

PAOLO TONINI - CARLOTTA CONTI

Lineamenti di  
**Diritto  
Processuale  
Penale**

ventunesima edizione

Sezione non inclusa

## Parte Prima

# EVOLUZIONE STORICA DEL PROCESSO PENALE

### Capitolo I

#### I SISTEMI PROCESSUALI

SOMMARIO: 1. Diritto penale e diritto processuale penale. — 2. Il sistema inquisitorio. — 3. Il sistema accusatorio. — 4. Il sistema misto.

### 1. Diritto penale e diritto processuale penale.

La legge penale definisce i “tipi di fatto” che costituiscono reato e le sanzioni previste per coloro che li commettono. La legge processuale penale regola il procedimento mediante il quale si accerta se è stato commesso un fatto di reato, se l'imputato ne è l'autore e, in caso positivo, quale pena debba essergli applicata.

Una volta che è stato commesso un reato, occorre accertare le modalità del fatto, scoprirne il responsabile (o i responsabili) e applicare le sanzioni. Questo compito in una società ordinata spetta allo Stato in base al diritto; non si può lasciare che i cittadini, le persone offese o i loro familiari si facciano Giustizia da soli. L'uso della coercizione e della forza deve restare monopolio dello Stato. Il compito di accertare se un imputato è responsabile di un reato è demandato al giudice. Le modalità di svolgimento del processo penale non devono essere lasciate alla discrezione di quest'ultimo, bensì devono essere regolate dalla legge (si veda la riserva di legge contenuta nell'art. 111 Cost., nuovo comma 1 introdotto con la riforma del 1999, della quale si tratterà nel prossimo capitolo).

Il diritto processuale penale è il complesso delle norme di legge che disciplinano le attività dirette all'attuazione del diritto penale nel caso concreto. In questo senso comunemente si afferma che il diritto processuale ha una *funzione strumentale* rispetto al diritto penale sostanziale. Il giudice accerta se il fatto commesso dall'imputato rientra nella fattispecie (tipo di fatto) prevista dalla legge penale incriminatrice; in caso positivo, l'imputato deve essere condannato; in caso negativo, l'imputato deve essere assolto.

### 2. Il sistema inquisitorio.

Con i termini *sistema accusatorio* e *sistema inquisitorio* ci riferiamo a “tipi” ideali di processo che sono niente altro che “modelli”: essi sono stati ricavati mediante astrazione a partire da alcuni caratteri reali che sono riscontrabili nei singoli ordinamenti processuali in determinati momenti della storia.

Il sistema inquisitorio si basa sul *principio di autorità*, secondo il quale la verità è tanto meglio accertata quanto più potere è dato al soggetto inquirente. In lui si cumulano tutte le funzioni processuali: egli opera al tempo stesso come giudice, come

accusatore e come difensore dell'imputato. Da questo postulato deriva che ad un unico soggetto devono essere concessi pieni poteri in ordine sia all'iniziativa del processo, sia alla formazione della prova. Tale soggetto nella storia assume varie denominazioni, delle quali la più nota è quella di "giudice inquisitore". Non importa se si tratta di un giudice singolo o collegiale (anche se è un organo eletto democraticamente); quello che conta è il "tipo" di potere che gli è concesso. Si pensa che, se l'autorità facilita l'accertamento del vero e del giusto, tanto maggiore sarà quella, tanto migliore sarà questo. In definitiva, si crede nel "cumulo" delle funzioni processuali in un unico organo.

Correlativamente, 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.

Dal principio del cumulo dei poteri processuali derivano le principali caratteristiche del sistema inquisitorio.

a) *Iniziativa d'ufficio*. L'iniziativa del processo penale deve spettare al giudice. Poiché è il depositario del vero e del giusto, egli non deve essere ostacolato dalla inattività delle parti.

b) *Iniziativa probatoria d'ufficio*. La ricerca delle prove non deve spettare alle parti, bensì al giudice stesso, perché egli ha più poteri e, quindi, meglio può conoscere il vero e il giusto.

c) *Segreto*. L'inquisitore è una persona (o un organo) che ricerca la verità senza utilizzare la contrapposizione dialettica tra le parti. Assume le deposizioni in segreto e non ha necessità di confrontare la sua ricostruzione della verità con le posizioni dell'accusa e della difesa dell'imputato. Costoro, limitando i suoi poteri, potrebbero soltanto ostacolare la ricerca del vero.

d) *Scrittura*. Delle deposizioni raccolte dall'inquisitore è redatto un verbale. Questo riporta l'interpretazione che l'inquisitore dà alle frasi pronunciate. Si ritiene accettabile che non vengano riportate le parole effettive, bensì la versione data dall'inquirente, perché soltanto lui è in grado di comprendere il vero significato di quanto è stato detto.

e) *Nessun limite all'ammissibilità delle prove*. Quello che conta è il risultato da raggiungere, e cioè l'asserita verità, e non il metodo con cui la si persegue. Pertanto ogni modalità di ricerca è ammessa, compresa la tortura dell'imputato. E se l'inquisitore ritiene che il testimone dica il falso, anche quest'ultimo può essere sottoposto a tormenti.

f) *La presunzione di reità*. È sufficiente aver raccolto alcuni indizi contro un imputato, o anche soltanto una denuncia anonima, perché l'imputato sia chiamato a "discolparsi". In questo sistema deve essere l'imputato a dimostrare la sua innocenza mediante prove; se fallisce in tale compito, deve essere condannato.

g) *Carcerazione preventiva*. Poiché l'imputato è presunto colpevole, in mancanza di prove di innocenza può essere sottoposto a custodia preventiva in carcere. Il sistema inquisitorio fa ampio uso di tale strumento; è denominato carcerazione "preventiva" perché costituisce l'anticipazione di quella sanzione, che poi viene irrogata a seguito della decisione. In attesa della sentenza, l'imputato languisce in carcere senza che gli siano rese note né l'accusa formulata, né le prove raccolte.

h) *Molteplicità delle impugnazioni*. Il regime totalitario dà ampi poteri al giudice inquisitore; nel momento in cui egli li esercita, non può essere controllato

dalle parti, pena la sconfessione del postulato che fonda il sistema. Una volta che è stata pronunciata la sentenza, il sistema si ricorda che anche il giudice è un uomo e può sbagliare. Ed allora il regime permette che le parti possano presentare impugnazione, sulla quale deve decidere un giudice superiore che è dotato dei medesimi poteri inquisitori che sono concessi al primo giudice.

### 3. Il sistema accusatorio.

Il sistema accusatorio è costruito come modello contrapposto a quello inquisitorio. Esso si basa su di un principio opposto a quello di autorità, e cioè sul *principio dialettico*. Si prende atto dei limiti della natura umana e si ritiene che nessuna persona sia depositaria del vero e del giusto; la verità si può accertare tanto meglio quanto più le funzioni processuali sono ripartite tra soggetti che hanno interessi antagonisti. Al giudice, che deve essere indipendente ed imparziale, spetta di decidere sulla base di prove prodotte dall'accusa e dalla difesa. La scelta operata dal giudice tra le diverse ricostruzioni del fatto storico è stimolata dalla dialettica che si svolge tra soggetti spinti da interessi contrapposti. Lo scontro tra le tesi sostenute da ciascun interlocutore è una tecnica che consente di valutare la fondatezza degli argomenti che le sorreggono e costituisce il metodo meno imperfetto per avvicinarsi alla verità.

Accettato tale principio, occorre che nel processo penale i poteri di un soggetto siano bilanciati da quelli riconosciuti ad un altro soggetto. 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. Il sistema delineato, che può essere definito "separazione delle funzioni processuali", vuole evitare che l'uso di un potere degeneri in abuso.

Dal principio di separazione delle funzioni processuali derivano le caratteristiche essenziali del sistema accusatorio, che vengono a delinarsi in contrapposizione logica con quelle che connotano il sistema inquisitorio.

a) *Iniziativa di parte*. Il giudice non può procedere d'ufficio nel determinare l'oggetto della controversia, perché altrimenti si dimostrerebbe parziale. L'iniziativa del processo penale deve spettare soltanto alle parti. La presenza di un "accusatore" dà nome a questo sistema processuale. In origine il potere di azione (e cioè di chiedere una decisione al giudice) spettava ad un accusatore privato, e cioè alla persona offesa dal reato o a qualunque cittadino. Successivamente il potere è stato attribuito ad un organo pubblico: il pubblico ministero.

b) *Iniziativa probatoria di parte*. Una volta che sia accolto il principio dialettico, ne derivano alcune conseguenze in tema di prova. I poteri di ricerca, ammissione e valutazione della prova non possono essere attribuiti ad un unico soggetto (né al giudice, né all'accusatore), bensì devono essere divisi e ripartiti tra il giudice, l'accusa e la difesa in modo che nessuno di essi possa abusarne. In questo sistema è indispensabile una dettagliata regolamentazione della prova.

Colui che accusa ha l'onere di ricercare le prove e di convincere il giudice della reità dell'imputato. La difesa deve avere il potere di ricercare le prove in base alle quali possa convincere il giudice che l'imputato non è colpevole, o che le modalità di

svolgimento del fatto addebitato devono essere ricostruite in modo diverso da quanto ha fatto l'accusa. Il giudice deve soltanto decidere se ammettere, o meno, il mezzo di prova che viene richiesto; nel corso dell'esame deve di regola limitarsi a valutare l'ammissibilità delle domande formulate da una parte. L'istituto che esprime nel modo più limpido la filosofia del sistema accusatorio è l'esame incrociato, nel quale sono distribuiti in modo dettagliato i poteri di iniziativa spettanti alle parti ed i poteri di controllo attribuiti al giudice.

c) *Contraddittorio*. La separazione delle funzioni processuali si attua mediante il principio del contraddittorio. Questo assicura che, prima della decisione, il giudice permetta alla parte interessata di sostenere le proprie ragioni (*audiatur et altera pars*); riferito alla materia della prova, il principio acquista un significato ancora più forte e specifico e tende a far sì che ciascuna delle parti possa contribuire alla formazione della prova ponendo le domande al testimone (o altro dichiarante). Il contraddittorio adempie a due funzioni essenziali: tutela i diritti di ciascuna parte e costituisce una tecnica di accertamento dei fatti. Quanto maggiore è il contraddittorio, tanto meglio potrà essere accertata la verità. Ad ogni parte deve essere data la possibilità di mettere in dubbio l'esistenza del fatto affermato dalla controparte.

d) *Oralità*. Si ha oralità in senso pieno soltanto quando coloro che ascoltano possono porre domande ed ottenere risposte da colui che ha reso una dichiarazione. L'oralità permette di valutare in modo pieno la credibilità e l'attendibilità di un testimone (o di altro dichiarante). Da ciò deriva la regola di esclusione secondo cui, in linea di principio, ai fini della decisione non sono utilizzabili le dichiarazioni scritte.

e) *Limiti di ammissibilità delle prove*. Nel sistema accusatorio si ritiene che sia molto importante il *metodo* attraverso il quale si giunge a formare una prova; soltanto se questo è rispettato, l'elemento conoscitivo che se ne trae può essere valutato nella sua attendibilità e, quindi, essere utile allo scopo di ricostruire l'esistenza di un fatto storico.

f) *Presunzione di innocenza*. Chiunque accusa una persona deve convincere il giudice, mediante prove, che costei è colpevole; fino a che il giudice non ha accertato la reità mediante un processo regolato dalla legge e rispettoso del diritto di difesa, l'imputato è presunto innocente. Non gli può essere chiesto di "discolparsi", bensì spetta a colui che accusa portare prove che dimostrino la reità. Il giudice può condannare l'imputato soltanto quando l'accusa ha provato la reità "al di fuori di ogni ragionevole dubbio".

g) *Limiti alla custodia cautelare*. Se l'imputato è presunto innocente fino alla condanna definitiva, non può essere trattato come un colpevole; pertanto la sanzione penale non può essere anticipata in via provvisoria. Quella che può essere applicata è soltanto una *misura cautelare* se ed in quanto vi siano prove che dimostrino che in concreto esistono esigenze cautelative.

Termine estratto capitolo

## Capitolo II

### DALLA COSTITUZIONE AL CODICE DI PROCEDURA PENALE

SOMMARIO: 1. I principi del processo penale nella Costituzione del 1948. — 2. Dalla legge-delega al codice di procedura penale. — 3. Le linee generali del processo penale. — 4. I principi del “giusto processo”. — 5. I principi inerenti ad ogni processo. — 6. I principi attinenti al processo penale. — 7. La riforma Cartabia: il nuovo bilanciamento tra principi fondamentali ed efficienza. — 8. L’attuazione della Direttiva europea sulla presunzione di innocenza. — 9. Cenni sulla successione delle norme processuali nel tempo. — 10. Le fonti internazionali del diritto processuale penale. — 11. Effetti delle sentenze di condanna pronunciate dalla Corte europea dei diritti dell’uomo.

#### **1. I principi del processo penale nella Costituzione del 1948.**

La Costituzione, entrata in vigore il 1° gennaio 1948, ha introdotto molte novità rispetto allo Statuto albertino, che trascurava quasi completamente i principi attinenti al processo penale. L’Assemblea costituente ha voluto intervenire in questa materia seguendo una precisa strategia. A causa del tempo limitato a loro disposizione, i costituenti hanno posto soltanto le garanzie fondamentali che riguardavano i punti nevralgici del processo penale. Nel fare ciò, hanno dato per scontato che alcuni principi fondamentali (quali, ad esempio, la pubblicità del dibattimento penale) costituissero ormai una conquista consolidata e, pertanto, non necessitassero di espressa previsione nella Costituzione.

È importante porre una premessa ulteriore. Nella Costituzione si esprimono i differenti orientamenti ideologici che hanno contribuito ad elaborare la Carta fondamentale. Infatti, nel corso dei lavori preparatori della Assemblea costituente (1946-1947) hanno portato un contributo sinergico partiti di matrice ideologica profondamente differente, e cioè liberali, personalistiche e solidaristiche.

All’*orientamento liberale* si devono le norme costituzionali che introducono la separazione dei poteri dello Stato, riaffermata con particolare enfasi a garanzia dell’ordine giudiziario: fra tutti i principi costituzionali, sono state congegnate con maggiore attenzione le disposizioni del titolo IV della parte II sulla magistratura (v. *infra*, parte II, cap. 1, § 2). Sempre all’*orientamento liberale* si possono ricondurre quelle disposizioni che stabiliscono la separazione delle funzioni nel processo penale: il diritto di difesa, proclamato « inviolabile in ogni stato e grado del procedimento » (art. 24, comma 2; v. *infra*, parte II, cap. 1, § 6); l’azione penale spettante al pubblico ministero (art. 112; v. *infra*, parte III, cap. 2, § 2); il principio del “giudice naturale” precostituito per legge (art. 25, comma 1; v. *infra*, parte II, cap. 1, § 2, lett. f). L’insieme di queste norme dimostra in modo netto che il costituente ha ritenuto che le attività relative al processo penale dovessero spettare ad organi distinti.

All’*orientamento personalistico* si ricollegano le norme che riconoscono i diritti inviolabili della persona umana (art. 2). L’elenco è dettagliato anche nelle garanzie di riserva di legge e di giurisdizione, che vengono precisate in singoli articoli a tutela della libertà personale (art. 13; v. *infra*, parte II, cap. 4, § 2); della libertà di domicilio (art. 14), di corrispondenza (art. 15; v. *infra*, parte II, cap. 5, § 5) e di circolazione (art.

16). Il quadro è completato dalla presunzione di innocenza, affermata nell'art. 27 comma 2 (v. *infra*, parte II, cap. 3, § 5) sia pure con una formula non limpida, che voleva salvare la legittimità della custodia cautelare applicabile in pendenza del processo penale (art. 13, comma 2).

Infine, l'*orientamento solidaristico* trova la sua consacrazione negli articoli 2 e 3 della Costituzione. A tale orientamento si possono ricondurre tutte le norme che tendono a rimuovere gli ostacoli di carattere economico che impediscono l'egualianza sostanziale: l'art. 24, comma 3 (« sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione »; v. *infra*, parte II, cap. 1, § 6); l'art. 24, comma 4 (« la legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari »; v. *infra*, parte VI, cap. 4, § 2); l'art. 112, che nel porre come « obbligatoria » l'azione penale vuole garantire che l'iniziativa del processo prescindano dalle condizioni economiche svantaggiate della persona offesa dal reato. Fanno ancora capo all'orientamento solidaristico quegli obblighi che la legge processuale impone al testimone, al denunciante ed al cittadino chiamato a svolgere le funzioni di giudice popolare; sotto quest'ultimo profilo, l'art. 102, comma 3 dispone che « la legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia » (1).

## 2. Dalla legge-delega al codice di procedura penale.

Con la legge-delega 16 febbraio 1987 n. 81 il Parlamento italiano ha precisato i criteri direttivi che il Governo doveva seguire nell'elaborare il codice di procedura penale. I criteri sono riconducibili a tre direttive fondamentali. In primo luogo, attuare i principi della Costituzione; quindi, adeguare le norme processuali alle Convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona; infine, « attuare i caratteri del sistema accusatorio » secondo i centocinque principi direttivi enunciati nella legge-delega. Da quest'ultima notazione si può ricavare che è stato accolto un sistema accusatorio non di tipo "puro", bensì parzialmente attenuato sulla base dei principi direttivi voluti da Parlamento italiano.

Una Commissione, nominata dal Ministro della Giustizia Giuliano Vassalli e presieduta dal Prof. Gian Domenico Pisapia, ha redatto il progetto preliminare. Il 22 settembre 1988 il Governo ha approvato il testo del nuovo codice, pubblicato sulla Gazzetta ufficiale del 24 ottobre 1988 ed è entrato in vigore il 24 ottobre 1989.

---

(1) Anticipiamo che altri principi sono stati introdotti successivamente nella Carta fondamentale con la legge costituzionale n. 2 del 1999 sul "giusto processo", sulla quale si veda *infra*, § 4. Nel presente volume l'illustrazione dei singoli principi sarà effettuata nel momento nel quale verrà trattata la materia alla quale essi ineriscono. Poiché, secondo l'insegnamento della sentenza della Consulta n. 85 del 2013, "nessun diritto è tiranno", ormai si ritiene che in presenza di esigenze contrastanti di rilievo costituzionale sia sempre necessario operare un bilanciamento tra i principi.



### 3. Le linee generali del processo penale.

Il nuovo processo penale delineato nel codice del 1988 è fondato su tre principi generali: 1) il principio della separazione delle funzioni; 2) il principio della separazione delle fasi processuali; 3) il principio della semplificazione del procedimento.

**a) Il principio della separazione delle funzioni processuali.** Il principio della separazione delle funzioni processuali adempie ad un ruolo di garanzia; esso impone che il giudice abbia soltanto il compito di decidere sull'ammissione delle prove, di controllarne l'assunzione e di valutarne i risultati, senza cumulare in sé poteri di iniziativa d'ufficio nella ricerca e nell'introduzione delle stesse. Al tempo stesso, il principio di separazione delle funzioni impone che il pubblico ministero si limiti a ricercare le prove e non cumuli in sé il potere di assumerle. In tal modo viene assicurata una maggiore dialettica tra accusa e difesa, che espongono le proprie ragioni nel corso del dibattimento in una situazione di tendenziale equilibrio sotto il controllo del giudice. Questi è in una posizione di imparzialità perché il suo compito non è quello di indagare, bensì di decidere sulla base delle richieste formulate dalle parti; in particolare, al termine della fase del giudizio egli deve valutare se l'accusa ha eliminato ogni ragionevole dubbio sulla reità dell'imputato.

**b) Il principio della separazione delle fasi processuali.** In base al principio della netta ripartizione in fasi, il procedimento penale vede susseguirsi le *indagini preliminari* svolte dal pubblico ministero, l'*udienza preliminare* ed il *dibattimento*. Questa struttura, che costituisce lo svolgimento ordinario del procedimento, tende a tutelare alcuni valori che sono propri del sistema accusatorio.

In primo luogo, si vuole che le dichiarazioni utilizzabili nella decisione in dibattimento siano quelle che vengono formate nel pieno contraddittorio delle parti, e cioè con l'esame incrociato sulla base di domande formulate dal pubblico ministero e dal difensore. Pertanto, almeno come regola, non sono utilizzabili le dichiarazioni rese prima prima del dibattimento.

In secondo luogo, si vuole tutelare il diritto dell'imputato a che un giudice controlli la necessità del rinvio a giudizio e, quindi, la fondatezza dell'accusa formulata dal pubblico ministero quando questa ha ad oggetto un reato grave. Infatti, il rinvio a giudizio, già in forza della pubblicità che caratterizza tale fase, costituisce una sofferenza per l'imputato innocente; pertanto costituisce un danno da evitare. A tal fine è predisposta una udienza preliminare, nella quale il giudice esamina gli atti raccolti dal pubblico ministero e decide se rinviare a dibattimento l'imputato o pronunciare una sentenza di non luogo a procedere.

**c) I procedimenti semplificati.** Il terzo principio, che sta alla base del nuovo codice, consiste nella semplificazione del procedimento. Lo svolgimento ordinario del processo penale impone ampie garanzie e richiede tempi lunghi, specialmente nella fase dibattimentale. Non è pensabile che si possano avere uomini, mezzi e risorse così abbondanti da far svolgere tutti i processi per tutti i reati secondo lo schema ordinario appena delineato. Ed infatti è noto che gli ordinamenti, che adottano un sistema processuale accusatorio, prevedono altresì meccanismi di semplificazione che riservano la procedura più garantita soltanto ai casi veramente controversi o ai reati gravi.

Così, sono stati previsti riti semplificati che, a determinate condizioni, omettono il dibattimento e permettono di decidere sulla base degli atti assunti nel corso delle indagini preliminari o dell'udienza preliminare (patteggiamento, giudizio abbreviato, procedimento per decreto, cui si è aggiunta nel tempo la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato) e riti semplificati che, al ricorrere di determinati presupposti, omettono l'udienza preliminare passando subito al dibattimento (giudizio immediato e giudizio direttissimo).

#### **4. I principi del "giusto processo".**

La situazione di emergenza provocata dagli omicidi dei magistrati Livatino (1991) Falcone e Borsellino (1992), causati dalla recrudescenza della criminalità mafiosa, ha indotto a modificare alcuni punti fondamentali della disciplina del processo penale. Occorre ricordare che nel testo originario del codice il principio di oralità era affermato in modo assoluto. Le dichiarazioni rese dal possibile testimone alla polizia giudiziaria non erano utilizzabili in dibattimento come prova del fatto narrato. Se, ad esempio, il teste sentito dalla polizia giudiziaria decedeva in conseguenza del reato del quale era stato vittima, le sue dichiarazioni erano inutilizzabili. Lo stesso avveniva quando il testimone — sentito dalla stessa polizia oppure dal pubblico ministero — era minacciato ed in aula si chiudeva nel silenzio. Simili eventualità — pur esiziali per l'accertamento del fatto — erano accettate come un sacrificio necessario in nome dell'oralità. Tuttavia, non si teneva conto del fatto che gli ordinamenti giuridici, storicamente ispirati a tale principio, prevedevano eccezioni nelle situazioni menzionate.

La Corte costituzionale nel 1992 ha risposto alle scelte del nuovo codice con un massimalismo di segno inverso. All'oralità, affermata in senso assoluto, il Giudice delle leggi ha contrapposto il principio di « non dispersione della prova » raccolta prima del dibattimento e ne ha sostenuto la rilevanza costituzionale in ragione della sua correlazione con il fine del processo penale che consiste nella ricerca della verità. Con le sentenze n. 24, 254 e 255 è stato dato ampio spazio alla utilizzabilità delle dichiarazioni rese prima del dibattimento alla polizia ed al pubblico ministero. Si trattava sempre di posizioni assolute, sia pure su un versante opposto rispetto a quanto affermato nell'impianto originario del codice del 1988.

Da parte sua, il Governo con il decreto legge n. 306 dell'8 giugno 1992, conv. in legge n. 356 del 1992, ha esteso la utilizzabilità di tutti i verbali delle dichiarazioni rese in segreto prima del dibattimento; di conseguenza, risultava leso il principio del contraddittorio, che costituiva il fulcro del sistema accusatorio.

Negli anni successivi si sono alternate prese di posizione di segno opposto da parte del Legislatore e della Corte costituzionale. Come a rasentare un conflitto tra

**Termine estratto capitolo**

## Parte Seconda

# PROFILI GENERALI DEL PROCEDIMENTO PENALE

### Capitolo I

#### I SOGGETTI DEL PROCEDIMENTO PENALE

SOMMARIO: 1. Procedimento e processo. — 2. Il giudice. — 3. Il pubblico ministero. — 4. La polizia giudiziaria. — 5. L'imputato. — 6. Il difensore. — 7. La persona offesa dal reato e la parte civile. — 8. Altri soggetti del procedimento penale.

#### 1. Procedimento e processo.

**a. Il processo penale sul fatto, sull'autore e sulle conseguenze.** Il processo penale ha lo scopo di accertare: *a)* se una determinata persona ha commesso un reato; *b)* quale è la personalità dell'autore del reato; *c)* quali sono le sanzioni che devono essergli applicate.

Il processo penale ha una funzione “strumentale” rispetto al diritto penale sostanziale, nel senso che è veicolo necessario per applicare la legge penale. Quest'ultima indica i fatti che costituiscono reato e le sanzioni previste per coloro che li commettono. Il processo penale si propone il fine di accertare i fatti storici che costituiscono il reato, di identificarne gli autori e di conoscere la personalità di questi ultimi.

*a)* Il processo penale non ha lo scopo meramente teorico di ricostruire la verità su di un fatto commesso, bensì un fine più limitato, che consiste nell'accertare se tale fatto costituisce reato e, nel caso positivo, nell'applicare una sanzione a chi lo ha commesso. L'accertamento del fatto e l'individuazione del suo autore non perseguono finalità astratte o “storiche”, ma servono soltanto per valutare se e quali sanzioni penali devono essere irrogate.

*b)* L'accertamento della personalità dell'autore del reato è reso necessario dalla caratteristica che distingue la sanzione “penale”. Questa si differenzia da quella civile e da quella amministrativa per il fatto di essere proporzionata alla “personalità” dell'autore del fatto illecito, oltre che alla gravità dell'offesa arrecata al bene tutelato dalla norma incriminatrice (art. 133 c.p.).

Da ciò consegue che il processo penale ha la funzione di accertare la personalità dell'autore del reato al fine di commisurare ad essa la sanzione che deve essere irrogata.

*c)* Se la sanzione penale ha unicamente una funzione “retributiva”, l'esecuzione della stessa può essere affidata alla pubblica amministrazione; il processo si disinteressa di questo momento. Viceversa, se la pena ha, fra le sue molteplici funzioni, anche quella “rieducativa” (tendente a favorire il reinserimento sociale del condannato), è indispensabile che un giudice accerti l'evoluzione della personalità del reo in sede esecutiva. Tale accertamento serve al fine di valutare se e quali misure alternative alla sanzione detentiva siano applicabili; più in generale, ha lo scopo di modificare il contenuto della pena in relazione al grado di risocializzazione manifestato dal condannato.

**b. L'azione penale.** “Procedimento” e “processo” non sono sinonimi; nel codice di procedura penale ciascuno dei due termini assume un preciso significato.

**Procedimento penale.** Con l'espressione “procedimento penale” si indica una serie cronologicamente ordinata di atti diretti alla pronuncia di una decisione penale, ciascuno dei quali, in quanto validamente compiuto, fa sorgere il dovere di porre in essere il successivo ed, al contempo, è esso stesso realizzato in adempimento di un dovere posto dal suo antecedente (G. CONSO).

Dalla definizione riportata si ricava che nel concetto di **procedimento** penale sono ricompresi almeno tre elementi fondamentali. In primo luogo, la legge prevede una “serie cronologicamente ordinata” di atti, nel senso che gli stessi devono essere compiuti rispettando una *determinata sequenza temporale*.

In secondo luogo, tutti gli atti del procedimento hanno la *finalità* di accertare l'esistenza di un fatto penalmente illecito e la sua attribuibilità ad una persona.

In terzo luogo, il compimento di un atto del procedimento fa sorgere in un altro soggetto il “*dovere*” di compiere un atto successivo, fino alla decisione definitiva. Quest'ultima potrà essere una sentenza di condanna o di proscioglimento, se viene percorsa l'estensione massima del procedimento; oppure, sarà un decreto (o un'ordinanza) di archiviazione, se il procedimento si arresta prima che venga formulata una imputazione.

Il procedimento penale ordinario è diviso in tre fasi: le indagini preliminari, l'udienza preliminare ed il giudizio.

**Processo penale.** L'espressione **processo** penale indica una porzione del procedimento penale. Fanno parte del “processo” le fasi dell'udienza preliminare e del giudizio. Il momento iniziale del processo corrisponde all'esercizio dell'azione penale; il momento finale si ha quando la sentenza diventa irrevocabile, e cioè, in sintesi, non più impugnabile perché nessuna parte ha presentato ricorso nei termini o perché tutte le impugnazioni ordinarie sono state esperite.

Occorre far attenzione nella lettura del codice, perché i due termini sono usati, di regola, nel loro significato tecnico. Con l'espressione “in ogni stato e grado del **processo**” si intende escludere un periodo meramente procedimentale, e cioè la fase delle indagini preliminari. Con l'espressione “in ogni stato e grado del procedimento” si intende ricomprendere sia le indagini sia il processo.

Col termine “grado” si vuole indicare se il giudice prende cognizione dell'oggetto, sul quale deve decidere, in primo esame ovvero in appello o, infine, in sede di ricorso per cassazione. Col termine “stato” si vuole indicare una fase del procedimento; nel procedimento ordinario si susseguono nell'ordine le seguenti fasi: indagini preliminari, udienza preliminare, giudizio.

**L'azione penale.** La nozione di “azione penale” è correlata a quella di processo penale. Come abbiamo visto, con l'espressione “processo penale” si fa riferimento a quella serie cronologicamente ordinata e necessitata di atti che ha come atto iniziale l'azione penale. Ciò premesso, possiamo dare una definizione di azione penale. Essa è la richiesta, diretta al giudice, di decidere sull'imputazione.

Il codice precisa con quale atto si esercita l'azione penale. Ai sensi dell'art. 405, comma 1 c.p.p., nel procedimento ordinario il pubblico ministero esercita l'azione penale quando chiede il rinvio a giudizio dell'imputato. La richiesta è rivolta al giudice e contiene la formulazione dell'imputazione.

**L'imputazione** consiste nell'addebito della responsabilità di un fatto storico di reato; nel procedimento ordinario l'imputazione è formulata dal pubblico ministero al termine delle indagini preliminari. Elementi dell'imputazione sono: 1) l'enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto storico di reato addebitato all'imputato; 2) l'indicazione degli articoli di legge che si ritiene siano stati violati; 3) la generalità della persona alla quale è addebitato il reato (art. 417, comma 1).

L'esercizio dell'azione penale determina due effetti. In primo luogo, pone al giudice l'obbligo di decidere su di un determinato fatto storico. In secondo luogo, fissa in modo tendenzialmente immutabile l'oggetto del processo, e cioè impone al giudice il divieto di decidere su di un fatto storico differente da quello precisato nell'imputazione (salve le eccezioni descritte negli artt. 516-521).

Possiamo riepilogare quanto abbiamo esposto. Nel processo ordinario, l'azione penale è esercitata quando il pubblico ministero chiede al giudice il rinvio a giudizio formulando l'imputazione. Nei procedimenti speciali che omettono l'udienza preliminare, l'azione penale è esercitata con quell'atto introduttivo del singolo procedimento, con il quale è precisata l'imputazione; ad esempio, nel giudizio direttissimo il pubblico ministero contesta l'imputazione all'imputato che sia stato condotto direttamente in udienza (art. 451, comma 4).

**c. I soggetti e le parti.** Il libro primo del codice ricomprende tra i soggetti del procedimento penale il giudice, il pubblico ministero, la polizia giudiziaria, l'imputato, la parte civile, il responsabile civile, il civilmente obbligato per la pena pecuniaria, la persona offesa ed il difensore. Il codice è preciso nell'attribuire la qualifica di "soggetto" a determinate persone, anche se della stessa non offre una definizione.

**I soggetti.** Si ritiene che possano essere definiti "soggetti" coloro che sono titolari di poteri di iniziativa nel procedimento (M. CHIAVARIO). Tale potere comporta che il compimento di un atto del procedimento da parte di un soggetto fa sorgere in un altro soggetto il potere (e cioè, il diritto-dovere) di compiere un atto successivo.

Dall'elenco contenuto nel libro primo del codice si può ricavare che non sono considerati "soggetti", ad esempio, i testimoni ed i periti, probabilmente perché costoro non hanno poteri di iniziativa in relazione al procedimento. Essi rientrano nella più ampia categoria delle "persone" che partecipano al procedimento (menzionate, ad esempio, dall'art. 45 in tema di rimessione). Occorre sottolineare che i "soggetti" vengono definiti in relazione alla nozione di "procedimento penale", e cioè in relazione anche alla fase delle indagini preliminari, quando ancora non è stata esercitata l'azione penale.

**Le parti.** Differente è il concetto di "parte", che tradizionalmente è correlato a quello di "azione". Ne consegue che, in un primo approccio, sono parti il soggetto attivo e quello passivo dell'azione penale che consiste, ricordiamo, nella formulazione dell'imputazione unitamente alla richiesta di rinvio a giudizio o al compimento di un altro atto che instaura un procedimento speciale. Pertanto, si può definire parte colui che ha chiesto al giudice una decisione in relazione all'imputazione e colui contro il

quale tale decisione è chiesta. Con riferimento all'esercizio dell'azione penale, sono parti necessarie il pubblico ministero e l'imputato (1).

Il quadro è reso più complesso dal fatto che entro il processo penale il danneggiato dal reato può esercitare l'azione civile tendente ad ottenere la condanna dell'imputato al risarcimento del danno derivante dal reato (art. 185 c.p.; art. 76 c.p.p.). Il danneggiato esercita l'azione civile costituendosi parte civile in un momento successivo a quello in cui il pubblico ministero ha esercitato l'azione penale (art. 79). L'esercizio dell'azione civile in sede penale è eventuale, nel senso che è subordinato ad una scelta facoltativa del danneggiato. In tal senso la parte civile è una "parte" poiché chiede al giudice una decisione in relazione all'imputazione; ed è una parte "eventuale" perché la sua presenza deriva da una scelta facoltativa del danneggiato: in sua assenza il processo ha comunque giuridica esistenza (2).

Riepilogando, deve essere accolta una definizione ampia di parte: tale è colui che ha chiesto al giudice una decisione in relazione all'imputazione e colui contro il quale tale decisione è chiesta.

## 2. Il giudice.

**a. Giudici ordinari e speciali.** La giurisdizione non è impersonata da un organo unitario; al contrario, il potere giurisdizionale è "diffuso" e cioè è frazionato in più organi ciascuno dei quali ha una competenza limitata.

La prima distinzione da tracciare è quella tra giudici ordinari e speciali.

Sono organi giudiziari "ordinari" quelli che hanno una competenza generale a giudicare tutte le persone e che, inoltre, sono composti da magistrati ordinari. Questi ultimi sono magistrati che fanno parte dell'ordinamento giudiziario nel senso che la loro indipendenza è garantita dal consiglio superiore della magistratura (art. 104 Cost.); i magistrati ordinari godono delle garanzie di inamovibilità assicurate dalla Carta fondamentale (art. 107 Cost.).

Sono organi giudiziari "speciali" quelli che sono competenti a giudicare soltanto alcune persone e che inoltre sono composti da magistrati speciali, cioè non appartenenti all'ordinamento giudiziario. Le garanzie di indipendenza di questi ultimi non

---

(1) Sempre in relazione all'esercizio dell'azione penale può essere parte, anche se eventuale, il civilmente obbligato per la pena pecuniaria. Si tratta della persona che è tenuta al pagamento della pena pecuniaria in caso di insolubilità dell'imputato. Ai sensi dell'art. 197 c.p. è civilmente obbligato l'ente giuridico (es. società per azioni) qualora venga condannato colui che ha l'amministrazione (es. amministratore delegato) se nel compiere il reato quest'ultimo ha violato gli obblighi incombenti all'ente. L'ente è obbligato

## Capitolo II

### GLI ATTI

SOMMARIO: 1. Gli atti del procedimento penale. — 2. Le cause di invalidità degli atti. — 3. Cenni sul processo penale telematico.

#### 1. Gli atti del procedimento penale.

**a. Considerazioni preliminari. Atti analogici e informatici.** Il codice dedica un apposito libro, il secondo, agli atti e alle invalidità dei medesimi <sup>(1)</sup>. Viene tradizionalmente definito “atto del procedimento penale” quell’atto che è compiuto da uno dei soggetti del procedimento (giudice, pubblico ministero, polizia giudiziaria, difensore, imputato, ecc.) e che è finalizzato alla pronuncia di un provvedimento penale (sia esso una sentenza, una ordinanza o un decreto). In base a tale definizione rientrano nel concetto di “atto” sia gli atti delle indagini preliminari (che, ricordiamo, sono compiuti in una fase preprocessuale), sia gli atti dell’udienza preliminare e del giudizio (che fanno parte del processo penale). Pertanto, richiamando anche quanto abbiamo anticipato nel precedente capitolo (§ 1, *b*), il primo atto del procedimento penale è quello che segue la ricezione della notizia di reato da parte della polizia giudiziaria o del pubblico ministero (art. 347).

Occorre precisare che con il termine “atto” si designa quella *attività* che è compiuta da un soggetto. Tuttavia, nella prassi il termine “atto” individua anche il *risultato permanente* dell’attività che è stata compiuta. In quest’ultimo significato “atto” sta ad indicare sia il *verbale* che documenta l’attività compiuta, sia il *testo del provvedimento* che viene redatto (sentenza del giudice o richiesta di una parte).

**La lingua degli atti.** Ai sensi dell’art. 109, comma 1, gli atti del procedimento sono compiuti in lingua italiana.

Particolari disposizioni valgono per il cittadino italiano che appartiene ad una minoranza linguistica riconosciuta e che si trovi davanti ad una autorità giudiziaria di primo o di secondo grado avente giurisdizione sul territorio ove la predetta minoranza è insediata <sup>(2)</sup>. Il predetto cittadino è, a sua richiesta, interrogato o esaminato nella madre-lingua e il relativo verbale è redatto anche in tale lingua (comma 2). Inoltre, nella medesima lingua sono tradotti gli atti del procedimento a lui indirizzati

---

<sup>(1)</sup> Possiamo chiederci per quale motivo sia stata operata una distinzione tra gli atti e le prove, alle quali è stato dedicato un autonomo libro del codice, il terzo. In effetti, la deposizione testimoniale è un atto del procedimento penale quando è raccolta in un verbale; eppure, le norme sugli atti sono tenute separate da quelle sulle prove.

Una ragione può essere la seguente. Nel libro sulle prove sono contenute le regole in base alle quali il giudice valuta la testimonianza nella sua credibilità e attendibilità ai fini della corretta motivazione della sentenza. Viceversa, nel libro secondo vi sono quelle norme che regolano gli aspetti formali della documentazione degli atti e che permettono di redigere il verbale della deposizione testimoniale in forme che evitano le sanzioni di nullità, inammissibilità ecc. In sintesi, il libro sugli atti riguarda le formalità, mentre quello sulle prove riguarda la sostanza, e cioè il valore che il giudice dà alle prove.

<sup>(2)</sup> Debbono includersi tra le lingue minoritarie riconosciute la lingua francese nella Valle d’Aosta, la tedesca e la ladina nel Trentino Alto Adige. In tal modo è stata attuata la garanzia prevista dall’art. 6 Cost.

successivamente alla sua richiesta <sup>(3)</sup>. Le predette garanzie valgono per le parti private, i testimoni, i periti ed i consulenti tecnici e sono assistite dalla previsione di una nullità speciale (comma 3).

**Gli atti informatici. Disposizioni generali.** Dopo le disposizioni che abbiamo illustrato, il codice affronta il problema della documentazione dell'attività che viene compiuta nel procedimento penale (es. verbale di udienza o provvedimento del giudice o delle parti).

La riforma *Cartabia* ha introdotto nel libro II del codice nuove disposizioni sulla documentazione degli atti informatici che si affiancano a quelle relative agli atti incorporati con modalità analogiche (es. redatti per scritto su carta). La finalità è stata quella di costituire un insieme di previsioni generali che valgono per tutti quegli atti che sono regolati nei libri successivi del codice quando i medesimi sono incorporati con metodo non soltanto analogico, bensì digitale. Di conseguenza, le nuove disposizioni generali diventeranno utili quando si dovranno interpretare quelle norme, contenute nei vari libri del codice, che regolano i singoli atti informatici compiuti nel procedimento ordinario e in quelli speciali.

Occorre segnalare subito alcune scelte fondamentali fatte dalla decretazione delegata. Per quanto concerne il processo telematico, le norme emanate nel corso dell'emergenza sanitaria resteranno in vigore fino al 31 dicembre 2023 o fino a quando sarà promulgata un'espressa disciplina con regolamenti ministeriali <sup>(4)</sup>.

In particolare, le nuove norme sugli atti processuali informatici si applicheranno soltanto dopo la pubblicazione del regolamento ministeriale che individuerà la normativa transitoria che porterà al nuovo regime di deposito, comunicazione e notificazione degli atti <sup>(5)</sup>.

Di conseguenza, le nuove norme costituiscono un vero e proprio quadro generale in attesa che sia attuato il passaggio dal regime transitorio a quello definitivo. La scelta effettuata permette di utilizzare una base permanente di riferimento per la formazione degli operatori che dovranno gestire la riforma.

Anticipando una valutazione di insieme, ci corre l'obbligo di rilevare che la decretazione delegata adotta una *terminologia discutibile*. Non si tratta di un mero profilo formale, poiché l'impostazione di fondo della disciplina si riflette su aspetti

---

<sup>(3)</sup> Restano salvi gli altri diritti stabiliti da leggi speciali e da Convenzioni internazionali.

<sup>(4)</sup> Ai sensi dell'art. 87 disp. trans. d.lgs. n. 150 del 2022, entro il 31 dicembre 2023, il Ministro della giustizia — dopo aver sentito il Garante *privacy* — è tenuto ad adottare un decreto che definisca le regole tecniche riguardanti il deposito, la comunicazione e la notificazione con modalità telematiche degli atti del procedimento penale. Inoltre, sempre entro il 31 dicembre 2023, il Ministro della giustizia — dopo aver stavolta sentito il CSM e il CNF — è tenuto a individuare, con apposito decreto, quali sono gli uffici giudiziari e le tipologie di atti per cui si possono adottare, in via transitoria, anche modalità non telematiche di deposito, comunicazione o notificazione. In materia, il DGSIA (cioè, il Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia) può adottare ulteriori regole tecniche, comunque rispettando le disposizioni introdotte dalla riforma *Cartabia* e il regolamento ministeriale (tanto quello vigente, cioè il n. 44 del 2011, quanto quello emanando).

<sup>(5)</sup> Il comma 4 dell'art. 87 disp. trans. d.lgs. n. 150 del 2022 individua quali disposizioni (c.p.p. e disp. att. c.p.p.), nel testo vigente prima della riforma *Cartabia*, continueranno ad applicarsi sino a 15 giorni dopo la pubblicazione dei regolamenti ministeriali in questione. I commi 5 e 6 dell'art. 87 cit. indicano invece quali disposizioni (c.p.p. e disp. att. c.p.p.), introdotte *ex novo* o modificate nel testo dalla riforma *Cartabia*, entreranno in vigore 15 giorni dopo la pubblicazione dei regolamenti ministeriali in questione.



sostanziali della materia in questione: la nozione di documento informatico è basata su di una teoria generale della prova documentale che è stata formulata circa un secolo fa. Per una più moderna elaborazione del documento in generale, e di quello informatico in particolare, si veda il successivo cap. IV, § 6. Se non vi è chiarezza concettuale su come la rappresentazione di un atto o di un fatto possa essere incorporata su una base materiale con una modalità analogica o, viceversa, con una digitale, non si possono dominare fino in fondo le regole sulla documentazione di un atto processuale informatico (6).

Ciò premesso, il decreto delegato ha scelto di interpolare il testo dei singoli articoli del codice inserendo il riferimento agli atti informatici. E cioè, le nuove norme sono state inserite direttamente nella disciplina degli atti del procedimento, che sono sottoposti a una distinta regolamentazione nel caso in cui la rappresentazione di un'attività o di un provvedimento debba essere incorporata in un formato digitale (es. redazione di uno scritto su *file*) o, viceversa, in un formato analogico (ad es., redazione di uno scritto su carta).

**Atti a forma libera.** Proseguendo in queste premesse di carattere generale, dobbiamo ricordare che, quando il codice non impone una forma vincolata, l'atto ha una forma libera. Infatti, ai sensi dell'art. 125, comma 6, tutti i provvedimenti del giudice, diversi da sentenza, ordinanza e decreto, sono adottati senza formalità e, quando non è stabilito altrimenti, anche oralmente. Ad esempio « sono dati oralmente e senza formalità » gli ordini relativi all'accesso del pubblico all'udienza dibattimentale (art. 471, comma 6).

**Gli atti a forma vincolata** sono quelli per i quali è richiesta la forma scritta. Il libro secondo del codice di procedura penale prevede i “modelli legali” che sono prefissati in via generale per gli atti del procedimento. Nei libri successivi vi sono modelli speciali che sono previsti per singoli tipi di atti. Il rispetto delle forme legali è una delle garanzie poste a tutela dei soggetti che sono implicati nel procedimento penale. Un esempio di norma, che prevede atti a forma vincolata, è l'art. 125, comma 1, secondo cui « la legge stabilisce i casi nei quali il provvedimento del giudice assume la forma della sentenza, dell'ordinanza o del decreto ».

**La forma scritta.** Quando è richiesta la forma scritta, vige la nuova regola secondo cui l'incorporamento deve avvenire con il metodo digitale, mentre l'ecce-

---

(6) Per comodità del lettore, riportiamo un sintetico riepilogo.

Quando si usa l'espressione “atto o documento analogico” si fa riferimento a quella rappresentazione di un fatto che è incorporata su una base materiale con un metodo analogico, e cioè mediante grandezze fisiche che variano con continuità (es. uno scritto incorporato sulla carta o su un nastro magnetico).

Viceversa, quando si usa l'espressione “atto o documento informatico” si fa riferimento a quella rappresentazione di un fatto che è incorporata su una base materiale con un metodo digitale, e cioè con grandezze fisiche che variano con discontinuità e che usano i numeri binari (0 e 1), e cioè presenza o assenza di un segnale elettrico, magnetico o luminoso. In tal caso, la formazione e la comprensione della rappresentazione del fatto necessita di uno strumento informatico, dallo *smartphone* ai computer più complessi.

Il *codice dell'amministrazione digitale* (d.lgs. n. 82 del 2005) ha accettato la concezione, diffusa nella dottrina tradizionale, secondo cui sarebbe “informatica” la rappresentazione di un fatto. Viceversa, da tempo affermiamo che ciò che viene operato utilizzando un metodo digitale è l'incorporamento su un supporto informatico, e non la rappresentazione di un fatto.

zione è l'incorporamento con modalità analogica (es., scritto in un documento cartaceo).

Per quanto concerne la **nuova regola**, il codice precisa che « quando è richiesta la forma scritta, gli atti del procedimento sono redatti e conservati in forma di documento informatico, tale da assicurarne l'autenticità, l'integrità, la leggibilità, la reperibilità, l'interoperabilità e, ove previsto dalla legge, la segretezza » (art. 110, comma 1) (7). In particolare, è necessario che « gli atti redatti in forma di documento informatico rispettino la normativa, anche regolamentare, concernente la redazione, la sottoscrizione, la conservazione, l'accesso, la trasmissione e la ricezione degli atti e dei documenti informatici » (art. 110, comma 2).

La **nuova eccezione** consente l'incorporamento con una modalità analogica per quegli « atti che, per loro natura o per specifiche esigenze processuali, non possono essere redatti in forma di documento informatico » (art. 110, comma 3). La *Relazione ministeriale* reca l'esempio di una memoria redatta in un documento cartaceo da un imputato in stato di detenzione.

Orbene, anche quando l'atto è incorporato con modalità analogiche, l'eccezione deve essere riassorbita nella regola. Infatti, in base all'art. 110, comma 4, « gli atti redatti in forma di documento analogico sono convertiti senza ritardo in copia informatica ad opera dell'ufficio che li ha formati o ricevuti, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la redazione, la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione degli atti e dei documenti informatici ». La finalità è quella di assicurare la completezza del fascicolo informatico.

**Terminologia sul documento informatico.** Per quanto concerne la terminologia accolta dal codice a proposito del documento informatico, la *Relazione ministeriale* fa rinvio alle « comuni definizioni presenti nella normativa primaria e secondaria » (8).

**Data degli atti.** Il codice prosegue con disposizioni di carattere generale. In base all'art. 111, comma 1, « quando la legge richiede la data di un atto, informatico o analogico, sono indicati il giorno, il mese, l'anno e il luogo in cui l'atto è compiuto. L'indicazione dell'ora è necessaria solo se espressamente prescritta ». Ai sensi del

---

(7) Il testo di questa disposizione, vigente prima della promulgazione del d.lgs. n. 150 del 2022, si applicherà fino a 15 gg. dopo la pubblicazione del regolamento ministeriale che individuerà la normativa transitoria che porterà al nuovo regime di deposito, comunicazione e notificazione degli atti (art. 87 d.lgs. cit.). Sarà tale regolamento a indicare l'entrata in vigore del nuovo testo di questa e delle altre disposizioni introdotte o modificate dal d.lgs.

(8) Riportiamo le definizioni contenute nel codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82 del 2005):

— documento informatico è il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti;

— documento analogico è la rappresentazione non informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti.

L'art. 1 del CAD disciplina il passaggio dal documento informatico a quello analogico delineando i concetti di copia e di duplicato:

i-bis) copia informatica di documento analogico: il documento informatico avente contenuto identico a quello del documento analogico da cui è tratto

## Capitolo III

### PRINCIPI GENERALI SULLA PROVA

SOMMARIO: 1. Sistema processuale e norme sulla prova. — 2. Il ragionamento del giudice: la sentenza. — 3. Prova e indizio. — 4. Il procedimento probatorio e il diritto alla prova. — 5. La presunzione di innocenza. — 6. L'ambito di applicabilità delle norme sulle prove. — 7. Oralità, immediatezza e contraddittorio. — 8. Questioni pregiudiziali e limiti probatori. — 9. Approfondimento. La prova del rapporto di causalità.

#### **1. Sistema processuale e norme sulla prova.**

Il codice del 1988 ha accolto, sia pure con temperamenti, la scelta del sistema accusatorio, indicata come linea direttiva dalla legge delega n. 81 del 1987. Una volta accolto il principio dialettico, ne derivano alcune conseguenze in tema di prova. I poteri di ricerca, ammissione, assunzione e valutazione della prova non possono essere attribuiti ad un unico soggetto, bensì devono essere divisi e ripartiti tra il giudice, l'accusa e la difesa in modo che nessuno di essi possa abusarne. In questo sistema risulta indispensabile che il diritto regolamenti la materia della prova (principio di legalità probatoria).

È necessario che i poteri di un soggetto siano bilanciati da quelli concessi agli altri soggetti; occorre che un giudice imparziale abbia i poteri che sono necessari a dirimere i momenti di contrasto inevitabile tra i due antagonisti del processo penale. Il giudice deve restare in una situazione di assoluta imparzialità e neutralità psichica.

La decisione di dedicare un intero libro del codice alla materia della prova è coerente con la scelta di fondo e deve essere accolta in modo positivo. Nel libro terzo del codice viene delineato un vero e proprio "diritto delle prove". Al giudice è riservato il potere di decidere; alle parti è attribuito il potere di ricercare le prove, di chiederne l'ammissione, di contribuire alla formazione delle stesse e di argomentare sui risultati ottenuti.

#### **2. Il ragionamento del giudice: la sentenza.**

Le problematiche che attengono alla prova penale si comprendono più agevolmente se si considera la finalità alla quale le prove sono destinate, che è quella di rendere possibile la decisione sull'addebito formulato contro l'imputato. Occorre, quindi, premettere alcuni cenni sui criteri che il giudice deve seguire nel pronunciare la sentenza.

Il giudice, in primo luogo, accerta se l'imputato ha commesso il fatto che gli è stato addebitato nell'imputazione; in secondo luogo interpreta la norma incriminatrice al fine di ricavarne il fatto tipico punibile; infine, valuta se il fatto storico, che ha accertato, rientra nel fatto tipico previsto dalla legge.

Questa è, in sintesi, la "logica" che applica il giudice; essa si basa sul principio secondo cui i fatti (e cioè gli accadimenti naturalistici) possono essere valutati in base

a norme (e cioè con giudizi di valore). Si tratta di un ragionamento che costituisce il frutto del pensiero filosofico e giuridico elaborato fin dai tempi della cultura greca e latina. Il pregio di questa impostazione teorica è quello di imporre un ordine logico alla discussione delle singole questioni; infatti, prima di tutto sono trattate quelle che attengono alla ricostruzione del fatto storico; quindi si pongono le questioni che attengono all'interpretazione della legge.

Al tempo stesso, tale ordine costituisce il frutto di considerazioni di "economia": ciascuna questione costituisce il presupposto per affrontare la successiva. Ad esempio, se si accerta che il fatto non sussiste, non occorre chiedersi se l'imputato lo ha commesso e tanto meno affrontare le questioni relative alla fattispecie incriminatrice violata.

Questa ricostruzione rispecchia al tempo stesso l'esigenza di frenare l'intuizionismo e gli aspetti irrazionali che si possono manifestare nel momento del decidere. Il giudice è obbligato a usare soltanto criteri di ragione. La cartina di tornasole, che consente alle parti e alla collettività di verificare il rispetto di tale approccio, è costituita dalla motivazione nella quale il giudice deve dare conto dell'applicazione di tali criteri.

Dobbiamo adesso entrare nei dettagli e precisare il contenuto logico dei tre momenti fondamentali della decisione del giudice.

**L'accertamento del fatto storico.** All'inizio del processo il fatto addebitato all'imputato non è certo: l'accusa ne afferma l'esistenza, la difesa in tutto o in parte la nega. Il giudice deve risolvere il conflitto usando lo strumento della ragione. Perché l'accertamento del fatto sia razionale deve avere le seguenti caratteristiche:

1) Deve essere **basato su prove**. La prova è quel ragionamento che da un fatto noto ricava l'esistenza del fatto storico da provare e le modalità con le quali si è verificato.

2) Deve essere **oggettivo**. Tale caratteristica è la conseguenza della prima, in quanto l'accertamento, per essere oggettivo, non deve fondarsi sull'intuizione del giudice né su una mera ipotesi, bensì su fatti realmente avvenuti e dimostrati nel processo.

3) Deve essere **logico**, cioè fondato sui principi che regolano la conoscenza e basato su prove tra loro non contraddittorie. Il giudice deve riportare nella motivazione della sentenza il percorso che egli ha seguito nella ricostruzione del fatto storico. Soltanto attraverso la motivazione sarà possibile controllarne l'operato <sup>(1)</sup>.

L'accertamento, effettuato dal giudice, può dar luogo a due soluzioni alternative. Può consistere in un giudizio sull'esistenza di un fatto storico così come esso è stato descritto nell'imputazione; oppure, in una valutazione che esclude che il fatto storico

---

(1) Ad esempio, il giudice non può limitarsi ad affermare che un testimone è attendibile perché gli crede; al contrario, deve spiegare i motivi sui quali fonda la sua convinzione, e cioè i riscontri fattuali che la confermano. Ad esempio, una testimonianza deve essere valutata nel contesto delle altre prove non essendo sufficiente la sola coerenza intrinseca, e cioè l'assenza di contraddizioni.

si sia verificato nel modo ipotizzato nell'imputazione. In ogni caso si tratta di un giudizio su di un "fatto" e non sul diritto (2).

**L'individuazione della norma penale incriminatrice.** Si tratta di un accertamento di tipo "giuridico" e non di fatto. Il giudice interpreta la legge penale e ricava da essa il fatto tipico previsto dalla norma incriminatrice. Ovviamente tale accertamento ha come parametro di riferimento il fatto storico indicato nell'imputazione e ricostruito mediante le prove. Il ragionamento svolto dal giudice è di tipo "giuridico" per due motivi. In primo luogo perché ha per oggetto le disposizioni di legge; in secondo luogo perché usa il metodo dell'interpretazione per chiarire il significato esatto della legge e per ricostruire il fatto tipico previsto dalla norma incriminatrice.

**Il giudizio di conformità.** Dal punto di vista formale, la decisione pronunciata dal giudice si presenta come una "sentenza". Essa è composta da una motivazione e da un dispositivo (art. 546). Nella *motivazione* il giudice, in base alle prove che sono state acquisite nel corso del processo, ricostruisce il fatto storico commesso dall'imputato (motivi "in fatto"); quindi interpreta la legge e individua il "fatto tipico" previsto dalla norma penale incriminatrice (motivi "in diritto"); infine valuta se il fatto storico rientra nel fatto tipico (giudizio di conformità).

Nel *dispositivo* il giudice trae le conseguenze dal giudizio di conformità: se il fatto storico commesso dall'imputato è conforme al fatto tipico previsto dalla norma incriminatrice, il giudice condanna (art. 533); se il fatto storico non è conforme al fatto tipico, il giudice assolve l'imputato con una delle formule previste dal codice (art. 530). Tutto questo si vuole significare, quando si dice con una espressione sintetica, ma efficace, che "il giudice applica il diritto al caso concreto". In definitiva, il dispositivo è quella parte della sentenza nella quale il giudice emette un "ordine", che può essere (in sintesi) di condanna o di assoluzione.

### 3. Prova e indizio.

**a) I significati del termine "prova".** Al fine di agevolare la comprensione della disciplina della prova penale, è necessario premettere alcune nozioni di base. Il termine "prova" può essere utilizzato, all'interno di varie locuzioni, per indicare differenti concetti; e cioè, può essere riferito alla *fonte di prova*, al *mezzo di prova*, all'*elemento di prova* o al *risultato probatorio*.

**Fonte di prova** sono le persone, le cose ed i luoghi dai quali si può trarre un elemento di prova (es. art. 65, comma 1). Il reato, come qualsiasi fatto umano, lascia tracce sia nella memoria delle persone che lo hanno percepito, sia nelle cose presenti nei luoghi nel quale si è verificato. Le persone, le cose ed i luoghi sono le fonti dalle quali possono essere tratte le informazioni utili per ricostruire un fatto del passato.

(2) È utile ricordare per sommi capi quale è il concetto di "verità" accolto in campo scientifico e storico-giuridico. In campo scientifico la verità si ritiene raggiunta quando la proposizione formulata come ipotesi (ad esempio, il teorema matematico) corrisponde alla misurazione quantitativa del fenomeno che viene osservato. Viceversa, per lo storico e per il giudice la verità si ritiene raggiunta quando l'ipotesi sull'esistenza di un fatto corrisponde alla ricostruzione del fatto stesso ottenuta mediante prove.

**Mezzo di prova** è lo strumento col quale si acquisisce al processo un elemento che serve per la decisione; ad esempio, mezzo di prova è la testimonianza mediante la quale si formano dichiarazioni <sup>(3)</sup>.

**Elemento di prova** è l'informazione (intesa come dato grezzo) che si ricava dalla fonte di prova, quando ancora non è stata valutata dal giudice (art. 65, comma 1). Questi valuta la credibilità della fonte e l'attendibilità dell'elemento ottenuto, ricavandone un risultato probatorio (art. 192, comma 1).

Pertanto, il **risultato probatorio** è l'elemento di prova valutato dal giudice in base ai criteri della credibilità e della attendibilità. Mediante i risultati dei mezzi di prova assunti il giudice ricostruisce il fatto storico di reato (c.d. conclusione probatoria; es. art. 530).

Un fatto si può ritenere accertato quando l'ipotesi formulata (es. l'imputazione) corrisponde alla ricostruzione del fatto operata mediante prove.

**b) Il ragionamento inferenziale.** Il fatto storico di reato è avvenuto nel passato: si tratta, ovviamente, di un fatto non ripetibile, che può essere conosciuto soltanto attraverso le tracce che ha lasciato nel mondo reale o nella memoria degli uomini. Da tali tracce (elementi di prova) il giudice ricava l'esistenza del fatto del passato. Gli strumenti, dei quali egli si serve, consistono nelle prove.

Nel suo insieme la prova può essere definita come un ragionamento che da un fatto reso noto al giudice (es. dichiarazione del testimone) ricava l'esistenza di un fatto che è avvenuto in passato e della cui esistenza occorre convincere il giudice <sup>(4)</sup>. Per questa sua caratteristica il ragionamento probatorio viene definito "inferenziale", poiché da un fatto di oggi ricava l'esistenza di un fatto passato. Nel processo penale il fatto da provare (gli studiosi lo indicano con l'espressione *thema probandum*) è precisato nell'art. 187, comma 1.

**Oggetto di prova.** È *oggetto di prova*, in primo luogo, il fatto descritto nell'imputazione, e cioè il fatto storico addebitato all'imputato. Sono fatti da provare anche quelli che permettono di quantificare la sanzione penale e quelli dai quali dipende l'applicazione di norme processuali (art. 187, comma 2); si tratta, ad esempio, dei fatti che servono per stabilire la credibilità di una persona che rende dichiarazioni (art. 194, comma 2) o che servono a provare, ad esempio, se un teste è stato minacciato (art. 500, commi 4 e 5). In caso di costituzione di parte civile, sono inoltre oggetto di prova i fatti inerenti alla responsabilità civile derivante da reato (es., quantificazione del danno).

<sup>(3)</sup> Il codice prevede i seguenti mezzi di prova tipici, e cioè regolamentati dalla legge nelle loro modalità di assunzione (artt. 194-243): la testimonianza, l'esame delle parti, i confronti, le ricognizioni, gli esperimenti giudiziali, la perizia, la consulenza tecnica di parte e i documenti (vedi il suo art. 187, cap. 4).

<sup>(4)</sup> Il codice prevede anche i mezzi di prova atipici (art. 187, cap. 5). Attraverso il mezzo di ricerca

## Capitolo IV

### I MEZZI DI PROVA

SOMMARIO: 1. Mezzi di prova tipici ed atipici. — 2. La testimonianza. — 3. L'esame delle parti. — 4. Confronti, ricognizioni ed esperimenti giudiziari. — 5. La perizia e la consulenza tecnica di parte. — 6. La prova documentale.

#### 1. Mezzi di prova tipici ed atipici.

Con l'espressione "mezzo di prova" si vuole indicare quello strumento processuale che permette di acquisire un elemento di prova. Il codice ha previsto sette mezzi di prova tipici, e cioè regolamentati dalla legge nelle loro modalità di assunzione (artt. 194-243). Essi sono la testimonianza, l'esame delle parti, i confronti, le ricognizioni, gli esperimenti giudiziari, la perizia (affiancata dalla consulenza tecnica di parte) e i documenti. Le modalità di assunzione sono predisposte in maniera tale da permettere al giudice ed alle parti di valutare nel modo migliore la credibilità della fonte e l'attendibilità dell'elemento di prova che si ricava dall'esperimento del singolo mezzo. I mezzi di prova tipici sono considerati dal codice idonei a permettere l'accertamento dei fatti.

Il codice non ha imposto un'assoluta tassatività dei mezzi di prova; al contrario, a determinate condizioni ha consentito che possano essere assunti nuovi mezzi di prova che il progresso scientifico e tecnologico potrà elaborare in futuro. Tuttavia, ha vietato che ciò avvenga in base ad una scelta effettuata dal giudice in solitudine; al contrario, ha imposto al giudice di sentire le parti sulla richiesta di ammissione di una singola prova atipica e di valutarne i requisiti in base all'art. 189. In sintesi, il giudice deve ammettere una prova atipica soltanto se ritiene che questa sia idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudichi la libertà morale della persona. Ovviamente, il codice presuppone che il mezzo di prova richiesto sia atipico, e cioè che non rientri nella regolamentazione di una prova già prevista dalla legge.

**La prova atipica.** L'atipicità consiste nell'utilizzare *componenti non tipiche* all'interno di un mezzo tipico. Come esempio, si può citare il caso in cui la ricognizione di una persona o di una cosa è effettuata mediante un cane addestrato anziché ad opera di una persona umana. In tale ipotesi, come è evidente, la *componente atipica* sta nel "ricognitore" (il cane) che richiede la predisposizione delle modalità e delle cautele più idonee al caso. Viceversa, il *risultato* coincide con quello della ricognizione tipica, giacché si tratta di riconoscere un individuo o una cosa tra altre simili.

**I requisiti della prova atipica.** In base all'art. 189 la prova atipica può essere ammessa se presenta due requisiti. In primo luogo deve essere « idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti »; ciò vuol dire che deve essere in concreto capace di fornire elementi attendibili e di permettere una valutazione sulla credibilità della fonte di prova. In secondo luogo, il mezzo di prova atipico deve assicurare la « libertà morale » della persona-fonte di prova; e cioè, deve lasciare integra la facoltà di determinarsi liberamente rispetto agli stimoli (v. art. 188 c.p.p.). Per tali motivi si

ritiene comunemente che nel processo penale non si possano utilizzare la narcoanalisi, l'ipnosi o la c.d. macchina della verità (*lie detector*).

In terzo luogo, le modalità di assunzione della prova atipica sono prescritte dal giudice dopo aver sentito le parti: utilizzando un'immagine della vita comune, si può dire che il giudice elabora un abito su misura per la prova atipica. Naturalmente l'ordinanza del giudice, che accoglie o respinge la richiesta, è controllabile mediante l'impugnazione della sentenza (art. 586, comma 1) <sup>(1)</sup>.

**Il principio di legalità della prova.** È possibile affermare che il sistema appena delineato è fondato sul *principio di legalità della prova*, in base al quale quest'ultima costituisce uno strumento di conoscenza disciplinato dalla legge. Nonostante la previsione della "valvola di sicurezza" rappresentata dalla prova atipica, il legislatore prevede che questa sia sottoposta a precisi requisiti stabiliti dall'art. 189 e, dal punto di vista procedurale, ad un contraddittorio tra il giudice e le parti. È corretto, dunque, affermare che la disciplina della prova atipica è conforme al principio di legalità <sup>(2)</sup>.

**Atipicità e mezzi di ricerca della prova.** Sulla possibilità di ammettere *mezzi atipici di ricerca della prova* si veda Parte II, cap. 5, § 6, lett. a.

## 2. La testimonianza.

**a. Considerazioni preliminari.** Il codice distingue in modo netto tra due mezzi di prova: "la testimonianza" (artt. 194 ss.) e "l'esame delle parti" (artt. 208 ss.). La distinzione riguarda aspetti sia di diritto processuale, sia di diritto penale sostanziale. Il testimone ha l'obbligo penalmente sanzionato di presentarsi al giudice e di dire la verità (artt. 198 c.p.p. e 372 c.p.). Viceversa l'imputato, quando si offre all'esame incrociato ai sensi dell'art. 208, non ha l'obbligo di presentarsi (art. 208), né l'obbligo di rispondere alle domande (art. 209, comma 2), né l'obbligo di dire la verità.

La distinzione trova una conferma nella normativa sulla incompatibilità a testimoniare. In base all'art. 197 la qualità di imputato è di regola incompatibile con la qualità di testimone, salvo le eccezioni che esamineremo tra poco.

Nonostante questa marcata distinzione, testimone e parti sono in grado di dare un rilevante contributo conoscitivo al processo penale. Essi sono esaminati sui fatti che costituiscono oggetto di prova, e cioè sulla responsabilità dell'imputato e sui fatti che servono a valutare la credibilità delle fonti e l'attendibilità degli elementi di prova (art. 187). La loro deposizione avviene nella forma dell'esame incrociato (art. 209

<sup>(1)</sup> Così, nell'esempio sopra descritto (ricognizione effettuata mediante cane addestrato), il giudice, sentite le parti, dovrà accertare l'idoneità di tale particolare procedura ad ottenere l'accertamento dei fatti e regolerà lo svolgimento dell'atto con le modalità più adatte alle peculiarità dell'esperimento da effettuare.

<sup>(2)</sup> La dottrina è unanime nel richiamare l'attenzione sulla necessità che la prova atipica non si risolva in uno strumento per aggirare i requisiti delle prove tipiche contrabbandando omissioni o irrivalenza come semplici profili di atipicità. In casi del genere ci troveremo dinanzi ad una vera e propria *truffa delle etichette* e la prova atipica, da strumento di integrazione del sistema probatorio, si trasformerebbe in uno stratagemma per aggirare le regole stabilite dal legislatore. Come ormai riconosce la giurisprudenza di legittimità, dal sistema è ricavabile il *principio di non sostituibilità*, che vieta l'aggiramento di quelle forme probatorie che sono poste a garanzia dei diritti dell'imputato o dell'attendibilità dell'accertamento. In casi del genere, si configura un vero e proprio divieto probatorio a pena di inutilizzabilità degli elementi acquisiti.



comma 1; 499), e dunque con lo strumento che è ritenuto il più efficace per l'accertamento dei fatti.

**La qualità di testimone.** Dalle considerazioni svolte deriva che è possibile dare una definizione di testimone soltanto in via di prima approssimazione, salvo precisare meglio i dettagli in seguito. La qualità di testimone può essere assunta dalla persona che ha *conoscenza dei fatti oggetto di prova* ma che, al tempo stesso, *non riveste una delle qualifiche* alle quali il codice riconduce l'incompatibilità a testimoniare (es., la qualifica di imputato, o di imputato di un procedimento connesso o collegato; art. 197 lett. c). La persona così delineata diventa "testimone" soltanto *se e quando* su richiesta di parte (o d'ufficio nei casi previsti) è *chiamata a deporre davanti ad un "giudice"* nel procedimento penale.

**Gli obblighi del testimone.** Il testimone ha i seguenti obblighi. In primo luogo, ha l'obbligo di presentarsi al giudice (art. 198); se non si presenta senza un legittimo impedimento, il giudice può ordinare il suo accompagnamento coattivo a mezzo della polizia giudiziaria e può condannarlo al pagamento di una somma di denaro da euro cinquantuno a euro cinquecentosedici nonché alle spese alle quali la mancata comparizione ha dato causa (art. 133) <sup>(3)</sup>.

In secondo luogo, il testimone ha l'obbligo di attenersi alle prescrizioni date dal giudice per le esigenze processuali (art. 198).

Infine, il testimone ha l'obbligo di « rispondere secondo verità alle domande che gli sono rivolte ». Se tace ciò che sa, afferma il falso o nega il vero, commette il delitto di falsa testimonianza (art. 372 c.p.).

**La libertà morale della persona nell'assunzione della prova dichiarativa.** Una regola che vale in generale per tutte le prove dichiarative è posta negli artt. 64 comma 2 e 188 comma 1, in base ai quali « non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata (o interrogata), metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare le capacità di ricordare o di valutare i fatti » <sup>(4)</sup>. Si tratta di un divieto probatorio che opera oggettivamente: un eventuale consenso dell'interessato non rende lecito l'uso di metodi o tecniche vietati dagli artt. 64 comma 2 e 188 <sup>(5)</sup>.

Merita tenere presente che la legge 14 luglio 2017, n. 110, che ha introdotto il reato di tortura (art. 613-*bis* c.p.), ha previsto nel codice di procedura una disposizione ad esso collegata. Ai sensi del nuovo comma 2-*bis*, inserito nell'art. 191 c.p.p., « le dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque

<sup>(3)</sup> Il codice prevede una normativa speciale nei confronti di persone che ricoprono alte cariche pubbliche. Il presidente della repubblica è sentito come testimone nella sede in cui esercita le funzioni di capo dello Stato (art. 205, comma 1). I presidenti delle camere, il presidente del consiglio dei ministri e il presidente della corte costituzionale possono chiedere di essere esaminati nella sede in cui esercitano il loro ufficio, al fine di garantire la continuità e la regolarità della funzione cui sono preposti; si procede nelle forme ordinarie quando il giudice ritiene indispensabile la comparizione di una delle persone indicate (art. 205, commi 2 e 3). Sono previste norme speciali anche per gli agenti diplomatici (art. 206).

<sup>(4)</sup> Analogo divieto è contenuto nell'art. 64, comma 2 c.p.p. in relazione all'interrogatorio dell'indagato.

<sup>(5)</sup> Tra i metodi che influiscono sulla *facoltà di reagire liberamente rispetto agli stimoli* o che sono idonei ad alterare la *capacità di ricordare i fatti* o la *capacità di valutare i fatti* possiamo enumerare la tortura (fisica o psichica), la narcoanalisi, l'ipnosi ed il poligrafo (denominato anche *lie detector* o macchina della verità).

utilizzabili, salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale». Il nuovo comma 2-*bis* dell'art. 191 ha prodotto due effetti.

In primo luogo, quello di rendere utilizzabili dichiarazioni estorte, ma soltanto contro le persone accusate del delitto di tortura e al solo fine di provarne la responsabilità penale.

In secondo luogo, ha prodotto l'effetto di rendere inutilizzabili, in procedimenti differenti da quello contro l'autore della tortura, non solo le dichiarazioni estorte, ma anche qualsiasi altra informazione comunque ottenuta « mediante il delitto di tortura »<sup>(6)</sup>.

**b. La deposizione: oggetto e forma.** La deposizione è resa in dibattimento con le forme dell'esame incrociato. Delle relative regole il codice tratta negli artt. 498 e 499 (v. *infra*, parte III, cap. V, § 8).

Il testimone è esaminato sui « fatti che costituiscono oggetto di prova » (art. 194, comma 1). Le domande devono essere *pertinenti*, e cioè devono riguardare sia i fatti che si riferiscono all'imputazione, sia i fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali (art. 187), come l'accertamento della flagranza (art. 382).

L'art. 194 pone un secondo limite alle domande: esse devono avere ad oggetto « fatti determinati » (comma 3). Di conseguenza, il testimone di regola non può esprimere valutazioni né apprezzamenti personali, « salvo che sia impossibile scinderli dalla deposizione sui fatti ». Infine, non può deporre su « voci correnti nel pubblico ».

L'esame del testimone può estendersi ai rapporti di parentela o di interesse che lo legano alle parti o ad altri testimoni; inoltre può avere ad oggetto le circostanze che servono ad accertare la credibilità sia delle parti, sia dei testimoni (art. 194, comma 2).

Altri limiti concernono le informazioni relative alla personalità dell'imputato e della persona offesa. Le deposizioni sulla moralità dell'imputato sono ammesse ai soli fini di qualificare la personalità dello stesso in relazione al reato ed alla pericolosità e sempre che si tratti di fatti specifici (art. 194, comma 1).

(6) Il divieto probatorio contenuto nelle disposizioni citate vale nei confronti della persona quando essa viene in rilievo come "fonte di prova dichiarativa", e cioè quando ciò che si cerca è una dichiarazione che non esiste senza la collaborazione dell'individuo. In proposito, si delinea una netta differenza tra l'imputato e tutte le altre persone.

Con riferimento all'imputato, vengono in gioco le norme costituzionali sul diritto di difesa e sulla presunzione di innocenza, così come integrate dalle Convenzioni internazionali. Tali norme delineano in capo all'imputato una situazione soggettiva che consiste in un pieno diritto di non collaborare. L'imputato deve essere moralmente libero di scegliere se rendere la dichiarazione, con facoltà di determinarne il contenuto. Con riferimento a tutti gli altri individui, i quali potrebbero rivestire la qualifica di testimoni, da sempre si ritiene che le norme costituzionali, che tutelano l'interesse alla repressione dei reati, giustificano una servitù di giustizia che rende punibile il rifiuto di rispondere o la falsità, fatte salve la disciplina relativa ai segreti e la tutela contro l'autoincriminatione, tutelate da principi costituzionali. Resta fermo che, anche in tal caso, il teste deve essere moralmente libero di autodeterminarsi in relazione al contenuto ed alle modalità delle dichiarazioni (art. 188).

Viceversa, se una persona riveste interesse probatorio non per ciò che dice, ma per ciò che è (ad es., per le ferite che ha subito o per le caratteristiche del volto), vengono in questione gli atti di indagine e i mezzi di prova e di ricerca della prova che mirano ad ottenere elementi diversi dalle dichiarazioni. In tal caso, ciò che si cerca esiste già, a prescindere dall'attività di indagine.

## Capitolo V

### I MEZZI DI RICERCA DELLA PROVA

SOMMARIO: 1. Profili generali. — 2. Le ispezioni. — 3. Le perquisizioni. — 4. Il sequestro probatorio. — 5. Le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni. — 6. I nuovi strumenti della tecnica.

#### 1. Profili generali.

Il codice definisce « mezzi di ricerca della prova » le ispezioni, le perquisizioni, i sequestri e le intercettazioni di comunicazioni. La differenza rispetto ai mezzi di prova è giustificata nella *Relazione al prog. prel.* nei seguenti termini: i mezzi di prova « si caratterizzano per l'attitudine ad offrire al giudice risultanze probatorie *direttamente utilizzabili* in sede di decisione. Al contrario, i mezzi di ricerca della prova *non sono di per sé fonte di convincimento*, ma rendono possibile acquisire cose materiali, tracce o dichiarazioni dotate di attitudine probatoria ».

Sulla base di quanto esposto, è possibile approfondire la differenza tra i due concetti. In primo luogo, l'elemento probatorio *si forma* attraverso l'esperimento del mezzo di prova; ad esempio, il testimone racconta fatti che ha percepito. Viceversa, attraverso il mezzo di ricerca della prova entra nel procedimento un elemento probatorio che *preesiste* allo svolgersi del mezzo stesso; ad esempio, con la perquisizione si mira ad acquisire al procedimento una cosa pertinente al reato. Lo stesso avviene in caso di ispezione e intercettazione di comunicazioni (1).

In secondo luogo, i mezzi di prova possono essere assunti soltanto davanti al giudice nel dibattimento o nell'incidente probatorio; viceversa, i mezzi di ricerca della prova possono essere disposti già durante le indagini, oltre che dal giudice, anche dal pubblico ministero e, in alcune ipotesi, possono essere compiuti dalla polizia giudiziaria (artt. 352-354).

In terzo luogo, i mezzi di ricerca della prova si basano, di regola, sul fattore "sorpresa" e, perciò, non consentono il preventivo avviso al difensore dell'indagato quando sono compiuti nella fase delle indagini. Viceversa, i mezzi di prova sono assunti con la piena attuazione del contraddittorio per la formazione della prova, nel dibattimento o nell'incidente probatorio (art. 392).

***I mezzi di ricerca della prova informatica: particolarità.*** Al pari di quanto precisato nel capitolo sui mezzi di prova, lo sviluppo della tecnologia ha avuto conseguenze anche sui mezzi di ricerca della prova informatica (2).

Ciò premesso, sono **oggetti materiali** dei mezzi di ricerca della prova sia il singolo supporto informatico (*pen drive, floppy disk, CD, DVD, hard disk*), sia il sistema che

(1) Segnaliamo che è prevista una disciplina speciale per le perquisizioni, le ispezioni, i sequestri e le intercettazioni che debbano svolgersi presso il difensore (art. 103) (v. *supra*, parte II, cap. 1, § 6, lett. f).

(2) Nel capitolo precedente, trattando del documento, abbiamo chiarito che in base alla normativa vigente il supporto informatico deve considerarsi autonomo rispetto al documento digitale. Abbiamo anche chiarito che l'incorporamento avviene con una modalità particolare (digitale); esso differisce dall'incorporamento analogico su una base materiale (es. sulla carta o su un disco di vinile). È proprio per questo motivo che vi sono problemi in punto di modificabilità del documento informatico, di falsificabilità, di possibilità di distruzione del medesimo. Per tali ragioni,

contiene uno o più dei supporti (ora menzionati) e che consiste nel semplice *computer* o in un intero sistema telematico. I singoli documenti informatici, che sono registrati nei supporti o nei sistemi predetti, sono gli **oggetti dematerializzati** dei mezzi di ricerca della prova.

**Le garanzie introdotte per i mezzi di ricerca della prova informatica.** La legge n. 48 del 2008 ha ricondotto la perquisizione, l'ispezione e il sequestro di un sistema o supporto informatico all'interno dei mezzi "tipici" di ricerca della prova e ne ha fornito una regolamentazione specifica, della quale daremo conto; ormai non si può più parlare di mezzi *atipici* <sup>(3)</sup>. Al tempo stesso, la medesima legge ha introdotto, in relazione ai mezzi di ricerca del documento informatico, cinque garanzie fondamentali, che dovrebbero essere attuate in ognuno dei mezzi di ricerca. Le garanzie sono le seguenti:

1) *Il dovere di conservare inalterato il dato informatico originale nella sua genuinità.*

2) *Il dovere di impedire l'alterazione successiva del dato originale.*

3) *Il dovere di formare una copia che assicuri la conformità del dato informatico acquisito rispetto a quello originale.*

4) *Il dovere di assicurare la non modificabilità della copia del documento informatico.*

5) *La garanzia dell'installazione di sigilli informatici sui documenti acquisiti* <sup>(4)</sup>.

## 2. Le ispezioni.

L'ispezione (art. 244) consiste *nell'osservare e descrivere* persone, luoghi e cose allo scopo di accertare le tracce e gli altri effetti materiali del reato. L'ispezione è un mezzo di ricerca della prova che ha prevalentemente una finalità "descrittiva"; è disposta, di regola, dall'autorità giudiziaria quando occorre « accertare le tracce e gli altri effetti materiali del reato » (art. 244, comma 1). Se il reato non ha lasciato tracce o effetti materiali (o se questi sono scomparsi) l'autorità giudiziaria, se possibile, cerca di individuare il modo, il tempo e le cause delle eventuali modificazioni; in ogni caso può disporre rilievi ed ogni altra operazione tecnica, anche in relazione a sistemi informatici o telematici, adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione (art. 244, comma 2, mod. dalla legge n. 48 del 2008, l. r. Budapest).

---

può essere arduo conservare inalterato un documento informatico, in modo da assicurare che la prova sia autentica e genuina.

<sup>(3)</sup> Prima della legge n. 48 del 2008, che ha ratificato la Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica, l'ispezione, la perquisizione ed il sequestro di un sistema o di un supporto informatico ricevevano nella prassi un inquadramento giuridico come mezzi atipici di ricerca della prova.

<sup>(4)</sup> La legge n. 48 del 2008 non è stata sistematica; a causa della fretta con la quale è stata approvata, il Parlamento si è dimenticato ora di una, ora di un'altra delle garanzie che, viceversa, sono necessarie tutte e contemporaneamente nel caso di un mezzo di ricerca della prova informatica. Le lacune non trovano una giustificazione logica se non nella sommarietà dell'approccio alla problematica del documento informatico. In casi come questo spetta alla dottrina ed alla giurisprudenza di ricomporre il sistema in via interpretativa. Con tutti i problemi che ciò comporta, visto che la materia attiene ad alcuni dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione.

Se necessario, l'ispezione si svolge con l'impiego di poteri coercitivi. Sia il giudice, sia il pubblico ministero possono disporre l'intervento della polizia giudiziaria e, se necessario, della forza pubblica (artt. 131 e 378). Poiché il potere coercitivo incide su libertà protette dalla Costituzione, il codice prevede determinate formalità per le ispezioni delle persone e dei luoghi; in ogni caso, l'ispezione è disposta con decreto motivato.

**L'ispezione personale** ha ad oggetto il corpo di un essere umano vivente o parti di esso: può trattarsi dunque di qualsiasi parte del corpo, sia normalmente visibile, sia celata all'altrui vista. Questo tipo di ispezione ha una normativa tutta particolare (art. 245). Prima che si proceda a tale atto l'interessato è avvertito della facoltà di farsi assistere da una persona di fiducia, purché questa sia prontamente reperibile e idonea a norma dell'art. 120 (ad esempio, deve avere almeno quattordici anni). L'ispezione personale è eseguita, nei limiti del possibile, nel rispetto del pudore; è eseguita sempre nel rispetto della dignità della persona che vi è sottoposta (art. 245, comma 2). L'ispezione può essere compiuta anche per mezzo di un medico, che può non essere un medico legale. Ove intervenga un medico, l'autorità giudiziaria può astenersi dall'assistere alle operazioni (art. 245, comma 3).

Altre norme valgono specificamente per **l'ispezione di luoghi o di cose**. La persona che ha la disponibilità del luogo in cui è eseguita l'ispezione, ed anche l'imputato, hanno diritto, se presenti, ad avere copia del decreto che autorizza l'atto. L'autorità giudiziaria, oltre al potere di disporre della forza pubblica, ha anche il potere di ordinare che taluno non si allontani prima che le operazioni siano concluse e può far ricondurre coattivamente sul posto il trasgressore (art. 246).

**Nelle fasi dell'udienza preliminare o del dibattimento**, l'ispezione di persone, di luoghi o di cose è disposta dal giudice.

**Durante le indagini preliminari** l'ispezione è compiuta dalla polizia di propria iniziativa in situazione di urgenza sotto la forma di "accertamenti e rilievi" (art. 354 comma 2). Occorre sottolineare che la polizia giudiziaria in casi del genere può disporre di sua iniziativa soltanto quei "rilievi sulle persone", che sono diversi dall'ispezione personale (art. 354, comma 3).

Quando il pubblico ministero procede ad ispezione (personalmente o mediante delega alla polizia giudiziaria), il difensore dell'indagato deve essere preavvisato almeno ventiquattro ore prima (art. 364 comma 3). Nei casi di assoluta urgenza, quando vi è fondato motivo di ritenere che il ritardo possa pregiudicare la ricerca o l'assicurazione della prova, il pubblico ministero può procedere anche prima del termine fissato dandone avviso al difensore senza ritardo, o anche senza darne avviso, se vi è fondato motivo di ritenere che le tracce possano essere alterate; è fatta salva in ogni caso la facoltà del difensore di intervenire (art. 364, commi 3-5). Quando omette l'avviso o procede prima del termine, il pubblico ministero deve specificamente indicare, a pena di nullità, i motivi della deroga e le modalità dell'avviso (art. 364, comma 6).

### 3. Le perquisizioni.

La *perquisizione* (art. 247) consiste nel *ricercare* una cosa da assicurare al procedimento o una persona da arrestare. La perquisizione **personale** è disposta quando vi è fondato motivo di ritenere che taluno occulti sulla persona il corpo del reato o le “cose pertinenti al reato”. In quest’ultimo concetto rientrano le cose che hanno la funzione di provare il reato o la responsabilità del suo autore. La perquisizione **locale** è disposta 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, comma 1).

La perquisizione **informatica** è disposta « quando vi è fondato motivo di ritenere che dati, informazioni, programmi informatici o tracce comunque pertinenti al reato si trovino in un sistema informatico o telematico », anche qualora tale sistema sia protetto da misure di sicurezza; devono essere adottate « misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l’alterazione » (art. 247, comma 1-*bis*, introdotto dalla legge n. 48 del 2008, l. r. Budapest).

La perquisizione è disposta dall’autorità giudiziaria (e cioè dal giudice o dal pubblico ministero) con decreto motivato; la motivazione dovrà attestare la presenza di sufficienti indizi di un reato. Alla perquisizione l’autorità giudiziaria può procedere personalmente o può delegarne l’esecuzione ad un ufficiale di polizia giudiziaria.

**I presupposti del potere di perquisizione.** Il requisito del « fondato motivo di ritenere » che il corpo del reato o le cose ad esso pertinenti si trovino occultate in luoghi o persone (art. 247, comma 1) comporta la necessità che la motivazione del decreto di perquisizione individui gli estremi essenziali del fatto illecito e delle norme che si assumono violate. In caso contrario, la perquisizione da mezzo di ricerca della prova si trasformerebbe in strumento di ricerca di una notizia di reato e la sua funzione sarebbe quella di prevenzione dei reati, con sovvertimento della separazione dei poteri dello Stato.

**La ricerca di una cosa determinata.** È prevista una modalità meno invasiva della perquisizione, quando si ricerca una cosa determinata (art. 248, comma 1). L’autorità giudiziaria può limitarsi ad “invitare” taluno a consegnare la cosa. Se l’invito è accolto e la cosa è presentata, non si fa luogo a perquisizione, salvo che sia utile procedervi per la completezza delle indagini. Può darsi, infatti, che sia necessario conoscere anche il luogo dove la cosa era conservata o nascosta.

**Regolamentazione dell’atto di perquisizione.** Nel compiere una perquisizione devono essere osservate alcune formalità a tutela dei diritti di libertà garantiti dalla Costituzione. Se deve essere eseguita la perquisizione di una *persona* (art. 249), occorre consegnare a questa una copia del decreto con l’avviso della facoltà di farsi assistere da persona di fiducia, purché prontamente reperibile e idonea (5).

Termine estratto capitolo

## Capitolo VI

### LE MISURE CAUTELARI

SOMMARIO: 1. I principi generali delle misure cautelari. — 2. La struttura normativa delle misure cautelari personali. — 3. L'applicazione delle misure cautelari personali. — 4. Le vicende successive. — 5. Le impugnazioni contro le misure cautelari personali. — 6. Le misure cautelari reali. — 7. Le impugnazioni cautelari nel processo telematico. — 8. Le misure pre-cautelari: l'arresto in flagranza e il fermo.

#### 1. I principi generali delle misure cautelari.

**a. La definizione di provvedimento cautelare.** Tra l'inizio del procedimento penale ed il momento in cui la sentenza diviene irrevocabile passa un periodo di tempo che può essere anche molto ampio, in relazione al rito che viene adottato (ordinario o speciale) ed all'eventualità che le parti abbiano proposto le impugnazioni previste dalla legge. I tempi lunghi possono essere dovuti alla complessità delle indagini e all'esigenza di accertare i fatti con il rispetto del diritto di difesa. Ebbene, durante questo periodo di tempo possono sorgere pericoli per lo svolgersi del procedimento penale e specificamente per l'accertamento dei fatti e per l'efficacia della sentenza (e cioè per la possibilità di eseguirla nei suoi effetti penali e civili). Al fine di evitare tali rischi sono previste le misure cautelari.

Le misure cautelari sono quei provvedimenti provvisori e immediatamente esecutivi, che sono finalizzati ad evitare che il trascorrere del tempo possa provocare uno dei seguenti pericoli: 1) il pericolo per l'accertamento del fatto storico; 2) il pericolo per l'esecuzione della sentenza; 3) il pericolo che si aggravino le conseguenze del reato o che venga agevolata la commissione di ulteriori reati.

Le misure cautelari (ad esempio, la custodia in carcere, l'obbligo di presentarsi alla polizia, il sequestro conservativo) comportano la limitazione di alcune libertà fondamentali che sono tutelate dalla Costituzione e dalle Convenzioni internazionali. Si tratta della libertà personale, della libertà di circolazione e della libertà di disporre di beni mobili ed immobili. Pertanto il codice, nel regolamentare le misure cautelari, deve rispettare le garanzie previste nella Costituzione e nelle Convenzioni internazionali.

**Caratteristiche.** Le misure cautelari hanno caratteristiche che le differenziano dagli altri provvedimenti che possono essere emanati dal giudice penale. Le principali caratteristiche sono: 1) la strumentalità; 2) l'urgenza; 3) la prognosi di colpevolezza allo stato degli atti; 4) l'immediata esecutività; 5) la provvisorietà; 6) la previsione per legge; 7) la giurisdizionalità; 8) l'impugnabilità; 9) la proporzionalità.

**1) La strumentalità.** La caratteristica fondamentale è la strumentalità rispetto alla sentenza che sarà emessa al termine del processo. Questo aspetto è già stato illustrato quando si è sottolineato che le misure cautelari hanno i seguenti scopi: *a)* permettere l'accertamento dei fatti (quando vi è il pericolo di inquinamento delle prove); *b)* assicurare l'esecuzione della sentenza definitiva (quando vi è pericolo che l'imputato

fugga o disperda il proprio patrimonio); c) evitare l'aggravamento delle conseguenze del reato o la commissione di ulteriori reati.

**2) L'urgenza.** L'esigenza di evitare uno dei pericoli appena menzionati dà luogo ad una situazione di urgenza che è presente quando un ritardato intervento rende probabile il verificarsi di uno dei fatti temuti. Il codice prevede un elenco tassativo delle esigenze, che giustificano l'applicazione di una misura cautelare personale (art. 274). Non è permesso al giudice di giustificare l'applicazione di una simile misura per esigenze diverse da quelle previste dalla legge. Ad esempio, non può essere disposta la custodia in carcere o l'arresto domiciliare al fine di placare "l'allarme sociale" suscitato dal reato.

**Misure cautelari e presunzione d'innocenza.** La materia in esame è molto delicata perché deve fare i conti con la presunzione di innocenza. Come si è accennato, la Costituzione impone che l'imputato non sia "considerato colpevole" fino alla condanna definitiva (art. 27, comma 2). Da un simile enunciato discende che la pena può essere applicata soltanto dopo la sentenza irrevocabile di condanna. Tale principio costituzionale sembra porsi in contraddizione con l'art. 13, comma 5 Cost., che consente la limitazione della libertà personale anche prima della sentenza irrevocabile. Il contrasto appare ancora più accentuato ove si tenga presente che le misure cautelari possono arrivare ad un livello di coercizione pressoché coincidente con quello della pena (si pensi alla somiglianza tra la custodia cautelare in carcere e la pena della reclusione).

Ebbene, come è stato chiarito dalla Corte costituzionale (sentenza 21 luglio 2010, n. 265), la contraddizione è soltanto apparente. Affinché le restrizioni della libertà personale dell'imputato nel corso del procedimento siano compatibili con la presunzione d'innocenza, è necessario che esse siano *nettamente differenziate* rispetto alla pena. La misura cautelare non deve essere una "anticipazione" della sanzione penale che potrà essere successivamente applicata con la condanna. Per questo motivo, la misura cautelare può essere giustificata soltanto dall'esistenza di un pericolo per il procedimento penale. Se in concreto non sussiste nei confronti dell'imputato nessuna delle esigenze previste dal codice (e cioè, se non vi è il pericolo di inquinamento delle prove, né il pericolo di fuga, né il pericolo del compimento di uno dei reati previsti nell'art. 274, comma 1, lettera c), non può essere applicata nessuna misura. Al tempo stesso, proprio per differenziare il più possibile la custodia cautelare dalla pena, il legislatore è obbligato a prevedere una molteplicità di misure idonee di volta in volta a far fronte alla varietà delle esigenze cautelari e meno afflittive rispetto alla custodia in carcere che è la più limitativa per la libertà personale (1).

**3) La prognosi di colpevolezza allo stato degli atti.** Nel processo penale l'applicazione di una misura cautelare personale richiede l'accertamento di "gravi indizi" di colpevolezza (art. 273) basato sugli *elementi* di prova che l'accusa è riuscita

---

(1) Secondo la Corte costituzionale (sentenza 21 luglio 2010, n. 265), l'applicazione delle misure cautelari non può essere legittimata esclusivamente da un giudizio anticipato di colpevolezza; non può corrispondere — direttamente o indirettamente — a finalità proprie della sanzione penale; infine, deve avere un preciso scopo di tutela del processo o della collettività.



a raccogliere sin dall'inizio delle indagini. Occorre sottolineare che siamo in presenza di un accertamento "allo stato degli atti", e cioè basato su materiale probatorio suscettibile di essere modificato successivamente in relazione ai nuovi elementi che siano stati raccolti dall'accusa e dalla difesa.

L'accertamento non deve essere "sommario"; al contrario, il codice impone che esso sia fondato su elementi di fatto ed adeguatamente motivato (art. 292). Tra l'altro, è di intuitiva evidenza che l'imputato, per ottenere una migliore tutela dei propri diritti, ha interesse a che l'accertamento dei gravi indizi di reità sia svolto in modo approfondito (2).

**4) L'immediata esecutività.** La necessità di evitare i pericoli, che possono sorgere nell'attesa della sentenza definitiva, impone l'immediata esecutività del provvedimento cautelare (art. 293). La esecutività è la idoneità del provvedimento ad essere attuato coattivamente anche contro la volontà della persona interessata. Ai sensi dell'art. 92 disp. att. l'ordinanza che dispone la misura cautelare è immediatamente trasmessa « al pubblico ministero che ne ha fatto richiesta, il quale ne cura l'esecuzione ». Il provvedimento cautelare ha la caratteristica di restare esecutivo anche se eventualmente contro di esso sia stata proposta una impugnazione (art. 588, comma 2).

**5) La provvisorietà.** Il provvedimento cautelare ha la caratteristica della provvisorietà sotto un duplice significato. Da un lato, il provvedimento cautelare non condiziona la decisione "definitiva", che è pronunciata dal giudice al termine del dibattimento sulla base delle prove raccolte in contraddittorio.

Da un altro lato, il provvedimento cautelare è revocabile o modificabile in attesa della sentenza definitiva. Infatti il provvedimento è emesso "allo stato degli atti". Le prove, che saranno successivamente raccolte, potranno portare all'acquisizione di ulteriori elementi tali da confermare o, viceversa, escludere i *gravi indizi* di reità; oppure potrebbero attestare il modificarsi o il venir meno delle esigenze cautelari. Da ciò deriva che è possibile sia revocare, sia modificare (in meglio od in peggio) la misura cautelare.

**6) La previsione per legge.** Le misure cautelari comportano la limitazione delle libertà fondamentali garantite dalla Costituzione; in particolare, della libertà personale e domiciliare. La Costituzione esige che la legge preveda espressamente i *casì* ed i *modi* nei quali il provvedimento dell'autorità giudiziaria può porre limiti alle predette libertà; si tratta dei principi di riserva di legge e di tassatività, posti dagli articoli 13 e 14 Cost. Entro tali limiti, le libertà fondamentali possono essere compresse nel perseguire i *fini* legittimi del processo penale.

**7) La giurisdizionalità.** Le misure cautelari sono disposte con un provvedimento emanato dal giudice. Da ciò deriva che, *di regola*, il pubblico ministero e la polizia giudiziaria non hanno il potere di disporre misure cautelari. Sotto tale profilo il codice pone una garanzia superiore a quella prevista dalla Costituzione, che attribuisce alla "autorità giudiziaria" (e quindi anche al pubblico ministero) il potere di emanare provvedimenti limitativi della libertà personale.

---

(2) In sostanza, le misure cautelari personali possono essere applicate quando si ritiene che gli elementi fino a quel momento raccolti, se confermati in dibattimento, condurranno alla pronuncia di una sentenza di condanna.

La riserva di giurisdizione non è assoluta; infatti sia la Costituzione (art. 13, comma 3), sia il codice ammettono che i *provvedimenti temporanei* possano essere disposti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria; possiamo citare, come esempio, il fermo di persona gravemente indiziata di un delitto nelle ipotesi previste dall'art. 384 c.p.p. Tali provvedimenti sono definiti *precautelari*; essi devono essere sottoposti a convalida da parte del giudice entro un tempo predeterminato, altrimenti l'indagato deve essere rimesso in libertà <sup>(3)</sup>.

8) **L'impugnabilità.** Nei confronti dei provvedimenti cautelari è possibile proporre impugnazione. La Costituzione (art. 111, comma 7) prevede il ricorso per cassazione per violazione di legge contro tutti i provvedimenti che comportano una limitazione della libertà personale. Il codice ha esteso questa garanzia perché ha previsto per tutti i provvedimenti cautelari anche una impugnazione di merito, e cioè l'appello o il riesame <sup>(4)</sup>.

9) **La proporzionalità.** Poiché le misure cautelari incidono sulle libertà fondamentali garantite dalla Costituzione, la loro applicazione deve rispettare il principio di proporzionalità, che ha un fondamento nel diritto sovranazionale e nel diritto interno, oltre che nella giurisprudenza della Consulta. Nel diritto sovranazionale il principio è sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nell'art. 52, § 1 <sup>(5)</sup>; nel codice di procedura penale è previsto dall'art. 275, comma 2 tra i criteri di scelta delle misure cautelari e sarà trattato in modo approfondito nell'esposizione di tale materia nel § 2, lett. *d*.

**b. Misure cautelari e sistema processuale.** Nel sistema accusatorio la libertà personale deve essere la regola e la custodia cautelare deve restare un'eccezione. I principi di tale sistema sono accolti nella Costituzione italiana, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nei principali trattati internazionali.

Come si è accennato, la presunzione di innocenza (art. 27, comma 2 Cost.) impone che le misure cautelari non abbiano la funzione di anticipare la pena, né quella di costringere l'imputato a confessarsi colpevole (art. 14, comma 3, lettera *g*, del Patto internazionale sui diritti civili, ratificato con legge n. 881 del 1977). Le esigenze cautelari debbono essere previste tassativamente al fine di evitare l'arbitrio del giudice e, quindi, lo stravolgimento della funzione delle misure. Inoltre, nel sistema accusatorio, la presunzione di innocenza e il rispetto delle libertà fondamentali impongono la previsione di una pluralità di misure cautelari; in tal modo, il giudice può scegliere quella che risulta più adeguata al caso concreto e la custodia cautelare in carcere resta la *extrema ratio*.

<sup>(3)</sup> Autonoma rispetto al provvedimento di convalida è la *eventuale successiva decisione del giudice che applica la misura cautelare richiesta dal pubblico ministero*.

<sup>(4)</sup> Riepilogando: principi costituzionali e sovranazionali della libertà personale sono: 1) la