

PREMESSA

Questo volume svolge quella che suole dirsi la parte generale o statica della procedura penale.

Pertanto esso, dopo avere esposto le nozioni fondamentali in tema di storia, struttura e disciplina costituzionale del processo penale, tratta le materie del giudice, delle parti processuali e di alcuni soggetti accessori, degli atti, delle prove e dell'invalidità di atti e prove.

Il secondo volume svolgerà la cosiddetta parte speciale o dinamica della procedura penale.

Nelle pagine che seguono la locuzione "il codice", non accompagnata da specificazioni, designa il codice di procedura penale vigente.

Gli articoli di legge citati senza indicazione del testo di appartenenza sono articoli di tale codice.

Nelle note l'ultimo numero apposto ad una citazione indica la pagina o la colonna del libro o della rivista in cui il documento, oggetto di citazione, è pubblicato.

PARTE I

NOTIZIE INTRODUTTIVE

CAPITOLO I

IL PROCESSO PENALE

SOMMARIO: 1. Definizioni.

1. *Definizioni*

Nell'ordinamento giuridico italiano il **processo penale** è l'insieme degli atti che il giudice, il pubblico ministero, la polizia giudiziaria, l'imputato, i difensori ed altri soggetti pubblici e privati compiono al fine di porre il giudice in condizione di applicare una norma di diritto penale sostanziale in un caso concreto, cioè di verificare se taluno ha commesso un reato e, ove ciò risulti, irrogare a costui la sanzione prevista dalla legge.

La **procedura penale** o **diritto processuale penale** è il settore dell'anzidetto ordinamento giuridico che disciplina il processo penale ed alcuni istituti accessori a questo.

La procedura penale rappresenta da sempre il risultato di come ciascuna comunità umana, alla stregua del proprio grado di civiltà, compone il contrasto tra le due opposte esigenze che immancabilmente si fronteggiano allorché un reato si presume commesso: da un lato l'esigenza di accertare tale commissione ed individuarne e punirne il responsabile, dall'altro l'esigenza di garantire a costui la più ampia possibilità di far valere le proprie ragioni prima di essere irrevocabilmente giudicato.

Sezione I

I PRECEDENTI STORICI

SOMMARIO: 2. Il processo di antico regime. – 3. Il processo di *common law*. – 4. Il processo misto. – 5. Il processo italiano. – 6. La riforma del giusto processo. – 7. I due modelli processuali. – 8. Il *Bill of Rights* americano.

2. *Il processo di antico regime*

Nel 1215, pontificante Innocenzo III, un Concilio vaticano vietò agli organi della Chiesa di continuare ad usare le ordalie come strumento di composizione delle controversie giudiziarie.

Da allora, nell'Europa continentale, le autorità religiose e poi anche quelle civili incominciarono ad impiegare con crescente frequenza il processo penale come era stato concepito e praticato dai romani, cioè non come uno strumento per ripristinare la pace sociale turbata dal delitto mediante un duello o la risoluzione di una scommessa (per esempio il non affondare dell'imputato nell'acqua fredda in cui, chiuso in un sacco, era stato gettato), ma come un mezzo per accertare, sia pur con i mezzi e nei limiti consentiti dal livello raggiunto dalle diverse civiltà, la colpevolezza dei rei prima di applicare loro una pena.

Per circa seicento anni, fino alla rivoluzione francese, il processo penale si svolse sul continente europeo nelle forme che si dicono del processo inquisitorio.

Acquisita la notizia di reato, cioè la notizia che un reato fosse stato commesso, il giudice anche d'ufficio (vale a dire senza bisogno di essere sollecitato dalla richiesta di un altro soggetto) apriva e svolgeva le indagini, la cosiddetta istruzione, compiendo tutti gli atti che gli apparissero utili all'accertamento della verità, sottoponeva l'imputato a carcerazione preventiva ed applicava la tortura a lui ed agli eventuali testimoni per ottenerne le dichiarazioni sui fatti rilevanti¹. A parte l'interrogatorio, la tortura e gli altri atti che richiedessero la fi-

¹ “Nel circondario del Parlamento di Parigi si usavano la tortura dell'acqua, consistente nel versare nella gola del torturato, con un corno o un imbuto, un certo numero di secchi d'acqua, e la tortura dei ceppi, che si faceva ponendo il paziente su un sedile di legno, le braccia serrate in grossi anelli di ferro infissi nel muro e chiudendogli le gambe dentro delle specie di scatole la cui ampiezza veniva progressivamente ridotta facendovi penetrare dei cunei a colpi di martello. Il progresso dell'umanità in questo campo consisté nel non spingere più la prova all'estremo. A fianco dell'infelice fu collocato un medico, il quale lo osservava, gli tastava il polso e fermava l'operazione quando riteneva che la tortura potesse

sica partecipazione dell'imputato, tutta l'istruzione si svolgeva in segreto rispetto a costui ed al suo difensore.

Terminate le indagini il giudice leggeva all'imputato le deposizioni rese da testimoni e coimputati per consentirne l'eventuale confutazione alla difesa, e riferiva il risultato delle sue ricerche al collegio. Questo, acquisite se del caso ulteriori prove ed uditi i discorsi dell'accusatore e del difensore, deliberava la sentenza, che non era motivata. In tale deliberazione i giudici osservavano i canoni della prova legale, i quali negavano loro il potere di valutare le prove liberamente, cioè secondo scienza e coscienza, ma prescrivevano la pronuncia di una condanna ove avessero acquisito le prove che la legge qualificava necessarie e sufficienti per ritenere l'imputato colpevole del reato ascrittogli.

Il processo penale inquisitorio, così sommariamente descritto, trovò la sua compiuta codificazione nell'*Ordonnance criminelle* di Luigi XIV nel 1670. Esso, non solo per la tortura di cui prevedeva l'impiego, ma anche perché comportava che l'imputato fosse condannato sulla base delle dichiarazioni di persone alla cui acquisizione egli ed il suo difensore non avevano partecipato, costituì un grave esempio di barbarie, che le società europee accettarono sino alla fine del XVIII secolo vuoi per il loro evidentemente basso livello di civiltà vuoi e, soprattutto, perché si applicava in prevalenza alle classi inferiori delle società stesse.

Solo il rivolgimento culturale ed i sentimenti di umanità e libertà che l'Illuminismo diffuse nel settecento resero tale tipo di processo non più tollerabile. Il suo abbandono fu deliberato dall'Assemblea costituente francese, uscita dal giuramento della pallacorda, con il decreto 16-29 settembre 1791, il quale importò dall'Inghilterra il cosiddetto processo accusatorio.

3. *Il processo di common law*

Sopravvenuta nel 1215 l'interdizione papale dei giudizi di Dio, nell'Inghilterra del XIII secolo le Assise di Clarendon avevano deliberato che i processi penali venissero da allora celebrati in quel paese con l'intervento di dodici *coniuratores*, i quali avrebbero giurato sull'innocenza o sulla colpevolezza dell'imputato, con ciò determinandone l'assoluzione o la condanna da parte di un giudice, in base non tanto alle notizie del fatto dedotto in imputazione che essi avessero acquisito nel processo o finanche fuori di esso, quanto piuttosto alla sua buona o cattiva fama.

Con il tempo questi *coniuratores* si trasformarono in giurati, cioè in componenti una giuria² che, dopo aver presenziato ad un dibattimento nel quale

comprometterne la vita" (R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, vol. I, 1907, 57).

² Cosiddetta *petit jury* o giuria del giudizio. La legislazione penale inglese conobbe in passato anche la *grand jury* o giuria istruttoria di 23 membri, la quale svolgeva le indagini

accusa e difesa avevano assunto in contraddittorio le prove e in particolare i testimoni addotti *hinc et inde*, emettevano, in base alla loro libera valutazione delle prove, un verdetto non motivato con cui dichiaravano l'imputato innocente o colpevole. In ragione del tenore di tale verdetto il giudice pronunciava l'assoluzione o la condanna.

Nel dibattimento davanti alla giuria i testimoni erano escussi dalle parti con il metodo dell'esame incrociato, e già nel settecento la coscienza giuridica inglese era giunta alla convinzione che la *cross examination*, cioè il segmento di tale esame in cui il testimone viene interrogato, con il favore delle domande suggestive, dalla parte contro la quale è stato addotto, sia la maggiore garanzia di attendibilità della prova orale³.

Corollario dell'indefettibilità del controesame è la *rule against hearsay* (esclusione del sentito dire), per cui le dichiarazioni, rese sui fatti da una persona, la quale non compare nel processo, non possono esservi riferite da un testimone o lette da chicchessia per valervi come prova del fatto narrato, cioè dell'essere tale fatto avvenuto e nel modo descritto. La mancata sottoposizione a controesame di colui, le cui dichiarazioni vengono riferite *de auditu* o lette, implica che queste relazioni possano provare al più che il suddetto ha reso le sue dichiarazioni, perché solo su ciò il testimone *de relato* può essere efficacemente controesaminato, ma non possono fungere da prova dei fatti dichiarati⁴.

Ciò vale anche quando colui, che fuori del dibattimento ha descritto un fatto a taluno (per esempio ad un funzionario di polizia), compare in dibattimento a deporre su esso. Qui, se taluno gli contesta che egli ha in precedenza reso al terzo una versione orale o scritta divergente da quella testé resa davanti al giudice, la relazione o la lettura di tale previa diversa dichiarazione può solo dimostrare che il suddetto dichiarante non merita (ad esempio perché inconstante) di essere creduto nella sua dichiarazione dibattimentale. Le sue precedenti dichiarazioni, rese fuori del contraddittorio, non possono sostituirsi alle divergenti dichiarazioni dibattimentali nel costituire il fondamento della decisione finale. Ciò si riassume dicendo che le precedenti dichiarazioni, riferite o lette, possono valere tutt'al più ai fini della prova del credito dovuto al testimone, ma non dell'accertamento del fatto che egli ha descritto⁵.

Ne discendeva che il titolare della funzione d'accusa, una volta acquisita la notizia della commissione di un reato, svolgeva all'insaputa dell'imputato e del suo difensore le indagini preliminari, dirette ad accertare il reato stesso, la relativa responsabilità e ad individuare le prove personali e reali necessarie a tali

preliminari e, a seconda dei risultati conseguiti, proscioglieva l'imputato o lo rinviava al giudizio della *petit jury*. La *grand jury*, soppressa dal legislatore inglese per ragioni di economia ai tempi della crisi del 1929, sopravvive in alcuni degli Stati Uniti.

³ WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. V, 3^a ed., 1940, 29; WILLIAMS, *The proof of Guilt*, 3^a ed., 1963, 79.

⁴ ZUCKERMAN, *The Principles of Criminal Evidence*, 1989, 179.

⁵ WIGMORE, *op. cit.*, vol. III, 3^a ed., 1940, 687.

accertamenti. Se in esito alla *preliminary examination* di queste prove una *grand jury* o un magistrato monocratico ordinava o convalidava la cattura dell'imputato e ne disponeva il rinvio al giudizio di una *petit jury*, tutti i dichiaranti a carico di quell'imputato – testimoni, coimputati, *expert witnesses* – comparivano davanti alla *petit jury* ed al giudice per sottoporsi pubblicamente all'esame incrociato delle parti e specificamente alla *cross examination* della difesa.

Il Sesto Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti d'America, sintetizzando i risultati cui la *common law* inglese era giunta alla fine del XVIII secolo, stabiliva e stabilisce tuttora che “in ogni processo penale l'accusato avrà diritto ... ad essere messo di fronte ai testimoni addotti contro di lui” per poterne svolgere il controesame.

Il processo accusatorio, escludendo che i risultati degli atti investigativi, in particolare dell'acquisizione di dichiarazioni, compiuti dall'accusa nella fase segreta delle indagini preliminari, fossero immessi nel dibattimento e per tale via influissero sulla decisione finale del processo, faceva sì che questo avesse la sua fase centrale nel dibattimento all'insegna del contraddittorio delle parti in posizione di parità e quindi con assai maggiori possibilità di difesa per l'imputato.

4. Il processo misto

Il processo accusatorio, importato dall'Assemblea costituente in Francia, non vi durò a lungo perché, in un'epoca di turbamento sociale come quella della rivoluzione, il regime di utilizzazione dibattimentale delle notizie acquisite dall'accusa nella fase delle indagini preliminari apparve inidoneo ad assicurare un'adeguata tutela delle ragioni dell'autorità e della repressione.

Esso venne prima modificato dalla Convenzione con il *Code des délits et de peines* del 22 ottobre 1795 e poi abbandonato da Napoleone con il *Code d'instruction criminelle*, che nel 1808, nel clima di generale compromesso fra antico regime e tempi nuovi proprio dell'ordinamento napoleonico, introdusse un tipo di processo che venne detto misto perché si componeva di due fasi: una prima, detta **istruzione**, retta dai principi della segretezza e della scrittura propri del sistema inquisitorio, ed una seconda, detta **dibattimento** (o, nella terminologia del legislatore francese, *jugement*) retta dagli opposti principi della pubblicità e dell'oralità, propri del sistema accusatorio⁶.

⁶ Nel linguaggio della procedura penale ricorrono i termini oralità, scrittura e immediatezza.

Per oralità si intende l'uso, come mezzo di comunicazione tra le persone, della parola pronunciata da una persona e udita da un'altra, per scrittura l'uso allo stesso fine di segni scritti.

Con la parola immediatezza si designa talora il fatto che il giudice entri in contatto immediato con le fonti, in particolare personali, della sua conoscenza, talaltra il fatto che la persona fisica del giudice, per meglio utilizzare le notizie così acquisite, non muti durante l'acquisizione delle prove, la discussione e la decisione del processo e, in terzo luogo, il fatto che,

Il giudice istruttore, acquisita la notizia di reato, anche d'ufficio apriva e svolgeva l'istruzione, nella quale, con una minima partecipazione del difensore dell'imputato, compiva e documentava tutti gli atti che gli apparissero utili all'accertamento della verità. Al termine dell'istruzione egli pronunciava una sentenza con cui, se riteneva di avere raccolto prove sufficienti a carico dell'imputato, lo rinviava a giudizio (nei casi indicati dalla legge, davanti alla corte d'assise, costituita con la giuria); altrimenti dichiarava non doversi procedere.

Nel dibattimento il presidente della corte d'assise o il giudice monocratico escuteva le prove, comprese quelle che erano già state assunte dal giudice istruttore nell'istruzione, dando spazio anche alle domande delle parti. Egli però poteva far dare lettura dei verbali delle dichiarazioni acquisite nella fase segreta e, ove una fonte di prova personale rendesse in dibattimento una versione diversa da quella resa in istruzione, la giuria poteva ritenere che la prima versione, ad esempio perché resa in epoca più vicina a quella del fatto, fosse più attendibile di quella resa in dibattimento; d'altro canto, non dovendo motivare il proprio verdetto, poteva sempre non far trasparire a quale versione avesse prestato fede al momento di decidere.

Sebbene il processo venisse presentato come un misto di caratteri inquisitori e accusatori, i primi, in quanto suscettibili di determinare l'esito finale del processo, risultavano prevalenti. Ciò pregiudicava l'equilibrio delle parti nel processo e riduceva le possibilità di difesa dell'imputato⁷.

5. Il processo italiano

Il *code d'instruction criminelle* fu la matrice dalla quale derivarono prima i codici di procedura penale sardi del 1847 e del 1859 (esteso al regno d'Italia nel 1865), poi quelli italiani del 1913 e del 1930. Quest'ultimo, segnato in senso negativo dai caratteri autoritari del regime fascista, sopravvisse, sia pur con le rilevanti modifiche subite a partire dalla caduta di quest'ultimo, sino al 1989.

Il codice entrato in vigore in tale anno⁸ segnò, sotto l'influenza del processo penale di *common law*, un chiaro tentativo di staccarsi dal sistema misto per passare al modello accusatorio⁹. Le figure dell'istruzione e del giudice istruttore scomparvero. Il potere di svolgere le indagini preliminari, anteriori alla

per favorire tale immutabilità fisica del giudice, istruzione, discussione e decisione si svolgano senza soluzioni di continuità nel più breve tempo possibile.

⁷ ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, 1882.

⁸ D.p.r. 22 settembre 1988 n. 447, attuativo della delega di cui alla l. 16 febbraio 1987 n. 81, e integrato dal d.lgs. 28 luglio 1989 n. 271, norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale.

⁹ Un espresso riferimento al quale è del resto contenuto nell'art. 2 c. 1, 2° periodo, l. delega n. 81/1987, a norma del quale il codice "deve attuare nel processo penale i caratteri del sistema accusatorio ...".

fase del giudizio, fu riservato al pubblico ministero. Il potere di limitare, in qualsiasi fase del processo, le libertà prima della persona sottoposta alle indagini e poi dell'imputato fu sottratto al pubblico ministero e riservato all'organo giurisdizionale.

Dei verbali degli atti d'indagine compiuti nel corso delle indagini preliminari da polizia giudiziaria o pubblico ministero, quelli degli atti originariamente, cioè per propria natura, irripetibili (tipici i verbali di ispezioni, perquisizioni e sequestri), potevano essere letti nel dibattimento e quindi essere posti dal giudice di questo a fondamento della decisione finale, anche se gli atti a loro tempo erano stati compiuti senza intervento del difensore.

I verbali degli atti d'indagine compiuti da polizia giudiziaria o pubblico ministero senza intervento del difensore e originariamente ripetibili, tipiche le sommarie informazioni rese a tali organi dalle persone informate dei fatti, potevano essere letti in dibattimento, e quindi posti dal giudice a fondamento della decisione finale, se fossero divenuti irripetibili per un'impossibilità sopravvenuta e imprevedibile di reiterazione (artt. 431, 511, 512).

Invece gli atti compiuti nelle indagini preliminari da polizia giudiziaria e pubblico ministero e ripetibili in dibattimento dovevano essere rinnovati in questa sede. Ma i verbali delle dichiarazioni rese dalle fonti di prova personale prima del dibattimento, una volta contestati in questo all'originario dichiarante che qui avesse reso una dichiarazione diversa, non potevano valere come prova dei fatti dichiarati.

Il testo originario degli artt. 500 c. 3 e 210 c. 5 del codice stabiliva infatti che la precedente dichiarazione di un testimone o di un coimputato "anche se letta dalla parte, non può costituire prova dei fatti in essa affermati. Può essere valutata dal giudice per stabilire la credibilità della persona esaminata". Ne discendeva che le precedenti dichiarazioni difformi, una volta contestate in dibattimento al loro autore, conformemente a quanto tradizionalmente stabilito nel processo di *common law* dalla *rule against hearsay*, avrebbero potuto tutt'al più indurre il giudice a negare credito al dichiarante e alle sue dichiarazioni dibattimentali. Ma, essendo state rese fuori del dibattimento in difetto di contraddittorio, non avrebbero potuto sostituirsi alle dichiarazioni dibattimentali nel costituire il fondamento della decisione finale.

Quest'ultima disposizione, veramente significativa del passaggio del nostro processo penale al modello accusatorio, fu dichiarata illegittima in rapporto all'art. 3 Cost. dalla Corte costituzionale, la quale ritenne irragionevole e contrario ad un preteso principio di non dispersione della prova raccolta nel processo che le dichiarazioni rese dalle persone informate dei fatti nel corso delle indagini preliminari potessero, per essere state acquisite fuori del contraddittorio con la difesa, perdere la loro efficacia probatoria se contraddette dal loro autore nel dibattimento¹⁰. Ciò faceva rivivere un rilevante aspetto del processo misto.

¹⁰ Corte cost. nn. 254 e 255/1992.

6. *La riforma del giusto processo*

Per reazione a questa vicenda la l. cost. 25 novembre 1999 n. 2, detta di riforma del giusto processo, introdusse nell'art. 111 Cost. le disposizioni, in parte mutate dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, secondo cui il processo penale si informa al principio del contraddittorio nella formazione della prova. Specificamente l'imputato ha diritto di interrogare o far interrogare quanti hanno reso dichiarazioni a suo carico e, salve le eccezioni previste dal comma 5 dello stesso art. 111, non può essere condannato in base alle dichiarazioni di chi si è sempre volontariamente rifiutato di sottostare all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.

Sulla spinta di questa modifica la l. 1 marzo 2001 n. 63 ripristinò nell'art. 500 c. 2 la disposizione per cui "le dichiarazioni lette per la contestazione possono essere valutate ai fini della credibilità del testimone" e quindi non possono valere come prova del fatto dichiarato. Da allora il dibattimento tornò ad essere la fase determinante dell'esito del nostro processo penale, il quale, almeno per quanto riguarda il punto fondamentale dell'incidenza sulla decisione finale delle dichiarazioni rese nelle indagini preliminari a polizia giudiziaria e pubblico ministero, può oggi dirsi un processo accusatorio.

Ulteriori progressi verso questo modello di processo sono stati compiuti dal nostro processo penale per effetto, secondo un meccanismo che descriveremo, della giurisprudenza elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

7. *I due modelli processuali*

Da quanto esposto emerge che nei paesi del cosiddetto emisfero occidentale la disciplina del processo penale oscilla tuttora tra due antitetici modelli: il processo inquisitorio ed il processo accusatorio. La prima di queste locuzioni non implica più le brutture che insozzarono il processo inquisitorio prima della rivoluzione francese. Peraltro le due dizioni designano ancora due tipi di processo fra i quali la scelta del legislatore varia in funzione del grado di civiltà proprio della comunità interessata.

Il **processo inquisitorio** è espressione di uno Stato autoritario, più sensibile all'esigenza che i reati non restino impuniti che a quella di tutelare i diritti dell'innocente.

Esso è ispirato ad una gnoseologia che esalta la ricerca ufficiosa della verità ed ignora la capacità euristica del contraddittorio, in particolare del fatto che la difesa possa partecipare su un piano di parità con l'accusa all'allegazione ed escussione delle fonti di prova personale.

In tale processo:

a) il giudice, acquisita la notizia di reato, d'ufficio apre il processo, indaga e valuta la serietà della notizia, formula l'imputazione, ricerca, ammette ed assume le prove che ritiene utili a dimostrare la fondatezza o l'infondatezza della

notizia stessa e, in base all'istruzione probatoria svolta, pronuncia il rinvio a giudizio o addirittura esso medesimo dispone la condanna o il proscioglimento dell'imputato;

b) il giudice applica con larghezza la carcerazione preventiva non solo come strumento per impedire all'imputato di inquinare la prova o di darsi alla fuga, ma anche come sofferenza volta ad indurlo a confessare la propria presunta colpevolezza ed a chiamare in correità gli eventuali complici, nonché ad impedirgli di commettere reati e come misura volta a sedare l'allarme sociale suscitato dal reato;

c) gli atti del processo sono compiuti nella fase iniziale di questo in segreto rispetto all'imputato ed al suo difensore, e pertanto anche rispetto ai terzi, al fine di evitare che la difesa possa valersi della conoscenza di essi e del loro risultato per fuorviare il cosiddetto accertamento della verità;

d) il giudice può pronunciare la decisione finale sulla base di prove assunte non da lui personalmente ma da un altro organo, finanche non giurisdizionale, e, come abbiamo detto, senza la partecipazione dell'imputato e del suo difensore;

e) il processo inquisitorio, poiché attribuisce la massima importanza all'immagine di autorità del giudice penale, non ammette che le pronunce di questo siano contraddette da quelle di un giudice extrapenale e quindi, per esempio, che, condannata una persona dal giudice penale per un reato, la stessa sia dal giudice civile assolta dalla domanda di risarcimento del danno, che si assume cagionato da essa con il medesimo fatto, perché il giudice civile ritiene che questo non è stato commesso o che il condannato non lo ha commesso o che il fatto è lecito. Pertanto il sistema inquisitorio adotta il principio detto di unità della giurisdizione, per cui i giudici extrapenali devono uniformare le loro pronunce a quelle del giudice penale, anche se ciò può risolversi nella violazione del diritto di difesa delle parti del processo extrapenale. Queste devono rassegnarsi a subire il risultato di un processo penale al quale non hanno potuto partecipare.

Il **processo accusatorio** è invece ispirato ad una gnoseologia che attribuisce la massima capacità euristica all'iniziativa ed al dibattito di parti portatrici di interessi contrapposti ed è espressione di uno Stato liberaldemocratico che garantisce i diritti dell'uomo assumendo, secondo l'espressione usuale in proposito, essere meglio che dieci, cento o mille colpevoli restino impuniti piuttosto che un solo innocente venga condannato per un errore giudiziario.

Nel processo accusatorio:

a) il giudice è tenuto all'imparzialità e quindi ad una tendenziale passività processuale. Egli esercita la giurisdizione solo in seguito alla formulazione dell'imputazione ed all'esercizio dell'azione penale da parte di un altro soggetto. Spetta alle parti ricercare, allegare e assumere le prove in contraddittorio davanti al giudice. Costui può al più integrare l'istruzione probatoria svolta da esse;

b) la carcerazione preventiva è consentita solo in presenza dell'effettivo pericolo che l'imputato inquina la prova o si dia alla fuga;

c) l'imputato ha il diritto di non cooperare al processo e alla propria even-

tuale condanna. In particolare egli ha il diritto al silenzio ovvero a non rendere dichiarazioni sul fatto dedotto in imputazione;

d) il diritto di difesa dell'imputato trova la più ampia esplicazione. Salvi i casi degli atti compiuti in situazione d'urgenza e irripetibili, il giudice pronuncia solo sulla base di prove assunte nel contraddittorio delle parti, giacché la partecipazione della difesa all'assunzione delle prove garantisce la legalità di tale assunzione e l'acquisizione di tutte le notizie che la prova, in particolare quella dichiarativa, è in grado di fornire;

e) il processo penale, dovendo dare spazio al contraddittorio, si svolge per quanto possibile all'insegna della pubblicità interna, cioè consentendo alle parti del processo di avere contezza degli atti di questo e del loro risultato. Ma esso garantisce anche la pubblicità esterna, cioè la possibilità per il pubblico di prendere conoscenza di tali atti. L'amministrazione della giustizia penale è cosa di interesse generale, sicché tutti devono avere la possibilità di conoscerla, controllarla e trarne ammonimento;

f) il sistema accusatorio, poiché annesso al contraddittorio fra le parti la massima efficacia ai fini dell'accertamento dei fatti, accoglie il sistema dell'indipendenza delle giurisdizioni, per cui le sentenze del giudice penale possono senza difficoltà essere contraddette da quelle dei giudici non penali, e le parti, che non hanno potuto partecipare al processo penale, possono far valere pienamente le loro ragioni nei processi extrapenali.

8. *Il Bill of Rights americano*

Concludiamo questa prima fase del nostro discorso con un quadro delle disposizioni processuali contenute nel cosiddetto *Bill of Rights* americano, cioè nei primi dieci emendamenti che, come carta dei diritti, furono apposti nel 1791 alla Costituzione degli Stati Uniti d'America per operarvi come garanzia dei diritti dell'uomo nei confronti dei poteri federali. Tali disposizioni sono tuttora in vigore e rappresentano il testo fondamentale degli ordinamenti processuali vigenti non solo nella federazione, ma anche nei singoli Stati federati:

a) il IV Emendamento tutela le **libertà personale e di domicilio** e la **libertà e la segretezza delle comunicazioni** stabilendo che “il diritto della gente a restare indenni nelle persone, nelle case, nelle carte e negli altri effetti personali da perquisizioni, arresti e sequestri arbitrari non sarà violato. Un mandato potrà essere emesso solo sulla base di ragionevoli indizi asseverati con giuramento o con solenne affermazione, e dovrà indicare con specificità il luogo che dovrà essere perquisito, le persone che dovranno essere arrestate o le cose che dovranno essere sequestrate”¹¹;

¹¹ Per l'applicabilità di questa disposizione anche in tema di libertà e segretezza delle comunicazioni v. *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 485 (1928).

b) il V ed il VI Emendamento garantiscono il **processo per giuria** stabilendo l'uno che "nessuno sarà chiamato a rispondere di un delitto capitale o comunque infamante se non in base all'accusa di una *grand jury*, salvo che si tratti di casi insorti nelle forze armate di terra o di mare o nella guardia nazionale in tempo di guerra o di pericolo pubblico", l'altro che "in ogni processo penale l'accusato avrà diritto ad **un giudizio rapido e pubblico** davanti ad una **giuria** imparziale dello Stato e del distretto in cui il reato sarà stato commesso. Tale distretto sarà stato **previamente delimitato dalla legge**";

c) il V e VI Emendamento stabiliscono, altresì, l'uno che "nessuno sarà minacciato di condanna due volte per lo stesso reato" o "costretto a testimoniare contro se stesso in un processo penale" o "privato della vita, della libertà o della proprietà senza il **dovuto processo legale**", l'altro che "in ogni processo penale l'accusato avrà diritto ad essere informato della natura e dei motivi dell'accusa, ad **essere messo di fronte ai testimoni addotti contro di lui**, ad ottenere la comparizione dei testimoni a discarico e ad essere assistito da un avvocato per la propria difesa";

d) l'VIII Emendamento stabilisce che "cauzioni eccessive non saranno richieste".

Infine il XIV Emendamento, introdotto dopo la guerra di secessione, stabilisce che "nessuno Stato priverà una persona della vita, della libertà o della proprietà senza il **dovuto processo legale**". Secondo la Corte Suprema questa disposizione "incorpora" il *Bill of Rights* tutelando gli individui nei confronti sia della federazione sia dei singoli Stati che la compongono¹².

¹² V., quanto al divieto di perquisizioni arbitrarie dettato dal Quarto Emendamento, *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), e, quanto all'avvertimento all'interrogando del suo diritto di non rispondere alle domande della polizia di cui all'Emendamento successivo, *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

Sezione II

IL GIUDIZIO GIURIDICO

SOMMARIO: 9. La norma giuridica. – 10. L'applicazione giurisdizionale della norma. – 11. La struttura del giudizio giuridico. – 12. La diffusione del giudizio. – 13. Il giudizio vincolato. – 14. Il giudizio discrezionale.

9. *La norma giuridica*

Le norme giuridiche destinate ad essere applicate dagli organi giurisdizionali presentano perlopiù una **struttura condizionale o ipotetica** secondo lo schema “se è A, allora deve essere B”. A designa la **fattispecie astratta**, cioè la previsione di un atto dell'uomo o di un fatto della natura al cui realizzarsi nella vita pratica (o più aulicamente nella storia), l'ordinamento giuridico collega il prodursi di un **effetto giuridico** B. Questo consiste nella costituzione, modifica o estinzione di una situazione giuridica oppure nel costituirsi di un impedimento al prodursi di una tale vicenda.

Una siffatta struttura condizionale risalta con particolare evidenza nelle norme penali incriminatrici, cioè nelle norme che prevedono i reati e la conseguente sanzione. Un esempio tipico è offerto dall'art. 575 c.p., il quale, stabilendo che “chiunque uccide un uomo è punito ...”, descrive una fattispecie astratta, l'uccisione di un uomo, ed al realizzarsi di questa fattispecie in un caso concreto, cioè al realizzarsi di quella che si dice una **fattispecie concreta**, collega l'insorgere del dovere del giudice di irrogare una pena al responsabile.

La suddetta struttura condizionale è però propria anche delle norme giuridiche diverse da quelle incriminatrici. Per fare un altro esempio, l'art. 2 c. 1 c.c., in quanto dispone che “la maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno”, prevede una fattispecie astratta, l'aver un essere umano compiuto il diciottesimo anno di età, alla cui integrazione collega l'effetto giuridico consistente nell'acquisizione, da parte di tale soggetto, della “capacità di compiere tutti gli atti giuridici per i quali non sia stabilita una età diversa”.

10. *L'applicazione giurisdizionale della norma*

La struttura condizionale della norma giuridica comporta che l'applicazione della stessa nei casi concreti si realizzi da parte del giudice mediante un'attività

intellettuale, che chiamiamo giudizio giuridico e che si articola in tre distinti momenti:

a) nel primo, o se si preferisce in uno dei primi due, il giudice risolve la cosiddetta *quaestio iuris*, cioè:

a') individua l'una o più disposizioni o proposizioni prescrittive che egli deve applicare nel caso di specie;

b') accerta la validità di tale o tali disposizioni e le interpreta, cioè estrae dal loro testo la norma che deve essere applicata nel caso di cui sopra;

c') eventualmente risolve, alla luce dei criteri gerarchico, cronologico o di specialità, l'antinomia o incompatibilità in cui la suddetta norma si ponga con altra o altre presenti nell'ordinamento;

d') in ulteriori eventualità ritiene la norma così ricavata applicabile per analogia (cosa che non può fare in rapporto alle norme penali incriminatrici ed alle norme eccezionali: art. 14 disp. prel. c.c.), cioè comprende nella sua fattispecie astratta un caso della vita non rientrante nella formulazione letterale della disposizione, ma simile a quello previsto da questa, al quale la norma deve estendersi in omaggio alla similitudine dei fatti ed all'*ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio* (*analogia legis*), oppure riconducibile ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato (*analogia iuris*);

b) in un secondo o, se si preferisce, in un altro dei primi due momenti del giudizio, risolve la *quaestio facti*, cioè accerta se nel passato si è realizzato un atto umano o un fatto della natura corrispondente, o come anche si dice sussumibile, alla fattispecie astratta che la norma delinea quale presupposto di un effetto giuridico.

Per compiere questo accertamento il giudice utilizza le prove, cioè i segni che la fattispecie concreta da accertarsi, prodotta nel passato, ha lasciato nella mente degli uomini che l'hanno conosciuta o nel mondo fisico in cui essa si è verificata;

c) in un terzo stadio del giudizio, a seconda dei risultati raggiunti nella soluzione delle questioni *sub a)* e *b)*, dichiara che l'effetto giuridico previsto dalla norma si è o non si è prodotto¹³.

11. La struttura del giudizio giuridico

La struttura del giudizio giuridico testé esposta ha spesso indotto, e talora induce, gli scrittori ad assimilare tale giudizio al sillogismo proprio della logica, vedendo nel giudizio giuridico un sillogismo nel quale:

a) la soluzione della *quaestio iuris* porta alla formulazione della premessa maggiore, cioè all'enunciazione per esempio della norma, desunta dall'art. 575

¹³ BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, 1964, 94.

c.p., secondo cui “tutti coloro che hanno ucciso un uomo devono essere puniti”;

b) la soluzione della *quaestio facti* porta alla formulazione della premessa minore, cioè all’enunciazione che, nel caso testé addotto come esempio, “Tizio ha ucciso un uomo”;

c) la conclusione del giudizio consiste nell’affermazione finale secondo cui “Tizio deve essere punito”¹⁴.

L’assimilazione del giudizio giuridico alla figura del sillogismo è da molti considerata obsoleta ed erronea, ed in effetti il sillogismo giuridico è una cosa diversa dal sillogismo proprio della logica. Questo è un ragionamento deduttivo nel quale tutte le proposizioni che lo compongono sono dichiarazioni di fatto, e che si caratterizza per ciò che, se le proposizioni costituenti le due premesse sono vere, anche la conclusione del ragionamento è necessariamente vera. Il sillogismo giuridico, invece, si compone di una sola dichiarazione di fatto (“Tizio ha ucciso un uomo”) e di due dichiarazioni di dover essere (“tutti coloro che hanno ucciso un uomo devono essere puniti”; “Tizio deve essere punito”), sicché l’accostamento del giudizio giuridico al sillogismo della logica può davvero dirsi, come è stato detto, “un’innocua civetteria dei giuristi”¹⁵.

Si aggiunga che la riconduzione del giudizio giuridico alla figura del sillogismo costituisce solo uno schema teorico, utile a rappresentare il giudizio giuridico non nel suo farsi, ma nell’assetto che esso assume una volta che è stato compiuto. Non si deve infatti pensare che l’attività che lo costituisce, articolata nella formulazione della premessa maggiore, della premessa minore e della conclusione, si svolga in quest’ordine in tempi successivi e separati, tali che, per esempio, risolta la questione di diritto, il giudice debba passare alla soluzione della questione di fatto e da questa non possa ritornare a quella.

Nell’andamento concreto delle cose l’attività diretta a risolvere la *quaestio iuris* e quella diretta a risolvere la *quaestio facti* sono strettamente connesse e interdipendenti. Una delibazione della *quaestio facti* precede sempre quella della *quaestio iuris* in quanto necessaria ad orientare le parti ed il giudice nell’individuazione della norma che dovrà essere applicata nel caso concreto. Inoltre è sempre possibile che il giudice, accertato il fatto, torni alla questione di diritto per individuare una diversa norma giuridica alla quale il fatto accertato debba più correttamente ricondursi.

¹⁴ Uno dei primi teoreti del giudizio giuridico come sillogismo è considerato BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, par. 4, il quale scriveva che “in ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la ... maggiore dev’essere la legge generale, la minore ... l’azione conforme, o no, alla legge; la conseguenza, la libertà o la pena”, e ancora che “quando un codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni de’ cittadini, e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta, ... allora i cittadini non sono soggetti alle piccole tirannie di molti” (cito da TONINI e C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, 2^a ed., 2014, 41, n. 1).

¹⁵ BOBBIO, *L’analogia nella logica del diritto*, 1938, 82.