta un limite intrinseco alla libertà di convincimento del giudice ma anche la premessa logica imprescindibile per l'esercizio del successivo controllo sulle linee di formazione di quel convincimento. Di conseguenza, attraverso i doverosi passaggi argomentativi, il giudice deve ricostruire il **percorso logico-conoscitivo** che lo ha portato ad apprezzare in un certo modo le prove disponibili ed a trarne determinate **conclusioni** (questo obbligo motivazionale permette poi l'impugnazione, sollevando qualche perplessità di fronte ad un certo criterio o al percorso logico che ha portato il giudice a una determinata conclusione). Oltre al **limite razionale** derivante dall'obbligo di motivazione, l'art. 192 c.p.p. pone poi alcuni **limiti di tipo normativo**. In particolare, la norma individua **due**

"regole di giudizio" volte a circoscrivere la sfera di libero apprezzamento probatorio: (I) al **co. 2** il 192 dispone: *"2. L'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti."*⁶ In questo caso, il termine "indizi" fa riferimento alla prova indiretta, alla prova critica, che non riguarda esattamente il fatto da provare ma un altro fatto e che obbliga il giudice ad applicare una massima di esperienza o una legge scientifica per ritenere provato il fatto provato. La **gravità** attiene alla forza dimostrativa dell'indizio cioè il rapporto molto vicino tra l'indizio e il fatto da provare. La **precisione** riguarda la possibilità che quell'indizio non possa essere interpretato in maniera diversa, può essere soggetto solo a un tipo di lettura, porta solo in una direzione. Con **concordanza** si intende che quell'indizio non deve essere contraddetto da altri indizi che portano in una direzione opposta o diversa. (II) Al **co. 3**: *"3. Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità."* (art. 12 connessione, competenza). In altre parole, le dichiarazioni provenienti da una di tali persone non possono venire valutate *ex se*, ma solo unitamente ad altri elementi di prova. Questo perché su di esse vige una **presunzione relativa di inattendibilità** che può essere superata solo se oltre a quelle dichiarazioni vi sono altri elementi che portano a considerarle attendibili. Questo perché il coimputato del medesimo reato o l'imputato in un procedimento connesso o collegato non è disinteressato rispetto all'esito del processo; dunque, le sue dichiarazioni non possono essere valutate come quelle di un testimone che invece è completamente disinteressato rispetto all'esito del processo. Necessitano quindi di **elementi di riscontro intrinseci ed estrinseci** (art. 192 co. 3 e co. 4)⁷, cioè in grado di dimostrare che il coimputato era attendibile e che ciò che è dichiarato è confermato da elementi diversi dalle sue dichiarazioni. Lo stesso vale nei confronti delle dichiarazioni rese dall'imputato di un "reato collegato": *"4. La disposizione del comma 3 si applica anche alle dichiarazioni rese da persona imputata di un reato collegato a quello per cui si procede nel caso previsto dall'articolo 371 comma 2 lettera b)."*⁸, nonché nei confronti delle dichiarazioni

⁶ Secondo la tradizionale formula mutuata dalla disciplina civilistica delle presunzioni (art. 2729 c.c.)

⁷ È palese la deroga così apportata al principio del libero convincimento del giudice.

⁸ art. 371 co. 2 lett. b): "e si tratta di reati dei quali gli uni sono stati commessi in occasione degli altri, o per conseguirne o assicurarne al colpevole o ad altri il profitto, il prezzo, il prodotto o l'impunità, o che sono stati

rese dall'imputato che abbia assunto l'ufficio di testimone, per effetto del disposto ex art. 197-bis co. 6 c.p.p.

Insieme a questi due limiti normativi al libero convincimento del giudice, il codice prevede un'ulteriore ipotesi di limite al principio del libero convincimento del giudice all'art. 526 co. 1-bis c.p.p. Questo prevede che: "*la colpevolezza dell'imputato non possa essere provata sulla base di dichiarazioni di chi, per libera scelta, si sia sempre volontariamente sottratto all'esame da parte dell'imputato o dal suo difensore.*" Qui si è chiaramente operata una trasposizione della regola enunciata nella seconda parte dell'art. 111 co. 4 Cost.⁹, da cui risulta come, a livello costituzionale, la relativa regola probatoria operi nelle sole ipotesi in cui il dichiarante si sia "sottratto" all'esame in contraddittorio. Si tratta di una disposizione inserita con la l. 1.3.2001 n. 63, che ha sostanzialmente recepito le garanzie dell'equo processo dell'art. 6 Cedu.

Titolo II - Mezzi di prova

Dopo aver illustrato i principi generali in tema di prova vediamo quali sono le prove *tipiche*, disciplinate nel c.p.p. e che, a differenza di quelle *atipiche*, sono ritenute dal legislatore strumenti idonei a dimostrare il fatto oggetto di prova. Rientriamo sempre nell'art. 187 c.p.p. che ci dice cosa può essere oggetto di prova, tutto ciò che fuoriesce dal suo perimetro non può essere dimostrato attraverso le prove che sono disciplinate nel Titolo II e nel Titolo III. Vi è una differenza tra **mezzi di prova** e mezzi di ricerca della prova. I primi forniscono immediatamente delle informazioni utilizzabili dal giudice per prendere la propria decisione, ad esempio la testimonianza può essere inserita dal giudice tra gli elementi che ritiene di utilizzare per la propria sentenza, se il testimone dichiara di aver visto l'imputato sul luogo dell'omicidio, una volta ritenuto il testimone credibile, la sua dichiarazione è idonea a provare che l'imputato si trovava sul luogo dell'omicidio. I **mezzi di ricerca della prova** hanno come compito quello di permettere l'acquisizione dei mezzi di prova, essi non integrano di per sé la fonte del convincimento giudiziale ma possono essere eventualmente utilizzati dal giudice. Si pensi ad esempio ad un'ispezione, ad esito di questa si potrebbe rinvenire qualcosa di utile per il convincimento del giudice, ma di per sé essa non fornisce un elemento conoscitivo.

Il c.p.p. prevede come mezzi di prova la *testimonianza*, *l'esame delle parti*, il *confronto*, la *ricognizione*, *l'esperimento giudiziale*, la *perizia* e la *prova documentale*.

La testimonianza

Questa è il primo mezzo di prova che prevede il codice al Titolo II, agli **artt. 194 ss.** c.p.p. È la prova regina del processo penale poiché è la più utilizzata; il processo penale, infatti, è improntato al principio dell'oralità. L'art. 196 c.p.p. dispone che **ogni persona** ha la **capacità** di testimoniare (anche i minorenni), ossia di rendere una deposizione testimoniale; tuttavia, poi il giudice può effettuare anche d'ufficio degli accertamenti volti ad accertare l'idoneità fisica o mentale a rendere testimonianza. Il codice è molto attento a preservare esigenze di tutela di persone fragili, come può essere un minore, nelle tecniche volte ad esaminare il testimone minorenne si utilizzano, infatti, delle regole diverse rispetto a quelle previste per i maggiori di 18 anni. L'art. 194 c.p.p. sancisce cosa può essere **oggetto** della testimonianza; questa può avere ad oggetto **fatti determinati** che

commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre, ovvero se la prova di un reato o di una sua circostanza influisce sulla prova di un altro reato o di un'altra circostanza"

⁹ Principio già sancito nell'art. 6 § 3 lett. d Cedu.

costituiscono **oggetto di prova** (quindi non tutti i fatti), l'**art. 187**, infatti, determina i confini dell'escussione del testimone. Non può, dunque, ammettersi testimonianza sulla moralità dell'imputato, su voci correnti, su apprezzamenti personali. Questi non sono fatti determinati, il giudice, al momento di ammettere il testimone, deve valutare se la circostanza rientra nell'oggetto della prova e quindi nell'imputazione. Così è fatto **divieto** anche di testimoniare sulle dichiarazioni rese dall'imputato (indagato) nel corso del procedimento (art. 62 c.p.p.). E così per la polizia giudiziaria, riguardo alle dichiarazioni verbalizzate delle "persone informate sui fatti" (art. 195 c.5 c.p.p.): il p.m. delega la polizia giudiziaria ad assumere sommarie informazioni su persone che ritiene avere elementi utili sulla vicenda, il contenuto di queste sommarie informazioni non può essere oggetto di testimonianza da colui che le ha raccolte (in altre parole, il p.m. non può chiamare la polizia giudiziaria che ha redatto quel verbale perché riferisca di quel verbale). Dobbiamo poi soffermarci sulla persona del testimone e gli **obblighi** del testimone, art. 198 c.p.p.: "**1. Il testimone ha l'obbligo di presentarsi al giudice e di attenersi alle prescrizioni date dal medesimo per le esigenze processuali e di rispondere secondo verità alle domande che gli sono rivolte.**", (1) **presentarsi**: sul piano procedimentale, la mancata presentazione del testimone produce gli effetti di cui all'art. 133, cioè l'accompagnamento coattivo; (2) **rispondere secondo verità**: non si tratta di un giuramento, il testimone legge una dichiarazione con il quale si impegna a rispondere secondo verità, non rispondere o rispondere falsamente integra una fattispecie di reato: art. 372 c.p., Falsa testimonianza.¹⁰ Questo obbligo di deporre non si estende alle risposte autoincriminanti: **diritto al silenzio sul fatto proprio**.

Possiamo dunque delineare alcune **eccezioni** all'obbligo del testimone di "*rispondere secondo verità alle domande che gli sono state rivolte*":

- (I) Innanzitutto, l'art. 198 co. 2 prevede una garanzia contro il rischio della *self-incrimination* o **privilegio contro l'autoincriminazione**, affermando che: "**2. Il testimone non può essere obbligato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale.**" Se il testimone conosce i probabili effetti autoincriminanti delle sue dichiarazioni, si avvale del diritto al silenzio. Se il testimone di fronte alla domanda decide di non tacere e di non avvalersi del privilegio ex art. 198 co. 2, allora deve rispondere e deve farlo secondo verità. Premesso che valgono naturalmente i divieti di cui all'art. 188¹¹, il diritto al silenzio del testimone su fatti da cui potrebbe emergere una sua responsabilità penale si raccorda con la garanzia prevista dall'art. 63 co. 1, e delinea una forma di tutela anticipata rispetto a quella fornita da quest'ultima disposizione. Nel caso in cui il testimone non si avvalga del diritto al silenzio scatta la tutela dell'art. 63 co. 1, che responsabilizza l'autorità procedente (p.g., p.m., giudice): appena il giudice si rende conto che il soggetto fornisce elementi autoincriminanti deve fermare la deposizione, avvertire il soggetto dell'autoincriminazione ed invitarlo a nominare un difensore. Inoltre, le dichiarazioni autoincriminanti rese in sede di testimonianza non sono utilizzabili né punibili. Qualora il giudice erroneamente non riconosca l'esistenza del privilegio e obblighi il testimone a rispondere vi sono due opzioni: a) il testimone tace e non è punibile; b) nell'ipotesi in cui il testimone risponda la dichiarazione non è utilizzabile e un'eventuale falsità non è punibile. Vi sono poi altre eccezioni:

¹⁰ NB: il testimone ignora il motivo della sua chiamata quando si presenta in tribunale, non conosce la vicenda (non presenza in aula durante l'udienza). Tuttavia, in alcune circostanze, il testimone potrebbe già conoscere o essere informato sulla vicenda: nel corso delle indagini preliminari è possibile che il testimone sia stato sentito come "persona informata sui fatti" dal p.m. o dalla polizia giudiziaria delegata: le sue dichiarazioni vengono verbalizzate all'interno del verbale SIT (Sommarie Informazioni Testimoniali). Questo verbale è conosciuto solo dal p.m. e successivamente dalla difesa alla conclusione delle indagini (deposito in cancelleria, diritto del difensore di farne copia).

¹¹ Tutela della libertà di autodeterminazione.

- (II) **facoltà di astensione** e diritto al relativo avviso dei **prossimi congiunti** dell'imputato (art. 199 c.p.p.): il legislatore ha compreso che l'obbligo di rispondere secondo verità poteva creare un problema rispetto alla naturale esigenza da parte del prossimo congiunto di non porre il proprio parente in una situazione di difficoltà. Il cd. **segreto familiare** mira ad evitare conflitti psicologici e morali in capo al prossimo congiunto dell'imputato, assicurandogli la piena libertà di autodeterminazione. Il codice, dunque, tutela il diritto di preservare i rapporti familiari, lasciando la scelta al testimone. Il **co. 1**, infatti, prevede che: "*I prossimi congiunti dell'imputato non sono obbligati a deporre* [...]". Il codice prevede questa facoltà nel momento in cui l'equilibrio familiare non sia già stato "rotto" all'origine, il **co. 1**, infatti, prosegue in questo modo: "*Devono tuttavia deporre quando hanno presentato denuncia, querela o istanza ovvero essi o un loro prossimo congiunto sono offesi dal reato*." Pensiamo al testimone persona offesa che ha denunciato il proprio congiunto, ad esempio la moglie denuncia i maltrattamenti del marito, allora non c'è nessuna necessità di preservare un equilibrio. Si tratta di una facoltà di astensione all'intera deposizione, se il testimone decide di sottoporsi all'esame deve poi rispondere a tutte le domande secondo verità. Il **co. 2** sancisce che l'omissione dell'avviso circa la facoltà di astensione è presidiato da **nullità relativa**, quindi, soggetta a sanatoria ex art. 183 lett. b. c.p.p.: "*Il giudice, a pena di nullità avvisa le persone predette della facoltà di astenersi chiedendo loro se intendono avvalersene*." Anche se la norma parla di nullità, la conseguenza è comunque l'*inutilizzabilità* della deposizione. È importante sottolineare che l'esenzione vale solo per l'obbligo di rispondere e non copre quindi gli altri doveri che incombono sul testimone. Il prossimo congiunto è dunque tenuto a comparire davanti al giudice. Cosa si intende per prossimo congiunto? Il **co. 3** fornisce alcune specifiche: "*Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano anche a chi è legato all'imputato da vincolo di adozione. Si applicano inoltre, limitatamente ai fatti verificatisi o appresi dall'imputato durante la convivenza coniugale o derivante da un'unione civile tra persone dello stesso sesso:*
a) a chi, pur non essendo coniuge dell'imputato, come tale conviva o abbia convissuto con esso;
b) al coniuge separato dell'imputato;
c) alla persona nei cui confronti sia intervenuta sentenza di annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio o dell'unione civile tra persone dello stesso sesso contratti con l'imputato."
- (III) Nell'ambito delle eccezioni all'obbligo del testimone di rispondere secondo verità alle domande che gli sono state rivolte, vi è poi la cd. **disciplina dei segreti**, prevista dagli artt. 200-202 c.p.p. In particolare, il codice prevede la possibilità di derogare all'obbligo del testimone di rispondere e di rispondere secondo verità a) nel caso in cui il testimone sia un professionista per cui vige il **segreto professionale** (art. 200 c.p.p.): professionista qualificato, ossia iscritto ad un albo (medici, avvocati, ministri di confessioni religiose, etc.) Questi soggetti hanno la facoltà di astenersi dal deporre, o meglio: "*Non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione del proprio ministero, ufficio o professione* [...]"; b) nel caso del **pubblico ufficiale, pubblico impiegato o incaricato di pubblico servizio**. Questi soggetti "*hanno l'obbligo di astenersi dal deporre su fatti conosciuti per ragioni del loro ufficio che devono rimanere segreti*." (art. 201 c.p.p.) In questo caso non si parla di facoltà ma di un vero e proprio **obbligo** di non deporre su fatti appresi nell'esercizio delle loro funzioni; c) per il **segreto di stato** (art. 202 c.p.p.).

C'è poi una testimonianza particolare, prevista dall'art. 195 c.p.p., cioè la **testimonianza indiretta**: testimonianza di colui che non ha percepito direttamente il fatto ma lo ha appreso attraverso la narrazione di un'altra persona. Siamo di fronte a una **prova critica** (e non una prova rappresentativa), facciamo qualche esempio: (i) prova rappresentativa: Caio afferma di aver visto

Bernardo uccidere Mario, lo ha visto con i suoi occhi; (ii) prova indiretta: il teste Mevio dice di aver sentito dire da Caio che Caio ha visto Bernardo uccidere Mario. Questo tipo di testimonianza è ammessa, però naturalmente è sottoposta a disciplina particolare, poiché si chiama un testimone che in realtà testimone non è che però può dare informazioni utili poiché

gli è stato raccontato un fatto da chi lo ha appreso direttamente. Il testimone (**indiretto**) non ha percepito personalmente il fatto ma lo ha conosciuto attraverso la narrazione di un'altra persona che chiameremo **testimone diretto** o **fonte**. La disciplina dell'art. 195 è volta a presidiare questo tipo di deposizione e inserire strumenti per verificare se effettivamente questo testimone indiretto fornisce un'informazione vera, che possa considerarsi cioè attendibile. È allora necessario, per poter ritenere utile questa testimonianza, che sia individuata la fonte. Se il testimone fonte non è individuato allora la testimonianza non è utilizzabile. Se il testimone fonte è individuato, allora c'è interesse a citare il testimone diretto: *"Quando il testimone si riferisce, per la conoscenza dei fatti, ad altre persone, il giudice, a richiesta di parte, dispone che queste siano chiamate a deporre."* (co. 1): allora anche la testimonianza indiretta è utilizzabile. La disciplina è infatti preordinata ad assicurare il contraddittorio con il teste di riferimento (o diretto). Se una delle parti chiede la citazione del testimone diretto ma l'esame risulta impossibile per morte, infermità o irreperibilità, anche in questo caso la testimonianza indiretta è utilizzabile. Se, invece, una delle parti chiede la citazione del testimone diretto ma il giudice non cita il testimone diretto, la testimonianza indiretta non è utilizzabile. Se nessuna parte chiede la citazione del testimone diretto: il giudice può citare **di ufficio** il testimone diretto, allora la testimonianza indiretta è utilizzabile.

Non è utilizzabile la testimonianza indiretta della **polizia giudiziaria** (195 co. 4) su dichiarazioni rese da un indagato nel corso di un atto del procedimento (artt. 62; 357 c.2 lett. b), su dichiarazioni acquisite da possibili testimoni nel corso delle sommarie informazioni di iniziativa della polizia (artt. 195 c.4, 351), sul contenuto di denunce, querele, istanze presentate oralmente (artt. 195 c.4, 357 c.2 lett. a). La *ratio* è quella di citare direttamente i soggetti che hanno reso quelle dichiarazioni. È **utilizzabile** la testimonianza indiretta della polizia giudiziaria su dichiarazioni rese da un possibile teste al di fuori dei casi precedenti (es.: dichiarazioni rese nel corso di rilievi, perquisizioni o sequestri); su dichiarazioni che costituiscono corpo del reato (es.: ingiuria, calunnia, favoreggiamento...); su affermazioni non narrative (es. consenso all'esame del sangue).

L'esame dell'imputato

Questo istituto è previsto dagli artt. **208, 209** c.p.p.

Prima di affrontare l'esame dell'imputato, dobbiamo ricordare la differenza tra il testimone e l'imputato. Il testimone ha obbligo di presentarsi e rispondere alle domande secondo verità, il testimone è un soggetto terzo, non ha interesse all'interno del procedimento, non ha una necessità difensiva, è un soggetto che "passava lì per caso" e ha delle informazioni utili per la ricostruzione della vicenda. Se invece passiamo alla figura dell'**imputato**, la posizione cambia notevolmente. Questo è il soggetto rispetto al quale è esercitata l'azione penale, all'imputato sono riconosciute una serie di garanzie. Come può portare il suo bagaglio conoscitivo all'interno processo? Attraverso l'**esame** dell'imputato. Proprio perché gli interessi sono diversi, all'imputato si riconosce una disciplina molto diversa rispetto a quella prevista per il testimone. Innanzitutto, l'art. **208** c.p.p. sancisce che l'imputato rende l'esame solo **se ne fa richiesta o vi consente**, il testimone invece è obbligato a presentarsi e rendere la testimonianza, l'imputato invece, per le garanzie riconosciute a livello costituzionale (come il diritto a non incriminarsi, il diritto al silenzio) può dare il proprio contributo all'interno del processo soltanto se questo risponde a una sua specifica strategia difensiva. L'esame dell'imputato non è l'unica modalità attraverso cui l'imputato può "offrire la sua versione" al giudice, esistono anche le **dichiarazioni spontanee**, cioè la possibilità per l'imputato di

rilasciare dichiarazioni in qualunque momento del processo. Queste sono dichiarazioni che l'imputato rilascia, non sono risposte ad un esame e ad un contro-esame, sono solo dichiarazioni e hanno il peso che possiamo immaginare: provengono da una persona che ha interesse a raccontare fatti in maniera diversa rispetto a come si sono svolti, in maniera difensiva. Il giudice può trarre da questi elementi per la decisione; tuttavia, le dichiarazioni rilasciate dall'imputato che non si sottopone all'esame hanno una **valenza probatoria minore**. Se raffrontiamo l'esame dell'imputato con quello del testimone, possiamo individuare delle differenze:

- (I) innanzitutto, l'imputato **non ha obbligo di presentarsi**, la presenza dell'imputato in udienza infatti è una scelta, senza l'imputato si procede comunque (è presente il suo difensore), si procede **in assenza**. L'imputato può però comparire in qualunque momento (il giudice allora revocherà la dichiarazione di assenza): potrebbe comparire in un momento in cui risulta utile al suo difensore oppure perché vuole rilasciare delle dichiarazioni spontanee oppure perché può aver deciso di sottoporsi all'esame, richiesto dal p.m. o dal difensore;
- (II) ovviamente l'imputato ha poi il **diritto al silenzio**, può decidere a quali domande rispondere. Inoltre, non ha l'obbligo di rispondere secondo verità. Alcuni autori, non quelli che ritroviamo nel nostro manuale, in dottrina hanno portato avanti, magari estremizzando, il "diritto alla menzogna" dell'imputato, alla luce del fatto che se il testimone dichiara il falso, compie un reato: la falsa testimonianza. Diversamente, la condotta dell'imputato che dichiara il falso non integra alcun reato. L'art. 209 c.p.p. aggiunge che se la parte "*rifiuta di rispondere a una domanda, ne è fatta menzione nel verbale*".¹²

Oltre all'imputato nel proprio processo, il codice considera altre due figure, art. 210 c.p.p.:

- l'imputato in un procedimento connesso, ai sensi dell'art. 12 co. 1 lett. a) c.p.p.: si tratta di casi di concorso nel reato, cooperazione, o se persone diverse con condotte indipendenti hanno contribuito a determinare l'evento: è possibile che ci siano più procedimenti distinti con imputati che hanno concorso tra di loro nella commissione del medesimo fatto;
- ipotesi di connessione previsti dall'art. 12 co. 1 lett. c) c.p.p.: se i reati per cui si procede sono stati connessi per eseguire o per occultarne gli altri; o quelli collegati proditoriamente (371 co. 2 lett. b.)

Se è vero che questi non sono imputati nel medesimo procedimento, questi non possono essere considerati dei testimoni. La posizione dell'imputato potrebbe infatti avere delle influenze anche sulla responsabilità dell'imputato del procedimento connesso, perché magari si parla di concorso di persone nel medesimo reato, se ad esempio per il nostro imputato vi sono elementi a carico, le dichiarazioni dell'altro coimputato possono essere "interessate", magari per cercare di riversare la responsabilità interamente nell'altro. Ecco perché il codice individua una disciplina particolare nel momento in cui queste figure sono sentite nel procedimento a carico dell'imputato per il quale si procede. Facciamo un esempio: Tizio ha ucciso Caio, Sempronio vuole aiutare Tizio e nasconde il corpo di Caio. Ci sarà un procedimento per Tizio per omicidio volontario. A carico di Sempronio potrebbe partire un procedimento per occultamento di cadavere. Sono due procedimenti distinti ma connessi ai sensi dell'art. 12 co. 1 lett. c). Quando Sempronio viene sentito nel procedimento a carico di Tizio, Sempronio potrebbe avere interesse, nel difendersi, a non dire la verità e se fosse obbligato a dire la verità, rilascerebbe delle dichiarazioni autoincriminanti.

Per questo motivo, il codice prevede l'**obbligo di presentarsi** (a differenza dell'imputato). Inoltre, a differenza del testimone, questi **sono assistiti da un difensore** e sono avvisati della facoltà di non rispondere. Il peso delle loro dichiarazioni non può essere valutato dal p.d.v. probatorio come quelle rilasciate da un testimone, poiché hanno un interesse, seppur mediato, nel processo in cui vengono

¹² È difficile trovare il significato di questa menzione, è possibile trarre degli elementi a carico nel momento in cui l'imputato, non rispondendo, esercita un proprio diritto?

sentiti¹³. Dunque, le loro dichiarazioni sono valutate unitamente agli altri elementi di prova, che possono confermarne l'attendibilità. C'è dunque una presunzione di inattendibilità rispetto alle loro dichiarazioni.¹⁴

La testimonianza assistita

L'art. 197 bis c.p.p. parla di **testimoni assistiti**, si tratta del caso di *"imputato in un procedimento connesso ai sensi dell'articolo 12 o di un reato collegato a norma dell'articolo 371, comma 2, lettera b)"*. Questi può essere sempre sentito come testimone *"quando nei suoi confronti è stata pronunciata sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444."* (co. 1). Si tratta di testimoni che necessitano della presenza del difensore, a differenza del testimone (normale) che interviene senza difensore. È prevista una particolare disciplina per i testimoni assistiti:

- non possono essere obbligati a deporre sui fatti per i quali sono stati condannati, nel caso in cui dovesse essere **già intervenuta una sentenza** di condanna o proscioglimento nei loro confronti,
- hanno l'assistenza di un difensore nelle loro dichiarazioni,
- naturalmente le loro dichiarazioni sono valutate unitariamente ad altri elementi che ne confermano l'attendibilità.

Che differenza c'è tra questi testimoni assistiti previsti dall'art. 197 bis e gli imputati in procedimenti connessi o collegati? La differenza è che nei loro confronti è già intervenuta una **sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena**; dunque, non possono essere più chiamati *imputati* in processo connesso o collegato dal momento che la loro posizione è già stata definita, non rischiano più di incorrere in qualche tipo di responsabilità. Tuttavia, questi soggetti non hanno comunque la posizione del testimone "puro", poiché potrebbero avere interesse a mantenere la loro linea difensiva, che hanno espresso nell'ambito del procedimento per il quale sono stati prosciolti o condannati. Ecco perché hanno l'assistenza di un difensore ed ecco perché le loro dichiarazioni sono comunque gravate da una presunzione di inattendibilità e vanno valutate unitamente ad altri elementi di prova che dimostrano la veridicità di quelle dichiarazioni.

Quando parliamo dell'esame dell'imputato, bisogna tenere conto che il codice, all'art. 208, non parla esclusivamente dell'imputato ma di **esame delle parti**: anche le altre parti possono essere sottoposte ad esame, in particolare la norma riporta: *"la parte civile che non debba essere esaminata come testimone, il responsabile civile e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria."*

Questo esame si svolge secondo le regole che vengono delineate nell'art. 209 c.p.p.:

"1. All'esame delle parti si applicano le disposizioni previste dagli articoli 194, 198 comma 2 e 499 e, se è esaminata una parte diversa dall'imputato, quelle previste dall'articolo 195."

2. Se la parte rifiuta di rispondere a una domanda, ne è fatta menzione nel verbale." L'esame è la sottoposizione dell'imputato e, in generale, delle parti alle domande di chi ha richiesto l'esame, innanzitutto. Se è il p.m. a chiedere l'esame dell'imputato, ad esempio, questi inizierà ad effettuare delle domande. Una volta esaurite le domande proposte dalla parte che ha chiesto l'esame, ecco che sarà il turno delle altre parti. Si parla di **esame in via diretta** (per le domande proposte dalla parte che ha chiesto l'esame) e poi **contro-esame**, cioè la formulazione delle domande della parte che non ha chiesto l'esame della parte. Ad esempio: nel processo, in sede di richiesta prove, il p.m. chiede l'esame dell'imputato, inizia l'istruttoria dibattimentale, vengono sentiti i testimoni, dopo vi è l'esame dell'imputato. Il giudice chiede all'imputato se concede l'esame, se questi si sottopone

¹³ Nel nostro esempio, nel processo che vede Tizio imputato per omicidio volontario.

¹⁴ *Ratio*: potrebbero avere un interesse a raccontare a qualcosa di diverso rispetto a ciò che è realmente accaduto perché se fossero obbligati a dire la verità, verrebbe meno il diritto di non auto-incriminazione.

all'esame, il p.m. inizia a fargli delle domande, l'imputato può decidere di rispondere a tutte le domande o rifiutarsi di rispondere ad alcune di esse. Terminato l'esame da parte del p.m. (soggetto che ha chiesto l'esame dell'imputato), la parola passa alle altre parti, ci saranno, nell'ordine, la parte civile, il responsabile civile e in fine il difensore dell'imputato: anche questo, infatti, potrebbe avere interesse a fare domande al proprio assistito.

Il confronto

Si tratta di un ulteriore mezzo di prova, previsto dagli artt. **211** e **212** c.p.p.

L'art. 211 c.p.p. sancisce i **presupposti** del confronto: *"Il confronto è ammesso esclusivamente fra persone già esaminate o interrogate, quando vi è disaccordo fra esse su fatti e circostanze importanti."* Questa è una prova dichiarativa finalizzata a risolvere il contrasto tra dichiarazioni **precedentemente rese** nel procedimento e formalizzate da soggetti diversi. La *ratio* è porre a confronto due soggetti che, nel corso del procedimento, hanno rilasciato versioni contenenti **elementi divergenti**. Le persone già esaminate o interrogate sono i testimoni, le persone informate sui fatti, le persone sottoposte ad indagine, gli imputati e le persone imputate in un procedimento connesso. È possibile realizzare un confronto che coinvolga figure eterogenee (ad esempio, contrapponendo un imputato ed un testimone). Questo mezzo di prova serve a ricordare, correggere, modificare qualche cosa di ciascuna versione per rendere le due l'una più vicina all'altra. I fatti o le circostanze importanti su cui si profila il disaccordo tra i soggetti rientrano nelle categorie di cui all'art. 187 c.p.p. (Oggetto della prova). L'art. **212** c.p.p. definisce poi le **modalità** del confronto: *"Il giudice, richiamate le precedenti dichiarazioni ai soggetti tra i quali deve svolgersi il confronto, chiede loro se le confermano o le modificano, invitandoli, ove occorra, alle reciproche contestazioni."* (co. 1). Il giudice, dunque, dirige il confronto, formulando le domande e promuovendo le reciproche contestazioni tra le parti. Si tratta di una regola generale che opera in tutti i contesti procedurali in cui si realizza il confronto. Di qui le differenze rispetto alle modalità di svolgimento dell'esame e controesame delle prove dichiarative in incidente probatorio e in dibattimento, con le parti protagoniste dell'escussione e il giudice confinato in un ruolo di controllo. Nel confronto le parti non fanno domande, ma vigilano sulla regolarità del procedimento.

La necessità di mettere a confronto, ad esempio, due testimoni, sorge dal fatto che questi, quando rilasciano le loro dichiarazioni, lo fanno senza la presenza degli altri testimoni in aula, uno non conosce la versione rilasciata dall'altro e viceversa. Facendoli partecipare l'uno della versione dell'altro, possono modificare la loro versione o magari confermare il loro ricordo.

Questo tipo di mezzo di prova viene utilizzato soprattutto per le perizie o dichiarazioni dei consulenti tecnici, poiché questi sono i soggetti ai quali il p.m. o il difensore affidano la risoluzione di un quesito di natura tecnica. Ad esempio, quali sono state le cause di un malfunzionamento di un determinato macchinario nel caso di un incidente sul lavoro. I due consulenti tecnici di parte possono aver rilasciato due ricostruzioni diverse e, dunque, spesso risulta utile, ai fini della decisione, metterli a confronto.

La ricognizione

La ricognizione è un mezzo di prova la cui disciplina si ritrova agli artt. **213-217** c.p.p. Si tratta di una prova finalizzata alla **comparazione** con una **pregressa esperienza cognitiva**¹⁵ e, in particolare, si tratta di ricognizione **di persone** (artt. 213 e 214), **cose** (art. 215), **voci, suoni** o di quanto **altro** può essere oggetto di percezione sensoriale (art. 216).

¹⁵ E perciò distinta dalla individuazione di persone o cose, atto di indagine del p.m.

La ricognizione consiste sostanzialmente nella possibilità di chiedere a chi deve eseguire questo riconoscimento, se individua, ad esempio nella ricognizione di persone, quella persona che ha visto sul luogo del fatto tra più persone con caratteristiche simili.

La ricognizione di cose (215) riguarda, invece, il **corpo del reato** e le **cose pertinenti** al reato (art. 253 co. 2 c.p.p.¹⁶). L'art. 215 c.p.p. sancisce che "il giudice procede osservando le disposizioni dell'art. 213 [...]". Il rinvio alle disposizioni che regolano il compimento degli atti preliminari in sede di ricognizione personale si spiega alla luce del ruolo paradigmatico svolto da tali prescrizioni. Allo stesso modo, per le altre ricognizioni (216) la disciplina applicabile è quella della ricognizione personale, **laddove compatibile**.

Spesso la disciplina prevista per lo svolgimento della ricognizione viene superata, senza rispettare tutte le garanzie previste dagli artt. 213-217 c.p.p. Si chiede, ad esempio, al testimone che sta rendendo l'esame, di indicare o riconoscere se l'imputato è il soggetto che ha visto sul luogo del fatto, attraverso una mera indicazione. Questa modalità è utilizzata nella prassi ma, nel nostro codice, sono previsti tutta una serie di passaggi che devono essere effettuati e che sono stati studiati proprio per rendere il riconoscimento il più attendibile possibile. L'**attendibilità della ricognizione** personale dipende, infatti, dall'osservanza di rigorose modalità di svolgimento della stessa, che vanno documentate in un verbale (massima cautela volta ad assicurare la genuinità e l'affidabilità del risultato probatorio, ovvero del riconoscimento):

- invito a fornire la descrizione preventiva (art. 213 c.p.p.),
- dichiarazione circa l'eventuale precedente riconoscimento (anche fotografico) nel procedimento (art. 213 c.p.p.),
- pluralità di persone o oggetti somiglianti da riconoscere (art. 214 co. 1 c.p.p.),
- eventuale protezione della persona chiamata alla ricognizione (art. 214 co. 2 c.p.p.),
- verbalizzazione a pena di nullità delle risposte e delle modalità di svolgimento del mezzo (nullità relativa).

La perizia

Questo mezzo di prova è previsto dagli **artt. 220-232** c.p.p. L'art. **220** c.p.p. sancisce che "*La perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche.*" (co. 1). Si tratta di un mezzo di prova che di regola viene assunto in **dibattimento**, ed è molto utilizzato: il giudice non può conoscere qualunque disciplina che può essere utile per cercare di capire come si è svolto un determinato fatto. Il giudice, dunque, "*nomina il perito scegliendolo tra gli iscritti negli appositi albi o tra persone fornite di particolare competenza nella specifica disciplina.*" (art. **221** c.p.p.) A questi pone il **quesito peritale**, al quale il perito potrà rispondere in base, innanzitutto, alla sua esperienza ma anche avendo studiato tutta una serie di documenti messi a disposizione dal giudice. Quindi la perizia è sostanzialmente la possibilità di affidare ad un soggetto terzo, dotato delle competenze scientifiche necessarie, un determinato quesito, offrendo la **documentazione necessaria** per rispondere alla domanda stessa. Molto spesso la perizia è accompagnata da una **relazione peritale** che il perito svolge per rispondere ai quesiti, l'art. **227** c.p.p. sancisce, infatti, che: "*conclude le formalità di conferimento dell'incarico, il perito procede immediatamente ai necessari accertamenti e risponde ai quesiti con parere raccolto nel verbale.*" Formalmente, però, il sapere del perito viene acquisito attraverso l'esame del perito, attraverso cioè la formulazione di domande. La **prova**, dunque, è l'**esame del perito**, che si acquisisce attraverso le risposte che il perito rilascia durante l'esame, che verosimilmente saranno contenute anche nell'elaborato peritale (soprattutto se c'è necessità di

¹⁶ "Sono corpo del reato le cose sulle quali o mediante le quali il reato è stato commesso nonché le cose che ne costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo."

utilizzare numeri o formule, queste sono più facilmente esposte in uno scritto). **Oggetto** della perizia non può essere qualunque argomento, il codice pone dei **limiti**:

- la perizia non può essere svolta sulla personalità dell'imputato, quindi vi è un **divieto di perizia criminologica sull'imputato**, art. **220 co. 2** c.p.p.: *"non sono ammesse perizie per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche."*;
- **divieto** di ordine coattivo di **misure** che incidano sulla **libertà personale** (prelievi corporali coattivi): questo lo dicono alcune sentenze della Corte costituzionale che hanno posto ulteriori limiti alla perizia (C. Cost. 238/1996).

Quando il giudice affida ad un soggetto terzo la risoluzione di un quesito, il codice lascia la possibilità alle parti di nominare a loro volta dei **consulenti tecnici** di parte: ci sarà dunque il consulente del p.m., dell'imputato, della parte civile, del responsabile civile, etc. (art. **225** c.p.p.) Questo perché sono i consulenti, che hanno specifiche competenze, che possono interloquire con il perito durante i lavori peritali, in modo da poter tenere in considerazione qualche aspetto, correggere, etc. Il codice prevede il **contraddittorio** sia nella fase delle **operazioni peritali** (art. **230 co. 1**: *"I consulenti tecnici possono assistere al conferimento dell'incarico al perito e presentare al giudice richieste, osservazioni e riserve, delle quali è fatta menzione nel verbale."*) sia nella fase di **formazione della prova**, che avviene attraverso l'esame del perito: c'è, dunque, la possibilità che i consulenti tecnici affianchino il p.m. o il difensore per capire quali domande porre al perito.

Esperimenti giudiziali

L'art. **218** c.p.p. definisce come presupposto dell'esperimento giudiziale lo stato di incertezza sulla modalità di svolgimento di un fatto rilevante ai sensi dell'art. 187 (oggetto della prova). Incertezza che l'esperimento giudiziale mira a risolvere replicando (nei limiti in cui è possibile) un evento del passato; al **co. 2**, l'art. 218 stabilisce infatti che questo mezzo di prova consiste nella *"riproduzione, per quanto è possibile, della situazione in cui il fatto si afferma o si ritiene essere avvenuto e nella ripetizione delle modalità di svolgimento del fatto stesso."*

Facciamo un esempio: nel processo Stasi, l'imputato raccontava di aver sceso le scale e di aver ritrovato la sua compagna in una "pozza di sangue" e di aver poi risalito la scala ed essere uscito di casa. Questa modalità è stata ricostruita davanti al Tribunale per verificare se effettivamente quanto raccontato dall'imputato poteva essere compatibile con le macchie di sangue trovate sulle scale. Questo esperimento giudiziale si è svolto nel seguente modo: il tribunale si è recato presso la casa della vittima e attraverso l'uso di sostanze che potevano sostituire il sangue, è stata allestita di nuovo la scena del delitto così come fotografata dagli ufficiali di polizia. Era stato poi preso un soggetto e gli era stato fatto fare lo stesso percorso raccontato dall'imputato per vedere se questo tipo di percorso lasciava le stesse macchie di sangue trovate sul luogo dell'omicidio.

La disciplina che ritroviamo nell'art. **219** c.p.p. è volta a scadenzare tutto ciò che è necessario fare per rendere più attendibile possibile questo esperimento: il mezzo di prova è diretto dal giudice che, con ordinanza, fissa le modalità di svolgimento dello stesso: succinta enunciazione dell'oggetto ed indicazione del giorno, dell'ora e del luogo¹⁷. Il giudice, inoltre, designa eventualmente un esperto per l'esecuzione di determinate operazioni (**co. 1**), dispone le rilevazioni fotografiche o cinematografiche (**co. 2**) e la verbalizzazione dell'esperimento.

¹⁷ Con questa indicazione si mira a garantire la presenza del difensore.

La prova documentale

Mezzo di prova previsto dagli **artt. 234-243** c.p.p. È necessario, innanzitutto, capire cosa si intenda per documento: si tratta di una **prova rappresentativa** di un fatto formata al di fuori del processo (cd. prova precostituita o extra-costituita)¹⁸. Il documento rappresenta "*fatti, persone o cose*" e può consistere in una riproduzione "*mediante la fotografia, la cinematografia, la fonografia o qualsiasi altro mezzo*." (art. **234 co. 1** c.p.p.) Rilevante è la caratteristica della **rappresentazione**. Questa rappresentazione, poi, deve essere ad esempio un foglio, una cassetta, una videocassetta, un file audio, una fotografia, etc. che fornisce al documento la caratteristica della **incorporazione**: la rappresentazione, cioè, è fissata su di una **base materiale** (oggetto fisico sul quale è incorporata la rappresentazione), sempre con la caratteristica che deve essere prodotta fuori dal processo. Vi sono dunque diverse forme di prova documentale: il documento analogico, il documento digitale, il documento tradizionale, il documento informatico. Il documento rappresenta atti o fatti diversi dagli atti compiuti nel procedimento nel quale il documento è prodotto.

Il codice prevede una disciplina particolare con riferimento a quei documenti per i quali non è possibile verificare l'autore, cioè il soggetto che li ha prodotti. Si parla in questo caso di **documento anonimo** (art. **240 co. 1** c.p.p.). È necessario operare a riguardo una distinzione:

- se il documento è anonimo in quella parte di rappresentazione che **non** consiste in **dichiarazioni**, non si prevede come sanzione l'inutilizzabilità. In questo caso, infatti, si parla di documenti anonimi **rappresentativi di fatti** (ad esempio, scritti, documenti fotografici, fonografi o audiovisivi). Qui, del resto, non rileva tanto la provenienza quanto piuttosto l'assenza di alterazioni o manipolazioni dello strumento rappresentativo;
- se il documento è anonimo in quella parte di rappresentazione che consiste in **dichiarazioni anonime** (ad esempio, una voce narrante che accompagna un filmato), questo **non** può essere né **acquisito** né **utilizzato**, nel nostro processo infatti non possono essere utilizzate delle dichiarazioni anonime.¹⁹ Per quanto riguarda le **deroghe** a tale divieto, la rappresentazione del fatto è utilizzabile se (i) il documento anonimo è **corpo del reato** (ad esempio, per il reato di calunnia)²⁰, (ii) il documento anonimo **proviene** comunque **dall'imputato**²¹. La provenienza va intesa come **detenzione**, cioè come **materiale disponibilità** dell'anonimo da parte dell'imputato.

Il codice sancisce dei **divieti** all'**acquisizione** delle prove documentali. Non possono essere acquisiti né utilizzati:

- documenti contenenti informazioni sulle voci correnti nel pubblico o sulla moralità delle parti (art. 234 co. 3): questo divieto si raccorda logicamente con il divieto in materia di testimonianza indiretta, con il cd. "segreto di polizia" sui nomi degli informatori e con il divieto di acquisizione di documenti contenenti dichiarazioni anonime;
- documenti contenenti dichiarazioni anonime (art. 240 co. 1), come precedentemente indicato;
- documenti relativi a intercettazioni e a spionaggio illegali (da segretare e distruggere, previa udienza: art. 240 co. 2-6).

Questi documenti non possono essere introdotti nel processo e, se dovessero essere introdotti, sono sanzionati con l'**inutilizzabilità**.

¹⁸ Di qui la fondamentale distinzione rispetto ai verbali o alle altre forme di documentazione endoprocedimentale.

¹⁹ Il divieto d'uso dei documenti che contengono dichiarazioni anonime si inserisce nella più ampia prospettiva volta ad escludere dal sistema tutte le informazioni di provenienza incerta, come tali **non** verificabili in contraddittorio.

²⁰ Si raccorda sistematicamente con il contenuto dell'art. 235 c.p.p.

²¹ Si ricollega alla previsione di cui all'art. 237 c.p.p.

L'uso dibattimentale degli atti di altri procedimenti penali

Aspetto diverso dalla prova documentale sono i **verbali di atti compiuti nel procedimento a quo**. La disciplina di questo istituto si ritrova nella Capo VII, dedicato alla prova documentale. Viene inserito nella prova documentale perché quello che si discute possa essere inserito nel processo è un documento formato in altro processo, ma è un documento particolare perché contiene atti compiuti in quel procedimento, che possono essere utili e utilizzabili anche nel procedimento per cui si procede. La disciplina si ritrova, in particolare, nell'**art. 238 c.p.p.** Questo documento (verbale) contiene prove acquisite in altri procedimenti, ripetibili nel procedimento *ad quem*. La norma prevede che nel procedimento *ad quem* possano essere acquisiti verbali di prove formate in altro procedimento. La *ratio* è che è inutile produrre nuovamente la prova nel procedimento, è già stata formata in altro procedimento, è più economico acquisire il verbale in modo che quella prova possa essere acquisita in quel procedimento.

L'articolo individua i criteri di ammissione e di utilizzabilità in giudizio delle prove provenienti da altri procedimenti penali o civili. Non tutte le prove acquisite nel procedimento *a quo* possono essere acquisite nel procedimento *ad quem* ma "*solo se si tratta di prove assunte nell'incidente probatorio*"²² o nel *dibattimento*²³ (art. 238 **co. 1** c.p.p.). Queste sono utilizzabili nel procedimento contro l'imputato, ad una condizione: "*soltanto se il suo difensore ha partecipato all'assunzione della prova*" (art. 238 **co. 2 bis** c.p.p.). Questo perché ovviamente stiamo pensando di poter utilizzare nel nostro procedimento una prova che si è formato in un altro, per poter essere utilizzabile è chiaro che il difensore deve essere stato presente alla sua formazione, solo così, infatti, avrebbe potuto fare delle domande, partecipare alla formazione della prova. Garantiti questi aspetti, sarebbe inutile riprodurla *ab origine* nel nostro procedimento. Se invece si tratta di verbali di dichiarazioni rese nelle indagini o nell'udienza preliminare (*a quo*), proprio perché non state assunte con le garanzie del dibattimento, queste sono utilizzabili nei confronti dell'imputato **soltanto se vi consente** (art. 238 **co. 4** c.p.p.). Vi è un'altra possibilità: se la prova non può più essere formata (ad esempio, il soggetto che ha reso quella dichiarazione nell'altro procedimento è deceduto), allora i verbali di atti compiuti nel procedimento *a quo* (verbali di atti compiuti nel procedimento *a quo* che sono **irripetibili** nel procedimento *ad quem* per **cause originarie o sopravvenute, se imprevedibili**) sono utilizzabili nel procedimento *ad quem*, anche se la prova non è stata formata in contraddittorio, altrimenti l'informazione andrebbe perduta (art. 238 **co. 3** c.p.p.).

Titolo III - Mezzi di ricerca della prova

Questi sono diretti a propiziare l'acquisizione al processo di elementi probatori in vario modo precostituiti al di fuori del processo, si tratta per lo più di atti a sorpresa.

Principi costituzionali

Particolarmente rilevanti sono gli artt. 13 e 14 Cost., soprattutto in materia di ispezioni e di perquisizioni. Questi mezzi di ricerca della prova sono particolarmente invasivi, violano sostanzialmente la libertà intesa in senso molto ampio.

L'**art. 13 Cost.**, al **co. 1**, sancisce che: "*La libertà personale è inviolabile.*" non può cioè essere soggetta a limitazioni. Al **co. 2**, prosegue: "*Non è ammessa alcuna forma di detenzione, di ispezione o perquisizione personale né qualsiasi altra restrizione della libertà personale se non per atto motivato dell'Autorità giudiziaria*" (dunque, sia p.m. che il giudice). Non è sufficiente che ci sia questo atto, ma si deve collocare "*nei soli casi e modi previsti dalla legge.*" (principio di tassatività e di legalità). Solo se rientriamo in quei casi, il giudice o il p.m. possono, con provvedimento

²² Si tratta della possibilità di anticipare il dibattimento alla fase delle indagini.

²³ del procedimento *a quo*.

motivato, restringere la libertà personale. Il **co. 3** stabilisce che: "*In casi eccezionali di **necessità e urgenza**, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare **provvedimenti provvisori***" che hanno, cioè, una durata di tempo limitata.²⁴ Questi provvedimenti, per non venir meno, devono essere comunicate entro le quarantotto ore successive al p.m. o al giudice, che verifica che effettivamente l'atto dell'autorità di pubblica sicurezza rientrava nei casi eccezionali di necessità e urgenza per limitare la libertà personale. Se è così, allora l'autorità giudiziaria **convalida** questi provvedimenti provvisori ed emette provvedimento. Se l'autorità giudiziaria non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.

Al **co. 4** viene stabilito che: "*È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà.*" e al **co. 5**: "*La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva.*"

L'**art. 14 Cost.** stabilisce che "*Il domicilio è inviolabile.*", si tratta di un'enunciazione del principio in forma assoluta. La norma riporta però, al co. 2, che le perquisizioni, i sequestri e le ispezioni ci possono essere solo nei casi e nei modi previsti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale. La norma, dunque, opera una sorta di rinvio all'art. 13 Cost. per le modalità di svolgimento degli stessi e un richiamo ai principi di tassatività e di legalità.

Ispezioni

L'ispezione è finalizzata ad accertare su persone, cose o luoghi "*le tracce e gli altri effetti materiali del reato.*" (art. **244 co. 1 c.p.p.**) ed è oggetto di una riserva di legge e di giurisdizione negli artt. 13 co. 2 e 14 co. 2 Cost. Questa può essere disposta con **decreto motivato** dell'**autorità giudiziaria** (p.m. e giudice). L'ispezione è un atto **a sorpresa**, nel caso di ispezione personale (art. 245 c.p.p.) il **difensore** ha **diritto di assistere ma non di essere avvisato** (art. 365 c.p.p.). Il difensore partecipa se è prontamente reperibile, una volta iniziata l'ispezione. Questo significa che può comunque essere eseguita anche se il soggetto non ha nominato un difensore, a differenza degli atti cd. garantiti, che non possono essere eseguiti se non alla presenza del difensore (come, ad esempio, nell'interrogatorio della persona sottoposta ad indagini, è necessaria la presenza e il previo avvertimento del difensore). L'ispezione di luoghi o cose (art. 246 c.p.p.), invece, è un atto garantito (art. 364 c.p.p.).

Perquisizioni

Oggetto di una riserva di legge e di giurisdizione negli artt. 13 co. 2 e 14 co. 2 Cost., la perquisizione consiste in un'attività di ricerca effettuata su persone, luoghi, o all'interno di sistemi informatici o telematici. È disposta **perquisizione personale** "*quando vi è fondato motivo di ritenere che taluno occulti sulla persona il corpo del reato o cose pertinenti al reato*". Inoltre, è disposta **perquisizione locale** "*quando vi è fondato motivo di ritenere che tali cose si trovino in un determinato luogo ovvero che in esso possa eseguirsi l'arresto dell'imputato o dell'evaso*" (art. 247 co. 1 c.p.p.).

La perquisizione è disposta con **decreto motivato** (a pena di nullità) dell'**autorità giudiziaria** (co. 2). La norma stabilisce che a procedere può essere l'autorità giudiziaria personalmente ovvero questa può disporre che l'atto sia compiuto da **ufficiali di polizia giudiziaria delegati** dal decreto stesso (co. 3). La p.g. può effettuare **di propria iniziativa** perquisizioni personali o locali sulla base dei presupposti e con le modalità indicate nell'art. **352 c.p.p.**, cioè in caso di flagranza di reato o nel caso di evasione, quando si procede all'esecuzione di un'ordinanza che dispone la custodia cautelare, di un ordine che dispone la carcerazione o del fermo di indiziato delitto. Al **co. 4** la norma sancisce che "*la p.g. trasmette senza ritardo, o comunque non oltre le **quarantotto ore**, al p.m. del luogo dove la*

²⁴ La polizia può, dunque, ad esempio, arrestare Tizio e costringerlo a stare all'interno del commissariato.

*perquisizione è stata eseguita il verbale delle operazioni compiute. Il p.m., se ne ricorrono i presupposti, nelle **quarantotto ore** successive, convalida la perquisizione."*

Posto che la perquisizione integra un atto a sorpresa, il difensore non ha il diritto di essere avvisato ma può assistervi (art. 365 c.p.p.).

Sequestro probatorio

Il codice prevede, all'art. 253 c.p.p., la possibilità di creare un vincolo di indisponibilità sul "*corpo del reato*" e sulle "*cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento dei fatti*". L'articolo individua i presupposti operativi del sequestro probatorio, che va tenuto distinto dai sequestri cautelari (preventivo e conservativo) disciplinati dal Libro IV, ed in genere segue alle perquisizioni ex artt. 247 ss. c.p.p.

Le cose vengono sequestrate perché utili al fine probatorio, necessarie per l'accertamento dei fatti. Ricordiamo a tal fine che oggetto di prova possono essere solo ciò che rientra nel perimetro dell'art. 187 c.p.p., cioè nel capo di imputazione.

Competente a disporre il sequestro è l'autorità giudiziaria funzionalmente competente per la fase procedimentale in corso. Ad esempio, durante le indagini preliminari, il sequestro va di regola disposto dal p.m.

Intercettazioni

Si parla di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazione, il codice disciplina la possibilità di captarle. Questa conversazione o comunicazione deve, per essere definita intercettazione, essere captata attraverso uno strumento: non possono rientrare nella disciplina delle comunicazioni quelle che captiamo ascoltando, con l'udito ad esempio, Tizio che origlia attraverso una porta. Dunque, la prima caratteristica è l'apprensione effettuata mediante strumenti tecnici di percezione (**strumentazione**). Ulteriore caratteristica è che questa comunicazione aveva la finalità di rimanere segreta tra due o più persone (**segretezza**), la conversazione non è segreta se, ad esempio, gli interlocutori parlano ad alta voce in pubblico o usano onde radio liberamente captabili. Poi, l'apprensione con uno strumento di questa conversazione che doveva rimanere segreta è operata da parte di un soggetto che è estraneo al colloquio e che nasconde la sua presenza (**terzietà e clandestinità**), non è intercettazione se il soggetto che registra non è terzo, bensì è l'interlocutore o è comunque una persona ammessa ad assistere al colloquio. Se dunque ci sono queste caratteristiche, rientriamo nella disciplina prevista dagli artt. 266 ss. c.p.p. Nel caso in cui non siano intercettazioni, il regime giuridico è il seguente: la registrazione costituisce documento (art. 234 ss. c.p.p.).

Il codice prevede una disciplina molto specifica, dal momento che l'intercettazione è uno strumento lesivo del diritto alla riservatezza. La disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni è stata oggetto negli ultimi anni di continui ripensamenti da parte del legislatore. Dopo lunghe discussioni, un'ampia riforma di tale mezzo di ricerca della prova era stata, in prima battuta, apportata dalla cd. Riforma Orlando, nel 2017. Una delle novità più significative della recente novella è quello di aver disciplinato nel codice di rito l'impiego del **captatore informatico** (cd. *virus trojan*), si tratta di un virus che si riceve con e-mail o sms e può muoversi come vuole nei dispositivi: ha una disciplina particolare e si applica solo per reati di particolare gravità.

In ossequio alla riserva di giurisdizione di cui all'art. 15 co. 2 Cost., l'**art. 267 co. 1** c.p.p. prevede che le intercettazioni sono di norma disposte dal g.i.p.²⁵ su richiesta del p.m.

²⁵ Si tratta, infatti, di un mezzo di ricerca della prova utilizzato soprattutto nelle indagini preliminari.

La previsione in esame fissa due **requisiti essenziali**, che si assommano a quello editale di cui all'art. 266 c.p.p., affinché il giudice possa disporre con decreto motivato le intercettazioni.

- I. Requisito editale: si procede in relazione alle fattispecie previste dall'art. 266 c.p.p. al momento della richiesta. All'art. 266 c.p.p. ritroviamo una lista dei reati per cui è possibile per il p.m. chiedere al giudice l'autorizzazione a procedere con questo mezzo di ricerca della prova, ad esempio: delitti non colposi per cui è prevista la pena dell'ergastolo (lett. a), delitti di contrabbando (lett. e), reati di ingiuria, minaccia, usura (lett. f) etc. Naturalmente questa autorizzazione potrà essere rilasciata solo se ci sono i presupposti. Oltre a quello appena descritto, sono inoltre necessari altri due requisiti:
- II. la sussistenza di **gravi indizi di reato**. Questo accade se vi sono elementi concordanti di una certa gravità, cioè tutti suscettibili della medesima lettura, in grado di dimostrare che probabilmente è stato commesso un reato, a prescindere dal soggetto che lo abbia commesso²⁶;
- III. l'intercettazione risulta **assolutamente indispensabile** ai fini della **prosecuzione delle indagini**: siccome l'intercettazione è invasiva rispetto al diritto alla segretezza delle comunicazioni, il p.m. che richiede al giudice l'autorizzazione, deve dimostrare che non sono sufficienti gli altri strumenti di ricerca della prova che il codice dà a disposizione, cioè con l'intercettazione si va a carpire qualcosa che altrimenti non può essere appreso con altri mezzi. Il codice utilizza un'espressione molto forte: "*assolutamente indispensabile*": questo onere di motivazione del p.m. è molto pesante.

Nella prassi, in realtà, l'intercettazione viene sempre autorizzata, questa assoluta indispensabilità molte volte viene superata attraverso una motivazione "di stile", cioè ripetendo formule del tipo "visto che non si può procedere in altro modo" "dal momento che è assolutamente indispensabile". Non si può invece prescindere dai due presupposti a) reati previsti all'art. 266 c.p.p. e b) gravi indizi di reato, proprio perché l'intercettazione viene utilizzata per ricercare il soggetto da iscrivere nel registro dei reati.

L'art. 267 c.p.p., inoltre, stabilisce anche il procedimento applicativo di questo mezzo di ricerca della prova; in particolare, la norma prevede un procedimento ordinario ed uno utilizzabile nei casi di urgenza:

(I) procedimento applicativo ordinario dell'intercettazione:

1. il p.m. chiede al giudice per le indagini preliminari (g.i.p.) di disporre l'intercettazione: questo è un atto che contiene i presupposti predetti (art. 267 co. 1);
2. se il giudice è convinto di questi presupposti, il **giudice** per le indagini preliminari emette **decreto motivato**: autorizzazione in forma di decreto, indica le ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini;
3. il **p.m.** deve emettere a sua volta un **decreto motivato** con il quale dispone in concreto l'esecuzione delle operazioni di ascolto: con questo indica esattamente le utenze che devono essere intercettate, qual è il periodo di intercettazioni e delega tale attività agli ufficiali di polizia giudiziaria (267 co. 3 c.p.p.). Inoltre, "*le operazioni possono essere compiute esclusivamente per mezzo degli impianti installati nella procura della Repubblica. Tuttavia, quando tali impianti risultano insufficienti o inadeguati e sussistono eccezionali ragioni di urgenza*," il pubblico ministero, con decreto motivato, dispone il compimento delle operazioni mediante altri impianti (art. 268 co. 3 c.p.p.);

(II) procedimento applicativo urgente, l'art. 267 co. 2 c.p.p. stabilisce quanto segue:

1. in casi d'urgenza, è il **p.m.** ad autorizzare l'inizio della captazione con **decreto motivato**, il quale (sempre in ossequio alla riserva di giurisdizione di cui all'art. 15 co. 2 Cost.) va però prima

²⁶ Questa regola di giudizio non deve essere confusa con la nozione di gravi indizi di colpevolezza.

comunicato ("*immediatamente e comunque non oltre le ventiquattro ore*") e poi convalidato, entro un limite di tempo tassativo, dal g.i.p.;

2. il **giudice**, entro le **quarantotto ore** successive, **decide sulla convalida con decreto motivato**. Se il decreto del p.m. non viene convalidato nel termine stabilito, l'intercettazione non può essere proseguita e i risultati di essa non possono essere utilizzati.

A questo punto ci chiediamo cosa succeda una volta che queste intercettazioni sono state registrate. Ricordiamo, infatti, che l'intercettazione non capta solo la conversazione utile ai fini probatori, ma anche fatti diversi rispetto a quelli dell'imputazione, che non possono essere oggetto di prova. Queste intercettazioni devono essere eliminate, distrutte poiché potrebbero essere lesive della reputazione di soggetti che potrebbero anche non essere coinvolti nel procedimento. Si prevede una serie di scansioni per evitare che queste escano dal segreto delle indagini, al fine di tutelare il diritto alla segretezza delle corrispondenze.

L'art. **268** c.p.p. disciplina anzitutto le modalità di svolgimento delle operazioni di intercettazione. A tal fine, si prevede (**co. 1**) che le comunicazioni captate vengano **registrate** e che, delle attività compiute, sia disposta **verbalizzazione**. All'interno del verbale deve essere anche trascritto, seppur in maniera sommaria, il contenuto delle interlocuzioni oggetto di registrazione (**co. 2**): tali trascrizioni prendono tradizionalmente il nome di "**brogliacci di ascolto**". Nella redazione dei "brogliacci", come precisa il **co. 2 bis**, va omessa la trascrizione di espressioni lesive della reputazione delle persone o di informazioni riguardanti **dati personali "sensibili"**, salvo che risultino "rilevanti" ai fini delle indagini.

- I verbali e le registrazioni sono man mano **trasmessi al p.m.**, il quale deve destinarli all'**archivio** di cui all'art. 269 co. 1 (si tratta di un archivio riservato, in cui può entrare solo il p.m.). La trasmissione avviene "*immediatamente*" dopo la scadenza del termine indicato per lo svolgimento delle operazioni (268 co. 4). Differimento con decreto quando necessario per la prosecuzione delle indagini. Pur già materialmente conservati presso l'archivio, tali atti vi vengono giuridicamente "depositati" (**co. 6**), affinché le parti possano prenderne contezza, soltanto entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni di captazione.
- I difensori delle parti ricevono avviso che, durante il tempo del deposito (fissato dal p.m., ma prorogabile dal giudice), possono esaminare i verbali e i decreti, ascoltare le registrazioni, nonché consultare i flussi di comunicazione informatiche o telematiche. Sui materiali depositati, ormai conoscibili dall'indagato, viene meno il segreto investigativo. Gli stessi, tuttavia, continuano a restare di regola segreti per via di quanto specificamente disposto dall'art. 269 co. 1, con annesso divieto di pubblicarli, ribadito *ad hoc* nel neo introdotto art. 114 co. 2 *bis* c.p.p.
- Alla conclusione del periodo di deposito (**co. 6**), il giudice dispone la formale acquisizione delle captazioni indicate dalle parti: possono tuttavia essere accolte soltanto le richieste riguardanti captazioni che "non appaiano irrilevanti". L'acquisizione avviene nella cosiddetta "**udienza di stralcio**", un'udienza camerale a cui le parti, come specifica l'ultima parte del co. 6, hanno diritto di partecipare. Sulle captazioni così acquisite cade definitivamente ogni forma di segreto e le stesse diventano anche pubblicabili, per il momento, nel solo contenuto. Le registrazioni e i flussi di comunicazione informatiche o telematiche, acquisiti nel corso della "udienza di stralcio", sono rispettivamente oggetto di trascrizione integrale e stampa in forma intelligibile. Tali attività sono svolte da un perito di nomina giudiziale, i risultati del lavoro dell'esperto verranno poi inseriti nel fascicolo per il dibattimento. I difensori hanno diritto di estrarre copia di trascrizioni e stampe (**co. 7**), nonché di ottenere la transizione su supporti idonei delle registrazioni e dei flussi di comunicazione informatiche o telematiche.

In merito all'**utilizzabilità in altri procedimenti**, l'art. 270 c.p.p. sancisce che: "*I risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino rilevanti e indispensabili per l'accertamento dei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza e dei reati di cui all'art. 266 co. 1.*"

Libro IV - MISURE CAUTELARI

Alla tematica cautelare il legislatore ha dedicato l'intero Libro IV collocato in una posizione di autonomia fra la **parte statica** e la **parte dinamica** del codice.

Le misure cautelari sono strumenti a disposizione *solo* dell'autorità giudiziaria. Dal punto di vista dell'iniziativa, questi strumenti sono volti a limitare e a restringere la **libertà personale (art. 13 Cost.)**. Proprio perché comprimono il bene più importante che abbiamo devono essere disciplinati in maniera molto rigida, in modo tale che questi strumenti si possano utilizzare soltanto in ipotesi eccezionali, nei casi e nei modi previsti dalla legge (**principio di tassatività**).

Le misure cautelari si distinguono in **misure cautelari personali (Titolo I)** ossia quelle che creano un vincolo sulla nostra libertà, e **misure cautelari reali (Titolo II)**, cioè misure che creano un vincolo di indisponibilità sulla *cosa* di cui disponiamo in modo da impedirne la disposizione.

In questo Libro non trovano collocazione quelle che vengono chiamate le misure pre-cautelari, queste rispondono a presupposti diversi e sono l'arresto obbligatorio in flagranza, il fermo e l'accompagnamento coattivo.

Tra le **misure cautelari personali** si distinguono, a loro volta,

1. **misure cautelari personali coercitive** (artt. 280-286 bis), e le misure coercitive si distinguono a loro volta in:
 - a) misure **obbligatorie**: meno afflittive rispetto alle misure custodiali, limitano comunque la libertà personale. Queste sono il divieto di espatrio (281), l'obbligo di presentarsi alla polizia (282), l'allontanamento dalla casa familiare (282 bis), divieto ed obbligo di dimora (283), divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (282 ter);
 - b) misure **custodiali**: parleremo soprattutto delle misure cautelari personali coercitive custodiali. Queste sono: arresti domiciliari (284), custodia in carcere (285) e custodia in luogo di cura per infermi di mente (286).
2. **misure cautelari personali interdittive** (artt. 287-298): misure che hanno effetti sulla nostra libertà in senso ampio, ossia sulla manifestazione della persona: sospensione dall'esercizio della potestà genitoriale (288), sospensione dall'esercizio di pubblico ufficio o servizio (289), divieto temporaneo di esercitare determinate attività professionali o imprenditoriali (290).

Garanzie costituzionali

Il Libro IV traduce concretamente il **principio di tassatività e di legalità** dei provvedimenti incidenti sulla libertà personale, sancito sia a livello costituzionale, sia a livello codicistico; nonché il **principio della riserva di giurisdizione**. Particolarmente rilevante a livello costituzionale, è l'**art. 13 Cost.**:

"La libertà personale è inviolabile.

*Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per **atto motivato** dell'Autorità giudiziaria e nei soli **casi e modi previsti dalla legge**.*

*In casi eccezionali di **necessità ed urgenza**, indicati tassativamente dalla legge, l'Autorità di **Pubblica sicurezza** può adottare **provvedimenti provvisori**, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'Autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.*

È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà.

La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva."

Ci focalizziamo sul termine "detenzione" e sulla formula "restrizione della libertà personale". Il co. 2 sancisce il principio di tassatività, il principio di legalità e il principio della riserva di giurisdizione e prevede poi la possibilità in casi di necessità e urgenza indicati tassativamente dalla legge che la libertà personale venga ristretta dalla Autorità di Pubblica sicurezza. Sono sempre provvedimenti provvisori da convalidarsi entro le quarantotto ore successive dall'autorità giudiziaria. Con **convalida** intendiamo la **verifica dei presupposti di assoluta necessità e urgenza indicati tassativamente dalla legge**, se il provvedimento non è convalidato allora cessa di produrre i suoi effetti.

La Costituzione tutela le libertà mediante due strumenti:

- **riserva assoluta di legge**: la legge determina i casi e i modi in cui tali libertà possano essere limitate dalla pubblica autorità, non è possibile restringere la nostra libertà personale in maniera discrezionale in qualunque caso ma solo ed esclusivamente se rientriamo nei casi e modi previsti alla legge. Vi è quindi *divieto di analogia*;
- **riserva di giurisdizione**: tali libertà possono essere limitate solo nei casi previsti dalla legge con l'atto motivato di un organo giurisdizionale ("autorità giudiziaria") ossia con il provvedimento con cui un giudice affermi e dimostri la sussistenza, nel fatto concreto, dei presupposti della limitazione previsti dalla legge.

Ulteriori norme della nostra carta costituzionale stabiliscono i principi ispiratori della disciplina, e queste sono:

- **art. 27 co. 2 Cost.**: presunzione di non colpevolezza (regola di trattamento dell'imputato),
- **art. 14 co. 2 Cost.**: inviolabilità del domicilio, riserva di legge e garanzie per i sequestri,
- **art. 68 co. 2 Cost.**: autorizzazione della Camera per la privazione della libertà personale dei parlamentari,
- **art. 111 co. 7 Cost.**: ricorso per Cassazione per violazione di legge contro i provvedimenti in materie di libertà personale.

Titolo I - Misure Cautelari Personali

Capo I - Disposizioni generali

Il Capo I contiene delle "**disposizioni generali**" che trovano **applicazione** tanto alle **misure cautelari coercitive** quanto a quelle **interdittive**.

Vediamo ora come il codice ha dato attuazione ai principi costituzionali di **tassatività** e **legalità**, alla riserva di **giurisdizione** (279, 291) e all'art. 111 co. 7 Cost., cioè il sistema dei **controlli** (ossia la possibilità di impugnare il provvedimento motivato che limita la nostra libertà personale davanti alla Corte di Cassazione).

La norma che traspone nel codice di rito il principio di legalità e di tassatività espresso dall'art. 13 Cost. è l'art. **272** c.p.p.: "*Le libertà della persona possono essere limitate con misure cautelari soltanto a norma delle disposizioni del presente titolo.*"

Per quanto riguarda la **riserva di giurisdizione**, l'art. **279** c.p.p. prevede quale sia l'autorità giudiziaria competente a decidere sulla possibilità di limitare la libertà personale, "*Sull'applicazione e sulla revoca delle misure nonché sulle modifiche delle loro modalità esecutive, provvede il giudice che procede. Prima dell'esercizio dell'azione penale provvede il giudice per le indagini preliminari.*" Bisogna, dunque, capire in quale fase del procedimento ci si trova: in ogni caso si fa riferimento al **giudice che procede**. Durante le indagini preliminari risponderà alla richiesta del p.m. il giudice delle indagini preliminari.

Il codice dà anche conto di quali sono i presupposti, i casi e i modi per l'applicazione di una misura cautelare. L'art. 273 c.p.p. disciplina le **condizioni generali di applicabilità delle misure cautelari personali**:

- il primo presupposto è la sussistenza di **gravi indizi di colpevolezza (co. 1)**: si tratta generalmente del materiale probatorio reperito nel corso delle indagini preliminari, anche attraverso l'incidente probatorio²⁷;
- il co. 1 *bis* dice che nella valutazione dei gravi indizi di colpevolezza si applicano le disposizioni degli articoli 192, commi 3 e 4, 195, comma 7, 203 e 271, comma 1 relativi alle prove: l'art. 203 fa riferimento all'inutilizzabilità delle informazioni rese dalla polizia giudiziaria se non sono stati esaminati come testimoni i loro informatori; l'art. 192 co. 3 e 4 prevede che il giudice potrà tener conto delle dichiarazioni provenienti da persone che siano imputate dello stesso reato, o in un procedimento connesso, o di un reato collegato ex art. 371 co. 2 lett. b, in quanto le medesime dichiarazioni risultino corroborate da altri elementi probatori idonei a confermare l'attendibilità;
- **punibilità in concreto (co. 2)**: *"Nessuna misura può essere applicata se risulta che il fatto è stato compiuto in presenza di una causa di giustificazione o di non punibilità o se sussiste una causa di estinzione del reato ovvero una causa di estinzione della pena che si ritiene possa essere irrogata."*;
- inoltre, l'art. 280 c.p.p. (per le misure coercitive) e l'art. 287 c.p.p. (per le misure interdittive) stabilisce che le misure si possono applicare *"solo quando si procede per delitti per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a 3 anni."* (artt. 280 e 287);
- l'art. 280 c.p.p. prevede poi, al **co. 2**, che la **custodia cautelare in carcere** *"può essere disposta solo per delitti, consumati o tentati, per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a 5 anni e delitto di finanziamento illecito dei partiti [...]"*.

È necessario ricordare che i soggetti in carcere per una misura cautelare devono essere tenuti distinti (secondo la modalità di trattamento derivante dalla presunzione di innocenza) da chi sta, invece, già scontando la propria pena. Inoltre, il codice prevede la riparazione per ingiusta detenzione nei casi in cui nel momento in cui si era optato per la misura cautelare non vi fossero i presupposti.

Non si deve inoltre pensare che la misura cautelare sia una misura anticipata dell'esecuzione della pena. Se però il soggetto viene condannato scontrerà dalla pena i giorni di misura cautelare.

In particolare, nel momento in cui vengono previste le misure cautelari personali si deve fare riferimento a particolari **esigenze cautelari**. L'art. 274 c.p.p. stabilisce che le misure cautelari sono disposte quando sussistono:

- **pericolo di inquinamento della prova (lett. a)**: cioè *"quando sussistono specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per i quali si procede, in relazione a situazioni di concreto ed attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova, fondate su circostanze di fatto espressamente indicate nel provvedimento a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio. Le situazioni di concreto ed attuale pericolo non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni né nella mancata ammissione degli addebiti."* È necessario dimostrare che l'imputato, se lasciato libero, può inquinare le prove che il p.m. sta raccogliendo. Ad esempio, se questo sta cercando l'arma

²⁷ Il termine "indizi" va qui inteso in senso diverso dal significato di prova indiretta o critica di cui all'art. 192 c.p.p. poiché ricomprende tutti gli elementi conoscitivi presentati al giudice dal p.m. La nozione di "gravi indizi di colpevolezza" non deve poi essere confusa con quella di "gravi indizi di reità" che fa riferimento agli indizi che un reato sia stato commesso e che questo può essere assoggettato a un individuo (si tratta del presupposto per le intercettazioni).

del delitto, si corre il rischio che l'imputato possa nascondere. Se in un procedimento per bancarotta fraudolenta si lascia libero l'imprenditore di lavorare in azienda, questo può modificare alcuni documenti. L'ultimo periodo della lett. a tutela il **diritto al silenzio** dell'imputato;

- **pericolo di fuga (lett. b):** *"quando l'imputato si è dato alla fuga o sussiste concreto pericolo che egli si dia alla fuga, sempre che il giudice ritenga che possa essere irrogata una pena superiore a due anni di reclusione."* La norma prosegue: *"Le situazioni di concreto ed attuale pericolo non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede."* Il pericolo deve essere concreto: vi devono essere segnali diretti che il soggetto si stia organizzando, ed attuale, cioè deve essere supportato da elementi dal punto di vista economico, dei contatti che gli diano la possibilità di allontanarsi. L'imputato che si è dato alla fuga versa in una condizione di latitanza (art. 296 c.p.p.);
- **pericolo che l'imputato commetta determinati delitti (lett. c):** cioè pericolo della reiterazione della stessa fattispecie per la quale si procede: *"quando, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali, sussiste il concreto pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede. Se il pericolo riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, le misure di custodia cautelare sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni ovvero, in caso di custodia cautelare in carcere, di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni nonché per il delitto di finanziamento illecito di partiti [...]"*. È necessaria una concreta e attuale prognosi di commissione non desumibile solo dalla gravità dell'addebito o dalla struttura del reato, fondata su:

- specifiche modalità e circostanze del fatto contestato,
- personalità dell'imputato (indagato) desunta da atti diversi da quello contestato,
- struttura del reato: il reato permanente o continuato non giustifica di per sé il pericolo.

La lettera c, nell'individuare i limiti edittali relativi all'esigenza cautelare in concreto ed attuale pericolo di reiterazione del reato, distingue fra custodia in carcere ed altre misure custodiali²⁸. L'ultimo periodo della lettera c sancisce infine, che *"Le situazioni di concreto ed attuale pericolo non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni né nella mancata ammissione degli addebiti."*, sempre nel rispetto del diritto al silenzio dell'imputato. Di qui l'illegittimità di qualsiasi provvedimento, di adozione o di mantenimento, delle misure cautelari che risulti esclusivamente finalizzato a conseguire la confessione dell'imputato.

Se in corso di misura vengono meno tali esigenze, la misura decade.

L'art. 275 c.p.p. sancisce i criteri che guidano la discrezionalità del giudice nella scelta della misura cautelare da adottare al caso concreto:

- **Principio di adeguatezza:** il giudice deve tenere conto *"della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto."* (co. 1),
- **Principio di proporzionalità:** *"ogni misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata."* (co. 2),

²⁸ Si tratta di un *genus* che ricomprende al suo interno la custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri, la custodia cautelare in luogo di cura e gli arresti domiciliari.

- **Principio di gradualità rispetto al carattere afflittivo:** il primo periodo del **co. 3** individua nella custodia carceraria l'*extrema ratio* del sistema cautelare. Questa, infatti, può essere disposta "*soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate.*" Tale configurazione discende direttamente dai principi costituzionali posti a tutela della libertà personale e della presunzione di innocenza (artt. 13 e 27 co. 2 Cost.). In virtù di tale caratteristica, il giudice, quando applica la misura inframuraria, è tenuto a esplicitare le ragioni per cui si sono ritenute inadeguate misure meno afflittive.

Alcuni esempi: se vi è solo il pericolo di fuga e non stiamo parlando di un reato particolarmente grave si può applicare il divieto di espatrio o l'obbligo di firma. Se l'esigenza cautelare è di non inquinare le prove si può procedere con gli arresti domiciliari per cui un soggetto deve rimanere in casa solo con i conviventi e non può utilizzare telefono, internet e televisione. Spesso la custodia cautelare viene utilizzata perché costa meno ed è più semplice anche quando ci sono misure più adeguate e proporzionate: ad esempio, nel caso di arresti domiciliari sono necessari controlli nei confronti dell'imputato che costano sia in termini economici sia in termini di risorse umane.

I periodi del **co. 3** successivi al primo rappresentano una **deroga** alla concretezza delle esigenze di cui all'art. 274 c.p.p. Infatti, la sussistenza dei *pericula libertatis* è presunta in via relativa dal legislatore quando sussistono indizi di colpevolezza rispetto ad una serie di ipotesi criminose di particolare gravità. Tale presunzione comporta che il giudice, in deroga a quanto previsto in via generale, non sia chiamato a motivare puntualmente circa le specifiche esigenze che concretamente giustificano l'adozione della cautela. Al contrario, egli deve esplicitare, a seconda delle varie ipotesi, se risultano ragioni che eventualmente lo inducano a ritenere insussistenti o meno intense le esigenze cautelari e, conseguentemente, a non disporre la custodia cautelare in carcere. La **presunzione iuris tantum** si traduce in un sostanziale ribaltamento dell'onere probatorio gravante sulle parti: finisce con gravare sulla difesa la dimostrazione circa l'insussistenza dell'intera gamma di *pericula* di cui all'art. 274 c.p.p.

Il legislatore affianca a quella riguardante la sussistenza delle esigenze cautelari un'ulteriore presunzione che, in deroga al principio di adeguatezza (275 co. 1) e al carattere di *extrema ratio* della custodia carceraria (275 co. 3 primo periodo), individua in tale misura la sola idonea a fronteggiare i *pericula libertatis*. Dunque:

1. Se vi sono gravi indizi di **reatità**, si presume esistente **almeno una delle esigenze cautelari**, la presunzione è **relativa**, e cioè ammette la prova che non vi è alcuna esigenza cautelare.

2. Vi è la **presunzione di adeguatezza della custodia in carcere** alle esigenze cautelari per i seguenti delitti:

2.1. in relazione ad un primo gruppo di fattispecie criminose (artt. 270, 270 bis, 416 bis c.p. cioè i delitti di mafia e assimilati), la **presunzione** di adeguatezza è **assoluta**, dunque insuscettibile di prova contraria. Non è mai applicabile l'arresto domiciliare o una misura cautelare non custodiale. Si esprime coerentemente a tale assunto la Corte costituzionale (C. cost. n. 265 del 2010): in base a regole di esperienza ampiamente condivise, è corretto ritenere che in relazione alla forza intimidatrice della mafia risulti adeguata soltanto la custodia in carcere.

2.2. Con riferimento ad un secondo gruppo di reati (altri gravi delitti, ad esempio: art. 575 c.p., delitti contro la personalità individuale²⁹), il legislatore, sulla scia di varie pronunce della Corte costituzionale, fa salva la possibilità di dimostrare l'adeguatezza di misure meno gravose a soddisfare i *pericula* nel caso concreto (dunque, non è ammissibile una presunzione assoluta). La **presunzione** di adeguatezza è, in questo caso, **relativa**. In tal caso, è applicabile, ad esempio, l'arresto domiciliare o una misura cautelare non custodiale. L'onere di dimostrare l'idoneità di

²⁹ Ad esempio: artt. 600 bis co. 1, 600 ter, 609 bis, 609 octies c.p.

misure meno afflittive della custodia carceraria a fronteggiare le concrete esigenze cautelari grava sulla difesa. Ciò rappresenta una deroga all'ordinario criterio di ripartizione dell'onere probatorio.

L'art. 277 c.p.p. prevede la **salvaguardia dei diritti della persona sottoposta a misura cautelare**: *"Le modalità di esecuzione delle misure devono salvaguardare i diritti della persona ad esse sottoposta, il cui esercizio non sia incompatibile con le esigenze cautelari del caso concreto."*

È un elementare **canone di civiltà giuridica** ed è riferibile anche ai detenuti:

- concreta applicazione del principio sancito dall'**art. 1 co. 3 ord. penit.**: *"Ad ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali; è vietata ogni violenza fisica e morale in suo danno"*,
- deve raccordarsi con l'art. 285 co. 2 c.p.p. per cui alla quale la persona sottoposta a custodia carceraria *"non può subire limitazioni della libertà"*, prima del trasferimento in istituto, *"se non per il tempo e con le modalità strettamente necessarie alla sua traduzione"*.

Proprio perché le misure cautelari non possono essere applicate per delitti che prevedono una pena inferiore nel massimo a 3 anni, si hanno dei criteri di determinazione della pena ai fini dell'applicazione delle misure. L'art. 278 c.p.p. fa capire se si è di fronte a una fattispecie per cui si può procedere con misura cautelare: *"Agli effetti dell'applicazione delle misure, si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato. Non si tiene conto della continuazione, della recidiva e delle circostanze del reato, fatta eccezione della circostanza aggravante prevista al numero 5) dell'articolo 61 c.p.³⁰ e della circostanza attenuante prevista dall'articolo 62 n. 4 c.p.³¹ nonché delle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale."*

Capo IV - Forma ed esecuzione dei provvedimenti

Procedimento applicativo, art. 291 c.p.p.

Nel nostro sistema, titolare dell'**azione cautelare** è il **p.m.** Il giudice, se non in casi eccezionali, non potrebbe applicare una misura cautelare *ex officio* in assenza di una richiesta del p.m. In virtù del principio della domanda cautelare, l'avvio del procedimento incidentale finalizzato all'applicazione di una misura cautelare è segnato dalla richiesta del p.m., il cui contenuto tiene conto del momento processuale nel quale la stessa si colloca. Il p.m. può chiedere applicazione di una misura cautelare generalmente durante le indagini preliminari, prima dell'esercizio dell'azione penale: in questa fase si può manifestare un'esigenza come, ad esempio, prevenire che la persona lasciata libera inquina le prove, una volta che le indagini sono chiuse, non c'è più questa esigenza. Il giudice competente è il **giudice che procede**, cioè quello della fase in cui la richiesta viene effettuata, generalmente è il g.i.p. L'art. 279 c.p.p. individua la competenza del giudice e sancisce che prima dell'esercizio dell'azione penale provvede il giudice per le indagini preliminari.

I passaggi per l'applicazione di una misura cautelare sono i seguenti:

1. Il p.m. effettua una **richiesta** di misura cautelare, questa deve contenere tutto ciò che è necessario per l'integrazione dei presupposti per l'applicazione della misura: (i) seleziona gli **elementi a carico** della persona sui quali si fonda la misura, raccolti durante le indagini,

³⁰ "L'aver profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa;"

³¹ "L'aver, nei delitti contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio/nei delitti determinati da motivi di lucro, cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di speciale tenuità ovvero un lucro di speciale tenuità, quando anche l'evento dannoso e pericoloso sia di speciale tenuità."

indirizzati a dimostrare la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza (I condizione). Questo assume particolare rilevanza nella fase delle indagini preliminari dal momento che, se così non fosse, si realizzerebbe un'anticipata *discovery* di tutti gli elementi di indagine; (ii) obbligo di integrale trasmissione esclusivamente per gli "**elementi a favore** dell'imputato", nonché le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate (difesa che ha partecipato in alcuni momenti delle indagini). Tutti questi elementi, inseriti e allegati alla richiesta di applicazione della misura, sono volti a dimostrare la sussistenza dei presupposti.

2. Il **giudice** deve decidere in base agli elementi trasmessi dal p.m.: decide **in segreto**, non è previsto contraddittorio, la misura cautelare è un atto a sorpresa. Decide con **ordinanza** di applicazione della misura, **motivata** (ampia motivazione), con la quale può applicare o non applicare la misura (se non ritiene integrata la sussistenza dei presupposti).

Il p.m., quando richiede la misura cautelare, ne richiede una **specificata**, in base al principio di proporzionalità, gravità, adeguatezza, sempre nello spirito che la custodia carceraria è l'*extrema ratio*, si applica solo quando tutte le altre meno afflittive sono escluse. Il **giudice non è vincolato** dall'**indicazione** della misura del p.m., è libero di poter adottare la misura che ritiene più adeguata, seguendo i principi previsti dall'art. 275 c.p.p., con un **limite**: il giudice non può adottare una misura più gravosa di quella indicata dal p.m. nella sua richiesta: infatti, il **principio della domanda cautelare** esclude che l'organo giudicante possa applicare una misura più gravosa. Ad esempio, il p.m. ritiene adeguati gli arresti domiciliari, il giudice non potrà applicare la custodia cautelare in carcere, ma potrà applicare gli arresti domiciliari o misure "al di sotto" come carattere afflittivo, questo perché altrimenti mancherebbe il requisito della domanda del p.m.: il giudice, infatti, non può applicare una misura cautelare *ex officio*, la richiesta del p.m. "copre" quella specifica misura e tutte quelle meno afflittive (principio della domanda cautelare).

Caratteristiche della richiesta cautelare:

- azione riservata al p.m. e necessaria (291 co. 1): affetta da **nullità intermedia** se decisione *ex officio*,
 - potere di selezione degli elementi fondativi, con obbligo di presentazione al giudice (291 co. 1) degli elementi a carico selezionati, di **tutti** gli elementi **a favore**, delle eventuali deduzioni e memorie difensive presentate,
 - una iniziativa *ex officio* del **giudice** è prevista (i) dall'art. 299 co. 3 soltanto in materia di revoca o di sostituzione di misure già applicate oltre, naturalmente, all'ipotesi prevista (ii) dall'art. 275 co. 2 **ter**: caso in cui la persona già sottoposta a misura cautelare violi le prescrizioni che il giudice impartisce con l'applicazione della misura cautelare, ad esempio: il giudice applica gli arresti domiciliari, con cui ci sono una serie di limitazioni come il divieto di uscire dall'abitazione, di ricevere corrispondenza. Se la persona sottoposta ad arresti domiciliari dovesse violare queste prescrizioni, il giudice può applicare la custodia cautelare, anche in assenza di una specifica domanda del p.m., poiché la persona ha violato le prescrizioni imposte insieme alla misura cautelare già applicata su richiesta del p.m. Queste sono le uniche due ipotesi eccezionali in cui il codice prevede questa possibilità in capo al giudice; in tutti gli altri casi, l'applicazione di una misura cautelare *ex officio* è soggetta a nullità.
3. il p.m. ordina l'esecuzione: non può interrogare l'indagato in custodia prima che vi proceda il giudice (art. 294 co. 6 c.p.p.);
 4. la polizia esegue la misura: è avvisato il difensore che l'ordinanza è stata depositata nella cancelleria del giudice che l'ha emessa, assieme alla richiesta del p.m. e gli atti presentati con la stessa (293 co. 3 c.p.p.);

5. il g.i.p. interroga l'indagato (interrogatorio di garanzia); p.m. e difensore sono preavvisati, il difensore ha l'obbligo di essere presente (294 co. 4 c.p.p.);
6. Il g.i.p. valuta se permangono le condizioni e le esigenze (art. 294 co. 3).

Ordinanza cautelare, art. 292 c.p.p.

Il provvedimento con cui il giudice competente si pronuncia sulla richiesta del p.m. assume la forma dell'**ordinanza** che deve essere **motivata a pena di nullità**³². La persona sa che c'è un'indagine nei suoi confronti, qual è il reato per cui si procede, sa quali sono gli elementi a carico che il p.m. ha raccolto (magari solo una parte) e conosce gli elementi a favore, acquisisce, dunque, un bagaglio conoscitivo che gli permette di "dire la sua" rispetto alla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza. Solo una volta applicata la misura cautelare, solo quando la misura cautelare è in corso di esecuzione, allora si instaura il contraddittorio differito tipico delle misure cautelari. Questo si instaura attraverso l'**interrogatorio di garanzia**, previsto dall'art. 294 c.p.p. Si tratta di un momento fondamentale del procedimento applicativo della misura cautelare, perché è il primo momento durante il quale alla difesa è concessa la possibilità di fornire la propria versione. Questa si fornisce allo stesso giudice che ha applicato la misura, cioè l'interrogatorio viene instaurato davanti al giudice che ha un attimo prima applicato la misura e l'interrogatorio viene anche condotto dallo stesso giudice. Momento in cui si instaura il contraddittorio: 1. la difesa da una lettura diversa agli elementi e 2. La difesa potrebbe anche introdurre di nuovi, 3. La persona sottoposta alla misura può spiegarsi e fornire elementi che il p.m. non conosce, per dimostrare l'assenza dei gravi indizi di colpevolezza, l'esigenza della misura cautelare posta a fondamento della richiesta della misura. Si tratta di un momento fondamentale perché, a seguito di questo interrogatorio, il giudice può decidere per:

- **mantenimento della misura**: le risposte della persona sottoposta alla misura non hanno modificato la sua valutazione;
- **revoca o sostituzione**: con una meno grave o revocarla nel caso in cui non vi siano i presupposti;
- **decadenza**.

Per decidere questi tre possibili esiti, il giudice deve porsi al momento dell'applicazione della misura, deve cioè sostanzialmente capire se **in quel momento** c'era l'esigenza cautelare oppure no.

Interrogatorio "di garanzia", art. 294 c.p.p.

Deve essere necessariamente svolto o immediatamente dopo l'esecuzione della misura o comunque **non oltre 5 giorni dall'inizio dell'esecuzione** (co. 1). Se non viene rispettato questo termine, abbiamo un'ipotesi di perdita di efficacia di diritto della misura, il soggetto deve essere liberato (in caso di *custodia cautelare in carcere*). Se si tratta di altra misura cautelare sia **coercitiva** che **interdittiva**, l'interrogatorio deve venire **entro 10 giorni** dall'inizio dell'esecuzione o dalla sua notifica (co. 1 bis). L'art. 294 c.p.p. è rubricato "*Interrogatorio della persona sottoposta a misura cautelare personale*", viene chiamato dalla dottrina interrogatorio "di garanzia" per esaltare meglio le finalità dell'interrogatorio, che è quello esclusivamente di rendere nota la versione della difesa³³, si tratta proprio di un interrogatorio a disposizione della difesa (**finalità difensiva**). Il giudice deve solo valutare, anche in base agli elementi della difesa, se al momento di applicazione della misura sussistevano o meno i presupposti.

A questo punto ci si potrebbe chiedere perché il giudice che ha applicato la misura, il giorno dopo (o entro 5 giorni) debba rivalutare i presupposti di applicazione della misura se li ha già valutati il

³² La mancanza (o la carente indicazione) di uno dei requisiti previsti dal co. 2 è sanzionata con la nullità: tale nullità, data la tassatività delle ipotesi contemplate dall'art. 178 c.p.p., non è riconducibile alla categoria delle nullità di ordine generale ma, in quanto rilevabile anche d'ufficio, neppure a quella delle nullità relative.

³³ È diverso, ad esempio, dall'interrogatorio investigativo.

giorno prima: che necessità c'è di rivalutare i presupposti? La risposta è che quando il giudice li ha valutati aveva a disposizione soltanto gli elementi raccolti dal p.m., ora insieme a questi elementi ha quelli portati dalla difesa e le risposte della persona interrogata.

L'interrogatorio è condotto dal giudice con le **modalità** indicate negli artt. 64 e 65 c.p.p., ai quali si aggiunge l'art. 141 *bis* c.p.p., a mente del quale, quando si tratti di persona in stato di detenzione, l'interrogatorio "***deve essere documentato integralmente, a pena di inutilizzabilità, con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva.***".

A queste garanzie si aggiunge la **partecipazione obbligatoria del difensore**³⁴ (potrebbe invece non partecipare il p.m.), il giudice è infatti interessato alle risposte della persona, quello che è stato rappresentato dal p.m. già lo conosce, ma non conosce la versione della difesa.

Gran parte degli adempimenti esecutivi di cui all'art. 293 c.p.p. sono prodromici all'interrogatorio "di garanzia" della persona sottoposta a misura cautelare. Del resto, difettando un confronto giurisdizionalmente garantito precedente all'esecuzione dell'ordinanza cautelare, il contraddittorio con il soggetto ristretto risulta indispensabile alla luce dell'art. 5 § 3 Cedu. Osserviamo, infatti, come questo sia il primo momento di contatto che il giudice ha con il soggetto a cui ha limitato la libertà personale (scelta molto dirompente).

L'interrogatorio non è necessario nel caso in cui il giudice vi abbia già provveduto in sede di udienza di convalida dell'arresto o del fermo di indiziato delitto, nonché quando la misura sia eseguita nel dibattimento, anche se disposta anteriormente.

Se al termine dell'interrogatorio il giudice decide di mantenere la misura, significa che al momento dell'applicazione della misura sussistevano i presupposti e sussistevano anche alla luce delle valutazioni delle risposte date dalla persona sottoposta alla misura.

Il codice prevede delle ipotesi in cui è possibile far venir meno questo vincolo che limita la libertà personale una volta che non vi è più esigenza, è importante ricordare che il soggetto è in custodia cautelare non perché è colpevole e deve eseguire una pena, ma è in custodia perché c'è un'esigenza cautelare da dover essere preservata, insieme ad un *fumus commisi delicti* che comunque poi dovrà essere accertato nel corso del processo. Se dovesse venir meno o attenuarsi questa esigenza cautelare, allora è necessario prevedere la possibilità di revocare o sostituire la misura. La vicenda cautelare, dunque, può subire delle modifiche nel corso della sua storia.

L'art. 299 c.p.p. regola i casi di revoca e sostituzione della misura:

- **revoca:** il **co. 1** prevede che le misure sono immediatamente revocate quando (i) vengono meno le condizioni di applicabilità previste dall'art. 273 c.p.p. o (ii) quando vengono meno le esigenze cautelari previste dall'art. 274 c.p.p.;
- **sostituzione *in melius*:** (i) "***quando le esigenze cautelari risultano attenuate*** (per il passare del tempo, oppure con la conclusione delle indagini) (ii) ***ovvero quando la misura non appare più proporzionata all'entità del fatto o alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata, il giudice sostituisce la misura con un'altra meno grave ovvero ne dispone l'applicazione con modalità meno gravose.***" (**co. 2**);
- **sostituzione *in peius*:** quando sono trasgredite le prescrizioni inerenti ad una misura, il giudice può disporre la sostituzione o il cumulo con altra più grave, tenuto conto dell'entità, dei motivi e delle circostanze della violazione (art. 276 c.p.p.).

La sostituzione (*in peius* e *in melius*) è disposta quale conseguenza dell'accertato aggravamento o attenuazione delle esigenze cautelari o del venir meno della proporzione tra il tipo di sacrificio per la libertà imposto con la misura cautelari e i due elementi di raffronto (l'entità del fatto addebitato e la sanzione irrogabile all'esito del processo). La rilevanza riconosciuta al primo dei due fattori deve

³⁴ In caso di sua assenza, l'atto è affetto da nullità **assoluta**.

considerarsi espressione del principio di adeguatezza (art. 275 co. 1); il secondo, invece, evoca il principio di proporzionalità (art. 275 co. 2).

L'art. 299 c.p.p. ne regola poi il **procedimento**:

- il provvedimento di revoca o di sostituzione *in melius* della misura cautelare postula, di regola, un'**iniziativa di parte**, con alcune eccezioni in cui il giudice provvede di ufficio (**co. 3**). Il giudice, prima di provvedere, "**deve sentire il p.m.**": la richiesta del parere del p.m. è **obbligatoria**³⁵ (**co. 3 bis**). Se nei due giorni successivi il p.m. non esprime il proprio parere, il giudice procede. Il giudice, inoltre, **può** assumere l'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini e **deve** assumerlo se l'istanza è basata su elementi nuovi o diversi rispetto a quelli già valutati e l'imputato ne fa richiesta (**co. 3 ter**). Il giudice provvede con ordinanza **entro 5 giorni**³⁶ (co. 3). L'imputato e il pubblico ministero possono presentare appello al tribunale della libertà (art. 310 c.p.p.)
- I provvedimenti di **sostituzione in peius** richiedono, conformemente al principio della domanda cautelare, un **atto propulsivo del p.m.** (**co. 4**, fermo quanto previsto dall'art. 276 c.p.p.)

Sull'istanza di revoca o sostituzione della misura il giudice provvede *de plano*.

Vi sono poi delle cause di **estinzione di diritto** delle misure cautelari, cioè situazioni in presenza delle quali la misura cautelare **perde efficacia**, per una situazione di diritto che si è verificata, senza bisogno di una richiesta. Queste situazioni sono:

- la misura, disposta dal giudice dichiaratosi **incompetente**, non è confermata dal giudice competente entro 20 giorni: perde efficacia (art. 27 c.p.p.),
- è stata pronunciata una **sentenza non irrevocabile** (art. 300 c.p.p.): stante la natura provvisoria e strumentale delle misure cautelari, le decisioni adottate nell'ambito del procedimento principale producono effetti anche sui provvedimenti cautelari. L'articolo in esame disciplina le ipotesi di caducazione automatica delle misure per effetto dell'emissione di determinate pronunce:
 - sentenze di proscioglimento: ossia le sentenze di non luogo a procedere emesse dal g.i.p. all'esito dell'udienza preliminare; le sentenze di assoluzione nel merito o di non doversi procedere rese ad esito del dibattimento; ad esse è poi equiparato il provvedimento di archiviazione;
 - sentenze di condanna: sentenze di condanna alle quali non consegua l'espiazione della pena per estinzione o sospensione condizionale della stessa; sentenze di condanna che infliggano una pena superiore alla custodia cautelare sofferta.
- è **omesso l'interrogatorio di garanzia** entro il termine previsto dall'art. 294 c.p.p.: la custodia cautelare perde efficacia, ma "**può essere nuovamente disposta dal giudice, su richiesta del p.m., previo interrogatorio [...]**" (art. 302 c.p.p.),
- sono stati **superati i termini massimi** di durata della misura (art. 303 c.p.p.). La **ratio** dei **termini massimi della custodia cautelare** è che il soggetto si vede limitata la propria libertà personale in un momento in cui è ancora presunto non colpevole ed il processo deve ancora svolgersi. La libertà personale viene limitata in virtù di indizi, raccolti unilateralmente, e di un'esigenza. Il codice, dunque, prevede che questa misura abbia un limite di durata, a prescindere dall'esigenza che può o meno perdurare. Nel momento in cui la misura cautelare custodiale perde efficacia: (i) in casi tassativi può essere ripristinata la misura cautelare estinta e cioè nei casi previsti dall'art. 307 c.p.p.: quando l'imputato trasgredisce le prescrizioni di una misura cautelare

³⁵ La sua omissione, in quanto concernente la partecipazione del p.m. al procedimento, costituisce una causa di nullità intermedia, art. 178 lett. b e art. 180.

³⁶ Il termine ha carattere ordinatorio, pertanto la sua violazione non dà luogo ad alcuna nullità.

obbligatoria e sono presenti esigenze cautelari (**co. 2 lett. a**); quando è stata pronunciata una sentenza di condanna e vi è pericolo di fuga (**co. 2 lett. b**). Inoltre, se l'imputato sta per darsi alla fuga, la polizia giudiziaria può procedere al fermo del medesimo (**co. 4**); (ii) può essere applicata una nuova misura cautelare non custodiale se ne sussistono i presupposti (art.307 co. 1) e più misure se è addebitato un grave reato (art. 307 co. 1 *bis*).

Queste situazioni non prevedono un procedimento.

Termini massimi di custodia cautelare

L'unica cosa importante da comprendere è la *ratio* con la quale sono stati costruiti questi termini: ci sono dei termini di durata massima, la misura cautelare non può durare più di 2 anni, 4 anni, 6 anni. Questi termini di durata complessiva sono diversi a seconda dei limiti edittali delle pene del reato per cui si procede. Poi ci sono dei termini di fase, a seconda che ci troviamo nelle indagini preliminari, in primo grado, in appello o in cassazione. La sommatoria di tutti questi termini non può essere superiore ai termini massimi. Quindi se durante le indagini, nel caso di un reato con pena nel minimo uguale o superiore ai 6 anni, è stata applicata una misura, questa non può durare più di 3 mesi. Dopo i 3 mesi è necessario effettuare nuova richiesta. Nel caso in cui ci troviamo nel giudizio di primo grado, non può durare più di 6 mesi, e così via.

Pena prevista nel suo massimo	Indagini	Primo grado	Pena in concreto irrogata	Appello	Cassazione	Termine complessivo
≤ 6 anni	3 mesi	6 mesi (3 mesi)	≤ 3 anni	9 mesi	9 mesi	2 anni
≤ 20 anni	6 mesi	1 anno (6 mesi)	≤ 10 anni	1 anno	1 anno	4 anni
> 20 anni	1 anno	1 anno e 6 mesi (9 mesi)	> 10 anni	1 anno e 6 mesi	1 anno e 6 mesi	6 anni
	Termine prorogabile dal giudice fino alla metà	In corso i termini per il rito abbreviato			Condanna sia in primo che in secondo grado o se impugnazione solo del P.M.	

Sospensione dei termini: ci sono poi dei termini di custodia cautelare per delitti più gravi, cioè che prevedono una pena edittale di almeno 20 anni nel massimo, che hanno sia termini di fase che termini complessivi diversi.

Ciò che bisogna ricordare è che ci sono dei termini massimi complessivi che non si possono superare a pena di decadenza della misura.

Termini massimi di custodia cautelare per i delitti più gravi (almeno 20 anni nel massimo)					
Fase o grado	Termini intermedi (o di fase) (303 c.1)	Termini intermedi finali (304 c.6)	Termine complessivo (303 c.4)	Termine complessivo finale (304 c.6)	Termine sussidiario (304 c.6)
Indagini prel. e ud. prel.	1 anno	2 anni	6 anni	9 anni	2/3 del massimo della pena temporanea per il reato contestato o ritenuto in sentenza
Dibattimento	1 anno e 6 mesi	3 anni			
Giudizio abbreviato	9 mesi	1 anno e 6 mesi			
Appello	1 anno e 6 mesi	3 anni			
Cassazione	1 anno e 6 mesi	3 anni			

Capo VI - Impugnazioni

Principi delle impugnazioni *de libertate*

Ricordiamo che il giudice dispone la misura cautelare con ordinanza motivata. La presenza della **motivazione** ci porta a dire che contro l'ordinanza del giudice che applica la misura cautelare, sia essa custodiale, interdittiva, etc. è possibile impugnare, cioè rivolgersi ad altro giudice per chiedere di verificare il corretto operato del giudice che ha applicato la misura. Affrontiamo il tema delle impugnazioni limitatamente (per il momento) alle impugnazioni *de libertate*, cioè contro i provvedimenti che limitano la nostra libertà personale.

Il principio costituzionale che permette di impugnare un provvedimento che restringe la libertà personale è previsto dall'art. 111 co. 7 Cost.: *"contro le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale [...] è sempre ammesso ricorso in Cassazione [...]"*: questo è l'unico articolo della Costituzione che parla di impugnazioni. Oltre al **ricorso per cassazione (311)**, il legislatore ha fornito all'interno del codice anche strumenti di impugnazione ulteriori: il **riesame (309)** e l'**appello (310)**. In questi casi, vi è un **controllo ex post** (di diversa natura a seconda dell'uno o dell'altro mezzo) in ordine ai **presupposti** del provvedimento impugnato. In questo caso, non si tratta di verificare se sussistono ancora le esigenze cautelari (come nel caso di revoca o sostituzione della misura), ma si tratta di affidare ad un altro giudice la verifica della correttezza dell'operato del giudice che ha applicato la misura, ponendosi al momento dell'applicazione della misura. Si tratta cioè di chiedere ad un altro giudice di mettersi nella stessa posizione in cui si trovava il giudice quando ha applicato la misura e verificare se in quel momento c'erano i presupposti e le esigenze cautelari.

Queste impugnazioni *de libertate* hanno delle **caratteristiche peculiari** (che non ritroveremo nelle impugnazioni del Libro IX):

- l'art. 588 co. 2 c.p.p. prevede che gli strumenti d'impugnazione (del Libro IX), una volta proposti, hanno effetto sospensivo dell'esecuzione della misura, es: condannato all'ergastolo, non c'è esecuzione della pena finché la sentenza non passa in giudicato: l'impugnazione ha effetto sospensivo dell'inizio di esecuzione della pena. Gli strumenti di impugnazione *de libertate* **non** hanno questo **effetto sospensivo** dell'esecuzione della misura: il soggetto continua, ad esempio, a rimanere in carcere, questo perché c'è un'esigenza, pensiamo ad esempio al caso in cui l'esigenza cautelare sia quella di evitare il pericolo di fuga.
- **art. 2 n. 59 della legge delega** (l. 16 febbraio 1987, n. 81): l'art. 2 sancisce che il c.p.p. *"deve attuare i principi della Costituzione e adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia [...]"* Esso inoltre *"deve attuare nel processo penale i caratteri del sistema accusatorio"*, secondo i principi ed i criteri dettati nell'articolo in esame. In particolare, il n. 59 prevede la *"riesaminabilità, anche nel merito, del procedimento che decide sulla misura di coercizione davanti al tribunale in camera di consiglio, con garanzia di contraddittorio e ricorribilità per cassazione"*. Dunque, era necessario prevedere strumenti ulteriori rispetto al ricorso per Cassazione, che permette di riesaminare le questioni di diritto. Ecco perché nel nostro codice, troviamo il riesame e l'appello.
- Vi è poi un'ulteriore particolarità, che riguarda l'appello e il riesame: le impugnazioni del Libro IX sono strumenti che consentono di chiedere ad un giudice superiore di valutare l'operato di un giudice di grado inferiore, ad esempio: Tribunale - Corte di Appello, Corte di Appello - Corte di Cassazione. In caso di riesame e appello delle misure cautelari, quindi di impugnazioni *de libertate*, parliamo di un giudice di **pari grado** rispetto a quello che ha applicato la misura: ci rivolgiamo di certo ad un altro giudice, ma non necessariamente di grado superiore, se non quando utilizziamo il ricorso per cassazione.

Le impugnazioni delle misure cautelari personali: i mezzi

Con le impugnazioni *de libertate* ci poniamo alla fine del procedimento applicativo della misura cautelare. Il procedimento inizia con la richiesta del p.m., segue l'ordinanza del giudice (di solito è il g.i.p):

- se **dispone la misura**, segue l'interrogatorio di garanzia e poi la possibilità per l'indagato (persona sottoposta alla misura) di proporre impugnazione attraverso diversi strumenti: **riesame**, **appello** o direttamente ricorso per cassazione. In caso di riesame o appello, a decidere è il **tribunale delle libertà**, ossia una sezione del tribunale, come grado è lo stesso del g.i.p. che ha applicato la misura, ad esempio a Milano è la sezione XXI del Tribunale. Inoltre, l'indagato potrebbe decidere di proporre impugnazione non nel merito ma proporre, contro l'ordinanza che dispone la misura, direttamente **ricorso per cassazione**.
- Nel caso in cui l'ordinanza **respinga la richiesta** del **p.m.**: in questo caso è il p.m. ad avere interesse ad impugnare l'ordinanza. A disposizione del p.m. c'è solo l'**appello**. Il riesame è uno strumento di impugnazione *de libertate* a disposizione esclusivamente dell'indagato e solo contro provvedimenti che, *ab initio*, applicano la misura. L'appello invece è il primo e unico strumento di impugnazione nel merito a disposizione del p.m. e poi chiaramente anche il ricorso per cassazione nel caso in cui l'ordinanza sia del tribunale delle libertà in funzione di giudice di appello.

Il riesame, art. 309 c.p.p. (Riesame delle ordinanze che dispongono una misura coercitiva)

Il riesame risponde alle esigenze poste dall'art. 5 § 4 Cedu, che prevede per ogni persona privata della libertà personale il "*diritto di indirizzare un ricorso ad un tribunale affinché esso decida, entro brevi termini, sulla legalità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegale*." È un mezzo a **disposizione soltanto della persona nei confronti della quale è applicata la misura** e del suo **difensore**. È uno strumento d'impugnazione nel merito. Rilevante è il concetto di devoluzione: quando parliamo di impugnazioni, dobbiamo capire, con riguardo allo strumento che abbiamo a disposizione, che grado di devoluzione ha rispetto al giudice nuovo al quale ci rivolgiamo. Questo significa che cosa del primo giudizio viene devoluto al nuovo giudice. Quindi, quanto di quello che è avvenuto nel procedimento che ha applicato la misura viene devoluto, quindi messo a conoscenza del nuovo giudice che deve valutare l'impugnazione. **Caratteristiche**:

1. Quando parliamo di riesame parliamo di un **mezzo totalmente devolutivo**: il giudice, il tribunale delle libertà, **conosce tutta la vicenda cautelare**, conosce tutti gli elementi che aveva a disposizione il giudice che ha applicato la misura. Vedremo che vi saranno altri strumenti che saranno parzialmente devolutivi. Dal momento che si tratta di un mezzo totalmente devolutivo, la **richiesta** di riesame, che può essere effettuata soltanto dall'indagato, potrebbe anche essere **priva dei motivi**. I motivi nell'atto d'impugnazione sono quelli che circoscrivono il perimetro di conoscenza che l'altro giudice deve avere. Siccome il riesame è totalmente devolutivo, si possono anche indicare oppure esporre in udienza, ma il **giudice è libero** di decidere **anche per motivi diversi** rispetto a quelli che ho indicato, proprio perché non c'è questo perimetro.
2. Questo mezzo ha **tempi** molto stretti, tempi che devono essere osservati a pena di perdita di efficacia della misura.³⁷
3. Inoltre, il Tribunale delle libertà può decidere come vuole: può annullare, riformare o confermare l'ordinanza oggetto del riesame (co. 3).

Legittimazione: titolare del diritto al riesame è solo l'imputato e il suo difensore (co. 1 e 3).

³⁷ Questo risponde alla medesima *ratio*, ad esempio, del termine di 5 giorni per l'interrogatorio "di garanzia". La misura sta limitando la libertà personale di un soggetto presunto non colpevole. Se il sistema non riesce ad assicurare questa tempistica, è corretto che la misura cautelare perda efficacia.

Sulla richiesta di riesame **decide** *"in composizione collegiale, il tribunale del luogo nel quale ha sede la Corte di appello o la sezione distaccata della Corte di appello nella cui circoscrizione è compreso l'ufficio del giudice che abbia emesso l'ordinanza"*: "Tribunale" significa giudice di pari grado rispetto al g.i.p.; "del capoluogo del distretto di Corte di appello in cui ha sede l'ufficio che abbia emesso l'ordinanza": dipende se il nostro tribunale rientra nel distretto di corte d'appello, cioè se il tribunale ha la Corte di appello, allora è quel giudice. Ad esempio: a Milano abbiamo sia il tribunale che la Corte di appello, allora ci rivolgiamo al tribunale del riesame di Milano nel caso in cui il g.i.p. che ha applicato la misura è il g.i.p. di Milano, perché Milano è capoluogo di distretto di Corte di appello. Se ci rivolgiamo a Brescia, lo stesso, anche Brescia ha la Corte di appello. Se la misura cautelare è del g.i.p. di Lodi, il distretto di corte d'appello è Milano, per Lodi. Dunque, il g.i.p. sarà quello di Lodi ma la richiesta di riesame dev'essere effettuata al tribunale delle libertà di Milano.

Al **co. 1**, l'art. **309** c.p.p. definisce cosa può essere **oggetto** del riesame: potranno essere oggetto di riesame le ordinanze che hanno disposto la misura cautelare **ab initio**. Questo significa che sono ordinanze che applicano misura cautelare a seguito della richiesta del p.m., quindi si escludono tutte le altre. Ad esempio: poniamo che a seguito dell'appello, il tribunale del riesame riformi l'ordinanza di rigetto **applicando** la misura cautelare. Questo provvedimento **non** può essere oggetto di riesame. Oggetto di riesame possono essere soltanto le ordinanze che scaturiscono da questa fase, le ordinanze originarie di applicazione della misura, non che applicano la misura dopo l'impugnazione, ma sin dall'inizio dell'applicazione. Fanno eccezione le ordinanze recanti misure coercitive adottate nell'ambito del procedimento di estradizione ovvero nell'ambito del procedimento di esecuzione di un mandato di arresto europeo (ricorso per cassazione per violazione di legge ex art. 719).

A queste si aggiungono l'ordinanza *in peius* (da interdittiva a coercitiva) o che ripristina la misura coercitiva (ma queste sono ipotesi marginali).

L'art. **309** c.p.p. regola anche il **procedimento**, questo ha scadenze molto importanti, se non si rispettano questi termini, la misura decade (ceduazione della misura).

- Entro 10 giorni dalla esecuzione o notificazione del provvedimento, l'imputato (co. 1) o il suo difensore (co. 3) può **proporre richiesta di riesame**, anche nel merito, della ordinanza che dispone la misura coercitiva. La richiesta sarà proposta al giudice *ad quem*: **Tribunale della libertà** (co. 7).
- Il presidente cura che sia dato immediato avviso all'autorità giudiziaria procedente, la quale *"entro il giorno successivo, e comunque non entro il quinto giorno, trasmette al tribunale gli atti [...] nonché tutti gli elementi sopravvenuti a favore della persona sottoposta alle indagini."* (co. 5).
- Il tribunale deve fissare udienza, il procedimento davanti al tribunale si svolge in camera di consiglio, nelle forme previste dall'art. 127 c.p.p. Fino al giorno dell'udienza gli atti restano depositati in cancelleria, con facoltà per il difensore di esaminarli e di estrarne copia (co. 8). **Entro 10 giorni** dalla ricezione degli atti il tribunale del riesame deve sostanzialmente decidere: *"se non deve dichiarare l'inammissibilità della richiesta, annulla, riforma o conferma l'ordinanza oggetto del riesame [...]"* (co. 9).

Se non rispetta questo termine, la conseguenza è la ceduzione della misura. Il codice prevede termini molto stretti, la *ratio* è sempre la medesima: si tratta di misure limitative della libertà personale nei confronti di un soggetto che non è stato ancora processato, potremmo trovarci anche nella fase precedente all'esercizio dell'azione penale. In questo schema sono riassunti i possibili esiti del riesame:

L'appello, art. 310 c.p.p.

Legittimazione: la titolarità viene riconosciuta all'**imputato**, al suo **difensore** e al **p.m.** (per quanto riguarda il p.m., questo è l'unica possibilità di impugnazione nel merito, essendogli precluso lo strumento del riesame).

Oggetto: *tutte le ordinanze* in materia di misure cautelari personali (sia coercitive, sia interdittive), diverse da quelle assoggettabili a riesame.

Caratteristiche: si tratta di un mezzo di impugnazione ad **effetto parzialmente devolutivo**, la cognizione è vincolata al *petitum*, il co. 1 sancisce, infatti, che i soggetti legittimati propongono appello "*enunciandone contestualmente i motivi*."

L'art. 310 c.p.p. prevede anche dei termini, ma questi non sono sanzionati con la caducazione della misura (assenza di termini a pena di decadenza della misura), si tratta cioè di **termini ordinatori** (fine: regolare la procedura);

poteri decisorici tipici del giudice di appello (conferma riforma; eccezionalmente: annullamento).

Procedimento:

1. presentazione dell'appello nella cancelleria del giudice *ad quem*,
2. avviso all'autorità procedente e conseguente trasmissione degli atti, **entro il giorno successivo** (termine ordinatorio),
3. gli atti restano depositati in cancelleria fino al giorno dell'udienza,
4. il procedimento davanti al tribunale si svolge in camera di consiglio (art. 127 c.p.p.),
5. il tribunale decide entro **20 giorni** (termine ordinatorio) con ordinanza.

Decisioni: inammissibilità, conferma o riforma dell'ordinanza appellata; nei casi tassativamente indicati, annullamento.

Il riesame e l'appello: quadro sinottico

riesame (309)	appello (310)
Competenza funzionale: tribunale del capoluogo del distretto di corte d'appello nel cui ambito ha sede il giudice che ha emesso la misura	
Oggetto: le misure coercitive applicate <i>ab initio</i> (309.1; 313.3)	Tutte le altre ordinanze in materia di misure cautelari personali (310)
Termine per la presentazione: 10 giorni	Termine per la presentazione: 10 giorni
Soggetti legittimati: imputato e difensore	Soggetti legittimati: PM, imputato e difensore
Richiesta anche non motivata (impugnazione completamente devolutiva)	Impugnazione motivata (l'impugnazione è limitatamente devolutiva)
Il pubblico ministero trasmette entro 5 giorni gli atti presentati al giudice e tutti gli elementi sopravvenuti a favore dell'indagato (309.5)	L'autorità procedente trasmette gli atti
Il tribunale può annullare o riformare in melius anche per motivi diversi da quelli adottati dall'impugnante; può confermare il provvedimento anche per motivi diversi da quelli ritenuti dal giudice che lo ha emesso (309.9)	Il tribunale è vincolato dai motivi dell'appello
Decisione entro 10 giorni dalla ricezione degli atti (termine perentorio)	Decisione entro il termine ordinatorio di 20 giorni dalla ricezione degli atti
L'inosservanza dei termini per la trasmissione e la decisione rende inefficace la misura	

Il ricorso per Cassazione, art. 311 c.p.p.

Contro i provvedimenti restrittivi della libertà personale è la stessa Costituzione a richiedere la predisposizione di un ricorso in cassazione (art. 111 co. 7 Cost.), da cui discende la previsione codicistica di cui all'art. 568 co. 2 c.p.p.

Il ricorso per cassazione ha ad **oggetto (co. 1)** ordinanze emesse dal tribunale a seguito del riesame ex art. 309 ovvero a seguito di appello ex art. 310.

Il **co. 2** prevede anche la possibilità, entro i termini previsti dall'art. 309 co. 1, 2 e 3, di proporre direttamente ricorso per cassazione per violazione di legge (**ricorso per saltum**), contro i provvedimenti che dispongono una misura coercitiva.

Legittimazione: l'art. 311 co. 1 riconosce la relativa titolarità all'imputato, al suo difensore, al p.m. che ha richiesto l'applicazione della misura e al p.m. presso il tribunale del luogo nel quale ha sede la Corte di appello nella cui circoscrizione è compreso l'ufficio del giudice che ha emesso la misura. La norma fa riferimento all'art. 309 co. 7, questo fa sì che possa proporre ricorso per cassazione anche il p.m. presso il tribunale competente a decidere per il riesame.

Natura del mezzo: può solo annullare la misura per violazione di legge (azione di annullamento), la cognizione è vincolata al *petitum*: motivi obbligatori ed integrabili in udienza (**co. 4**).

Procedimento:

1. presentazione entro 10 giorni dalla comunicazione o dalla notificazione dell'avviso di deposito del provvedimento: proprio per garantire l'effettività del diritto di ricorrere per cassazione, l'ordinanza di applicazione di una misura cautelare deve essere notificata o comunicata, ex art. 127 co. 7, a tutti i soggetti a ciò legittimati,
2. immediato avviso all'autorità procedente che, **entro il giorno successivo**, trasmette gli atti alla corte di cassazione (**co. 3**),
3. deposito atti fino al giorno dell'udienza,
4. la corte decide osservando le forme previste dall' art. 127 c.p.p.: procedimento in camera di consiglio (**co. 5**),
5. il termine per la decisione è di 30 giorni dalla ricezione degli atti. Si tratta di un termine ordinatorio (critica della dottrina).

Le **pronunce** della corte di cassazione si risolvono nell'alternativa ordinaria fra rigetto del ricorso e annullamento della decisione impugnata.

Titolo II - Le misure cautelari reali

Le misure cautelari reali trovano applicazione indipendentemente ed autonomamente rispetto alle misure cautelari personali, essendo da queste ultime distinte per le finalità perseguite e per i presupposti applicativi previsti dalla legge. Si tratta, infatti, di strumenti che pongono un vincolo di indisponibilità sulla cosa. Si parla di **sequestri cautelari**, conservativo e preventivo, le cui finalità sono, rispettivamente:

1. **conservativo:** finalità di **reintegrazione patrimoniale** a tutela degli interessi patrimoniali connessi al reato,
2. **preventivo:** finalità **special-preventiva**, volta ad evitare la prosecuzione del reato.

Il sequestro conservativo

art. 316 c.p.p.

Oggetto: beni mobili e immobili, crediti dell'imputato, nei limiti in cui la legge consente il pignoramento.

Condizioni: il presupposto per richiederlo all'autorità giudiziaria è il seguente: quando vi è **fondata ragione** che manchino o si disperdano le garanzie per pagamento della pena pecuniaria, delle spese del procedimento e ogni altra somma dovuta all'erario, ovvero delle obbligazioni civili derivanti dal reato.

Questo può essere richiesto solo **dopo l'esercizio dell'azione penale**³⁸ (405): il **p.m.** e la **parte civile** chiedono al giudice il sequestro conservativo (316, 1 e 2). Richiesta al giudice che procede (può essere il g.i.p., il g.u.p. o il giudice del dibattimento), questo decide in segreto (non è previsto contraddittorio), può:

- **rigettare** la richiesta;
- **disporre** il sequestro con ordinanza. Se l'imputato o il responsabile civile offrono cauzione idonea (319), il giudice dispone con decreto che non si operi il sequestro; stabilisce la modalità di prestazione della cauzione (soggetto potrebbe avere interesse a mantenere disponibilità del bene). Chiunque vi abbia interesse (quindi anche un terzo) può proporre richiesta di riesame al tribunale del capoluogo di provincia (318; 324).

Il sequestro preventivo

art. **321** c.p.p.

Condizioni (316):

- pericolo che la disponibilità possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato o agevolare la commissione di altri reati,
- pericolosità intrinseca della cosa (confiscabilità): nel caso di condanna, il bene viene poi confiscato, ad esempio: viene sequestrata una pistola come arma utilizzata ipoteticamente per il reato, se poi il processo si chiude con una condanna, questa sarà confiscata.

Oggetto: cose pertinenti al reato; cose e beni di cui è consentita la confisca (cose che servirono a commettere il reato o che ne costituiscono il prodotto o il profitto; beni di valore equivalente a quelli confiscabili). Questo può essere richiesto **in ogni fase del procedimento** (a differenza del sequestro conservativo). Il **pubblico ministero** chiede al giudice il sequestro preventivo (321), il **giudice** competente decide in segreto, possibili esiti:

- emette ordinanza di convalida (**321 co. 3-ter**) e dispone il decreto di sequestro,
- rigetta la richiesta,
- dispone il sequestro con decreto motivato.

In casi di urgenza:

- il **p.m.** dispone il sequestro preventivo con decreto motivato (**321 co. 3-bis**). Il p.m. richiede al giudice nelle 48 ore successive la **convalida** ed il decreto di sequestro. Il giudice decide in segreto e dispone o meno la convalida;
- la **polizia giudiziaria** dispone il sequestro preventivo e trasmette il verbale entro 48 ore al p.m. (**321 co. 3-bis**). Il p.m.: dispone la restituzione delle cose sequestrate oppure richiede al giudice nelle 48 ore successive la **convalida** ed il decreto di sequestro.

Libro V - INDAGINI PRELIMINARI E UDIENZA PRELIMINARE

Il nostro sistema attua i caratteri di un sistema **di stampo accusatorio**, prevedendo una distinzione netta tra ciò che riguarda le indagini preliminari e ciò che riguarda il giudizio. La netta distinzione tra queste due fasi, ci porta a parlare di uno **schema bifasico**:

Fase preparatoria: protagonista è il p.m. e caratteristica fondamentale è la segretezza. Dunque, si tratta di una fase preparatoria tendenzialmente **segreta**, nel corso della quale un magistrato inquirente svolge indagini finalizzate ad un primo sondaggio di fondatezza e di plausibilità dell'ipotesi d'accusa.

³⁸ La richiesta può essere effettuata **solo nel giudizio di merito**, è esclusa la possibilità di emissione del sequestro nella fase delle indagini preliminari.

Nell'eventualità in cui tale verifica dia esito positivo, fa seguito una **fase pubblica** (il **dibattimento**), dopo l'esercizio dell'azione penale, che si svolge nel **contraddittorio delle parti** al cospetto di un giudice terzo, nel corso della quale si procede all'acquisizione delle prove e viene emessa la sentenza di condanna o di proscioglimento dell'imputato.

Chiamato ad "*attuare nel processo penale i caratteri del sistema accusatorio*" (art. 2 co. 1 l. n. 81/1987) e a restituire al dibattimento la sua perduta centralità, il legislatore del 1988 è dunque intervenuto radicalmente sulla struttura della fase preparatoria denominata oggi "indagini preliminari". Viene così eliminata la figura del giudice inquirente, affidando la gestione della fase investigativa al solo pubblico ministero e spostando al termine della fase preparatoria l'alternativa tra esercizio dell'azione penale e richiesta di archiviazione (separazione delle fasi indagine/giudizio).

Il contesto: crisi e trasformazione di un modello

A distanza di più di vent'anni dall'entrata in vigore del c.p.p., il modello elaborato dal legislatore del 1988 ha subito varie trasformazioni. Per quanto riguarda il principio di separazione tra la fase di indagine e la fase del giudizio: alcune sentenze della corte cost. del 1992 hanno introdotto un principio nelle proprie sentenze, mai conosciuto fino a quel momento, cioè il **principio di non dispersione delle prove**. La Corte cost. inizia a dichiarare incostituzionali alcuni articoli che non permettono, in momenti eccezionali, che l'elemento raccolto dal p.m. nel segreto unilateralmente possa essere presentato come tale davanti al giudice nel giudizio. Il principio di non dispersione della prova impedisce in determinate situazioni la necessità di sacrificare comunque un elemento di conoscenza utile al giudice. La Corte cost. ha estrapolato tale principio da una determinata interpretazione della **finalità** del processo come finalizzato alla ricerca della **verità**, che, in questo caso, "prevale" su diritto di difesa. Dopo il 1992 (tangentopoli), ci furono due interventi legislativi: l. Cost. 9/1999 e l. 63/2001, che introducono i principi del *fair trial*, previsti dall'art. 6 CEDU. L'intervento legislativo si pone come "risposta" ed è volto a riconfermare il sistema accusatorio, per il quale il giudice conosce solo ciò che si è formato davanti a lui. Tuttavia, questa riforma introduce anche delle eccezioni, ma si tratta di ipotesi eccezionali. L'art. 111 co. 5 Cost. sancisce, infatti, che: "*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.*" I casi sono, dunque, i seguenti: (i) consenso imputato; (ii) per cause sopravvenute oggettive non è possibile ripetere l'atto (ad esempio, la persona muore); (iii) provata condotta illecita: emerge un elemento per il quale, ad esempio, si ritiene che l'imputato abbia sostanzialmente minacciato o pagato il testimone a cambiare versione.

Le indagini preliminari: profili funzionali e strutturali

La **finalità** delle indagini preliminari è l'attività di ricerca e raccolta di informazioni e notizie, da parte del p.m. e della p.g. Questi svolgono "*le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale.*" (art. 326 c.p.p.):

- esercitare l'azione penale e sostenere l'accusa in giudizio, oppure
- richiedere l'archiviazione: notizia di reato infondata.

Nella cornice del principio di obbligatorietà dell'azione penale, l'art. 326 codifica il principio di tendenziale **completezza** delle indagini: il p.m., quando svolge le indagini, deve certo porsi l'obiettivo di essere in grado di decidere tra esercizio azione penale o archiviazione al termine delle indagini, tuttavia dopo la sentenza Cost. 88/1991, deve avere in mente un'altra finalità: le **indagini devono essere complete**. Questo principio è ulteriormente valorizzato dal riconoscimento all'imputato del pieno diritto di accedere al giudizio abbreviato, ottenendo di essere giudicato sulla

base degli elementi acquisiti nelle indagini preliminari a semplice richiesta (Corte cost., 115 del 2011).

Ferma la funzione essenzialmente endofasica, insita nell'essere preordinati a orientare il p.m. nella scelta tra esercitare o meno l'azione penale, i risultati delle indagini preliminari manifestano, altresì, attitudine propriamente probatoria rispetto a talune importanti decisioni di competenza del giudice, di cui vengono a costituire la base cognitiva (cd. **polivalenza o polifunzionalità**). Nella fase investigativa, le risultanze dell'indagine sostengono la motivazione dei provvedimenti del g.i.p. limitativi dei diritti fondamentali della persona. Con il consenso dell'imputato, inoltre, come riportato sopra, gli atti investigativi forniscono la piattaforma probatoria per le decisioni che definiscono i riti alternativi al dibattimento.

Tra i principi cardine delle indagini preliminari troviamo:

la **tempestività**: pronta verifica della *notitia criminis*, estensione temporale **limitata** dell'attività di indagine (e dunque della posizione di "indagato"): obbligo in capo al p.m. di chiudere le indagini, ciò non significa che egli debba immediatamente decidere se esercitare l'azione penale o no, significa che ciò che raccoglie dopo non sarà utilizzabile. Le indagini preliminari tuttavia possono durare anni, il p.m. investiga entro un termine, ma siccome non c'è un termine entro cui esercitare l'azione penale o richiedere archiviazione, il rischio è che la persona sottoposta alle indagini rimanga tale per un lungo lasso di tempo. La riforma Cartabia si propone di introdurre un termine entro cui esercitare l'azione penale o richiedere archiviazione.

La **segretezza**:

- **interna**: le attività di indagine del p.m. e della p.g. (non del g.i.p.) sono segrete, sino a quando non è compiuto un *atto conoscibile dall'indagato* o non sono *chiuse le indagini* (art. 329 c.p.p.)
- **esterna**: *divieto di pubblicazione* degli atti di indagine segreti (art. 114 c.p.p.).

I soggetti delle indagini preliminari

Il pubblico ministero

Dominus delle indagini, il p.m. ne assume la **direzione** e compie, sia personalmente che tramite la **diretta disponibilità** della **p.g.**, tutte le attività necessarie per orientarsi in ordine all'esercizio dell'azione penale. Di chiara matrice costituzionale (art. 109 Cost.), il principio che accorda al p.m. la diretta disponibilità della polizia giudiziaria ritrova nel codice plurime specificazioni, tra cui l'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 [...]*". Si tratta di una disponibilità autonoma ed effettiva della p.g.: l'autorità giudiziaria si avvale direttamente del personale delle sezioni di p.g. istituite presso l'ufficio. Ricordiamo poi che il p.m. dirige le indagini anche a favore dell'indagato, con dovere di "*correttezza e di indifferenza al risultato*" (Corte cost. 88/1991, 111/1993, 241/1994).

La polizia giudiziaria

La p.g. agisce su delega del p.m., si tratta di più reparti dell'autorità di pubblica sicurezza a disposizione della Procura della Repubblica. A seguito di una modifica legislativa del 2001³⁹, agli organi di polizia è accordato un grado di autonomia nello svolgimento dei propri compiti. In particolare, la p.g., oltre alle funzioni investigative in fase di acquisizione della *notitia criminis* e nel lasso di tempo tra il suo reperimento e la comunicazione al p.m., continua a svolgere di propria iniziativa attività anche dopo la comunicazione della notizia di reato, prima che il p.m. assuma la

³⁹ La l. 128 del 2001 ha reso meno stringente il vincolo funzionale tra p.g. e p.m. rispetto all'impianto originario del codice. Rimane chiaramente impregiudicato il potere di dirigere le indagini riconosciuto al magistrato inquirente.

direzione delle indagini (cd. attività **autonoma** di indagine). Dopo l'intervento del p.m., la p.g. compie gli atti investigativi specificamente delegati dal magistrato inquirente (cd. attività **delegata** di indagine), esegue le direttive del p.m. (cd. attività **guidata** di indagine) e svolge, di propria iniziativa, tutte le altre attività di indagine per accertare i reati ovvero richieste di elementi successivamente emersi, assicurando le fonti di prova, con il dovere di informare prontamente il p.m. (cd. attività **parallela** di indagine).

Il G.I.P.

La fase delle indagini preliminari è una fase in cui il giudice non è una presenza fissa, la figura del g.i.p. è regolata dall'art. 328 c.p.p.: "*Nei casi previsti dalla legge, sulle richieste del p.m., delle parti private e della persona offesa dal reato, provvede il giudice per le indagini preliminari.*" Il g.i.p. è titolare di **competenza funzionale ad acta** nella fase pre-imputativa (cd. giurisdizione **senza azione**), è un organo monocratico privo di poteri investigativi⁴⁰, interviene, nei casi previsti dalla legge, con cognizione degli atti soltanto **incidentale** e nei limiti delle questioni devolute dalle istanze del p.m. e delle parti private. Le funzioni del g.i.p. sono di **garanzia** e di **controllo**, con articolate finalità:

- tutelare la **libertà** e i **diritti fondamentali** dell'individuo al cospetto di possibili limitazioni, in particolare per le misure cautelari, le intercettazioni;
- anticipare l'assunzione della prova mediante l'**incidente probatorio**;
- assicurare l'osservanza de principio di obbligatorietà dell'azione penale, nel contesto della procedura di **archiviazione** della notizia di reato;
- interviene nel contesto delle **indagini difensive** sia per autorizzare il compimento di atti determinati sia per sopperire alla carenza di poteri coercitivi del difensore.

Il g.i.p., inoltre:

- autorizza il sequestro preventivo;
- convalida arresto e fermo;
- applicazione provvisoria misure di sicurezza durata delle indagini.

La persona sottoposta ad indagini

L'indagato (art. 61 c.p.p.) è il soggetto indicato nella *notizia criminis* come autore di una condotta criminosa e nei confronti della quale il pubblico ministero e la polizia giudiziaria effettuano gli accertamenti necessari per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale. La qualifica si **acquista** formalmente con l'**iscrizione della notizia di reato** nominativa nell'apposito registro. Si **perde** nel momento in cui diviene definitivo il provvedimento di archiviazione o nel momento in cui, esercitata l'azione penale da parte del p.m., l'indagato assume la qualità di imputato.

La persona offesa dal reato

È il soggetto titolare del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice che si assume essere stata violata dalla condotta posta in essere dalla persona sottoposta a indagini. Questo soggetto ha un ruolo importante soprattutto all'inizio, è tendenzialmente colui che deposita la denuncia, la querela, l'istanza (cd. condizioni di procedibilità), permettendo così l'instaurazione di un'indagine. Poi, la persona offesa conosce necessariamente qualcosa della vicenda, quindi si fa portatrice di elementi di conoscenza, può svolgere anche un ruolo propulsivo nei confronti del p.m.

⁴⁰ Giudice "per" le indagini preliminari anziché "delle" indagini preliminari

Il difensore

Questo può svolgere determinate attività per cercare di indirizzare le attività del p.m. verso un'archiviazione. La fase delle indagini preliminari è coperta da segreto istruttorio, l'indagato può venire a conoscenza delle indagini con tutte le attività in cui è richiesto avvisare la persona sottoposta a indagini: ad esempio, con una perquisizione.

Titolo II - Notizia di reato

Dal p.d.v. delle scadenze, le indagini preliminari prendono formalmente l'avvio con l'**iscrizione della notizia di reato** da parte del pubblico ministero in un apposito registro custodito presso il suo ufficio. Il codice non offre alcuna definizione di "**notizia di reato**", ma potrebbe essere così definita: qualunque rappresentazione *non manifestamente inverosimile* di un accadimento storico, attribuito o meno a soggetti determinati, dalla quale emerga la possibile violazione di una disposizione incriminatrice penale.

L'**apprensione** della notizia di reato può avvenire non solo attraverso l'attività di monitoraggio sul territorio (attività espressamente prevista tra le funzioni della p.g. e qui affidata anche al p.m. ex art. 330 c.p.p.), ma anche con il deposito da parte della persona offesa di una notizia che può rappresentare la violazione di una norma incriminatrice. Si parla, in questo caso, di ricezione da parte della p.g. e del p.m. di notizie di reato **qualificate** (come ad esempio: denuncia, referto, istanza, etc.) Il codice prevede come **regola** generale la **denuncia facoltativa**: "*ogni persona che ha notizia di un reato perseguibile d'ufficio può farne denuncia.*" (art. 333 co. 1, prima parte). **Eccezione**: "*La legge determina in casi in cui la denuncia è obbligatoria.*" (art 333 co. 1, seconda parte), con penale responsabilità per omessa denuncia immediata (364 c.p.), e cioè

- Per la **persona privata**: a) "*cittadino italiano*" è tenuto solo se è a conoscenza di un delitto contro la personalità dello Stato punito con la pena dell'ergastolo; b) "*chiunque*" nel caso di sequestro di persona a scopo di estorsione. Per tutte le altre fattispecie: no obbligo di denuncia;
- Per il **pubblico ufficiale** (361 c.p.) e per l'**incaricato di pubblico servizio** (362 c.p.): obbligo di fare denuncia se vengono a conoscenza di un reato (non procedibile a querela) nell'esercizio o a causa delle proprie funzioni;
- Per il **professionista sanitario** (365 c.p.): che ha prestato la propria opera a favore della persona offesa in casi che possono presentare i caratteri di un delitto per cui si debba procedere d'ufficio, ad esempio, se un soggetto si presenta in ospedale con una ferita da arma da fuoco, il professionista sanitario ha obbligo di denuncia.

Resta ferma la possibilità di ricevere notizie di reato **non qualificate** attraverso strumenti di conoscenza diversi da quelli tipizzati dalla legge, come ad esempio: percezione diretta dei fatti, voce pubblica, fonte giornalistica, etc.

Registro delle notizie di reato

Nel registro ex art. 335 c.p.p., il p.m. iscrive ogni notizia di reato (cd. iscrizione **oggettiva**), pervenuta o acquisita di propria iniziativa. La notizia di reato potrebbe essere accompagnata dal **nome** del soggetto al quale il reato è attribuito (cd. iscrizione **soggettiva**), allora viene iscritta nel cd. **modello 21** (registro persone note), se la notizia è a carico di ignoti, è iscritta nel registro corrispondente al "**modello 44**".

Dal momento in cui viene iscritta la notizia di reato, decorre un **termine di 6 mesi**, entro cui il p.m. deve chiudere le indagini, notificando l'**avviso di conclusione delle indagini** (art. 415 bis) alla persona sottoposta a indagini. In casi eccezionali è prevista la possibilità che il p.m. non riesca a compiere le indagini entro 6 mesi e possa presentare richiesta di **proroga** al G.I.P. (art. 406 co. 3). Il G.I.P. può accogliere la richiesta e concede una proroga di **6 mesi** ed eventuali successive proroghe

entro il **termine finale di 18 mesi** (tranne per alcuni procedimenti relativi a reati di criminalità organizzata dove il termine complessivo è di **2 anni** ex art. 407 co. 2 c.p.p.). Il G.I.P. può anche rifiutare questa proroga, il p.m. deve dunque decidere se esercitare l'azione penale o richiedere l'archiviazione: la mancata osservanza di questa situazione non implica alcuna sanzione, implica solo che il p.m. non possa più effettuare delle indagini, se sono svolte, i risultati non sono utilizzabili. Queste situazioni eccezionali sono in realtà ordinarie, la proroga viene spesso richiesta dal p.m. motivandola attraverso formule semplici, il G.I.P. accoglie sempre le richieste di proroga. Il termine decorre dal momento in cui la notizia è iscritta a modello 21: questo impone l'individuazione del nome soggetto indagato. (Spesso si iscrive la notizia di reato a ignoti pur sapendo il soggetto indagato, così da svolgere delle indagini non computate e poi si passa al modello 21).

Nel registro ex art. 335 non vanno iscritte le **pseudo-notizie di reato**⁴¹ che sono annotate nel registro corrispondente al "**modello 45**", né le **denunce anonime**, annotate nel registro corrispondente al "**modello 46**". Se la **notizia** di reato è **anonima** (333 c.p.p.; 108 att.), tendenzialmente questa notizia si iscrive nel registro degli anonimi ed è **distrutta dopo 5 anni**.

La legge n. 103 del 2017 ha introdotto il nuovo **co. 3 bis** all'art. **407** c.p.p.: "*In ogni caso il pubblico ministero è tenuto a esercitare l'azione penale o a richiedere l'archiviazione entro il termine di **tre mesi** dalla scadenza del termine massimo di durata delle indagini e comunque dalla scadenza dei termini di cui all'art. 415 bis [...]*". Il termine base di tre mesi diventa di quindici mesi per i gravi reati elencati nell'art. 407 c. 2 lett. a nn. 1, 3 e 4. Ove il p.m. non assuma le proprie determinazioni entro detti termini, è tenuto a darne immediata **comunicazione al Procuratore Generale** presso la **Corte d'appello**, che eserciterà il suo potere di **avocazione obbligatoria** ex art. 412 co. 1, si tratta di tuttavia di un potere previsto dal codice ma quasi mai esercitato.

Titolo III - Condizioni di procedibilità

Cardine costituzionale è l'art. **112 Cost.**, che inserisce nel nostro sistema un principio che in altri sistemi non esiste: "*Il pubblico ministero ha l'**obbligo** di esercitare l'azione penale.*" Parliamo del **principio di obbligatorietà dell'azione penale**: davanti a una notizia di reato il nostro sistema non permette al p.m. di non effettuare un'indagine per verificare se vi sono le condizioni per poter esercitare l'azione penale (no discrezionalità dell'azione penale). Questo principio implica molte conseguenze nel nostro sistema, si discute molto questo principio. Alcuni dicono che questo principio, assieme ad altri, è causa della lunghezza dei nostri procedimenti, nei sistemi americani è il potere esecutivo che annualmente individua quali sono le priorità, quali sono i reati che devono essere perseguiti prima di altri, per dare più importanza ad alcune fattispecie. Il nostro sistema non può operare questa distinzione, tutte le volte in cui c'è una notizia di reato che possa ritenersi fondata, il p.m. è obbligato ad esercitare l'azione penale. Nella realtà dei fatti, il p.m. opera una sorta di scelta discrezionale: vengono prima affrontate le fattispecie che suscitano un maggior allarme sociale (non sempre, dunque, questo principio viene rispettato). Il principio, inoltre, garantisce la completa **indipendenza del potere giudiziario** rispetto al potere esecutivo. L'art. 112 Cost., tuttavia, non esclude la possibilità che per talune fattispecie il legislatore abbia previsto la necessità della presentazione di alcune **condizioni di procedibilità**, la *ratio* è che il legislatore ha voluto lasciare la scelta alla persona offesa di sottoporre la notizia di reato all'autorità giudiziaria, alcuni sono reati "bagatellari", di scarso allarme sociale o meno gravi. Per altre fattispecie di reato particolarmente gravi, si lascia la scelta alla persona offesa; l'instaurazione del procedimento potrebbe, infatti, causare ulteriore disagio alla persona offesa, pensiamo ad esempio ai reati di violenza sessuale. Per alcune fattispecie penali, dunque, l'azione penale può essere esercitata

⁴¹ Atti e informative del tutto privi di rilevanza penale poiché rappresentazioni (verosimili) di fatti palesemente leciti ovvero rappresentazioni (di fatti illeciti) manifestamente inverosimili.

soltanto al realizzarsi di una condizione detta condizione di procedibilità. Il p.m. può comunque effettuare indagini, stiamo parlando solo dell'esercizio dell'azione penale.

La previsione della condizione di procedibilità **non** contrasta con il principio di cui all'art. 112 Cost., poiché è la legge che impedisce di esercitare l'azione penale in assenza di una condizione di procedibilità e queste rispondono a interessi meritevoli di tutela (bilanciamento tra interessi): azione penale pubblica, obbligatoria, retta dal principio di legalità.

Condizioni di procedibilità **tipiche**:

- **querela della persona offesa**, prevista dall'art. 336 c.p.p.: residuo delle antiche "azioni private", la querela è sottoposta a termine perentorio (3 mesi dal fatto o dalla sua conoscenza). La querela assume i caratteri della notizia di reato allorché p.m. e p.g. non abbiano già acquisito la *notitia criminis* prima del verificarsi di tale condizione. Il **diritto di querela**, in particolare, spetta a ogni persona offesa da un reato per cui non debba procedersi d'ufficio o dietro richiesta. Sul piano dei contenuti, la querela si differenzia dalla denuncia in quanto dichiarazione, resa personalmente o a mezzo di procuratore speciale, contenente la **manifestazione di volontà** che si proceda in ordine a un fatto previsto dalla legge come reato. Nel corso delle indagini preliminari, quando è prescritta la querela e questa manca, il p.m. deve chiedere al g.i.p. l'**archiviazione** della notizia di reato. In ogni stato e grado del procedimento, il giudice che riconosce la mancanza di una condizione di procedibilità lo dichiara d'ufficio con sentenza. Inoltre, la querela è **rinunciabile** ex art. 339 c.p.p. e revocabile con **remissione** ex art. 340 c.p.p.
- **istanza di procedimento**, art. 341 c.p.p.: questa è proposta dalla persona offesa con le forme della querela. Con l'istanza, in particolare, la persona offesa chiede al p.m. di procedere per un **reato commesso all'estero**,
- **richiesta di procedimento**, art. 342 c.p.p.: per reati commessi all'estero, reati a querela ai danni del Presidente della Repubblica, delitti contro la libertà e l'onore di rappresentanti esteri, ecc.,
- **autorizzazione a procedere**, art. 343 c.p.p.: inserita tra le condizioni di procedibilità, questa è l'unica che non assume i caratteri della notizia di reato, poiché presuppone che p.m. e p.g. abbiano già acquisito la *notitia criminis* prima del verificarsi di tale condizione. L'autorizzazione a procedere, in particolare, è la condizione di procedibilità richiesta a talune specifiche autorità, per esercitare l'azione penale nei confronti di determinati soggetti, ad esempio: del presidente del Consiglio dei ministri o di un ministro, per reati commessi nell'esercizio delle funzioni, con autorizzazione concessa dalla Camera o dal Senato, di un giudice ordinario o aggregato della Corte costituzionale, con autorizzazione concessa dalla Corte costituzionale, etc.

Vi sono poi delle condizioni di procedibilità "**speciali**": opposizione del segreto di Stato, richiesta di procedimento.

Alcuni **esempi** di alcuni reati procedibili a querela:

Offesa lieve o recata a interessi disponibili	Percosse (581) Lesioni personali lievissime (582) Minaccia (612) Violazione di domicilio (614) Insolvenza fraudolenta (641) Appropriazione indebita (646) Furto non aggravato dalle circostanze di cui agli artt. 61, n. 7 e 625 c.p. (legge n. 205 del 1999)
Per evitare all'offeso il danno derivante dalla pubblicità del processo (<i>strepitus fori</i>)	Ingiuria (594) Diffamazione (595) Violenza sessuale (609-septies)
Per decongestionare la giustizia penale	Lesioni personali colpose (590 co. 5) anche gravissime

Titolo VI - Arresto in flagranza e fermo

Si tratta di uno strumento che il codice chiama **misura precautelare**, disciplinato all'interno del Titolo VI del Libro V e che consente all'autorità di pubblica sicurezza di adottare delle misure provvisorie limitative della libertà personale soltanto in casi di necessità e di urgenza, indicati tassativamente dalla legge. Restiamo comunque nell'**art. 13 co. 2 Cost.**, quando si prevede la possibilità che sia l'autorità di pubblica sicurezza (e non l'autorità giudiziaria) a limitare la libertà personale dell'individuo solo in "**casi eccezionali di necessità e urgenza indicati tassativamente dalla legge**". La norma impone che tali misure vengano comunque successivamente convalidate dall'autorità giudiziaria. Quando parliamo di arresto in flagranza o di fermo di indiziato delitto, parliamo di misure precautelari che sono compatibili con il co. 2 dell'art. 13 Cost., perché rientrano proprio in queste circostanze.

Arresto in flagranza di reato

I **titolari** sono gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria. I **presupposti** sono che l'arrestato deve essere in **stato di flagranza** di reato, previsto dall'art. 382 c.p.p.: è in stato di flagranza il soggetto che "**viene colto nell'atto di commettere il reato**" o in un momento immediatamente successivo alla commissione del reato (la *ratio* è che non ci siano dubbi che il soggetto abbia posto in essere la condotta). Il reato, inoltre, deve essere compreso nell'elenco dei **reati** per i quali l'**arresto** è **consentito** (quindi nel nostro sistema non per ogni reato è possibile che la polizia arresti).

La lista per i reati per cui è previsto **arresto obbligatorio** in flagranza è quella dell'art. 380 c.p.p.: "**Gli ufficiali in agenti polizia giudiziaria procedono all'arresto di chiunque colto in flagranza di un delitto non colposo, consumato o tentato, per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo della reclusione non inferiore nel minimo a 5 anni e nel massimo a 20 anni.**" (co. 1). Oltre a questi reati, con questi limiti edittali, abbiamo anche un **elenco** previsto dall'art. 380 co. 2 c.p.p., alcuni esempi: *delitti contro la personalità dello Stato, delitti contro l'incolumità pubblica*.

Vi sono anche dei casi in cui è previsto **arresto facoltativo** in flagranza: la polizia giudiziaria non è obbligata ma ha facoltà di arrestare, i presupposti sono sempre gli stessi, diverso è l'elenco, previsto dall'art. 381 c.p.p., alcuni esempi: *violenza o minaccia a un pubblico ufficiale, furto, truffa, danneggiamento*.

Anche in questo caso, abbiamo l'indicazione di un minimo e un massimo edittale: "**Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria hanno facoltà di arrestare chiunque è colto in flagranza di un delitto non colposo, consumato o tentato, per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione superiore nel massimo a tre anni ovvero di un delitto colposo per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni.**" (co. 1)

Fermo di indiziato delitto

Oltre agli ufficiali e l'agente di polizia giudiziaria è titolare anche il **pubblico ministero** (prima che il pubblico ministero abbia assunto le indagini e quindi la polizia giudiziaria agisca per delega). I **presupposti** sono diversi rispetto all'arresto in flagranza: devono cioè sussistere specifici elementi che fanno ritenere fondato il **pericolo** (S.U.: "concreto e non meramente congetturale") di **fuga** di una persona "**gravemente indiziata di un delitto**" per il quale la legge stabilisce una pena non inferiore nel minimo a due anni e superiore nel massimo a sei anni ovvero un delitto concernente le armi da guerra e gli esplosivi o di un delitto commesso per finalità di terrorismo o eversione ordine democratico.

Fondato pericolo vuol dire che quel pericolo non deve essere solo potenziale, ma deve essere dimostrato da elementi fattuali. Per quanto riguarda il pericolo di fuga, questo non vale per tutti i reati ma solo per quelli previsti dall'art. 384.

Titolo IV e V - Attività a iniziativa della polizia giudiziaria e Attività del pubblico ministero

Le attività di investigazione del pubblico ministero possono svolgersi personalmente dal **pubblico ministero**: lo sancisce il **co. 1 dell'art. 370 c.p.p.**: *“Il pubblico ministero compie personalmente ogni attività di indagine. [...]”*. C'è anche la possibilità che il pubblico ministero possa delegare determinate e specifiche attività di indagine alla polizia giudiziaria, prosegue infatti il **co. 1**: *“Può avvalersi della polizia giudiziaria per il compimento di attività di indagine e di atti specificamente delegati, [...]”*. Quindi, la polizia giudiziaria sostanzialmente può, nel momento in cui viene delegata dal pubblico ministero, svolgere un'attività secondo le direttive impartite dal pubblico ministero all'interno della delega. Questo vuol dire che la **polizia giudiziaria** svolge:

- **attività autonoma**: prima che l'indagine sia incardinata presso un pubblico ministero, **art. 347 co. 1 c.p.p.**: *“Acquisita la **notizia di reato**, la polizia giudiziaria, senza ritardo, **riferisce al pubblico ministero**, per iscritto, gli elementi essenziali del fatto e gli altri elementi sino ad allora raccolti, indicando le fonti di prova e le attività compiute, delle quali trasmette la relativa documentazione.”*, **art. 348 co. 1 c.p.p.**: *“Anche successivamente alla comunicazione della notizia di reato, la polizia giudiziaria **continua a svolgere** le funzioni indicate nell'articolo 55 raccogliendo in specie **ogni elemento utile alla ricostruzione del fatto e alla individuazione del colpevole**”* e **co. 2**: *“Al fine indicato nel comma 1, procede, fra l'altro:*
 - a) *alla ricerca delle **cose** e delle **tracce pertinenti al reato** nonché alla conservazione di esse e dello stato dei luoghi;*
 - b) *alla ricerca delle **persone in grado di riferire su circostanze rilevanti** per la ricostruzione dei fatti;*
 - c) *al compimento degli **atti** indicati negli articoli seguenti.”*
- **attività successiva** alle direttive impartite dal p.m.: nel momento in cui l'indagine è incardinata presso un p.m., l'attività della polizia giudiziaria deve esclusivamente rientrare nell'ambito della delega che il pubblico ministero ha rilasciato alla polizia giudiziaria. Il p.m., per esempio, potrà delegare la polizia giudiziaria a fare dei pedinamenti oppure ad assumere delle informazioni, oppure a recarsi sul luogo del delitto per effettuare alcuni accertamenti. Durante le indagini, quindi, l'attività successiva alle direttive impartite dal pubblico ministero, da parte della polizia giudiziaria, generalmente è guidata all'interno delle direttive. Naturalmente, un'attività poi della polizia giudiziaria, una volta che c'è la delega, potrebbe essere anche **integrativa**: si tratta di attività che non rientrano in maniera specifica nella delega, ma sono conseguenze di attività compiute all'interno della delega, **art. 348 co. 3 c.p.p.**: *“Dopo l'intervento del pubblico ministero, la polizia giudiziaria compie gli atti a essa specificamente delegati a norma dell'articolo 370, esegue le direttive del pubblico ministero ed **inoltre svolge di propria iniziativa**, informandone prontamente il pubblico ministero, tutte le altre attività di indagine per accertare i reati ovvero richieste da elementi successivi emersi e assicura le nuove fonti di prova.”*

È poi interessante osservare come una determinata attività, a seconda che sia svolta dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero, durante le indagini, assuma all'interno del codice una denominazione differente e successivamente assumerà una denominazione differente nel dibattimento:

Atti di iniziativa della polizia giudiziaria	Atti di iniziativa del pubblico ministero	Dibattimento
Sommarie informazioni (351)	Informazioni (362)	Testimonianza (194)

Sommarie informazioni dall'indagato (350)	Interrogatorio dell'indagato (64, 375)	Esame delle parti (208)
Assunzione di informazioni dall'imputato connesso (351.1-bis)	Interrogatorio dell'imputato connesso (363)	Esame dell'imputato connesso (210)
Riconoscimento informale	Individuazione di persone o cose (361)	Ricognizioni (213)
Operazioni tecniche (348)	Accertamenti tecnici (359, 360)	Perizia (220)
Accertamenti e rilievi (354)	Ispezioni (244)	Ispezioni (244)
Perquisizioni (352)	Perquisizioni (352)	Perquisizioni (352)
Sequestro (354)	Sequestro (253)	Sequestro (253)
	Confronto (364.1)	Confronto (211)
		Esperimenti giudiziali (218)

Iniziativa della polizia giudiziaria			Iniziativa del pubblico ministero		Dibattimento
Informazioni sul luogo (350.5 e 6)	Dichiarazioni spontanee (350.7)	Sommarie informazioni (350.1)	Interrogatorio delegato (370.1)	Interrogatorio effettuato dal P.M. (64 e 65)	Esame dell'imputato (208)
Indagato anche arrestato		Indagato libero		Indagato anche arrestato	Imputato
			Invito a presentarsi (375); Eventuale accompagnamento coattivo (376) su autorizzazione del giudice		Consenso dell'imputato (208)
Informazioni sul luogo (350.5 e 6)	Dichiarazioni spontanee (350.7)	Sommarie informazioni (350.1)	Interrogatorio delegato (370.1)	Interrogatorio effettuato dal P.M. (64 e 65)	Esame dell'imputato (208)
		Avviso (64.3): a) che le sue dichiarazioni potranno sempre essere utilizzate nei suoi confronti; b) che ha facoltà di non rispondere ad alcuna domanda; c) che, se risponde su fatti altrui, assumerà l'ufficio di testimone			Facoltà di non rispondere (209.2)
Informazioni sul luogo (350.5 e 6)	Dichiarazioni spontanee (350.7)	Sommarie informazioni (350.1)	Interrogatorio delegato (370.1)	Interrogatorio effettuato dal P.M. (64 e 65)	Esame dell'imputato (208)
			Addebito provvisorio (65)		Imputazione (492)
Anche senza la presenza del difensore		Il difensore deve essere presente (350.3) (370.1)		Il difensore presente (364)	Difensore presente (484)

Per esempio, per quanto riguarda le sommarie informazioni dell'indagato, quando il pubblico ministero delega la polizia giudiziaria ad assumere delle informazioni da parte di soggetti che possono avere delle notizie utili per l'accertamento del fatto, il codice parla di "sommarie informazioni dalla persona nei cui confronti vengono svolte le indagini". Se invece il pubblico ministero deve assumere queste informazioni, l'atto sarà l'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini, dell'indagato. Abbiamo visto poi come mezzo di prova, che quando arriveremo in dibattimento, non si parlerà più di soggetto sottoposto alle indagini, ma di imputato (e quindi di parte) e quindi la medesima attività acquisterà la denominazione di esame delle parti.

Naturalmente anche il valore probatorio dei risultati di queste attività è diverso: durante le indagini, sia il pubblico ministero che la polizia giudiziaria assumono degli elementi che non sono prove, ma sono elementi utili per verificare se è possibile sostenere l'accusa in giudizio, e così è per quanto riguarda le sommarie informazioni dell'indagato o all'interrogatorio dell'indagato. Altro discorso

riguarda invece l'esame delle parti (mezzo di prova), il risultato di questa attività sarà un elemento di prova direttamente utilizzabile dal giudice ai fini della decisione.

L'accertamento tecnico non ripetibile

Per accertamenti tecnici si intende *“rilievi segnaletici, descrittivi o fotografici e ogni altra operazione tecnica per cui sono necessarie specifiche competenze.”* (art. 359 c.p.p.).

Gli artt. 359, 360 c.p.p. disciplinano le attività di accertamenti tecnici disposti durante le indagini: il codice fa una distinzione rispetto alla disciplina, a seconda che l'accertamento tecnico sia ripetibile oppure irripetibile. Quando si parla di **accertamento tecnico ripetibile** si intende un tipo di analisi, un tipo di verifica che non è capace di modificare lo stato dei luoghi, lo stato della cosa o di compromettere la materia; quell'accertamento potrà essere ripetuto senza il rischio di ottenere un risultato diverso a seguito delle conseguenze portate dal primo accertamento tecnico, ad esempio: vengono effettuate delle fotografie di un determinato luogo, senza alterarlo, questo tipo di accertamento tecnico potrebbe essere ripetuto più volte, anche in momenti diversi.

Quanto all'**accertamento tecnico irripetibile**, l'art. 360 co. 1 c.p.p. stabilisce quanto segue: *“Quando gli accertamenti previsti dall'articolo 359 riguardano persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione, il pubblico ministero avvisa, senza ritardo, la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa dal reato e i difensori del giorno, dell'ora e del luogo fissati per il conferimento dell'incarico e della facoltà di nominare consulenti tecnici.”* La disciplina di cui all'art. 360 si applica non soltanto quando gli accertamenti riguardano persone, cose o luoghi il cui stato è **soggetto a modificazione** ma, altresì, nei casi in cui l'accertamento tecnico **determina modificazione** di cose luoghi e persone tali da rendere l'atto non ripetibile. Ad esempio: un'autopsia, è evidente che questa sia un accertamento tecnico irripetibile: una volta che si svolge l'analisi su un cadavere, quel corpo non è più lo stesso; quindi, non si può ripetere una seconda volta. Un ulteriore esempio è l'analisi di una traccia ematica, nel momento in cui la traccia viene prelevata, non ci sarà più, oppure potrebbe essere contaminata dalle sostanze utilizzate per analizzarla. Anche questo è un accertamento tecnico irripetibile. L'accertamento tecnico irripetibile rientra negli atti investigativi per cui è prevista un'**assistenza difensiva con diritto di preavviso**⁴². Questo perché, una volta svolto l'accertamento, non può più essere ripetuto alla presenza del difensore dell'imputato e quindi sostanzialmente in una situazione di contraddittorio (se invece l'accertamento è ripetibile, allora ovviamente il codice non prevede la necessità di avvisare il difensore della persona sottoposta ad indagine affinché assista a questo accertamento). Inoltre, in caso di accertamento tecnico irripetibile, l'indagato ha possibilità di opporsi, cioè può **formulare riserva di promuovere incidente probatorio**. La disciplina è prevista dall'art. 360 co. 4 c.p.p.: *“Qualora, prima del conferimento dell'incarico, la persona sottoposta alle indagini formuli **riserva di promuovere incidente probatorio**, il pubblico ministero dispone che **non** si proceda agli accertamenti salvo che questi, se differiti, non possano più essere utilmente compiuti.”*

In estrema sintesi, è la necessità che quell'accertamento venga effettuato non solo alla presenza del difensore della persona sottoposta alle indagini, ma addirittura davanti ad un giudice, sostanzialmente come se quell'accertamento, quella verifica, si svolgesse nel corso del dibattimento. Nel momento in cui la persona sottoposta alle indagini formula riserva di promuovere incidente probatorio, il pubblico ministero dispone che **non** si proceda agli accertamenti. È utile a questo punto introdurre un'ulteriore distinzione:

- nel caso in cui l'**atto** sia **differibile**, come appena detto, il p.m. dispone che non si proceda all'accertamento, ma deve attendere che si fissi l'incidente probatorio per poterlo poi porre in essere;

⁴² L'omesso avviso è riconducibile alle ipotesi di nullità.

- in caso di **atto non differibile**, invece, si parla di un'analisi che, se posticipata, potrebbe non essere più effettuata utilmente. Ne è un esempio l'analisi di una traccia ematica, se facciamo passare giorni per avvisare il giudice che fissi udienza per promuovere questa analisi nel contraddittorio davanti alla sua presenza, quella traccia ematica potrebbe poi non essere più analizzabile, potrebbe, ad esempio, dissolversi. Allora, il codice prevede che il p.m. possa compiere l'accertamento, naturalmente alla presenza del difensore. L'atto sarà utilizzabile anche in dibattimento (art. **431 co. 1** lett. **c** c.p.p.: “[...] *Nel fascicolo per il dibattimento sono raccolti: [...] c) i verbali degli atti non ripetibili compiuti dal pubblico ministero e dal difensore.*”)

Ovviamente, se il difensore non fa riserva di promuovere incidente probatorio, l'accertamento tecnico si svolge sempre nel **contraddittorio** (ma non alla presenza del giudice). Una volta arrivati al dibattimento, quell'atto **potrà essere utilizzato come prova** e quindi come elemento direttamente utilizzabile dal giudice.

Ritornando al caso in cui l'atto sia differibile e si formuli riserva di proporre incidente probatorio, come precedentemente riportato, il p.m. deve disporre che l'accertamento **non** sia compiuto, questo perché il difensore si è riservato di promuovere incidente probatorio. Prima della **Riforma Orlando** (l. 103/2017) il problema che si poneva è che poi il difensore dell'imputato magari non effettuava concretamente la richiesta di incidente probatorio. La riforma ha introdotto il nuovo **co. 4 bis** all'art. **407** c.p.p., secondo cui la riserva di promuovere incidente probatorio **perde di efficacia** e non può più essere formulata se la richiesta di incidente probatorio non è proposta **entro 10 giorni** dalla formulazione della riserva stessa. Si consente così al p.m. di procedere agli accertamenti tecnici non ripetibili qualora la riserva di promuovere incidente probatorio abbia perso efficacia, dando avviso al difensore dell'indagato. La nuova disciplina imprime un'**accelerazione alla procedura**, per evitare che il mancato attivarsi dell'indagato ricada sull'attività del p.m. Nel caso in cui il p.m. faccia compiere comunque l'accertamento, l'atto non è utilizzabile agli effetti della decisione in dibattimento, art. **360 co. 5** c.p.p.: “*Fuori del caso di inefficacia della riserva di incidente probatorio previsto dal comma 4 bis, se il pubblico ministero, malgrado l'espressa riserva formulata dalla persona sottoposta alle indagini e pur non sussistendo le condizioni indicate nell'ultima parte del comma 4, ha ugualmente disposto di procedere agli accertamenti, i relativi risultati non possono essere utilizzati nel dibattimento.*” I risultati dell'atto sono invece suscettibili di impiego nei riti alternativi al dibattimento⁴³ e per le decisioni incidentali, come ad esempio le misure cautelari. Degli accertamenti tecnici compiuti a norma dell'art. 360 è redatto **verbale**.

Titolo VII - Incidente probatorio

Pur trovando la propria sede naturale in dibattimento, la formazione della prova può eccezionalmente avere luogo nella fase delle indagini preliminari, nei casi tassativamente previsti dalla legge, attraverso l'incidente probatorio. Questo è un istituto, previsto durante le indagini preliminari, utilizzato in situazioni nelle quali risulti **indispensabile** (o **semplicemente utile**) **anticipare** l'attività di **acquisizione probatoria** alla fase delle indagini preliminari o dell'udienza preliminare. In altre parole, durante le indagini preliminari, è possibile in determinate situazioni, anticipare o riprodurre la situazione che ritroviamo durante il dibattimento, ossia svolgere una determinata attività nel contraddittorio delle parti davanti ad un giudice. Il risultato di questa attività, che si svolge durante l'incidente probatorio, proprio perché è svolto come se fosse svolta nel corso del dibattimento (nel contraddittorio delle parti in presenza del giudice) fornirà un dato, un elemento che potrà essere utilizzato dal giudice del dibattimento per la sua decisione; quindi, è una fase di anticipazione del dibattimento che si colloca all'interno delle indagini preliminari. Riproduce le **garanzie del dibattimento** e fornisce un elemento che di solito durante le indagini non

⁴³ Giudizio abbreviato, applicazione della pena su richiesta delle parti, procedimento per decreto.

c'è, cioè una **prova**. Quell'elemento, anche se si è ricavato durante le indagini, proprio per le modalità con le quali è stato ricavato, permette poi nel momento in cui si dovesse andare davanti a un giudice, nel corso del dibattimento, di utilizzarlo direttamente come una prova, si tratta cioè di una prova direttamente utilizzabile dal giudice. L'utilizzo di questo istituto presuppone la necessità o l'impossibilità di attendere il dibattimento per acquisire una determinata prova. Vedremo poi che ci sono anche situazioni in presenza delle quali il codice permette di utilizzare questo istituto che tuttavia rispondono ad esigenze diverse.

1. Iniziamo con la prima, cioè i casi di richiesta di incidente probatorio in presenza di **requisiti espressi di non rinviabilità al dibattimento**. In questi casi, l'art. 392 c.p.p. permette al p.m. e alla persona sottoposta alle indagini, unici soggetti presenti nelle indagini, di promuovere incidente probatorio, cioè di chiedere al giudice che procede che instauri l'iter probatorio. A tal fine, l'art. 392 c.p.p. fornisce un **elenco tassativo** di casi di incidente probatorio, previsto in particolare al **co.1**:

“Nel corso delle indagini preliminari il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono chiedere al giudice che si proceda con incidente probatorio:

*a) all'assunzione della **testimonianza** di una persona, quando vi è fondato motivo di ritenere che la stessa non potrà essere esaminata nel dibattimento per **infermità** o altro **grave impedimento**⁴⁴;*

*b) all'assunzione di una **testimonianza** quando, per elementi concreti e specifici, vi è fondato motivo di ritenere che la persona sia esposta a **violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso**: al fine di garantire la genuinità della prova.⁴⁵*

c) all'esame della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità di altri;

d) all'esame delle persone indicate nell'articolo 210⁴⁶ e all'esame dei testimoni di giustizia;

*e) al **confronto** tra persone che in altro incidente probatorio o al pubblico ministero hanno reso dichiarazioni **discordanti**, quando ricorre una delle circostanze previste dalle lettere a) e b);*

*f) a una **perizia** o a un **esperimento giudiziale**, se la prova riguarda una persona, una cosa o un luogo il cui stato è soggetto a **modificazione non evitabile**;*

*g) a una **ricognizione**, quando particolari ragioni di urgenza non consentono di rinviare l'atto al dibattimento.”*

2. Vi sono poi dei casi in cui la sola richiesta di un mezzo di prova rilevante è sufficiente, non è cioè necessario dimostrare questa impossibilità di attendere l'instaurazione del dibattimento. Come detto in precedenza, in questi casi l'incidente probatorio risponde ad esigenze diverse:

- **esame dell'indagato sulla responsabilità altrui** (lett. c) ed **esame dell'imputato connesso o collegato** (lett. d): nella diversa prospettiva di garantire la non dispersione di dichiarazioni rese da persone che in dibattimento possono avvalersi della facoltà di non rispondere, le lett. c e d consentono di procedere con incidente probatorio all'esame dell'imputato su fatti concernenti la responsabilità altrui, e dell'imputato in procedimento connesso. In tali casi, le dichiarazioni rese in incidente probatorio sono acquisite tramite **lettura**;
- le ipotesi previste dal co. 2: **perizia di lunga durata** (superiore a 60 gg.), prevista dal **co. 2**: la **ratio** è che se la perizia venisse disposta nel dibattimento, comporterebbe una sospensione del dibattimento superiore a 60 giorni. Dunque, è più utile acquisirla durante le indagini

⁴⁴ Se la persona viene sentita nella fase preliminare dal p.m., dalla p.g. o dal difensore, senza le modalità previste per l'incidente probatorio, le dichiarazioni rese possono essere acquisite in giudizio tramite **lettura** solo se le stesse sono divenute irripetibili per infermità, morte o altro grave impedimento sopravvenuto o imprevedibile.

⁴⁵ Se la persona è sentita nella fase prodromica senza le forme dell'incidente probatorio, le dichiarazioni rese possono essere utilizzate in dibattimento ai fini delle **contestazioni**.

⁴⁶ Persona imputata in un procedimento connesso.

preliminari, con le forme dell'incidente probatorio, per evitare poi una sospensione del dibattimento così lunga; o **perizia coattiva** che comporta **accertamenti o prelievi su persona vivente** previsti dall'art. 224 *bis*;

- nei casi indicati dal **co. 1 *bis***, il p.m., anche su richiesta della persona offesa, e l'indagato, possono chiedere che si proceda nelle forme dell'incidente probatorio, in assenza delle situazioni di non rinviabilità indicate dalla lett. *a* e *b*, all'assunzione della testimonianza di persona minorenni o della persona offesa maggiorenne (in relazione ai **delitti di violenza sessuale e assimilati**), o, in ogni caso, della persona offesa che versi in condizione di particolare vulnerabilità. L'attenzione rivolta ai minori, anche al di fuori dei delitti di violenza sessuale, deriva dalla nota pronuncia **Corte giust. 16.6.2005**, Pupino, causa C-105/03⁴⁷: la corte ha osservato come il giudice nazionale abbia la possibilità, per le vittime particolarmente vulnerabili, di utilizzare una procedura speciale come l'incidente probatorio diretto all'assunzione anticipata della prova se tale procedura tutela le vittime, impedisce la perdita degli elementi di prova e riduce al minimo la ripetizione delle deposizioni da parte delle stesse vittime (cd. usura del testimone)⁴⁸;
- l'ipotesi prevista dall'art. 391 *bis* co. 11 c.p.p.: è possibile acquisire con incidente probatorio la testimonianza o l'esame della persona che si sia avvalsa della facoltà di non rispondere o di non rendere dichiarazioni al difensore.

L'elenco è **tassativo**, ciò significa che per tutte le prove che non sono inserite all'interno di questo elenco, il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini non potranno chiedere al giudice che procede di acquisirle mediante incidente probatorio.

Procedimento

L'indagato ⁴⁹ ed il p.m. ⁵⁰ possono chiedere l'incidente probatorio al giudice per le indagini preliminari, art. 393 c.p.p.: *“La richiesta è presentata entro i termini per la conclusione delle indagini preliminari e comunque in tempo sufficiente per l'assunzione della prova prima della scadenza dei medesimi termini [...]”*. La Corte cost., 77 del 1994, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 392 e 393 nella parte in cui non consentono che, nei casi previsti dalla prima di tali disposizioni, l'incidente probatorio possa essere richiesto ed eseguito anche nella fase dell'udienza preliminare. Nella fase delle indagini preliminari, la richiesta di incidente probatorio deve essere presentata, a pena di inammissibilità, entro i termini previsti per la conclusione delle indagini preliminari (art. 405 co. 2 c.p.p.) e, comunque, in tempo sufficiente per l'assunzione della prova entro i suddetti termini. Al fine di consentire il vaglio giurisdizionale in ordine all'ammissibilità della richiesta di incidente probatorio, quest'ultima deve indicare:

- la prova da assumere e le circostanze che la rendono non rinviabile in dibattimento,
- i fatti che ne costituiscono l'oggetto,
- le ragioni della sua rilevanza ai fini della decisione.

A seguito della notifica della richiesta di incidente probatorio si attiva, in capo ai contro interessati, un diritto al contraddittorio cartolare: l'art. 396 c.p.p. prevede, infatti, che: *“Entro due giorni dalla notificazione della richiesta, il pubblico ministero ovvero la persona sottoposta alle indagini può*

⁴⁷ La domanda di pronuncia pregiudiziale verteva sull'interpretazione degli artt. 2, 3 e 8 della decisione quadro del Consiglio 15 marzo 2001, 2011/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale.

⁴⁸ *“Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché le autorità competenti interrogino la vittima soltanto per quanto è necessario al procedimento penale”*.

⁴⁹ La legittimazione spetta anche al difensore, non trattandosi di una facoltà riservata personalmente alla persona sottoposta alle indagini.

⁵⁰ La persona offesa è titolare di uno *ius postulandi*, potendo solo sollecitare il p.m. a promuovere l'incidente probatorio.

presentare deduzioni sull'ammissibilità e sulla fondatezza della richiesta, depositare cose, produrre documenti nonché indicare altri fatti che debbano costituire oggetto della prova e altre persone interessate a norma dell'articolo 393 comma 1 lettera b)." La facoltà di presentare deduzioni va riconosciuta in via autonoma anche al difensore dell'indagato.

Segue la decisione del giudice per le indagini preliminari (la Corte cost. ha esteso questa possibilità anche nell'udienza preliminare), il giudice pronuncia ordinanza con la quale accoglie, dichiara inammissibile o rigetta la richiesta di incidente probatorio. L'incidente probatorio si svolge durante un'udienza **non pubblica** (art. 401 c.p.p.: l'udienza si svolge in camera di consiglio con la partecipazione necessaria del p.m. e del difensore della persona sottoposta alle indagini) e con le forme di assunzione della prova nel corso del dibattimento e quindi nel contraddittorio delle parti (le parti contribuiscono alla formazione della prova), davanti a un **giudice diverso** rispetto a quello che poi troveremo nel **dibattimento**. Le prove che sono assunte con incidente probatorio saranno **direttamente utilizzabili** in dibattimento.

Vedremo che al termine delle indagini preliminari parleremo del fascicolo del pubblico ministero e vedremo che al termine dell'udienza preliminare sarà formato un fascicolo chiamato fascicolo per il dibattimento dove sono inseriti tutti quegli elementi e solo quegli elementi che possono essere conosciuti dal giudice del dibattimento. Vedremo che in questo particolare **fascicolo per il dibattimento** verrà inserita anche la prova assunta durante l'incidente probatorio, mentre nel fascicolo del pubblico ministero saranno inseriti tutti i risultati delle indagini del pubblico ministero e questo fascicolo sarà conosciuto soltanto dal pubblico ministero e poi dal difensore dell'imputato. Il giudice non può conoscere nulla di quello che è inserito all'interno del fascicolo delle indagini (quindi del pubblico ministero), ma conoscerà soltanto quello che è contenuto nel fascicolo per il dibattimento e i risultati delle prove che saranno assunte nel corso del dibattimento.

Utilizzabilità nel dibattimento delle prove assunte nell'incidente probatorio

Le prove assunte con l'incidente probatorio sono "**utilizzabili soltanto nei confronti degli imputati i cui difensori hanno partecipato alla loro assunzione.**" Non sono dunque utilizzabili contro l'indagato i cui difensori non hanno partecipato all'espletamento dell'incidente probatorio (art. 403 co. 1 c.p.p.). Se successivamente emergono indizi di colpevolezza contro una persona, è necessario **ripetere** l'incidente probatorio. Molto spesso però quella determinata prova è stata acquisita in incidente probatorio proprio per evitare il rischio che non si potesse più formare in udienza. La norma prevede così una deroga, contemplata solo nel caso in cui i suddetti indizi siano emersi dopo che la ripetizione dell'atto sia divenuta impossibile, stante la impossibilità, nell'ipotesi considerata, di integrare il contraddittorio. Dunque, se l'incidente probatorio **non è ripetibile**, l'art. 403 co. 1 *bis* sancisce che: "**Le prove di cui al comma 1 non sono utilizzabili nei confronti dell'imputato raggiunto solo successivamente all'incidente probatorio da indizi di colpevolezza se il difensore non ha partecipato alla loro assunzione, salvo che i suddetti indizi siano emersi dopo che la ripetizione dell'atto sia divenuta impossibile.**". La norma in esame trova il proprio fondamento costituzionale nell'art. 111 co. 5 Cost., il quale consente di derogare al contraddittorio nel caso di "**accertata impossibilità di natura oggettiva**".

Questo istituto, nella prassi, viene utilizzato in situazioni particolarmente complicate, in cui è necessario "cristallizzare" la prova, ad esempio: nel procedimento per il crollo del ponte Morandi, (il cui dibattimento è stato fissato per il 7 luglio), l'udienza preliminare è durata circa due anni poiché si è voluta acquisire una prova in incidente probatorio. Era necessario acquisire subito tutti i rilievi di ingeneri, architetti, etc. riguardanti le cause che hanno determinato il crollo, dunque, la prova tecnica è stata assunta in udienza preliminare. Il 7 luglio, quando si aprirà il dibattimento, il tribunale potrà utilizzare come prova i risultati di questo incidente probatorio.

La difesa nelle indagini

Informazione di garanzia

Strettamente connessa all'esigenza di assicurare 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", l'informazione di garanzia (art. 369 c.p.p.) è inviata dal p.m. alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa dal reato.

Questa informazione è inviata in un momento determinato: *"solo quando (il p.m.) deve compiere un atto al quale il difensore ha diritto di assistere"* (modifica l. 332/1995: tutela malintesa del diritto alla riservatezza, possibile contrasto con l'art. 111, comma 3 Cost. e 24 Cost.). Quanto al **contenuto**, l'informazione deve contenere: norme di legge che si assumono violate, data e luogo del fatto, invito a nominare un difensore di fiducia.

Si tratta di una forma di **tutela**: prima l'informazione arriva, prima il soggetto può nominare un difensore e depositare memorie al p.m. per orientarne l'indagine in senso per lui più favorevole.

Informazione della persona sottoposta alle indagini sul diritto di difesa

Alla sola persona sottoposta alle indagini è garantita un'ulteriore tutela: il p.m. notifica l'**informazione sul diritto di difesa** ex art. 369 *bis* c.p.p., sempre al compimento del primo atto garantito dall'assistenza difensiva. Questo documento rappresenta alla persona sottoposta alle indagini i suoi diritti: informazione dell'obbligatorietà della difesa tecnica, indicazioni su facoltà e diritti dell'indagato, nominativo del difensore d'ufficio, sulla facoltà di nomina di un difensore di fiducia, sull'obbligo di retribuire il difensore, sulle condizioni per l'ammissione al gratuito patrocinio.

L'investigazione difensiva

L'attività investigativa del difensore (cd. inchiesta privata o parallela), trova oggi collocazione codicistica. Non era invece inizialmente prevista nel codice al momento della sua entrata in vigore. L'innesto operato con la **l. 397/2000** pone le premesse per l'esercizio del **"diritto di difendersi indagando"**, nella cornice costituzionale sorretta da diritto di difesa (art. 24 co. 2 Cost.), parità tra le parti (art. 111 co. 2 Cost.) e contraddittorio (art. 111 co. 2 e 4 Cost.). Prima di questa modifica legislativa, il difensore svolgeva delle attività che non rientravano in parametri precisi, in uno standard. L'introduzione dell'art. 327 *bis* c.p.p. è finalizzata a far sì che l'elemento raccolto dal difensore possa essere considerato, una volta raccolto rispettando le raccomandazioni previste dal codice. Ricordiamo come il codice sottolinea in più momenti come il p.m. deve ricercare gli elementi a favore, ad esempio, il p.m. ha l'obbligo di trasmettere tutti gli elementi a favore nelle misure cautelari. Il p.m. è una parte pubblica, deve chiedere l'assoluzione in caso si renda conto che l'accusa non sussiste. In quanto parte pubblica, è dotato di poteri molto invasivi. Ciò che invece il difensore può fare è molto limitato, il difensore è una parte privata ed è tenuto a fare solo gli interessi del suo assistito (codice deontologico), difensore non ha obbligo di portare a giudizio un elemento a carico del proprio assistito, ma ha solo l'obbligo di non occultarlo. L'art. 327 *bis* co. 1 prevede: *"Fin dal momento dell'incarico professionale, risultante da atto scritto, il difensore ha facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, nelle forme e per le finalità stabilite nel titolo VI-bis del presente libro."*: legittimato all'investigazione è il difensore, cui compete la facoltà di ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, in virtù della nomina difensiva dell'imputato o dell'indagato.

Il codice prevede degli **strumenti** di cui il difensore può servirsi. Questo può assumere delle informazioni (art. 391 *bis* c.p.p., **assunzione d'informazioni**). Diverse **modalità** per assumerle:

- colloquio informale,

- assunzione d'informazioni documentate: verbale nel quale sono scritte domande e riportate le risposte (come un verbale di sit),
- ricezione di una dichiarazione scritta.

Tutti i soggetti dell'investigazione difensiva possono conferire con le persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa. In questo caso l'acquisizione delle notizie avviene attraverso un colloquio **non documentato (co. 1)**. All'esito di questo colloquio, il difensore può ritenere (i) di non procedere oltre (colloquio non è utile, non è documentato dunque è come se non fosse mai esistito) oppure (ii) di ricevere dichiarazioni, dunque di passare alla fase successiva. A questo punto, il difensore deve dare degli **avvertimenti**, art. **391 bis co. 3**: *"In ogni caso, il difensore, il sostituto, gli investigatori privati autorizzati o i consulenti tecnici **avvertono** le persone indicate nel comma 1:*

- a) della **propria qualità** e dello **scopo** del colloquio;*
- b) se intendono semplicemente conferire ovvero ricevere dichiarazioni o assumere informazioni indicando, in tal caso, le modalità e la forma di documentazione;*
- c) dell'obbligo di dichiarare se sono sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento, in un procedimento connesso o per un reato collegato;*
- d) della facoltà di **non rispondere** o di **non rendere** la dichiarazione: differentemente dal p.m., il difensore necessita della collaborazione del soggetto;*
- e) del divieto di rivelare le domande eventualmente formulate dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero e le risposte date;*
- f) delle responsabilità penali conseguenti alla falsa dichiarazione."*

Se **collabora**, può farlo con informazioni orali, che sono documentate nel verbale oppure con una dichiarazione scritta. Nel caso in cui l'intervistato **rifiuti** di rendere dichiarazioni, il difensore può decidere di **non insistere**. Tuttavia, se il difensore ha interesse all'acquisizione di quella informazione, il codice prevede la possibilità per il difensore di (a) chiedere al p.m. l'audizione del testimone, (b) chiedere al giudice l'incidente probatorio avente ad oggetto l'esame del testimone, del coimputato, dell'imputato connesso o collegato.

Inoltre, il difensore può:

- **chiedere al p.m. il compimento di atti** con un possibile controllo da parte del giudice (i) senza contraddittorio o (ii) in contraddittorio;
- **chiedere al giudice il compimento di atti**: chiede l'autorizzazione ad accedere a luoghi privati quando il proprietario non consente (art. 391-septies c.p.p.): il giudice autorizza con decreto motivato e specifica le modalità; chiede l'incidente probatorio per esaminare la persona che non ha risposto nell'intervista difensiva (art. 391-bis co. 11 c.p.p.).

Investigazioni difensive *a confronto* con le indagini preliminari

Mettiamo a confronto le indagini preliminari con le investigazioni difensive per rimarcare le differenze fra le finalità delle due diverse attività, poteri, etc.

Indagini preliminari	Investigazioni difensive
Titolarità: P.M. (327)	Difensore (327-bis.3)
Finalità pubblica (358): accertare i fatti a carico e a discarico	Finalità privata (327-bis.1): "ricercare elementi di prova a favore del proprio assistito"
Il P.M. ha poteri coercitivi sulle cose	Il difensore non ha alcun potere coercitivo; ha l'onere di chiedere atti coercitivi al P.M. o al giudice

Il possibile testimone deve: presentarsi al P.M. e rispondere secondo verità (371-bis c.p.; 362 c.p.p.)	Il dichiarante può: 1. non presentarsi; 2. non rispondere (391-bis.3.d); se risponde, deve dire il vero (371-ter c.p.)
Il P.M. ha l'obbligo: 1. di redigere il verbale (373) 2. di depositarlo (415-bis)	Il difensore ha la facoltà: A) di redigere il verbale (391-bis.1; 391-ter.3) B) di presentarlo al P.M. o al giudice

Titolo VIII - Chiusura delle indagini preliminari

Nel corso delle indagini, il p.m. raccoglie unilateralmente elementi (che il giudice del dibattimento non conosce e non può conoscere proprio perché raccolti unilateralmente) con la finalità di decidere poi se esercitare l'azione penale o chiedere l'archiviazione. Se ha elementi sufficienti per sostenere l'accusa in giudizio eserciterà l'azione penale. Al termine delle indagini preliminari, il p.m. è posto a un bivio, deve decidere se:

- chiedere l'**archiviazione**: si tratta di una richiesta al giudice, sarà il giudice che valuterà se accoglierla o meno. Nel caso in cui la accolga, l'indagine finisce;
- **esercitare l'azione penale**: anche in questo caso, si chiede sempre a un giudice il rinvio a giudizio.

Ricordiamo che l'**art. 112 Cost.** sancisce l'**obbligatorietà dell'azione penale**: "*Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale.*", non ha cioè un potere discrezionale. Il principio è ripreso e ribadito dall'**art. 50 c.p.p.**, in particolare al **co. 1**: "*Il p.m. esercita l'azione penale quando non sussistono i presupposti per la richiesta di archiviazione.*". Dunque, la notizia di reato deve essere corroborata dagli elementi raccolti durante l'indagine dal p.m. Altri riferimenti normativi a tal riguardo sono l'**art. 405 co. 1 c.p.p.**: "*Il p.m., quando non deve richiedere l'archiviazione, esercita l'azione penale, formulando l'imputazione, nei casi previsti nei titoli II, III, IV e V del libro VI ovvero con richiesta di rinvio a giudizio.*" e l'**art. 412 co. 1 c.p.p.**: "*Il procuratore generale presso la corte d'appello dispone con decreto motivato l'avocazione delle indagini se il p.m. non esercita l'azione penale o non richiede l'archiviazione nel termine stabilito dalla legge.*"

Richiesta di archiviazione nei confronti di un indagato

Come abbiamo visto, le previsioni normative stabiliscono che l'azione penale è esercitata quando il p.m. non deve chiedere l'archiviazione, poiché non ne sussistono i presupposti. Sarà necessario allora andare a vedere quali sono gli elementi che devono portare il p.m. a chiedere l'archiviazione, in assenza di quei presupposti, il p.m. è obbligato, ex art. 112 Cost., a esercitare l'azione penale. Ci aiutano a tal fine alcune norme. Innanzitutto, l'**art. 125 disp. att.** prevede che: "*Il p.m. presenta al giudice la richiesta di archiviazione quando ritiene l'infondatezza della notizia di reato perché gli elementi acquisiti nelle indagini non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio.*"⁵¹

Ulteriore riferimento normativo è l'**art. 408 co. 1 c.p.p.**: "[...] il p.m., se la notizia di reato è **infondata**, presenta al giudice la richiesta di archiviazione. [...]". Alla categoria dell'infondatezza della notizia di reato si riferiscono anche l'**art. 411 c.p.p.**: il p.m. richiede l'archiviazione 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*", e l'**art. 415 c.p.p.**: il p.m. presenta

⁵¹ La Corte cost., 88 del 1991, ha dichiarato infondata la questione di costituzionalità della norma, sollevata in riferimento all'art. 76 Cost.

richiesta di archiviazione entro sei mesi dalla data della registrazione della notizia di reato nel caso in cui l'autore del reato è rimasto ignoto.

Occorre sottolineare poi che il p.m. ha un **dovere di completezza delle indagini**. Le indagini devono essere il più possibile complete, questo perché, qualora l'indagato decida di avvalersi del rito abbreviato, si possa comunque arrivare ad una sentenza di condanna (basandosi su quei soli elementi). Il p.m., in altre parole, non può lasciare l'acquisizione degli elementi al dibattimento poiché, nel caso del giudizio abbreviato, non possono essere acquisiti elementi diversi da quelli raccolti nel corso dell'indagine.

Vediamo ora quali sono i passaggi per la richiesta di archiviazione. Innanzitutto, la richiesta di archiviazione viene effettuata al giudice per le indagini preliminari (g.i.p.). Naturalmente, la **richiesta** deve essere **motivata**, deve dimostrare che la notizia di reato è infondata e che il giudice debba emettere un decreto di archiviazione che chiuda l'indagine. A questo punto, vi è la **decisione in udienza del g.i.p.** sulla richiesta di archiviazione nei confronti di un indagato, al termine della quale il giudice può:

- concordare con il p.m. e dunque emettere decreto di **archiviazione**;
- contestare al p.m. l'insufficienza delle indagini svolte, indicando al p.m. **ulteriori indagini** e fissando al contempo un termine per il compimento delle stesse (art. **409 co. 4 c.p.p.**). Al termine di queste ulteriori indagini, il p.m. potrà insistere nella sua richiesta di archiviazione o richiedere il rinvio a giudizio;
- disporre con **ordinanza** che, entro **dieci giorni**, il p.m. formuli l'imputazione, il giudice dunque non accoglie la richiesta di archiviazione. L'art. **409 co. 5 c.p.p.** dispone, inoltre, che *"entro due giorni dalla formulazione dell'imputazione, il giudice fissa l'udienza preliminare. [...]"*. Si tratta di una situazione in qualche modo anomala, dal momento che, nel nostro sistema, l'unico titolare dell'azione penale è il p.m. L'ipotesi prevista dal co. 5 del 409 pare essere una "forzatura"; infatti, seppur formalmente sia il p.m. ad esercitare l'azione penale, la sua imputazione è coatta dal momento che ha luogo dietro ordine del giudice. La posizione del p.m., a questo punto, non è semplice poiché arriverà al dibattimento con un'accusa che fino a qualche tempo prima riteneva infondata e di cui aveva richiesto archiviazione al giudice. L'art. 112 Cost. risulta, tuttavia, formalmente rispettato, perché ad esercitare l'azione penale è comunque il p.m., anche se su ordine del giudice.

Nel caso in cui la notizia di reato sia scaturita da querela o denuncia e il querelante/denunciante abbia richiesto di essere informato dell'eventuale richiesta di archiviazione, questi ha diritto alla notificazione dell'avviso della richiesta di archiviazione (ex art. 408 co. 3 *bis* c.p.p., l'avviso è dovuto in ogni caso per i delitti commessi con violenza alla persona o per il reato di cui all'art. 624 bis c.p., Furto in abitazione e furto con strappo), a norma dell'art. **408 co. 2 c.p.p.**: *"L'avviso della richiesta è notificato, a cura del pubblico ministero, alla persona offesa che, nella notizia di reato o successivamente alla sua presentazione, abbia dichiarato di volere essere informata circa l'eventuale archiviazione."* Naturalmente, non si tratta di una semplice comunicazione, il querelante/denunciante, infatti, potrebbe avere interesse alla prosecuzione delle indagini, l'avviso alla persona offesa permette a quest'ultima di partecipare all'udienza nel corso della quale il giudice viene chiamato a valutare se accogliere la richiesta di archiviazione oppure no. È lo stesso art. **408 c.p.p.**, al **co. 3**, a prevedere che, nel termine di **20 giorni**, *"la persona offesa può prendere visione degli atti e presentare opposizione con richiesta motivata di prosecuzione delle indagini preliminari."* L'art. **410 c.p.p.** prevede l'istituto dell'opposizione alla richiesta di archiviazione, questo assicura alla persona offesa dal reato il diritto di chiedere il riesame della decisione del p.m. di non esercitare l'azione penale. Come precedentemente indicato, funzionale all'opposizione alla richiesta di archiviazione è l'avviso notificato a cura del p.m. alla persona offesa. Il giudice, una volta ricevuto l'atto di opposizione della persona offesa, deve valutarne l'**ammissibilità**, a tal fine, l'atto

deve indicare, *“a pena di inammissibilità, l’oggetto della investigazione suppletiva e i relativi elementi di prova.”*. Inoltre, nel caso in cui le indagini siano state esaurientemente espletate, la persona offesa può **egualmente** presentare atto di opposizione, indicando motivi volti a dimostrare la non fondatezza della notizia di reato.

- Se l’atto viene giudicato ammissibile, il giudice **entro tre mesi** fissa la data dell’**udienza** (che si tiene nelle forme previste dall’art. 127 c.p.p., cioè in **camera di consiglio**) e avvisa il pubblico ministero, l’offeso, la persona sottoposta alle indagini e il suo difensore. Inoltre, *“fino al giorno dell’udienza gli atti restano depositati in cancelleria con facoltà del difensore di farne copia.”* (art. **409 co. 2** c.p.p.) All’udienza in camera di consiglio segue la decisione del giudice. La decisione del giudice potrebbe essere quella di emettere un’ordinanza di archiviazione o un’ordinanza di prosecuzione delle indagini, o addirittura quella di imputazione coatta, a seguito delle motivazioni scritte nell’opposizione.
- Se l’atto di opposizione viene dichiarato inammissibile oppure la persona offesa non si oppone, il giudice può: (i) accogliere la richiesta di archiviazione con apposito decreto motivato di archiviazione, ovvero (ii) non accogliere la richiesta di archiviazione. In questo caso, il giudice fissa **entro tre mesi** la data dell’udienza che si terrà sempre in camera di consiglio ex art. 127 c.p.p., con i relativi avvisi precedentemente espliciti. Dunque, vi è partecipazione della persona offesa sia nel caso di opposizione, sia nel caso in cui il giudice ritenga di non dover accogliere la richiesta di archiviazione.

Procedimento contro ignoti: richiesta di archiviazione

Vi è anche l’ipotesi di una richiesta di archiviazione **contro ignoti** che si ha nel caso in cui il p.m. non riesca ad individuare l’autore della condotta. Anche in questo caso, ci sono diversi possibili esiti alla decisione del giudice:

- il giudice accoglie la richiesta del p.m. e pronuncia decreto di **archiviazione**,
- altrimenti, il giudice potrebbe pensare diversamente ed **ordinare** che il nome di una persona già individuata sia **iscritto nel registro delle notizie di reato** (art. **415 co. 2** c.p.p.).
- Vi è poi un’ulteriore ipotesi: il giudice indica al p.m. ulteriori indagini e fissa un termine per le stesse (ex art. **409 co. 4** c.p.p.). Il p.m. deve compiere queste indagini e, al termine di queste, potrà insistere nella richiesta di archiviazione oppure iscrivere il nome dell’indagato nel registro.

Una **specificità**, casi di nullità del decreto e dell’ordinanza di archiviazione, legge n. 103 del 2017: il decreto di archiviazione ha alcune particolarità. In primo luogo, deve essere distinto dall’ordinanza di archiviazione. Il primo viene emesso quando la richiesta è accolta, la seconda pure ma in quest’ultimo caso vi può essere stata la richiesta di effettuare nuove indagini o c’è stata l’opposizione della persona offesa. La legge n. 103 del 2017 (**Riforma Orlando**) ha inserito alcune cause di nullità sia del decreto di archiviazione che dell’ordinanza di archiviazione, previste dall’art. **410 bis** c.p.p. La norma prevede, al **co. 1**, i casi di **nullità del decreto** di archiviazione: omesso avviso della richiesta di archiviazione che doveva essere indirizzata alla persona offesa che ne abbia fatto richiesta, omesso avviso da notificarsi in ogni caso per i delitti commessi con violenza alla persona, omesso avviso della intervenuta richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto, se emesso prima che sia scaduto il termine per proporre opposizione, se a seguito di opposizione, il giudice abbia omesso di pronunciarsi su di essa o l’abbia dichiarata inammissibile, con esclusione della ipotesi di inosservanza dell’onere di indicare l’oggetto delle investigazioni suppletive ed i relativi elementi di prova. Al **co. 2** prevede, invece, i casi di **nullità dell’ordinanza** di archiviazione, questa è nulla esclusivamente nelle ipotesi previste dall’art. 127 co. 5 c.p.p.: mancato avviso dell’udienza in camera di consiglio alle parti, alle persone interessate ed ai loro difensori,

omissione/rifiuto di sentire i destinatari dell'avviso se comparsi, mancato rinvio dell'udienza se l'indagato legittimamente impedito ha richiesto di essere sentito personalmente.

Avviso di conclusione delle indagini

Il momento classico in cui la difesa può assumere un ruolo importante durante le indagini è quando l'indagine è conclusa. A questo punto il p.m. ha un dovere di *disclosure* rispetto a quanto svolto nelle indagini, dovere che adempie quando deve avvisare la persona sottoposta alle indagini e il suo difensore che le indagini si sono concluse, con l'avviso di conclusione delle indagini. L'art. **415 bis** c.p.p. sancisce infatti che il p.m., prima della scadenza del termine per le indagini (previsto dall'art. 405 co. 2 c.p.p.), fa notificare all'indagato e al difensore l'avviso della conclusione delle indagini con "*sommatoria enunciazione*" del fatto e indicazione delle norme di legge che si assumono violate (**co. 2**).

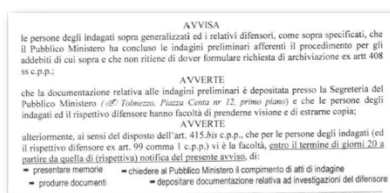
Con questo avviso, il p.m. avverte la persona sottoposta ad indagine che c'è una indagine nei suoi confronti, che sono state svolte delle attività di investigazione nei suoi confronti e che i risultati di queste indagini (senza potere di selezionarle) sono a disposizione dell'indagato e del suo difensore, una volta depositate nella segreteria del pubblico ministero. Si avvisa che la difesa può estrarre copia dei risultati di queste indagini. A quel punto, dal punto di vista conoscitivo, si ha una **parità di posizione** tra p.m. e difesa: prima la difesa poteva addirittura non sapere che c'era una indagine nei confronti del proprio assistito, ora invece la difesa viene avvisata del "perché" c'è una indagine nei confronti dell'indagato (c.d. **sommatoria enunciazione del fatto e delle norme violate**). Per esempio: "Stiamo indagando nei tuoi confronti per una truffa posta in essere a Milano, la persona offesa ha depositato una querela nei tuoi confronti, hai violato l'art. 630 c.p., ti spiego in che cosa consiste il fatto e deposito tutta l'attività che ho svolto (io p.m. o la polizia giudiziaria su delega)."

Alla fine delle indagini, il p.m. deve decidere se esercitare l'azione penale o chiedere l'archiviazione, il p.m., dunque, deve ancora scegliere. Tuttavia, è necessario evidenziare che se i risultati delle indagini preliminari fossero stati da soli sufficienti a convincerlo della necessità di richiedere archiviazione, probabilmente avrebbe già richiesto archiviazione. Se la difesa non è capace di produrre elementi sufficienti a convincerlo all'archiviazione, il p.m. verosimilmente eserciterà l'azione penale. Dunque, prima della scadenza del termine per le indagini preliminari, il p.m. o formula la richiesta di archiviazione oppure fa notificare all'indagato e al difensore l'avviso della conclusione delle indagini con "sommatoria enunciazione" del fatto e indicazione delle norme violate. Il p.m. deposita gli atti e avverte che l'indagato ha facoltà di:

- produrre documenti e memorie,
- depositare la "documentazione" delle "investigazioni" del difensore, che magari nel frattempo ha svolto o che svolge a seguito dell'analisi degli atti,
- chiedere al p.m. il compimento di indagini: magari valutando i risultati delle indagini compiute la difesa può indicare una direzione in cui indagare,
- presentarsi per rilasciare dichiarazioni,
- chiedere di essere sottoposto a interrogatorio.

L'avviso di conclusione delle indagini è formalmente questo:

l'intestazione è la Procura della Repubblica e l'avviso viene rivolto all'indagato: non c'è ancora una imputazione, perché l'azione penale non è ancora stata esercitata ma una c.d. **incolpazione**: qualcosa che potrebbe modificarsi a seguito delle deduzioni difensive. Segue una sommatoria enunciazione del fatto, con l'indicazione delle norme che si assumono violate (qui la violazione del decreto relativo agli eco reati: una società effettuava scarichi di rifiuti non autorizzati, quindi una contravvenzione).



“che non ritiene di dover formulare richiesta di archiviazione ex artt. 408 ss. c.p.p.”: se il p.m. avesse ritenuto, in base agli accertamenti svolti, di formulare la richiesta di archiviazione al g.i.p., allora lo avrebbe fatto senza chiudere le indagini. Evidentemente le indagini svolte lo hanno convinto di avere elementi sufficienti per andare davanti al giudice. Questo atto,

previsto dall'art. 415-bis c.p.p. contiene anche l'informazione di garanzia, che evidentemente ancora non era stata data: vuol dire che in questa indagine non era stato compiuto un atto che richiedesse la presenza necessaria dell'indagato.

L'esercizio dell'azione penale

A seguito di questo avviso, alla difesa viene concessa la possibilità di cercare di far cambiare idea al p.m.:

- a seguito di una diversa lettura degli atti del p.m.,
- attraverso il compimento delle attività indicate: produzione di memorie e documenti, richiesta di essere interrogati, etc. Tutte queste attività sono attività che il p.m. può decidere anche di non compiere, mentre l'unica attività che il p.m. deve compiere (se richiesta) è l'interrogatorio. Ovviamente se vengono prodotti dei documenti, questi saranno a disposizione del p.m. che dovrà valutarli.

È importante evidenziare che se la difesa riceve l'avviso di conclusione delle indagini e non fa niente, molto probabilmente la persona sottoposta alle indagini riceverà la richiesta di rinvio a giudizio: l'atto con cui, nel processo ordinario, il p.m. esercita l'azione penale e con cui la persona sottoposta ad indagini acquista la qualifica di imputato.

Ci sono quindi una serie di possibilità, a seguito della notifica di conclusione delle indagini ex art. 415 bis:

1. l'indagato **non** presenta richieste: non chiede il compimento di nuove indagini, non produce memorie o documenti, non deposita il risultato di investigazioni difensive (è chiaro che qui si arriverà ad una richiesta di rinvio a giudizio),
2. l'indagato **presenta richieste**:
 - l'indagato chiede al p.m. di compiere nuove indagini (art. **415 bis co.3**): il p.m. può disporre nuove indagini. Esse devono essere compiute entro 30 gg. prorogabili dal g.i.p. fino a 60 gg. (art. **415 bis co. 4**)
 - l'indagato chiede di essere interrogato (art. **415 bis co. 3**): il p.m. deve interrogarlo a pena di nullità (art. **416 co. 1**).

Queste attività devono essere compiute dall'indagato **entro 20 giorni** dalla notifica dell'avviso, si tratta di un termine ordinatorio, fatta eccezione per la richiesta di essere interrogato, per cui invece il termine è perentorio. Teniamo conto che la prassi vuole che a seguito dell'avviso di conclusione delle indagini la difesa si attivi, altrimenti riceverà una richiesta di rinvio a giudizio: questo avviso permette alla difesa di conoscere il fatto e le norme che il p.m. ritiene essere state violate dalla condotta dell'indagato, e di conoscere perché il p.m. ritiene di avere elementi sufficienti per fare la richiesta di rinvio a giudizio (perché la difesa ha accesso agli atti delle indagini). La difesa in questo momento conosce tutto, e ovviamente ha la possibilità di produrre qualcosa che possa far cambiare idea al p.m. È possibile rilevare qualche vizio, ad esempio: manca il decreto autorizzativo delle intercettazioni.

- Se il p.m. richiede **archiviazione** e il giudice accoglie (quindi condividendo con il p.m. che non ci sono elementi per sostenere l'accusa in giudizio: non ci sono elementi che se confermati in giudizio potrebbero portare ad una condanna, o il reato è estinto, o sono presenti cause di giustificazione, o in ogni caso se si arrivasse a dibattimento non potrebbe mai esserci una sentenza di condanna), il procedimento si chiude.
- L'alternativa è l'**esercizio dell'azione penale** con la formulazione della imputazione. Una volta intrapresa questa strada, si arriva ad una sentenza del giudice (anche se il p.m. cambia idea, potrebbe solo chiedere l'assoluzione: il p.m. che esercita l'azione penale non è obbligato a portare questa azione al suo compimento nel senso di chiedere la condanna).

Prima ancora, però, il p.m. potrebbe essere "bloccato" dal giudice. La richiesta di rinvio a giudizio, infatti, deve essere valutata da un giudice (come la richiesta di archiviazione deve essere valutata dal g.i.p.), con la fissazione dell'**udienza preliminare**. Con la richiesta di rinvio a giudizio, il p.m. contestualmente chiede al giudice di fissare la data dell'udienza preliminare:

- il p.m. porta elementi a sostegno della necessità di andare a giudizio. Questo viene disposto con un **decreto che dispone il giudizio**: decreto con cui il g.u.p. accoglie la richiesta di rinvio a giudizio, fissando la data del dibattimento,
- il giudice potrebbe non condividere la valutazione del P.m. (che vi siano elementi sufficienti a sostenere l'accusa in giudizio) e, ad esito dell'udienza preliminare, potrebbe emettere una **sentenza di non luogo a procedere**.

Con la richiesta di rinvio a giudizio e di fissazione dell'udienza preliminare si passa dalla fase del procedimento alla fase del processo. Il processo è la fase immediatamente successiva alla richiesta di rinvio a giudizio del pubblico ministero. A dibattimento si potrebbe ancora non arrivare. Da questo momento in poi gli atti sono pubblici e abbiamo soprattutto una imputazione, cristallizzata nella richiesta di rinvio a giudizio. Quella imputazione, a meno di alcune situazioni, non può più essere modificata: quella è l'accusa e rispetto a quella la difesa si deve difendere e il p.m. deve provare la responsabilità dell'imputato oltre ogni ragionevole dubbio. Quella è l'accusa: l'imputato potrebbe aver commesso qualsiasi altro reato, ma se non ha commesso quello specifico reato, commesso secondo quelle modalità, allora il giudice deve assolvere.

Titolo IX - Udiienza preliminare

La richiesta di rinvio a giudizio

La richiesta di rinvio a giudizio è esercizio dell'azione penale, e da questo momento in poi parliamo di processo e non più di procedimento. La persona sottoposta ad indagine assume ora la qualità di imputato, a seguito della formulazione dell'imputazione nella richiesta di rinvio a giudizio.

L'art. **416** c.p.p. regola la presentazione della richiesta:

La richiesta di rinvio a giudizio è **nulla** se non è preceduta

- dall'avviso ex art. 415 *bis* c.p.p.,
- dall'invito a presentarsi per rendere l'interrogatorio ai sensi dell'art. 375 c.p.p., qualora la persona sottoposta alle indagini abbia chiesto di essere sottoposta ad interrogatorio.

L'art. **417** c.p.p. sancisce i **requisiti formali** della richiesta di rinvio a giudizio:

"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."

Unitamente alla richiesta di rinvio a giudizio, il p.m. deve trasmettere il fascicolo contenente la notizia di reato, compresi gli atti relativi alla procedibilità dell'azione penale; la documentazione dell'attività espletata dalla p.g., gli atti compiuti dopo l'avviso di conclusione delle indagini e i verbali degli atti compiuti dinanzi al g.i.p., nel novero dei quali rientrano l'incidente probatorio, l'interrogatoria di garanzia, la convalida delle misure precautelari. Il corpo del reato e le cose pertinenti al reato sono allegati al fascicolo se non devono essere custodite altrove.

La richiesta di rinvio a giudizio costituisce la modalità ordinaria, **ma non esclusiva**, con cui il p.m. esercita l'azione penale, a cui si affiancano altri atti tipici di formulazione dell'accusa espressamente previsti dall'art. 405 c.p.p.⁵². Nello specifico, nell'ambito dei **procedimenti speciali**: richiesta di applicazione della pena, richiesta di giudizio direttissimo, richiesta di giudizio immediato, richiesta di procedimento per decreto e il decreto di citazione diretta a giudizio dinanzi al tribunale in composizione monocratica. Ulteriore modalità di esercizio dell'azione penale sono considerate anche l'imputazione coatta ordinata dal g.i.p. in caso di **mancato accoglimento della richiesta di archiviazione** (art. 409 co. 5 c.p.p.) nonché la contestazione, in udienza preliminare o in dibattimento o, nei casi consentiti, in giudizio abbreviato, del **reato connesso** o del **fatto nuovo**.

L'esercizio dell'azione penale è sempre una richiesta che si fa a un giudice, richiesta che può essere di rinvio a giudizio o di riti speciali. Tutte queste richieste contengono la formulazione dell'imputazione: l'esercizio dell'azione è tale perché si formula l'accusa. C'è un ultimo giudizio speciale che non abbiamo inserito: il giudizio abbreviato. Questo perché il giudizio abbreviato può essere chiesto soltanto dall'imputato e non dal p.m. Dunque, il p.m. resta titolare dell'azione penale e la esercita con la richiesta di rinvio a giudizio, ossia con lo stesso atto con il quale esercita l'azione penale nel rito ordinario.

Finalità dell'udienza preliminare

Abbiamo detto che la richiesta di rinvio a giudizio, oltre a contenere l'imputazione e gli altri contenuti che abbiamo visto, viene accompagnata dalla richiesta di fissazione dell'udienza preliminare. Si tratta di un'udienza molto importante, perlomeno lo era nella finalità del legislatore del 1988⁵³: l'idea era quella di creare un ulteriore filtro prima di arrivare a dibattimento, con un giudice, che non ha partecipato nelle fasi anteriori a questa, a cui è affidato il compito di valutare se gli elementi raccolti durante le indagini possano essere sufficienti per sostenere l'accusa in giudizio, elementi che se confermati in dibattimento probabilmente porterebbero a una sentenza di condanna. Quindi, l'udienza preliminare era, per come era stata concepita, un'udienza che doveva bloccare le cd. imputazioni azzardate, ossia quelle che comunque, se arrivate in dibattimento, non avrebbero potuto essere definite con una sentenza di condanna. Si parla di "elementi non idonei a sostenere l'accusa in giudizio" quando l'accusa risulta essere infondata, e dunque, se dovessimo andare in dibattimento, l'esito di questo sarebbe una sentenza di assoluzione. Alternativamente, il

⁵² "Il pubblico ministero, quando non deve richiedere l'archiviazione, esercita l'azione penale, formulando l'imputazione, nei casi previsti nei titoli II, III, IV, e V del **libro VI** ovvero con richiesta di rinvio a giudizio."

⁵³ Nell'intenzion dell'artista...

giudice potrebbe ritenere gli elementi raccolti non sufficienti per superare quel requisito del "oltre ogni ragionevole dubbio", presupposto della sentenza di condanna.

Allo stesso tempo, l'udienza preliminare serve a valutare anche la completezza delle indagini svolte: il p.m. ha infatti l'obbligo di svolgere delle indagini che siano il più complete possibili, non perché i risultati delle indagini poi saranno versati nel dibattimento ma perché è possibile che l'imputato richieda i riti speciali, ossia di essere giudicato non sulla base di prove che si formano nel corso del dibattimento, ma sulla base degli esiti delle indagini preliminari. Dunque, riassumendo, le **finalità** perseguite dall'udienza preliminare sono due:

- verificare l'idoneità e bloccare le imputazioni "azzardate",
- verificare che le indagini siano complete.

Per fare questo, il giudice deve ricevere tutti gli atti che sono stati compiuti dal p.m. e quelli che eventualmente sono stati depositati a seguito delle investigazioni difensive: quindi, con la richiesta di rinvio a giudizio, al g.u.p. viene anche trasmesso il fascicolo delle indagini.

L'udienza preliminare

Terminata la verifica della regolare costituzione delle parti, il g.u.p. provvede all'ammissione di atti e documenti, nel novero dei quali vanno ricomprese le memorie e le prove documentali; i risultati dell'attività di indagine suppletiva, nonché gli atti delle investigazioni difensive. Una volta aperta la discussione prendono la parola il p.m., il quale *"espone sinteticamente i risultati delle indagini preliminari e gli elementi di prova che giustificano la richiesta di rinvio a giudizio."* (art. 421 co. 2 c.p.p.), e i difensori delle parti nell'ordine indicato dall'art. 493 co. 1 c.p.p. È previsto poi dal **co. 2** un possibile contributo autodifensivo dell'imputato, che può rendere dichiarazioni spontanee o chiedere di essere sottoposto a interrogatorio il quale, su richiesta di parte, può essere reso con le forme dell'esame incrociato. Il pubblico ministero e i difensori formulano e illustrano le rispettive **conclusioni** (**co. 3**). Fino a che non siano formulate le conclusioni, è possibile chiedere il **giudizio abbreviato** (in particolare, il patteggiamento e la sospensione del procedimento con messa alla prova). Per quanto riguarda il **procedimento ordinario**, il giudice:

1. se **ritiene di poter decidere allo stato degli atti**, dichiara chiusa la discussione (**co. 4**);
2. potrebbe ritenere di **non poter decidere allo stato degli atti**, in questo caso ha due possibilità:
 - Innanzitutto, il giudice può indicare **ulteriori indagini da compiere** al pubblico ministero ex art. 421 *bis* c.p.p., fissando il termine per il loro compimento e la data della nuova udienza preliminare. Il potere del g.u.p. di sollecitare lo svolgimento di ulteriore attività investigativa mira a garantire la **completezza delle indagini** in rapporto al giudizio prognostico tipico dell'udienza preliminare, nell'ottica di consentire il controllo giurisdizionale in ordine al corretto esercizio dell'azione penale, a presidio del principio di obbligatorietà dell'azione penale stessa.
 - Quando non provvede a norma del co. 4 dell'art. 421 o a norma dell'articolo 421 bis, il **giudice può disporre, anche d'ufficio, l'assunzione di prove "delle quali appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere"** (art. 422 co. 1 c.p.p.). Risulta problematico inserire questa norma del quadro generale dei principi del modello accusatorio, dal momento che il giudice non è, in questo frangente, equidistante dalle parti. Questa criticità viene attenuata dal fatto che il giudice può operare soltanto *favor rei*, cioè per assumere una prova che ritiene decisiva per emettere una sentenza di non luogo a procedere.

Una volta chiusa la discussione, il giudice pronuncia **decreto che dispone il giudizio o sentenza di non luogo a procedere**⁵⁴ (quest'ultima fa venir meno la qualità di imputato).

⁵⁴ Questa sentenza è diversa dalla sentenza di non doversi procedere, che può essere emessa in ogni stato e grado del processo e risponde a caratteristiche diverse.

Sentenza di non luogo a procedere

In linea generale, il g.u.p. pronuncia sentenza di non luogo a procedere *"quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio."* (art. 425 co. 3⁵⁵ c.p.p.). A queste ipotesi si aggiungono altre condizioni per cui il g.u.p. pronuncia sentenza di non luogo a procedere, previste dal co. 1: *"sussiste una causa che estingue il reato o per la quale l'azione penale non doveva essere iniziata o non doveva essere proseguita, se il fatto non è previsto dalla legge come reato ovvero quando risulta che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o che si tratta di persona non punibile per qualsiasi causa"*. Il richiamo alla sentenza di non luogo a procedere, contenuto nell'art. 129 co. 2 c.p.p., impone al g.u.p. di dare **prevalenza alle formule di proscioglimento di fatto e in diritto** rispetto alle eventuali, concorrenti cause di estinzione del reato. Il giudice emette, inoltre, sentenza di non luogo a procedere nel caso in cui, in udienza preliminare, rilevi la violazione del divieto di bis in idem, qualora accerti che l'imputato è già stato giudicato con sentenza irrevocabile per lo stesso fatto, pure se diversamente considerato per titolo, grado e circostanze.

La sentenza di non luogo a procedere ha delle caratteristiche che devono essere tenute in considerazione, e che sono dettate dalla fase in cui ci troviamo. Innanzitutto, è necessario considerare che si tratta di una sentenza che viene emessa sulla base di elementi raccolti durante le indagini, che il più delle volte non sono prove (gran parte del materiale a disposizione del giudice sono elementi raccolti unilateralmente). Inoltre, la sentenza di non luogo a procedere non si esprime sul merito, sulla responsabilità o meno dell'imputato: si esprime invece sulla base della idoneità o meno degli elementi per andare a dibattimento. Si tratta cioè di una **sentenza di rito**, che, come tale, non è una sentenza di assoluzione, ma sostanzialmente giudica gli elementi che sono stati raccolti dal p.m. durante le indagini. Questa particolarità fa sì che questa sentenza, a differenza di quelle di merito (emesse all'esito del dibattimento), **non passa in giudicato**. Dunque, questa sentenza non acquista la autorità di cosa giudicata e non diventa mai irrevocabile. Potrebbe essere revocata in qualunque momento sulla base di ulteriori elementi che dovessero sopraggiungere: il codice disciplina, infatti, delle situazioni tassative nelle quali **è possibile revocare la sentenza di non luogo a procedere**. Questi casi sono previsti dall'art. 434 c.p.p.: *"Se dopo la pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere sopravvengono o si scoprono nuove fonti di prova che, da sole o unitamente a quelle già acquisite, possono determinare il rinvio a giudizio, il giudice per le indagini preliminari, su richiesta del pubblico ministero, dispone la revoca della sentenza."* Pur non potendo aspirare alla irrevocabilità, la sentenza di non luogo a procedere si caratterizza, tuttavia, per un **effetto preclusivo "allo stato degli atti"**, in quanto condiziona l'avvio di un nuovo procedimento penale per lo stesso fatto, nei confronti della stessa persona, al sopravvenire di nuovi elementi probatori idonei a fondare un provvedimento di revoca da parte del g.i.p. Ai fini dell'accoglimento della richiesta di revoca, il g.i.p. è tenuto a valutare l'attitudine dimostrativa della **sostenibilità dell'accusa in giudizio** (esattamente speculare alla *regula iuris* indicata dagli artt. 425 co. 3 e 125 disp. att.) che caratterizza le nuove fonti di prova, considerate da sole o unitamente a quelle già acquisite. A tale scopo, il p.m. deve trasmettere nella cancelleria del giudice gli atti relativi alle nuove fonti di prova. Il g.i.p. provvede con apposita ordinanza. Alla revoca della sentenza di non luogo a procedere consegue la **reviviscenza della qualità di imputato**.

Un'analoga efficacia preclusiva *rebus sic stantibus* caratterizza il provvedimento di archiviazione: anche in questo caso, la riapertura delle indagini è subordinata ad un apposito provvedimento del g.i.p. Questa ipotesi è prevista dall'art. 414 c.p.p.: su richiesta del p.m. motivata da esigenze di nuove investigazioni, il g.i.p. può autorizzare la riapertura delle indagini, con decreto motivato. Sotto

⁵⁵ Cfr. art. 125 Disp. Att.

questo profilo, dunque, il decreto di revoca della sentenza di non luogo a procedere e quello di riapertura delle indagini condividono la stessa natura di condizioni atipiche di procedibilità⁵⁶ legittimanti lo *ius agendi* del p.m.

Riapertura delle indagini dopo l'archiviazione (414)	Revoca della sentenza di non luogo a procedere e riapertura delle indagini (434)
Il P.M. presenta richiesta motivata dalla esigenza di nuove investigazioni	Il P.M. presenta richiesta motivata quando sopravvengono o si scoprono nuove fonti di prova che possono determinare il rinvio a giudizio
Decisione del G.I.P. senza contraddittorio	Decisione del G.I.P. in camera di consiglio (435.3)
Se il giudice autorizza la riapertura delle indagini, il P.M. procede a nuova iscrizione del nome dell'indagato (335). Termine ordinario di 6 mesi prorogabile	Se il giudice accoglie la richiesta di riapertura delle indagini, stabilisce un termine improrogabile non superiore a 6 mesi (436.3)

Impugnabilità della sentenza di non luogo a procedere

Questa sentenza può essere anche impugnata con l'appello o con il ricorso per Cassazione.

Con la legge n. 103 del 2017, infatti, torna l'appello avverso la sentenza di non luogo a procedere, già previsto prima della cd. legge Pecorella (l. 20 febbraio 2006, n. 46). Prima della riforma Orlando, avverso la sentenza di non luogo a procedere era esperibile soltanto il ricorso per Cassazione.

Possono proporre appello:

- il **procuratore** della repubblica e il procuratore generale presso la Corte di appello,
- l'**imputato** (che non può proporre appello quando con la sentenza è stato dichiarato che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso),
- la **persona offesa**, nei casi di nullità per omessa notifica dell'avviso della data di udienza almeno dieci giorni prima (art. 419 co. 7 c.p.p.).

Sull'impugnazione decide la Corte di appello in camera di consiglio con le forme previste dall'art. 127 (camera di consiglio).

Possono proporre **ricorso in cassazione** contro la sentenza di non luogo a procedere emessa in grado di appello il procuratore generale presso la Corte di appello e l'imputato solo per violazione previste dalle lett. a), b) e c) dell'art. 606 co, 1 c.p.p. Non è più prevista la possibilità, per la persona offesa costituita parte civile, di proporre ricorso per cassazione a fini penali. Si tratta di una scelta discutibile: vero è che la sentenza di non luogo a procedere non fa stato nei giudizi civili o amministrativi di danno; tuttavia, si priva tale parte dell'opportunità di opporsi allo sbarramento della via prescelta per coltivare la propria pretesa risarcitoria. Sull'impugnazione decide la corte in camera di consiglio senza l'intervento e la partecipazione dei difensori ai sensi dell'art. 611 c.p.p. (procedimento in camera di consiglio).

È importante sottolineare che la revoca e le impugnazioni hanno presupposti diversi:

- la revoca è basata su elementi che sono sopraggiunti, che non si conoscevano e si sono scoperti dopo. Questi elementi, se valutati, avrebbe portato il giudice a emettere un decreto di rinvio a giudizio;
- con l'impugnazione, invece, si chiede a un altro giudice di valutare la correttezza dell'operato del giudice che ha emesso la sentenza, sulla base degli stessi elementi.

⁵⁶ Corte cost. 27 del 1995.

Il decreto che dispone il giudizio

Con questo decreto il giudice dell'udienza preliminare ritiene che sia necessario il vaglio dibattimentale. Quanto ai contenuti del decreto, questi sono previsti dall'art. 429 c.p.p. Il g.u.p. deve preparare, subito dopo aver emesso il decreto, il fascicolo che dovrà inviare al giudice del dibattimento, che nulla conosce di tutto quello fatto fino a quel momento. Al fine di garantire l'imparzialità del giudice dibattimentale, il **decreto che dispone il giudizio non può essere motivato**, ma deve contenere solo l'enunciazione sommaria delle fonti di prova e dei fatti cui si riferiscono. Fino ad ora avevamo solo il fascicolo del p.m. (o "fascicolo delle indagini"), che raccoglieva gli esiti di tutte le indagini, che è stato messo a disposizione prima della difesa (a seguito della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini) e poi del g.u.p. Ma quel fascicolo non deve essere messo a conoscenza del giudice del dibattimento, che decide unicamente in base agli elementi che si formano in dibattimento davanti a lui. Ecco allora che tutto ciò che si formerà lì, davanti a lui e nel contraddittorio delle parti, verrà contenuto in un altro fascicolo, il **fascicolo per il dibattimento**.

Il fascicolo del p.m. e il fascicolo per il dibattimento

Strumentale a garantire la separazione funzionale delle fasi (e l'imparzialità del giudice, art. 111 Cost.), il **sistema del doppio fascicolo** preclude al giudice del dibattimento la conoscenza degli atti formati nelle fasi precedenti il giudizio.

Come precedentemente indicato, al termine dell'udienza preliminare, il g.u.p. è chiamato a formare il fascicolo per il dibattimento, ossia a selezionare gli unici atti che il giudice del dibattimento conoscerà, questo fascicolo si riempirà man mano che si formeranno le prove nel corso del dibattimento, ad esempio quando si sentirà un testimone, quando si avranno i risultati di una perizia, etc. Nel fascicolo per il dibattimento, il g.u.p. può far confluire esclusivamente gli atti indicati tassativamente dall'art. 431 c.p.p.: innanzitutto, gli atti relativi alla procedibilità dell'azione penale e all'esercizio dell'azione civile (co. 1 lett. a), i verbali degli atti non ripetibili⁵⁷ compiuti dalla p.g., dal p.m. e dal difensore (co. 1 lett. b e c), i verbali degli atti assunti nell'incidente probatorio (lett. e), etc. Inoltre, al **co. 2**, è prevista la possibilità per le parti di "**concordare l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del p.m., nonché della documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva**." L'acquisizione concordata di atti al fascicolo per il dibattimento, con cui si introduce una deroga al contraddittorio che trova il proprio fondamento costituzionale nell'art. 111 co. 5 Cost., costituisce solo una delle molteplici fenomenologie di acquisizione consensuale della prova (nell'ambito delle quali è possibile annoverare, ad esempio, il giudizio abbreviato e il patteggiamento).

A questo punto, avremo due fascicoli:

- **il fascicolo del pubblico ministero:** questo è a conoscenza esclusivamente del p.m. e della difesa. È il fascicolo più ampio perché contiene tutti i risultati delle indagini. Viene poi trasmesso al g.u.p. Nell'udienza preliminare, come abbiamo visto, è possibile svolgere dell'attività istruttoria (ad esempio, l'interrogatorio dell'imputato, o l'acquisizione di una prova ritenuta decisiva): il fascicolo si compone di ulteriori atti durante l'udienza preliminare, e dunque si ha qualcosa di diverso rispetto al primo fascicolo. Da questo fascicolo poi vengono estratti alcuni atti che vengono inseriti nel fascicolo per il dibattimento. Quando arriveremo al dibattimento avremo solo due fascicoli: quello del p.m., che conosce la difesa e che contiene tutto ciò che il giudice del dibattimento non può conoscere, e quello del dibattimento, conosciuto anche dal giudice e che contiene le uniche cose che il giudice può conoscere;

⁵⁷ Gli atti devono essere caratterizzati da una irripetibilità congenita o intrinseca all'atto stesso, come ad esempio le trascrizioni delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, i verbali di perquisizione, etc.

- **il fascicolo per il dibattimento**, conosciuto anche e soprattutto dal giudice per il dibattimento e destinato a incrementarsi sempre di più, sia perché man mano che l'istruttoria dibattimentale continua, si formeranno prove i cui verbali verranno inseriti nel fascicolo, sia perché le parti potrebbero accordarsi anche successivamente per far trasmigrare atti contenuti nel fascicolo del p.m. nel fascicolo per il dibattimento, rendendo così conoscibili quegli atti anche al giudice per il dibattimento. In alcune situazioni, invero, questa trasmigrazione di atti dal fascicolo del p.m. a quello per il dibattimento avviene perché quell'atto, quando siamo nel corso del dibattimento, non può più essere ripetuto: ad esempio, le sommarie informazioni rilasciate da una persona che nel frattempo muore per cause sopravvenute. Quella conoscenza sarebbe persa, perché non è più possibile citare quella persona a rendere la sua testimonianza davanti al giudice

Libro VII - IL GIUDIZIO

Il giudizio è la fase in cui si forma la prova e in cui il giudice è chiamato a rispondere alla "domanda formulata" dal p.m. con la richiesta di rinvio a giudizio, deve cioè decidere se l'imputato è colpevole dell'accusa che gli viene contestata *aldilà di ogni ragionevole dubbio*. In altri termini, il tribunale (in composizione collegiale o monocratica a seconda della contestazione mossa all'imputato) è chiamato a valutare la fondatezza dell'accusa sulla base delle prove che verranno acquisite proprio nel dibattimento. Il giudizio, infatti, si compone di due momenti fondamentali: (i) la *formazione della prova* nel contraddittorio tra le parti e davanti al giudice del giudizio, nel rispetto dell'art. 111 Cost., (ii) la *decisione* del giudice una volta entrato in camera di consiglio (e dunque fuori dal dibattimento). Il giudizio può essere di tipo:

- **inquisitorio**: cioè quando le prove vengono formate unilateralmente, fuori dall'udienza pubblica, dallo stesso organo investito della funzione di svolgere le indagini e di formulare l'accusa con la partecipazione, solo eventuale (e comunque subordinata), della difesa;
- **accusatorio**: è proprio in questa fase che ritroviamo le caratteristiche del sistema accusatorio, vediamo ora i **principi**:
 - innanzitutto, viene introdotta la **distinzione delle funzioni del giudice da quelle dell'organo dell'accusa**, sono entrambi magistrati ma hanno funzioni completamente diverse;
 - **parità delle armi**: questo principio viene richiesto dal **art. 2 n. 3** della **legge delega**: "*partecipazione dell'accusa e della difesa su base di parità in ogni stato e grado del procedimento* [...]". È un principio oggi espressamente costituzionalizzato con riferimento a qualunque tipo di processo (art. 111 co. 2 Cost.). Infatti, le parti, durante la fase dibattimentale, hanno gli stessi strumenti, a differenza di quanto accade durante indagini preliminari, dove il p.m. ha evidentemente più poteri rispetto alla difesa, in quanto parte pubblica. La fase del giudizio, invece, potrebbe essere vista come un triangolo al cui vertice vi è il giudice e alla cui base troviamo invece le parti (p.m. e difesa) in perfetta parità, queste sono sullo stesso piano.
 - Il giudizio è poi la fase pubblica per eccellenza⁵⁸, questa fase è caratterizzata dal **principio della pubblicità** e dal **principio di oralità**, **art. 2 n. 2** della legge delega "*adozione del metodo orale*" nel processo penale, a differenza del processo civile o amministrativo, "si parla" (ci sono comunque documenti, atti), ma la prova regina del processo è la testimonianza, la prova orale.

⁵⁸ Diversamente dalle indagini preliminari, fase segreta seguita dall'udienza preliminare comunque svolta in camera di consiglio senza partecipazione del pubblico.

- A questo si aggiunge il **principio di immediatezza**: la prova si forma davanti a quel giudice che è chiamato poi a decidere. C'è dunque immediatezza tra la formazione della prova e l'utilizzazione della prova ai fini della decisione. Questo principio comporta che colui che sarà chiamato a valutare la responsabilità dell'imputato è colui che ha assistito alla formazione della prova (questo non avviene, invece, nell'incidente probatorio: siamo davanti a un giudice diverso rispetto a quello che sarà poi chiamato a valutare il risultato di prova).
- **Principio di concentrazione**: nel modello accusatorio, tutto dovrebbe essere concentrato in poco tempo, l'attività di formazione della prova dovrebbe essere concentrata, non deve passare troppo tempo tra la formazione della prova e la decisione del giudice (proprio perché basata su quei risultati probatori). Spesso purtroppo questo principio non viene rispettato. Ad esempio, nei procedimenti complessi vi è un'udienza a settimana, un dibattimento può durare anche 3 anni.

Questi sono i requisiti minimi del modello accusatorio.

L'art. 526 c.p.p. enuncia altri due **principi** fondamentali: al **co. 1** sancisce che il giudice non può utilizzare per la sua decisione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel contraddittorio delle parti all'interno del dibattimento o tramite incidente probatorio. "*Legittimamente*", cioè secondo le regole di ammissibilità dettate dagli artt. 190 (diritto alla prova), 190 *bis* (casi particolari) e 191 (inutilizzabilità). La regola inserita nel 2001 con il **co. 1 bis** riproduce, in maniera quasi letterale, il principio formalizzato nell'art. 111 co. 4 Cost. e già sancito nell'art. 6 § 3 lett. d Cedu: "*La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base delle dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore.*"

Lo sviluppo del giudizio di I grado

Quando si parla di giudizio, si parla di dibattimento: siamo davanti ad un altro giudice, è il terzo che incontriamo: (1) g.i.p. nelle indagini preliminari, (2) il g.u.p. nell'udienza preliminare ed ora incontriamo (3) il giudice del dibattimento / del giudizio che, a seconda della contestazione formulata dal p.m., sarà un Tribunale (collegio di tre giudici) o il giudice monocratico (una sola persona fisica). Le regole sono sostanzialmente le stesse, divergono solo in qualche aspetto che però non studieremo.

Le diverse fasi si svolgono tutte all'interno del giudizio, nelle varie udienze:

- **atti preliminari al dibattimento**: tra il decreto che dispone la fase del giudizio e la celebrazione del dibattimento s'innesta una serie di adempimenti e attività, obbligatori e facoltativi, avente una funzione preparatoria e organizzativa. In questa fase prodromica al dibattimento: il giudice verifica la regolare costituzione delle parti (è in questa fase che si può costituire il responsabile civile); le parti si accordano con il giudice rispetto ad alcune questioni, ad esempio: quali prove si assumeranno durante il dibattimento, il giudice dovrà essere d'accordo per i testimoni da chiamare. In sintesi: indicazioni di prova, atti urgenti, controllo costituzione, questioni preliminari. Tutte queste questioni devono essere risolte prima del dibattimento;
- **dibattimento**: richieste, ammissione e formazione della prova; discussione. Il dibattimento è quindi una sottofase della fase del giudizio in cui vengono formate le prove;
- **deliberazione e atti successivi**: valutazione della prova (deliberazione) e pubblicazione della sentenza.

Titolo I - Atti preliminari al dibattimento

C'è però un ulteriore aspetto che deve essere preparato prima che si arrivi all'udienza, disciplinato dall'art. 468 c.p.p.: "*Le parti che intendono chiedere l'esame di testimoni, periti o consulenti tecnici*

*nonché delle persone indicate nell'articolo 210 devono, a pena di inammissibilità, depositare in cancelleria, **almeno sette giorni prima** della data fissata per il dibattimento, la lista con la indicazione delle circostanze su cui deve vertere l'esame.*" (co. 1)

Questo istituto risponde alla necessità di arrivare al dibattimento in una situazione di parità e di correttezza tra le parti, imponendo parti di formare una lista dei soggetti di cui chiederanno la citazione, per evitare di avere delle "sorprese", cioè per permettere ad entrambe le parti di preparare la loro strategia. Dunque, dopo il decreto che dispone il giudizio, le parti, entro 7 giorni da quella data, devono depositare la lista dei testimoni, periti, consulenti tecnici e persone imputate in procedimento connesso di cui chiederanno ammissione per l'esame. L'art. 468 impone alle parti la **discovery** dei mezzi di prova e dei fatti che si intendono provare, per assicurare il leale confronto tra le parti

- impedendo l'introduzione di prove a sorpresa,
- mettendo ciascuna parte in condizione di interloquire e contro-dedurre sulle richieste dell'altra parte, a garanzia dell'effettivo esercizio del contraddittorio.

Ex art. 495 **co. 2**, le parti, comunque, hanno sempre diritto all'ammissione delle prove a discarico sui fatti costituenti oggetto delle prove a carico introdotte dall'altra parte.

Il **co. 2** prevede che il presidente del tribunale autorizza la citazione dei suddetti soggetti con decreto *"escludendo le testimonianze vietate dalla legge e quelle manifestatamente sovrabbondanti."*

Sempre prima dell'udienza dibattimentale, l'art. **467** c.p.p. (**Atti urgenti**) prevede che le parti possano richiedere al presidente del tribunale l'assunzione di prove non rinviabili, nei medesimi casi che durante le indagini preliminari o l'udienza preliminare consentirebbero di accedere all'istituto dell'incidente probatorio (art. 392 c.p.p.).

Si osservano le forme previste per il dibattimento e i verbali degli atti compiuti vanno poi a confluire nel fascicolo per il dibattimento: grazie alla lettura ex art. 511, gli atti contenuti in tale fascicolo acquisiranno valenza probatorio e potranno pertanto essere utilizzati dal giudice ai fini della sua decisione (art. 526 c.p.p.).

Titolo II - Dibattimento

Durante l'**udienza dibattimentale** (non è mai una sola perché sono tanti i passaggi da affrontare), prima di dare inizio al dibattimento, il presidente controlla la **regolare costituzione delle parti** (art. **484** c.p.p.) di modo che si realizzi un vero e proprio contraddittorio tra loro e affinché l'esercizio dell'autodifesa possa esplicarsi con la massima ampiezza (visto che è proprio durante il dibattimento che si formano le prove a carico).

Immediatamente dopo la conclusione della verifica sulla regolare costituzione delle parti, esclusivamente a dibattimento non ancora aperto, le parti devono presentare, a pena di decadenza, le questioni preliminari. Ciò significa che la possibilità per le parti di sollevare tali questioni è poi preclusa e che esse sono sostanzialmente sanate.

Le questioni preliminari sono tassativamente elencate dall'art. **491** c.p.p. e sono le seguenti:

- competenza per territorio o per connessione;
- incompetenza per materia, se per eccesso ex art. 23 co. 2 c.p.p.;
- nullità di cui all'art. 181 co. 2 e 3, cioè nullità relative degli atti delle fasi anteriori non ancora sanate, oppure eccepite nell'udienza preliminare e non dichiarate dal giudice⁵⁹;

⁵⁹ Le nullità assolute invece sono eccepibili in ogni stato e grado del procedimento.

- costituzione e intervento delle parti private diverse dall'imputato, cioè la parte civile, il responsabile civile, il civilmente obbligato per la pena pecuniaria e, infine, gli enti rappresentativi posti a tutela degli interessi lesi dal reato;
- inosservanza delle disposizioni sulla composizione monocratica o collegiale del tribunale qualora non si sia tenuta l'udienza preliminare o se respinta nella medesima sede;
- contenuto del fascicolo per il dibattimento: ad esempio, il fascicolo non contiene alcuni atti dell'incidente probatorio e allora si chiede il loro inserimento;
- riunione o separazione dei giudizi.

Le ultime due questioni possono essere proposte anche successivamente, se emergono solo nel corso del dibattimento.

Il giudice decide la questione con ordinanza solo dopo che il p.m. e i difensori delle parti private hanno avuto la possibilità di discutere su di essa, in tempi contenuti e strettamente necessari all'illustrazione delle questioni, senza repliche (**co. 3 e 4**)

Ad esempio: la difesa chiede la parola al giudice dopo che questi ha chiesto se ci sono questioni preliminari, sollevando una questione di incompetenza per materia. A questo punto, la difesa deve illustrare le ragioni per le quali ritiene che quel tribunale sia incompetente e per cui gli atti devono essere trasmessi presso il p.m. del tribunale competente. Successivamente, il giudice chiede al p.m. la sua versione in merito alla questione sollevata dalla difesa e permette quindi alle parti (anche private) di interloquire in merito alla questione proposta.

Il giudice può risolvere anche immediatamente la questione con ordinanza (**co. 5**): o accoglie o rigetta la questione ordinando il procedersi oltre. Se la questione è particolarmente complessa, il giudice invece entra in camera di consiglio (e quindi il processo è sospeso) e poi emette ordinanza. La decisione del giudice, contenuta nell'ordinanza, potrà poi essere impugnata assieme alla sentenza definitiva.

L'art. **492** c.p.p. sancisce che, compiute le attività indicate negli artt. 484 e seguenti (atti preliminari, regolare costituzione delle parti ed esame delle questioni preliminari), "*il presidente dichiara aperto il dibattimento*." Il sollevamento di ulteriori questioni è quindi precluso: questa fase potrà concludersi solo con una sentenza. L'ausiliario del giudice legge l'**imputazione** contenuta nel decreto che dispone il giudizio (**co. 2**).

Successivamente, si procede con la materia istruttoria la cui trattazione può essere suddivisa in quattro fasi: (1) esposizione introduttiva, (2) ammissione delle prove, (3) istruzione dibattimentale e (4) discussione finale.

1. Esposizione introduttiva

Con questa si rende edotto il giudice del dibattimento sulla materia del processo in corso. Egli, infatti, non conosce nulla delle indagini preliminari (salvo il capo d'imputazione e gli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento) ed è per questo che, ex art. 493 c.p.p., le parti⁶⁰ indicano i fatti che intendono provare e richiedono l'ammissione delle prove indicate nelle liste di cui all'art. 468 c.p.p. oppure no, ma solo quando la parte interessata dimostri di essere stata precedentemente impossibilitata a indicare tali soggetti. Possiamo dire che l'art. 493 co. 2 c.p.p. esprime quindi un principio di lealtà tra le parti. Inoltre, ex art. 468 co. 4 c.p.p., ciascuna parte può ottenere la citazione a prova contraria di testimoni, periti e consulenti sulle circostanze introdotte dalla controparte anche senza averli prima indicati nelle liste. Per garantire un pieno diritto di difesa all'imputato, all'esito dell'esposizione introduttiva, il giudice informa l'imputato della facoltà di rendere in ogni

⁶⁰ In genere parla sempre prima l'accusa (pubblica e poi privata) e solo dopo la difesa (perché ha sempre l'ultima parola).

momento del dibattimento dichiarazioni spontanee purché rientrino nell'oggetto dell'imputazione ai sensi dell'articolo 494 c.p.p.

2. Ammissione delle prove

In base a quanto previsto dall'art. **495** c.p.p., il giudice decide sulle istanze istruttorie delle parti con **ordinanza**: egli deve escludere l'ammissione di prove illegittime, manifestamente superflue o irrilevanti rispetto ai fatti che si riferiscono all'imputazione; dunque, non è automatico che alla richiesta segua l'ammissione della prova indicata dalle parti. Se una prova viene ammessa, essa confluisce nel c.d. **patrimonio delle parti**, per questo la rinuncia alla prova⁶¹ ha effetto solo se tutte le parti vi acconsentono (**co. 4 bis**). Il legislatore non ha attribuito espressamente al giudice alcun potere a fronte della volontà delle parti. Tuttavia, il giudice ha il potere di disporre d'ufficio l'assunzione di quella prova che sia stata rinunciata dalle parti se ciò risulta **assolutamente necessario** (art. **507** c.p.p.). Se invece il giudice rispetta la volontà di tutte le parti a rinunciare alla prova, quest'ultima non è ovviamente assunta ma la sua prova contraria già ammessa può essere comunque assunta. Se una parte non consente alla rinuncia, potrà procedere al controesame. Inoltre, la prova potrebbe risultare comunque non ammessa qualora il giudice, dopo aver sentito le parti, la ritenga superflua o irrilevante. Inoltre, ai sensi del **co. 2** dell'art. 495, le prove a discarico sui fatti costituenti oggetto delle prove a carico devono essere in ogni caso ammesse, e non sono soggette a limiti probatori. Prima di procedere con l'ordinanza, se vi sono delle prove documentali da ammettere, il giudice deve concedere alle parti di esaminarle ed eventualmente formulare delle eccezioni. Ciascun documento ammesso entra a far parte del fascicolo dibattimentale.

La richiesta di ammissione della prova

Come precedentemente indicato, le parti che intendono chiedere l'esame di testimoni, periti o consulenti tecnici e delle persone indicate dall'art. 210 c.p.p. devono presentare le cd. liste testimoniali (art. 468 c.p.p.). Oltre a queste prove, è possibile richiedere di assumere altre prove, **non indicate** nelle liste, in particolare:

- a) le **prove contrarie**: ex art. **468 co. 4** c.p.p. le parti possono richiedere l'ammissione di prove (con autorizzazione alla citazione o presentazione diretta a dibattimento) in relazione alle circostanze indicate nella lista della parte avversa;
- b) prove che la parte dimostra di non aver potuto indicare tempestivamente, ex art. 493 co. 2 c.p.p. Inoltre, è possibile richiedere l'ammissione di **altre prove**: esame delle parti e documenti. Le parti possono anche concordare l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del p.m. e della documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva. (art. **493 co. 3** c.p.p.)

Il procedimento di ammissione

A seguito delle richieste di assunzione della prova, il giudice valuta se queste hanno attinenza e rilevanza rispetto all'imputazione (art. 187 c.p.p.), il giudice deve dunque operare

1. un giudizio di rilevanza: cioè se la prova è capace di provare uno degli atti inerenti all'imputazione (**prova non manifestamente irrilevante**);
2. deve poi verificare se è una prova che può essere legittimamente ammessa (**prova legittima**);
3. infine, deve valutare se la parte ha già chiesto prove sufficienti per provare quel determinato fatto (**prova non manifestamente superflua**).

⁶¹ Per snellire la procedura, ad esempio quando la parte si accorge che su quella circostanza si sono formate prove consistenti, oppure quando il testimone non si presenta e la testimonianza è irreperibile: a questo punto le parti si accordano per chiedere la revoca di questa testimonianza.

Dunque, la prova per essere ammessa deve essere rilevante, legittima (non vietata dalla legge) e non superflua. Se si soddisfano tutti e tre i requisiti, allora il giudice emette **ordinanza di ammissione** (art. 190 c.p.p.).

Una volta che la prova è stata ammessa, diventa "patrimonio comune delle parti": la prova si formerà nel contributo di tutte le parti. Questo significa che, una volta ammessa la prova, per poter **rinunciare** alla sua formazione, è necessario il **consenso** di tutte le parti, a quel punto il giudice può emettere **ordinanza di revoca**. Di solito, la revoca delle prove già ammesse avviene nel momento in cui le parti si rendono conto che su quella circostanza si sono già formate delle prove sufficienti per dimostrare la sussistenza di quel determinato fatto, oppure, soprattutto con riferimento ai testimoni, il teste non si presenta: l'udienza viene rinviata per cercare di ottenerne la sua presenza, tuttavia il teste è irreperibile; a questo punto le parti si accordano per chiedere la revoca della testimonianza, per poter superare questa situazione.

Dunque, la **dinamica probatoria** (o istruzione dibattimentale), si sviluppa in più fasi, due di queste sono quelle appena delineate: (i) le parti formulano le richieste e (ii) il giudice le valuta e ammette. A questo punto, le prove devono formarsi.

3. Istruzione dibattimentale in senso stretto (Capo III)

Il dibattimento, abbandonata la funzione di mera sede di "**rivalutazione**", dominata da giudice, delle prove formatesi precedentemente, assume il ruolo essenziale di **opportunità dialettica delle parti nella formazione della prova** (istruzione dibattimentale), che si confrontano davanti ad un giudice non condizionato da pregresse conoscenze. Questa fase consiste, brevemente: nell'assunzione delle prove ammesse; dalla lettura (o indicazione) di atti, verbali e dichiarazioni; dall'assunzione di nuove prove assolutamente necessarie (su richiesta di parte o d'ufficio); da nuove contestazioni.

L'assunzione delle prove

Il codice prevede diverse **modalità** di formazione delle prove:

- **escussione** di testimoni, periti, consulenti tecnici e parti;
- **acquisizione** materiale di cose o documenti;
- **lettura** di atti probatori assunti nella fase precedente: possibilità di acquisire nel corso del dibattimento ciò che, in linea teorica, nel modello accusatorio non potrebbe essere acquisito, cioè ciò che è stato acquisito durante le indagini, cioè svolto unilateralmente nel segreto e senza contraddittorio delle parti. È chiaro che questa modalità si pone come eccezione alla regola generale. Nella prassi, la lettura viene spesso sostituita dalla **indicazione**, cioè si indica l'atto e l'indicazione dell'atto vale come acquisizione al dibattimento, ad esempio: il p.m. ha indicato nella propria lista testimoniale ex art. 468 c.p.p. Tizio come testimone, perché già sentito come persona informata sui fatti durante le indagini preliminari e ha verificato che ciò che Tizio ha dichiarato nel corso delle indagini è utile per l'accusa. La modalità ordinaria è indicare Tizio nella lista: il giudice ammette il teste, Tizio viene citata, il p.m. e il difensore fanno domande, le risposte sono la prova testimoniale di Tizio. Poniamo che Tizio prima del dibattimento sia deceduto e al momento di acquisizione delle sommarie informazioni il p.m. non aveva elementi per prevederlo. Un sistema accusatorio puro direbbe che l'elemento conoscitivo non può essere in alcun modo acquisito. Tuttavia, l'art. 111 co. 5 Cost. prevede la possibilità *per sopravvenuta impossibilità oggettiva di ripetizioni dell'atto*, di portare queste informazioni a dibattimento attraverso la lettura. Se il p.m. quando ha fatto queste "SIT" su Tizio durante le indagini, si fosse reso conto delle condizioni di salute precarie di Tizio, avrebbe dovuto richiedere incidente probatorio per acquisire questa testimonianza. La sopravvenuta impossibilità di ripetizione dell'atto, dunque, deve essere imprevedibile.

C'è poi una sequenza ben precisa prevista dal codice, un **ordine nell'assunzione delle prove**. L'art. **496 co. 1** c.p.p. sancisce infatti che l'istruzione dibattimentale inizia con l'assunzione delle prove richieste dal p.m. e prosegue con quelle richieste da altre parti, nell'ordine previsto dal 493: difensori della parte civile, della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria e dell'imputato. La difesa dell'imputato, infatti, ha sempre l'ultima parola. La *ratio* è quella di consentire alla difesa il "diritto di ascolto" prima tutte le prove a carico, poi quelle a discarico.

Vediamo ora una delle modalità di assunzione delle prove: l'**escussione diretta** di testimoni, periti, consulenti tecnici e parti.

La filosofia che connota il modello accusatorio (concezione argomentativa della prova, come strumento di persuasione del giudice nella scelta tra le opposte ricostruzioni del fatto) impone una **precisa scelta di metodo**:

- **escludere il monopolio del giudice** nell'assunzione della prova, che compromette l'imparzialità, riservandogli il potere di integrare le lacune della dialettica processuale, indicando temi nuovi o rivolgendo domande, dopo le parti (art. **506** c.p.p.),
- affidare alle **parti** la **gestione** diretta del **mezzo di prova**.

Secondo la logica del sistema accusatorio, infatti, è alle parti che spetta l'iniziativa in materia di prova che le stesse esercitano sia in chiave di richiesta di ammissione, sia in ottica di assunzione. Al giudice residua un ruolo di controllo, quanto all'ammissione e all'assunzione, ma anche sussidiario, in ordine alla facoltà di indicare temi di prova nuovi o più ampi e di formulare domande. Questo potere si sostanzia in una possibile integrazione che presuppone l'esercizio di iniziative probatorie da parte sia del p.m. sia delle parti private.

Sono previste delle **deroghe** a questi principi. Solo in casi **eccezionali** l'esame è condotto direttamente dal **giudice**:

- **teste minore** (art. **498 co. 4** c.p.p.): l'esame testimoniale del minore è condotto dal presidente su domande e contestazioni proposte dalle parti⁶². Il presidente può avvalersi dell'ausilio di un familiare del minore o di un esperto. Il presidente, tuttavia, sentite le parti, se ritiene che l'esame diretto **non** possa nuocere alla serenità del teste, dispone con ordinanza che dispone l'esame "ordinario" (cioè seguendo le forme previste dai commi precedenti),
- **teste infermo di mente**: illegittimità costituzionale dell'art. 498 c.p.p. nella parte in cui non consente al giudice, sentite le parti, di condurre direttamente l'esame [COST 283/1997]

Esame diretto e controesame

L'art. **498** c.p.p. risponde a una duplice esigenza: assicurare il **contraddittorio per la prova**, quale metodo più efficace per la formazione di conoscenze processuali affidabili; garantire all'imputato il **diritto di interrogare o fare interrogare i testimoni a carico**. La sequenza fissata dall'art. 498 c.p.p. costituisce un modello che trova applicazione con riferimento all'assunzione di ogni **prova orale rappresentativa**, dunque non solo per la testimonianza, ma anche per l'esame delle parti private, dei periti e dei consulenti tecnici.

In linea generale, l'**esame** è condotto dalla parte richiedente "*mediante domande su fatti specifici*" (art. **499 co. 1** c.p.p.) e **determinati** (art. **194 co. 3** c.p.p.), sulle **circostanze indicate nelle liste**, con **divieto di domande nocive** (art. **499 co. 2** c.p.p.: "*domande che possono nuocere alla sincerità delle risposte*") e **suggestive** (art. **499 co. 3** c.p.p.: "*domande che tendono a suggerire le risposte*")

⁶² La necessità che l'esame venga gestito dalle domande e contestazioni suggerite dalle parti nasce dalla circostanza che il giudice, al momento dell'assunzione della testimonianza, ha una conoscenza limitata ai pochi atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento e alle sole prove già assunte nel corso dell'istruzione dibattimentale.

nell'esame condotto dalla parte che ha chiesto la citazione del testimone e anche dalla parte con interesse comune al richiedente. Il presidente vigila sul rispetto della persona durante l'esame.

Segue il **controesame** (art. 498 co. 2 c.p.p.), condotto dalla parte avversa (eventuale, senza preventiva richiesta), allo scopo di contestare la ricostruzione effettuata o chiarire il contenuto delle risposte o diminuire la credibilità del testimone, a tal fine vengono poste domande volte a farlo contraddire. Permane il **divieto di domande nocive** (ma non di domande suggestive).

L'esame e il controesame sono condotti dalle parti attraverso l'ausilio delle dichiarazioni, eventualmente rese in precedenza dai soggetti compulsati nel corso delle indagini preliminari, delle investigazioni difensive, dell'udienza preliminare, raccolte nel fascicolo del p.m.

È previsto anche un eventuale **riesame**, condotto dalla parte che ha chiesto l'esame, con gli stessi divieti, con "nuove domande", per chiarire il contenuto della precedente deposizione, nei limiti del tema di prova e degli argomenti proposti in precedenza. Onde evitare interventi "a catena" e senza limiti, **non** è prevista la possibilità di un nuovo controesame a seguito delle nuove domande formulate da chi aveva condotto l'esame.

Per quanto concerne il **divieto di domande nocive**, previsto dall'art. 499 co. 2 c.p.p., questo ha natura generica: coinvolge ogni domanda idonea ad alterare la genuinità e sincerità della risposta e riguarda ogni soggetto titolare di un potere di domanda (non solo le parti, ma anche il giudice). Le domande nocive sono vietate sia in esame che in controesame, si tratta di domande che inducono il teste a mentire, a cadere in errore o tendono a condurlo in equivoco. Un esempio di domanda nociva potrebbe essere la seguente: "a noi risulta che..." oppure "dagli accertamenti svolti risulta che...".

Per quanto riguarda il **divieto di domande suggestive**, questo è invece un divieto "specifico", vige solo durante l'esame. Si tratta di domande che tendono a suggerire la risposta, tendono a contenere nella domanda già la risposta che si vuole ottenere.

La violazione di tali divieti comporta l'**inutilizzabilità** della relativa risposta.

Le contestazioni

art. 500 c.p.p., Contestazioni nell'esame testimoniale:

*"Fermi i divieti di lettura e di allegazione, le **parti**, per contestare in tutto o in parte il contenuto della deposizione, possono servirsi delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero. Tale facoltà può essere esercitata solo se sui fatti o sulle circostanze da contestare il testimone abbia già deposto."* Il codice prevede la possibilità, per le parti, di contestare. Qui la "contestazione" costituisce lo strumento attraverso il quale le parti del contraddittorio dibattimentale (sia necessarie che eventuali) oppongono al teste escusso in dibattimento l'esistenza di un contrasto fra quanto dallo stesso affermato in questa sede e quanto in precedenza riferito: durante le indagini preliminari al p.m. o alla p.g. o nel corso dell'udienza preliminare al g.i.p. con questo strumento, si chiede al testimone di giustificare questa divergenza. La *ratio* è quella prevista dal **co. 2**: *"Le dichiarazioni lette per la contestazione possono essere valutate ai fini della **credibilità** del teste."* Le dichiarazioni sono valutate solo ai fini di valutare la credibilità del testimone, non possono essere utilizzate come prove. L'art. 111 Cost. sancisce, infatti, che non può essere usato come prova ciò che non è stato formato nel contraddittorio. Tuttavia, il **co. 5** del 111 Cost. sancisce che la legge regola i casi nei quali la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per 1. consenso dell'imputato, 2. accertata impossibilità di natura oggettiva di ripetizione dell'atto, 3. per effetto di comprovata condotta illecita: *"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." (art. 500 co. 4 c.p.p.). "Sono acquisite al fascicolo del dibattimento" significa che il giudice le può utilizzare come prova.

Al co. 3, l'art. 500 c.p.p. prevede poi una **deroga** al co. 2 della stessa norma: *"Se il teste rifiuta di sottoporsi all'esame o al controesame di una delle parti, nei confronti di questa non possono essere utilizzate, senza il suo consenso, le dichiarazioni rese ad altra parte, salve restando le sanzioni penali eventualmente applicabili al dichiarante."* Le precedenti risposte date al p.m. possono essere utilizzate come prova soltanto se l'imputato vi consente.

Altra possibilità di deroga al co. 2, è quella prevista dal co. 6: *"A richiesta di parte, le dichiarazioni assunte dal giudice a norma dell'articolo 422 sono acquisite al fascicolo del dibattimento e sono valutate ai fini della prova nei confronti delle parti che hanno partecipato alla loro assunzione, se sono state utilizzate per le contestazioni previste dal presente articolo. Fuori dal caso previsto dal periodo precedente, si applicano le disposizioni di cui ai commi 2, 4 e 5."* le dichiarazioni rese in sede di udienza preliminare, davanti al giudice, possono essere valutate come prova nei confronti delle parti che hanno partecipato al contraddittorio in sede di udienza preliminare.

Dunque, per concludere con l'art. 500 c.p.p., il **precedente difforme** non può costituire prova dei fatti affermati, ma solo elemento critico da valutare *"ai fini della credibilità del teste"* (art. 500 co. 2). Si tratta di una regola generale di **esclusione probatoria**: l'atto contenente le dichiarazioni non può essere acquisito e le dichiarazioni non possono essere valutate (se non nei casi espressamente previsti). La **ratio** è la seguente: il "precedente difforme" è mezzo che serve al contraddittorio, ma non è formato in contraddittorio (è raccolto unilateralmente dalla parte). Per quanto riguarda il suo impiego a fini probatori, il precedente difforme realizzerebbe il **contraddittorio in senso debole**, cioè "sulla" prova (contraddittorio posticipato che ha ad oggetto la valutazione di un elemento già costituito e cristallizzato nei verbali di indagine) e **non il contraddittorio "per" la prova** (contraddittorio che ha ad oggetto, e si svolge durante, la formazione della prova).

Ulteriore modalità di assunzione della prova è la **lettura degli atti**, prevista dall'art. 511 c.p.p.

Il mero inserimento di un atto nel fascicolo per il dibattimento non è sufficiente per la sua effettiva acquisizione: solo la lettura, o l'indicazione, ne rende legittimo l'uso ai fini della decisione. *"Il giudice, anche di ufficio, dispone che sia data lettura, integrale o parziale, degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento."* (co. 1) A norma del co. 5, gli atti possono anche essere **indicati** (l'indicazione degli atti equivale alla loro lettura), salva richiesta di lettura.

Tra le letture consentite ritroviamo:

- i **verbali di dichiarazioni**: solo dopo l'esame del dichiarante (a meno che l'esame non abbia luogo) (co. 2),
- la **relazione peritale**: solo dopo l'esame del perito (co. 3).

L'art. 514 c.p.p. è norma di chiusura del **sistema delle letture**, vietando quelle che non siano espressamente permesse e ribadendo il principio di tassatività che lo governa: fuori dai casi previsti dagli artt. 511, 512, 512 bis e 513 c.p.p., è **vietata** (salvo deroghe) la lettura di:

- verbali di dichiarazioni rese dall'imputato, dalle persone ex art. 210 c.p.p. e dai testimoni alla p.g., al p.m. o al giudice nel corso delle indagini preliminari o nell'udienza preliminare (co. 1),
- verbali e altri atti di documentazione delle attività compiute dalla p.g. (co. 2).

(atti contenuti nel fascicolo del p.m.)

La deroga più importante è quella prevista dall'art. 512 c.p.p.: *"Il giudice, a richiesta di parte, dispone che sia data lettura degli atti assunti dalla p.g., dal p.m., dai difensori e dal giudice nell'udienza preliminare, quando per fatti o circostanze imprevedibili, ne è divenuta impossibile la ripetizione."* (co. 1). La norma ha subito delle censure da parte della **Corte Europea dei diritti dell'uomo**. La norma prevede che si possa condannare imputato su base di dichiarazioni di un testimone che l'imputato non ha mai potuto esaminare, questo viola l'art.6 della CEDU: l'accusato ha sempre

diritto di porre domande al testimone che lo accusa, se questo diritto non viene garantito: violazione dei diritti fondamentali dell'uomo. Questo perché la norma non diceva come questa dichiarazione doveva essere valutata. La **giurisprudenza di legittimità** ha cercato di interpretare la norma in un modo conforme alla CEDU, anche se l'art. 512 c.p.p. nulla dice rispetto a come la prova debba essere valutata. Per essere in regola con i principi dell'equo processo, l'art. 512 va interpretato nel senso che, ferma restando la legittimità della lettura del verbale della dichiarazione divenuta irripetibile, la sua **valutazione** deve essere **posta in relazione con altri elementi probatori acquisiti in dibattimento**, i quali siano **in grado di corroborarla** (art. 6 CEDU).

Il codice prevede anche dei **poteri di iniziativa probatoria del giudice**, in particolare all'art. 507 c.p.p., norma che opera quale deroga al principio dispositivo che vede le parti protagoniste dell'iniziativa probatoria. La disposizione rappresenta una sorta di norma di chiusura del procedimento di elaborazione della prova dibattimentale. Essa tende ad assicurare, nel dibattimento, la funzione conoscitiva del processo anche attraverso la rimozione degli ostacoli posti dalle decadenze cui può incorrere il diritto alla prova delle parti. In particolare, la norma sancisce quanto segue:

*"1. **Terminata** l'acquisizione delle prove, il giudice, **se risulta assolutamente necessario**, può disporre **anche di ufficio** l'assunzione di **nuovi** mezzi di prove.*

1-bis. 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."

Per quanto riguarda i criteri che regolano l'intervento *ex officio*, quello dettato dalla locuzione "terminata l'acquisizione delle prove" è da intendersi in **termini meramente temporali**. Il criterio dell'**assoluta necessità** della prova sigla il carattere eccezionale dell'intervento, anche se si connota per la sua ampia valenza discrezionale. È possibile chiedersi, dunque, se si tratti di un potere:

- **eccezionale**: solo quando l'assoluta necessità di integrazione è emersa dall'istruttoria dibattimentale effettuata (temi di prova incompleti), non può supplire all'inerzia, agli errori o ai ritardi delle parti, perché ciò comprometterebbe la sua terzietà e indebolirebbe la presunzione di non colpevolezza,
- **o suppletivo?** La corte di Cassazione, nelle S.U. Martin hanno stabilito che il giudice può utilizzare questo potere per supplire all'inerzia delle parti.

In ogni caso, viene meno il principio dell'onere della prova in capo all'accusa: se non ci sono prove sufficienti, il giudice deve assolvere. Questo principio, se portato a grande ampiezza ed estremizzato, permetterebbe al giudice di introdurre ciò che il p.m. non ha introdotto per poter condannare.

Capo IV - Nuove contestazioni

Correlazione tra accusa e sentenza

L'obbligo di mantenere correlate l'imputazione e la sentenza funge, da un canto, da presidio al diritto di difesa dell'imputato e, dall'altro, vale a ribadire il ruolo di *dominus* dell'azione penale affidato al p.m.: il giudice deve rispondere alla domanda formulata dal p.m. con l'imputazione e contenuta nel decreto che dispone il giudizio: se ne ricava che il giudice non può pronunciarsi su un fatto che non sia stato preventivamente portato a conoscenza dell'imputato, come specularmente quest'ultimo ha diritto a venire giudicato solo per un fatto che gli è stato formalmente addebitato. Ad esempio: se l'accusa è per rapina, il giudice non può condannare per furto, anche se gli elementi che emergono nel corso dell'istruttoria dibattimentale dimostrano che si è trattato di furto. Il **principio di correlazione** opera quale vincolo sia per le sentenze di condanna, sia per quelle di proscioglimento.

Infatti, ex art. **521 co. 2** c.p.p., sussiste l'obbligo per il giudice di trasmettere gli atti al p.m. quando il fatto accertato risulta **diverso** da quello descritto nell'imputazione (originaria o modificata), affinché il p.m. possa formulare una nuova imputazione: in tal caso il procedimento ricomincia dall'inizio. Tuttavia, nel corso dell'istruzione dibattimentale, si consente al p.m. di **modificare e integrare l'accusa** enunciata nel decreto che dispone il giudizio (art. 429 c.p.p.), la disciplina è prevista dagli artt. 516 e ss.

Non scalfisce tale assetto il potere del giudice di attribuire al fatto un diverso *nomen iuris*, potere previsto dall'art. 521 c.p.p. In particolare, al **co. 1**, la norma prevede che il giudice possa dare al fatto una "**definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione**", purché il reato non ecceda la sua competenza né risulti attribuito alla cognizione del tribunale in composizione collegiale anziché monocratica, quando il p.m. non abbia provveduto egli stesso a modificare l'accusa oppure quando quest'ultima è stata erroneamente modificata.

L'art. **522** c.p.p. sancisce la **nullità** della sentenza in caso di violazione delle disposizioni di questo capo. La nullità è ovviamente pronunciata da un giudice superiore dopo che la sentenza è stata impugnata. Si tratta di una nullità generale (art. 178 lett. *b* e *c*) soltanto parziale perché si riferisce solo ai fatti o alle circostanze non regolarmente contestati, mentre resta pienamente valida la decisione sull'accusa principale.

Le nuove contestazioni, in particolare, possono consistere in:

- **Modifica della imputazione**, art. **516** c.p.p.: se nel corso dell'istruzione dibattimentale il **fatto** risulta **diverso** (condotta ed evento identici, diverse modalità di luogo e tempo, elemento soggettivo, nesso causale) il p.m. modifica l'imputazione e procede alla relativa contestazione. Questo avviene nel corso dell'udienza, appena si presenta l'elemento che ha convinto il p.m. a modificare l'imputazione. Se l'imputato dovesse essere assente o contumace, questa modifica gli deve essere **notificata**. A seguito di questa modifica dell'imputazione, l'imputato potrebbe vedersi alternata la propria **linea difensiva**. L'imputato deve essere, quindi, posto nelle condizioni di far fronte alle nuove esigenze. La norma prevede dunque la possibilità per la difesa di chiedere un termine per poter rivedere la difesa, riorganizzarsi e introdurre nuove prove rispetto alla nuova contestazione (art. **519** c.p.p.) Queste prove dovranno poi chiaramente essere assunte. Se questa modifica, rispetto per esempio al luogo, dovesse comportare anche una modifica della competenza per materia per difetto (il nuovo giudice dovrebbe essere un giudice superiore rispetto a quello che abbiamo di fronte), allora il giudice dovrà restituire gli atti al p.m. presso il giudice competente. In altre parole, se questa modifica comporta anche modifica del giudice naturale precostituito per legge secondo le regole sulla competenza, allora il giudice restituisce gli atti. Da quel momento, il processo prosegue.
- **Reato concorrente e circostanze aggravanti risultanti dal dibattimento**, art. **517** c.p.p. Anche in questo caso il p.m. procede a contestare all'imputato il reato o la circostanza, viene concesso un termine alla difesa per riorganizzare la propria linea difensiva e viene data la possibilità, per la difesa, di introdurre nuove prove, limitatamente alla nuova circostanza contestata. Anche in questo caso, se la modifica comporta incompetenza per materia per difetto del giudice, il giudice restituisce gli atti al p.m. presso il giudice competente.
- **Fatto nuovo risultante dal dibattimento**, art. **518** c.p.p. In questo caso risulta a carico dell'imputato un fatto nuovo non enunciato nel decreto che dispone il giudizio. Questo significa che mutano condotta od evento (con "sostituzione" e non integrazione) o modifica dell'imputazione. Si tratta della situazione più eclatante. In questo caso, il presidente può autorizzare la contestazione nella medesima udienza, se il p.m. ne fa richiesta e se vi è consenso dell'imputato. Il giudizio comunque prosegue davanti a quel giudice, con la

possibilità di addurre nuove prove che si aggiungono a quelle già formate. Se invece l'imputato non presta il consenso, allora il p.m. deve iniziare un nuovo procedimento.

rispetto all'imputazione	p.m.	esito	
fatto diverso (516) (condotta ed evento identici, diverse modalità di luogo e tempo, elemento soggettivo, nesso causale)	modifica dell'imputazione e contestazione all'imputato presente (se contumace o assente: notifica)	prosecuzione giudizio, con termine a difesa e nuove prove (519 c.p.p.): possibilità per l'imputato di chiedere l'applicazione della pena ex 444 c.p.p. [COST 265/1994] e l'oblazione [COST 530/1995]	incompetenza per materia per difetto (3): restituzione atti al p.m. presso il giudice competente
concorso formale, continuazione o circostanza aggravante (517)	contestazione suppletiva all'imputato presente (se contumace o assente: notifica)	prosecuzione giudizio, con termine a difesa e nuove prove (519 c.p.p.): possibilità per l'imputato di chiedere l'applicazione della pena ex 444 c.p.p. [COST 265/1994] e l'oblazione [COST 530/1995]	incompetenza per materia per difetto (3): restituzione atti al p.m. presso il giudice competente
fatto nuovo (518) (mutano condotta od evento, con "sostituzione", non integrazione o modifica, dell'imputazione)	contestazione se autorizzazione del giudice e consenso imputato	contestazione: prosecuzione giudizio (salvo incompetenza)	
		non contestazione: nuovo procedimento	

4. Discussione finale (Capo V)

Esaurita l'assunzione delle prove, il p.m. e successivamente i difensori delle parti private formulano e illustrano le rispettive **conclusioni** (art. 523 c.p.p.).

L'art. 524 c.p.p. sancisce che: "*Esaurita la discussione, il presidente dichiara chiuso il dibattimento.*"

Titolo III - Sentenza

Capo I - Deliberazione

L'art. 525 c.p.p. stabilisce (co. 1 e 2) che la sentenza è deliberata subito dopo la chiusura del dibattimento. (**principio di immediatezza della deliberazione**). La *ratio* è quella di non far passare troppo tempo tra ciò che è emerso nel processo e la decisione del giudice. La deliberazione della sentenza segue immediatamente alla chiusura del dibattimento, in una serrata sequenza temporale, volta a garantire il principio di **continuità processuale**. L'art. 525 c.p.p., al co. 2, aggiunge: "*Alla deliberazione concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento [...]*", salvo suppletiva. L'esigenza che sia mantenuta l'immutabilità del giudice decidente rispetto a quello che abbia partecipato all'istruzione probatoria è direttamente riconducibile alle garanzie di cui all'artt. 6 § 3 Cedue.

L'art. 526 c.p.p. sancisce poi, al co. 1, che il giudice decide il merito della vicenda esclusivamente sulla base delle prove acquisite legittimamente⁶³ nel corso dell'istruzione dibattimentale. Viene così stabilito un limite al principio del libero convincimento del giudice; la norma riveste, pertanto, il ruolo di previsione di chiusura del sistema probatorio nel suo complesso.

Capo II - Decisione

Formule assolutive della sentenza di proscioglimento:

- il giudice pronuncia **sentenza di non doversi procedere** se

⁶³ Ovverosia nel rispetto dei divieti stabiliti dalla legge.

- a) l'azione penale non doveva essere esercitata o non doveva essere proseguita, ad esempio: manca la querela o l'autorizzazione a procedere (art. 529 co. 1 c.p.p.);
- b) il reato è estinto, ad esempio per prescrizione (art. 531 c.p.p.);
- c) vi è insufficienza o contraddittorietà della prova dell'esistenza di una condizione di procedibilità (art. 529 co. 2 c.p.p.) o della causa di estinzione del reato (art. 531 co. 2 c.p.p.);
- il giudice pronuncia **sentenza di assoluzione** (art. 530 c.p.p.) se
 - a) *il fatto non sussiste* (manca l'elemento oggettivo), *l'imputato non lo ha commesso, il fatto non costituisce reato* (vi è una causa di giustificazione o manca l'elemento soggettivo), *il fatto non è previsto dalla legge come reato* (ad esempio, è un illecito amministrativo), *il fatto è stato commesso da persona non imputabile o non punibile per un'altra ragione* (ad esempio, perché immune o vi è rapporto di parentela con la persona offesa): **co. 1**;
 - b) manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova⁶⁴ 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: **co. 2**;
 - c) vi è la prova che il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità ovvero vi è dubbio sull'esistenza delle stesse: **co. 3**;

Sentenza di condanna

L'affermazione di responsabilità dell'imputato impone il rispetto del rigoroso canone valutativo del *beyond any reasonable doubt* (BARD) nel rispetto della presunzione di innocenza. Il giudice, dunque, "*pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio*." (art. **533 co. 1** c.p.p.). Con la sentenza il giudice applica la pena e le eventuali misure di sicurezza. Ai fini della commisurazione della pena per il reato contestato, si applicano i parametri dell'art. 133 c.p., commisurando la presenza di circostanze attenuanti o aggravanti. In caso di costituzione di parte civile, il giudice condanna al risarcimento del danno. Nel procedimento penale la condanna al risarcimento del danno è una condanna immediatamente esecutiva nei limiti di quanto accertato nel procedimento con rimando al giudice civile per la quantificazione del danno.

LIBRO VI - I PROCEDIMENTI SPECIALI

Rispetto al procedimento ordinario, i procedimenti speciali omettono alcune fasi, e di conseguenza hanno delle caratteristiche un po' diverse. Questi procedimenti speciali sono nati poiché il processo ordinario, per come è caratterizzato dal dibattimento e dalla formazione della prova in dibattimento, è un processo destinato ad essere molto lungo. Il processo ordinario era stato dunque concepito come l'eccezione e vi era la forte convinzione che molti procedimenti sarebbero invece stati affrontati attraverso questi procedimenti speciali, l'idea del legislatore era di incentivare i procedimenti speciali, lasciando il procedimento ordinario ad un uso marginale. In realtà è andata esattamente al contrario, gli imputati scelgono il procedimento ordinario, mentre i procedimenti speciali non si utilizzano quasi mai. Questo è il motivo per cui i procedimenti ordinari durano molto nel tempo e l'Italia viene spesso sanzionata dalla corte europea dei diritti dell'uomo per mancato rispetto della ragionevole durata del processo. A causa della lunga durata dei processi, spesso i reati cadono in prescrizione: la prescrizione è sempre un fallimento del sistema, sia in termini di dispendio di risorse, sia per la vittima. Affronteremo solo alcuni dei procedimenti speciali.

⁶⁴ Ricordiamo infatti che la pronuncia di condanna deve conseguire a un giudizio di colpevolezza *oltre ogni ragionevole dubbio*.

deroga	rito	
udienza preliminare	- giudizio direttissimo - giudizio immediato - procedimento tribunale monocratico (citazione diretta) - procedimento davanti al giudice di pace	autoritativo
	giudizio immediato su richiesta dell'imputato	negoziale, non premiale
	procedimento per decreto	autoritativo/consensuale
indagini e udienza preliminare	giudizio direttissimo consensuale	autoritativo/consensuale
dibattimento	- giudizio abbreviato - applicazione della pena richiesta - oblazione	negoziale, premiale

Titolo II - Applicazione della pena su richiesta delle parti

Il cd. **patteggiamento** è un rito premiale che si caratterizza per una definizione anticipata del processo (rispetto al dibattimento, salvo eccezioni), sulla base di un **accordo tra imputato e p.m.** sulla **pena da applicare**, ratificata dal giudice. Il giudice emette la sentenza con la pena concordata dalle parti, applica cioè una pena sulla base di un accertamento "guidato" dalla volontà negoziale delle parti (adesione/rigetto). Questo schema è compatibile con la nostra Costituzione:

- art. 101 co. 2 Cost.:** il giudice, infatti, esercita comunque una funzione giurisdizionale autonoma, **non è vincolato all'accordo**, se ritiene che l'accordo sia corretto in termine di quantificazione della pena e qualificazione giuridica del fatto, allora applica con sentenza la pena. Se non è d'accordo, perché non ritiene corretto questo "progetto di sentenza", allora non accetta l'accordo e si procede con rito ordinario.
- art. 27 co. 2 Cost.:** l'accordo determina un "abbassamento" della soglia cognitiva (accertamento incompleto della colpevolezza), ritenuto compatibile con la presunzione costituzionale che non fissa il *quantum* di prove necessario per condannare.

La sentenza emessa dal giudice è particolare, perché è una sentenza che non si basa sulle prove, tutt'al più il giudice avrà a disposizione il fascicolo di indagine del p.m., l'accertamento che viene compiuto riguarda l'assenza di elementi per ritenere l'imputato non colpevole, la sentenza non è una condanna ma è "equiparata ad una pronuncia di condanna" (art. 445 co. 2 c.p.p.) perché applica una pena, tuttavia non è una sentenza di condanna perché non si basa sulle prove. Il giudice accerta soltanto se tra gli elementi a sua disposizione non ci sia un elemento che gli faccia pensare che l'imputato debba essere assolto, se questo elemento non c'è, allora il giudice valuta solo l'accordo. Il patteggiamento, inoltre, non fa stato nei giudizi civili o amministrativi, ma solo nei giudizi disciplinari.

Per quanto riguarda il patteggiamento **tradizionale** (cd. patteggiamento *minor*), sono previsti dei **limiti di applicazione**: pena detentiva **fino a 2 anni** sola o congiunta a pena pecuniaria, al netto della riduzione fino a un terzo.

Il patteggiamento ha diversi **benefici**:

- la richiesta può essere subordinata alla concessione della sospensione condizionale della pena (444 co. 3),
- quando la pena irrogata non superi i due anni di pena detentiva, la sentenza non comporta condanna al pagamento delle spese del procedimento (445 co. 1),
- quando la pena irrogata non superi i due anni di pena detentiva, la sentenza non comporta applicazione di pene accessorie e misure di sicurezza, salvo confisca (445 co. 1),

- quando la pena irrogata non superi i due anni di pena detentiva, il reato è **estinto** se l'imputato non commette reati della stessa indole nel termine di 5 anni, se patteggiamento per delitto, o di 2 anni se patteggiamento per contravvenzione (445 co. 2).

È inoltre previsto il cd. **patteggiamento *maior*** (o patteggiamento **allargato**). Anche qui sono previsti dei **limiti di applicazione**, il tetto massimo della pena patteggiabile è di **5 anni** di reclusione soli o congiunti ad una pena pecuniaria, al netto della riduzione *fino a un terzo* (art. 444 co. 1 c.p.p.).

L'accesso al rito è precluso per i soggetti che sono stati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza o recidivi, ai sensi dell'art. 99 co. 4 c.p., e se si tratta di imputati per i delitti specificamente indicati dal co. 1 *bis* ⁶⁵. Questi soggetti, tuttavia, potranno accedere al patteggiamento nel caso in cui la pena non superi i **due anni** di reclusione soli o congiunti a pena pecuniaria (cd. **patteggiamento *minor***).

Al patteggiamento tradizionale ed allargato si applica la medesima **disciplina**:

innanzitutto, il p.m. o l'imputato **presentano la richiesta** di applicazione della pena fino alla formulazione delle conclusioni nell'udienza preliminare (446 co. 1), l'altra parte entro il medesimo termine **consente** (444 co. 2):

- se la richiesta è presentata dall'imputato e il p.m. non consente, il p.m. deve motivare questa decisione. Il procedimento prosegue nelle forme del rito ordinario;
- se la richiesta è presentata dal p.m. e l'imputato non consente, il procedimento prosegue.

Se vi è consenso anche della parte che non ha formulato la richiesta, il **giudice valuta la richiesta**:

- se ritiene corrette la qualificazione giuridica del fatto, l'applicazione e la comparazione delle circostanze prospettate dalle parti, nonché congrua la pena indicata, ne **dispone con sentenza l'applicazione** enunciando nel dispositivo che vi è stata richiesta delle parti (444 co. 2);
- può prosciogliere ex art. 129 c.p.p. (444 co. 2);
- può **rigettare** la richiesta e il procedimento prosegue con rito ordinario. In questo caso l'imputato può **rinnovare** la richiesta prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado (448 co. 1)

Il giudice può, inoltre, disporre la confisca facoltativa e obbligatoria nei casi previsti dall'art. 240 c.p. (445 co. 1). Se vi è costituzione di parte civile il giudice non decide sulla relativa domanda ma l'imputato è condannato alle spese sostenute dalla parte civile (444 co. 2).

Non è inoltre fatta menzione della sentenza nel certificato del casellario giudiziale richiesto dal privato (24.1.e, 25.1.e T.U.C.G. 2002 n.313).

Titolo I - Giudizio abbreviato

Siamo di fronte a un rito negoziale e premiale: si instaura **unicamente su richiesta dell'imputato** e non c'è necessario accordo del p.m. Nel momento in cui si accede a questo rito, vi è applicazione necessaria del beneficio premiale, in caso di condanna. Il beneficio è di **un terzo** "secco" (nel patteggiamento invece è *fino a un terzo*). Si tratta di un giudizio che omette la fase dibattimentale e che prevede la definizione del processo nell'**udienza preliminare**, che modifica la propria essenza, la propria finalità: non è più un'udienza volta a verificare se ci sono elementi sufficienti a sostenere l'accusa a giudizio, ma è un'udienza in cui giudice è chiamato a valutare la responsabilità dell'imputato. La decisione viene emessa dal giudice dell'udienza preliminare, che utilizza come prova tutti gli **atti di indagine**, in **deroga al principio del contraddittorio** nella formazione della prova, oltre alle prove eventualmente ammesse

⁶⁵ Delitti di criminalità mafiosa e terrorismo (art. 51 co. 3 *bis* e 3 *quater* c.p.) e assimilati (ad esempio art. 609 *bis* c.p., violenza sessuale)

Questo rito speciale può essere scelto sia nel caso in cui sia meglio avere una condanna ridotta oppure nel caso in cui la difesa si renda conto che, sulla base degli elementi raccolti dal p.m. nelle indagini, l'imputato non sarà condannato: è favorevole cristallizzare la situazione e farsi giudicare sulla base degli elementi raccolti fino a quel momento.

Vi sono in realtà due modelli per poter accedere al giudizio abbreviato, quello fino ad ora esplicito è il modello **ordinario**, che prevede la rinuncia al contraddittorio. C'è poi un altro modello di giudizio abbreviato, quello **condizionato**: l'imputato chiede di essere giudicato con giudizio abbreviato condizionato all'assunzione di determinate prove che l'imputato indica e con diritto alla controprova del p.m. sull'attività integrativa. Dunque, ci può essere:

- una **richiesta semplice**: l'imputato chiede che *"il processo sia definito in udienza preliminare allo stato degli atti"* (art. 438 co. 1 c.p.p.),
- oppure una **richiesta complessa** (o **condizionata**): l'imputato pone come condizione che siano assunti taluni mezzi di prova allo scopo di colmare un supposto *deficit* conoscitivo intorno alla questione di merito.

A seconda del tipo di richiesta, diversa sarà la valutazione del giudice:

Se la richiesta è **semplice**, il giudice (dopo aver eseguito una verifica meramente formale dell'atto di parte) deve disporre il giudizio abbreviato, come prevede l'art. 438 co. 4.

Invece, se la richiesta è **condizionata** ad un'integrazione probatoria, il giudice oltre a valutare che le prove che condizionano la richiesta di giudizio abbreviato siano pertinenti, rilevanti e non superflue, valuta anche che esse siano compatibili con le finalità di economia processuale tipiche del rito abbreviato: deve essere contenuto nei tempi rispetto ad un procedimento ordinario.

Se il giudice ritiene che la prova non possa essere assunta perché renderebbe il giudizio abbreviato sproporzionato nei tempi, deve non accogliere la richiesta e procedere col rito ordinario, cioè procedere alla conclusione dell'udienza preliminare.

Inoltre, il giudice deve rigettare la richiesta se la prova è "sostitutiva", e cioè se tende a far entrare in forma diversa un elemento già esistente in atti.

Naturalmente, le prove richieste dall'imputato in sede di giudizio abbreviato permettono al p.m. di chiedere l'ammissione di prove contrarie (art. 438 co. 5 c.p.p.)

La riforma Orlando (l. 103/2017) ha introdotto una **modifica**. Con il nuovo **co. 5 bis** viene codificata la prassi che consentiva il cumulo di una richiesta complessa e di una richiesta semplice, la quale diventava operativa qualora la prima non fosse stata accolta: infatti si prevede che con la richiesta presentata ai sensi del co. 5 (richiesta complessa) può essere proposta, subordinatamente al suo rigetto, la richiesta di cui al co. 1 (richiesta semplice) oppure di applicazione della pena ex art. 444 c.p.p. (cd. patteggiamento).

Mediante la sostituzione del co. 4, è stata regolamentata l'evenienza in cui l'imputato chieda il giudizio abbreviato semplice immediatamente dopo aver depositato i risultati delle indagini difensive: in questo caso, l'ordinanza con cui il giudice dispone il giudizio abbreviato non può essere emessa prima che sia decorso il termine massimo di 60 giorni, termine eventualmente richiesto dal p.m. per lo svolgimento di indagini suppletive limitatamente ai temi introdotti dalla difesa.

In tal caso, l'imputato ha la facoltà di revocare la richiesta.

Con il nuovo co. 6 *bis*, la richiesta proposta nell'udienza preliminare determina alcuni effetti sananti:

- sanatoria delle nullità (tranne quelle assolute, v. art. 179 c.p.p.);
- non rilevanza delle inutilizzabilità (salvo quelle che derivano dalla violazione di un divieto probatorio);
- preclusione a rilevare le inutilizzabilità diverse da quelle c.d. patologiche (quindi le inutilizzabilità c.d. fisiologiche e le inutilizzabilità c.d. relative, cioè riferite esclusivamente alla fase dibattimentale);

- sempre per finalità di snellimento del processo, viene altresì preclusa ogni questione relativa alla competenza per territorio del giudice.

L'art. 441 disciplina le **modalità di svolgimento** del giudizio abbreviato: la regola generale è che questo segua la disciplina dell'udienza preliminare. Tuttavia, dato che il processo dev'essere definito allo stato degli atti, è fatto divieto al giudice di assumere d'ufficio ulteriori elementi probatori ed è fatto divieto al pubblico ministero di modificare l'imputazione (co. 1).

Però, quando il giudice ritiene di non poter decidere allo stato degli atti (soprattutto qualora ritenga che gli elementi raccolti dal p.m. siano insufficienti⁶⁶) può **assumere anche d'ufficio elementi necessari ai fini della decisione**, sia in caso di richiesta semplice che in caso di richiesta complessa (art. 441 co. 5 c.p.p.).

Le attività di integrazione probatoria sono quindi date dalle seguenti tre attività:

1. l'imputato che subordina la sua richiesta all'ammissione di una prova,
2. il p.m. che chiede l'assunzione della prova contraria,
3. l'assunzione *ex officio* di una prova qualora il giudice ritenga incompleto il quadro probatorio.

L'art. 442 c.p.p. illustra **come si conclude** il giudizio abbreviato: all'esito della discussione⁶⁷ (v. art. 421), il giudice pronuncia una sentenza di proscioglimento o una sentenza di condanna (che dev'essere notificata all'imputato non comparso).

A questo punto possiamo chiederci quali siano i **vantaggi** per l'imputato nel farsi giudicare unicamente sulla base di elementi raccolti unilateralmente dal p.m. nelle indagini. L'interesse è quello di **ricevere il beneficio premiale**: in caso di condanna, è prevista una diminuzione secca di $\frac{1}{3}$ per i delitti e di $\frac{1}{2}$ per le contravvenzioni; in caso di ergastolo, la pena è diminuita a 25 anni; se il reato prevede la pena dell'ergastolo con isolamento diurno⁶⁸, si passa ad ergastolo senza isolamento, etc.

Questo sconto di pena creava alcune questioni a livello di sensibilità sociale, poi risolte dalla legge n. 93 del 19 aprile 2019. La novità principale della riforma consiste nella previsione del nuovo **co. 1 bis**: "*Non è ammesso il giudizio abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo*" (rimane la diminuzione secca di $\frac{1}{3}$ in caso di sentenza di condanna).

Ulteriore motivo di scelta del rito abbreviato: il p.m. potrebbe non aver svolto indagini complete, la difesa le conosce e le valuta e ritiene che il giudice emetterà una sentenza di proscioglimento.

C'è un altro interesse, quello di abbreviare i tempi del procedimento, arrivare ad una decisione nel minor tempo possibile. Per determinate attività lavorative, un soggetto può venire pregiudicato dalla sola pendenza di un procedimento, ad esempio: vengono meno i requisiti di onorabilità per i membri di CdA.

L'art. 443 c.p.p. prevede delle **limitazioni all'impugnabilità** delle sentenze emesse a seguito di giudizio abbreviato. La *ratio* stessa del giudizio abbreviato, ovvero l'interesse dello Stato ad un rapido svolgersi del processo (in cambio degli ingenti sconti di pena di cui all'art. 442 co. 2) impongono degli stringenti limiti all'appellabilità della sentenza. A seguito dell'intervento della Corte costituzionale, le **sentenze di proscioglimento**, infatti, sono solo **appellabili dal p.m.** ma **non dall'imputato**, ad eccezione delle sentenze di assoluzione per difetto di imputabilità derivante da vizio totale di mente. Quest'ultima, infatti, trattandosi di sentenza che potrebbe comunque comportare l'applicazione di misure di sicurezza ed il riconoscimento di responsabilità in tema di

⁶⁶ Ricordiamo il principio di completezza delle indagini compiute dal p.m., la *ratio* è proprio la possibilità di richiesta di rito abbreviato.

⁶⁷ Ricordiamo che nel giudizio abbreviato vi è solo discussione tra le parti (p.m. e parti private) e non c'è assunzione di prove in dibattimento; il giudice, infatti, in camera di consiglio aprirà il fascicolo delle indagini.

⁶⁸ Ipotesi di concorso di reati e di reato continuato.

risarcimento alle parti danneggiate, postula un accertamento del fatto e la sua riferibilità all'imputato, cosicché è apparso ragionevole l'appellabilità della sentenza in questione anche da parte dell'imputato stesso. Il **p.m.**, a differenza dell'imputato, **non può appellare** le sentenze di **condanna**, salva l'ipotesi di modifica del titolo di reato.

Titolo IV - Giudizio immediato

Il giudizio immediato, che è un rito deflattivo dell'udienza preliminare e anticipatorio del dibattimento, può essere richiesto dall'**imputato** rinunciando all'udienza preliminare o con l'opposizione al decreto penale di condanna o dal **p.m.** In quest'ultimo caso, costituisce atto di esercizio dell'azione penale.

Giudizio immediato richiesto dal p.m.

Caratteristica è la contrazione delle indagini e l'**omissione** della fase dell'**udienza preliminare**. La definizione del processo avviene con celebrazione immediata del dibattimento, in cui si applicano le regole del rito ordinario.

Il p.m. può effettuare richiesta di giudizio immediato al g.i.p., entro 90 giorni dall'iscrizione della notizia di reato, o 180 gg dall'esecuzione della misura della custodia cautelare (c.d. giudizio immediato "custodiale" ex d.l. 92/2008). In particolare, il p.m. (dopo aver svolto le indagini preliminari) deve chiedere il giudizio immediato quando:

- un elemento di indagine rende **evidente** la responsabilità/colpevolezza dell'indagato,
- l'indagato è stato interrogato dal p.m. sui fatti dai quali emerge l'evidenza della prova o è anche solo stato invitato a presentarsi (con indicazione dei fatti) e non è comparso (salvo impedimento o irreperibilità).

Questi presupposti non sono necessari se il giudizio immediato viene richiesto entro 180 giorni dalla disposizione della misura cautelare, poiché, in questo caso, si ritiene sufficiente la valutazione del giudice per integrare il presupposto della "prova evidente" e anche dell'interrogatorio di garanzia (art. 294 c.p.p.).

Per ragioni di economia processuale, il co. 2 dell'art. 453 favorisce la separazione dei processi nei casi in cui esistano altri reati per i quali la prova non appare evidente, tranne quando ciò possa pregiudicare gravemente le indagini. Se, in seguito, il giudice dovesse ritenere indispensabile il cumulo processuale, deve rigettare la richiesta del p.m., facendo prevalere il rito ordinario.

La richiesta viene inviata al **g.i.p.**, il quale decide **entro 5 giorni** in segreto, valutando se ci sono tutti i presupposti per andare direttamente al dibattimento. Il g.i.p. può:

- **disporre il giudizio immediato** con decreto e avvisa l'imputato della facoltà di chiedere il giudizio abbreviato o il patteggiamento (art. 456 co. 2 c.p.p.), tutte le volte che parliamo di un giudizio *ex autoritate*, il codice prevede la facoltà per l'indagato di chiedere la modifica del rito. Se l'imputato non chiede al g.i.p. né il giudizio abbreviato né l'applicazione della pena patteggiata (o la relativa richiesta è ritenuta non ammissibile), si procede con il dibattimento, altrimenti il g.i.p. fissa l'udienza;
- **respingere** la richiesta perché sono carenti i requisiti, o, nell'ipotesi di giudizio immediato "custodiale", è sopravvenuta la insussistenza dei gravi indizi (art. 455, co. 1 *bis* c.p.p.). A questo punto il p.m. procederà con rito ordinario e andremo a dibattimento.

Giudizio immediato richiesto dall'imputato

In questo caso, l'impulso è dell'imputato. A norma dell'art. **419 co. 5** c.p.p., l'imputato può rinunciare all'udienza preliminare e richiedere giudizio immediato con dichiarazione presentata in cancelleria del g.i.p. **almeno 3 giorni prima** della data dell'udienza preliminare. Quale potrebbe

essere l'interesse dell'imputato, in questo caso? Non è previsto uno sconto di pena. L'imputato potrebbe richiedere il giudizio immediato quando ritiene che gli elementi in mano al p.m. porterebbero comunque a un rinvio a giudizio a seguito dell'udienza preliminare, con il giudizio immediato si accorciano i tempi processuali. Ulteriore vantaggio è quello di avere un provvedimento definitivo (cioè una sentenza di assoluzione emessa a seguito del giudizio), la sentenza di non luogo a procedere emessa a seguito di udienza preliminare, invece, non passa in giudicato e può essere revocata.

Inoltre, il giudizio immediato può essere disposto anche su impulso del giudice stesso, come prevede l'art. 464 co. 1, a seguito di opposizione dell'imputato a decreto penale di condanna, salvo altri riti.

Titolo III - Giudizio direttissimo

Articolato in una gamma diversificata di ipotesi, molte delle quali contemplate in leggi speciali, il rito direttissimo ha carattere **acceleratorio, deflativo** dell'**udienza preliminare**, muove da una **fase investigativa** temporalmente **contratta** e fa perno su una definizione del processo con **celebrazione immediata del dibattimento, in ragione della particolare evidenza della prova**. Pertanto, può ben dirsi che la relativa disciplina assicuri la ragionevole durata del processo, in linea con le prescrizioni della Costituzione (art. 111 co. 2 Cost.) e delle fonti sovranazionali (art. 6 co. 1 Cedu).

Si instaura solo in casi particolari, art. **449** c.p.p.:

- arresto in flagranza convalidato (co. 3). Se l'arresto non è convalidato, è necessario il consenso dell'imputato e del p.m. per procedere a giudizio direttissimo (co. 2),
- confessione dell'imputato nell'interrogatorio (co. 5)

purché, in caso di connessione con altri reati, la separazione non pregiudichi gravemente le indagini: se è indispensabile la riunione prevale il rito ordinario.

Il **co. 1** disciplina l'ipotesi "tradizionale" del rito, che presuppone l'arresto nella flagranza, o "quasi flagranza", del reato. Trattasi di misura precautelare eseguita di propria iniziativa da ufficiali o agenti di p.g., della quale, di regola, va richiesta la convalida al g.i.p. In tal caso, il **p.m.**, ove ritenga di dover procedere, può, in deroga al percorso ordinario, **presentare** direttamente l'**arrestato in vinculis al cospetto del giudice del dibattimento**, per la convalida e il contestuale giudizio direttissimo, entro il termine perentorio di **quarantotto ore dall'arresto**, alla cui inosservanza si connette la perdita di efficacia della misura. Per costituire valido titolo ai fini del giudizio direttissimo, l'arresto deve essere convalidato. Può tuttavia procedersi al giudizio direttissimo, nonostante la mancata convalida, se l'imputato e il p.m. vi **consentono**. In caso di mancata convalida e in difetto di accordo alla celebrazione del rito direttissimo, il giudice restituisce gli atti al p.m., affinché il procedimento riprenda il suo corso ordinario, dalla fase delle indagini preliminari.

Un terzo itinerario, descritto dal **co. 4**, muove dalla scelta del p.m., nel caso di arresto in flagranza di reato, di richiedere, nelle successive quarantotto ore, la **convalida** al g.i.p., ai sensi dell'art. 390 co. 1. A differenza del primo percorso, che implica ampio margine di discrezionalità dell'agire, in tal caso, a fronte della convalida di arresto, il p.m. - sciolta l'alternativa tra richiesta di archiviazione ed esercizio dell'azione penale a favore della seconda opzione - è tenuto a promuovere il giudizio direttissimo, mediante presentazione dell'imputato all'udienza dibattimentale nel termine di **trenta giorni** dall'arresto.

Poiché si tratta sempre di un **procedimento ex autoritate**, l'imputato può chiedere che si proceda con un altro rito. Il presidente, infatti, deve avvisare l'imputato della facoltà di chiedere il giudizio abbreviato o il patteggiamento.

I testimoni possono essere citati oralmente o possono essere presentati direttamente dalle parti (art. 451 c.p.p.).

Titolo V - Procedimento per decreto

Inquadrabile tra i riti speciali di tipo premiale, il procedimento per decreto ne enfatizza l'effetto deflattivo, sfociando in una decisione sul merito dell'imputazione all'esito delle indagini preliminari: in tal modo, la sequenza ordinaria subisce una radicale amputazione, che coinvolge le fasi dell'udienza preliminare e del giudizio.

L'art. 459 c.p.p. stabilisce i **casi**: reati perseguibili d'ufficio o a querela (presentata senza opposizione del querelante al rito) per i quali il p.m. ritiene possa essere applicata solo la pena pecuniaria (anche in sostituzione della pena detentiva, dunque, entro i 6 mesi), esclusi i casi in cui risulta la necessità di misura di sicurezza personale.

Le **caratteristiche** del procedimento per decreto sono le seguenti: definizione del processo a **contraddittorio eventuale e differito** (procedimento "monitorio"), ad **impulso autoritativo**:

- condanna senza udienza preliminare e dibattimento, pronunciata dal g.i.p. su richiesta del p.m. (entro il termine di sei mesi dall'iscrizione della notizia di reato), con applicazione di benefici premiali (disincentivo all'opposizione),
- accertamento analogo a quello del patteggiamento (accertamento negativo della punibilità ex 129 c.p.p.),
- il giudizio è attivabile **ad impulso del condannato** (opposizione).

La Riforma Orlando è intervenuta sul procedimento per decreto: oltre allo sconto della pena, vi sono altri incentivi affinché l'imputato accetti il decreto penale: l'esonero dalle spese di procedimento, la non citazione della condanna sul certificato a richiesta del casellario e, come per il patteggiamento, l'estinzione del reato se nel termine di 5 anni (in caso di delitto) o 2 anni (contravvenzione) il condannato non commette rispettivamente altro delitto o altra contravvenzione della stessa indole. Inoltre, il decreto penale non ha efficacia di giudicato nel processo civile o amministrativo (art. 460 co. 5 c.p.p.).

Opposizione al decreto penale di condanna

Data l'assenza di previo contraddittorio, se la notifica è stata possibile perché l'imputato o il civilmente obbligato per la pena pecuniaria sono reperibili, essi possono proporre opposizione **entro 15 giorni** dalla notificazione del decreto, a pena di inammissibilità, e tale opposizione deve essere depositata presso la cancelleria del g.i.p. che ha emesso il decreto oppure nella cancelleria del tribunale o del giudice di pace del luogo in cui si trova l'opponente (art. 461 c.p.p.).

L'effetto dell'opposizione è duplice: sospendere l'esecuzione della condanna e imporre che l'accertamento del fatto avvenga in forme diverse da quelle del procedimento per decreto.

Se l'opposizione viene **accolta**, il giudice revoca il decreto penale di condanna e se l'imputato non ha indicato alcuna preferenza in ordine al rito, si instaura il **giudizio immediato** (di ufficio), dunque, si va direttamente a dibattimento.

L'opposizione è definibile come un **mezzo di impugnazione particolare**:

- viene infatti proposto davanti allo stesso giudice, che però non è vincolato dal divieto di *reformatio in peius*: il condannato (o il civilmente obbligato) rischia quindi di subire una condanna peggiore di quella contenuta nel decreto;
- ex art. 463 c.p.p., l'effetto sospensivo è esteso anche nei confronti dei coimputati (ex art. 110 c.p.) che non propongono opposizione: se solo alcuni si oppongono e l'opposizione viene accolta, l'effetto sospensivo si estende nei confronti di tutti, anche degli imputati che non si sono opposti, fino a quando il giudizio conseguente all'opposizione non sia definito con pronuncia irrevocabile (al fine di evitare giudicati contrastanti);
- ex art. 464 co. 5 c.p.p., la sentenza di proscioglimento (pronunciata perché il fatto non sussiste o non è previsto come reato, o perché commesso in presenza di una causa di giustificazione)

estende i suoi effetti anche nei confronti dei coimputati dello stesso reato che non hanno proposto opposizione, la *ratio* è sempre quella di voler evitare un conflitto tra giudicati;

- non è previsto l'effetto devolutivo (che è invece tipico dei mezzi di impugnazione): il processo prosegue davanti al giudice di primo grado.

LIBRO IX - IMPUGNAZIONI

Nel linguaggio corrente, l'impugnazione viene designata anche con il termine "gravame". Le impugnazioni possono essere definite nel seguente modo: rimedi giuridici a disposizioni delle parti volti a rimuovere gli svantaggi derivanti da una decisione del giudice penale, sul presupposto della sua erroneità. Le impugnazioni si usano distinguere in:

- **ordinarie**: contro un provvedimento **non ancora** divenuto **irrevocabile** (poiché non sono ancora stati espressi tutti i mezzi di impugnazione oppure non sono spirati i termini previsti per la proposizione delle impugnazioni). Come appena detto, dunque, devono essere proposte entro un **termine perentorio** decorrente dall'emanazione o meglio dalla conoscibilità del provvedimento;
- **straordinarie** (non le affronteremo): contro un provvedimento divenuto **irrevocabile**, la loro proposizione può anche non essere sottoposta a un termine. Queste rispondono a un altro tipo di esigenza, la *ratio* è un'esigenza di **giustizia sostanziale**: anche se raggiunta la verità giudiziale, è sempre possibile l'errore umano. È possibile riaprire e rimettere in discussione il giudicato in *favor rei*, per risolvere un errore giudiziario.

Il quadro costituzionale

- **art. 27 co. 2 Cost.**: la **presunzione di non colpevolezza** viene meno solo quando la sentenza è "definitiva" cioè irrevocabile, passata in giudicato. Esige che l'impugnazione abbia **effetto sospensivo** dell'esecuzione. È importante notare che la norma non impone il doppio grado di giurisdizione di merito (confermato dal co. 7 art. 111 Cost., che prevede solamente il ricorso per Cassazione),
- **art. 24 co. 2 Cost.**: **diritto di difesa** in ogni stato e grado del giudizio,
- **art. 111 co. 2 Cost.**: principio di **parità delle armi**, esige che alle parti siano dati analoghi strumenti di controllo delle decisioni sfavorevoli [COST 26/2007],
- **art. 111 co. 7 Cost.**: il **ricorso in cassazione** per violazione di legge è sempre ammesso contro le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali,
- **art. 112 Cost.**: **obbligatorietà dell'azione penale** in capo al p.m. La Corte costituzionale 280/1995 ha chiarito che questo non obbliga il p.m. a continuare ad esercitare l'azione penale anche nel giudizio di II grado e di III grado. Questo significa che il p.m., che ha esercitato l'azione penale in I grado, non è obbligato a proporre impugnazione.

Titolo I - Disposizioni generali

Il libro IX si apre con una norma molto importante, l'art. 568 c.p.p., **Regole generali**. Questa stabilisce innanzitutto il **principio di tassatività** (e, di conseguenza, divieto di analogia) che regola la materia delle impugnazioni ordinarie, infatti, il **co. 1** dispone quanto segue: "**La legge stabilisce i casi nei quali i provvedimenti del giudice sono soggetti a impugnazione e determina il mezzo con cui possono essere impugnati.**", fuori da questi casi tassativi, l'impugnazione sarà inammissibile.

Per poter impugnare è necessaria la **legittimazione**, **co. 3**: *“Il diritto di impugnazione spetta soltanto a colui al quale la legge espressamente lo conferisce. Se la legge non distingue tra le diverse parti, tale diritto spetta a ciascuna di esse.”*

- procuratore della Repubblica - procuratore generale - P.M.	presso il giudice <i>a quo</i> che ha presentato le conclusioni (570). Il rappresentante del p.m. che ha presentato le conclusioni può chiedere con l'atto di appello di partecipare al secondo grado come sostituto del procuratore generale presso la Corte d'appello.
imputato	personalmente o a mezzo di procuratore speciale, tutore, curatore speciale
difensore dell'imputato	nominato al momento della pronuncia o <i>ad hoc</i> (salvo potere dell'imputato di togliere effetto alla dichiarazione) (571)
- parte civile - querelante	solo sulla questione civile (576) (su quella penale: richiesta motivata al p.m., anche della persona offesa e degli enti: 572)
- responsabile civile - civilmente obbligato	contro la decisione penale e le disposizioni civili (575)

Inoltre, *“per proporre impugnazione è necessario avervi interesse.”* (**co. 4**), ad esempio: l'imputato che è stato assolto o proscioltto in I grado non ha interesse ad impugnare, oppure il p.m. non ha interesse ad impugnare in caso di condanna in I grado dell'imputato.

L'art. 581 c.p.p. prevede poi dei **requisiti di forma** dell'impugnazione:

*“1. L'impugnazione si propone con **atto scritto** nel quale sono indicati il provvedimento impugnato, la data del medesimo, il giudice che lo ha emesso, con l'enunciazione specifica, a pena di inammissibilità:*

*a) dei **capi** o dei **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.”

Con **capo della sentenza**, si intende quella parte di pronuncia idonea ad avere il contenuto di una sentenza e, quindi, riferibile ad un singolo imputato e a una singola imputazione, esempio: in una sentenza vi sono tanti capi quante sono le imputazioni contestate all'imputato oppure tanti capi quanti sono gli imputati. Con **punti della sentenza** di intendono le parti della pronuncia relative alle singole questioni risolte per giungere alla decisione, esempio: fatto, titolo di reato, elemento psicologico, scriminanti, circostanze, etc.

I termini dell'impugnazione

Termine	Atti impugnati
15 giorni	provvedimenti in camera di consiglio e deliberazione con motivazione contestuale
30 giorni	deliberazione con deposito motivazione entro 15 giorni
45 giorni	deliberazione con deposito motivazione oltre 15 giorni

Il termine, a pena di decadenza, è decorrente:

- a) dalla notifica o comunicazione del provvedimento in camera di consiglio,
- b) dalla lettura del provvedimento in udienza,
- c) dalla scadenza del termine fissato dalla legge o dal giudice,
- d) dalla comunicazione o notifica dell'avviso di deposito, per il contumace e per il procuratore generale.

La proposizione di un mezzo di impugnazione produce diversi **effetti**: effetto devolutivo, effetto sospensivo (l'esecuzione della pena è sospesa fino a passaggio in giudicato) ed effetto estensivo: l'impugnazione di un imputato può avere effetti positivi a coimputati che non hanno impugnato, nei modi che vedremo. Vediamo singolarmente gli effetti della proposizione del mezzo di impugnazione:

Effetto sospensivo

L'impugnazione sospende l'esecuzione del provvedimento impugnato, fino all'esito del giudizio di impugnazione (art. **588 co. 1** c.p.p.), ad eccezione delle (i) impugnazioni contro i provvedimenti in materia di libertà personale, che non hanno in alcun caso effetto sospensivo (**co. 2**), ad esempio: le misure cautelari. La *ratio* è che in questi casi l'esigenza cautelare non viene meno anche quando si propone impugnazione; (ii) in altri casi specificati dalla legge.

Effetto devolutivo

In conseguenza dell'impugnazione, la cognizione del processo è devoluta a un **giudice di grado superiore**. Ci sono mezzi di impugnazione devolutivi e mezzi di impugnazione non devolutivi. Abbiamo già parlato di un mezzo di impugnazione totalmente devolutivo: il riesame delle misure cautelari. Quando parliamo di appello e ricorso per cassazione, parliamo di mezzi di impugnazione devolutivi: non vi è una devoluzione piena, ma solo le parti della sentenza rimesse in discussione con i relativi **motivi**: le indicazioni delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono le richieste, l'unicità dell'atto di impugnazione non esclude però la possibile presentazione di motivi nuovi. Il codice prevede anche dei mezzi di impugnazione non devolutivi: l'opposizione a decreto penale, la revoca della sentenza di non luogo a procedere, etc.

Effetto estensivo

Questo consiste nella possibilità che gli effetti, i benefici conseguiti tramite l'impugnazione possano essere estesi anche a soggetti che non hanno impugnato il provvedimento e per i quali, quindi, la sentenza può passare in giudicato. Questo effetto, naturalmente sempre solo in *favor rei*, è stato pensato per evitare il contrasto tra giudicati.

Nel caso di **concorso di più persone** in uno stesso reato, l'impugnazione proposta da uno degli imputati giova anche agli altri concorrenti nel reato non impugnanti (o la cui impugnazione sia stata dichiarata inammissibile) giudicati nel medesimo procedimento, purché sia fondata **su motivi non esclusivamente personali** (art. **587 co. 1** c.p.p.), ad esempio: l'incapacità di intendere e di volere al momento del fatto è un motivo esclusivamente personale. Diversamente, nel caso di condanna per omicidio, un motivo d'appello nel quale si sostenga l'insussistenza del fatto adducendo la morte naturale del soggetto passivo del reato, estende l'effetto ai concorrenti.

È previsto effetto estensivo anche nel caso di **riunione dei procedimenti per reati diversi**, l'impugnazione proposta da un imputato giova a tutti gli altri imputati soltanto **se i motivi riguardano violazione di legge processuale e non siano esclusivamente personali**, cioè che tale violazione non abbia interessato esclusivamente l'impugnante (art. **587 co. 2** c.p.p.), non soltanto nell'ipotesi di procedimenti connessi ex art. 12 bensì in tutti i casi di riunione previsti nell'art. 17. È richiesta una violazione di legge processuale dal momento che la violazione di legge sostanziale,

trattandosi di capi della sentenza concernenti reati diversi, non potrà non essere esclusivamente personale.

Si ha effetto estensivo anche nel caso di impugnazione proposta dall'imputato la quale "giova anche al **responsabile civile e alla persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria**" (art. 587 co. 3 c.p.p.). L'impugnazione proposta da costoro giova all'imputato solo se non sia fondata su motivi esclusivamente personali. La necessità del carattere non personale dei motivi presentati dall'imputato è in *re ipsa* presupposto che l'estensione si verificherà se l'imputato sostenga nei motivi di impugnazione l'insussistenza del fatto o la non commissione del fatto in quanto solo l'accoglimento di questo motivo potrebbe escludere la responsabilità pure del responsabile civile e della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria.

Inammissibilità del mezzo

L'inammissibilità del mezzo è dichiarata, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento, dal giudice *ad quem*, con **ordinanza** pronunciata *de plano* in camera di consiglio, senza le formalità ex art. 127 c.p.p. e **ricorribile per cassazione** (per violazione di legge). Innanzitutto, dunque, l'impugnazione deve essere **ammissibile**, ossia quando è stata proposta nell'osservanza delle disposizioni che, a pena di inammissibilità, ne disciplinano la proposizione per quanto concerne il soggetto, l'oggetto, l'interesse, la forma, il tempo e il luogo di presentazione (altrimenti: dichiarata inammissibile). Una volta dichiarata ammissibile, il giudice verifica che sia anche **fondata**: quando la richiesta che l'impugnazione propone al giudice dell'impugnazione, e i motivi su cui essa si basa, trovano conferma nelle risultanze di diritto e di fatto del processo. La fondatezza dell'impugnazione determina, a seconda dei casi, l'annullamento, la riforma o la revoca del provvedimento impugnato. L'impugnazione sarà giudicata inammissibile nei seguenti casi:

- è proposta da chi non è legittimato o non ha interesse,
- il provvedimento non è impugnabile,
- non sono osservate le disposizioni su: forma del mezzo (scritta, con enunciazione di capi, punti, richieste, motivi (581), presentazione (582), spedizione (583); termini (585),
- vi è rinuncia al mezzo.

Titolo II - Appello

Si tratta di un mezzo di impugnazione **ordinario** mediante il quale le parti che vi abbiano interesse e ritengano viziata, per **motivi di fatto o di diritto**, la decisione del giudice di I grado, chiedono, con riferimento a uno o più capi e punti del procedimento, una decisione del giudice di II grado. L'appello ha struttura ibrida perché, pur riconnettendosi al modello del gravame, si caratterizza in senso parzialmente devolutivo e attribuisce, infatti, alla cognizione del giudice di II grado solo i punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti.

Soggetti legittimati all'appello

imputato	• 571 c. 1: personalmente o per mezzo di proc. speciale • 571 c. 2: tutore e curatore speciale
difensore dell'imputato	nel procedimento o nominato ad hoc (571 c. 3), con possibilità per l'imputato di togliere effetto all'imputato del difensore (571 c. 4)
pubblico ministero	• P.R. trib. e P.G. C. app. (570 c.1) • p.m. che ha presentato le conclusioni (570 c. 2), che può chiedere al P.G. di partecipare al successivo giudizio (570 c. 3)
• responsabile civile • civilmente obbligato per la pena pecuniaria	con il mezzo attribuito all'imputato (575): contro le disposizioni della sentenza che riguardano la responsabilità dell'imputato

parte civile	contro i capi della sentenza di condanna che riguardano l'az. civile e, ai soli effetti della responsabilità civile, contro la sentenza di proscioglimento
--------------	--

La cognizione del giudice di appello

L'appello è un mezzo di impugnazione **parzialmente devolutivo** e per questo la cornice di quanto conosce il giudice dell'appello (rispetto al giudizio di primo grado) è costituita da **capi e punti** della sentenza impugnati rispetto ai motivi per i quali si propone l'appello (art. 597 co. 1 c.p.p.). A differenza dei capi, i **punti della sentenza**, secondo la giurisprudenza, dai "presupposti della pronuncia finale su ogni reato, quali l'accertamento del fatto, l'attribuzione di esso all'imputato, la qualificazione giuridica, l'inesistenza di cause di giustificazione, la colpevolezza, e - nel caso di condanna - l'accertamento delle circostanze aggravanti ed attenuanti e la relativa comparazione, la determinazione della pena, la sospensione condizionale di essa" (Cass., SU, 17.10.2006, Michaeler). La stessa giurisprudenza estende la cognizione del giudice di appello anche ai punti "**strettamente connessi**" con quelli specificamente indicati nei motivi.

Il giudizio di appello è un giudizio di controllo e verifica che il giudice d'appello fa nei confronti del giudice di primo grado. L'appello ha la finalità di verificare se il giudice di primo grado ha operato in maniera corretta e quindi se alla fine è necessario modificare la sentenza oppure confermarla.

Si sancisce così il principio dispositivo: questo consiste nella impossibilità di operare un controllo sugli altri punti del provvedimento impugnato che non sono stati indicati nell'atto di impugnazione. Il giudice superiore nulla può conoscere dei capi e dei punti che non sono stati impugnati nel precedente processo, salvo le deroghe espressamente stabilite dal legislatore.

Il principio della parziale devoluzione previsto dal co. 1 (principio del *tantum devolutum quantum appellatum*) è **derogato**, in primo luogo, dal potere del giudice di appello di decidere le **questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo** (e che quindi il giudice superiore può conoscere anche se non sono indicate nell'atto di appello): difetto di giurisdizione (20 co. 1), incompetenza per materia in difetto (21 co. 1), declaratoria di determinate cause di non punibilità (129), nullità assolute (179), inutilizzabilità (191 co. 2), divieto di secondo giudizio (649 co. 2).

Inoltre, ex art. 597 co. 5 c.p.p., il giudice d'appello può applicare anche di ufficio con la sentenza:

- la sospensione condizionale della pena,
- la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale,
- l'applicazione di una o più circostanze attenuanti,
- la comparazione delle circostanze: il giudizio di equivalenza fra le attenuanti e le aggravanti. Se il giudice di I grado ha sbagliato, anche se non sono state indicate nell'atto di impugnazione, può rilevarle e decidere su queste.

Ulteriore principio fondamentale è il divieto di *reformatio in pejus*: se a impugnare la sentenza è solo l'imputato, il giudice d'appello può solamente confermare la sentenza di primo grado oppure riformarla **unicamente in senso migliorativo**. Questo principio garantisce all'imputato che non potrà avere un risultato peggiore rispetto a quello raggiunto in primo grado perché il giudice d'appello non può riformare *in pejus* la decisione impugnata. Tuttavia, tale divieto opera solo se è l'imputato ad appellare. Se è il p.m. che impugna la sentenza di primo grado, il divieto viene meno (art. 597 co. 2 lett. a c.p.p.).

Quando è il **p.m.** a proporre appello (art. 597 co. 2), il giudice di secondo grado:

- a) se l'appello riguarda una sentenza di **condanna**, può dare al fatto una definizione giuridica più grave, può mutare la specie o aumentare la quantità della pena, può revocare i benefici e applicare misure di sicurezza; ma può prosciogliere d'ufficio (129);
- b) se l'appello riguarda una sentenza di **proscioglimento**, può pronunciare condanna ed emettere i provvedimenti di cui alla lett. a), oppure prosciogliere per una causa diversa da quella enunciata nella sentenza appellata;

- c) può confermare la sentenza di primo grado e applicare, modificare o escludere le pene accessorie e le misure di sicurezza.

Quando l'appellante è l'**imputato** (art. 597 **co. 3**), il giudice d'appello:

- se è appellata una sentenza di condanna, non può irrogare una pena più grave per specie o quantità, applicare una misura di sicurezza nuova o più grave. Può dare al fatto una definizione giuridica più grave, purché non venga superata la competenza del giudice di primo grado. Inoltre, può anche di ufficio applicare la sospensione condizionale della pena, la non menzione della condanna e una o più circostanze attenuanti (art. 597 **co. 5**);
- se è appellata una sentenza di proscioglimento, non può prosciogliere l'imputato per una causa meno favorevole di quella enunciata nella sentenza appellata né revocare benefici;
- può confermare la sentenza di primo grado.

L'appello incidentale

Nel codice Rocco era previsto solo per il p.m., al dichiarato scopo di scoraggiare l'appello dell'imputato, consentendo la *reformatio in pejus* (garanzia mal sopportata dal legislatore del 1930), era autonomo rispetto all'appello principale (poteva essere proposto anche su punti diversi) e restava "in vita" anche in caso di rinuncia o inammissibilità dell'appello dell'imputato.

A seguito di una censura della Corte cost., l'appello incidentale era stato espunto dal codice a seguito di declaratoria di incostituzionalità nel 1971:

- atteggiamento contraddittorio del p.m. che appella incidentalmente dopo l'acquiescenza: se coltivare l'azione con l'impugnazione è doveroso, una volta riscontrata l'assenza delle condizioni per impugnare, il p.m. non può appellare solo per "ostacolare" l'azione difensiva dell'imputato appellante,
- violazione del canone dell'obbligatorietà dell'azione penale,
- istituto lesivo del principio di parità delle parti e del diritto di difesa.

È stato reintrodotta nel codice Vassalli del 1988, allargata a tutte le parti, senza la previsione dell'autonomia rispetto all'appello principale. In particolare, l'appello incidentale è previsto dall'art. **595 c.p.p.**:

"1. L'imputato che non ha proposto impugnazione può proporre *appello incidentale entro quindici giorni da quello in cui ha ricevuto la comunicazione o la notificazione previste dall'articolo 584.*

2. L'appello incidentale è proposto, presentato e notificato a norma degli articoli 581, 582, 583 e 584.

3. 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.

4. L'appello incidentale perde efficacia in caso di inammissibilità dell'appello principale o di rinuncia allo stesso."

Con una pronuncia della Corte cost. del 1995, l'istituto è stato giudicato costituzionalmente legittimo. Secondo la sentenza COST. 280/1995 l'obbligo ex art. 112 Cost. non si estende alle impugnazioni, l'obbligatorietà dell'azione penale si riferisce unicamente al momento iniziale e non anche alla prosecuzione dell'azione.

L'appello incidentale **prima del d.lgs. n. 11 del 2018**: nonostante le modifiche, l'istituto rimaneva un appello tardivo utile solo al p.m. per scopi ritorsivi. Il *revirement* della Corte non convince in quanto basato su argomenti discutibili: è innanzitutto illogico ritenere che l'obbligatorietà dell'azione penale valga solo con riferimento al momento iniziale dell'esercizio dell'azione penale e non con riferimento alla prosecuzione dell'esercizio stesso. È poi irragionevole ritenere che un p.m. abbia, per esempio, l'obbligo di esercitare l'azione penale per un peculato di una modesta somma

di denaro mentre, qualora dopo il giudizio di primo grado sopravvenga una nuova prova che appaia decisiva, dovrebbe escludersi l'obbligo di impugnare una sentenza di assoluzione da un'imputazione per omicidio pronunciata ex 530 co. 2 per insufficienza della prova.

L'appello incidentale **dopo il d.lgs. n. 11 del 2018** è stato previsto **solo** per l'**imputato**. L'abolizione dell'appello incidentale del p.m. rafforza, a livello sistematico, il divieto della *reformatio in peius* e il collegamento fra l'azione penale e l'appello concepito come dovere dell'organo di accusa, operante se e ricorrano i presupposti.

L'appello incidentale deve essere proposto entro 15 giorni dalla notifica dell'avvenuto appello principale da parte del p.m. (art. **595 co. 1** c.p.p.)

Inoltre, adesso l'appello incidentale dipende da quello principale perché essendo limitato agli stessi punti impugnati dal p.m. (ma per motivi diversi), se viene meno, in caso di rinuncia o inammissibilità, l'appello principale, perde efficacia anche l'appello incidentale (art. **595 co. 4** c.p.p.), in altre parole, l'appello incidentale "subisce le sorti" di quello principale.

La riforma Orlando (legge n. 103 del 2017) ha introdotto anche il **concordato sui motivi d'appello** con cui si consente alle parti di concludere un accordo sull'accoglimento, in tutto o in parte, dei motivi d'appello da sottoporre al giudice, il quale deciderà in camera di consiglio.

Se l'accordo comporta una rideterminazione della pena, anche tale pena dovrà essere concordata tra le parti (p.m., imputato e persona civilmente obbligata) e sottoposta al giudice (sorta di patteggiamento in appello).

La decisione su questo accordo viene presa dal giudice d'appello in camera di consiglio e, se accoglie il concordato, il giudizio d'appello si svolgerà soltanto sui motivi che sono rimasti. Se l'accordo riguarda tutti i motivi, il giudice rideterminerà soltanto la pena.

Se, invece, non accoglie il concordato, pronuncia decreto di citazione e fissa l'udienza in dibattimento. La richiesta e la rinuncia perdono di efficacia ma potranno essere riproposte in dibattimento.

Il concordato non può applicarsi ai delitti di cui all'art. 51 co. 3 *bis* e 3 *quater*, ai reati di violenza sessuale anche nei confronti dei minori e ai delitti commessi da chi è stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per decadenza.

Il procedimento d'appello

In base alle disposizioni generali in tema di impugnazioni, l'appello si propone presso il giudice che ha pronunciato il provvedimento impugnato (**giudice a quo**) la cui cancelleria deve comunicare l'atto di impugnazione al p.m. e notificarlo alle parti private (art. 584 c.p.p.)

È a questo punto che l'imputato può proporre appello incidentale entro 15 giorni dalla notificazione, ex art. 595 c.p.p.

La domanda di impugnazione, insieme al provvedimento impugnato e agli atti del procedimento devoluti al giudice d'appello (**giudice ad quem**), viene trasmessa a quest'ultimo che dovrà anzitutto verificare l'ammissibilità dell'appello. Qualora fosse ritenuto inammissibile, il giudice emana l'ordinanza di inammissibilità e dispone l'esecuzione del provvedimento impugnato (art. **591 co. 2** c.p.p.).

Se, invece, l'appello è ammissibile, il giudice pronuncia il decreto di citazione e fissa l'udienza.

Dal momento che l'appello è un giudizio di controllo e di verifica dell'operato del giudice inferiore, ma anche un giudizio cartolare (perché la verifica si fa sugli atti compiuti nel giudizio del primo grado), il dibattimento del gravame non sarà come quello in primo grado: la formazione delle prove è infatti solo eccezionale.

Infatti, ex art. **603** c.p.p., la rinnovazione del dibattimento può essere disposta:

- **su richiesta di parte:** il giudice d'appello, se non è in grado di decidere allo stato degli atti, ha la facoltà di disporre la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, avente ad oggetto la *"riassunzione di prove già acquisite nel dibattimento di primo grado o l'assunzione di nuove prove"*, di cui comunque si aveva conoscenza già in primo grado ma che le parti non avevano richiesto (**co. 1**) Per quanto concerne invece le nuove prove (sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado), il giudice ha l'obbligo di acquisirle e l'unico limite che incontra è quello degli artt. 190 e 190 *bis*.
- **d'ufficio:** è consentita a patto che il giudice stesso la ritenga *"assolutamente necessaria"* (**co. 3**) (locuzione il cui significato in realtà non si discosta molto da quello di "non poter decidere allo stato degli atti" di cui al co. 1).

L'art. **604** c.p.p. prevede la possibilità per il giudice di dichiarare la nullità della sentenza qualora quest'ultima sia affetta da nullità.

Il nuovo **co. 3 bis** dell'art. 603 c.p.p. introdotto dalla riforma Orlando prevede la rinnovazione *ex officio* (a seguito di rimproveri della Corte di Strasburgo): nel caso di appello del p.m. contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice d'appello non può riformare la sentenza in questione senza prima disporre il rinnovo dell'istruttoria dibattimentale⁶⁹.

Le Sezioni Unite (**S.U. n. 27620 del 2016**) hanno poi cristallizzato questo principio: il giudice d'appello, qualora ritenga di riformare nel senso dell'affermazione di responsabilità dell'imputato la sentenza di proscioglimento di primo grado (dunque, pronuncia una sentenza di condanna) sulla base di una diversa valutazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva dal primo giudice, deve **disporre la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale** mediante l'esame dei soggetti che hanno reso le relative dichiarazioni.

Possibili questioni di legittimità costituzionale:

- se la rinnovazione diventa obbligatoria solo nel caso di appello del p.m., quid iuris nel caso di appello dell'imputato?
- a rigore, la concessione della rinnovazione resterebbe disciplinata in base alla clausola della "non decidibilità allo stato degli atti", con una disparità delle armi che la Corte costituzionale è probabilmente destinata a censurare,
- la diversa disciplina potrebbe giustificarsi in relazione alla circostanza che l'appello del p.m. può produrre per l'imputato conseguenze molto più sfavorevoli rispetto a quello che può determinare l'appello proposto da quest'ultimo e quindi il legislatore è intervenuto regolamentando in modo diverso situazioni non identiche.

La decisione del giudice d'appello

L'art. **605** c.p.p. sancisce che: *"Fuori dai casi previsti dall'art. 604 c.p.p., il giudice di appello pronuncia sentenza con la quale conferma o riforma la sentenza appellata."* Il co. 1 delinea le tipologie di pronunce terminative del giudizio di appello:

- **conferma;**
- **riforma:** divieto di *reformatio in pejus* in caso di appello del solo imputato (e quando il p.m. non appella neppure in via incidentale).
- A queste si aggiunge l'**annullamento**, soltanto nei casi **tassativamente** previsti dall'art. **604** c.p.p. in ossequio al principio di conservazione degli atti e di economia processuale.

In particolare, a seguito di annullamento, il procedimento può regredire al momento in cui è stato compiuto l'atto caratterizzato da nullità, oppure, nei casi più gravi, gli atti vengono trasmessi al p.m.

⁶⁹ Come fa il giudice di secondo grado a ribaltare una sentenza di proscioglimento in una sentenza di condanna dopo aver soltanto letto le carte e senza aver visto i testimoni che ha sentito il giudice di primo grado?

affinché proceda dall'inizio. Nella conferma o nella riforma, c'è sempre la possibilità di definizione giuridica più grave, nel limite della competenza del giudice di primo grado. Inoltre, permane l'obbligo di motivazione perché permette poi di rivolgersi alla cassazione.

Titolo III - Ricorso per cassazione

La corte di Cassazione svolge un controllo di legittimità come strumento per garantire la corretta ed uniforme applicazione della legge, per salvaguardare i valori della certezza del diritto e dell'uguaglianza di trattamento, la sua è quindi una **funzione nomofilattica** e questo lo desumiamo soprattutto dalle seguenti norme:

- art. **65 ord. giud.**: la Corte di Cassazione deve assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni;
- art. **111 co. 7 Cost.**: il ricorso in cassazione per violazione di legge è sempre ammesso contro le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali.

Differenze tra appello e ricorso per cassazione

Appello	Ricorso per cassazione
È un gravame nel senso che il giudice di appello ha la medesima ampiezza dei poteri decisorii che caratterizza il giudice di primo grado	È un' azione di annullamento della sent. impugnata nei limiti dei motivi di diritto tassativamente previsti dalla legge (art. 606)
È un gravame limitatamente devolutivo : la cognizione del giudice di appello è limitata ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti (597 co. 1)	Il ricorso attribuisce alla corte di cassazione la cognizione del procedimento limitatamente ai motivi proposti (609 co. 1). I motivi devono essere stati già presentati in appello.
Il giudice di appello valuta la credibilità della fonte e la attendibilità dell'elemento di prova	La cassazione valuta la mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione (606 co. 1).
Il giudice di appello, di regola, pronuncia sentenza con la quale conferma o riforma la sent. appellata (605). Soltanto in limitati casi eccezionali il giudice di appello annulla la sentenza appellata (604)	La corte di cassazione rigetta il ricorso o annulla la sent. impugnata senza rinvio o con rinvio al giudice che l'ha emessa (615 co. 2).

I motivi del ricorso per cassazione

La disposizione dà attuazione all'art. 111 co. 7 Cost., poiché specifica, da un alto, le sentenze impugnabili e, dall'altro, la nozione di "violazione di legge". I motivi elencati dall'art. **606 c.p.p.** sono tassativi e, per questo, se presentiamo ricorso per un motivo non previsto dalla norma in esame, esso sarà dichiarato inammissibile. I motivi di ricorso sono i seguenti:

- a) **"eccesso di potere"**: esercizio da parte del giudice di una potestà riservata dalla legge ad organi legislativi amministrativi, ovvero non consentita ai pubblici poteri. Ad esempio, un giudice che revoca o annulla un atto amministrativo; un giudice che emana un provvedimento di competenza di un giudice straniero.
- b) **"error in iudicando"**: inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tener conto nell'applicazione della legge penale. Ad esempio, il giudice ritiene che sia stato commesso il reato di falso in atto pubblico, mentre in realtà si tratta di una scrittura privata non avente lo stesso valore fidefaciente; violazione di norme extrapenalistiche che integrano la legge penale (c.d. leggi penali in bianco)
- c) **"error in procedendo"**: inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità, di inutilizzabilità, di inammissibilità o di decadenza. Non è ricorribile per cassazione un provvedimento giurisdizionale conseguente a una violazione di norma processuale determinante una mera

irregolarità. La mancanza di motivazione non è deducibile come nullità (125 co. 3) ex art. 606 lett. c, ma solo ex art. 606 lett. e).

d) **mancata assunzione di una prova decisiva** quando la parte ne ha fatto richiesta anche nel corso dell'istruzione dibattimentale, limitatamente ai casi previsti dall'art. 495 co. 2: una delle parti lamenta che non le è stato permesso produrre la prova contraria in seguito all'introduzione di una prova ad opera della controparte. La prova negata deve comunque risultare decisiva, escludendosi dunque motivi di ricorso meramente pretestuosi.

e) **mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione** quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato ovvero da atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame. Esegesi: la motivazione del giudice di primo grado o della corte d'appello è caratterizzata da contraddittorietà ed illogicità. Questa contraddittorietà emerge dal testo del provvedimento oppure emerge se teniamo conto di un atto che è stato compiuto nel corso del giudizio di merito.

Sono ricorribili tutte le sentenze (escluse quelle della Corte di cassazione), i provvedimenti sulla libertà personale e gli altri provvedimenti (ordinanze, decreti) indicati come ricorribili e le sentenze pronunciate in grado di appello o inappellabili.

Soggetti legittimati al ricorso per cassazione

Imputato	- condanna, proscioglimento, non luogo a procedere - sole disposizioni sulle spese
Difensore	- dell'imputato: autonoma legittimazione - delle altre parti: può ricorrere solo se procuratore speciale - in ogni caso, il difensore ricorrente deve essere iscritto allo speciale albo dei cassazionisti
p.m.	- procuratore Repubblica tribunale: sentenze inappellabili di condanna o proscioglimento della corte d'assise, tribunale o g.i.p. - procuratore generale corte d'appello: condanna o proscioglimento in appello o inappellabile

Il procedimento

Inammissibilità

"Il ricorso è inammissibile se è proposto per motivi diversi da quelli consentiti dalla legge o manifestamente infondati ovvero [...] per violazioni di legge non dedotte con i motivi di appello." (art. 606 co. 3). Inoltre, l'art. 591 c.p.p. prevede dei motivi di inammissibilità delle impugnazioni in generale. La corte dichiara l'**inammissibilità** del ricorso e la sentenza passa in giudicato.

Oltre alle cause ex art. 591 (tra cui il difetto di specificità dei motivi ex 581 lett. c), è inammissibile il ricorso presentato solo per far valere la prescrizione maturata dopo la decisione impugnata (SSUU 27/6/01 Cavalera)

Si parla di manifesta infondatezza dei motivi quando vi è

- palese inconsistenza delle censure, assenza di qualunque base giuridica (evidenti errori di diritto o contrasto con la giurisprudenza costante: SSUU 22/11/00 De Luca),
- violazioni di legge non dedotte in appello, salvo: ricorso *per saltum*, questioni sopravvenute o non rilevabili, questioni rilevabili d'ufficio

La **dichiarazione di inammissibilità** viene pronunciata in camera di consiglio senza la necessaria partecipazione delle parti, come nell'appello.

Ammissibilità

Se, invece, il ricorso è ammissibile, la corte di cassazione può:

- **rigettare** il ricorso perché **infondato** (ma non manifestamente perché altrimenti ne avrebbe dichiarato l'inammissibilità),
- **accogliere** il ricorso e **annullare** la sentenza impugnata. Se l'annullamento è parziale, la sentenza passa in giudicato "*nelle parti che non ha connessione essenziale con la parte annullata.*" (art. 624 co. 1 c.p.p.). La corte può pronunciare sentenza di annullamento:
 - **senza rinvio** ad altro giudice (art. 620 c.p.p.): il processo finisce con l'annullamento della sentenza. La causa era talmente grave o l'elemento era talmente evidente che non è necessario operare un rinvio ad un altro giudice di merito affinché operi un'ulteriore verifica;
 - **con rinvio** (art. 623 c.p.p.) perché la Corte di Cassazione non può decidere nel merito.

Non determinano l'annullamento della sentenza impugnata ma la **correzione** (art. 619 c.p.p.):

- gli errori di diritto nella motivazione del provvedimento impugnato, o l'erronea indicazione dei testi di legge, se non hanno avuto influenza decisiva sul dispositivo
- l'errore di denominazione o di computo della pena
- la sopravvenienza (anche dopo il ricorso) di legge più favorevole all'imputato, se non sono necessari nuovi accertamenti.

La corte specifica nella sentenza le censure e le rettificazioni occorrenti.

provvedimento annullato	giudice del rinvio
ordinanza	stesso giudice
sentenza condanna ex art. 604 c. 1 (fatto diverso o circostanza aggravante non contestata)	giudice di primo grado
sentenza corte assise appello, corte appello, corte assise, tribunale collegiale	altra sezione della stessa corte o tribunale (o in mancanza alla corte o tribunale più vicini)
sentenza tribunale monocratico o g.i.p.	stesso tribunale (diverso giudice)

I **poteri del giudice del rinvio** (art. 627 co. 2 c.p.p.) sono gli stessi del giudice la cui sentenza è stata annullata, compreso il potere dovere di dichiarare le cause di non punibilità ex art. 129, a meno che sulla statuizione si sia già formato il giudicato. Inoltre, il giudice può disporre l'eventuale rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello (se richiesta dalle parti).

Il giudice del rinvio ha **obbligo di uniformarsi** alla decisione della cassazione per le questioni di diritto decise (art. 627 co. 3 c.p.p.) con preclusione del rilievo di nullità dei gradi precedenti, anche assolute, o di inammissibilità [COST21/1982; 247/1995; 224/1996].

CI SERVE IL TUO AIUTO!

Questa dispensa deve essere posta in relazione con altri elementi *di studio* acquisiti *nelle lezioni*, che siano in grado di corroborarla!

Potrebbero esserci sfuggiti degli errori e/o imprecisioni. Se ne trovi qualcuno, segnalacelo!

Ci aiuterai a migliorare sempre di più il testo e a rendere questa dispensa efficace *oltre ogni ragionevole dubbio*. Grazie!

@iusatb e i curatori