

## CAPITOLO I

### **IL PROCESSO PENALE E LA CENTRALITA' DEL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO.**

**SOMMARIO:** 1. Ratio del processo penale e i modelli processuali; 2. Il modello di stampo inquisitorio ed il modello di stampo accusatorio; 3. Il sistema processuale italiano; 4. Il principio del contraddittorio; 5. Le deroghe al principio del contraddittorio. Prima deroga: il consenso dell'imputato; 6. Seconda deroga: l'accertata impossibilità di natura oggettiva; 7. Terza deroga: la provata condotta illecita.

#### **1. Ratio del processo penale e i modelli processuali.**

L'esposizione della disciplina riguardante il giudizio abbreviato<sup>1</sup>, considerato il più importante dei riti speciali, necessita di un preliminare inquadramento del sistema processuale penale italiano<sup>2</sup>, ed, in particolare, del principio del contraddittorio.

---

<sup>1</sup> Per una panoramica iniziale del rito abbreviato si vedano Bonetti, *Il giudizio abbreviato*, in *I procedimenti speciali in materia penale*, a cura di M. Pisani, Milano, 2003; Bricchetti, *Contestazioni suppletive: "slalom" all'abbreviato*, *GDir*, 2000, 22, 48; Bricchetti-Pistorelli, *Il giudizio abbreviato. Profili pratici e teorici*, Milano, 2005; Costantini, *Il giudizio abbreviato*, in *Giur. sist. Chiavario-Marzaduri*, Torino, 2006; Cristofano, *I riti alternativi al giudizio penale ordinario*, Torino, 2005; Degl'Innocenti-De Giorgio, *Il giudizio abbreviato*, Milano, 2006; Giunchedi, *Giudizio abbreviato*, in *La giustizia penale differenziata*, a cura di Gaito-Spangher, I, *I procedimenti speciali*, coordinato da Giunchedi, Torino, 2010, 653.

<sup>2</sup> Foschini, G., *Sistema del diritto processuale penale*, II, Milano, 1968, 8;

Ciò premesso, il diritto penale<sup>3</sup> è un insieme di norme di diritto pubblico che prevedono quei particolari fatti illeciti per i quali sono comminate delle conseguenze penali differenti a seconda di determinati fattori<sup>4</sup>.

I tre pilastri sui quali il diritto penale fonda sono: fatto, personalità e conseguenze. Il fatto illecito è la base fondamentale ed imprescindibile di un diritto penale di civiltà; senza o prescindendo da esso si avrebbe un diritto penale poliziesco, liberticida, un diritto penale dell'intenzione, fondato su stati soggettivi o atteggiamenti personali sintomatici del soggetto.

La personalità dell'autore costituisce il momento illuminante ed umanizzante del diritto penale moderno, il cui vero oggetto è rappresentato dall'azione di un uomo che ha una sua personalità; essa consente di capire il fatto nelle sue radici e nelle sue finalità: reato e reo sono una unità inscindibile, essendo il fatto la proiezione della personalità dell'autore e vivendo l'autore compenetrato nel fatto. Ma soprattutto è fondamentale in rapporto alle conseguenze penali che dovranno essere rapportate ed adeguate proprio alla personalità del destinatario.

Le conseguenze penali sono proprio il marchio distintivo degli illeciti penali da ogni altro illecito giuridico. Sono strumenti finalizzati alla dissuasione e rieducazione attraverso i quali si contrasta e controlla il fenomeno della criminalità.

---

<sup>3</sup> Cfr.: Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*- VI edizione 2009, introduzione XXIII

<sup>4</sup> Chiavario, M., *Processo e garanzie della persona*, II, *Le garanzie fondamentali*, Milano, 1984, 33-35; Ferrua, P., *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in Gianformaggio, L., a cura di, *Le ragioni del garantismo*, Torino, 1993, 240;

Tutto ciò costituisce il diritto penale sostanziale che per essere attuato necessita della procedura penale. Il diritto processuale penale, infatti, è quel complesso di norme che disciplinano le attività dirette all'attuazione del diritto penale nel caso concreto<sup>5</sup>. Mentre la legge penale sostanziale<sup>6</sup> ha il compito di regolare le azioni delle persone, il diritto processuale penale le accerta. Quest'ultima ha una duplice funzionalità: da un lato, regola l'attività del giudice e delle parti; da un altro lato predispone gli strumenti logici mediante il quale il giudice può accertare i fatti di reato e la personalità di coloro che li hanno commessi.

Il processo penale inoltre è regolato da una serie di principi costituzionali; primo fra tutti è il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale espresso dall'art. 112 Cost., in forza del quale il processo penale inizierà, a seguito dell'acquisizione della notizia di reato da parte del pubblico ministero o della polizia giudiziaria (o eccezionalmente a seguito della proposizione di una delle condizioni di procedibilità) e proseguirà fino alla sentenza<sup>7</sup> (di non luogo a procedere, o dibattimentale) senza presentare alcun andamento anomalo, che ne determina l'estinzione.

Altro principio importante, è poi l'obbligatorietà della difesa tecnica a favore dell'indagato/imputato in quanto, in assenza di un'apposita

---

<sup>5</sup> Cfr.: TONINI, *Manuale di Procedura Penale*, XX edizione, p. 1 ss.

<sup>6</sup> Cfr.: SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALÀ, *Diritto Processuale penale*, 2011, p. 7-8.

<sup>7</sup> Cfr.: CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, 2010, p. 83, dove si afferma che nella prima ipotesi vi rientra l'estinzione che può avvenire per rinuncia agli atti oppure per inattività delle parti, caratteristiche queste di un processo tipicamente di parti e fortemente dispositivo a differenza del processo penale che ha invece ad oggetto beni indisponibili.

nomina da parte dell'indagato/imputato ne verrà nominato uno d'ufficio.

Ed, infine, fondamentale è la presunzione di non colpevolezza (art. 27 Cost. 2 comma) in forza della quale l'imputato va considerato non colpevole fino a quando non sopraggiunge una sentenza di condanna irrevocabile. Tale presunzione, quale regola di giudizio, pone in capo alla pubblica accusa l'onere della prova di reità dell'imputato.

Scopo del processo penale è l'accertamento della verità<sup>8</sup>, ovvero la ricostruzione del fatto. Poiché il fatto di reato è un fatto irripetibile, esso va accertato attraverso le prove. Non sono ammessi automatismi nell'accertamento circa la liceità o la illiceità penale di un fatto e la sua punibilità, né autodeterminazioni, circa l'assoggettamento alla sanzione, proprio in virtù del principio "*nulla poena sine iudicio*". La storia ci ha insegnato che due sono stati i sistemi processuali<sup>9</sup> più importanti: quello inquisitorio e quello accusatorio<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Sull'argomento, si vedano AA.VV., *Processo e verità*, a cura di Mariani Marini, Pisa, 2005; AA.VV., *Retorica, processo, verità. Principi di filosofia forense*, Milano, 2007; AA.VV., *Verità e processo penale*, a cura di Garofoli Incampo, Milano, 2012.

<sup>9</sup> Le differenze tra i due citati sistemi processuali sono ben evidenziate in PIERRO, «Sistema accusatorio e sistema inquisitorio», op. cit.; ILLUMINATI, «Accusatorio e inquisitorio (sistema)», in *Enc. giur.*, I, Roma, 1991. Si consiglia inoltre LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, trad. it., Bologna, 1978, 46. Come affermato in dottrina la genesi della chiara consapevolezza della separazione tra i due sistemi (peraltro enucleabili, ad esempio, dalla tradizione giuridica romanistica, ma caratterizzanti rispettivamente il mondo giuridico anglosassone di common law e quello europeo-continentale di civil law) si può far risalire al medesimo anno, cioè al 1215 (così, UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, Principi generali, 3° Ed., Utet, 2

<sup>10</sup> All'origine logica della distinzione tra sistema inquisitorio ed accusatorio sta la fondamentale contrapposizione tra principio di autorità e principio dialettico.

## **2. Il modello di stampo inquisitorio ed il modello di stampo accusatorio.**

La scelta di optare per uno o per l'altro modello processuale è sempre dipesa dal modo in cui uno Stato ha voluto amministrare la giustizia<sup>11</sup>, ed in particolare, dal tipo di controllo che voleva esercitare sui suoi sudditi. Negli Stati totalitari e in passato in quelli assoluti medievali e pre-rivoluzionari, il sistema di amministrazione della giustizia è affidato al modello inquisitorio in quanto lo scopo dello Stato è sia quello di controllare sia quello di intimorire i propri cittadini.

Il modello inquisitorio si basa sul principio di autorità, secondo il quale la verità è tanto meglio accertata quanto più potere è dato al soggetto inquirente<sup>12</sup>. Egli opera allo stesso tempo come giudice, come accusatore e come difensore dell'imputato. Ad un unico soggetto

---

<sup>11</sup> Per le variegate letture del poliedrico principio, AMODIO, Dal rito inquisitorio al "giusto processo", GP, 2002, 4, 103; ID., Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui, GP, 2001, 3589; CONTI, Le due anime " del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost, DPP, 2000, 197; DANIELE, Primi contrasti sull'applicazione dell'art. 111 Cost. e sul principio del contraddittorio, CP, 2000, 2451; DI CHIARA, La nuova istruttoria dibattimentale: attuazione del giusto processo, metodo del contraddittorio e prova rappresentativa, FI, 2001, V, 291; FERRUA, La Corte costituzionale promuove la regola d'oro" del processo accusatorio, DPP, 2002, 403; FTLIPPI, A proposito di "giusto processo": l'imputato diventa attore della cross examination? DPP, 2000, 1235; GIOSTRA, «Contraddittorio», cit., 4; GREVI, Dichiarazioni dell'imputato, cit., 844; NAPPI, contraddittorio dimenticato, DG, 2000, 26, 5; SIRACUSANO, Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria, DPP, 2000, 1425; ID., Lunga marcia del contraddittorio fra Costituzione e legge ordinaria, DG, 2000, 45, 8; TONINI, IL contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento, DPP, 2000, 1388; UBERTIS, Giusto processo e contraddittorio in ambito penale, CP, 2003, 2096; ID, «Giusto processo».

<sup>12</sup> Per una visione d'insieme completa ruolo e poteri del giudice si rinvia a DELL'ANNO, Capacità del giudice, in Digesto delle discipline penalistiche, Torino, 2013, 249 e ss.; DALIA-PIERRO, Giurisdizione penale, in Enc. Giur., Roma, 1989, 1 e ss.; DEAN-FONTI, La giurisdizione penale, in Trattato di procedura penale, I, 1, Soggetti e atti, a cura di Dean, Torino, 2009, 5 e ss.; DELLA RAGIONE, Il giudice, in Soggetti. Atti. Prove, a cura di Spangher, in Trattato di procedura penale, Torino, 2015, 4 e ss.

devono essere concessi pieni poteri in ordine sia all'iniziativa del processo, sia alla formazione della prova. Si tende a non riconoscere alcun potere alle parti: l'offeso e l'imputato sono meri "oggetti" del giudizio, poiché tutti i poteri risiedono nel giudice<sup>13</sup>.

L'iniziativa del processo penale, in questo sistema, spetta al giudice poiché è depositario del vero e del giusto; può avviarlo anche d'ufficio, è sufficiente anche una denuncia anonima. L'inquisitore è un organo che ricerca la verità in segreto senza alcuna contrapposizione dialettica tra le parti, in quanto quest'ultime potrebbero intralciare la ricerca della verità, per questo questa attività spetta al giudice che non conosce alcun limite nella ricerca delle prove in quanto l'obiettivo è il risultato e non conoscere il percorso seguito. Di fatti, ogni modalità di ricerca è ammessa, compresa la tortura dell'imputato<sup>14</sup>. L'inquisitore elabora quanti teoremi vuole, data l'assenza del contraddittorio; il giudice padrone del gioco le dispone sulla scacchiera come gli conviene: manipola tempi, luoghi, cose, persone. Lo scopo è quello di ottenere la confessione dell'imputato, considerata "la regina delle prove".

Il sistema è caratterizzato da una presunzione di colpevolezza infatti è bastevole anche una denuncia anonima affinché l'imputato sia chiamato a discolarsi. Infine, il sistema è completato dal frequente ricorso alla carcerazione preventiva che rappresentava in concreto un'anticipazione della condanna<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> In questo sistema, tanto più stretto è il legame del giudice con il potere politico tanto meglio egli potrà svolgere la sua opera e tanto più aderente al vero sarà la sua decisione.

<sup>14</sup> Erano ammesse sia torture fisiche sia morali. Bisogna che "l'analista" gli entri in testa da ogni possibile spiraglio.

<sup>15</sup> CFR.: Beccaria *Dei delitti e delle pene*, 1764, Cap. XVII p. 34;

Il sistema inquisitorio appare quindi, dall'analisi di cui sopra, un sistema rigido e poco garantista dei diritti dell'imputato e, per tale motivo, criticato da più parti soprattutto nel XVII secolo dagli illuministi. Una critica importante gli è stata mossa da Beccaria nell'opera "Dei delitti e delle pene" dove propende per il tipo di processo informativo, ripudiando invece quello offensivo (che ricalca lo stile inquisitorio); infatti al capitolo XVII dichiara che "il vero processo l'informativo cioè la ricerca indifferente del fatto quello che la ragione comanda".<sup>16</sup>

Quello che Beccaria aveva in mente era un processo, in primo luogo caratterizzato da una presunzione di innocenza, indicata al capitolo XIII dedicato ai testimoni, dove afferma che "più di un testimonio è necessario, perché fintanto che uno asserisce e l'altro nega niente v'è di certo e prevale il diritto che ciascuno ha d'esser creduto innocente"<sup>17</sup>, e sia, in secondo luogo, un processo dove la fase istruttoria è compiuta all'interno del processo e dove il giudice, pertanto sia posto in condizione di indagare sul vero<sup>18</sup>.

Il sistema accusatorio<sup>19</sup>, era vigente in quegli Stati in cui minor potere era attribuito al sovrano, situazione questa non esistente nell'Europa continentale, ma sussistente invece in Inghilterra dove nella *Magna Charta Libertatum* del 1215 si afferma che nessun uomo libero può

---

CFR.: Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna – assolutismo e codificazione del diritto*, 1976, p. 473;

Cfr.: TONINI, *Manuale di Procedura Penale*, XX edizione, p. 5-6-7.

<sup>16</sup> CFR.: BECCARIA *Dei delitti e delle pene*, 1764, Cap. XVII p. 50.

<sup>17</sup> CFR.: BECCARIA *Dei delitti e delle pene*, 1764, Cap. XVII p. 34.

<sup>18</sup> CFR.: TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna – assolutismo e codificazione del diritto*, 1976, p. 473.

<sup>19</sup> Si rinvia, per una analisi più dettagliata, a CONSO, «Accusa e sistema accusatorio (diritto processuale penale)», op. cit., 334 ss.

essere arrestato o messo in prigione se non a seguito di un giudizio dei suoi pari, reso nella forma legale secondo il diritto del paese.

Tale sistema era caratterizzato dal riconoscimento di garanzie per l'imputato, quali: il privilegio contro l'auto-incriminazione e il suo corollario del diritto al silenzio; il principio del confronto con l'accusatore.

Il modello di stampo accusatorio<sup>20</sup> si basa sul principio dialettico poiché si prende atto dei limiti della natura umana e si ritiene che nessuna persona possa essere depositaria del vero e del giusto; l'unico modo per accertare al meglio la verità è attraverso la ripartizione delle funzioni processuali tra i soggetti che hanno interessi antagonisti. È necessario che un giudice imparziale sia in grado di dirimere i momenti di contrasto inevitabile tra i due antagonisti del processo penale, restando in una posizione di assoluta neutralità psichica. L'iniziativa del processo spetta solo alle parti e, una volta che sia accolto il principio dialettico, i poteri di ricerca, ammissione e valutazione della prova devono essere ripartiti tra il giudice, l'accusa e la difesa al fine di reprimerne gli abusi. Colui che accusa ha l'onere di ricercare le prove e di convincere il giudice della reità dell'imputato; il giudice deve soltanto decidere se ammettere o meno il mezzo di prova che viene richiesto.

---

<sup>20</sup> Prende il nome proprio in virtù della presenza di un "accusatore". In origine il potere di azione spettava ad un accusatore privato, e cioè alla persona offesa dal reato o a qualunque cittadino: così TONINI, *Manuale di procedura penale*, XX edizione.

La separazione delle funzioni processuali si attua mediante il principio del contraddittorio<sup>21</sup>: assicura che il giudice permetta alla parte interessata di sostenere le proprie ragioni e tende a far sì che ciascuna parte possa contribuire alla formazione della prova ponendo domande al testimone, di fatti si parla di oralità. Inoltre è fondamentale tenere conto del metodo utilizzato per la formazione della prova, poiché incide sull'ammissibilità o meno della stessa. Opera la presunzione di innocenza e l'accusa deve convincere il giudice della reità dell'imputato "al di là di ogni ragionevole dubbio". In virtù di ciò che è stato appena illustrato, la sanzione penale non può essere anticipata in via provvisoria: la custodia in carcere prima della sentenza è strutturata come la *extrema ratio*. L'ordinamento deve prevedere altre misure che possano essere applicate se ed in quanto siano idonee a far fronte ad esigenze cautelari meno intense<sup>22</sup>.

### **3. Il sistema processuale italiano.**

Il sistema processuale italiano è un sistema misto: definito così proprio perché con il pensiero illuministico si volle creare un sistema del processo penale frutto dell'incontro tra il sistema inquisitorio e il

---

<sup>21</sup> CHIAVARIO, «Giusto processo (processo penale)», in Enc. giur, XV, Roma, 2001, 16 ss. e GIOSTRA, «Contraddittorio», in Enc. giur., VIII, Roma, 2001, 5 ss. Sul valore del principio del contraddittorio, GARUTI, Il contraddittorio nelle dinamiche dell'accertamento penale, in Fisionomia costituzionale del processo penale, a cura di Dean, Torino, 2007.

<sup>22</sup> Se il periodo di inquinamento della prova o il pericolo di fuga possono essere evitati imponendo una cauzione, l'imputato ha diritto che il giudice determini la stessa tenendo conto delle sue capacità economiche.

sistema accusatorio. La sua caratteristica principale è la divisione in due fasi processuali: la prima fase (fase istruttoria), era dedicata alla raccolta delle prove ed era attribuita, come regola generale, alle cure del giudice istruttore e in alcuni casi, eccezionalmente, a quelle del pubblico ministero; la seconda fase (quella del giudizio), era destinata alla formazione della decisione ed era affidata ad un organo giudicante che doveva pronunciarsi sulla base di un dibattito in contraddittorio pubblico ed orale. Può quindi dirsi che, data la struttura di tale tipo di processo di tipo misto, la prima fase era ispirata al sistema inquisitorio, la seconda a quello accusatorio. Ma ci si rese ben presto conto che questa suddivisione non funzionava, pertanto, con il Codice dell'88 si pensò di strutturare il processo penale sempre in due fasi, ma differenti. La prima è dedicata alla ricerca delle fonti di prova (fase delle indagini preliminari): ciò vuol dire che l'insieme delle attività investigative che vi si svolgono e dei risultati che si conseguono non costituiscono prove e quindi non sono utilizzabili per il giudizio. La seconda fase, invece, consacrata alla formazione della prova in un dibattimento pubblico, orale e in contraddittorio<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Lo stesso senso GAROFOLI, *Diritto processuale penale*, II Ed., Milano, 2012, 49 e ss., secondo cui "Qualunque sia il metodo probatorio adoperato per la ricostruzione del fatto storico su cui l'accusa ha fondato la propria imputazione, il risultato non porterà al raggiungimento della certezza assoluta, dal momento che non è possibile affermare la colpevolezza o l'innocenza di un imputato in modo assoluto. Il giudice nell'operazione ermeneutica, pur utilizzando i comuni canoni di certezza processuale, giunge ad un giudizio di responsabilità caratterizzato da un alto grado di credibilità razionale, non si parla, quindi, di certezza, ma di credibilità, non di verità, ma di verosimiglianza". Sul tema cfr. anche UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in UBERTIS (a cura di), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano 1992.

#### 4. Il principio del contraddittorio.

Il contraddittorio costituisce senza dubbio l'asse portante dell'epistemologia giudiziaria, rappresenta una vera e propria sineddoche di qualunque sistema processuale ispirato al modello accusatorio<sup>24</sup>.

Solamente attraverso il metodo dialettico della formazione della prova si può addivenire ad una ricostruzione, più vivida possibile, di un fatto del passato per definizione irripetibile (lost fact). Di fatti, con le molteplici evoluzioni dal Codice del 1988, e a seguito della revisione dell'art. 111 Cost, si è arrivati a considerare lo statuto del canone

---

<sup>24</sup> Per un opportuno approfondimento del fondamentale principio in questione si consigliano Amodio, *Dal rito inquisitorio al "giusto processo"*, GP, 2002, 4, 103; Cavallari, «Contraddittorio (dir. proc. pen.)», in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 730; Cecchetti, *Riforma dell'art. 111 della Costituzione e giurisprudenza costituzionale: analisi e bilancio del primo triennio*, in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, 196 ss.; Cesari *"Giusto processo", contraddittorio ed irripetibilità degli atti d'indagine*, RIDPP, 2001, p. 78; Chiavario, «Giusto processo (processo penale)», in *Enc. giur.*, XV, Roma, 2001, 16 ss.; Comoglio, *Il principio di economia processuale*, I, Padova, 1980, 7; Id., *Le garanzie fondamentali del «giusto processo»*, in *NGCC*, 2001, II, 31; Id., *Le prove civili*, Torino, 2010, 50; Id., «Contraddittorio (principio del): I Dir. proc. civ.», in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1997, 2; Conso, *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*, RIDPP, 1966, 405; Ferrua, *Il "giusto processo" in Costituzione*, DG, 2000, 1, 5; Id., *Il contraddittorio è salvo, ora va circoscritto il diritto al silenzio*, DG, 2000, 37, 81; Id., *L'avvenire del contraddittorio*, CD, 2000, 25; Id., *Rischio contraddizione nel neo-contraddittorio*, DG, 2000, 1, 81; Id., *Il "giusto processo"*, Bologna, 2012; Galantini, *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*, PPG, 2012, 1 ss.; Garuti, *Il contraddittorio nelle dinamiche dell'accertamento penale, in Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di Dean, Torino, 2007, 180 ss.;