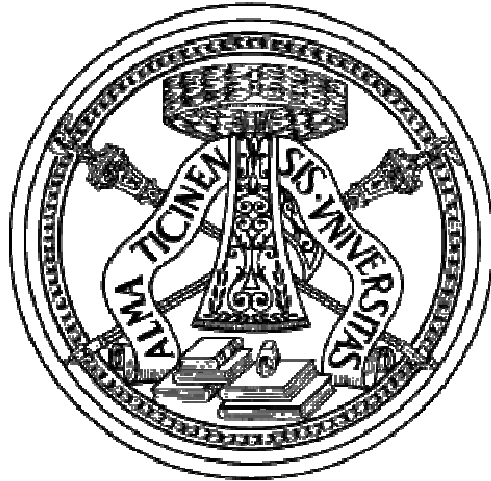


UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PAVIA

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato in Diritto pubblico, giustizia penale e internazionale
XXXI ciclo



Giusto processo penale e giusta decisione
tra rispetto delle garanzie processuali e
finalità di accertamento della verità.

Relatori:

Chiar.mo Prof. Nereu José Giacomolli

Chiar.mo Prof. Paolo Renon

Tesi di dottorato di
Frederico Valdez Pereira

"l'aspetto più terrificante dell'orwelliano Ministero della Verità non è la sua abilità nel far credere menzogne alla gente, ma il suo successo nell'indurla ad abbandonare la stessa idea della verità".

Michael P. Lynch. La verità e i suoi nemici

INDICE

Abbreviazioni.....	6
Introduzione.....	7

CAPITOLO I

Alcuni aspetti innovativi derivanti dall'affermazione del diritto al giusto processo

1.1. Profili generali di un modello in evoluzione.....	11
1.1.1 L'ispirazione tradizionale dalla clausola del « <i>due process of law</i> » di origine angloamericana.....	20
1.1.2 Nucleo essenziale della clausola del « <i>due process of law</i> » a partire dall'affermazione delle garanzie costituzionali di carattere procedurale.....	25
1.2 Collegamento con l'«equo processo» convenzionale.....	33
1.2.1 Il superamento del modello nazionale autoreferenziale: apertura alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.....	42
1.2.2 Equo processo e interpretazione convenzionalmente orientata.....	47
1.3 Progressi verso la percezione sistematica e coordinata dei diritti e delle garanzie fondamentali.....	58
1.3.1 Valorizzazione al di là delle regole interne del procedimento. Per un giudizio concreto e globale dell'iter procedurale.....	60
1.3.1.1 Il carattere normativo del concetto unitario di giusto processo.....	63
1.3.1.2 Il parametro di giustizia del processo al di là della mera conformità alla legge.....	65

CAPITOLO II

***Procedural justice*, giusto processo e giustizia della decisione**

2.1 Premesse.....	72
2.2 La doppia prospettiva negli studi di giustizia procedurale.....	79
2.3 Valori processuali e correttezza della decisione.....	83
2.3.1 Procedimento, giustizia e valori nel processo.....	84
2.4 Concezioni non strumentali di giustizia procedurale.....	87
2.4.1 Il procedimento come un gioco.....	89
2.4.2 Il processo come sistema sociale.....	90
2.4.3 Valutazione socio-psicologica del procedimento.....	92
2.4.3.1 Il procedimento dalla prospettiva del « <i>group value model</i> ».....	95
2.4.3.2 La funzione euristica del processo e la preoccupazione sull'apparenza di giustizia....	98

2.4.4 La percezione della giustizia del procedimento dal punto di vista della dignità umana.....	104
2.4.5 La teoria discorsiva e la prospettiva idealizzata del processo.....	106
2.4.6 Conclusioni parziali concernenti le categorie di giustizia processuale non basate sui risultati.....	110
2.5 La comprensione strumentale della giustizia processuale.....	112
2.5.1 Le limitazioni interne della visione strumentale.....	114
2.5.1.1 Possibile paradosso tra la qualità strumentale specifica e sistemica.....	116
2.5.1.2 La funzione ausiliare del processo nel compito di regolazione dei comportamenti..	119
2.6 La concezione moderata di giustizia procedurale: <i>imperfect procedural justice</i>	121
2.7 Giustizia procedurale e giusto processo penale.....	124

CAPITOLO III

Il giusto processo e i canoni generali basati sulla qualità della giurisdizione penale: la giustizia della decisione

3.1 Introduzione.....	136
3.2 Garanzie soggettive e garanzie obiettive del giusto processo. Il doppio significato dei canoni generali di corretto esercizio della giurisdizione penale.....	138
3.2.1 Il contraddittorio come metodo epistemologico del processo penale.....	142
3.2.2 La durata ragionevole come garanzia oggettiva del processo.....	154
3.3 Note sulle condizioni di giustificazione delle decisioni giudiziale.....	166
3.4 L'approccio cognitivista alle funzioni del processo penale.....	174
3.4.1 La verità come garanzia e come ideale regolativo del giusto processo penale.....	183
3.4.1.1 Alcune considerazioni sulla verità raggiungibile attraverso il processo penale.....	188
3.5 Possibili punti di contatto con gli obblighi procedurali penali positivi riconosciuti dalle corti sovranazionali sui diritti umani.....	201
3.5.1 Esigenze processuali come obblighi di mezzo e non di risultato.....	210
3.5.1.1 Correlazione possibile tra le esigenze convenzionali di adeguato accertamento penale con la clausola del giusto processo.....	212

CAPITOLO IV

Riflessioni microcomparative sui poteri di acquisizione *ex officio* della prova in giudizio: un confronto tra le normative di Italia e Brasile

4.1 Introduzione.....	222
4.2 Preliminari considerazioni in tema di poteri officiosi del giudice in materia probatoria nel processo penale italiano.....	226
4.3 L'art. 506 c.p.p. italiano: gli spazi di intervento del giudice in sede di esame dei testimoni e delle parti private.....	236
4.4 L'art. 507 c.p.p. italiano: alcune premesse.....	241
4.4.1 I contorni dell'iniziativa probatoria del giudice <i>ex art. 507 c.p.p</i> italiano.....	246

4.5 Primi rilievi in tema di poteri officiosi del giudice in materia probatoria nel processo penale brasiliano.....	259
4.6 L'articolo 212, § unico c.p.p. brasiliano: gli spazi di intervento del giudice in sede di esame dei testimoni.....	266
4.7 I contorni dell'iniziativa probatoria del giudice <i>ex artt.</i> 156, II e 209 c.p.p brasiliano.....	269
4.8 I poteri probatori officiosi nel disegno di legge per un nuovo codice di procedura penale brasiliano.....	276
4.9 Note parzialmente conclusive. Il dilemma tra strategia e ricerca della verità: alcune osservazioni critiche rispetto all'acquisizione <i>ex officio</i> della prova nel giudizio penale.....	280
Conclusioni.....	289
Bibliografia.....	293

Abbreviazioni

ad es.: ad esempio

AgRg: Agravo regimental

CADU: Convenzione Americana dei Diritti Umani

CEDU: Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

CIDU: Corte interamericana dei diritti dell'uomo

Corte IDU: Corte interamericana dei diritti dell'uomo

C.p.p.: Codice di procedura penale

Dje: Diário de Justiça eletrônico

GUP: Giudice dell'udienza preliminare

HC: habeas corpus

Min.: Ministro

ONU: Organizzazione delle Nazioni Unite

PL: Projeto de Lei

RBCCrim: Revista Brasileira de Ciências Criminais

REC: Recommendation

Resp: Recurso especial

Rel. relatore

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

TFUE: Trattato sul funzionamento dell'Unione europea

TUE: Trattato sull'Unione europea

UE: Unione europea.

INTRODUZIONE

Nell'introduzione della sua opera sull'epistemologia legale, il filosofo Larry Laudan afferma che i sistemi di giustizia penale sono guidati da tre ordini di valori di base. Uno di questi obiettivi principali sarebbe quello di chiarire la verità sul delitto, e così evitare giudizi erronei. Il secondo avrebbe come premessa la circostanza che la perfezione è irraggiungibile, pertanto è necessario assicurare un criterio di distribuzione di errori in modo tale che le false condanne siano meno probabili delle false assoluzioni; quindi si può considerare che il fulcro di questo insieme di valori sarebbe la forma di distribuzione degli errori. Il terzo aggruppamento assiologico comprenderebbe diverse preoccupazioni essenziali per il processo penale come la protezione dei diritti e delle garanzie degli imputati e i costi del sistema giudiziario¹.

Questa sintetica prospettazione è sufficiente per indicare perché una delle principali sfide, sia negli studi che nella strutturazione concreta del processo penale, deriva già dalla sua propria genesi e ragion d'essere. Dallo scenario sopra verificato, si può vedere quanto ampia possa essere la distanza tra le diverse posizioni, poiché basterà che l'interprete consideri uno di questi gruppi di valori come predominante per propendere a privilegiarlo, se non a renderlo autonomo rispetto agli altri, fino al punto da porsi inevitabilmente in contrasto con un giurista che abbia visione diversa sui rapporti di gerarchia, o persino di egemonia, all'interno dei suddetti raggruppamenti valoriali.

L'oggetto del presente studio percorre, in qualche modo, esattamente questa tematica fondamentale e intrinsecamente controversa, ossia, affronta gli insiemi o i gruppi di valori che sono imprescindibili per il processo penale, al punto da indirizzare l'elaborazione del metodo normativo concreto di giudizio. Più in particolare, la questione principale che guida il lavoro è di sapere se la giustizia della decisione, inserita dall'enumerazione di Laudan di cui sopra come il primo obiettivo fondamentale del sistema di giustizia penale, sia presente e quindi tutelata dalla clausola costituzionale del giusto processo.

Sebbene il summenzionato canone di giustizia del processo venga di solito riportato alla salvaguardia dei diritti e delle garanzie procedurali fondamentali da assicurarsi agli imputati, il che induce molti autori a considerare che l'equo processo si limiti a coniugare i diritti di difesa, l'ipotesi scientifica di partenza, dalla quale si vuole prendere le mosse è che

¹ LAUDAN L., *Truth, error and criminal law: an essay in legal epistemology*, Cambridge University Press, 2008, pp. 1-2.

si tratti di un precetto conglobante adatto ad accogliere anche la protezione della qualità della giurisdizione e dell'esito emanato alla fine del processo di accertamento delle responsabilità.

Prima di proseguire, è importante stabilire una delle premesse essenziali dello studio, e che per questa ragione verrà riaffermata in più di una occasione nel corso del testo, nel senso che non vi è alcuna contrapposizione o incompatibilità tra queste famiglie di valori all'interno della clausola di equità processuale. Si presuppone che il modello di giusto processo penale debba coniugare in modo coordinato e inter-relazionale la protezione delle categorie di valori rilevanti all'esercizio dell'attività giurisdizionale sopra identificata.

Nel presente studio, non vi è alcuna intenzione di determinare i limiti, la portata degli elementi del giusto processo, o le innumerevoli possibili proiezioni da questi ultimi discenti. La pretesa è solamente quella di verificare se un determinato interesse, valore o ideale possa essere estratto dalla clausola del processo equo, in altre parole, se sia, in particolare, possibile affermare che il valore della giustizia sostanziale del risultato del processo sia contenuto nella formula costituzionale.

È inoltre opportuno procedere a due ulteriori chiarimenti introduttivi.

Con riguardo al primo punto, si può sinteticamente affermare che il giudizio di colpevolezza oggetto del giudizio penale, richieda una valutazione sia di fatto sia di diritto. Nel segmento concernente il dato storico, ad interessare è, come è noto, il fatto attribuito all'accusato; in quello concernente il valore giuridico ciò che importa è il tipo normativo e, più in generale, la qualificazione giuridica attribuita al fenomeno storico². Sulla base di questa chiara ripartizione tra questione di fatto e questione di diritto, su cui è organizzato l'intero meccanismo processuale penale³, si muove anche il presente studio che si propone di mettere in discussione l'importanza della corretta ricostruzione del tema storico all'interno del processo penale, allo scopo di verificare se la garanzia del processo equo contempli la preoccupazione per la veridicità dell'enunciato storico formulato nella decisione, come requisito indispensabile per un risultato giusto, di conseguenza, come imposizione di giustizia processuale.

Si assume così la premessa per cui trattare della verità nell'ambito processuale, almeno dal punto di vista assunto nella ricerca in oggetto, significa soltanto mettere in discussione l'importanza della verità attinente a uno degli aspetti rilevanti della deliberazione

² FERRUA P., *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in FERRUA P. et al. (orgs.). *La prova nel dibattimento penale*. 4^a ed., G. Giappichelli, 2010, p. 323.

³ In questo senso, FERRUA, P., *Il 'giusto processo'*, 3^a ed., Zanichelli, 2012, pp. 38 e ss.

giudiziaria, cioè, della verità dentro o all'interno della decisione, e non della decisione di per sé⁴.

La seconda necessaria precisazione è di ordine terminologico. Nonostante l'influenza decisiva degli ideali di *due process of law* e di *fair trial* sulla nozione di giusto processo, e l'uso prevalente nei paesi dell'America Latina della locuzione «*devido processo legal*», che è stata adottata, ad esempio, dal costituente brasiliano al comma LIV dell'art. 5, si preferisce, in questo studio, utilizzare la formula “giusto processo”, in quanto maggiormente correlata al modello di tradizione europeo-continentale, oltre che espressamente contenuta nella Costituzione italiana ed impiegata correntemente nella dottrina. Si suppone inoltre che la qualificazione “giusto” suggerisca una struttura processuale cognitiva dialettica con la preoccupazione di raggiungere una decisione giusta⁵, come verrà chiarito più avanti.

Così, il punto di partenza adottato per l'approccio alla materia è costituito esattamente dal delineamento dell'attuale concezione della clausola del giusto processo in ragione della sua condizione di elemento fondamentale e sfondo dell'intera analisi. Un altro motivo importante per questo *excursus* inaugurale è dovuto al fatto che, non solo in Brasile, ma nell'insieme degli studi sulla procedura penale in America Latina, le riflessioni sono ancora generalmente svolte sulla base dell'antica dicotomia accusatorio-inquisitorio, non essendo, quindi, basate sul quadro di riferimento derivante dalla nozione di giusto processo. A tal fine, il capitolo iniziale sarà dedicato proprio a questo sforzo esplicativo sulla clausola referenziale di attuazione della giurisdizione penale nel processo, con particolare attenzione al sistema giuridico processuale italiano, e sul suo rapporto con la normativa convenzionale.

Nel secondo capitolo, saranno, invece, esaminate le linee principali delle teorie delle c.d. *procedural justice* relative in modo specifico al processo giurisdizionale, allo scopo di cercare di individuare un fondamento utile per lo sviluppo dello studio. Questo capitolo includerà valutazioni critiche e alcune proposizioni relative a questo campo teorico che tratta della tassonomia valoriale interna ai sistemi di giudizio, concentrandosi sul meccanismo penale.

⁴ Cfr. VIOLA F., *The judicial truth: the conception of truth in judicial decision*, in GIANFORMAGGIO L., PAULSON S. L. (eds), *Cognition and interpretation of law*, G. Giappichelli, 1995, p. 203, il quale rileva come la questione della verità nella decisione possa essere messa in discussione sia in relazione ai fatti che alle norme, ma che *factual truth* e *juridical truth* non possono essere affrontate e risolte allo stesso modo, e quindi come la conclusione giudiziaria «*has no epistemological unity*», in modo che la decisione "nel suo complesso" non possa essere considerata vera o falsa.

⁵ FERRUA P., op. cit., p. 67. GIACOMOLLI N. J., *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*, Atlas, 2014, p. 79, in diverse direzioni, mette in relazione il giusto processo con l'avanzamento al *substantive due process*.

Il capitolo successivo sarà dedicato allo sviluppo della linea argomentativa teorica volta a verificare la correttezza dell'ipotesi di partenza già menzionata. Sotto i riflettori della analisi verranno posti gli elementi basilari che conformano il canone costituzionale del giusto processo, in modo da cercare il legittimo significato delle garanzie ricondotte a tale clausola mediante l'esposizione della loro giustificazione e ragion d'essere. La ricerca si completerà con alcuni riferimenti specificamente legati al tema della verità nel processo penale, dai quali sembra trasparire come l'ideale cognitivo sia irrinunciabile in un processo penale che si pretende giusto e garante dei differenti interessi coinvolti. Il capitolo si concluderà con l'esame di alcune indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza tanto della Corte europea dei diritti dell'uomo quanto da quella della Corte interamericana dei diritti umani, che parrebbero rafforzare la necessità di preservare la qualità del risultato finale del sistema di giustizia penale. In questo senso, l'attenzione si concentrerà, particolarmente, sulla esistenza di alcune profonde consonanze tra la categoria degli obblighi procedurali penali positivi e l'archetipo del giusto processo penale.

L'ultimo e conclusivo capitolo è riservato all'analisi di uno specifico aspetto della disciplina processualpenalistica, ossia quello riguardante i poteri di iniziativa probatoria officiosa. E' sembrato, infatti, che l'analisi, allo sviluppo della quale è orientato l'intero studio condotto, non avrebbe potuto dirsi esaurita senza un momento di verifica a livello pratico/attuativo dei risultati sin a quel momento raggiunti. In questo senso, l'argomento riguardante i poteri istruttori del giudice è sembrato il terreno più adatto per mettere alla prova la linea argomentativa seguita nei capitoli precedenti. In questa particolare prospettiva, il quarto capitolo è finalizzato a completare naturalmente lo studio proposto, legando la trattazione del tema, eletto a oggetto di esame, in chiave prevalentemente teorica all'analisi delle ricadute sul piano concreto della normazione.

In questa prospettiva, al fine di arricchire il quadro dei riferimenti, il tema verrà affrontato in chiave di comparazione tra sistemi normativi diversi, mettendo a confronto la disciplina processuale penale italiana con quella brasiliana.

CAPITOLO I

Alcuni aspetti innovativi derivanti dall'affermazione del diritto al giusto processo

1.1 Profili generali di un modello in evoluzione

Si trova in esperienze di recenti legislazioni delle moderne democrazie una sorta di condivisione di idee di fondo in materia di giurisdizione penale, le quali sono state espresse in una serie di principi legittimanti della attività giurisdizionale decorrenti dal grado di civiltà giuridica raggiunto a partire dal razionalismo illuminista⁶ e sancite come garanzie fondamentali nei moderni stati costituzionali. Si tratta di una matrice normativa basilica che circoscrive il perimetro di elaborazione possibile di un sistema processuale penale indipendentemente dalla radice politico-culturale o ideologica in cui è inserito un dato ordinamento giuridico⁷.

La tradizionale formula del giusto processo appare come la locuzione che permette di identificare questo contenuto minimo essenziale della attuazione giurisdizionale dello Stato, con origini storico-culturali relative ai concetti remoti di *fair trial* e *due process of law* propri della tradizione di *Common Law*⁸. Si tratta della formulazione espressiva di un modello di processo che basa la propria legittimazione non in stime o in valutazioni tecnico- astratte, ma in base a valori e norme costituzionalmente condivise; dirette alla concretizzazione di garanzie e principi relativi alla prestazione giurisdizionale.

Si constata che la dottrina processualistica, dopo un lungo periodo durante il quale

⁶ VALENTINI REUTER C., *La Corte costituzionale alle prese con l'art. 507 c.p.p., ovvero: ritorno al futuro*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 924 qualifica come «onnipotente *Raison*» l'ideia che caratterizza il pensiero illuminista del XVIII secolo e che ha portato al superamento del passato oscurantista.

⁷ BUZZELLI S., voce *Giusto processo*, in *Digesto delle Discipline penali* II agg., Utet, 2004, p. 344; ancora AMODIO E., *Le fonti della procedura penale europea*, in CORSO P., ZANETTI E. (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, CELT, 2010, p. 4, il quale ha ritenuto che ha un «*common core* che caratterizza i diversi sistemi per l'adesione a comuni valori di civiltà giuridica e tradizione processuale».

⁸ V., fra i tanti, TOMMASEO F., *Revisione della seconda parte della costituzione. Norme sulla giurisdizione*, in AA.VV., *Le garanzie della giurisdizione e del processo nel progetto della commissione bicamerale*, Giuffrè, 1999, p. 179; FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, cit., p. 86; UBERTIS G., *Verso un "giusto processo" penale*, G. Giappichelli, 1997, p. 17; MITIDIERO D., *Direito fundamental ao processo justo*, in *Revista magister de direito civil e processual civil*, v. 45, 2011, p. 22. V. in tal senso pur con varietà di accenti, CHIAVARIO, M., voce *Giusto processo: II) processo penale*, in *Enc. Giur.* Treccani, vol. XVII, 2001, p. 3, il quale evoca valori affini non solo alla *due process clause* statunitense, ma anche all'elaborazione «latinoamericana del '*devido* – o *devido* (art. 5°, LIV della vigente Costituzione brasiliana) – *processo legal*' »

pareva immobilizzata nel tentativo di elaborare le linee guida del processo penale attraverso la catalogazione di stili antitetici di sviluppo della giurisdizione, iniziò a ricevere in modo più incisivo l'influenza della fonte costituzionale e convenzionale nelle fondamenta del giusto processo⁹. Si è così giunti alla percezione per la quale basare il dibattito sui problemi del processo penale nella caratterizzazione dei modelli «accusatorio-inquisitorio» fosse poco utile¹⁰, almeno dal punto di vista scientifico, anche se si possono ancora mantenere aperte le visioni ideologiche e le referenze storiche relative a questi due schemi¹¹.

Sembra già facilmente percepibile la relativa inconsistenza dogmatica della catalogazione conforme ai modelli anticipatamente delimitati con base in elementi costitutivi essenziali, per la semplice ragione che l'elaborazione concettuale dei modelli e la definizione di quali sarebbero i loro elementi fondamentali o appena contingenti «sono ampiamente convenzionali»¹²; oltre a ciò, è necessario osservare come delimitazione delle proprietà essenziali ai due sistemi è fortemente influenzata da giudizi di valore, a partire dal nesso che si fa tra sistema accusatorio e modello garantista da un lato, e tra modello inquisitorio e modello autoritario dall'altro¹³.

Analoga ambiguità nella utilizzazione della dicotomia deriva anche dall'equivoca giustapposizione tra il dualismo accusatorio-inquisitorio e la distinzione comunemente

⁹ GIACOMOLLI N. J., *O devido processo penal*, cit., p. 79.

¹⁰ Cfr. BACHMAIER WINTER L., *Acusatorio versus inquisitivo: reflexiones acerca del proceso penal*, in: BACHMAIER WINTER, L. (Coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Marcial Pons, 2008. p. 46. Nello stesso senso, BUZZELLI S., voce *Giusto processo*, cit., p. 359; UBERTIS G., voce *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, ann. II, tomo 1, Giuffrè, 2008, pp 420-421; Id., *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2096 ss., la quale ha ritenuto che queste etichette non sono più adatte a definire i modelli procedurali, rimanendo solo all'interno di un «sterile polemica». Si veda, inoltre, ILLUMINATI G., *El sistema acusatorio en Italia*, in: BACHMAIER WINTER L. (Coord.), cit., p. 137, il quale identifica anche la mancanza di un significato univoco ed universalmente accettato sui caratteri del sistema accusatorio, che dipende sempre delle scelte ideologiche dei giuristi.

¹¹ Non viene contestata l'idea che un'analisi rigorosa della procedura penale sia qualificata da un apprezzamento della sua evoluzione storica, e che di solito questo viene sintetizzato come la storia dell'alternanza tra i modelli accusatorio e inquisitorio. Non è, tuttavia, l'oggetto di questo studio ricostruire l'evoluzione storica dei sistemi procedurali penali. Così, si è d'accordo con BUZZELLI S., voce *Giusto processo*, cit., p. 359, quando riferisce che il modello di giusto processo ha rimandato alla storia e agli studi comparativi il binomio accusatorio-inquisitorio.

¹² Al riguardo, partendo dal presupposto che «*los conceptos jurídicos son útiles, sobre todo, si existe un consenso en cuanto a su significado*», i vantaggi di uno studio basato sulla definizione di «accusatorio» sono notevolmente ridotti, poiché il termine è inteso tanto in senso stretto, stando a significare il divieto dell'accumulo delle funzioni di istruire, accusare e giudicare, come ampiamente riferito alla procedura penale e tutte le sue garanzie; cfr. BACHMAIER WINTER L., *Acusatorio versus inquisitivo*, cit., p. 46.

¹³ Cfr., ad es., FERRAJOLI L., *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, 8. ed., Laterza, 2004. p. 575. Sarebbe quello che AMODIO E., *Proceso penal, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*, Giuffrè, 2003, p. 195, nel trattare il contrasto tra accusatorio-inquisitorio ha identificato come aggrappato a un «significato emotivo» nella cui risposta (dell'ascoltatore) o nello stimolo (del parlante) rievoca la sfera delle emozioni. Ancora, UBERTIS G., *Principi di procedura penale europea: le regole del giusto processo*, 2 ed., Raffaello Cortina, 2009, p. 9, che menziona l'uso consueto della dicotomia per basare giudizi di valore storicamente condizionati perché derivati da studi sociologici comparativi.

rintracciata nell'ambito dei giuristi di *common law* tra *adversarial system* e *inquisitorial system*, la quale ha come finalità precipua identificare, mediante comparazione, i dissensi tra i due grandi modelli fondamentali dell'amministrazione della giustizia, influenzati dalla struttura anglosassone o europea continentale¹⁴. Si tratta di una tendenza verificata nelle ultime decadi e direzionata ad identificare il sistema accusatorio mediante una trasposizione semplice dell'ideale proveniente dal processo *adversary* di *common law*, come se la manifestazione del processo accusatorio fosse uniforme e fosse riassumibile al modello anglosassone identificato dall' *adversarial system*¹⁵.

In questo quadro, tra i motivi degli importanti progressi portati dalle legislazioni sopranazionali c'è il fatto di dover stabilire il regolamento dei limiti nei quali si possono muovere sistemi processuali di differenti ispirazioni e matrici politico-culturali¹⁶, ricercando uno statuto basico o di convergenza in materia di giurisdizione penale per orientare gli ordinamenti di tradizione di *common law* e di *civil law*. Pertanto, e tenendo in conto la difficoltà di intravedere un consenso internazionale a partire dalla classificazione basata in criteri evanescenti storico-valoriali e comparativi¹⁷, si è cercato di superare l'antitesi «accusatorio-inquisitorio»¹⁸ e gli sforzi per definire questi due sistemi, optando coscientemente per l'inserimento nel diritto positivo dell'idea del giusto processo¹⁹, del

¹⁴ Per un'efficace sintesi, v. DAMAŠKA M. R., *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*, Yale University, 1986. p. 3 ss, secondo il quale nel *adversarial system* il processo si presenta sotto forma di una controversia, una contesa che coinvolge i titolari degli interessi in gioco, che ha luogo dinanzi a un arbitro relativamente passivo il cui principale dovere è quello di giungere a una decisione basata sui contributi e le iniziative delle parti, mentre il modello *inquisitorial* ou *non-adversary* è strutturato come una specie di indagine ufficiale, in cui è responsabilità dell'organo giudiziario svolgere la maggior parte dell'iniziativa nelle attività procedurali. Nell'edizione italiana, v. DAMAŠKA M. R., *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, 1991, p. 30 ss. In senso analogo, WEIGEND T., *Is the criminal process about truth?: a german perspective*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 26, n. 1, 2003, p. 158 ss. Non a caso TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, 1992, p. 20, mette in relazione il *adversary system* con il modello dispositivo di processo e con la concezione del processo come strumento di risoluzione dei conflitti.

¹⁵ V. GRINOVER A. P., *A iniciativa do juiz no processo penal acusatório*, in *Revista brasileira de ciências criminais*, 1999, n. 27, p. 71.

¹⁶ Uno dei motivi che portano, secondo KOSTORIS R.E., *Diritto europeo e giustizia penale*, in: KOSTORIS, R.E. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2015, p. 70, alla diffusione, nelle fonti sovranazionali, dell'uso di principi aperti e generici, anziché di regole.

¹⁷ UBERTIS G., voce *Giusto processo*, cit., p. 421.

¹⁸ Secondo UBERTIS G., *Sistema di procedura penale. I principi generali*, 3ª ed., Utet, 2013, p. 22, nemmeno la Costituzione italiana ha definito la preferenza per modello accusatorio o inquisitorio, muovendosi nella stessa linea degli Atti internazionali sui diritti umani al contemplare un'architettura procedurale basata su principi legittimanti.

¹⁹ L'origine stessa della riforma legislativa italiana che ha portato all'inserimento del diritto al giusto processo nella norma costituzionale, legge di revisione costituzionale 23 novembre 1999 n. 2, è coinvolta nelle controversie sull'interpretazione del dualismo inquisitorio-accusatorio, spinto dalle sentenze della Corte di Cassazione e soprattutto della Corte costituzionale (2 de nov. 1998, sent. n. 361, in *Giur. Cost.*, 1998, anno XLIII, sett.-ott, fasc. 5, Giuffrè, p. 3083 ss.) sul principio di non dispersione delle fonti di prova e dell'imposizione del contraddittorio, cfr., ad es., CHIARLONI S., voce *Giusto processo (diritto processuale*

processo equo, o del *due process* e *fair trial*²⁰ nella versione tradizionale angloamericana²¹.

Una manifestazione più tangibile di questo cammino è stata fornita con il fenomeno di affermazione dei principi penali e processuali di libertà e certezza consacrati dall'Illuminismo e, posteriormente, proclamati dagli stati nelle moderne costituzioni democratiche, il quale fu considerato dalla dottrina come un processo di positivizzazione del diritto naturale²². Si trattò di concepire una matrice normativa che permettesse, nelle parole di una autorevole dottrina, di coniugare «*l'eredità storica dello ius naturale con le acquisizioni del moderno costituzionalismo*»²³.

Dopo la fine della seconda guerra mondiale e la constatazione dell'insufficienza delle teorie giusnaturalistiche tradizionali nella protezione dei diritti e delle libertà personali, reputandosi ugualmente inadatto l'inserimento di tali norme in codici legislativi, le garanzie processuali furono elevate a norma fondamentale e, in questo modo, furono costituzionalmente protette come fondamentali e inviolabili, dotate di forza precettiva concreta²⁴. In adesione al pensiero di Trocker, il fenomeno non può riassumersi nella costituzionalizzazione: quest'ultima, infatti, deve considerarsi una nitida opzione culturale, una presa di posizione ideologica che mira a consacrare in modo stabile le «idee-cardine»

civile), in *Enc. dir., ann. II*, tomo 1, Giuffrè, 2008, p. 404; COMOGLIO L. P., *Etica e tecnica del "giusto processo"*, G. Giappichelli, 2004, p. 43 e ss. Per un approccio più ampio CECCHETTI, M., voce *Giusto processo, a) diritto costituzionale*, in *Enc. Dir., agg.*, vol. V, Milano, 2001, p. 600 e ss. Eppure FERRARA, G., *Garanzie processuali dei diritti costituzionali e "giusto processo"*, in *Rass. Parl.*, 1999, Giuffrè, p. 554, che presenta una sequenza riassuntiva di deliberazioni della Corte costituzionale successiva all'entrata in vigore del nuovo codice e tendente a «cancellare i tratti accusatori più rilevanti del processo».

²⁰ Secondo TROCKER N., *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in CIVININI M. G., VERARDI C. M. (a cura di), *Il nuovo art. 111 della costituzione e il giusto processo civile: atti del convegno dell'elba (9-10 giugno 2000)*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 42 le espressioni *procés équitable*, *due proces of law* e giusto processo condividono e sono collegate «da una comune ispirazione di fondo».

²¹ Si riferisce all'inclusione dell'idea di *fair trial* o di *fairness* nelle regole convenzionali dell'ambito europeo e, di conseguenza, nel sistema normativo degli ordinamenti giuridici di *civil law*, ad es., ESPOSITO V., "*Fair trial*" anglosassone, "*process equitable*" europeo, "*processo giusto*" italiano, in *Rass. penit. e crimin.*, 1982, pp. 1 e 28; UBERTIS G., *Corte europea dei diritti dell'uomo e «processo equo»: riflessi sul processo penale italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 37. Nella Corte EDU molti sono le sentenze che associano le garanzie di cui all'art. 6 con l'idea di *fair trial*, cfr. ad es., Grande Camera Corte EDU, sent. 12 febbraio 1985, *Colozza c. Italia*, n. 9024/80, § 26.

²² Il riferimento si trova in CAPPELLETTI M., *Giustizia costituzionale soprannazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 17; FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, cit., p. 349. In questo esatto senso di positivizzazione della *natural justice* nell'art. 111 Cost. e, anche, nell'art. 6 della CEDU v. AMODIO E., *Giusto processo, procés équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, p. 96. Nello stesso senso di correlare il giusnaturalismo con l'introduzione dei diritti e delle libertà dell'individuo nelle costituzioni democratiche promulgate dopo la seconda grande guerra, v. COMOGLIO, L.P., *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, pp. 682, 698.

²³ AMODIO E., *Processo penale, diritto europeo*, cit., p. 134.

²⁴ TROCKER N., *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il 'giusto processo' in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 2001, p. 382 ss. DOMINIONI O., *L'imputato fra protagonismo dell'accusa e subalternità della difesa*, in *Arch. Pen.*, 1982, p. 74, ha già attestato la necessità che nei primi anni cinquanta è sorta per adattare il processo penale ai principi costituzionali.

della struttura processuale come criteri di credibilità e accettazione della attività giudiziaria²⁵, che ha portato ad una graduale assunzione della propria struttura processuale modellata a partire dalla stretta osservanza dei principi affermati nella Costituzione.

Come già indicato, oltre alle considerazioni formali marcate da una ambiguità concettuale, in quanto idealmente condizionate e idealizzate, la nozione di giusto processo pone in evidenza il problema dell'organizzazione processuale, della struttura del processo così come orientata dalla realizzazione dei principi giuridici consacrati costituzionalmente e che conferiscono legittimità all'attuazione giurisdizionale²⁶. Nel lasciare da parte il tentativo di definire un modello adeguato di processo basato sull'antitesi concettuale «accusatorio-inquisitorio», il criterio utilizzato a partire dall'affermazione dei principi minimi della giurisdizione certamente restringe le opzioni possibili per il legislatore, facendo sì che nessuno possa sottomettersi legittimamente alla potestà statale se non per l'effettiva celebrazione di un giusto processo²⁷.

A partire dalla concezione derivante dai moderni stati costituzionali di diritto, gli ordinamenti giuridici passarono a comprendere principi e valori propri del razionalismo illuminista, facendo sì che molte delle garanzie penali e processuali di libertà e certezza non fossero consacrate solo nelle costituzioni occidentali, quali principi giuridici fondamentali, ma anche in accordi internazionali e nell'ampia giurisprudenza dei tribunali, tanto nazionali quanto internazionali.

In tale percorso, e dal punto di vista della costruzione sistematica di un modello di processo, la difficoltà non risiede tanto nell'identificare principi isolatamente deducibili dal testo costituzionale e dalle convenzioni internazionali in materia di giustizia penale; il problema maggiore si riscontra giustamente nell'armonizzare tali postulati, spesso contrapposti, al fine di fissare i limiti nei quali può attuare il legislatore ordinario nel definire la fisionomia strutturale e il funzionamento dell'ordinamento giudiziario²⁸.

È rilevante, per continuare ad avanzare nello studio del processo penale, mettere in discussione come si possa concepire l'equilibrio precario, nella legislazione e nella pratica, tra gli interessi che coesistono in potenziale conflitto nella giurisdizione penale. Il percorso che dev'essere tracciato dallo studioso della processualistica penale, fu già indicato espressamente dalla normativa internazionale che si occupò di stabilire i principi guida

²⁵ TROCKER N., *Il nuovo articolo*, cit., p. 384; dello stesso Autore, *Il valore costituzionale*, cit., p. 43.

²⁶ TROCKER N., op. loc cit.

²⁷ UBERTIS G., *Principi di procedura*, cit., pp. 14-15.

²⁸ GREVI V., *Alla ricerca di un processo penale "giusto", itinerari e prospettive*, Giuffrè, 2000. pp. 3-4.

direttivi dell'attuazione della giurisdizione penale²⁹.

L'articolo 14 del Patto Internazionale dell'ONU sui diritti civili e politici del 1966 già aveva dato un punto di riferimento³⁰ nel prevedere il diritto ad un giudizio equitativo, al quale si aggiunge la previsione che consta nell'articolo 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU) concernente il rispetto del diritto all'equo processo. Nell'ambito degli Stati del continente Americano si ha, nella stessa linea, l'art. 8 della Convenzione Americana dei Diritti Umani del 1969 (CADU), più conosciuta come Patto di San José di Costa Rica³¹.

Tali dispositivi stabiliscono le garanzie e le esigenze processuali minime necessarie ad un sistema giudiziario per assicurare effettivamente l'adeguata protezione dei diritti fondamentali, operando su due livelli. Il primo, di ordine generale, afferma il diritto di qualsiasi ad accedere a un tribunale indipendente e imparziale, stabilito dalla legge, che lo giudichi attraverso un processo pubblico in un tempo ragionevole; si tratta di imposizioni applicabili a tutti i processi di natura civile o penale. Ad un secondo livello, sono riconosciute una serie di garanzie agli accusati nel processo penale, tra le quali la presunzione di innocenza, il diritto al contraddittorio e il diritto di difesa.

Si tratta di esigenze basiche imposte al sistema giudiziario, che permettono di conformare un concetto globale integrato da una diversità di elementi che si riferiscono al processo in modo da avvicinarlo, il più possibile, al conseguimento della protezione dei diritti fondamentali e all'applicazione di un giusto processo: tali affermazioni sono volutamente approssimative in considerazione del fatto che, come vedremo più avanti, non può essere un elenco completo. Nei termini già riconosciuti dalla dottrina, il criterio della Corte di Strasburgo nell'interpretazione dell'art. 6 CEDU è di valutare globalmente l'iter procedurale, analizzando tutte le tappe e gli atti del procedimento al fine di verificare se, nella situazione specifica, sia stato compiuto uno processo equo³².

²⁹ DI BITONTO M. L., *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, G. Giappichelli, 2004, p. 8 ss., menziona una modifica più ampia nei rapporti tra cittadino e stato, a partire dalla nozione che l'individuo deve essere protetto anche nel piano del diritto internazionale.

³⁰ Alcuni vedono le radici della nozione di giusto processo dalla previsione dell'art. 10 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani proclamata dalle Nazioni Unite nel 1948; cf. TROCKER N., *Il nuovo articolo*, cit., p. 382.

³¹ In Brasile la CADU è stata approvata solo il 25 settembre 1992 con il decreto legislativo 27, e promulgata dal Decreto Presidenziale 678, il 6 novembre 1992.

³² ARAGÜENA FANEGO C., *Primera aproximación al derecho a un proceso equitativo y a las exigencias contenidas en el artículo 6.1 CEDH; en particular, el derecho de acceso a un tribunal*, in: GARCÍA ROCA J.; SANTOLAYA P. (Coord.), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 262.

Conseguentemente, la costituzionalizzazione sommata alla convenzionalizzazione³³ dei principi processuali di giustizia esige un cambiamento significativo nella posizione dogmatica degli interpreti e degli operatori del diritto, anche nell'ambito dell'analisi sull'organizzazione del procedimento giudiziario³⁴. La struttura, le riforme e i temi rilevanti del diritto processuale devono essere studiati a partire dall'interazione tra principi e valori condivisi costituzionalmente e convenzionalmente, così permettendo, come avvisa Trocker, il dialogo con la giurisprudenza nel terreno della legittimità costituzionale e convenzionale verificata in concreto³⁵. In particolare, nell'ambito penalistico, è necessario evidenziare in quale modo la giurisprudenza si orienta nel compito di risolvere il conflitto immanente tra individuo ed autorità, ossia il difficile bilanciamento del dovere di garantire «*l'inquisito e nel contempo la difesa sociale*»³⁶.

Nella ricerca del significato da attribuire al giusto processo, è necessario avere molta cautela per non cadere in banalizzazioni positiviste e considerare la locuzione come mera retorica³⁷, per la quale l'aggettivo "giusto" avrebbe aggiunto poco al sostantivo "processo"; e la locuzione si ridurrebbe a mera ripetizione inutile di altre garanzie già consacrate nei precetti costituzionali e pattizi. Ancora prima, la formula del processo equo esplicita un'adesione ai valori etici e politici che si collocano al di sopra della legge scritta³⁸, e pertanto con una portata innovativa diversa che passa necessariamente attraverso le garanzie processuali, che, a loro volta, devono essere coordinate e soppesate a vicenda e con gli altri valori costituzionali³⁹.

Questo desiderato approccio di innovazione passa anche, in un secondo momento, attraverso il superamento della tendenza all'autoreferenza degli ordinamenti giuridici

³³ Sul controllo di convenzionalità di tutta la produzione, interpretazione e applicazione della legislazione nazionale nel sistema interamericano v., in particolare, GIACOMOLLI N. J., *O devido processo penal*, cit., p. 26 ss.

³⁴ Cfr. MAZZA O., *Cedu e diritto interno*, in GAITO A., (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Dike, 2016, p. 3, l'alterazione del profilo genetico del processo penale ha causato cambiamenti non solo nei sistemi normativi di riferimento, ma anche nella natura, nello scopo e nella vera ragion d'essere del processo.

³⁵ TROCKER N., *Il nuovo articolo*, cit., p. 386.

³⁶ DINACCI F. R., *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Cedam, 2003, p. 2.

³⁷ Questa sembra essere l'impressione inaugurale di GREVI, V., *Garanzie soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il progetto di revisione costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 728, ora in Id., *Alla ricerca di un processo penale «giusto»*, p. 151 ss., nel commentare l'articolo 130 del progetto di revisione costituzionale approvato dalla Commissione bicamerale, trasmesso alle presidenze delle Camere il 4 novembre 1997, in cui si affermava che la giurisdizione dovrebbe essere attuata «mediante giusti processi»; nelle parole dell'Autore: «è difficile sfuggire alla sensazione di una norma-bandiera, di forte sapore retorico».

³⁸ AMODIO E., *Processo penale, diritto europeo*, cit., p. 134.

³⁹ V., ad esempio, VELU J., ERGEC R., *La Convention Européenne des Droits de L'Homme: extrait du Répertoire pratique du droit belge, complément*, Bruylant, 1990, t. 7, p. 336, i quali hanno ritenuto che: «ces garanties ne sont pas limitatives. Elles s'ajoutent à d'autres garanties qui découlent du principe du procès équitable formulé au paragraphe premier».

nazionali, che si devono aprire a norme e decisioni convenzionali nell'interpretazione e applicazione del diritto⁴⁰. Qui sta il differenziale o miglioramento dogmatico ottenuto dall'alterazione del paradigma nell'affrontare i problemi del processo penale.

Il quadro teorico proposto a partire dall'idea del giusto processo permette non solo di sviluppare i principi costituzionali della giurisdizione a partire dal suo inserimento nella dinamica processuale, incluso delle corti sopranazionali, e nell'interazione con altri principi e valori costituzionali, ma anche di raggiungere risultati differenti e operativamente vantaggiosi rispetto allo schema duale «accusatorio-inquisitorio». Il postulato per cui «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo» deve comportare la ricerca da parte del legislatore di una dimensione più ampia rispetto al mero rafforzamento di direttrici e valori già affermati nella norma costituzionale: il perfezionamento della disciplina normativa deve tendere all'equilibrio razionale tra garanzie ed efficienza⁴¹, con una rafforzata attenzione ai progressi nella tutela dei diritti umani così come segnalato dalle corti internazionali⁴².

L'indicazione della Carta Magna deve anche servire come guida per tutti coloro che sono coinvolti nel meccanismo giurisdizionale, soprattutto il giudice ed il pubblico ministero nell'ambito penale. Tali soggetti, investiti da incarichi di autorità⁴³, devono osservare i dettami dell'educazione e del rispetto nei confronti di chi è sottoposto ad indagine, predisponendosi a rispettare i loro compiti con sobrietà e rigore ai dettami legali, senza, però, eccedere in formalismo o presunzione. Prima di tutto, infatti, il processo deve essere considerato un'attività comunicativa, che, per questa ragione, presuppone una disposizione per un dialogo ponderato⁴⁴.

Nello sviluppo di questo percorso, ciò che si pretende dimostrare è che il processo penale, per poter essere considerato equo e giusto, deve anche essere concepito in un modo da tener in debita considerazione il desiderio di produzione di decisioni giuste, anche riconoscendo i suoi limiti e la sua fallibilità. Da tali premesse, si può affermare che il processo ideale è quello che, rispettando le garanzie di difesa e altri valori, assicura con maggior probabilità un risultato giusto⁴⁵. In altre parole, il processo sarà giusto nella misura

⁴⁰ TROCKER N., *Il valore costituzionale*, cit., p. 50 ss.

⁴¹ Cfr., ad es., con riferimento alla sfera civile: PISANI A.P., *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Il Foro It.*, 2000, p. 242.

⁴² Cfr. FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, cit., p. 93.

⁴³ Esortazione che copre, ovviamente, gli avvocati, i membri della polizia giudiziaria e gli ausiliari della giustizia in generale.

⁴⁴ In questo senso il prezioso insegnamento di FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, cit., p. 95.

⁴⁵ V. FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, cit., p. 67.

in cui sia strutturato in modo da valorizzare, o non disprezzare, la giustizia del suo risultato⁴⁶.

Il punto di partenza sembra essere, necessariamente, quello di identificare i contorni del giusto processo a partire dalla recezione da parte dei sistemi di *civil law* degli ideali di *due process of law* e di *fair trial*, e dalla remota influenza di tali concetti propri della tradizione di *common law* sulla nozione di processo equo consacrata nell'art. 6 CEDU. Tale cammino iniziale si rivela indispensabile per verificare se il significato della locuzione «giusto processo», oltre a stabilire l'avanzamento dell'approccio in confronto con l'antitesi concettuale «accusatorio-inquisitorio», aggiunge anche qualitativamente in relazione alle suddette formule anglo-americane.

Il metodo di esposizione proposto in questo capitolo, basato sulla comprensione della formula del giusto processo come l'apice di un corso evolutivo avviato con le garanzie procedurali della clausola di *due process*, alle quali sono poi seguite le convenzioni sovranazionali ed è infine culminato nell'interconnessione tra le garanzie e i principi della giurisdizione al fine di produrre decisioni giuste, ha lo scopo primario di chiarire l'esposizione e rafforzare la linea argomentativa.

Sebbene non vi sia alcuna improprietà nella nozione evolutiva come esposta, specialmente partendo dal significato originario della *due process clause* nel senso stretto di correzione del procedimento penale, non si pretende, certamente, di sostenere l'esistenza di tale linearità segmentata, o di non considerare le complessità e le sfumature esistenti nelle varie tappe.

Per esemplificare la combinazione tra le successive fasi di sviluppo, è sufficiente menzionare che l'art. 39 della Magna Carta inglese del 1215, considerato l'ascendente diretto del *due process clause* per aver imposto il rispetto delle prerogative di libertà nel processo penale⁴⁷ - ed inizialmente considerato come un dispositivo di mera rilevanza processuale - fu gradualmente assunto anche come una clausola di giustizia sostanziale legata ai principi fondamentali del sistema⁴⁸.

⁴⁶ In senso analogo: BRACCIALINI R., *Garanti o no del risultato sostanziale? Spunti tardivi sul giusto processo*, in *Questione giustizia*, 2005, p. 1210.

⁴⁷ Cfr., tra i molti: COUTURE E. J., *La garanzia costituzionale del "dovuto processo legale"*, in *Riv. diritto processuale*, vol. IX, parte 1, 1954, pp. 88-89; GALLIGAN D. J., *Due process and fair procedures: a study of administrative procedures*, Clarendon press, 1996, p. 188; MATTOS, S. L. W. de, *Devido processo legal e proteção de direitos*, Livraria do Advogado, 2009, pp. 17-18.

⁴⁸ VIGORITI V., voce "*Due process of law*", in *Dig. dis. priv.*, vol. VII, Utet, 1991, p. 228, che afferma che la nozione ampliata della legge della terra nel senso di un processo equo è stata inserita in diversi documenti, culminando nella Costituzione americana come garanzia di *due process*: «proponendosi come un obbligo etico di giustizia da osservare in qualunque settore».

Le radici storico-culturali sopranazionali del tema della ricerca spingono, all'origine, l'adozione di un approccio metodologico che, da un lato, si apre alla normativa delle convenzioni internazionali in materia di attuazione giurisdizionale del processo penale e di preservazione dei diritti umani, ma dall'altro esige un approccio combinato di norme e giurisprudenza di differenti matrici e livelli di applicazione. Al processo di costituzionalizzazione dei diritti naturali da parte degli stati ebbe seguito la protezione internazionale e la conseguente imposizione di standards da parte delle corti internazionali, che deve ripercuotersi nella posizione dei giuristi e dei ricercatori.

Le influenze congiunte dei concetti di *due process of law* e di *fair trial* propri dei sistemi giuridici di *common law*, insieme alle imposizioni normative e interpretative delle fonti normative e giurisprudenziali convenzionali sul tema, conduce a concentrare l'attenzione sull'interrelazione di fonti e di reciproche influenze tra modelli internazionali e interni di giurisdizione. I riferimenti teorico-dogmatici sono inclusi come guide o contorni necessari in questo approccio, che incoraggia il confronto, ma consiglia anche la considerazione di ideologie, culture e tradizioni giuridiche peculiari, nonché la verifica dell'attuale fase di avanzamento degli istituti e delle idee chiave rilevanti per l'oggetto della ricerca. Stando così le cose, il punto di partenza del ragionamento non può che essere, in primo luogo, quello di circoscrivere i confini del «giusto processo», e, in secondo luogo, quello di verificare se il risultato di una simile operazione sia in grado di offrire in concreto una maggiore tutela dei diritti e delle libertà.

1.1.1 L'ispirazione tradizionale dalla clausola del «*due process of law*» di origine angloamericana

Come già è stato indicato precedentemente, e riconosciuto in modo ampio dalla dottrina, vi è una decisiva influenza, e proprio una convergenza di idee, tra il postulato della tradizione angloamericana del *due process of law* e la formula europea continentale del giusto processo⁴⁹. La constatazione per cui le radici storico-culturali del diritto al processo

⁴⁹ In questo senso, esemplificativamente: COMOGLIO L.P., *I modelli*, cit., p. 687; Id., *Etica e tecnica*, cit., pp. 1 e 237-238; CHIARLONI S., *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, Riv. trim. dir. proc. civ., n. 1, p. 129 ss.; FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, cit., p. 86; TONINI P., *Manuale di procedura penale*, 8^a ed, Giuffrè, 2007, pp. 40-41, nt. 9. Nella dottrina brasiliana, MITIDIERO D., *Direito fundamental*, cit., pp. 22-34, sottolinea che la previsione dell'art. 5, LIV della Costituzione brasiliana, di ispirazione americana prevedendo che «ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal» ha istituito il diritto fondamentale ad un giusto processo nel diritto nazionale. Ancora, menzionando valori affini tra il «giusto processo» italiano, la «*due process clause*» ed il «*devido ou devido processo legal*» del circolo ispano-latino americano v. CHIAVARIO M., voce *Giusto processo*, cit., p. 3. In senso parzialmente diverso,

equo risalgono al modello di processo e di amministrazione della giustizia con origine nel sistema di *common law*, insieme alla proposizione iniziale diretta a tracciare il significato attuale della formula in una logica evolutiva, fa in modo che la riflessione debba iniziare con alcune considerazioni su queste origini remote del giusto processo.

L'abbozzo, anche se succinto, e certamente incompleto, della *due process clause* dei sistemi angloamericani ha come unica finalità permettere di concepire il giusto processo come il culmine di una evoluzione. Pertanto non passa tra gli obiettivi del presente studio approfondire la discussione sulla varietà di sfumature e teorie a proposito del principio del dovuto processo legale, anche perché qualsiasi pretesa seria in questo senso esigerebbe estensione e approfondimento compatibili solamente con un lavoro specifico sul tema⁵⁰. Il fatto è che la clausola permette di approfondire una infinità di problemi già affrontati da innumerevoli pronunciamenti giudiziari e approcci della dottrina, il che rende impossibile ripassare sistematicamente, anche in modo incompleto, le sue innumerevoli proiezioni.

Nonostante abbia origine e sviluppo continuo nella dottrina e nella giurisprudenza angloamericane, finanche in questi schemi giuridici sono riconosciute le difficoltà nel delimitare il suo contenuto e nel definire una concettualizzazione uniforme⁵¹, il che molto probabilmente sia conseguenza, anche se non unica, della riconosciuta elasticità dell'istituzione, che viene compresa già a partire da una idea di definizione progressiva o creazione graduale⁵², anche a causa dell'introduzione di elementi non solo giuridici, ma etici, morali, politici ecc⁵³. La connotazione multisfaccettata e aperta dei componenti della clausola permette variazioni in base ai condizionamenti socio-politici di un determinato periodo storico e anche all'apporto ideologico preponderante nella Suprema Corte nordamericana: i

indicando differenze di scopo e premesse tra l'ideale del giusto processo e il sistema di *due process*, LOZZI G, *La realtà del processo penale, ovvero il "modello perduto"*, in *Quest. giust.*, 2001, p. 1112.

⁵⁰ In questo senso, ESPARZA LEIBAR I., *El principio del proceso debido*, J.M. Bosch, 1995, p. 70, oltre a notare la grande complessità del principio del *due process of law*, sviluppato attraverso continue elaborazioni della giurisprudenza e della dottrina angloamericana per più di sette secoli, constata l'ampia diversità concettuale e la mancanza di consenso riguardo al contenuto e nell'ambito del significato della clausola.

⁵¹ Anche a causa di queste complessità, RESNICK D., *Due process and procedural justice*, in PENNOCK J. R., CHAPMAN J. W., (eds.), *Due process*, Nomos XVIII, New York University Press, 1977, p. 207, afferma che la *due process clause* sarebbe un tema più appropriato per l'analisi filosofica.

⁵² Miller sottolinea che la versatilità della clausola deriva dalle oscillazioni nel corpo sociale su nozioni di arbitrarietà, giustizia o ragionevolezza, così come l'ascesa e il declino di interessi e valori nella società nel tempo. L'autore utilizza un'interessante figura retorica per enfatizzare le sfide del conferire significato alla clausola osservando che la tradizione variabile della *due process clause*, "like great works of art, resist final definition and perhaps final understanding"; MILLER C. A., *The forest of due process of law: the american constitutional tradition*, in PENNOCK J. R., CHAPMAN J. W., (eds.), *Due process*, cit., p. 3. Nello stesso senso, SERIO M., *Brevi note sul due process of law nell'esperienza del common law inglese*, in *Europa e dir. priv.*, n° 1, Giuffrè, 2000, p. 206.

⁵³ ESPARZA LEIBAR I., *El principio del*, cit. p. 73.

fondamenti della medesima si conformavano a un determinato orizzonte storico⁵⁴.

Di conseguenza, in questo avvicinamento preliminare al tema è possibile operare una delimitazione epistemologica iniziale al fine di restringere le considerazioni a quello che è di interesse per il presente preambolo, e che risiede nelle manifestazioni del giusto processo nell'aspetto giurisdizionale⁵⁵, ossia, quando sia presente un conflitto di interessi relativo alla vita, libertà o proprietà che si manifesti e dipenda da un processo giudiziario per la sua risoluzione⁵⁶.

La dottrina denomina questa prima garanzia o proiezione proveniente dalla clausola come *procedural due process*, che può, molto brevemente, essere enunciata come esigenza di predisporre un che il meccanismo giudiziario di soluzione dei conflitti giusto e adeguato alla protezione dei diritti e delle garanzie in tutte le sue fasi⁵⁷, coinvolgendo tutti i soggetti che partecipano al processo⁵⁸. In ultima analisi la sua funzione principale sarebbe quella di prevenire le violazioni delle libertà individuali che potrebbero derivare in generale dall'esercizio della giurisdizione⁵⁹ garantendo i diritti e le garanzie procedurali durante tutta

⁵⁴ Così, COMOGLIO L. P., *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Cedam, 1970, p. 128. Al riguardo, LAFAVE W. R.; ISRAEL J. H.; KING N. J.; *Criminal procedure*, 4. ed., Thomson/West, 2004, p. 74 ss., sottolineano il percorso della Corte Suprema degli Stati Uniti che ha portato alla trasfigurazione nella concezione della clausola del dovuto processo: inizialmente vista come «*frozen-in-history*» per «*an evolving concept*».

⁵⁵ La limitazione dell'approccio che consente di aggirare molte delle controversie storiche che coinvolgono le possibili manifestazioni del dovuto processo, tenendo conto di una posizione quasi pacifica nella dottrina verso l'esistenza di contenuto *procedural* nella clausola, nella direzione opposta agli ampi dibattiti che coinvolgono il *substantive due process*. Tema che viene approfondito, tra gli altri, da: CLARO D. R., *Devido processo substancial?*, in MARINONI L. G. (Coord.), *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, Revista dos Tribunais, 2005, p. 194; ÁVILA H., *O que é "devido processo legal"?*, in *Rev. de proc.*, vol. 163, 2008, pp. 50 e ss.

⁵⁶ L'avvertimento di COMOGLIO L. P., *La garanzia costituzionale*, cit., p. 120 ss, sull'ampia protezione dei diritti relativi alla vita, alla libertà e alle proprietà derivanti dalla garanzie procedurali basate sulla *due process clause*, «di *fair trial* e di *fair hearing*» dovrebbe essere preso in considerazione. La clausola specifica una base per la correttezza procedurale in ogni procedimento in cui il cittadino, o valori costituzionalmente protetti, possono subire pregiudizi, e quindi trascende anche la rigida portata del procedimento giudiziario.

⁵⁷ VIGORITI V., voce «*Due process of law*», cit., p. 232. Nell'affrontare il contenuto effettivo della clausola di *due process* che si aggiunge alle garanzie specifiche della procedura penale elencate nel *Bill of Rights*, LAFAVE W. R.; ISRAEL J. H.; KING N. J., *Criminal procedure*, cit., p. 71 e ss, presentano esempi dell'applicazione pratica di questo contenuto indipendente nelle varie fasi del processo penale statunitense, rappresentando anche la condizione di «*dominant source of constitutional regulation*» in tema di *guilty plea*, che mette in evidenza l'importanza del contenuto indipendente della *due process clause* quando si scopre che oltre il 90% dei casi penali sono risolti con una *plea of guilty*, cfr. FINKELSTEIN M. O., *A statistical analysis of guilty plea practices in the Federal Courts*, in *Harvard Law Review*, v. 89, n. 2, p. 293 ss.; DALEY R. M., *The plea bargaining: uno strumento di giustizia senza dibattimento*, in AMODIO E., BASSIOUNI M. C. (a cura di), *Il processo negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, 1988, p. 151 ss.

⁵⁸ Cfr. ESPARZA LEIBAR I., *El principio del*, cit. p. 135 secondo il quale «*El derecho a un 'faieres Verfahren' proceso equitativo, es predicable de todos los participantes en el proceso – actor privado, testigos, víctimas del delito – no solamente de la parte procesal más débil, es decir el inculpado*». Per quanto riguarda l'applicazione dell'art. 6 CEDU anche alle vittime di reato v. CHIAVARIO M., voce *Giusto processo*, cit., p. 3.

⁵⁹ Secondo CANOTILHO J. J. G., *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 4. ed., Almedina, 2000, p. 481: «*due process equivale ao processo justo definido por lei para se dizer o direito no momento jurisdicional*

la procedura

La prospettiva processuale del giusto processo si relaziona, in modo molto prossimo, con l'idea ampia di *fair trial*⁶⁰, e con i suoi elementi irrinunciabili che includono, nell'ambito del processo penale, almeno le garanzie degli accusati e i principi orientativi dell'adeguata e giusta conduzione della procedura giudiziaria. Il nucleo centrale è costituito dalla dimensione processuale della clausola e risiede nella tutela di un contenuto endo-processuale minimo per cui il processo possa essere considerato adeguato, giusto, e tali elementi sono relativi alle garanzie e ai valori individuali attinenti al diritto di azione e di difesa⁶¹.

Nella voluta moderazione con la quale si affronta la clausola del dovuto processo (*due process*), limitandosi ai fini del presente studio, con attenzione ai contorni approssimativi conferiti dalla dottrina e dalla giurisprudenza nordamericana attinenti alla materia processuale penale, il suo effetto principale, a grandi linee, fu di permettere il controllo e il conseguente annullamento, per incostituzionalità, di dinamiche e norme processuali che privassero il cittadino della possibilità di sostenere la propria difesa in modo adeguato. Non si trattava, propriamente, della garanzia ad una determinata e specifica forma di procedimento, ma dalla salvaguardia di determinati contenuti che creavano un nucleo irrinunciabile, spesso sintetizzato nel denominato diritto di *notice and hearing* (citazione e udienza)⁶², che comprendeva, almeno: notificazione previa, esercizio di difesa e contraddittorio, produzione probatoria, giudizio competente e imparziale.

Insieme a questa diretta implicazione processuale della clausola del giusto processo, con riflessi nell'effettuazione del procedimento giudiziario, il concetto di *substantive due process* trova un esteso sviluppo nel sistema giuridico statunitense, conferendo una

de aplicação de sanções criminais particularmente graves». È importante ricordare, cfr. GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. 190, che le regole e i limiti procedurali relativi alle indagini e ai processi penali derivano anche da altre importanti disposizioni della Costituzione americana, come gli emendamenti IV, V, VI, e VIII.

⁶⁰ Non è un caso che i titoli degli articoli 6 della CEDU e 8 della CADU nella versione originale inglese siano: *Right to a fair trial*.

⁶¹ Una volta che non è sufficiente assicurare a tutti gli individui il diritto di azione e di difesa in giudizio è indispensabile che la procedura sia sviluppata con tutte le garanzie procedurali immanenti alla *due process clause*, cfr. CAPPELLETTI M., *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale*. (Art. 24 Costituzione e “*due process clause*”, in *Giur. Cost.*, 1961, p. 1286.

⁶² Riferendosi alla comprensione della Corte Suprema americana in tal senso, v. REDISH M. H.; MARSHALL L. C., *Adjudicatory independence and the values of procedural due process*, in *The Yale Law Journal*, vol. 95, n. 3, 1986, p. 475; ALLISON J. R., *Ideology, prejudice and process values*, in *New Eng. L. Rev.*, n. 28, 1994, p. 663, entrambi inserendo come terzo componente minimo l'esigenza di un tribunale indipendente e imparziale. Ancora in dottrina, sul punto COUTURE E. J., *La garanzia costituzionale*, cit., pp. 88-9; VIGORITI V., voce “*Due process of law*”, cit., p. 232. In senso simile, DALIA A. A., FERRAIOLI M., *Manuale di diritto processuale penale*, 8° ed. Cedam, 2013, p. 35, quando dicono che il dovuto processo legale è caratterizzato da una *adequate notice*, un *fair hearing* e un *giudice imparziale*. Dettagliando il catalogo del *right to notice and hearing*, GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. 190, menziona anche l'opportunità di elencare i testimoni e la «*cross-examine*».

previsione molto particolare e molto più ampia alla garanzia⁶³, nel senso di imporre un controllo sulla ragionevolezza dell'elaborazione legislativa e delle azioni del governo a partire da una ponderazione sulle rivendicazioni di diritti⁶⁴. Il senso sostanziale permette di integrare nella Costituzione alcuni valori con la finalità specifica di limitare il potere delle autorità di governo⁶⁵. Tale ampliamento, trasmutò la clausola in una specie di «*fundamental principle of justice*»⁶⁶, con contorni generici di garanzia sostanziale della giustizia, limitativa dei poteri statali⁶⁷.

La nitida congruenza tra i valori essenziali presenti in entrambi i sistemi di giustizia permette di affermare che il modello-base dell'equo e giusto processo è direttamente ispirato dalle origini e dall'evoluzione storica del attributo processuale del principio di *due process of law*, e non solamente in relazione alla struttura di manifestazione degli atti del giudizio, ma anche in relazione al carattere ideologico e alle influenze etico-morali sottostanti alle solide pratiche anglosassoni di *fairness*⁶⁸.

È riconosciuto dalla dottrina come valori fondamentali analoghi a quelli che progressivamente emersero dalla longeva esperienza dei paesi angloamericani, sintetizzati nella clausola del *due process of law*⁶⁹, influenzarono e, allo stesso tempo, furono inseriti nelle principali convenzioni internazionali di giustizia che ebbero origine dopo la seconda

⁶³ Cfr. PIVETTI M., *Per un processo civile giusto e ragionevole*, in CIVININI M.G., VERARDI C.M. (a cura di), *Il nuovo art.*, cit., p. 63. Una chiara differenziazione tra il «giusto processo» e il principio del *due process of law* risiede in questo carattere anche sostanziale attribuito alla clausola della tradizione angloamericana. Il principio del giusto processo ha una natura eminentemente procedurale, non serve a stabilire la legittimità delle norme di diritto sostanziali.

⁶⁴ PENNOCK J. R., *Introduction*, in *Due process*, Nomos XVIII, New York University Press, 1977, p. XXII. Nella dottrina statunitense, è indicato come un segno della trasformazione della *due process clause* di «*common law procedure*» per «*higher law substance*» il periodo post-Guerra civile con l'emergere di nuovi interessi sociali ed economici dalla metà del 1800, l'epoca in cui «*the natural law was allied with the positive rights of due process to defend American private enterprise against public encroachment*»; MILLER C. A., *The forest*, cit., pp. 14-16. Indicando un possibile aspetto sostanziale della clausola del «dovuto processo legale» nell'ambito della procedura penale brasiliana, CARVALHO, L. G. G. C. de, *Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal*, 4ª ed., Lumen Juris, 2006, pp. 138-139.

⁶⁵ GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. 192. Con utile semplificazione, TRIBE L. H., *American constitutional law*, 2 ed., The Foundation Press, 1988, p. 664, definisce «*procedural due process*» come i limiti costituzionali alle funzioni giudiziarie e amministrative di far rispettare le leggi, e «*substantive due process*» come i limiti del contenuto delle emanazioni normative. In senso analogo, GOZAÍNI O. A., *Derecho procesal constitucional: el debido proceso*, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 18 ss.

⁶⁶ L'espressione si trova in COMOGLIO L.P., *La garanzia costituzionale*, cit., p. 128

⁶⁷ Sulle radici dell'emergere della concezione di *substantive due process* nel sistema legale americano v. SHAPIRO M., *Il due process of law in stile americano: un modello di confusione*, in GUARNIERI C., ZANNOTTI F. (a cura di), *Giusto processo? Introduzioni di diritti fondamentali dei cittadini o creazione di canoni processuali di rango costituzionale?*, Cedam, 2006, p. 3 ss.

⁶⁸ COMOGLIO L. P., *Etica e tecnica*, cit., p. 50.

⁶⁹ Clausola che, come è noto, è stata codificata dal 1789, nel V emendamento del *Bill of Rights* della Costituzione americana in vigore dal 1791: «*No person shall ... deprived of life, liberty, or property, without due process of law*», successivamente nel 1868 estesa territorialmente dal XIV emendamento. Tuttavia, la sua formulazione di origine è indicata nel capitolo XXXIX della Magna Carta inglese del 1215.

grande guerra⁷⁰. Si può citare l'art. 8 Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948; l'art. 6 Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950; l'art. 14 Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966; e ancora l'art 8 Convenzione americana dei diritti umani di San José di Costa Rica del 1969.

1.1.2 Nucleo essenziale della clausola del «*due process of law*» a partire dall'affermazione delle garanzie costituzionali di carattere procedurale

Nonostante la premessa per cui l'ispirazione del diritto al giusto processo risale al tradizionale postulato del dovuto processo legale originario dell'esperienza di *common law*⁷¹, la sua elaborazione più recente, secondo le modalità con le quale è concepita negli ordinamenti giuridici dell'Europa continentale deriva dall'inegabile tradizione costituzionale comune agli Stati comunitari di riconoscimento e rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali⁷². Le Costituzioni delle nazioni liberali e democratiche, dopo i traumi generati dagli eventi relativi al secondo conflitto mondiale, contemplarono successivamente ed armonicamente garanzie impositive relative alla funzione giurisdizionale e al processo⁷³, sancendo così un sistema assiologico diffuso di giustizia procedurale⁷⁴.

La Corte costituzionale italiana, ancor prima della riforma che incluse espressamente il principio del giusto processo nella Carta fondamentale, già ricorreva all'espressione come una formula impositiva cui contenuto sintetizzava principi estratti dalla Costituzione, e diretti a disciplinare l'esercizio dell'attività giurisdizionale, tanto sotto il profilo soggettivo e oggettivo, quanto in relazione ai diritti di azione e di difesa, tutti contenuti nell'espressione del giusto processo⁷⁵. Anche se con variazioni nel compito di identificare il contenuto, il

⁷⁰ COMOGLIO L. P., *Etica e tecnica*, cit., p. 49.

⁷¹ La correlazione tra «giusto processo» e «dovuto processo legale» appare ad esempio, in TARZIA G., *Le garanzie generali del processo nel progetto di revisione costituzionale*, in AA.VV., *Le garanzie della giurisdizione*, cit., p. 90.

⁷² Si fa riferimento intenzionalmente alla frase utilizzata dal Trattato di Maastricht sull'Unione Europea, articolo F, 2, sottoscritto il 7 febbraio 1992, ratificato in Italia con legge 3 novembre 1992, n. 454, che, oltre a riconoscere formalmente l'esistenza di tradizioni costituzionali condivise dagli Stati membri, finalizzate al rispetto dei diritti fondamentali, li inserisce come principi generali del diritto comunitario.

⁷³ Cfr., tra gli altri, COMOGLIO L. P., *Etica e tecnica*, cit., pp. 156-7; PISAPIA G. D., *Appunti di procedura penale*, I, La Goliardica, 1971, p. 3; DOMINIONI O., *L'imputato*, cit., p. 74, il quale ha diagnosticato l'influenza delle norme costituzionali nel processo penale fin dagli anni '50.

⁷⁴ In questo senso, FERRARA G., *Garanzie processuali*, cit., p. 541, il quale è molto preciso nell'accentuare la nozione che il "dovuto processo legal" è principio «iscritto nel codice genetico del costituzionalismo».

⁷⁵ C. Cost.: sent. 432 de 1995, in *Giur. Cost.*, 1995, p. 3374; sent. 131 de 1996, ivi., 1996, p. 1146. È da segnalare la connessione riconosciuta dalla dottrina tra questa concezione del giusto processo conferito dalla Corte Cost. e la produzione della giurisprudenza statunitense derivante dalla *due process clause*, cfr. GREVI V., *Garanzie soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il progetto di revisione costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 727. Anche sulla linea guida del Giudice delle leggi sul giusto processo prima

supporto costituzionale e i suoi influssi normativi, l'importante in tali deliberazioni del Giudice delle leggi stava nel ricorrere alla nozione di «giusto processo» come criterio di misurazione della legittimità costituzionale delle leggi processuali: tale dato rafforza la conclusione dell'esistenza, in linee generali, di tale metodo di esercizio della giurisdizione nel testo costituzionale del 1948⁷⁶.

Secondo l'approccio delineato – il quale riconosce nella formula dell'equo processo un'ispirazione o ideale comune da raggiungersi per ogni sistema processuale da tutte le nazioni democratiche - è possibile far uso di dispositivi della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, così come indicato dall'evocazione dei termini contenuti nel suo Preambolo, per indicare i caratteri minimi che compongono il diritto al giusto processo nell'ambito penale. Tale opzione deriva dalla coerenza metodologica e anche dalla concatenazione nel testo⁷⁷, una volta che la Dichiarazione delle Nazioni Unite, così come osservato da una autorevole dottrina⁷⁸, per il fatto di non costituire un trattato internazionale, non contiene norme giuridicamente impositive. Oltre al valore morale, si afferma come una presa di posizione cosciente e un ideale di attuazione nel tema della giustizia processuale, il quale rimase contemplato nelle costituzioni delle nazioni liberali mediante le garanzie del processo⁷⁹.

Dalla lettura degli articoli 9, 10 e 11 della Dichiarazione approvata nell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 di Dicembre del 1948 è possibile estrarre, almeno,

della riforma dell'art. 111, v., più in generale, CECCHETTI M., voce *Giusto processo*, cit., p. 597, il quale menziona diversi precedenti catalogati in due periodi: il primo tra 1984-1986 e il secondo tra il 1995 e la riforma costituzionale del 1999. V. in tal senso, pur con varietà di accenti, TROCKER N., *Il valore costituzionale*, cit., p. 52, il quale ha ritenuto che in queste elaborazioni è stato dedotto un evidente disinteresse dalla norma internazionale sui diritti umani. Ancora, con alcune considerazioni critiche sull'argomentare della Corte, v. CONSO G., *Conclusioni*, in AA. VV., *Il giusto processo: atti del convegno*, Salerno (11-13 ottobre 1996), Giuffrè, 1998, p. 266 ss, che indica un possibile deprezzamento della formula, poiché è riassunta in un semplice compendio di principi costituzionali di natura procedurale, trascurando i contributi sovranazionali. Con un approccio diverso, CONTI C., *La giurisprudenza costituzionale sul giusto processo penale: riflessioni a un lustro dall'entrata in vigore del "nuovo art. 111 Cost.*, in FILIPPI, L., (a cura di), *Equo processo: normativa italiana ed europea a confronto*, Cedam, 2006, p. 105 ss, nota una propensione conservatrice nella giurisprudenza della Corte Cost. in materia di giusto processo penale nei primi anni dopo l'integrazione dell'art. 111 Cost., con l'eccezione di una nuova dimensione al principio del contraddittorio.

⁷⁶ CECCHETTI M., voce *Giusto processo*, cit., p. 597; DI CHIARA G., «*Giusto processo*», «*giusta decisione*» e riti «*a prova contratta*», in AA. VV., *Il giusto processo: atti del convegno*, Salerno (11-13 ottobre 1996), Giuffrè, 1998, p. 229.

⁷⁷ La cronologia dello sviluppo della materia, concepita in una tendenza evolutiva, ha lasciato ai paragrafi successivi l'ascesa dei trattati internazionali sul tema del giusto processo, che non significa ignorare il marcato e continuo interscambio tra i piani interni e transnazionali.

⁷⁸ UBERTIS G., voce *Giusto processo*, cit., pp. 420-421; Id., *Sistema di procedura*, cit., pp. 20-21. Nello stesso senso, ESPOSITO V., «*Fair trial*» anglosassone, cit., p. 18.

⁷⁹ Precetti della Dichiarazione universale del 1948 su cui sono state sviluppati gli artt. 6 della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, cfr. CHIAVARIO M., voce *Giusto processo*, cit., p. 3

l'affermazione generica del diritto ad un processo equo, condotto pubblicamente da un giudice indipendente e imparziale, assicurate la presunzione di innocenza, il contraddittorio a la parità di condizioni, e tutte le garanzie necessarie all'ampia difesa dell'accusato.

Le garanzie minime della giustizia processuale penale che già si delineavano nella legge fondamentale italiana del 1948 erano espresse in dispositivi, nei quali si assicurava: la tutela della libertà personale (art. 13 Cost.); il diritto ampio alla difesa (art. 24 Cost.); il giudice naturale (art. 25 comma 1 Cost.) e indipendente (art. 104 comma 1 Cost.); la presunzione di innocenza (art. 27 Cost.); l'assoggettamento dei giudici solo alla legge (art. 101 comma 2 Cost.); il dovere di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali (art. 111 comma 1 originario Cost.); la possibilità di ricorso contro le decisioni relative alla libertà personale (art. 111 comma 2 originario Cost.)⁸⁰ e, infine, le esigenze inerenti al principio di giustizia processuale e alla necessaria interpretazione sistematica del testo costituzionale⁸¹.

In altre parole, la considerazione congiunta e sistematizzata delle garanzie fondamentali e delle norme basiche attinenti all'esercizio della giurisdizione penale permetteva di intravedere il modello basico del giusto processo nella Carta fondamentale del 1948⁸², o almeno i pilastri di ciò che sarebbe stato considerato, in futuro, l'archetipo di tale modello⁸³, costituendosi come esempio di conformità del sistema giuridico ai valori che ispirarono le democrazie costituzionali del dopo guerra⁸⁴. Si trattava del fenomeno già segnalato di affermazione delle garanzie penali e processuali assunte dallo Stato nelle moderne Costituzioni democratiche, denominato da importanti autori come un processo di

⁸⁰ In senso analogo, tuttavia, con un catalogo leggermente più esteso, UBERTIS, G., *Sistema di procedura*, cit., p. 22. AMODIO E., *Giusto processo, procès équitable*, cit., p. 94, aggiunge che sebbene alcuni dei principi indicati siano rimasti separati dalla norma fondamentale dell'art. 111 Cost., si riferiscono alla matrice normativa del giusto processo.

⁸¹ In questi termini si è espresso GREVI V., *Garanzie soggettive*, cit., p. 736. Nella dottrina ci sono esempi della summenzionata apertura costituzionale ai principi di giustizia non espliciti nel testo, con menzione meramente illustrativa: il principio della pubblicità, derivante dalla necessaria amministrazione della giustizia in nome del popolo, cfr. FERRUA P., *Garanzie formali e garanzie sostanziali nel processo penale*, in *Quest. giust.*, 2001, p. 1115, nt. 2, da cui si può estrarre anche il dovere di imparzialità.

⁸² Incisiva in questo senso l'affermazione di TONINI P., *Manuale di procedura penale*, 8ª ed., Giuffrè, 2007, p. 40, al riferire i contorni di «interpretazione autentica» nell'integrazione legislativa all'art. 111 della Costituzione, per l'esplicitazione di principi già condensati nella norma fondamentale.

⁸³ Specificamente in questo senso, GREVI V., *Alla ricerca*, cit., p. XIII.

⁸⁴ Cfr., ad es., COMOGLIO L.P., *La garanzia costituzionale*, cit., pp. 155-156, che ha visualizzato almeno i seguenti elementi: egualianza e contraddittorio; giudice naturale soggetto soltanto alla legge; divieto di giudice straordinari; indipendenza ed imparzialità. L'Autore, tuttavia, ha riconosciuto le carenze nel riferimento costituzionale italiano al giusto processo, a causa della mancanza di completezza delle garanzie procedurali, esemplificando, tra gli altri, con la mancanza di «dettagliata enunciazione» delle «più significative garanzie dell'imputato nel processo penale»; COMOGLIO L.P., *I modelli*, cit., p. 736.

positivizzazione del diritto naturale⁸⁵, e i cui valori costituzionali relativi all'esercizio della giurisdizione si identificherebbero nella formula del giusto processo⁸⁶.

L'obiettivo in questo momento non è di riprendere i dibattiti sull'esistenza o no di una sostanziale innovazione nello schema processuale a partire dalla riforma legislativa del 1999 che integrò il dispositivo di apertura della sezione costituzionale dedicata alla disciplina della giurisdizione⁸⁷; anche in considerazione del fatto che la semplice introduzione della materia, in questo lavoro, con un'inclinazione marcatamente evolutiva già sarebbe un indizio sufficiente della posizione sostenuta, almeno in riferimento al processo penale, come sarà sviluppato nei paragrafi successivi. Ciò che si pretende evidenziare, in riferimento all'ordinamento fondamentale italiano, è l'effettiva condivisione, da parte delle costituzioni liberali, di garanzie minime relative all'attività giurisdizionale dello stato e, poco a poco, identificate a partire del giusto processo.

Compilazione abbreviata delle specifiche garanzie che compongono il metodo del processo equo nelle esperienze costituzionali consolidate nei paesi di democrazia classica nell'Europa continentale, identificate, almeno nelle sue manifestazioni più comuni, dall'inviolabilità della difesa, presunzione di innocenza, contraddittorio tra parti a parità di condizioni, davanti ad un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge, le quali, rafforzate da un'importante enfasi dottrina⁸⁸, segnalavano una preoccupazione più accentuata alla protezione dell'imputato sottoposto alla giurisdizione penale. Pertanto con una nitida tendenza ad approssimare l'ideale del giusto processo all'effettività dei diritti di

⁸⁵ In questi termini, CAPPELLETTI M., *Giustizia costituzionale*, cit., p. 17; FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, cit., p. 349.

⁸⁶ Stabilendo, allo stesso modo, correlazione tra giusnaturalismo, valori costituzionali e giusto processo: DENTI V., *Valori costituzionali e cultura processuale*, in *Riv. dir. proc.*, n° 3, Cedam, 1984, pp. 444-445; TONINI P., *Manuale di procedura*, cit., p. 41. In particolare per quanto riguarda l'art. 111 della Costituzione italiana, v. AMODIO E., *Giusto processo, procès équitable*, cit., p. 94. Con un approccio diverso, nel senso di svincolare il giusto processo di concezioni di diritto naturale, FOIS S., *Il modello costituzionale del "giusto processo"*, in *Rass. parl.*, 2000, p. 571, secondo il quale la "giustizia" deve essere strettamente correlata al diritto positivo. In ogni caso, non vi è alcuna reale contraddizione con quanto sopra, tenendo conto della premessa dell'Autore che ha riconosciuto la positivizzazione di principi del giusnaturalismo.

⁸⁷ Indicando i disaccordi nella dottrina italiana riguardo al potenziale innovativo derivante dalla riforma dell'art. 111 da Cost. v., ad esempio, CHIARLONI S., *Giusto processo, garanzie*, cit., p. 130 ss. Inoltre: CECCHETTI M., voce *Giusto processo*, cit., pp. 616 e ss. Ancora con riferimento al cambio di paradigma dall'integrazione nell'art. 111, è interessante la posizione di FERRARA G., *Garanzie processuali*, cit., p. 542 e ss, quando menziona che inizialmente ha capito di essere già pienamente presente nella Costituzione le garanzie che comprendono il principio del giusto processo: «che fossero statuizioni che fissavano solidi cardini per un sistema legislativo compiuto recante una disciplina processuale garantista del *due legal of law*»; per, in seguito affermare che la sua convinzione è stata contraddetta dall'orientamento dato dalla Corte Costituzionale, quindi legittimando: «l'iniziativa legislativa costituzionale volta ad integrare il testo della Costituzione».

⁸⁸ V. supra nt. 77, in particolare trascrizione dell'opera di COMOGLIO, L.P., *I modelli di garanzia*, cit., 1991, p. 736.

difesa⁸⁹.

Si tratta di una mera constatazione priva di qualsiasi censura o giudizio di valore contrario, e che deriva, in parte dalla necessaria integrazione del diritto interno con il diritto internazionale; tale influenza è riconoscibile anche nell'inserimento della formula del «giusto processo» nell'art. 111 Cost. come parziale trasposizione dell'art. 6 CEDU nel diritto interno⁹⁰.

A tal proposito, si ricorda la prospettiva tendenzialmente diversa adottata dalle costituzioni rispetto a quella dei trattati internazionali sui diritti umani nella specificazione dei principi inerenti al processo penale: ultimi risultano più diretti a focalizzare l'attenzione sui diritti soggettivi, mentre le costituzioni elencano orientamenti oggettivi anch'essi destinati a regolare l'amministrazione della giustizia penale⁹¹.

Tale differenziazione tra diversi, e complementari, accenti - soggettivo e oggettivo - delle garanzie processuali ancora genera accesi dibattiti dottrinari, rinnovati a partire della sentenza della Corte Costituzionale 26 giugno 2009, n. 184⁹² che considerò il principio del contraddittorio inserito nell'art.111 Cost. essenzialmente come garanzia soggettiva, pertanto come strumento precipuo di protezione delle prerogative dell'imputato. Su questo punto, la menzione fatta precedentemente ai profili complementari delle garanzie processuali non è a caso: sembra più ragionevole considerare i principi processuali elencati nella struttura dell'art.111 non solo come norme orientate alla salvaguardia degli accusati, ma anche come regole metodologiche dettate per il chiarimento dei fatti nel giudizio penale e al corretto

⁸⁹ Constatazione fatta, ad es., da MARZADURI E., *Commento all'art. 1, l. cost. 23 novembre 1999 n. 2 – Inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 della Costituzione*, in *Leg. Pen.*, 2000, p. 776, nel considerare le disposizioni relative alla procedura penale inserite nell'art. 111 Cost. «più o meno tutte riconducibili all'idea della tutela del diritto di difesa». Nello stesso senso, GREVI V., *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di «giusto processo» penale (tra «ragionevole durata», diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio*, in *Politica del diritto*, n. 3, 2000, p. 430 ss; ora in Id., *Alla ricerca di un processo penale «giusto»*, p. 311 ss.

⁹⁰ In tal senso, CECCHETTI M., *Il principio del “giusto processo” nel nuovo art. 111 della costituzione. Origini e contenuti normativi generali*, in TONINI P., (a cura di), *Giusto processo: nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n. 63)*, Cedam, 2001, p. 51.

⁹¹ Cfr., fra i tanti, FOIS S., *Il modello costituzionale*, cit., p. 576; NAPPI A., *La ragionevole durata del giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1540 ss; IACOVIELLO F. M., *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 799; UBERTIS G., *Verso un “giusto processo”*, cit., p. 11; Id., *Sistema di procedura*, cit., p. 22; CHIAVARIO, M., voce *Giusto processo*, cit., p. 3, per il quale la prospettiva del diritto soggettivo è integrata dalla comprensione oggettiva, cornice che è completata dalla forte interferenza del modello internazionale del giusto processo sullo schema interno, che, si sottolinea, è conveniente per l'ideale di un'efficace giustizia procedurale. Concezione diversa è sostenuta da AMODIO E., *Giusto processo, procès équitable*, cit., p. 98, per il quale l'art. 111 Cost., facendo eco alla CEDU, ha accolto gli istituti procedurali come diritti umani, che dovrebbero essere sufficienti per rimuovere le resistenze volte a oggettivare queste garanzie costituzionali.

⁹² V. in *Cass. pen.*, n. 10, 2009, p. 3691 ss.

funzionamento dell'attività giurisdizionale⁹³. Questo tema sarà ripreso più avanti.

Per ora, è importante evidenziare che il movimento di umanizzazione del processo penale nel corso degli anni, e i contorni attuali degli istituti processuali, derivarono dal riconoscimento primario dei diritti dell'uomo. Questioni fondamentali, quali l'influenza sulla produzione e l'onere probatorio, la riaffermazione del contraddittorio, il ruolo del giudice, e, più recentemente, la preoccupazione sulla durata del processo sono decisamente influenzate dai diritti che furono riconosciuti e conferiti alla persona umana nel corso del secolo passato dal movimento di affermazione costituzionale delle garanzie di difesa.

In aggiunta, non si considera sussistente alcuna antitesi tra le garanzie fondamentali del processo e la ricerca di un adeguato accertamento dei fatti come requisito necessario alla giusta applicazione della legge al caso penale. Al contrario, un approccio più compatibile con la vera ragion d'essere delle garanzie è quello di comprenderle come valori irrinunciabili di tutela concomitante dei legittimi interessi coinvolti nello schema processuale. Come sarà ripreso successivamente, le garanzie condizionano le forme legittime attraverso le quali il processo può raggiungere l'obiettivo di chiarimento dall'imputazione, in modo che il metodo processuale penale, per raggiungere il suo esito di tutela dell'accusato e di fedele ricostruzione dei fatti, dipende della stretta osservanza di tali garanzie, comprese, in questa concezione, come veri vincoli normativi servitori degli obiettivi primari del processo⁹⁴.

In ogni caso, il progresso più sensibile nell'inserimento di salvaguardia normativa fondamentale ai diritti e libertà giusnaturalistiche sta, esattamente, nel conferimento di forza precettiva attuale e concreta, permettendo che sia potenziata la realizzazione degli interessi individuali essenziali già attribuiti dalla tradizione di *natural justice* e per atti normativi sparsi di gerarchia ordinaria. Si percepì di più dell'essenziale positivizzazione di principi e libertà in norme vincolanti a tutti i poteri statali, ivi includendo la limitazione agli atti legislativi ordinari; si vide fiorire, inoltre, una scelta ideologica-valutativa ugualmente fondamentale di civiltà tendente a consolidare i fondamenti etici dell'attuazione giudiziaria nella struttura degli Stati⁹⁵, con la propensione ancora di condizionare progressivamente la fiducia e l'accettazione della tutela giurisdizionale.

⁹³ V., in particolare, GREVI V., *Basta il solo «consenso dell'imputato» per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?*, in *Cass. pen.*, 2009, n. 10, p. 3671 ss.; AMODIO E., *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2010, n. 1, p. 17 ss.; GREVI V., *Ancora su contraddittorio e investigazioni difensive nel giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1287 ss.

⁹⁴ In questo preciso senso, FERRUA P., *Garanzie formali*, cit., p. 1115.

⁹⁵ Cfr., ad. es.: TOMMASEO F., *Revisione della*, cit., p. 182; TROCKER N., *Il nuovo articolo 111*, cit., p. 384; COMOGLIO L. P., *I modelli di garanzia*, cit., pp. 682-683; Id., *Etica e tecnica*, cit., pp. 164-165.

L'importanza dell'individuazione dei requisiti di base della giurisdizione è quello di ausiliare la ricerca del superamento di un certo disagio operativo risultante dalla difficoltà di identificare concretamente i parametri di riferimento per la definizione del processo equo; un ulteriore effetto è stato quello di rendere la formula del giusto processo imperativa per l'esercizio della giurisdizione e nucleo cardine per la strutturazione di un modello costituzionale di processo⁹⁶. Così si può considerare che la nozione di giusto processo rispecchi, nei sistemi attuali del moderno costituzionalismo, concetti tradizionali e incorporati principalmente in ordinamenti giuridici anglosassoni come sono i casi del *fair trial* e del *due process of law*, con i vantaggi dell'integrazione e dell'enumerazione delle garanzie che lo comprendono in modo inequivocabile⁹⁷.

La direttrice normativa del giusto processo a partire dalla Carta fondamentale non significa che la conformazione del modello si debba estrarre unicamente dall'incidenza di uno o pochi dispositivi espliciti nel testo costituzionale⁹⁸; di conseguenza, anche dopo la riforma costituzionale di integrazione dell'art.111, non è un compito semplice specificare in modo completo i principi e le garanzie costituzionali comprese nella nozione di giusto processo. Come menzionato da una dottrina consistente, si tratta di un principio a «tessitura aperta»⁹⁹: l'intenzione non è quella di elencare in modo integrale le garanzie costituzionali di carattere processuale che lo compongono, e che si evincono dal dettato normativo costituzionale, così come interpretato in senso estensivo dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Una comprensione che si radica anche nel fatto che il testo costituzionale non si riduce all'enumerazione dei requisiti per la configurazione dell'equo processo, ma contiene quale citazione inaugurale esplicita la legittimità dell'esercizio giurisdizionale attraverso la garanzia del «giusto processo», sconsigliando al contempo un'interpretazione restrittiva della clausola tale come la somma dei caratteri enunciati espressamente nella sequenza del

⁹⁶ DINACCI, F. R., *Giurisdizione penale*, cit., p. 6.

⁹⁷ Cfr. AMODIO E., *Processo penale, diritto europeo*, cit., p. 132-134. Naturalmente, ciò non significa, come affermato da COMOGLIO L. P., *Etica e tecnica*, cit., p. 58, che un processo equo possa essere considerato esistente solo nei casi in cui gli atti processuali, i poteri, i doveri e le facoltà delle parti siano previsti dalla legge in modo rigido ed esaurienti.

⁹⁸ Cfr., ad es., BUZZELLI S., *voce Giusto processo*, cit., p. 345, quando menziona che l'indicatore del processo equo all'interno della Costituzione italiana non è limitato all'art. 111.

⁹⁹ L'espressione si trova in CECCHETTI M., *voce Giusto processo*, cit., p. 606. Nello stesso senso CONTI C., *voce Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir., agg. V*, Giuffrè, 2001, p. 629; Id., *voce Giusto processo (proc. pen.)*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol III, Giuffrè, 2006, p. 2816. Anche se affrontando l'art. 6 della Convenzione europea, UBERTIS G., *voce Giusto processo*, cit., p. 424, ha concluso che la relazione tra i paragrafi dell'art. 111 della Costituzione italiana dovrebbe anche essere indirizzata verso l'enumerazione non esaustiva dei requisiti del giusto processo.

dispositivo¹⁰⁰. Accogliere tale lettura relativa al significato del «giusto processo» in apertura dell'art. 111 sembra più compatibile con la diversa interpretazione che tende a non conferire un senso meramente pleonastico o superfluo a termini inseriti dal riformatore costituente.

Passando ad una prospettiva un pò più attinente alla praxis giudiziaria, si vuole considerare la riflessione sviluppata con la dinamica processuale concreta, e avendo come obiettivo la valorizzazione dell'idea esposta, si sostiene, in sintesi, la nozione che, qualsiasi sia il tipo di processo, solamente potrà essere considerato “giusto” nella misura in cui i suoi contorni normativi, le sue tecniche e le sue attività concretizzate dai coinvolti non siano pregiudizievoli dei diritti e garanzie individuali accolti nelle costituzioni¹⁰¹. Non cessa la positivizzazione - anzi rafforzata da norma di categoria superiore - dell'idea già ideata nella formula ispiratrice del *due process*; non basta, infatti, l'apparenza della regolarità degli atti e delle forme processuali per affermare la legittimità dell'attuazione giudiziaria, sarà anche necessario che le regole specifiche che si applicano nel corso del procedimento possiedano contenuto di efficacia protettiva dei diritti e delle garanzie dell'accusato¹⁰².

La regola del giusto processo sintetizza il catalogo di garanzie e principi pertinenti alla dinamica di applicazione della legge penale, sia esplicitamente che implicitamente contenute nell'insieme delle norme di un dato sistema giuridico, nei termini e con la dimensione conferita dalla giurisprudenza. Il passo successivo nella comprensione dei contorni di tale modello di legittimazione dell'esercizio della giurisdizione penale è quello che passa attraverso la comprensione della portata esatta di questo schema di attuazione giurisdizionale adattata allo Stato di diritto, il quale passò a dipendere dall'osservanza della normativa originata in istanze sopranazionali¹⁰³, rendendo così necessario estendere il campo di studio a tale dimensione convenzionale.

1.2 Collegamento con l'«equo processo» convenzionale

I lineamenti della regola del giusto processo hanno trovato remota ispirazione nella tradizione di *common law* a partire dall'idea di *fair trial* inerente alla clausola del dovuto processo legale nella sua caratteristica processuale, tanto che molti dei suoi postulati essenziali sono rimasti consolidati come principi fondamentali nelle carte costituzionali moderne.

¹⁰⁰ In questo senso, CECCHETTI M., voce *Giusto processo*, cit., p. 607.

¹⁰¹ COMOGLIO L. P., *Etica e tecnica*, cit., p. 7.

¹⁰² SERIO M., *Brevi note sul*, cit., p. 207.

¹⁰³ Cfr., tra gli altri, ESPARZA LEIBAR I., *El principio del*, cit., p. 117.

Di conseguenza, risulta pertinente provare a comprendere come l'insieme di interessi essenziali di natura sia assiologica che ideologica, gradualmente inseriti nell'ordinamento positivo interno delle nazioni democratiche come diritti soggettivi essenziali degni di tutela dallo Stato, abbia iniziato a ricevere un'influenza e un'importanza rinnovate dalla concezione dell'equo processo estratta dalla normativa sovranazionale sul tema dei diritti umani.

La comprensione dei diritti e delle garanzie che configurano la multifaccettata formula del giusto processo esige di rivolgere un'attenzione continua alla lettura di tali principi da parte dei tribunali sovranazionali che compongono quello che si potrebbe definire come il sistema internazionale di protezione dei diritti umani e che svolgono la funzione basilare di interpretare oltre che favorire l'applicazione di questi valori fondamentali agli individui e alla collettività¹⁰⁴. Si tratta di un'imposizione che logicamente già deriverebbe dalla premessa secondo la quale il diritto al giusto o equo processo è in ultima analisi un modello internazionale di giustizia¹⁰⁵ la cui genesi dell'odierna versione europea risale all'affermazione delle garanzie internazionali del processo, in base a quanto indicato al punto 1.1.2.

Prima di proseguire, tuttavia, è d'uopo operare un breve, ma importante chiarimento. A scopo pragmatico, nel prosieguo del testo verrà utilizzata spesso l'espressione «equo processo» come sinonimo di «giusto processo»¹⁰⁶. È necessario chiarire, per esigenze di precisione tecnica, l'esistenza di caratteristiche non totalmente coincidenti tra le due locuzioni, almeno nella loro radice immediata, essendo la prima più vicina allo schema procedurale proiettato nelle convenzioni sovranazionali, riconosciuta dalla clausola originale di «*procès équitable*», mentre la seconda risulta conforme al modello ispirato dall'art. 111 della Costituzione italiana¹⁰⁷, e quindi più attinente al diritto interno.

Ciò non significa che l'utilizzo di termini con significato simile possa definirsi di per sé erroneo, una volta appurato che, in base all'approccio con cui si analizza il tema,

¹⁰⁴ Al riguardo, BACIGALUPO E., *El debido proceso penal*, Hammurabi, 2007, p. 13 ss., il quale, confrontando l'espressione della Costituzione spagnola: «*proceso con todas las garantías*» alla formula «*debido proceso*» indicata nell'art. 6. della Convenzione europea, riferisce che si tratta di un insieme di principi «*de carácter suprapositivo y supranacional*», un orientamento precedente ad ogni positivizzazione interna ed un parametro normativo per l'interpretazione del diritto nazionale.

¹⁰⁵ L'espressione è di COMOGLIO L. P., *Etica e tecnica*, cit., p. 33.

¹⁰⁶ Allo stesso modo, per esempio, ESPOSITO V., «*Fair trial*» anglosassone, cit., pp. 24 e ss; FOIS S., *Il modello costituzionale*, cit., p. 572.

¹⁰⁷ Cfr. FILIPPI L., (a cura di), *Equo processo: normativa italiana ed europea a confronto*, Cedam, 2006, Introdução, p. VII. È importante tenere presente l'avvertimento di UBERTIS G., *Corte europea dei diritti*, cit. p. 35 nel senso che attestare la compatibilità di una procedura con i parametri sovranazionali non significa automaticamente che questo meccanismo procedurale sia conforme alla normativa interna.

diventerebbe non solo possibile, ma addirittura raccomandabile partire da una interconnessione tra i sistemi di tutela esterno e interno dei diritti e degli interessi inglobati dalla giurisdizione penale, i quali si debbono coordinarsi¹⁰⁸ nei termini disciplinati dagli artt. 117.1 della Costituzione italiana, 53 CEDU e 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nell'ottica di un'attuazione del principio di diritto internazionale che impone la maggior tutela delle garanzie proclamate nelle fonti interne e sovranazionali. In questa prospettiva che potrebbe essere considerata più pragmatica, ci sarebbe un necessario intreccio delle nozioni di giusto ed equo processo¹⁰⁹.

Tuttavia, nel caso in cui l'impiego delle locuzioni derivasse dalla stretta coerenza con le idee sostenute nel corso di questo studio, il postulato del «giusto processo», in relazione all'esigenza di equità processuale, aggiungerebbe la percezione correlazionale delle garanzie e degli interessi tutelati nel processo al fine di produrre decisioni giuste¹¹⁰. In altre parole, lo sviluppo dello schema giurisdizionale, in rigida conformità con i principi e i valori protetti nelle costituzioni e nelle convenzioni sui diritti umani, avrebbe come finalità degna di riguardo già negli atti successivi e nelle fasi procedurali la giustizia sostanziale come obiettivo primario e indispensabile di correttezza del processo¹¹¹.

La dottrina riconosce la norma dell'art. 6 della CEDU¹¹² come il pilastro dell'identificazione dei parametri di base dell'esigenza di equità processuale sul piano internazionale¹¹³. Tale dispositivo, ispirato agli artt. 10 e 11, par. 1 della Dichiarazione

¹⁰⁸ In tal senso, MANES V., *La lunga marcia della convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in: MANES V., ZAGREBELSKY V., (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, 2011, p. 11 riferisce che «[...] l'apporto offerto dal sistema convenzionale si aggiunge alle garanzie domestiche».

¹⁰⁹ Cfr. KOSTORIS R. E., *La tutela dei diritti fondamentali*, in: KOSTORIS, R. E. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2015, p. 85, che tuttavia informa una moderazione degli effetti di tale coordinamento nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE, a seguito dell'interpretazione restrittiva data dalla Corte di giustizia al principio della maggior tutela a favore dei postulati dell'unità e dell'effettività del diritto dell'Unione. Al riguardo, MAZZA O., *La procedura penale*, in VIGANÒ F.; MAZZA O. (a cura di), *Europa e giustizia penale, gli speciali di Diritto penale e processo*, 2011, p. 33 e ss, indica che il diritto dell'UE sul processo penale è volto a garantire la cooperazione giudiziaria sulla base dell'imposizione di mutuo riconoscimento, guidato dal principio dell'elevato livello di fiducia tra gli Stati membri, ossia costringendo la cooperazione a partire da una logica efficientista di difesa sociale, in concomitanza con l'ammissione che la tutela dei diritti fondamentali è assicurata dalla Corte EDU.

¹¹⁰ Nel senso esatto in cui sostenuto da FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, cit., p. 86.

¹¹¹ Anche se l'evoluzione della concezione di equità procedurale nella giurisprudenza di Strasburgo già consentisse una tale conclusione relativamente al parametro dell'equo processo convenzionale, come verrà indicato *infra*, punti 3.5.1 e 3.5.1.1.

¹¹² Firmata a Roma il 4 novembre 1950, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) è stata ratificata il 4 agosto 1955, per la legge n. 848.

¹¹³ Congiuntamente a questo precetto sono menzionate anche gli articoli 5 e 10 comma 2 della CEDU, cfr. CHIAVARIO M., *Diritto ad un processo equo*, in BARTOLE S.; CONFORTI B.; RAIMONDI G; (Coord.), *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2001, p. 154.

universale dei diritti dell'uomo¹¹⁴, rispetto ai quali appare maggiormente rilevante in termini di specificità e rigore, è seguito, con un'affinità diretta, dall'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

È comunque importante includere nella stessa generazione di norme multinazionali ordinate per il consolidamento dell'espressione del giusto processo, come standard minimo di legittimità dell'attuazione giurisdizionale¹¹⁵, l'art 8 della Convenzione americana sui diritti umani (CADU)¹¹⁶, che, allo stesso modo, ha incorporato imposizioni condizionanti della legittimità dell'attuazione giurisdizionale che funzionano come idee chiave nella realizzazione di una equa amministrazione della giustizia.

La disposizione normativa di cui all'art. 6 della Convenzione di Roma, così come i relativi omologhi indicati, ha stabilito l'ampio diritto di tutte le persone a un processo equo, includendo nel contenuto di tale principio alcune garanzie di natura processuale che mirano ad assicurare gli strumenti giuridici per la tutela dei diritti fondamentali¹¹⁷.

Il progresso più significativo in questa, per così dire, prima fase della convenzionalizzazione dei principi fondamentali attinenti all'esercizio del potere giurisdizionale è la qualificazione¹¹⁸, piuttosto che la semplice sovrapposizione, della fonte normativa predisposta a orientare la legittimità degli schemi processuali previsti e concretizzati negli ordinamenti interni degli Stati membri. Un elemento particolarmente indicativo di tale constatazione è la lettura congiunta degli artt. 1 e 13 della CEDU, che hanno attribuito al singolo individuo, nella veste di destinatario delle garanzie nel processo, la titolarità immediata dell'interesse giuridico rispetto a un'eventuale lesione dei diritti o delle garanzie assicurati nella Convenzione¹¹⁹, anche tramite l'art. 34, con accesso diretto e senza

¹¹⁴ Proclamata a Parigi dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948.

¹¹⁵ A questo proposito, riferendosi ai valori convergenti e alle peculiarità delle prospettive del dovuto processo nei sistemi giuridici europei, v. AMODIO E., *Giusto processo, procès équitable*, cit., p. 93 ss.

¹¹⁶ Firmata alla Conferenza Specializzata Interamericana sui Diritti Umani, San José, Costa Rica, il 22 novembre 1969, noto anche come Patto di San José di Costa Rica.

¹¹⁷ Cfr. ARAGÜENA FANEGO C., *Primera aproximación*, cit., p. 259-275.

¹¹⁸ Sembra dirigersi, nello stesso senso, CHIAVARIO M., *Giustizia europea e processo penale: nuovi scenari e nuovi problemi*, in *Legisl. pen.*, 2008, p. 462, quando menziona un cambiamento o arricchimento del «quadro delle fonti normative di riferimento» proveniente del diritto internazionale dal dopoguerra in avanti. L'Autore indica l'importanza, ai fini dell'armonizzazione, dell'elaborazione di norme convenzionali intermedie tra i grandi principi, in una certa misura già ridondanti in ciò che attiene ai diritti dell'imputato, e le regole interne di maggiori dettagli del rito procedurale. MANES V., *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, *Arch. pen.*, 2012, n. 1, p. 30, parla anche di una mutazione qualitativa dell'ordine giuridico, tuttavia, con il senso più di una complessità derivata dal groviglio di fonti nella scienza criminale, cioè, di «mutazioni genetiche del tessuto normativo».

¹¹⁹ Nella stessa direzione, la CADU, di cui agli articoli 1° e 25, con regolamentazione molto simile agli artt. 1 e 13 della CEDU. A cui si aggiunge il fatto che la CEDU, insieme alla fornitura di un catalogo di diritti, ha istituito un tribunale specifico per determinare l'interpretazione e l'adempimento di questi diritti, cfr.

filtro alla Corte di Strasburgo¹²⁰, diversamente dallo scenario precedente, vincolante unicamente sul piano politico e diretto agli Stati presi singolarmente in considerazione¹²¹.

Sebbene l'osservazione condivisa ampiamente dalla dottrina rilevi che gli orientamenti interpretativi derivati dalle convenzioni internazionali, nei primi decenni di convivenza con questo nuovo scenario, non fossero nient'altro che una lodevole indicazione espressiva, con poca efficacia pratica¹²², l'elemento importante è rappresentato dal fatto che si stava assistendo ai primi e indispensabili passi nel percorso¹²³ dell'assimilazione di una cultura basata su multilivelli normativi¹²⁴. La possibilità notoriamente sancita nella Convenzione europea di sindacabilità internazionale della protezione dei diritti umani¹²⁵, pur non completamente messa in opera nei primi anni di validità di quel corpo normativo, ha rappresentato un importante cambiamento del paradigma nel percorso di attuazione graduale del giusto processo.

Secondo quanto indicato, la convenzione non si è limitata ad affermare diritti e garanzie relativi all'esercizio della giurisdizione, ma ha attribuito tali interessi direttamente ai cittadini, completando inoltre questa nuova struttura di tutela con l'istituzione di organismi internazionali di controllo, collaborando alla ricerca dell'ideale di realizzazione dell'equo

CARDONE A, voce *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enc. dir.*, annali IV, Giuffrè, 2011, p. 381. A questo proposito, un'importante differenza rispetto al sistema interamericano è che, in questo caso, gli individui non hanno accesso diretto alla Corte ADU, e possono avviare procedimenti contro qualsiasi Stato parti attraverso petizione presentata alla Commissione ADU, la quale seleziona le cause che saranno esaminate dalla Corte.

¹²⁰ KOSTORIS R. E., *Diritto europeo e giustizia*, cit., p. 50; considerato come «uno dei pilastri essenziali del sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali»; oppure «la pietra angolare di tutto il sistema di protezione»; cfr. AIMONETTO M. G., *La «durata ragionevole» del processo penale*, G. Giappichelli, 1997, p. 13. V., ancora, ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in MANES, V., ZAGREBELSKY, V., (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, 2011, p. 70.

¹²¹ ESPOSITO V., *“Fair trial” anglosassone*, cit., p. 14, il quale identifica, nel punto, una vera rivoluzione operata dalla Convenzione europea.

¹²² In questo senso: CHIAVARIO M., *Giustizia europea*, cit., p. 464; GAETA P., *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, in *Arch. pen.*, fasc. 1, 2012, p. 83; MAZZA O., *Cedu e diritto*, cit., p. 5

¹²³ Ugualmente vedendo nella CEDU un primo passo verso la tutela internazionale dei diritti umani, ESPOSITO V., *“Fair trial” anglosassone*, cit., p. 16. La dottrina menziona due fattori che hanno agito nell'origine della molteplicità delle fonti normative con effetti sul processo penale: l'intenzione di assicurare la protezione dei diritti fondamentali da parte degli stati nazionali, ragione di essere della CEDU, e la regolamentazione internazionale dei mercati economici, la genesi dell'Unione europea e che finisce per valersi della legge e del processo penale come meccanismi di protezione dell'economia, inserendo i diritti fondamentali come parametri di questa attuazione; cfr. KOSTORIS R.E., *La tutela dei diritti fondamentali*, in: KOSTORIS, R.E. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2015, p. 77.

¹²⁴ Sulla protezione multilivello dei diritti, comprendendo l'integrazione dei piani nazionali ed internazionali: TEGA D., *L'ordinamento costituzionale italiano e il “sistema” CEDU: accordi e disaccordi*, in MANES, V., ZAGREBELSKY, V., (a cura di), *La convenzione europea*, cit., p. 193 ss; per maggiore approfondimento, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, v. CARDONE A, voce *Diritti fondamentali*, cit., p. 335 ss.

¹²⁵ In questo preciso senso, ESPOSITO V., *“Fair trial” anglosassone*, cit., p. 16, che si riferisce alla «giurisdizionalizzazione internazionale dei diritti umani».

processo sia sul piano interno che sovranazionale. Il complesso normativo introdotto dalla CEDU, nell'affermazione dei requisiti minimi da soddisfare per la realizzazione del diritto alla buona amministrazione della giustizia¹²⁶, ha stabilito alcuni limiti alla forma di azione legittima della dinamica processuale penale nei sistemi giuridici nazionali, condizionando le opzioni del legislatore in materia di processo penale.

La caratteristica primaria di autosufficienza del processo penale basato sulle codificazioni nazionali - nonostante quest'ultime abbiano ricevuto l'influenza importante della costituzionalizzazione di diritti e garanzie individuali - conduceva a un ordinamento puramente interno del sistema giudiziario e ad un'organizzazione di principi e regole sviluppata con un metodo raffinato, ma con direttrici autarchiche¹²⁷. Gli schemi processuali concretamente volti a moderare gli interessi di un'operatività repressiva con i valori relativi alla difesa degli imputati avevano come riferimento semplicemente norme originate nell'ambito della sovranità statale; di conseguenza, le coordinate rimanevano confinate al diritto nazionale.

Attualmente, al fine di conformare un modello di processo penale giusto, in sintonia e ispirato dai principi e dai valori che incidono nell'equazione della dinamica processuale, è necessario focalizzarsi non esclusivamente sulle linee guida normative domestiche, limitate a un dato ordinamento giuridico. L'attenzione deve estendersi alle convenzioni e alle ulteriori fonti sovranazionali che si occupano di diritti umani e di giurisdizione penale¹²⁸. Il quadro legale formato da garanzie, valori e postulati che disciplinano l'esercizio dell'attività giurisdizionale si articola a partire dal dialogo tra le fonti legislative nazionali e quelle internazionali.

In questo complesso sistema di giustizia penale caratterizzato da molteplici influenze normative, nel quale si fondono fonti nazionali e sovranazionali in grandi gruppi di integrazione regionale, la caratterizzazione del giusto processo, anche sul piano interno, dipende da un determinato approccio di interazione tra norme provenienti sia dal livello nazionale che internazionale. Nel panorama europeo si distinguono due strutture sovranazionali di produzione giuridica: una nell'ambito dell'Unione Europea, l'altra in quello

¹²⁶ La Corte EDU fa riferimento al primato del «*right to a fair administration of justice*» nelle società democratiche, correlato con l'art. 6 della Convenzione, ad es., in *Delcourt v. Belgium*, application n. 2689/65, del 17 gennaio 1970, par. 25. In dottrina, tra i molti, PATRONE I., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in CIVININI M. G., VERARDI C. M. (a cura di), *Il nuovo art.*, cit., p. 161.

¹²⁷ In questo senso KOSTORIS R. E., *Diritto europeo e giustizia*, cit., p. 4; ancora, in termini analoghi TROCKER N., *Il valore costituzionale*, cit., p. 45

¹²⁸ KOSTORIS R. E., *Diritto europeo e giustizia*, cit., p. 4.

del Consiglio d'Europa. In quest'ultimo sistema rientrano la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Corte EDU¹²⁹.

L'importanza del sistema dell'Unione Europea nella definizione dei contorni della giurisdizione penale è innegabile¹³⁰ e può essere facilmente dimostrata già dall'art. 3.2 del Trattato sull'Unione Europea, che introduce la materia penale con anteriorità rispetto all'integrazione economica, passando dall'art. 82.2 del Trattato sul funzionamento dell'unione europea, che prevede la possibilità di modifica di norme comuni minime sui diritti della persona e delle vittime nel processo penale, fino ad arrivare alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza). A tali strumenti legislativi primari dell'UE si aggiungono principi generali del diritto elaborati nel corso degli anni dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea¹³¹, oltre naturalmente all'insieme di accordi internazionali, regolamenti, direttive, decisioni, pareri e raccomandazioni stabiliti nell'ambito dell'UE.

Ad ogni modo, senza ignorare l'importanza della produzione normativa derivante dall'Unione Europea in tema di giustizia penale, compresa la giurisprudenza della Corte di giustizia¹³², il fatto è che, anche quando la stessa Corte estende gli effetti dalla necessaria armonia interpretativa del diritto nazionale al diritto comunitario, comprendendo le norme

¹²⁹ Per un resoconto breve della formazione e principali strumenti normativi di queste due strutture sovranazionali nel piano europeo, v. UBERTIS G., *La tutela dei diritti dell'uomo davanti alla Corte di Strasburgo*, in UBERTIS G., VIGANÒ F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, G. Giappichelli, 2016, pp. 1-5.

¹³⁰ Partendo dal fatto che le norme comunitarie hanno efficacia diretta nel sistema giuridico italiano, basato sull'art. 11 Cost., come ribadito dalla Corte cost., sent. 24 ottobre 2007 n. 349, in *Giur. Cost.*, 2007, p. 3555, § 3.3: «Con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un "ordinamento" più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione». In dottrina, sul punto, CARDONE A, *voce Diritti fondamentali*, cit., p. 338 ss.

¹³¹ Il stabilito dall'art. 267 del TFUE, di competenza in via pregiudiziale della Corte di giustizia, permettendo che sia chiamata, dai tribunali degli Stati membri, ad intervenire, in modo incidentali e pregiudiziale, per decidere su questioni relative all'interpretazione o alla validità del diritto o degli atti dell'UE dei quali dipendono la decisione di casi pendenti, ha significato un considerevole rafforzamento dell'importanza di questa Corte e del proprio diritto dell'Unione in materia di processo penale, che è completato dall'esigenza al giudice nazionale di interpretazione conforme al diritto dell'Unione; cfr. KOSTORIS R. E., *Diritto europeo e giustizia*, cit., p. 33 e ss. Esempio significativo nell'ordinamento legale italiano è il caso Pupino, che ha trattato sulla modalità di assunzione anticipata di prova consistente in testimonianze di bambini in età infantile, a condizione di vittime particolarmente vulnerabili in procedimenti penali, al fine di consentire loro testimonianze all'esterno e prima dell'udienza pubblica, sulla base della decisione quadro del Consiglio 15 marzo 2001, 2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale; Corte di Giustizia Ue, sent. 16 giugno 2005, C- 105/03, Pupino, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3167 ss.

¹³² La Corte di giustizia ha inizialmente spinto le sue posizioni sui diritti fondamentali come principi generali di diritto comunitario, avendo come influenza le tradizioni costituzionali comuni e i principi della CEDU. Tale giurisprudenza servì da base per la Carta dei Diritti Fondamentali, firmata nel 2000 a Nizza, che è stata sollevata in seguito, dal Trattato di Lisbona, a diritto primario dell'Unione, con stesso valore giuridico dei trattati (art. 6.1 TUE).

primarie e secondarie, e spingendo questo ampliamento al punto di superare i conflitti facilmente percettibili con dispositivi del diritto nazionale, con la motivazione di portare ad un livello di considerazione globale e sistematica l'ordinamento giuridico interno¹³³, lo fa salvaguardando espressamente i diritti fondamentali e conferendo una particolare distinzione al «diritto ad un processo equo, quale sancito all'art. 6 della Convenzione e interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo»¹³⁴.

Nell'intersezione di questi due ampi sistemi europei di produzione giuridica è possibile intravedere, a grandi linee, ma con una certa nitidezza, due poli distinti di attuazione che in qualche modo si equilibrano grazie alla loro propensione a intraprendere il percorso dell'attuazione di valori contrapposti della giustizia penale. I riferimenti in termini di promozione e implementazione dei diritti fondamentali è compito della «grande» Europa, rappresentata essenzialmente, per quanto concerne questo studio, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹³⁵, tradizionalmente più attenta all'individuo imputato¹³⁶, mentre dall'altro lato, il campo d'attuazione propizio della «piccola» Europa¹³⁷, concepita dall'Unione Europea, si volge all'affermazione del primato del diritto comunitario e della reciproca e leale collaborazione tra i suoi membri, mirando ad incrementare la cooperazione giudiziaria¹³⁸ e la difesa sociale davanti alle minacce provenienti della criminalità organizzata e transnazionale¹³⁹.

Il fatto che il diritto all'equo processo trovi come base di riferimento, anche davanti alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, la forma disciplinata dalla Convenzione EDU, a

¹³³ Cfr., ad esempio, KOSTORIS R. E., *Diritto europeo e giustizia*, cit., p. 46.

¹³⁴ C. Giust., gr. Sez., Sent. 16.6.2005, C- 105/03, Pupino, par. 59, in *Cass. Pen.*, 2005, pp. 3167 e ss che complementa: «Spetta al giudice del rinvio accertarsi che, supponendo che il ricorso all'incidente probatorio diretto all'assunzione anticipata della prova e l'audizione secondo modalità particolari previsti dal diritto italiano siano nella fattispecie possibili, in considerazione dell'obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale, l'applicazione di queste misure non sia tale da rendere il procedimento penale a carico della sig.ra Pupino, considerato nel suo complesso, iniquo ai sensi dell'art. 6 della Convenzione, quale interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo», par. 60.

¹³⁵ BALSAMO A., *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in: KOSTORIS, R. E. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, 2015, p. 110.

¹³⁶ LA ROCCA E. N., *La tutela della vittima*, in GAITO A., CHINNICI D., *Regole europee e processo penale*, Cedam, 2016, p. 106.

¹³⁷ Le espressioni «grande» e «piccola» Europa vengono citati da VIGANÒ F., *Fonti europee e ordinamento italiano*, in VIGANÒ F., MAZZA O., (a cura di), *Europa e diritto penale*, numero speciale di *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 5. L'Unione Europea si compone di ventotto Stati, che diventeranno ventisette con l'uscita del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord. Già il Consiglio d'Europa è composta da quarantasette Stati membri.

¹³⁸ MAZZA O., *La procedura penale*, cit., p. 33. Anche dopo le prime direttive sui diritti processuali penali di indagati e imputati emesse nel quadro dell'Unione europea a partire della «tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati», KOSTORIS R.E., *La tutela dei diritti*, cit., p. 95 e ss, continua a constatare il contenimento e l'insufficienza di questi strumenti nella protezione delle garanzie individuali, seguito dal rafforzamento dei diritti e della tutela delle vittime sulla base della corrispondente tabella di marcia.

¹³⁹ LA ROCCA E. N., *La tutela*, cit., p. 106; MAZZA O., *Cedu e diritto*, cit., p. 3.

cui si aggiungono i parametri ampliativi conferiti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nella nota veste di interprete ufficiale della Convenzione (art. 32 CEDU)¹⁴⁰, sono gli elementi di sostegno dell'opzione adottata per limitare l'attuale approccio dell'equo processo al sistema normativo del Consiglio d'Europa, e più precisamente, per quanto concerne il tema, ai dettami della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della sua interazione con il diritto interno.

Il percorso argomentativo che tende a tracciare i contorni della cornice sulla quale si rifletterà sull'inserimento della giustizia della decisione nella clausola del giusto processo indica l'importanza dell'apertura già segnalata al piano sovranazionale e al diritto comunitario¹⁴¹. Allo stesso tempo, è necessario limitare questo approccio, come strategia di esposizione, allo strettamente necessario, allontanando qualsiasi pretesa di approfondimento del problema intricato, attuale e multiforme della correlazione delle fonti¹⁴² normative e giurisprudenziali di integrazione europea¹⁴³, che richiederebbe una deviazione eccessiva dall'oggetto di questo studio.

Per tale motivo, è preferibile - anche ammettendo i rischi di un'eventuale incompletezza - proseguire centrando le brevi considerazioni sull'equo processo convenzionale così come delineato dalla CEDU e interpretato dal Tribunale europeo di Strasburgo, in modo che ogni eventuale riferimento al sistema dell'Unione europea avrà un intento puramente illustrativo o complementare.

¹⁴⁰ Al riguardo, nella sent. n. 349/2007, la Corte costituzionale menziona che: «La definitiva uniformità di applicazione è invece garantita dall'interpretazione centralizzata della CEDU attribuita alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, cui spetta la parola ultima e la cui competenza “si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa nelle condizioni previste” dalla medesima (art. 32, comma 1, della CEDU)».

¹⁴¹ La Convenzione EDU è un trattato internazionale multilaterale proposto dal Consiglio d'Europa da cui derivano gli obblighi nei confronti degli Stati aderenti, non potendo essere equiparato alla norma comunitaria come spiegato dalla Corte Cost., sent. 24 ottobre 2007 n. 348, in *Giur. Cost.* 2007, p. 3508: «L'art. 117 [...] distingue infatti, in modo significativo, i vincoli derivanti dall'«ordinamento comunitario» da quelli riconducibili agli «obblighi internazionali». Si tratta di una differenza non soltanto terminologica, ma anche sostanziale. Con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un “ordinamento” più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione. La Convenzione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti».

¹⁴² In questo senso, KOSTORIS R.E., *Diritto europeo e giustizia*, cit., p. 68, riferisce che la pluralità di fonti nel panorama europeo è caratterizzata da una «struttura a rete» in cui si intrecciano regole, istituzioni e produzioni normative e giurisprudenziali europee ed internazionali in modo dinamico ed intercambiabile.

¹⁴³ Problema in costante evoluzione, cfr., ad es., l'adesione del sistema dell'Unione europea alla Convenzione EDU, ai sensi dell'art. 6, comma 2 del Trattato sull'Unione Europea nella redazione post-Trattato di Lisbona, che ha aperto i dibattiti sulla possibile «comunitarizzazione» del testo convenzionale e sugli effetti da esso derivati. Allontanando questa approssimazione, almeno in Italia, pronuncia della Corte Cost., 11 marzo 2011, n. 80.

Secondo quanto già considerato, la dottrina processuale penalistica consente in maniera generica che la matrice dell'esigenza dell'equità processuale sul piano europeo derivi dal complesso delle garanzie affermate nel diritto a un equo processo, così come disciplinato dall'art. 6 della CEDU¹⁴⁴, il quale ostenta una predisposizione estensiva di carattere impositivo, indicando il parametro minimo da soddisfare nell'attuazione giurisdizionale, anche al cospetto dell'ordinamento dell'Unione Europea, in base agli artt. 6.3 TUE¹⁴⁵ e 52.3 della Carta di Nizza¹⁴⁶. Ciò significa che l'ordine normativo dell'UE deve soddisfare i parametri minimi del diritto all'equo processo nella forma stabilita convenzionalmente, e cioè in concordanza con l'interpretazione moltiplicativa della CEDU nei termini della «giurisprudenza-fonte»¹⁴⁷ della Corte di Strasburgo.

Proprio per il fatto che la fonte giuridica per i temi che rilevano rispetto alla giurisdizione penale - tra i quali spiccano i diritti fondamentali e, in maniera specifica per questo studio, il diritto al giusto processo - non derivi unicamente da fonti legislative interne ed extra-nazionali, ma si estenda in maniera rilevante alle interpretazioni giurisprudenziali elaborate dalla Corte di Strasburgo, risulta indispensabile l'esposizione di alcune considerazioni approssimative sull'equo processo nell'ambito della CEDU.

La rilevanza di tale complesso di garanzie va al di là della nozione di diritti specifici al processo giurisdizionale: deve tenersi in debita considerazione che l'insieme dei valori e interessi originari, oggetto di tutela dei trattati multilaterali sui diritti umani, potranno ricevere una protezione effettiva sul piano interno mediante la realizzazione di uno schema processuale che mira al soddisfacimento di questi requisiti minimi della giurisdizione¹⁴⁸.

È in questa direzione che, diversamente da quanto avviene ad esempio nella Costituzione portoghese - limitata ad affermare la formula generica del processo equo¹⁴⁹ - la

¹⁴⁴ BALSAMO A., *Il contenuto dei diritti*, cit., p. 110.

¹⁴⁵ «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

¹⁴⁶ «Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione».

¹⁴⁷ Termine utilizzato, tra gli altri, da MANES V., *Metodo e limiti*, cit., p. 30; KOSTORIS R. E., *Diritto europeo e giustizia*, cit., p. 69.

¹⁴⁸ Idea che si trova, per esempio, in BARTOLE S.; DE SENA P.; ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2012, pp. 173-174.

¹⁴⁹ L'art. 20^o/4 della Costituzione portoghese stabilisce che: «*Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo*». La Costituzione brasiliana afferma, nel comma LIV dell'art. 5^o, che: «*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*».

Costituzione italiana ha ricevuto in maniera più imponente i contenuti che derivano dalla Convenzione europea in materia di giurisdizione, a partire dalla riforma introdotta dalla legge costituzionale n. 2/1999, che ha riformulato l'art. 111 della norma fondamentale al fine di introdurre la formula del giusto processo ed enunciare garanzie minime che la comprendono¹⁵⁰. Il dispositivo stabilisce che la giurisdizione si realizza mediante il giusto processo disciplinato dalla legge, enumerando in seguito un insieme di principi minimi la cui osservanza condiziona la validità dell'attuazione giurisdizionale e che si riferiscono e richiamano la disciplina in vigore nella Convenzione europea¹⁵¹.

1.2.1 Il superamento del modello nazionale autoreferenziale: apertura alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

La garanzia dell'equo processo non ha come punto di riferimento primario la tradizione interna o limitata a un determinato ordinamento, né afferma le proprie radici nella realtà giuridico-politica nazionale, bensì deve essere vista innanzitutto come una formulazione che combina riferimenti dei sistemi interno e sovranazionale, comprese le elaborazioni da parte dei tribunali. È necessario quindi prendere in considerazione le idee-forza e le conseguenze derivate dalla giurisprudenza delle corti internazionali sull'interpretazione e sull'applicazione delle convenzioni relative alla giurisdizione penale e ai diritti umani.

Le sensibili modifiche del processo penale negli ultimi anni, con implicazioni rilevanti non solo nelle loro fonti, ma influenzando in modo globale la sua intera natura e i suoi pilastri, hanno come fondamento determinante il perfezionamento dei diritti fondamentali, derivante da una visione antropocentrica del processo penale che inserisce l'uomo come ragione di essere, nucleo e finalità della giurisdizione penale¹⁵². In questo percorso è riconosciuto il ruolo vitale della «grande Europa», identificato principalmente negli effettive sviluppi della Convenzione europea, più precisamente nel suo asse di

¹⁵⁰ Fra i tanti, v. PATRONE I., *Il nuovo articolo*, cit., pp. 154-159, il quale, pur affermando che «[...] l'antecedente storico e logico – anche se non propriamente testuale, nel senso sopra precisato – del art. 111 Cost., è dato dall'art. 6 della Convenzione», presenta considerazioni critiche su un'assimilazione sconnessa e manipolata di parole o estratti della Convenzione, generando alcune ambiguità e incertezze terminologiche e sistematiche; in senso simile, CHIAVARIO M., *La "lunga marcia" dei diritti dell'uomo nel processo penale*, in. BALSAMO A., KOSTORIS R. E (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, G. Giappichelli, 2008, p. 19

¹⁵¹ Il *Code de procédure pénale* francese ha incorporato la formula del processo equo o del *procès équitable*, con l'enunciazione di garanzie minime, per mezzo della Legge n. 2000-516, comunque lo ha fatto come articolo preliminare del Codice di procedura penale, in un dispositivo puramente programmatico e senza la forza di norma costituzionale.

¹⁵² MAZZA O., *La procedura penale*, cit., p. 35; Id., *Cedu e diritto*, cit., p. 3.

trasformazione rappresentato dalla giurisprudenza della Corte EDU nell'esecuzione del suo compito di interpretare e amplificare le esigenze dell'equo processo.

A tale scopo è sufficiente rivolgere uno sguardo alla storia recente dell'efficacia (o alla sua mancanza) delle fonti internazionali sui diritti umani relativamente agli ordinamenti giudiziari interni, che sono rimasti, fino a poco più di dieci anni fa, quasi immuni alle elaborazioni derivate dal piano giuridico extranazionale¹⁵³, malgrado gli stimoli corrispondenti in materia di giurisdizione penale, progressivamente derivati dal sistema della Convenzione EDU integrata nel 1955¹⁵⁴. Durante questo lungo intervallo, studiosi e operatori della giustizia penale sono rimasti riflettendo sul processo a partire da una logica "statocentrica" di legalità interna¹⁵⁵, basata sull'elaborazione di un sistema che coinvolge soltanto la codificazione e la norma costituzionale.

Tale attenzione alla produzione della Corte EDU è rappresentativo, poiché consente di dedurre come lo stesso sistema del Consiglio d'Europa, che comprende la Corte e il Comitato dei ministri, ha rivestito un ruolo significativo nella modifica del suddetto quadro, forzando in qualche modo la presa in considerazione degli schemi normativi interni e l'adeguamento delle loro dinamiche processuali penali alle linee guida stabilite a Strasburgo¹⁵⁶. Nonostante i primi stimoli in questa direzione si siano originati da raccomandazioni inequivocabili del Comitato dei Ministri invitando gli stati membri a garantire internamente la possibilità del riesame o della riapertura dei casi in cui la Corte abbia attestato alcuna violazione della convenzione, qualificando i rimedi domestici adatti a questo scopo¹⁵⁷ e verificando la compatibilità delle leggi e dei progetti di riforma con i principi stabiliti dalla convenzione¹⁵⁸, un elemento fondamentale di questa spinta trasformativa si trova nella stessa giurisprudenza della Corte europea.

¹⁵³ Cfr., ad esempio, GERACI R. M., *Sentenze delle Corti E.D.U e revisione del processo penale*, v. 1: *dall'autorità giudiziaria al rimedio straordinario*, Dike, 2012, p. 5; GAETA P., *Dell'interpretazione conforme*, cit., p. 83, per il quale la CEDU era «solo una tavola di valori di riferimento».

¹⁵⁴ Cfr. CHIAVARIO M., *Giustizia europea*, cit., pp. 463-464, il quale osserva, relativamente ai principi affermati dalla Convenzione «che anche la maggior parte di coloro che qualche attenzione, a questa giurisprudenza, la davano, finivano per lo più col comportarsi come si fa con un ospite di riguardo a un banchetto di prestigio, che si ascolta e magari si cita con rispetto [...] ma che non vale poi la pena di tenere realmente in conto perché si presume che non si sporchi mai le mani in cucina».

¹⁵⁵ Termini che si trovano utilizzati in KOSTORIS R.E., *Diritto europeo e giustizia*, cit., pp. 4 e 43.

¹⁵⁶ MAZZA O., *Cedu e diritto*, cit., p. 5 ss.

¹⁵⁷ Cfr. Raccomandazioni REC (2000) 2 del 19 gennaio 2000, la cui linea guida principale era nel senso di rimuovere le conseguenze negative della violazione alla CEDU; e REC (2004) 6 del 12 maggio 2004; rafforzati dal Protocollo n. 14 CEDU del 13 maggio 2004 che ha cercato di intensificare la forza vincolante delle decisioni della Corte EDU, modificando la redazione dell'art. 46 da CEDU. In dottrina, sul tema, fra i tanti, SACCUCI A., *La riapertura del processo penale quale misura individuale per ottemperare alle sentenze della Corte europea*, in BALSAMO A., KOSTORIS R. E (a cura di), op. cit., p. 86 ss.

¹⁵⁸ REC (2004) 5 del 12 maggio 2004.

Per un lungo periodo le sentenze emanate dalla Corte EDU si limitavano a riconoscere un'esistenza puntuale di violazione degli *standard* convenzionali e a imporre di conseguenza una censura limitata all'ambito risarcitorio di carattere pecuniario, al fine di compensare isolata e singolarmente eventuali disagi originati da una distorsione del procedimento operata dalle autorità nazionali¹⁵⁹. Il contenimento di tale meccanismo di azione derivante dalle pronunce definitive della Corte ha fatto sì che la preoccupazione maggiore che si profila per i poteri pubblici interni, al cospetto di violazioni sanzionate della convenzione, fosse semplicemente quella dell'assegnazione di riserve monetarie destinati a soddisfare il pagamento dei danni e delle spese risultanti da condanne reiterate¹⁶⁰.

Questo scenario ha subito una significativa trasformazione a partire dal momento in cui la Corte ha constatato che alcune violazioni non derivavano unicamente dall'inosservanza puntuale dei precetti della convenzione o da deviazioni nella conduzione dello specifico procedimento interno, ma dall'imperfezione strutturale di un dato ordinamento giuridico, che conduceva alla disfunzionalità sistemica, che quindi tendeva a reiterare casi che riguardavano lo stesso problema¹⁶¹. Tenendo in considerazione il carico potenziale di lavoro che ne derivava e, soprattutto, per impedire il perseverare del mancato rispetto dei diritti umani tutelati dalla convenzione, i giudici di Strasburgo, nel noto caso Broniowsky contro Polonia, andando oltre la mera risoluzione della fattispecie, decisero di indicare misure adeguate di carattere generale che devono essere adottate dallo Stato per superare la carenza strutturale e bloccare le violazioni in serie¹⁶².

In queste disposizioni assunte in alcune decisioni della Corte EDU, nell'esercizio di una giurisdizione simile a quella del «giudice delle leggi», in quanto rinviati alla legislazione

¹⁵⁹ MAZZA O., *La procedura penale*, cit., p. 35.

¹⁶⁰ CHIAVARIO M., *Giustizia europea*, cit., pp. 463-464.

¹⁶¹ Sono identificati diversi tipi di pronuncia della Corte EDU che determinano le diverse forme di esecuzione dei verdetti nel diritto interno: casi in cui la Corte si limita ad accertare l'occasionale violazione di un diritto e ritiene che ciò sia sufficiente per la riparazione, o aggiunge la misura della soddisfazione puntuale a seconda della richiesta; in altre situazioni, anche se non adottato la procedura della «sentenza pilota», vengono identificate le cause sistemiche di violazione e le misure generali o individuali da adottare sono indicate nel dispositivo; e le «sentenze pilota in senso stretto», in cui sono identificate le cause strutturali della violazione, e vengono applicate misure generali e individuali, con disposizioni come la sospensione di casi simili e la fissazione di termini per la risoluzione dei problemi; cfr. RANDAZZO B., *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. 1, G. Giappichelli, 2016, pp. 1895-1896.

¹⁶² «[...] that a judgment in which the Court finds a breach imposes on the respondent State a legal obligation not just to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction under Article 41, but also to select, subject to supervision by the Committee of Ministers, the general and/or, if appropriate, individual measures to be adopted in their domestic legal order to put an end to the violation found by the Court and to redress so far as possible the effects»; Grande Camera Corte EDU, sent. 22 giugno 2005, Broniowski c. Polonia, n. 31443/96, § 192.

interna di un dato ordinamento giuridico¹⁶³ e in una dimensione astratta, nelle cosiddette sentenze-pilota¹⁶⁴, è presente una riaffermazione della necessità di una conformazione degli ordinamenti nazionali alla giurisprudenza convenzionale, secondo le modalità previste dall'art. 46 della stessa CEDU¹⁶⁵. Il Tribunale europeo considera non appropriata all'attuazione del suo incarico di garantire il rispetto dei diritti convenzionale da parte degli Stati membri la mera ripetizione di conclusioni identiche in cause diverse, per cui la sentenza pilota assolverebbe alla finalità di dare una risposta celere ed efficace a «un malfunzionamento sistemico che colpisce la tutela del diritto convenzionale in questione nell'ordinamento giuridico interno»¹⁶⁶.

A differenza di quella appena menzionata poiché attinente a singoli casi valutati in maniera specifica dalla Corte, un'altra sfumatura importante che va nella stessa direzione di favorire l'accoglimento nazionale degli effetti delle deliberazioni definitive sul diritto della Convenzione è quella per cui i giudici di Strasburgo hanno deciso di esigere la correttezza giuridica nella specifica situazione travisata, superando la precedente compiacenza per il semplice risarcimento economico alla parte che ha subito il danno¹⁶⁷.

A partire da imposizioni concrete come la necessità di riapertura del processo¹⁶⁸ o di

¹⁶³ Cfr., ad esempio: MAZZA O., *La procedura penale*, cit., p. 35; Id., *Cedu e diritto*, cit., p. 6; GERACI R. M., *Sentenze delle Corte E.D.U.*, cit., p. 35; KOSTORIS R. E., *Diritto europeo e giustizia*, cit., p. 66.

¹⁶⁴ Nella locuzione specifica utilizzata dalla Grande Camera Corte EDU, sent. 01 marzo 2006, *Sejdovich c. Italia*, n. 9186/80, § 120, si legge: «*pilot-judgment procedure*», decisione che ha riconosciuto la disfunzione nella procedura penale italiana per quanto riguarda il processo in contumacia: «*This might suggest that there was a defect in the Italian legal system such that anyone convicted in absentia who had not been effectively informed of the proceedings against them could be denied a retrial*». Va notato che l'art. 175 in discussione è già stato modificato a seguito della posizione della Corte EDU.

¹⁶⁵ Il Protocollo aggiuntivo n. 14 ha stabilito una procedura di infrazione che deve essere istituita dal Comitato dei Ministri dinanzi alla Corte nel caso in cui uno Stato membro non si conformi alle decisioni del Giudice di Strasburgo (Art. 46, 4 e 5 CEDU), che costituisce uno strumento di pressione «più incisivo rispetto alla precedente semplice *moral suasion*», cfr. GERACI R. M., *Sentenze delle Corte E.D.U.*, cit., p. 7.

¹⁶⁶ Grande Camera Corte EDU, sent. 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10; § 86. Nella dottrina, per tutti, tra i molti, CAIANIELLO M., *Profili critici e ipotesi di sviluppo nell'adeguamento del sistema interno alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in MANES V., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La convenzione europea*, cit., p. 549.

¹⁶⁷ In questo senso, fra i tanti, IACOVIELLO F. M., *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 799, il quale ha fatto notare come le decisioni della Corte EDU erano precedentemente basate sull'art. 41, mentre le più recenti sono basate sull'art. 46 della Convenzione, una transizione che si rivela anche dal fatto che, sebbene l'interlocutore diretto della Corte sia lo Stato condannato, l'interlocutore finale è il giudice nazionale.

¹⁶⁸ Un esempio celebre nel diritto italiano è il caso «Drassich» (Corte EDU, 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*), che ha generato la rimozione parziale del giudicato dopo la decisione di Strasburgo di riconoscere l'affronto all'art. 6 CEDU, a causa della mancanza di preservazione del contraddittorio dopo una nuova classificazione dell'imputazione legale del fatto in sede di Corte di Legittimità di ultima istanza; v. Cass., sez. VI, 12 novembre 2008, n. 45807, *Drassich*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1457 ss.; con nota di CAIANIELLO M., *La riapertura del processo ex art. 625-bis c.p.p. a seguito di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo*. In proposito, più di recenti, v. ZACCHE' F., *Brevi osservazioni su Drassich (n. 2) e diritto alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3, 2018, p. 298 ss.

riesame del caso, il Tribunale europeo, pur riconoscendo la discrezionalità nella scelta degli strumenti adeguati a tale scopo, ha affermato l'esistenza di un'obbligazione giuridica di risultato¹⁶⁹ nell'adempimento della pronuncia, avendo lo Stato l'obbligo di garantire l'effettiva rimozione delle conseguenze negative appurate nella fattispecie¹⁷⁰, nell'interpretazione rafforzata di quanto disposto dall'art. 41 della CEDU, che aveva introdotto la riparazione economica solo come alternativa all'eventuale impossibilità o inadeguata cancellazione delle conseguenze derivate dalla violazione¹⁷¹.

A questo proposito, malgrado il tradizionale riconoscimento degli effetti semplicemente dichiarativi delle decisioni di Strasburgo, si delinea un orientamento della Corte verso la *restitutio in integrum* nel caso specifico. Nell'indicare gli strumenti necessari per la tutela concreta del diritto violato lo scopo è quello di riportare la situazione esistente allo stato precedente alla violazione al giusto processo¹⁷². In questo modo, le sentenze della Corte EDU perdono la loro natura meramente dichiarativa una volta che, almeno in alcuni casi, impongono l'effettiva rimozione della macchia, essendo già stato riportato che la Corte non annulla, ma obbliga lo Stato membro ad annullare, rifacendo o riaprendo il procedimento¹⁷³.

¹⁶⁹ KOSTORIS R. E., *Diritto europeo e giustizia*, cit., p. 62; CARDONE A, voce *Diritti fondamentali*, cit., p. 391.

¹⁷⁰ Nel caso *Scoppola c. Italia*, Grande Camera Corte EDU, sent. 17 settembre 2009, n. 10249, § 151, è stato affermato che: «A judgment in which the Court finds a violation imposes on the respondent State a legal obligation under Article 46 of the Convention to put an end to the violation found and make reparation for its consequences in such a way as to restore as far as possible the situation existing before the breach». La Corte ha concluso che la condanna all'ergastolo del richiedente dovrebbe essere sostituita da una sanzione compatibile con i principi riconosciuti nella decisione, cioè non oltre un periodo di trent'anni di reclusione. Sul caso *Scoppola c. Italia*, v. APRILE E., *I meccanismi di adeguamento del sistema penale nella giurisprudenza della corte di cassazione*, in MANES V., ZAGREBELSKY V., (a cura di), *La convenzione europea*, cit., p. 530 ss.

¹⁷¹ Per adeguarsi a questa linea guida, la Corte Cost. italiana, nella sent. n. 113, de 4 de abril 2011, in base all'art. 117, primo comma, della Cost., a partire dalla norma interposta dell'art. 46, combinato con l'art. 6 della CEDU, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 630 cod. proc. pen. «nella parte in cui non prevede la rinnovazione del processo allorché la sentenza o il decreto penale di condanna siano in contrasto con la sentenza definitiva della Corte [europea dei diritti dell'uomo] che abbia accertato l'assenza di equità del processo, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo», sancendo l'obbligo di superare un giudicato penale ai fini del pieno rispetto delle decisioni del Giudice di Strasburgo in materia di equo processo.

¹⁷² Nella linea già indicata dal Comitato dei Ministri nella Raccomandazione REC (2000) 2 del 19 gennaio 2000, che ha esortato gli Stati membri a considerare la possibilità di rivedere o riaprire il processo. In dottrina, sul punto DE SALVIA M., *L'obbligo degli Stati di conformarsi alle decisioni della Corte europea e del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa*, in BALSAMO A., KOSTORIS R. E (a cura di), *Giurisprudenza europea*, cit., p. 74, sottolinea che questa evoluzione in alcune sentenze della Corte è verificata soprattutto nei casi che implicano aspetti procedurali-penalistici legati al processo equo.

¹⁷³ Così si esprime CARTABIA M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in BALSAMO A., KOSTORIS R. E (a cura di), *Giurisprudenza europea*, cit., p. 33 ss. pp. 58-60; IACOVIELLO F. M., *Il quarto grado*, cit., p. 798-799. V. in tal senso, pur con varietà di accenti, SACCUCI A., *La riapertura del processo*, cit., p. 90 ss, il quale menziona che, anche nell'ambito del processo penale, esistono altre misure

1.2.2 Equo processo e interpretazione convenzionalmente orientata

In questo scenario va ad aggiungersi anche la tecnica giudiziale con conseguenze importanti nella direzione di spingere gli Stati membri a conformarsi, in maniera generica e astratta¹⁷⁴, agli intendimenti della Corte EDU in materia di equo processo. Si fa qui riferimento all'esigenza di un'interpretazione del diritto interno da parte della giurisdizione nazionale in conformità con l'art. 6 della CEDU¹⁷⁵, secondo gli schemi applicati dalla Corte di Strasburgo. Prima di menzionare la questione specifica dell'interpretazione conforme il diritto convenzionale, e anche per rendere più evidenti le conseguenze di tale tecnica nel tema del giusto processo penale, sono necessari due chiarimenti contestuali.

Prima di tutto si deve ricordare la comprensione tradizionale, affermata in diverse occasioni nel ragionamento stesso delle decisioni emanate da Strasburgo, nel senso di un ampliamento nell'interpretazione dell'idea di equo processo introdotta dalla redazione dell'art. 6 della Convenzione, sollecitato sia dall'importanza conferita alla corretta amministrazione della giustizia, che dal significato del principio di *fair trial* nelle società democratiche¹⁷⁶. Si ritiene che l'art. 6 è solo il punto di partenza per comprendere la dimensione dell'equità processuale nell'ambito convenzionale¹⁷⁷, tenendo presente l'ampia lettura conferita a tale dispositivo dalla Corte EDU, da cui si è originata una vera e propria moltiplicazione dei diritti contenuti nel catalogo aperto delle garanzie di giustizia processuale presenti in maniera esplicita o implicita nell'art. 6¹⁷⁸.

in grado di eliminare gli effetti negativi della violazione al di là della riapertura del procedimento, che tuttavia può essere più costosa o sacrificare altri interessi concorrenti.

¹⁷⁴ Nel caso specificamente apprezzato, vi è un legame interpretativo; come visto nel punto precedente, gli artt. 41 e 46 della CEDU obbligano le Alte Parti Contraenti a rispettare le sentenze della Corte EDU.

¹⁷⁵ L'art. 6 CEDU è l'asse centrale dello studio del equo processo nel contesto del Consiglio d'Europa, motivo per cui è preso come punto di riferimento, in ogni caso, è bene chiarire, l'imposizione di interpretazione del diritto nazionale in conformità con la Convenzione copre l'intero contenuto della Convenzione e, anche, i suoi Protocolli addizionali.

¹⁷⁶ In questo senso: «*In a democratic society within the meaning of the Convention, the right to a fair administration of justice holds such a prominent place that a restrictive interpretation of Article 6 para. 1 (art. 6-1) would not correspond to the aim and the purpose of that provision*»; Corte EDU, Delcourt c. Belgica [GC], n. 2689/65, 17.01.1970; § 86.

¹⁷⁷ Secondo MOLE, N.; HARBY, C., *The right to a fair trial: a guide to the implementation of article 6 of the European Convention on Human Rights*, in *Human rights handbook*, n. 3, 2^a ed, Council of Europe, 2006, p. 6. Nello stesso senso, ad es., BARTOLE, S.; DE SENA, P.; ZAGREBELSKY, V., *Commentario breve*, cit., p. 173; CHIAVARIO, M., *Diritto ad un processo*, cit., p. 153.

¹⁷⁸ Cfr., fra i tanti, PATRONE I., *Il nuovo articolo*, cit., pp. 159-160; BALSAMO A., *Il contenuto dei diritti*, cit., pp. 110-111, l'Autore menziona «una costellazione di ulteriori diritti» inclusi nel ampio diritto all'equo processo convenzionale, potendo, ad esempio, citare: «contraddittorio, parità delle armi, motivazione delle decisioni, diritto alla prova». La nozione stessa di «tutela multilivello dei diritti fondamentali» include istituti di origine sia normativa che giurisprudenziali; così, CARDONE A., *voce Diritti fondamentali*, cit., p. 336

Questa maggiore ampiezza interpretativa si spiega in parte tramite la tecnica di normazione impiegata nella disciplina internazionale sui diritti umani, relativamente laconica o tendenzialmente moderata, che segnala solo standard minimi di regolarità procedurale, dato che l'apporto rimanente proviene dalle decisioni della Corte EDU¹⁷⁹. Inoltre, la preponderanza nell'uso dei principi¹⁸⁰ piuttosto che delle norme-regole¹⁸¹, se da una parte è vero che facilita la disciplina delle svariate situazioni¹⁸² originate in diversi sistemi giudiziari¹⁸³, dall'altra favorisce la ramificazione normativa¹⁸⁴, tramite l'attitudine propagatoria di norme che stimolano la ponderazione e le soluzioni creative.

In realtà, più che un esercizio interpretativo, la Corte europea svolge un'attività notoriamente produttrice di diritto convenzionale, aggiungendo ai principi fondamentali del processo originariamente elencati in maniera sintetica nel testo della CEDU nuove garanzie processuali, avendo come conseguenza l'ampliamento della matrice convenzionale¹⁸⁵ in relazione alla quale devono conformarsi i diritti nazionali, al punto da essere definita «giurisprudenza fonte»¹⁸⁶, e dell'ampia diffusione del riferimento alla convenzione così come interpretata dalla Corte EDU.

Sulla scorta di questo ragionamento, è rilevante menzionare la categoria di inserimento del diritto derivante dalla CEDU nel dominio della normativa interna, avendo come paradigma l'attuale intendimento della Corte Cost. italiana¹⁸⁷ formato a partire dalla redazione dell'art. 117, comma 1, conferita dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3,

¹⁷⁹ Cfr. BUZZELLI S., voce *Giusto processo*, cit., p. 355.

¹⁸⁰ MANES V., *La lunga marcia*, cit., p. 22. V., anche, CAIANIELLO, M., *Profili critici*, cit., pp. 554-555.

¹⁸¹ Come spiega ALEXY, R., *Constitucionalismo discursivo*, 2. ed. rev, Livraria do Advogado, 2008, p. 64, la forma di applicazione delle regole è la sussunzione, perché, se una determinata regola è validamente vigente, viene ordinato di fare rigorosamente ciò che è disciplinato in essa.

¹⁸² Seguendo la teoria di ALEXY, R., *Teoria de los derechos fundamentales*, Centro di studi politici e costituzionali, 2002, p. 86 ss, a differenza delle regole, i principi sono norme che ordinano che qualcosa venga eseguito nella massima misura possibile, come precetti di ottimizzazione, che, in questo senso, possono essere soddisfatti in misura diversa a seconda delle possibilità reali e legali esistenti nel caso in questione. di riferimento. V., anche, FERRUA P., *Il "giusto" processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. pen. proc.*, n. 4, 2004, p. 401 ss.

¹⁸³ Le possibilità giuridiche per la realizzazione di un principio sono essenzialmente determinate non solo dalle regole, ma anche e principalmente da principi contrastanti. Quindi il metodo di ponderazione è la forma di applicazione caratteristica dei principi; nelle parole di GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 189: «*los principios se distinguen fundamentalmente por las particularidades de su aplicabilidad [...] Las reglas deben ser aplicadas, los principios deben ser optimizados*».

¹⁸⁴ KOSTORIS R.E., *Diritto europeo e giustizia*, cit., p. 70.

¹⁸⁵ Al riguardo MANES V., *La lunga marcia*, cit., p. 7, menziona la caratteristica «ipertestuale» della CEDU, nonostante la scarsità della formulazione, che è dovuta alla «ricchissima giurisprudenza della Corte di Strasburgo».

¹⁸⁶ Così, MANES V., *Metodo e limiti*, cit., p. 30; KOSTORIS R.E., *Diritto europeo e giustizia*, cit., p. 70.

¹⁸⁷ Per una panoramica storica del rapporto tra diritto italiano e Convenzione europea, v. CARTABIA M., *La Convenzione europea*, cit., p. 33 ss; ancora, un pò più abbreviato: TEGA D., *L'ordinamento costituzionale*, cit., p. 202 ss

che in qualche modo ha limitato la potestà legislativa alle obbligazioni internazionali. Con le decisioni nn. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale¹⁸⁸, la Convenzione e la giurisprudenza della rispettiva Corte EDU hanno assunto la condizione manifesta di parametro interposto di legittimità costituzionale¹⁸⁹, quindi sopraordinato alle leggi ordinarie, ma subordinato alla Costituzione¹⁹⁰.

Ciò significa che la norma della CEDU risulta essere una fonte sottocostituzionale interposta: concordando con l'insieme delle norme costituzionali, funziona da parametro di interpretazione delle leggi ordinarie che siano interpretativamente compatibili con la Convenzione. In altre parole, l'esigenza di interpretazione conforme alla convenzione deve rispettare sia la compatibilità costituzionale della norma convenzionale, sia i limiti consentiti dall'elasticità della lettera della legge ordinaria¹⁹¹.

Nel caso in cui il testo legislativo nazionale non sia conciliabile con il parametro della CEDU, o vi siano dubbi su tale compatibilità, il giudice domestico deve sollevare una questione di legittimità costituzionale basata sul primo comma dell'art. 117 Cost¹⁹². I giudici nazionali non possono disapplicare le disposizioni legali interne che affrontano il diritto originato nel sistema EDU. La soluzione, in questi casi, va trovata attraverso il controllo concentrato di costituzionalità¹⁹³, mentre in considerazione delle obbligazioni internazionali

¹⁸⁸ Poiché la CEDU è un trattato internazionale multilaterale, e contrariamente al diritto comunitario, non ha la capacità di creare un ordine giuridico sovranazionale che possa essere applicato direttamente nel diritto interno, ma fa derivare "obblighi" per gli Stati contraenti. Pertanto il giudice non può non applicare la legislazione nazionale considerata in contrasto con la CEDU, tale incompatibilità sorge come una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. Di conseguenza, la sua valutazione rientra nella competenza esclusiva dei giudici di Palazzo della Consulta.

¹⁸⁹ MANES V., *La lunga marcia*, cit., p. 13.

¹⁹⁰ Cfr. sent. n. 348 de 2007, 4.6: «si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione».

¹⁹¹ In tal senso, e sempre con riferimento alle notorie sentenze gemelle (n. 348 e 349 del 2007), KOSTORIS R. E., *Diritto europeo e giustizia*, cit., p. 70. Ancora, Corte cost., 16 novembre 2009, n. 311, § 6. Si veda, inoltre, VIGANÒ F., *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme convenzionali*, in CORSO P., ZANETTI E. (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, CELT, 2010, p. 649 ss, il quale ha ritenuto che il limite dell'interpretazione *contra legem* non impedisce al giudice ordinario di svolgere interpretazione *praeter legem*, in una legittima attività di integrazione dell'ordinamento intesa a colmare il divario sistemico, adeguando il diritto interno al diritto sovranazionale e, quindi, «rendere giustizia nel caso concreto», con la possibile eccezione del diritto penale materiale.

¹⁹² TEGA, D., *L'ordinamento costituzionale*, cit., p. 219 ss.

¹⁹³ Molto chiare in proposito le parole pronunciate dalla Corte cost., 22 dicembre 2007, n. 349, § 4.3: «poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale. Il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi». In dottrina, tra i molti, CARTABIA M., *La Convenzione europea*, cit., p. 49 ss, che ha identificato nell'art. 117 comma 1 Cost. una norma di «copertura costituzionale per la Convenzione», al fine di attirare le questioni che riguardano la compatibilità delle leggi interne con la CEDU al vaglio della Corte costituzionale. V., ancora, LAMARQUE E., VIGANÒ F., *Sulle ricadute della sentenza Scopolla (ovvero: sul gioco di squadra tra*

assunte dall'Italia, l'applicazione delle norme del diritto penale nazionale, sostanziale o processuale, deve essere operata in conformità con l'orientamento interpretativo non solo costituzionale, ma anche in osservanza dei parametri emanati dalle fonti convenzionali¹⁹⁴, che contempla le direttrici interpretative affermate nelle sentenze della Corte EDU¹⁹⁵.

Le considerazioni introdotte in precedenza rispetto all'ampliamento da parte dei tribunali dell'art. 6 della convenzione e della categoria elevata delle fonti convenzionali nell'ambito del diritto interno hanno come finalità quella di esplicitare l'importanza dell'equo processo negli schemi dettagliati dalle sentenze di Strasburgo, come direttrice di base di qualsiasi punto di vista sulla dimensione evolutiva del giusto processo e, più genericamente, su qualsiasi aspetto della giurisdizione penale, in special modo tramite la già nota condizione dello spazio processuale-penalistico come ambiente propizio per lo sviluppo dell'ermeneutica convenzionalmente orientata¹⁹⁶. Esistono sicuramente dispositivi normativi nell'ambito del Consiglio d'Europa direttamente applicabili dagli Stati membri. Ciò è ammissibile in relazione agli spazi normativi non regolati in maniera discordante dalla legislazione interna¹⁹⁷, in grado di manifestarsi anche nell'ambito del processo penale.

Tuttavia, la grande ripercussione delle fonti internazionali nel diritto interno si manifesta mediante la tecnica ermeneutica della conformità, attraverso la nota circostanza per cui la maggior parte delle norme convenzionali ostentano la condizione di principi programmatici¹⁹⁸, privi di operatività diretta: dipendono da una normazione nazionale a posteriori per essere pienamente efficaci. L'esposizione operata riduce senza dubbio molte complessità, poiché, come già osservato dalla dottrina, alle fonti convenzionali viene aggregata un'ampia giurisprudenza europea che rende efficace in maniera specifica il compito di ponderazione tra diritti e interessi, equilibrando la convivenza concreta di tali

Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo), in *Giur. it.*, n. 2, 2014, p. 392 ss.

¹⁹⁴ APRILE, E., *I meccanismi di adeguamento*, cit., pp. 510-511, l'autore ricorre all'interessante metafora dei «tre cappelli» per spiegare i parametri di interpretazione conforme o «a seconda del cappello» che il giudice interno è chiamato ad utilizzare: giudice della conformità alla Costituzione, giudice della conformità al diritto comunitario, e giudice della conformità alla CEDU.

¹⁹⁵ Menzionando il carattere paracostituzionale della Convenzioni, compreso il «diritto vivente» della giurisprudenza di Strasburgo, CHIAVARIO M., *Giustizia europea*, cit., pp. 463-464.

¹⁹⁶ In tal senso, GAETA P., *Dell'interpretazione conforme*, cit., p. 74; VIGANÒ F., *Il giudice penale*, cit., p. 620.

¹⁹⁷ Nella giurisprudenza, v. Cass. Sez. Un., 8 maggio 1989, n. 1191, Polo Castro, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1418 ss; ed anche Cass., sez. I, 12 maggio 1993, n. 319, Medrano, in *Cass. pen.*, 1994, p. 439 ss.

¹⁹⁸ In questo senso, CARDONE A, voce *Diritti fondamentali*, cit., p. 384; KOSTORIS R.E., *Diritto europeo e giustizia*, cit., p. 58.

valori e aggiungendo dosi rilevanti di operatività a previsioni normative tendenzialmente non *self-executing*¹⁹⁹.

Il fatto è che le fonti normative internazionali provenienti dal sistema CEDU, che include la giurisprudenza di Strasburgo, quando non sono direttamente applicabili devono essere utilizzate come canoni interpretativi del diritto nazionale, dando luogo per i giudici nazionali all'obbligo di applicare l'ordinamento giuridico del paese in maniera conforme al diritto sovranazionale, valorizzando, in questo modo, l'esegesi normativa che preserva lo Stato dai rischi di una responsabilizzazione internazionale per inosservanza degli obblighi che ne derivano²⁰⁰. A complemento di quanto appena menzionato, è possibile indicare come tale vincolo risulti ancora più intenso nella relazione del diritto interno con le norme autoapplicative del diritto comunitario dell'Unione, che possono originare nella fattispecie oggetto del giudizio la disapplicazione da parte del giudice ordinario di norme nazionali contrastanti, come effetto della priorità del diritto comunitario sui diritti nazionali²⁰¹.

In parte perché la valutazione realizzata dalla Corte europea sulla tutela dei diritti fondamentali nei casi sottoposti al suo vaglio rappresenta un controllo di tipo esterno in relazione agli ordinamenti degli stati membri²⁰², esiste una certa limitazione, originata dalle stesse decisioni di Strasburgo²⁰³, nel poter di interferenza sulle dinamiche giudiziali nazionali²⁰⁴, anche come maniera di salvaguardia del margine di sovranità dei poteri interni

¹⁹⁹ Su questo ampio compito di ponderazione da parte della Corte EDU v. GUAZZAROTTI A., *L'autoapplicabilità delle norme: un percorso costituzionale*, Jovene, 2011, p. 163 ss, il quale ha esemplificato che i giudici di Strasburgo arrivano al punto di collegare «l'evoluzione politico-legislativa degli stati (nel loro duplice operare internazionale e interno) all'interpretazione delle disposizione della Convenzione stessa» nel compito di conformare concretamente la fisionomia di alcuni istituti, o il modo di convivere tra diritti e interessi. Ancora, sull'applicabilità diretta dell'art. 6 CEDU così come interpretato dalla Corte europea, VIGANÒ F., *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale. Piccolo vademecum per giudici e avvocati penalisti*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, n. 2, p. 171.

²⁰⁰ Cfr. nozione esposta da VIGANÒ F., *Il giudice penale*, cit., p. 619, il quale ha fatto notare come i casi in questione derivino principalmente dall'esigenza di garantire «rimedi appropriati alle violazioni dei principi del "giusto processo"».

²⁰¹ Nel caso che le norme dell'UE hanno solo efficacia indiretta, richiedono anche l'interpretazione conforme delle norme interne in questo senso, tra i molti, KOSTORIS R. E., *Diritto europeo e giustizia*, cit., p. 39 ss.

²⁰² Il Consiglio d'Europa, a differenza dall'Unione europea, non genera leggi vincolanti o direttamente applicabili, ma si sottomette agli Stati membri convenzioni internazionali, compresa la Convenzione europea, che, una volta ratificate, danno luogo a obblighi internazionali per gli Stati cfr. Corte cost., 22 dicembre 2007, n. 349, § 3.3. La Corte EDU ha la funzione, nei casi giuridici specifici ad essa sottoposti, di garantire che i principi stabiliti nella Convenzione siano rispettati dai vari ordinamenti giuridici nazionali.

²⁰³ Cfr. CARDONE A., voce *Diritti fondamentali*, cit., p. 405, che menziona le pronunce nei casi «Grécia v. Regno Unito, C.eur. dir. uomo (Comissione) 2 giugno 1956» e «Lawless v. Irlanda, C.eur. dir. uomo (Comissione) 7 aprile 1961» come le decisioni inaugurali di questa margine di discrezionalità degli Stati membri.

²⁰⁴ Conducendo a critiche ben riassunte nel seguente passaggio trovato in RASILLA DEL MORAL I. de la, *The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine*, in *German Law Journal*, 2006, p. 611: «The Trojan Horse-like character of the Strasbourg's judge-made margin-of-appreciation doctrine within the European human rights protection system [...] criticised as denials of justice for individuals, abdications by

nell'attuazione della Convenzione, in un approccio importante per la tutela di contorni strutturali, delle tradizioni e della diversità dei sistemi giuridici nazionali. La nota «dottrina del margine di apprezzamento»²⁰⁵ è stata riaffermata dalla suprema magistratura italiana anche come un modo per coordinare armoniosamente la convivenza simultanea di diritti e interessi fondamentali in ambito nazionale, cioè per mantenere «il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali»²⁰⁶.

Il modello di conformità interpretativa che risiede alla base dell'idea di ermeneutica convenzionalmente orientata presuppone un vincolo di congruità tra un conformante e un conformato²⁰⁷. Succede che il modello di riferimento non proviene solo da un sistema esterno, ma supera largamente la disciplina stretta delle norme convenzionali.

A causa dell'ampiezza conferita alla tecnica di armonizzazione tra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale, il cui impulso originario deriva dalla Corte EDU, assimilata a posteriori in tutta la sua potenzialità, almeno inizialmente, a partire dalle sentenze gemelle, il conformante, secondo quanto già riferito, rappresenterebbe l'insieme degli sviluppi interpretativi e creativi delle sentenze di Strasburgo. Per tale motivo, l'interpretazione conforme alla CEDU non si limiterebbe a una tecnica esegetica di valorizzazione della Convenzione, ma avrebbe acquisito la forza di un «autentico meccanismo di integrazione normativa dell'ordinamento nazionale»²⁰⁸.

Da questa osservazione, è possibile ritenere che un'espansione eccessiva della dottrina del margine di apprezzamento sarebbe un passo indietro rispetto alla precedente lettura di massimizzazione della conformità con le decisioni di Strasburgo, per mezzo della tecnica dell'ermeneutica convenzionalmente orientata, che può avere una conseguenze anche sul

the Court of its duty of adjudication in difficult or sensitive issues or as a judicial diluting technique of the strict conditions laid down in the European Convention of Human Rights».

²⁰⁵ KOSTORIS R. E., *Diritto europeo e giustizia*, cit., p. 53.

²⁰⁶ V. Corte cost., 30 novembre 2009, n. 317, § 7; v., ancora, Corte cost., 09 novembre 2011, n. 303, § 4.2. Nella sentenza 08 ottobre 2012, n. 230, i giudici di Palazzo della Consulta affermano la necessità del «rispetto della «sostanza» della giurisprudenza di Strasburgo – le consenta comunque di tenere conto delle peculiarità dell'ordinamento in cui l'interpretazione della Corte europea è destinata ad inserirsi». Comunque, nella linea sostenuta da UBERTIS G., *Ancora sull'efficacia della giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 866, va notato che i limiti della margine di apprezzamento sono alla fine tratti dalla stessa Corte di Strasburgo, che dovrà «pronunciarsi sull'apprezzamento in concreto compiuto da ciascun Paese per verificare che non oltrepassi i confini esegetici consentiti [...]».

²⁰⁷ In questi termini, GAETA P., *Dell'interpretazione conforme*, cit., p. 75.

²⁰⁸ Quest sono le parole di GAETA P., op., cit., p. 82; opportuno, per la chiarezza, riportare integralmente: «non è solo metodo di prevenzione dell'incidente di costituzionalità (è anche questo, per vero: ma solo quale effetto secondo), ma è autentico meccanismo di integrazione normativa dell'ordinamento nazionale, con un controllo ex post; non è conformazione a norme o a valori in essi espressi, bensì a decisioni, ancorché emesse da un'autorità non formalmente sovraordinata alla giurisdizione nazionale». Nello stesso senso dell'interpretazione adeguatrice come integrazione del sistema, v. MANES V., *Metodo e limiti*, cit., p. 39.

modello di procedura penale originato nella Corte EDU. All'interno dei fondamenti dichiarati di questa latente svolta è presente come valore importante quello di assicurare una convivenza equilibrata e armonica tra diritti e interessi, in un ordinamento giuridico di tipo sistemico.

Ad ogni modo, è necessario affermare che, malgrado non vi sia nella Convenzione una previsione specifica di interessi di diversi generi, come quelli diritti sociali, economici o di interessi connessi all'operatività della repressione statale²⁰⁹, la Corte EDU svolge, in molti casi, un bilanciamento effettivo tra diritti convenzionalmente nominati con beni, valori e interessi non nominati, ossia non espressi letteralmente nella CEDU²¹⁰.

Tra questi elementi la posizione della vittima, la cui tutela non viene menzionata in maniera specifica nel testo normativo della Convenzione EDU, ha subito un'attenzione crescente e rilevante nell'ambito della giurisprudenza proveniente da Strasburgo²¹¹. Sulla base della nozione dei diritti fondamentali come oggetto indispensabile di tutela penale, la Corte EDU ha estratto, dal catalogo dei diritti previsti espressamente nella Convenzione, veri e propri obblighi positivi imposti agli Stati membri²¹², che consistono nel far sì che i suoi organi legittimamente incaricati di dar corso ed efficacia alla persecuzione penale dovrebbero garantire la protezione di questi diritti, prevenirne la violazione e fornire chiarimenti sui fatti illeciti, come forma di attuazione di una repressione adeguata e concreta alle trasgressioni verificate²¹³.

Con l'identico obiettivo di sostegno della comprensione che mira a rafforzare la discrezionalità degli Stati si aggiunge l'idea di valorizzazione delle tradizioni giuridiche

²⁰⁹ Secondo MANTOVANI F., *La criminalità: il vero limite all'effettività dei diritti e libertà nello stato di diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pp. 708-709, questa caratteristica di un «garantismo penale unilaterale, dei diritti del reo più che dei diritti della potenziale vittima» ha trovato risonanza nell'ambito sovranazionale nelle carte dei diritti umani. Ampiamente sulla graduale crescita recente nella giurisprudenza di Strasburgo della concezione che vede la persecuzione penale anche come meccanismo per la tutela dei diritti fondamentali, comprendendo il diritto penale non solo come strumento di costrizione di questi diritti ma come mezzo per proteggerli v. VIGANÒ F., *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in MANES V., ZAGREBELSKY V., (a cura di), *La convenzione europea*, cit., p. 243 ss. Ancora, con varietà di accenti, CHIAVARIO M., *Giustizia penale, carta dei diritti e Corte europea dei diritti umani*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 27 e 38, ha menzionato che anche i diritti procedurali delle vittime di reati, anche se protetti da altre disposizioni della Convenzione (artt. 2, 5, 8 ...), fanno ugualmente riferimento al principio del «*procès équitable*» sancito dall'art. 6; dello stesso Autore, *La "lunga marcia"*, cit., pp. 19-21, 25. Al riguardo, cfr., comunque, *amplius, infra*, al cap. 3, punti 3.5.1, 3.5.1.1.

²¹⁰ Cfr. GUAZZAROTTI A., *L'autoapplicabilità*, cit., p. 163 ss.

²¹¹ MONTAGNA M., *I diritti minimi della vittima*, in GAITO A. (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Dike, 2016, p. 316.

²¹² Sul tema, v. *infra*, punti 3.5.1.

²¹³ Secondo MONTAGNA M., *Necessità della completezza delle indagini*, in GAITO A. (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Dike, 2016, p. 345, si tratta di un obbligo di protezione penale già riconosciuto in relazione ai diritti di cui agli artt. 2, 3, 4 e 8 della CEDU.

nazionali, in maniera più specifica, anche per la maggior complessità, per preservare le basi del funzionamento giuridico che distinguono fundamentalmente i sistemi di *civil law* da quelli di *common law*²¹⁴, tenendo in considerazione una possibile evoluzione rispetto a un'esigenza di riserva di legge, ossia, cercando di preservare il principio della legalità formale al quale i giudici comuni sarebbero vincolati²¹⁵. Tale preoccupazione è stata affermata in modo perentorio dalla Corte costituzionale in quella che può essere considerata la decisione di riferimento della recente svolta rispetto alla concezione precedente che prevedeva il massimo adeguamento del diritto locale ai dettami delle fonti convenzionali²¹⁶, indicando che «l giudice nazionale non può spogliarsi della funzione che gli è assegnata dall'art. 101, secondo comma, Cost.»²¹⁷ e facendo così riferimento a una legalità che è soprattutto legislativa e non giurisprudenziale.

Il problema, ancora incipiente della riserva di legge²¹⁸ nel quadro di una vincolante conformità degli ordinamenti giuridici nazionali con la giurisprudenza di Strasburgo²¹⁹, a cui

²¹⁴ Problema identificato da CAIANIELLO M., *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 2, p. 216 ss., che parla di una relazione sempre più complicata tra il diritto interno e l'ordinamento sovranazionale con caratteristica di «*common law sui generis*». FERRUA P., *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Proc. pen. e giust.*, 2011, n. 4, p. 122, menziona che ammettere la natura vincolante dell'interpretazione della giurisprudenza di Strasburgo è andare oltre la nozione di «precedente vincolante» o dello «*stare decisis*» caratteristica del sistema di *common law*, poiché conferirebbe un legame vincolante al significato stesso attribuito astrattamente alla norma convenzionale, rendendo il testo legislativo irrilevante, spettando ai giudici comuni «interpretare le “interpretazioni” della Corte europea. Si abbatte così la frontiera tra la legge e la sua interpretazione, tra potere legislativo e giurisdizionale[...]». Nello stesso senso; Id., *Il 'giusto processo'*, cit., p. 210 ss.; GERACI R. M., *Sentenze delle Corte E.D.U.*, cit., p. 20 ss.

²¹⁵ In dottrina, ad es., CAIANIELLO, M., *Profili critici*, cit., p. 555. Per una difesa del principio di legalità in materia procedurale, v. NEGRI D., *Corte europea e iniquità del giudicato penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1229 ss., anche CARNEVALE S., *L'idoneità dei rimedi individuati dalla giurisprudenza*, ivi, p. 1234 ss. Più di recente, v. Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115. In dottrina v. CUPELLI C., *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *Dir. pen. cont.*, n. 6, 2018, p. 227 ss.

²¹⁶ Modifica in parte prevista da uno dei principali critici della concezione indicata dalla Corte Cost. nel senso di legare in modo vincolante il diritto nazionale all'interpretazione della Corte EDU, cfr. FERRUA P., *L'interpretazione della Convenzione*, cit., p. 122.

²¹⁷ Data l'importanza dell'idea, è opportuno trascrivere il rispettivo estratto: «Il giudice nazionale non può spogliarsi della funzione che gli è assegnata dall'art. 101, secondo comma, Cost., con il quale si “esprime l'esigenza che il giudice non riceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto” (sentenza n. 40 del 1964; in seguito, sentenza n. 234 del 1976), e ciò vale anche per le norme della CEDU, che hanno ricevuto ingresso nell'ordinamento giuridico interno grazie a una legge ordinaria di adattamento»; Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49, § 7. In particolare sul tema del giusto processo e equo processo e del principio di riserva della legge, è necessario menzionare, anche, l'art., 111, primo comma Cost.

²¹⁸ Vide la linee guida dei Giudice di Strasburgo sul principio della riserva di legge in materia penale e procedurale, con la tendenziale equiparazione tra «*statutory law*» e «*judicial law*», a partire di un cambiamento dall'asse della formalità della fonte normativa a quello della certezza e ragionevole conoscibilità e prevedibilità dell'applicazione della sentenza ad una offesa, in riconosciuta percezione autonoma con senso sostanziale, che copre fonti normative di qualsiasi livello, incluso giurisprudenziale. Fra i tanti, v. MANES V., *La lunga marcia*, cit., p. 35; ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea*, cit., p. 74 ss; MAZZA O., *La procedura penale*, cit., p. 37.

si aggiunge l'aspirazione alla sistematicità o al relativo equilibrio di interessi e valori nell'ambito del diritto interno²²⁰, tende a soppiantare eventuali discussioni precedentemente circoscritte a obiezioni scarse o più facilmente superate relative alla sovranità²²¹. Sicuramente la Corte costituzionale svolge e svolgerà un ruolo sempre più fondamentale volto a coordinare tale profusione di fonti normative eccessivamente eterogenee e di diversi livelli²²², con il compito non solo di definire la categoria di inserimento e i relativi effetti nell'ordinamento interno, ma anche di trovare il minimo o il possibile ordine sistemico di tali influenze, allontanandosi progressivamente dalla tradizionale condizione di «Corte dei diritti» per assumere la posizione di «Corte delle fonti»²²³.

Nella sentenza 14 gennaio 2015, n. 49, la Corte costituzionale, oltre a ribadire che il giudice ordinario deve conformarsi alla decisione della Corte EDU che aveva valutato la fattispecie della quale il magistrato si sta occupando, riformula in maniera parziale e significativamente la sua precedente concezione, considerando che l'esigenza dell'interpretazione convenzionalmente orientata, nella generalità dei casi, si presenta unicamente in considerazione di una direttrice giurisprudenziale specificatamente consolidata o di «sentenze pilote»²²⁴. Questa concezione può rappresentare una pietra miliare di un prima e un dopo in questione relative all'adeguamento del diritto interno alle fonti convenzionali, tuttavia, per ora è un problema irrisolto, per cui la prudenza al cospetto di un'ancora

²¹⁹ Sfide con una portata molto più ampia quando si includono i Trattati dell'Unione europea, la Carta di Nizza, le Direttive dell'UE, regolamenti, decisioni quadro, le sentenze della Corte di Giustizia, i Protocolli del Consiglio, altre convenzioni, ecc, quindi sarebbe più corretto parlare di interpretazione conforme alle norme sovranazionali.

²²⁰ In questo senso, GAETA P., *Dell'interpretazione conforme*, cit., p. 111. È certo che in materia penale il valore della legalità, e quindi i possibili problemi a cui si fa riferimento, sono considerevolmente più significativi. Fra i tanti, v. MANES V., *La lunga marcia*, cit., p. 27 ss.

²²¹ Ciò che è stato visto da CAPPELLETTI M., *Giustizia costituzionale*, cit., p. 5, il quale ha fatto notare una rottura con dottrine politiche e giuridiche tradizionali a causa della contrapposizione del diritto soprannazionale alla sovranità degli Stati nazionali.

²²² Una domanda più ampia sarebbe mettere in discussione l'estensione del principio della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, firmata il 23 maggio 1969, nel senso che «una Parte non può invocare le disposizioni della propria legislazione interna per giustificare la mancata esecuzione di un trattato», il che può portare ad una responsabilità internazionale dello Stato, cfr. ha ricordato CARDONE A, voce *Diritti fondamentali*, cit., p. 404, che metterebbe in discussione anche l'attuale dimensione del diritto internazionale nella scia dell'estensione derivante delle giurisprudenza-fonti, discussione questa che non può essere svolta in questo studio.

²²³ In questo senso le parole di MANES V., *Metodo e limiti*, cit., p. 36. In senso analogo, CARDONE A, voce *Diritti fondamentali*, cit., p. 418. VIGANÒ F., *Il giudice penale*, cit., pp. 642-648, 678-679, dopo aver proposto un riadattamento e ridefinizione dei canoni ermeneutici tradizionali (letterale, storico, sistematico, teleologico), come risultato delle richieste di conformità interpretativa sovranazionale, indica il ruolo primario della Corte Costituzionale, e non dei giudici ordinari, nel compito di adeguare il diritto nazionale alle fonti internazionali.

²²⁴ «È, pertanto, solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo»; Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49, § 7. Per alcune considerazioni critiche v. KOSTORIS R. E., *Diritto europeo e giustizia*, cit., pp. 55-56.

eccessiva oscillazione nelle posizioni dei tribunali per aspetti così delicati della relazione tra ordinamento nazionale e ordinamento sovranazionale suggerisce di evitare una presa di posizione definitiva o chiusura della questione, rimanendo indispensabile il monitoraggio di questa interrelazione tra i sistemi a cui si fa riferimento con un intento essenzialmente descrittivo.

La crescente complessità derivante dalla tutela multilivello dei diritti fondamentali²²⁵ richiederebbe certamente l'approfondimento delle questioni solo indicate in questo passaggio, così come di diverse altre questioni. Ad ogni modo, le indicazioni fornite ci consentono almeno di visualizzare il nesso di vicinanza tra l'equo processo convenzionale e il giusto processo penale interno, che è lo scopo principale dell'approccio, oltre a delineare lo stato attuale dell'intricato problema del dialogo tra le corti. Come è noto, i giudici di Strasburgo sono prevalentemente giudici del caso concreto, ma che cercano di conformare una dottrina generalizzante per quarantasette ordinamenti concreti²²⁶, con dinamiche processuali distinte originarie dei diversi modelli di amministrazione della giustizia, al punto di un precedente essere utilizzato come parametro di giudizio²²⁷ per la soluzione di casi originati in ordinamenti giuridici dissimili²²⁸.

Ed è qui che risiede ciò che si potrebbe definire le «limitazioni» del Tribunale di Strasburgo nel dover affrontare i temi rilevanti per la giurisdizione alla luce delle peculiarità dei vari ordinamenti giuridici, i quali riflettono concezioni ideologiche e strutturali distinte, che dovrebbero in qualche misura essere preservate dalla corte transnazionale. Tale problema è sicuramente inerente alle corti sovranazionali di giustizia, in maniera tale che non risulterà una questione posta solo nella trattazione dell'argomento del giusto processo in ambito penalistico, dovendo a priori, secondo quanto certamente è stato fatto dal momento della

²²⁵ In sintesi precisa, MANES V., *Metodo e limiti*, cit., p. 29, sottolinea che «La complessità delle fonti è il tema della nostra generazione».

²²⁶ Così si esprime TEGA D., *L'ordinamento costituzionale*, cit., p. 238, la quale ha fatto notare come la Corte EDU utilizza una tecnica simile dei giudici di *common law*. Si veda, inoltre, ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea*, cit., pp. 70-72; VIGANÒ F., *Il giudice penale*, cit., p. 638.

²²⁷ V., ad esempio, CARTABIA M., *La Convenzione europea*, cit., p. 61, per cui le sentenze della Corte servono per «[...] chiarire, salvaguardare e sviluppare le regole e i principi contenuti nella Convenzione [...]», con effetti interpretativi di natura persuasiva o «di autorità di cosa interpretata», in parole molto simili a quelle usate dalla Grande Camera Corte EDU, sent. 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*, n. 5310/71, § 154.

²²⁸ Come sottolineato nella dottrina, la Corte europea, di regola, non affronta la norma convenzionale con l'ampio diritto nazionale, né con una specifica disposizione legislativa nazionale, spetta a essa valutare una situazione concreta, di presunto pregiudizio individuale, rappresentato nel caso specifico presentato al suo apprezzamento. Tuttavia, da questo punto di vista, le conseguenze possono derivare non solo nell'intero sistema giuridico da cui è originato il processo giudiziario, ma anche in altri sistemi giuridici. V., ad esempio, ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea*, cit., p. 73; TEGA D., *op. loc. cit.* Ancora, VIGANÒ F., *op. ult. cit.*, p. 636-637, il quale cerca di mitigare le contestazioni dal modo specifico di costruzione delle decisioni nella Corte EDU.

concezione originaria di questi organi, razionalizzare la questione affinché non diventasse un ostacolo nell'evoluzione dello studio.

In questo modo, malgrado non rientri negli obiettivi della presente analisi intraprendere una discussione dettagliata sui possibili problemi e conseguenze derivanti da questo considerevole ampliamento nella fisionomia di attuazione della Corte EDU, che procede *pari passu* con l'importanza delle sue decisioni al cospetto di sistemi giuridici interni, è necessario, nella descrizione anche se molto sintetica dello stato attuale di superamento del modello nazionale autoreferenziale, citare almeno l'esistenza di una qualificata dottrina, limitata, all'argomento che qui interessa, a quella processuale penalistica, che segnala non solo vantaggi, ma anche problemi e distorsioni potenziali derivanti da questo nuovo scenario.

In questo breve schema del percorso evolutivo del tema principale, l'intenzione è quella di sottolineare come le convenzioni internazionali sui diritti e sulle garanzie individuali appaiano nell'origine e nello sviluppo della versione moderna e rafforzata del giusto processo. A tale scopo, era indispensabile esporre in linea generale il contesto di inserimento della formula all'interno di questo ambito di articolazione sovranazionale.

1.3 Progressi verso la percezione sistematica e coordinata dei diritti e delle garanzie fondamentali

Il nucleo essenziale dei requisiti minimi dell'idea di giurisdizione che emerge dalla CEDU e dalla sua interpretazione conferita dal tribunale europeo è costituito da un procedimento contraddittorio tra le parti in causa, in condizione di uguaglianza, che si deve sviluppare pubblicamente, con una durata ragionevole e davanti a un tribunale indipendente e imparziale. Si può affermare che il nucleo del diritto ad un processo equo si basa su alcuni principi basilari dell'attività giudiziale che conformano il contenuto minimo dell'esigenza del giusto processo, indicando in tal modo la preoccupazione della Convenzione europea nel non imporre un modello astratto di giudizio²²⁹.

Ad ogni modo, una volta operato questo tipo di accostamento, è possibile constatare che i problemi maggiori nella visualizzazione di un paradigma di processo giusto ed equo non risiedono nell'identificazione di principi affermati individualmente nella Costituzione e

²²⁹ CHIAVARIO M., *Os direitos do acusado e da vítima*, in DELMAS-MARTY M. (Org.). *Processos penais da Europa*, Lumen Juris, 2005. p. 563 ss.

nei testi internazionali sui diritti umani in materia di giustizia penale. La questione che esige una riflessione e un approfondimento costanti è la forma dell'armonizzazione possibile dei postulati che orientano l'attività giurisdizionale, in modo da tracciare sia i parametri in cui il legislatore ordinario potrà agire, che quelli in cui la dinamica penale potrà svilupparsi legittimamente, anche perché tali cataloghi non sono esaustivi.

Ai vantaggi di partire dalla comprensione multifaccettata della formula del giusto processo devono aggiungersi gli svolgimenti dei principi rilevanti nella materia, affrontando le concretizzazioni dei postulati normativi e la loro interazione nelle diverse tappe della dinamica processuale. Soltanto dopo aver intrapreso questo percorso sarà possibile avviare il tentativo di configurazione di principi che, presi in maniera statica e isolata, potrebbero portare a conclusioni diverse su temi rilevanti del processo penale.

Tra gli importanti progressi che derivano dall'esplicito riferimento costituzionale alla formula del giusto processo, risiede il necessario superamento di una esposizione impermeabile o isolata dalle garanzie e degli interessi attinenti all'esercizio della funzione giurisdizionale. La stessa dimensione applicativa di tali postulati giudiziali non potrà più racchiudersi unicamente in una valutazione autonoma basata sull'interpretazione autosufficiente delle sue possibili proiezioni nell'ambito della dinamica processuale penale. Il significato relazionale inerente al principio del giusto processo comprende la percezione congiuntiva delle garanzie e dei principi della giurisdizione, che sono interconnessi in modo coordinato e sistemico²³⁰, condizionandosi a vicenda nella ricerca di una concretizzazione omogenea e integrata, e portano a ritenere che la percezione isolata di ciascuna garanzia risulta diversa dalla propria proiezione relazionale all'interno della formula²³¹.

Si tratta di un approccio rilevante originato dagli atti internazionali sui diritti umani che, a differenza della maggior parte delle costituzioni europee sorte in seguito del secondo dopo-guerra, non si sono limitate a segnalare garanzie individuali e specifiche correlate al contenuto del rito penale e all'amministrazione della giustizia, ma hanno concepito una formula di compendio in cui viene enunciato in maniera unitaria e interconnessa l'insieme di tali norme, contemporaneamente all'indicazione del metodo di interpretazione e applicazione

²³⁰ Riferendosi specificamente alla versione costituzionale brasiliana del dovuto processo legale, ÁVILA H., *O que é "devido processo legal"?*, cit., p. 57, identifica nella formula una funzione di re-articolazione dell'insieme di principi e regole da cui dipende un processo giusto e adeguato.

²³¹ In questi termini, CECCHETTI M., *Il principio del "giusto"*, cit., p. 72, il quale precisava che «il "compendio" delle singole garanzie che attengono all'esercizio della funzione giurisdizionale all'interno della formula unitaria del "giusto processo" è qualcosa di qualitativamente diverso della semplice e autonoma enunciazione delle medesime garanzie». Nello stesso senso; Id., voce *Giusto processo*, cit., pp. 598 e 606.

delle regole processuali²³². L'inserimento del diritto al giusto processo, accanto a idee chiave dell'esercizio giurisdizionale, ha il merito di stimolare la comprensione d'insieme e interdipendente delle garanzie costituzionali e di evidenziare che il diritto fondamentale all'equità processuale non si limita unicamente alle possibili concretizzazioni derivanti da ogni singola garanzia.

La dottrina già segnalava la decisiva influenza del giusnaturalismo processuale, i cui fondamenti più significativi provenivano proprio dalla realtà giuridica sovranazionale e dalla regolamentazione internazionale dei diritti umani, in tale metodo di assimilazione sistematica e coordinata delle garanzie processuali²³³ a cui si aggiunge la necessità di una rinnovata interpretazione di questi parametri di esercizio della giurisdizione, non più in modo indipendente e individualizzato, come se si trattasse di elementi separati «da scomporre e da ricomporre di volta in volta», ma piuttosto a partire da una visione aggregata o relazionale «entro una fitta serie di collegamenti con le altre norme del medesimo contesto costituzionale»²³⁴.

Gli aspetti che compongono la nozione di giusto processo non si basano su una nozione retorica e preconcepita della forma ideale e ideologizzata del sistema giudiziario, motivo per cui non è possibile formulare *a priori* un ordine rigidamente astratto, come una specie di cornice da cui partire per analizzare tutti i problemi e le riforme del processo penale, con il rischio di ricadere nuovamente nel riduzionismo delle formule accusatorio-inquisitorio. L'incorporazione di principi morali del diritto naturale al diritto positivo negli stati costituzionali moderni e negli atti normativi internazionali, se è vero che ha portato ad un'innegabile progresso nella realizzazione delle garanzie individuali, deve avere anche un rilievo nel cambiamento della mentalità dei giuristi e nel modo di approccio dogmatico delle questioni giuridiche²³⁵.

1.3.1 Valorizzazione al di là delle regole interne del procedimento. Per un giudizio concreto e globale dell'iter procedurale

²³² In questo senso, TROCKER N., *Il valore costituzionale*, cit., p. 49; DI CHIARA G., *Diritto processuale penale*, in FIANDACA G., DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, 2003, p. 333.

²³³ COMOGLIO L.P., *I modelli di garanzia*, cit., p. 678 ss.

²³⁴ COMOGLIO L. P., *I modelli di garanzia*, cit., p. 679, secondo il quale il diritto al giusto processo non si limita alle garanzie separate o dissociate, ma si basa sulla reciproca interconnessione di diverse garanzie concorrenti.

²³⁵ È l'avvertimento di Zagrebelsky, che aggiunge: «*la idea del derecho que el actual Estado constitucional implica no ha entrado plenamente en el aire que respiran los juristas*»; ZAGREBELSKY G., *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 8. ed., Trotta, 2008. p. 10.

Come menzionato sopra, affinché il processo penale sia condotto in modo giusto ed equo, è indispensabile rispettare i canoni essenziali dell'attività giudiziaria inclusi nella clausola del giusto processo, i quali devono manifestarsi nella pratica, indipendentemente dall'aderenza a paradigmi astrattamente idealizzati²³⁶. Le garanzie affermate nelle fonti normative, tuttavia, non esauriscono l'idea di *due process*. Innanzitutto perché non si tratta di un elenco esaustivo, consentendo la possibilità di individuare ulteriori garanzie²³⁷, come sopra menzionato, punto 1.2.2; ma anche perché, e probabilmente si tratta del progresso più importante in relazione al modello ermetico e idealmente preconcelto, è solo attraverso la valutazione del procedimento giudiziario nel suo insieme²³⁸ che sarà possibile determinare se, in una fattispecie concreta, è stato violato il carattere di equità richiesto dalla Convenzione²³⁹.

In questa direzione le decisioni di Strasburgo si impegnano a stabilire l'effettiva corrispondenza tra l'ideale del giusto processo, nel senso di un'architettura di garanzie formali e sostanziali sia per l'imputato sia per lo schema processuale stesso, e la procedura giudiziaria concretamente realizzata, assicurando il controllo sugli effetti pratici derivanti dall'applicazione della struttura normativa. Il diritto al giusto processo deve essere inteso come il modello elementare minimo di conformità legittima dell'attuazione giurisdizionale, che consente di assumere forme compatibili alle peculiarità del caso concreto e all'ideale di

²³⁶ CHIAVARIO M., *Os direitos do acusado*, cit., p. 563-620.

²³⁷ V., ad esempio, BALSAMO A., *Il contenuto dei diritti*, cit., p. 110; CARACENI L. *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, Giuffrè, 2007. p. 13; ancora CECCHETTI M., voce *Giusto processo*, cit., p. 606, il quale menziona la nozione reiterata che si tratta di un principio a «tessitura aperta». Considerazione che si applica sia al giusto processo interno contemplato nell'art. 111 Cost. come, a maggior ragione, al equo processo convenzionale, che, come accennato, deve necessariamente essere più contenuto nella specificazione delle garanzie a causa del suo potenziale riferimento a sistemi procedurali di diverse ispirazioni e distinti sfumature politiche e culturali, cfr. COMOGLIO L. P., *I modelli di garanzia*, cit., p. 691.

²³⁸ Aragüena Fanego riferisce che il nucleo centrale dell'art. 6 della CEDU, concernente al requisito di un processo giusto ed equo, non è definito nella Convenzione, poiché è «*un concepto global, integrado por una diversidad de elementos*», quindi non è una nozione «*absoluta ni monolítica, sino que se define en función de una cierta idea de justicia*», e, va menzionato, tutti i diritti previsti nell'articolo potrebbero essere stati rispettati e tuttavia il processo può non essere equo, ARAGÜENA FANEGO C., *Primera aproximación*, cit., p. 261.

²³⁹ Possibile esemplificare con il caso *Barberà Messegue y Jabardo c. Spagna*, Corte EDU, sent. 6 dicembre 1988, n. 10590/83, in cui la Corte EDU ha dichiarato che il caso deve essere considerato nella sua interezza al fine di concludere se sia stato rispettato il requisito del giusto processo, § 89: «*the Court concludes that the proceedings in question, taken as a whole, did not satisfy the requirements of a fair and public hearing. Consequently, there was a violation of Article 6 para. 1 (art. 6-1)*». Nel caso *Wagner y J.M.W.L c. Lussemburgo*, Corte EDU, sent. 28 settembre 2007, n. 76240/01, la Corte ha riconosciuto che fa parte del diritto a un processo equo, sebbene non espressamente elencato nell'art. 6 CEDU, l'imposizione dei tribunali di fondare le loro decisioni, § 90: «*The Court reaffirms, moreover, that while Article 6 § 1 obliges the courts to give reasons for their judgments, it cannot be understood as requiring a detailed answer to every argument put forward by the parties*». Per una più analitica e compendiata individuazione delle garanzie tratte dalla formula del giusto processo dall'interpretazione della Corte EDU v., fra i tanti, CHIAVARIO M., *Diritto ad un processo*, cit., p. 170 ss.

preservazione dei diritti e degli interessi materiali in gioco²⁴⁰.

Ad ogni modo, e in base a quanto indicato al punto 1.2.2, né la Convenzione né la relativa interpretazione conferita dalla Corte europea impongono agli ordinamenti nazionali alcun archetipo di procedimento o uniformazione nello sviluppo degli atti e delle forme giuridico-penali. Il margine di apprezzamento degli Stati accennato in precedenza indica una notevole discrezionalità dei diversi sistemi giuridici nella conformazione delle proprie dinamiche procedurali e nel modo di garantire il risultato desiderato dalla CEDU di buona amministrazione della giustizia²⁴¹. Tale concezione si aggiunge al fatto che la Corte EDU non sindacava in maniera astratta le legislazioni nazionali o le pratiche giuridiche interne dei paesi firmatari²⁴², motivo per cui si suole affermare che la Corte europea non opera sulla falsariga di un giudice delle leggi²⁴³, poiché, a differenza di una Corte costituzionale, non è predisposta a valutare la legittimità di opzioni legislative generiche²⁴⁴.

Oggetto di analisi dei giudici di Strasburgo è il processo giudiziario concretamente realizzato²⁴⁵. Il loro fine è quello di esaminare se nel caso specifico vi è stata una qualche trasgressione a principi convenzionalmente garantiti al punto da trascurare l'imposizione dell'equità processuale richiesta dalla Convenzione²⁴⁶. Per tale motivo si parla di un approccio pragmatico orientato alle circostanze concrete del procedimento in questione. Questa valutazione casistica prende in considerazione il rito processuale nella sua totalità, il riferimento in questa valutazione è il processo considerato globalmente non un aspetto specifico o difetto particolare evidenziato, in modo che l'equità e la giustizia del processo

²⁴⁰ MITIDIERO D., *Direito fundamental*, cit., p. 25.

²⁴¹ In questo senso, tra i molti, CHIAVARIO, M., *Diritto ad un processo*, cit., p. 155, che ritiene che sia un'espressione ampiamente utilizzata dalla Corte europea, cfr., ad es., Grande Camera Corte EDU, sent. 27 settembre 1990, *Windisch c. Austria*, n. 12489/86, § 30; ancora Corte EDU, sent. 17 gennaio 1970, *Delcourt c. Belgio*, n. 2689/65, § 25.

²⁴² «The Court reiterates that it is not its role to decide in the abstract whether the applicable domestic law is compatible with the Convention or whether the domestic law has been complied with by the national authorities», Caso Vaudelle c. Francia, n. 35683/97, 30 gennaio 2001, 3ª Sezione, § 55.

²⁴³ In questi termini, KOSTORIS, R. E., *Diritto europeo e giustizia*, cit., p. 51; BARTOLE S.; DE SENA P.; ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla convenzione*, cit, p. 190.

²⁴⁴ Questa affermazione deve essere in parte relativizzata a causa delle chiamate sentenze-pilota, orientati ad un malfunzionamento sistemico di un dato ordine giuridico, cfr. *supra*, punto 1.2.1.

²⁴⁵ Considerazione che sarà anche relativizzata da un cambiamento recente nel modo in cui la Corte può attuare in base al Protocollo n. 16, adottato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa a Strasburgo il 2 ottobre 2013, che prevede la possibilità per l'autorità giurisdizionale nazionale di ultima istanza di chiedere ai giudici di Strasburgo pareri consultivi su questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione dei dettami convenzionali. Al riguardo, DE SENA P., *Caratteri e prospettive del Protocollo 16 nel prisma dell'esperienza del sistema interamericano di protezione dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto Internazionale*, 2014, n. 3, p. 593 ss.

²⁴⁶ «The Court's task is to determine whether the Contracting States have achieved the result called for by the Convention, not to indicate the particular means to be utilised», cfr. Caso De Cubber c. Belgium [CG], n. 9186/80, 26 ottobre 1980.

saranno misurate nell'insieme degli atti e delle fasi realizzate in giudizio²⁴⁷.

Particolarmente indicativo di questo esame circostanziato, basato su una logica pragmatica attenta alle peculiarità del caso, è il rilievo dato al «pregiudizio effettivo» che deve aver subito il ricorrente, manifestata in un sostanziale svantaggio non sanato e sufficiente a violare il risultato del *fair trial* tutelato dall'art. 6 della Convenzione. Da questa prospettiva, le decisioni della Corte ammettono che un fallo o una contrazione del diritto possa essere sanati o compensati in atti o fasi successive del giudizio²⁴⁸, oppure che non snaturino l'idea-chiave di equità processuale a causa di specifiche peculiarità del caso. Proprio come, d'altra parte, un difetto singolare, per la sua importanza, può essere sufficiente a violare il carattere di *fairness* del giudizio²⁴⁹, mentre in altri casi il fattore determinante per il riconoscimento della qualità di *unfairness* potrà risiedere nella somma o nell'insieme di vari problemi che, presi isolatamente, non comprometterebbero l'equità dell'azione giudiziale²⁵⁰.

Le lenti dei giudici di Strasburgo nel valutare se il ricorrente abbia subito alcun pregiudizio effettivo ed importante nella specifica vicenda giudiziaria, requisito, quest'ultimo, elevato a condizione di ammissibilità del ricorso alla Corte europea dalla redazione attuale dell'art. 35 CEDU nella modifica apportata dal Protocollo 14, non possono focalizzarsi unicamente su qualche difetto o malfunzionamento del procedimento, ma è necessario compiere un passo in avanti per verificare se nella totalità del processo vi sia stato un pregiudizio concreto sul risultato desiderato di giustizia processuale²⁵¹, che probabilmente, è la principale conseguenza dell'approccio globale del diritto al giusto processo.

1.3.1.1 Il carattere normativo del concetto unitario di giusto processo

È ancora importante sottolineare che tra i diritti e gli interessi inviolabili degni di tutela

²⁴⁷ Nella Corte EDU, ad es., Caso Barberà Messegué y Jabardo c. Spagna [CG], n. 10590/83, 6 dicembre 1988, in cui si afferma che il procedimento deve essere considerato nella sua interezza al fine di accertare se vi sia stata conformità al requisito del processo equo, § 89: «*the Court concludes that the proceedings in question, taken as a whole, did not satisfy the requirements of a fair and public hearing. Consequently, there was a violation of Article 6 para. 1 (art. 6-1)*».

²⁴⁸ Cfr., ad es., BACIGALUPO E., *El debido proceso*, cit., p. 31, secondo il quale «[...] *la cuestión de si un proceso se ha desarrollado con todas las garantías dependerá de una consideración de la totalidad del mismo, incluyendo las instancias de recurso*». Ancora, ZAGREBELKY V., *Corte europea dei diritti dell'uomo e "processo equo"*, in *Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso: atti del Convegno (Torino 26-27 settembre 2008)*, 2010, p. 260; UBERTIS G., *Corte europea dei diritti*, cit., p. 35, il che non significa, secondo l'autore, che tale approccio possa essere assunto, senza alcun adattamento, al diritto nazionale.

²⁴⁹ BARTOLE S.; DE SENA P.; ZAGREBELSKY V., *Commentario breve*, cit., p. 189.

²⁵⁰ Così, Corte EDU, Caso Hauschildt c. Danimarca [CG], n. 10486, 24 maggio 1989.

²⁵¹ In tal senso, KOSTORIS, R. E., *Diritto europeo e giustizia*, cit., p. 51.

nella dinamica del giudizio penale si integra, in maniera importante, il diritto al giusto processo²⁵² e non solo con il significato usuale limitato all'imposizione di rigidità formale nell'applicazione delle norme processuali e nell'osservanza delle garanzie di difesa. Ma sì come una vera e propria indicazione al legislatore affinché stabilisca regole che tendono a mettere in atto concretamente un processo equo²⁵³, dovendo prestare un'attenzione particolare nella ricerca di equilibrio, anche se precario, tra garanzie ed efficienza nell'insieme del procedimento penale, a causa della costante necessità di attenzione per i possibili progressi derivati dall'influenza sovranazionale sul tema dei diritti umani²⁵⁴.

Come conseguenza dell'introduzione espressa nella norma costituzionale di garanzia complessiva finalizzata a guidare l'esercizio legittimo della giurisdizione, risalta la necessità di visualizzare la formula del giusto processo come un'esigenza autonoma, o almeno con una valenza giuridica diversa in relazione ai diversi elementi contemplati in maniera esplicita nell'articolo specifico della Carta costituzionale²⁵⁵. Il potenziale normativo dell'inserimento del principio del giusto processo nell'ordinamento positivo si relaziona, molto strettamente, con la sua comprensione nel modo in cui indicato in precedenza, ossia come una clausola di compendio in grado di coordinare l'insieme dei diritti e degli interessi relativi alla funzione giurisdizionale.

In questo modo si esprime l'idea che la formula di sintesi indicativa dell'equità processuale non si limita alla mera aggregazione delle disposizioni indicate individualmente nell'art. 111 della Costituzione, ma evidenzia anzi l'importanza giuridica di ricostruirne il suo significato a partire dall'insieme di norme specificatamente orientate a implementare il risultato desiderato di giustizia processuale. L'espressione «dovuto processo legale» o la formula del giusto processo, così come inserita nel testo costituzionale, consente e ancora di più raccomanda il rinvio al suddetto precetto conglobante degli altri caratteri che sono legati in maniera contigua e immanente alla corretta amministrazione della giustizia²⁵⁶.

²⁵² COMOGLIO L. P., *Etica e tecnica*, cit., p. 7.

²⁵³ In senso analogo: SERIO M., *Brevi note*, cit., p. 206.

²⁵⁴ Al riguardo, FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, cit., p. 93.

²⁵⁵ Per questa opinione, v. CECCHETTI M., voce *Giusto processo*, cit., p. 607; dello stesso Autore, *Il principio del "giusto processo"*, cit., p. 74; PIVETTI M., *Per un processo*, cit., p. 61. Ancora sul significato autonomo del principio del giusto processo in relazione ai diritti di libertà, VIGANO F., *Il giudice penale*, cit., p. 648.

²⁵⁶ In tal senso si esprimeva CECCHETTI M., voce *Giusto processo*, cit., p. 607, il quale precisava che: «[...] l'art. 111 deve essere interpretato come se contenesse un richiamo a tutte le garanzie che la formula del *due process of law*, per come si invera nel tessuto costituzionale, è in grado di esprimere, indipendentemente da eventuali omissioni [...]». Per analoghe considerazioni: FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, cit., p. 92; TROCKER N., *Il valore costituzionale*, cit., p. 50; DI CHIARA G., *Diritto processuale penale*, cit., p. 333. Nella sentenza 24 aprile 1996, n. 131, in *Giur. Cost.*, 1996, p. 1146, la Corte costituzionale ha ritenuto in modo simile che: «Il "giusto processo" - formula in cui si compendiano i principi che la Costituzione detta in ordine tanto ai caratteri

È necessario chiarire che il carattere normativo attribuito alla disposizione del giusto processo, nel senso di essere una clausola di compendio sistemico e coordinato delle direttrici e dei valori attinenti all'esercizio della giurisdizione, non significa che si debba estrarre dal predicato un orientamento innovativo in relazione all'insieme di principi e garanzie riuniti dello stesso sistema costituzionale vigente. Al contrario, e secondo quanto già espresso, tale comprensione indica invece che il precetto aggiunge in relazione alle garanzie elencate nell'art. 111 Cost., dal momento che il suo significato risulta più ampio e comprende il coacervo di norme relative alla materia processuale presenti nella stessa Costituzione²⁵⁷.

Parallelamente, è necessario sottolineare che tale comprensione non impedisce il riconoscimento di una condizione di priorità degli aspetti esplicitamente indicati nel dispositivo costituzionale relativo in maniera specifica all'esercizio della giurisdizione. Appare incontestabile il fatto che tali dati ed elementi siano essenziali, e quindi imprescindibili in tutta la manifestazione processuale²⁵⁸. La conclusione parziale è che tali aspetti inderogabili della giurisdizione non esauriscono il contenuto della formula del giusto processo, che viene ugualmente esplicitata nel testo costituzionale.

I parametri per definire gli elementi di tale clausola di sintesi, per come possa apparire da quanto già affermato, e qui la intenzionale reiterazione ha lo scopo di evidenziare una comprensione importante per la sequenza dello studio, sono il compendio delle regole e dei postulati estratti dalle norme costituzionali attinenti all'esercizio della giurisdizione, oppure, in maniera più ampia, come prescritto da una parte della dottrina attenta al progresso sovranazionale in materia di giustizia: il contenuto della clausola del giusto processo coniuga i principi estratti dalla Costituzione così come gli afflusso provenienti dall'ordine

della giurisdizione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio», questa posizione è stata ribadita dalla Corte in una ordinanza successiva alla integrazione costituzionale dell'art. 111, cfr. ordinanza 18 giugno 2007, n. 215.

²⁵⁷ Posizione particolarmente evidenziata da FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, cit., p. 88 ss, con un cambiamento sensibili rispetto a quello sostenuto a seguito della riforma dell'art. 111 Cost., quando ha considerato di minore rilevanza giuridica l'espresso riferimento alla locuzione del "giusto processo" «sia perché i connotati del processo sono poi definiti nei commi successivi sia perché ogni modello di processo è, per chi lo adotta, immancabilmente *giusto*»; cfr. FERRUA P., *Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione*, in *Ques giust*, 2000, n. 1, pp. 50-51. In senso parzialmente differente, PIVETTI M., *Per un processo*, cit., pp. 60-64, il quale ha ritenuto che giusto «processo» non sarebbe soltanto una formula riassuntiva di sintesi, ma una regola con significato autonomo indicativo di un comando costituzionale di giustizia sostanziale. Si veda, inoltre, TONINI P., *Manuale di procedura*, cit., p. 42, il quale ha ritenuto che il «giusto processo» indica un concetto ideale di Giustizia, esistente prima della positivizzazione legale, il cui contenuto potrebbe essere estratto dalle convenzioni internazionali.

²⁵⁸ Così si esprime CECCHETTI M., voce *Giusto processo*, cit., p. 606 ss.

sovranazionale di tutela dei diritti umani²⁵⁹.

1.3.1.2 Il parametro di giustizia del processo al di là della mera conformità alla legge

A questo proposito, è possibile riprendere parzialmente l'idea esposta all'inizio di questo capitolo riguardante una certa approssimazione tra la *due process clause* della tradizione anglo-americana e il suddetto carattere di precetto associato alla clausola del *procès équitable*, non solo in riferimento al valore normativo distinto dall'espressione del dovuto processo in relazione alle garanzie specifiche indicate nel dispositivo costituzionale²⁶⁰, ma anche per l'inserimento della nozione di *fairness* immanente al *due process* e in qualche modo associata anche al giusto processo.

L'idea di *fairness* supera la mera esigenza di regolarità formale nello sviluppo degli atti e delle tappe del procedimento giudiziario²⁶¹, ed esprime un senso di correttezza e giustizia che coinvolge l'intero sviluppo procedurale²⁶². Questa stretta sintesi è sufficiente per dedurre che l'ideale di *fairness* appare più concernente all'elaborazione dell'equo processo convenzionale²⁶³, tenendo presente il carattere notoriamente ampliativo dell'art. 6 CEDU

²⁵⁹ È l'opinione, ad esempio, di FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, cit., p. 93, in una comprensione di apertura del sistema che sembra più in linea con l'idea esposta al punto 1.2.2, nel senso di una interpretazione orientata convenzionalmente del diritto nazionale, ma sempre mantenendo il requisito di subordinazione delle fonti normative dal sistema CEDU a tutti i requisiti costituzionali. Questa è forse un'altra importante distinzione tra l'espressione costituzionale del giusto processo e il significato dell'equo processo convenzionale, dal momento che, da un lato, la sindacabilità della Corte europea è più ampia in quanto non agisce nell'interno delle direttive tracciate dal diritto positivo. La nozione di *fair trial* assunta dalla Corte, cfr. IACOVIELLO F. M., *Il quarto grado*, cit., p. 797, spinge il suo controllo oltre e/oppure contro le norme interne, quindi si dice che protegge i diritti a 360 gradi. D'altra parte, è più limitato perché, cfr. delineato, tutela il processo come un diritto, mentre l'art. 111 Cost. si riferisce al processo come a una funzione, cfr. *supra*, punto 1.1.2.

²⁶⁰ Nella dottrina americana, LAFAYE W. R.; ISRAEL J. H.; KING N. J.; *Criminal procedure*, cit., p. 70, quando affrontano il contenuto indipendente del dovuto processo, che nel sistema di *common law* è diverso perché supera i segni costituzionali, menzionano che non è messo in discussione «*the conception of due process as also reaching aspects of the process not regulated by those guarantees and imposing additional restrictions as demanded by the concept of "fundamental fairness"*».

²⁶¹ In generale, circa il significato della *Fainess* nell'art. 6 CEDU, v. CHIAVARIO M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Giuffrè, 1969, p. 263 ss; UBERTIS G., *Principi di procedura*, cit., pp. 19-20.

²⁶² In questo senso, CHIAVARIO M., *Le garanzie fondamentali del processo nel Patto Internazionale sui diritti civili e politici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 474; GALANTINI N., *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 102. Si veda, inoltre, ESPOSITO V., «*Fair trial*» *anglosassone*, cit., p. 2, il quale ha fatto notare come il concetto della *fairness* è stato trasposto dalla Corte EDU ai sistemi giuridici di *civil law*.

²⁶³ Relazionando l'idea di *fainess* al metodo impiegato dalla Corte EDU che è quello di apprezzare la conformità complessiva dell'iter procedurale con la *ratio* dell'art. 6 CEDU, IACOVIELLO F. M., *Il quarto grado*, cit., p. 797; GAETA P., *Dell'interpretazione conforme*, cit. p. 90; BALSAMO A., *Il contenuto dei diritti*, cit., p. 111. Ancora CHIAVARIO M., *Giustizia penale*, cit., p. 27 e 38, il quale ha fatto notare che i diritti e le garanzie anche di natura procedurale, come quelli delle vittime e dei testimoni, anche se coperti da altre disposizioni

secondo la linea integrativa della giurisprudenza-fonte di Strasburgo, sollecitata dall'idea-forza di garantire la buona amministrazione della giustizia, e di conseguenza senza i limiti conferiti dal diritto vigente su un ampio, ma ben definito catalogo costituzionale²⁶⁴.

Da un'altra versante, e principalmente in relazione alla tematica di questo studio, è necessario considerare che la nozione di *fainess* in ambito processuale introduce anche la percezione di correttezza o di giustizia del metodo in cui si coordinano le garanzie e i principi attinenti all'attività giurisdizionale, indicando così la necessità della tutela del funzionamento del processo concepito non solo come diritto, ma come funzione orientata a un fine. Per tale aspetto appare più visibile la stretta relazione tra la nozione di *fairness* e la clausola del giusto processo inserita nell'art. 111 della Costituzione, precetto parimenti indicativo del metodo di attuazione della giurisdizione, più precisamente della tutela dell'attività giurisdizionale come funzione che mira alla realizzazione della giustizia²⁶⁵.

Si giunge così al punto di arrivo del contesto iniziale della trattazione che era precisamente quello di trovare le basi dell'affermazione per cui la dimensione del giusto processo non solo consente, ma consiglia di andare oltre le garanzie indicate nello specifico articolo costituzionale, in modo da includere un catalogo più ampio di principi relativi alla giustizia processuale. La questione che merita un dibattito successivo è quella di capire se il valore della precisione del risultato del processo²⁶⁶, attraverso la prospettiva dell'adeguato accertamento dei fatti in giudizio, può essere ricondotto a questo ideale di *procedural justice* immanente alla clausola di equità processuale, cioè se la finalità attribuita alla clausola del giusto processo di tutela generale della funzione giurisdizionale raggiunge il valore della giustizia della decisione, oppure se, al contrario, quando si parla di giustizia processuale non viene fatto alcun riferimento alla qualità del risultato del processo²⁶⁷.

E per questo non c'è bisogno di chiudere la clausola, cioè, è despicciando esplorare

della Convenzione (articoli 2, 5, 8 ...), ugualmente fanno riferimento al principio del «*procès équitable*» affermato nell'art. 6, Id., *La "lunga marcia"*, cit., pp. 19-21, 25.

²⁶⁴ Per un'efficace sintesi sul tema, le parole di IACOVIELLO F. M., *Il quarto grado*, cit., p. 808 sono trascritte: «[...] il diritto della Convenzione non è dato solo del texto CEDU, ma anche del *case law* della Corte», aggiungendo che la funzione normativa nell'ambito della CEDU è condivisa tra legislatore e giudice.

²⁶⁵ Facendo una correlazione tra i principi di *fair trial* e del giusto processo con la giustizia come obiettivo primario del processo, tra i molti, ESPOSITO V., «*Fair trial*» anglosassone, cit., p. 28; IACOVIELLO F. M., *Il quarto grado*, cit., p. 802; GALANTINI N., *Il divieto*, cit., p. 102; PIVETTI M., *Per un processo*, cit., p. 62.

²⁶⁶ Riferendosi alla verità dei fatti come valore rilevante nel processo giudiziario, v., ad es., WRÓBLEWSKI J., *La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación*, in Id., «*Sentido*» y «*hecho*» en el derecho, Universidad del País Vasco, 1989, p. 179. Più ampiamente, trattando la verità come «*a deeply normative property*», ossia un valore in tutte le relazioni di vita degli esseri umani, degno di considerazione per se stesso, ossia: «*a thick value*», v. LYNCH M. P., *True to life: why truth matters*, The MIT Press, 2004, pp. 4-5, 16.

²⁶⁷ Per questo approccio, nell'ambito del processo civile, v. BERTOLINO G., *Giusto processo civile e verità: contributo allo studio della relazione tra garanzie processuali e accertamento dei fatti nel processo civile*, Giappichelli, 2010, in particolare p. 33 ss.

tutti gli elementi integranti dell'equo processo. Al contrario, lo scopo del presente scritto è assai più limitato. L'accento al collegamento tra il giusto processo e la accuratezza del risultato finale derivante dall'attuazione giudiziale dipende dall'analisi se la giustizia o la verità della decisione (dal suo supporto fattuale) è un valore inserito nei limiti della comprensione della giustizia processuale e, di conseguenza, nel concetto agglutinante del giusto processo.

Appare incontrovertibile l'intendimento per cui la nozione di giusto processo è correlata direttamente con le considerazioni sulla giustizia del procedimento giurisdizionale, pertanto sarà rilevante ai fini del prosieguo dello studio valutare se è possibile o raccomandabile inserire in questa idea di *procedural justice* la giustizia del risultato del processo come valore degno di tutela in giudizio.

L'avanzamento verso la comprensione relazionale e controbilanciata dei principi e delle garanzie processuali, seguita dal superamento di una incidenza normativa interna autoreferenziale, sono indicatori consistenti delle capacità innovative del concetto di giusto processo e consentono il prosieguo della riflessione relativamente a un ulteriore significato della formula basato sul parametro di giustizia del risultato del processo²⁶⁸.

A tale scopo, è importante in primo luogo verificare se la concezione di giustizia del processo giurisdizionale si limita alla mera osservanza della regolarità formale e all'obbedienza alle garanzie e alle libertà processuali inserite nella costituzione, oppure se si spinge oltre, includendo la giustizia della decisione e l'accuratezza nell'accertamento dei fatti. In altre parole, la questione passa anche dal verificare se e in che modo la garanzia della verità, come aspetto inerente alla giustizia della decisione, dovrebbe essere inserita tra le garanzie procedurali che configurano la concezione di giustizia processuale.

Anticipando in parte alcune delle considerazioni che verranno riprese in seguito, e solo per concludere questa prima parte destinata a riflettere su alcuni degli aspetti innovativi del precetto costituzionale del giusto processo senza dimenticare di citare la qualificazione più intima ai fini del presente studio, è necessario rilevare, a grandi linee, che il nucleo centrale del diritto al giusto processo si orienta grazie ad una certa idea di giustizia²⁶⁹ che riguarda sia il metodo che l'esito della procedura.

Nell'evoluzione verso la comprensione multifaccettata e controbilanciata del processo giusto ed equo occorre inserire con rilevanza il problema della giustizia della decisione, o della pretesa che la risposta giurisdizionale sia giusta, cioè che dovrebbe

²⁶⁸ Cfr., ad esempio, PIVETTI M., *Per un processo*, cit., p. 62.

²⁶⁹ ARAGÜENA FANEGO C., *Primera aproximación*, cit., p. 261.

avvicinarsi il più strettamente possibile alla correttezza nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme di diritto in questione. Ciò dipenderà sempre, al di là delle esigenze di conformità della decisione alle garanzie costituzionali alla legge, da una accurata procedura di ricostruzione dei fatti sui quali andrà ad applicarsi la legislazione²⁷⁰.

Secondo quanto esposto da Ferrua, il significato della portata del giusto processo indica il culmine di un'evoluzione che inizia in stretta relazione con il *Due process of law* e l'esigenza del rispetto della legalità, non solo scritta, delle norme processuali, passa per l'attributo *equo (fair)*, che include la nozione di equità in quanto equilibrio tra le parti, per finire con la classificazione di giusto, che suggerisce una struttura processuale che racchiude le garanzie fondamentali in modo coordinato e tendenzialmente idonea a produrre decisioni giuste²⁷¹.

Come detto in precedenza, la nozione derivante dal giusto processo presuppone l'osservanza delle garanzie processuali fondamentali delle parti, ma non si limita a questo, altrimenti la formula si ridurrebbe a riflettere i diritti fondamentali del processo così come sono stati recepiti molti anni fa dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale, risultando, per questo motivo, una mera ripetizione di principi già noti e ampiamente riconosciuti²⁷².

Se il dovuto processo è concepito come un insieme di principi incorporati nelle costituzioni delle società moderne, derivanti da una presa di posizione culturale e storica che mira a consacrare alcune idee-chiave dell'attuazione giudiziaria come criteri di credibilità e accettazione dell'attività giurisdizionale, non è possibile rifiutare l'inserimento dell'ideale di giustizia nella realizzazione del diritto come parte di questa formula, e non ci vuole molto per esplicitare questa affermazione, poiché basterebbe menzionare che tra le finalità dello Stato

²⁷⁰ Cfr. HAACK S., *Of truth, in science and in law*, in *Brooklyn law review*, 2008, p. 986, la verità è rilevante nei procedimenti giudiziari, perché non si desiderano soltanto decisioni, ma decisioni giuste: «*and substantial justice requires factual truth*». In senso analogo, CHIARLONI S., *Giusto processo, garanzie*, cit., p. 142 ss.; Id., voce *Giusto processo*, cit., pp. 406-407; PIVETTI M., *Per un processo*, cit., p. 63; WEIGEND T., *Is the criminal*, cit., p. 172, il quale afferma che la giustizia e la verità sono strettamente intrecciate.

²⁷¹ FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, cit., p. 86. Per questo orientamento v. CHIARLONI S., *Giusto processo, garanzie*, cit., p. 142 ss.; Id., *Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità*, in *Quaderni della Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 12, 2009, p. 101 ss. In questo senso TARUFFO M., *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, n. 2, p. 476 ss., il quale precisava che: «l'ideologia secondo la quale il processo deve tendere a concludersi con decisioni giuste appare coerente con una interpretazione non formalistica e non meramente ripetitiva della clausola costituzionale del "giusto processo": essa dovrebbe infatti essere riferita ad un processo che può essere "giusto" in quanto sia orientato al conseguimento di decisioni giuste». Si veda, inoltre, CARRATTA A., *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 36 ss., il quale ha ritenuto che «il c.d. giusto processo evoca qualcosa di più, evoca, cioè la c.d. decisione giusta».

²⁷² TARUFFO M., *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, 2009, p. 117.

democratico, come valori supremi della società, figura la ricerca della giustizia²⁷³, o in alternativa indagare quale sarebbe l'accettazione o la credibilità di una prestazione giurisdizionale ordinata sistematicamente a emettere decisioni ingiuste.

Per considerarsi equo il processo deve essere concepito in maniera tale da avere come obiettivo la realizzazione di decisioni giuste, sebbene se ne riconoscano i limiti e la fallibilità nel conseguimento di tale aspirazione, da cui l'affermazione che il processo ideale «è quello che, nel rispetto delle garanzie difensive e di altri valori, assicura con maggiore probabilità un risultato giusto»²⁷⁴. In altre parole, il processo sarà giusto nella misura in cui è strutturato anche al fine di valutare o non trascurare la giustizia del suo risultato²⁷⁵.

Affinché si possa parlare di decisione giusta, nel significato ora adottato, non dipenderà solo dall'osservanza delle regole processuali, dei requisiti minimi di equità e dalla corretta qualificazione giuridica dei fatti, ma sarà necessario che l'enunciazione storica formulata dal giudice relativamente ai fatti sia accurata²⁷⁶ e che, sebbene si ribadisca l'assenza di certezza definitiva riguardo a quest'ultima esigenza, è innegabile che si tratta di un ideale di giustizia essenziale, come criterio regolativo, secondo quanto verrà ripreso in seguito.

Per tale motivo il discorso si è sviluppato verso la considerazione che la dimensione del giusto processo ha anche a che fare con la giustizia del risultato, ossia la formula del processo equo richiede una preoccupazione concreta riguardo al metodo del procedere, alla strutturazione del procedimento, così come alla qualità della decisione, a partire dalla considerazione dell'accertamento veritiero dei fatti come ideale regolativo delle norme del giusto processo²⁷⁷, nel significato e con il limite di rimuovere lacune cognitive a condizione che siano preservate le diverse garanzie costituzionali incidenti nella dinamica probatoria,

²⁷³ Cfr. ad es., i preamboli delle Costituzioni portoghese e brasiliana, in cui sono indicati gli obiettivi ed i programmi della costituzione.

²⁷⁴ FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, cit., p. 67; CHIARLONI S., *voce Giusto processo*, cit., pp. 406-407; DI CHIARA G., «*Giusto processo*», cit., p. 230, il quale visualizza questa prospettiva con chiarezza nella concezione della Corte Costituzionale. V in tal senso, pur con varietà di accenti, KOSTORIS R. E., *Diritto europeo e giustizia*, cit., p. 71, il quale ha ritenuto che, al posto di un'astratta corrispondenza a modelli normativi, dovrebbe predominare la ricerca di conclusione della funzione giurisdizionale con attenzione alle peculiarità del caso, e che: «parametrato su presupposti di idoneità, adeguatezza, proporzionalità, necessità per il raggiungimento di un determinato scopo, produca una decisione giusta».

²⁷⁵ In senso analogo Braccialini domanda: «*Quando diciamo 'giusto processo', ci riferiamo solo a regole processuali a garanzia del contraddittorio, oppure abbiamo anche in mente gli obiettivi sostanziali del processo e ci preme che esso sia reale strumento di realizzazione dei diritti e non solo il sistematico strumento per renderli ineffettivi?*»; BRACCIALINI R., *Garanti o no del risultato*, cit., 2005.

²⁷⁶ FERRUA P., *Il giudizio penale*, cit., p. 346; DI CHIARA G., «*Giusto processo*», cit., p. 229.

²⁷⁷ Ricordando, nella linea di UBERTIS G., *Sistema di procedura*, cit., 2013, pp. 9-10, che le norme procedurali disciplinano l'attività cognitiva degli organi giurisdizionali, in modo che gli istituti del procedimento penale devono collaborare efficacemente alla realizzazione celere del chiarimento dei fatti.

come contraddittorio, parità delle armi e imparzialità²⁷⁸.

Si giunge così a una concezione innovativa dell'esigenza del giusto processo a partire da una preoccupazione effettiva con la chiarificazione dei fatti in giudizio, con la formulazione delle regole del processo che prendono in considerazione l'ideale di giustizia della decisione²⁷⁹, almeno partendo dalla premessa che gli ordinamenti giuridici conferiscono un'importanza speciale a un concetto di giustizia che trascende la mera legalità²⁸⁰.

Per conferire maggiore sostegno a tali conclusioni parziali è necessario, come passo successivo, riflettere su ciò che occorre affinché un processo giudiziario possa essere considerato giusto. A tale scopo, lo studio prosegue con l'analisi della giustizia processuale, o dell'idea di *procedural justice*, nozione molto simile e che procede di pari passo con la concezione rappresentata dalla clausola del giusto processo, principalmente nella nota accezione di entrambe come un insieme di valori che giustificano regole, principi e dinamiche processuali ampiamente accolte dai multilivelli normativi citati in precedenza²⁸¹.

²⁷⁸ CHIARLONI S., *Giusto processo, garanzie*, cit., p. 143.

²⁷⁹ In questi termini, Ivi, p. 142 ss., con evidente cambiamento della posizione originariamente espressa, quando affermava la totale inesistenza di contenuto innovativo nella clausola del giusto processo inserita nell'art. 111 Cost., cfr. CHIARLONI S., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in CIVININI M. G., VERARDI C. M. (a cura di), *Il nuovo art. 111 della costituzione e il giusto processo civile: atti del convegno dell'elba (9-10 giugno 2000)*, Franco Angeli, 2001, p. 16. Nello stesso senso, MARINELLI V., *I dadi del giudice Bridoye*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 32, n. 2, 2002, p. 532; COMOGLIO L. P., *Etica e tecnica*, cit., pp. 6, 48, 276; PIVETTI M., *Per un processo*, cit., p. 62 ss; CARRATTA A., *Il diritto come discorso e la funzione dimostrativa della prova: a proposito del libro di Aurelio Gentili*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 14, 2014, p. 197. Più in generale, in una ricerca relativa al processo civile, v. BERTOLINO G., *Giusto processo*, cit., *passim*.

²⁸⁰ V. FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, cit., p. 71, il quale, riferendosi alla decisione penale, aggiunge: «in entrambi i casi- condanna dell'innocente o assoluzione del colpevole- il concetto di sentenza giusta implichi anche la verità dell'enunciato a causa del quale si è assolti o condannati».

²⁸¹ In tal senso, facendo riferimento più specificamente al «*due process*» e alla «*procedural fairness*», si esprimeva GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., pp. 73-75.

CAPITOLO II

Procedural justice, giusto processo e giustizia della decisione

2.1 Premesse

Non è eccessivo ribadire il concetto fondamentale che percorre tutto il tema della ricerca, principalmente per la sua natura di premessa propria di questa parte dedicata all'introduzione della possibile correlazione tra la giustizia procedurale e la giustizia della decisione, intesa come risultato del procedimento, la quale consiste nell'idea che il principio del giusto processo è un principio di natura prevalentemente processuale²⁸². Pertanto, chiedersi se la clausola del giusto processo recepisce o comprende il valore della giustizia della decisione rimane un argomento che richiede un approccio fondamentalmente processuale²⁸³, dispensando valutazioni riguardanti la giustizia sostanziale di una norma generica²⁸⁴, di un sottosistema normativo o di tutto l'insieme del sistema giuridico-politico²⁸⁵.

Di conseguenza, nel corso del capitolo verranno utilizzati i termini «giustizia», «correttezza» e «accuratezza» come attributi decisionali con riferimento, in maniera particolare, alla verità dell'enunciazione fattuale contenuta nella sentenza. In altre parole, e secondo quanto verrà ripreso in seguito, la misura degli attributi di giustizia e accuratezza del risultato del processo dipende da una valutazione cognitiva correlata al fine esterno del

²⁸² Per questo orientamento v. PIVETTI M., *Per un processo*, cit., p. 63. Come indicato nel capitolo precedente, si tratta qui di sensibile distinzione rispetto alla *due process clause*, poiché nel concetto di giusto processo non sono di solito proposte elaborazioni pertinenti in merito a una possibile dimensione sostanziale della clausola, il suo approccio è eminentemente procedurale.

²⁸³ In questi termini, FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, cit., p. 89, secondo il quale «[...] è relativamente più semplice determinare il 'giusto' in questioni procedurali che sostanziali [...]». Ovviamente, non si contesta l'importanza che il contenuto delle regole di diritto sostanziale ha nella giustizia della decisione finale, tuttavia questa domanda non si riferisce alla nozione di giusto processo e non sarà oggetto di analisi.

²⁸⁴ Nell'evidente semplificazione di BAYLES M. D., *Procedural justice: allocating to individual*, Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 116, anche ammettendo che le norme sostanziali siano corrette, il caso solo sarà risolto in conformità a tali prescrizioni se i fatti coinvolti nella causa sono adeguatamente accertati.

²⁸⁵ Vi è ampia dottrina che si occupa del concetto di giustizia, che è un tema manifestamente complesso e suscettibile di molteplici approcci, che vanno dall'estremo che questiona la possibilità di qualificare un ordine giuridico come giusto o ingiusto, considerando l'idea altamente astratta di giustizia come vuota di significato, cfr., ad es. ROSS A., *Diritto e giustizia*, Einaudi, 1965, 259 ss.; passando per concezione che identifica il giusto con la realizzazione di altri valori più elevati come la libertà e l'uguaglianza, in modo che la giustizia potrebbe anche essere identificata o confusa con il contenuto materiale di questi altri valori, cfr., ad es. PECES-BARBA G., *Los valores superiores*, Tecnos, 1986, p. 118 ss.; e raggiungendo il polo opposto che sostiene l'effettiva possibilità di sviluppo di questi predicati di giusto e ingiusto, cfr. la nozione «cognitivistica» di BOUDON R. *Il vero e il giusto*, Il Mulino, 1997, p. 144. Così non sarà approfondita, in questo lavoro, una discussione della nozione teorica e astratta della giustizia. Anche perché inutile ai fini del presente studio, a parte l'assoluta impossibilità di farlo senza un approccio specifico e troppo allungato.

processo penale²⁸⁶, che è quello di condannare i colpevoli e assolvere gli innocenti. In quest'ottica, la decisione sarà giusta o accurata solo se il pronunciamento di colpevolezza o di non colpevolezza sarà vero, cioè corrispondente al reale²⁸⁷.

In un contesto più ampio, secondo quanto esprime Ferrua, è certo che la giustizia della decisione dipende sia dalla conformità del risultato del processo relativamente al suo fine esterno, sia dalla correttezza del procedimento, poiché, allo stesso modo, non si potrebbe parlare di decisione giusta come conseguenza di un procedimento ingiusto, in cui sono state violate regole o garanzie processuali²⁸⁸. Fatto questo primo chiarimento, riconosciuta l'importanza dell'integrità procedurale nella valutazione della accuratezza della decisione, nella sequenza l'interrogazione sull'inserimento della giustizia del risultato tra le condizioni di giustizia del processo avrà per riferimento precipuo il substrato fattuale determinante della decisione emanata al finale del procedimento, ossia la verità rispetto ai fatti affermati nella risoluzione dell'azione penale.

La correlazione rilevata tra giustizia processuale e giustizia della decisione presente nella clausola del giusto processo e considerata a partire da questa prospettiva, viene delimitata in maniera naturale dagli aspetti processuali dell'equazione. In questo modo, si sottolinea l'importanza del fatto che la dinamica processuale sia regolata in maniera idonea a ottenere decisioni giuste. Al di là della salvaguardia dei principi e delle garanzie fondamentali ugualmente tendenti a preservare la giustizia del risultato, quali l'imparzialità, il contraddittorio, l'eguaglianza delle parti, la durata del processo, il raggiungimento di tale obiettivo dipende anche che le regole procedurali siano strutturate al fine di preservare una ricostruzione precisa dei fatti nel giudizio penale²⁸⁹.

²⁸⁶ Che dipende, ovviamente, di assegnare al processo penale «un fine di giustizia “esterno” rispetto alle regole che lo disciplinano», cfr. FERRUA P., *Giustizia del processo e giustizia della decisione*, in *Diritto pen. proc.*, 2015, p. 1201; FASSONE E., *Giudice-arbitro, giudice-notaio o semplicemente giudice?*, in *Quest. giust.* n. 1, 1989, p. 586.

²⁸⁷ In tal senso FERRUA P., *Giustizia del processo*, cit., p. 1202 ss. Va ricordato che si riferisce alla verità all'interno della decisione, nelle parole di VIOLA F., *The judicial truth*, cit., p. 203, alla *quaestio facti*, e non alla «juridical truth», e nemmeno alla «judicial decision as the final result».

²⁸⁸ FERRUA P., *Giustizia del processo*, op. cit., p. 1203; TARUFFO M., *La semplice verità*, cit., p. 118; Id., *Idee per una teoria della decisione giusta*, in Id., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, 2002, p. 233, secondo il quale una decisione risultante di una procedura in cui sono stati violati i requisiti minimi di correttezza del processo non sarebbe giusta, neppure se chiarita la verità dei fatti e applicate correttamente le norme sostanziali. Al riguardo, WASSERMAN D., *The procedural turn: social heuristics and neutral values*, in: RÖHL F. K., MACHURA S. (eds.), *Procedural justice*, Ashgate, Dartmouth, 1997, p. 52, menziona che i procedimenti esprimono valori importanti e convalidano i risultati conseguiti, in modo tale da sconsigliare valutazioni slegate di questi aspetti.

²⁸⁹ Così si esprime FERRUA P., *Il ‘giusto processo’*, cit., pp. 89-90, il quale sottolinea l'importanza che questa struttura procedurale prenda in considerazione la corretta valutazione delle prove, mediante motivazione analitica e possibilità di revisione nel caso di giudici professionali. V. anche PASTORE B., “*Giusto processo*”

Per essere considerato giusto, il processo deve svolgersi in maniera corretta, ossia attraverso la stretta osservanza delle garanzie processuali previste nella norma costituzionale ed essere, inoltre, regolato e condotto al fine di propiziare l'ottenimento di decisioni giuste. A questo proposito, ciò che viene rappresentato come imposizione del giusto processo non è una garanzia di ottenimento della decisione giusta, dal momento che nessun procedimento assicura o certifica la giustizia del risultato ottenuto²⁹⁰. Ciò che si pretende è l'istituzione di condizioni cognitive ottimali al fine di ottenere risultati giusti²⁹¹, e in questo modo la giustizia della decisione è considerata come un valore e non propriamente come un risultato²⁹². Facendo un'analogia con la giurisprudenza della Corte EDU che riconosce un obbligo processuale positivo di accertamento penale rispetto ad alcuni diritti tutelati su scala internazionale: si tratta di imposizioni processuali di mezzi e non di risultato²⁹³.

Anticipando parzialmente la risposta a una delle questioni fondamentali che verranno affrontate in seguito, malgrado la decisione penale solamente possa essere considerata giusta (accurata) se il pronunciamento di colpevolezza o di non colpevolezza corrisponda alla realtà, mentre al tempo stesso si afferma l'esistenza di una correlazione tra giustizia del processo e giustizia della decisione, è comunque possibile asserire la giustizia del processo di fronte all'ingiustizia della decisione o di fronte all'impossibilità di attestare la precisione, relativamente all'accertamento dei fatti, del risultato del processo. A tal fine è necessario che le norme procedurali siano state progettate e applicate nel miglior modo possibile per consentire la correttezza della decisione²⁹⁴, per cui, una volta soddisfatta questa esigenza,

e verità giudiziale, reperibile in: [«http://m.docente.unife.it/orsetta.giolo/Percorsi%20di%20Genere%20-%20Testi%20seminario%20I%20dicembre.doc»](http://m.docente.unife.it/orsetta.giolo/Percorsi%20di%20Genere%20-%20Testi%20seminario%20I%20dicembre.doc).

²⁹⁰ Nel medesimo senso, TARUFFO M., *Giustizia, procedure e processo*, in *Ragion pratica*, 1997, n. 9, p. 148, il quale questiona, retoricamente, se sarebbe sufficiente «guardare al processo da cui deriva per stabilire se una sentenza è giusta?».

²⁹¹ L'espressione «condizioni cognitive ottimali» è di IACOVIELLO F. M., *Il quarto grado*, cit., p. 797. In senso molto simile, v. TORRES CHEDRAUI A. M., *Derechos humanos y búsqueda de la verdad en el proceso penal: una propuesta de armonización*, Comares, 2015, p. 36.

²⁹² V in tal senso pur con varietà di accenti, TARUFFO M., *Idee per una teoria della decisione giusta*, in Id., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, 2002, p. 226; FASSONE E., *Giudice-arbitro*, cit., p. 582 ss.; SUMMERS R. S., *Formal legal truth and substantive truth in judicial fact-finding- their justified divergence in some particular cases*, in *Law and Philosophy*, 1999, vol. 18, p. 497 ss.

²⁹³ Cfr., nella Corte EDU, ad es., sent. 9 aprile 2009, *ŠILIH c. Slovenia*, n. 71463/01, § 193; sent. 14 dicembre 2010, *Milanovic c. Italia*, n. 44614/07, § 86; Grande Camera Corte Edu, sent. 24 marzo 2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, n. 23458/02, § 301. Per ultimo, Corte Edu, sent. 13 novembre 2012, *C.N c. Regno Unito*, n. 4239/08, § 69: «For an investigation to be effective, it must be independent from those implicated in the events. It must also be capable of leading to the identification and punishment of individuals responsible, an obligation not of result but of means». In dottrina, sul punto, MONTAGNA M., *Necessità della completezza*, cit., p. 349.

²⁹⁴ In questo senso, ALLISON J. R., *Ideology, prejudice, judgment*, cit., pp. 673-674.

così come osservate le garanzie e le regole processuali, sarà stata soddisfatta la clausola del giusto processo penale²⁹⁵.

È possibile riassumere affermando che il processo il cui risultato è una decisione ingiusta o equivoca, potrà soltanto essere considerato giusto, almeno per quanto riguarda il rispetto dell'esigenza contenuta nella clausola del giusto processo²⁹⁶, se l'ingiustizia della decisione sia derivata dalle limitazioni inerenti allo strumento processuale o dall'effettiva necessità di realizzare altri valori processuali²⁹⁷, e non da un disprezzo oppure da una negligenza nella ricerca della accurata ricostruzione dei fatti²⁹⁸.

Questa questione verrà ripresa in seguito, ma è importante chiarire in via preventiva alcuni concetti, non solo perché rilevanti ai fini del presente studio, ma anche per prevenire eventuali percezioni di incoerenza. Si assume l'idea del giudizio penale come a una forma di giustizia processuale imperfetta, in cui l'osservanza fedele del metodo non assicura l'ottenimento della condizione esterna rispetto alla giustizia del esito del processo, che corrisponde alla veridicità della premessa fattuale affermata (condannare il colpevole e assolvere l'innocente).

L'imperfezione, o la fallibilità della giustizia del processo risiede esattamente nell'eventualità che il procedimento abbia soddisfatto tutti i requisiti di giustizia del metodo, inclusa la determinazione di struttura e dinamica volte a produrre risultati giusti, ma comunque emanare una decisione "ingiusta in termini metateorici"²⁹⁹. In tali casi, il processo è giusto, anche se ne può conseguire una decisione ingiusta in termini metateorici o realistici,

²⁹⁵ Per analoghe considerazioni: SOLUM L. B., *Procedural justice*, in *Southern California Law Review*, n. 78, 2004, p. 190, il quale ha fatto notare come nessun schema procedurale è in grado di garantire la correttezza dei risultati, di modo che la legittimità delle decisioni dipenderà anche dalla giustizia del processo, vale a dire, di una procedura che garantisca la partecipazione delle parti interessate e prescriva «*a reasonable balance between the goal of accurate outcomes and the inevitable costs imposed by any system of dispute resolution*».

²⁹⁶ TARUFFO M., *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1003, in senso simile, ha fatto notare come «un "giusto processo" può sfociare in una decisione non veritiera e quindi ingiusta».

²⁹⁷ SUMMERS R. S., *Evaluating and improving legal processes – a plea for "process values"*, in *Cornell Law Review*, n. 60, 1974, p. 18, indica esempio di disposizione procedurale dotata di «*bad result efficacy*», ma che rispetta il valore della dignità umana e asserisce: «*A process feature that respects individual dignity is good for that reason alone, regardless of results, and thus qualifies as a process value*».

²⁹⁸ In senso molto simile, SUMMERS R. S., *Formal legal truth*, cit., p. 509, secondo il quale, quando questi fattori non sono in gioco, e «*formal legal truth*» non coincide con «*substantial legal truth*», a causa di, ad es., difetto di progettazione del procedimento, la divergenza non è giustificata.

²⁹⁹ Sono parole di FERRUA P., *La prova nel processo penale, vol. 1: struttura e procedimento*, G. Giappichelli, 2015, p. 19 ss., cioè la decisione può essere «ingiusta, nel senso 'esterno», nonostante la piena coerenza della decisione con le prove prodotte internamente nel processo.

cosa che è dovuta esattamente all'imperfezione della giustizia del processo³⁰⁰, all'inevitabile possibilità di una dissonanza tra la realtà e ciò che viene esposto nel processo³⁰¹.

Per tale motivo, ritenere che la giustizia della decisione sia parte integrante della clausola del giusto processo significa affermare che il meccanismo processuale debba essere disciplinato in modo tale da ottimizzare la correttezza delle decisioni, cioè del fatto che è necessario determinare condizioni cognitive idonee all'ottenimento di risultati giusti³⁰². A partire da una disposizione più rigorosa, sarebbe possibile esplicitare, con il autorevole supporto di Williams, che la «*accuracy*», in quanto una delle «virtù della verità», è ciò che è stato salvaguardato dalla clausola del giusto processo, cioè la precisione, la cura nello stabilire il metodo con cui si sviluppa la ricerca dei fatti in giudizio è che deve essere garantita³⁰³.

Per le ragioni brevemente citate, e a titolo preliminare, è possibile desumere che la relazione tra il giusto processo e la giustizia della decisione può trovare un'evoluzione proficua negli studi di giustizia procedurale applicata al processo giurisdizionale, almeno al fine di verificare la possibilità di conferire una linea di fondamento teorico alle idee centrali dello studio sul fatto che trattare della giustizia del processo comporta anche trattare della giustizia della decisione. Anche perché la nozione di giusto processo è intima all'idea di

³⁰⁰ In questo preciso senso, v. ZUCKERMAN A. A. S., *Justice in crisis: comparative dimensions of civil procedure*, in Id. (edited by), *Civil Justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*, Oxford Univ. Press, 1999, p. 4. Considerazione analoga è fatta da BULYGIN E., *Cognition and interpretation of law*, in GIANFORMAGGIO L., PAULSON S. L. (eds), *Cognition and interpretation of law*, G. Giappichelli, 1995, pp. 21 e 23, quando ritiene che, in questo caso, l'errore sarebbe esterno al processo.

³⁰¹ Come si vedrà di seguito, la verità nella ricostruzione dei fatti che sono oggetto del processo penale è un criterio di giustizia esterna e indipendente dal processo. L'equità della decisione fa parte del processo equo nella misura in cui la procedura deve essere strutturata per ricercare e stabilire la verità sui fatti. Ma, riaffermasi, la verità sui fatti rimane una condizione esterna e autonoma per quanto riguarda il processo. È per questo che non c'è contraddizione nel ritenere che l'equità della decisione è parte del giusto processo, e allo stesso tempo affermare che il processo può essere giusto, anche se emana una decisione ingiusta. Nelle parole di FERRUA P., *La prova nel*, cit., pp. 19-20, la decisione «giusta all'interno del processo in cui è emanata – è nondimeno ingiusta nel senso metateorico», ossia, L'ingiustizia della decisione decorre da un criterio esterno e indipendente del processo. Questa concezione è simile alla distinzione assunta da FERRER BELTRÁN J., *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, 2005, p. 35 ss., tra, in estrema sintesi, la prova di una dichiarazione di un enunciato fattuale in giudizio e la verità o la falsità della proposizione fattuale.

³⁰² Si può parlare qui di condizioni epistemologiche vicine all'ideale, il che significa: «tener disposición de respetar el valor verdad; esto quiere decir, hacer todo lo que en el marco del proceso judicial se permite para buscarla»; TORRES CHEDRAUI A. M., *Derechos humanos*, cit., p. 36. Analoghe considerazioni sono fatte da TARUFFO M., *La prova dei fatti*, cit., p. 155 ss., il quale ha ritenuto che la verità come corrispondenza funziona come valore teorico di riferimento dell'accertamento giudiziale esterno al processo, ossia, come ideale regolativo.

³⁰³ WILLIAMS B., *Genealogia della verità: storia e virtù del dire il vero*, Fazi, 2005, p. 120, identifica la precisione (*accuracy*) e la sincerità come «virtù della verità», essendo che i due aspetti della «*accuracy*» riguardano il primo alla volontà ed all'atteggiamento della persona che conduce la valutazione; e il secondo al processo di conduzione della ricerca, che dovrebbe essere considerato nella sua efficacia.

procedimento e di giustizia procedurale³⁰⁴, quindi mettere in discussione l'inserimento del valore della giustizia del risultato nell'ambito del concetto di giusto processo passa anche dal verificare se la qualità della decisione sia uno degli indicatori della giustizia del procedimento giurisdizionale e, di conseguenza, un valore processuale compreso nel concetto di *procedural justice*.

In ogni caso, la limitazione dello studio a una sola delle possibili manifestazioni del genere procedimento, ossia al contesto del processo penale, consente di superare almeno alcune delle interminabili discussioni teoriche riguardanti l'essenza del concetto di procedimento e la sua natura, soprattutto in relazione alle differenze tra forma e sostanza³⁰⁵. In ambito giurisdizionale, si accoglie genericamente la concezione di procedimento come ad un ordine prestabilito³⁰⁶, in cui gli atti sono vincolati in una relazione di causa-effetto: ogni atto costituisce la condizione del successivo e la conseguenza del precedente, puntando sempre allo stesso obiettivo. Esiste una coordinazione tra gli atti procedurali derivante dall'ordinamento precedente del procedimento, in cui ogni atto viene utilizzato come complemento dell'altro, allo scopo di completare il procedimento tramite il suo atto finale, e quindi unificando tutti questi atti per le finalità dell'iter procedurale³⁰⁷.

³⁰⁴ Infatti, si accoglie l'idea di Fazzalari nel senso che il procedimento è genere identificato da una serie o sequenza ordinata di norme, atti e posizioni soggettive «*in vista del – e compreso il – compimento di un atto finale*», essendo il processo una delle sue specie, caratterizzato dalla partecipazione in contraddittorio dei destinatari degli effetti dell'atto finale. Ossia, è la struttura dialettica della procedura, il contraddittorio tra le parti interessate, oppure l'abilitazione per partecipare simmetricamente assegnata a coloro la cui sfera giuridica la disposizione finale è destinata a produrre effetti, che caratterizza il processo, cfr. FAZZALARI E., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol XXVII, 1991, pp. 1 e ss; Id., *Istituzioni di diritto processuale*, 8^a ed., Cedam, 1996, p. 77 ss. La correlazione tra «*procedural justice*» e il «giusto processo» previsto nell'art. 111 della Costituzione italiana appare, ad es., in TARUFFO M., *Considerazioni su prova e verità*, in Id., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, 2002, p. 289.

³⁰⁵ V., ad es., RÖHL K. F., *Procedural justice: introduction and overview*, in: RÖHL F. K., MACHURA S. (eds.), *Procedural justice*, Ashgate, Dartmouth, 1997, pp. 1-2; BERTOLINO G., *Giusto processo*, cit., p. 33 ss. CHIESA L. E., *Giustizia e fairness nel processo penale*, in *Criminalia*, 2009, p. 141, semplifica sostenendo che, nell'ambito penale, le norme procedurali disciplinano i modi in cui un reato può essere perseguito, mentre le regole sostanziali delimitano la condotta antigiuridica e come si può attribuire il fatto agli imputati. Ai fini della esposizione, questa generalizzazione è possibile, anche se in pratica numerosi dubbi e discussioni risultano della distinzione tra norme sostanziali e norme procedurali.

³⁰⁶ PINTORE A., *Problemi di etica procedurale*, in Artosi A., Buongiovanni G., Vida S. (a cura di) *Problemi della produzione e dell'attuazione normativa*, Gedit, 2001, p. 40.

³⁰⁷ Cfr. ARAGONES ALONSO P., *Proceso y derecho procesal: introducción*, 2. ed. Edersa, 1997. p. 186-187, il quale utilizza tale criterio di coordinamento degli atti del procedimento, che dal primo all'ultimo atto hanno i loro effetti singolari destinati alla preparazione dell'effetto comune (unità dell'effetto), per distinguere procedimento di atto complesso: «*El procedimiento será, pues, la coordinación de actos que tienden a un efecto jurídico común*». Nel medesimo senso, FAZZALARI E., *Istituzioni di diritto*, cit., p. 61, il quale afferma che la procedura si intende quando si affronta una serie di norme, ognuna delle quali regola un certo comportamento, ma enuncia come presupposto della sua incidenza la realizzazione di un'attività regolata da un'altra norma della serie, e così fino a quando se raggiunge la norma regoladora derivata dall'atto finale.

Secondo quanto già indicato, essendo il procedimento regolato in maniera da consentire la partecipazione anche di coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a produrre effetti, e se tale partecipazione è concepita in maniera da porre su un piano simmetrico, tendenzialmente paritario, le parti interessate all'atto finale, dunque il procedimento comprenderà il "contraddittorio", presentandosi in modo più articolato e complesso. In questo caso, dal genere "procedimento" discende la specie "processo", che, nell'ambito giuridico, presuppone interessi contrapposti da risolvere tramite la decisione finale proferita da un soggetto terzo ed imparziale³⁰⁸.

Di fronte alla succitata relazione genere-specie esistente tra procedimento e processo e al fatto che questo studio si limiti unicamente alla specie processuale penale, sarà possibile nel corso dello studio impiegare le locuzioni «giustizia processuale» e «giustizia procedimentale» con lo stesso significato e finalità. Nonostante ciò, le valutazioni di giustizia procedurale *lato sensu* sono molto più ampie, poiché si riferiscono genericamente ai metodi con cui i gruppi sociali, tra cui l'azione delle tre sfere governative, delle istituzioni private e delle famiglie, applicano i requisiti di giustizia correttiva e distributiva ai casi particolari³⁰⁹.

Procedendo ancora con l'ottica preliminare di stabilire subito alcuni chiarimenti importanti per lo sviluppo del capitolo, è possibile asseverare che la teoria che verrà menzionata, in larga misura, è stata elaborata tenendo presente i contorni della giustizia procedurale ampiamente considerata, e quando sono state introdotte considerazioni di congiuntura normative, probabilmente la maggior parte di queste avevano come base di sviluppo le caratteristiche tipiche del processo amministrativo, o comunque del processo civile in ambito giudiziale. Tuttavia, come si sarà in grado di vedere, la maggior parte di tali fondamenti si applica ugualmente al contesto del processo penale, a condizione che si operino alcune osservazioni e annotazioni, molte delle quali verranno presentate nel corso dello studio.

³⁰⁸ Il processo penale raccoglie intrinsecamente delle caratteristiche che tendono a generare alcune controversie sulla sua necessità per quanto riguarda la configurazione del genere procedimento, come ad esempio l'ordinazione formalmente anticipata, la presenza di decisione finale pronunciata da terzo disinteressato, pertanto la delimitazione del problema consente di superare questi ampi dibattiti letterari. Per quanto riguarda queste controversie, v. RÖHL, K. F., *Procedural justice*, cit., p. 1 ss; GIOSTRA G., *Contraddittorio (principio del)*, II) *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IX, agg. 2001, p. 1 ss.

³⁰⁹ Cfr. SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 238. Ancora, secondo FAZZALARI E., *Processo (teoria generale)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVIII, 1966, pp. 1068-1069, il processo, infatti, si costituisce nel «modello elettivo della attività giurisdizionali», ma non è un fenomeno esclusivo dell'esercizio della giurisdizione, dal momento che se identifica l'utilizzazione di schemi procedurali al di fuori di tale ambito. Così, il processo giudiziale sarebbe «sottospecie di una species (il processo tout court)».

La parte più importante di questo percorso era affermare da subito alcune precisazioni necessari per una migliore comprensione dell'approccio utilizzato in seguito. Soprattutto per rendere chiaro che l'intenzione non è quella di svalutare la rilevanza degli altri principi e garanzie tradizionalmente correlati alla giustizia del procedimento penale, ma unicamente evidenziare, alla fine, l'importanza che rivesta il valore della precisione del risultato nella concezione del procedimento e, di conseguenza, nell'effettizzazione del giusto processo penale.

2.2 La doppia prospettiva negli studi di giustizia procedurale

Gli studi di giustizia procedurale possono essere suddivisi almeno in due grandi linee di esposizione. La prima cerca di superare gli innumerevoli dibattiti tra le diverse concezioni di giustizia sostanziale nell'identificazione dei principi fondamentali che devono guidare l'attribuzione dei diritti e dei doveri sociali, la distribuzione delle risorse in una società democratica³¹⁰ o la legittimità delle leggi emanate per orientare il tessuto sociale. Nel secondo contesto, più ristretto, la preoccupazione si concentra soprattutto nei requisiti che conferiscono legittimazione ai metodi decisionali mediante i quali le regole vengono applicate a casi concreti³¹¹.

Nel senso inaugurale, che può essere considerato lato, l'espressione *procedural justice* si riferisce genericamente a una linea di pensiero che mira a definire formalmente, o proceduralmente, gli strumenti mediante i quali i gruppi sociali, come i governi, le istituzioni private, le famiglie, ecc., renderebbero effettive le esigenze di giustizia distributiva³¹². Si tratta di elaborazioni teoriche di stampo politico-filosofico³¹³, con una forte ascendenza liberale, che basano la conformazione delle strutture politiche e sociali a partire di

³¹⁰ Secondo RAWLS J., *Una teoria della giustizia*, 4 ed., Feltrinelli, 1991, p. 23. Sebbene ogni individuo abbia una concezione di giustizia, non c'è armonia nei principi che devono guidare la distribuzione appropriata dei benefici e degli oneri nella società. Per analoghe considerazioni: VECA S., *La bellezza e gli oppressi. Dieci lezioni sull'idea di giustizia*, Feltrinelli, 2010, p. 50; TARUFFO M., *Idee per una teoria*, cit., pp. 219-221.

³¹¹ In questi termini, SOLUM L. B., *Procedural justice*, in *Southern California Law Review*, n. 78, 2004, p. 238, il quale specifica che, nel contesto attuale, *procedural justice* si riferisce sia ai processi decisionali con cui le norme sono applicate a casi particolari di conflitto, sia ai processi legislativi di ripartizione dei benefici e degli oneri nella società, distinzione fatta dalle categorie aristoteliche, rispettivamente, di "*corrective justice*" e "*distributive justice*".

³¹² Per una nozione semplificata del significato di giustizia distributiva, v. SCHMIDT V. H., *Procedural aspects of distributive justice*, in RÖHL F. K.; MACHURA S., *Procedural justice*, cit., p. 161

³¹³ PINTORE A., *Problemi di etica*, cit., p. 39, riferisce una notevole conversione procedurale negli studi politico-filosofici, illustrando questa constatazione con il successo delle teorie di Habermas, Rawls e Ackerman.

giustificazioni procedurali³¹⁴, il cui interesse primordiale è quello di mettere in discussione la definizione degli ampi principi di regolazione delle istituzioni sociali di base e non le norme penali materiali e il metodo legittimo della sua applicazione nei procedimenti giudiziari³¹⁵.

Secondo quanto afferma Rawls, l'oggetto della sua elaborazione teorica di giustizia è la struttura fondamentale della società, i pilastri fondamentali della costituzione politica, economica e sociale della vita in una comunità, a partire da cui verranno ordinati tutti gli altri aspetti rilevanti dell'organizzazione collettiva, definiti diritti, doveri e prospettive di vita comunitaria e privata³¹⁶. È considerata una teoria procedurale della giustizia nella misura in cui la determinazione dei principi di giustizia sostanziale risulterebbe basata su un procedimento, che avrebbe lo scopo di determinare i criteri sui quali sarebbero plasmati le istituzioni sociali e le relazioni umane, mettendo da parte le definizioni preliminari di giustizia distributiva.

Andando oltre le prolifiche discussioni sulla concezione di giustizia su cui basare le nozioni di giusti e ingiusti nella fondazione dell'organismo sociale e nella distribuzione di vantaggi e oneri, la teoria neocontrattualista di Rawls³¹⁷ pone le sue basi nell'importanza di un metodo caratterizzato da un ipotetico accordo formulato in posizione originaria di uguaglianza, nella quale i contraenti non sono consapevoli della loro posizione nella società. Ignorando qualità, percezioni e potenzialità, cioè in sostanza tutti i fattori contingenti in grado di interferire in tale scelta, i principi di giustizia verrebbero determinati sotto un velo d'ignoranza³¹⁸, che dipende da persone libere e razionali ma prive di interferenze da condizioni sociali o da disuguaglianze³¹⁹ che potrebbero deformare l'idealizzazione rawlsiana di giustizia come equità³²⁰.

³¹⁴ In questo senso, v. OTTONELLI V., *Giustizia procedurale*, in *Ragion pratica*, n. 7, 1996, p. 99 ss. relazionando la teoria di Rawls con il liberalismo kantiano, ad esempio, MASHAW J. L., *Administrative due process*, cit. p. 912 ss.

³¹⁵ Così si esprimono THIBAUT J., WALKER L., LATOUR S., HOULDEN P., *Procedural justice as fairness*, in *Stanford Law Review*, vol. 26, n. 6, 1974, p. 127, secondo i quali il nucleo dell'elaborazione rawlsiana non è immediatamente collegato alla «corrective justice».

³¹⁶ RAWLS J., *Una teoria*, cit., pp. 24-25; VECA S., *La bellezza e gli oppressi*, cit., p. 53; NELSON W., *The very idea of pure procedural justice*, in *Ethics*, vol. 90, n. 4, 1980, p. 508 ss.

³¹⁷ TSCHENTSCHER A., *The function of procedural justice in theories of justice*, in RÖHL F. K.; MACHURA S. (eds.), *Procedural justice*, cit., p. 109 considera la teoria della giustizia di Rawls come «modern contractarianism»; VECA S., *La bellezza e gli oppressi*, cit., p. 55; BOUDON R. *Il vero*, cit., p. 36.

³¹⁸ Cfr. RAWLS J., op. cit., pp. 28 ss, si tratta di una concezione della giustizia che annulla «la casualità delle doti naturali e la contingenza delle condizioni sociali». A partire di questo metodo, ossia il trucco pedagogico, Rawls cerca di indicare, ad es., in che condizioni le disuguaglianze possono essere considerate legittime; cfr. BOUDON R., op. cit., p. 239.

³¹⁹ Così, ad esempio, MASHAW J. L., *Administrative due process: the quest for a dignitary theory*, in *Boston University Law Review*, 1981, p. 917, che parla di persone razionali e mutuamente disinteressate.

In estrema sintesi, si può dire che, in questa concezione, la giustizia sostanziale deriva dal procedimento precedentemente determinato, in modo che il procedimento non sarebbe più un mero strumento per il raggiungimento dei criteri di giustizia determinati in anticipo, per diventare la condizione sufficiente all'ottenimento della giustizia sostanziale. Questo è un approccio tipico di filosofia politica, che ha come oggetto le strutture sociali più significative.

Nonostante l'ampiezza di queste analisi di stampo politico-filosofico trascenda di molto l'obiettivo di questo paragrafo, vi sono alcuni aspetti espressivi negli sviluppi teorici di Rawls che di solito sovvenzionano gli studi che coinvolgono le concezioni di giustizia nel contesto più limitato del procedimento giurisdizionale. Data la loro importanza, alcuni di questi contributi, a causa della loro importanza, non solo saranno incorporati, come meriteranno maggiore attenzione nel corso dell'approccio.

In questo percorso appena indicato, forse la principale categorizzazione procedurale colta nel lavoro di Rawls e, proprio per questo, la più diffusa tra gli studiosi della giustizia del processo, è la formulazione dei tre tipi di giustizia procedurale: pura, perfetta e imperfetta. Nell'opera «Una teoria della giustizia» l'autore identifica la giustizia procedurale pura nelle situazioni in cui la giustizia del risultato derivi unicamente dall'applicazione di un metodo giusto, ossia quando non esiste un criterio esterno per valutare la correttezza del risultato: qualunque sia la risoluzione del processo, questa verrà considerata giusta ogni qualvolta sarà soddisfatto il procedimento³²¹. Il metodo adottato nei giochi d'azzardo, in una lotteria, viene utilizzato come esempio di procedimento che legittima il risultato, qualunque esso sia³²².

Entrambe le nozioni di *perfect* e *imperfect procedural justice* aggiungono, in relazione alla concezione pura, la presenza di un criterio indipendente di giustizia del risultato del processo, che esiste in maniera esterna e anticipata rispetto al procedimento, quindi i processi passano ad essere valutati in base alla capacità di ottenere i risultati

TSCHENTSCHER A., *The function*, cit., p. 109 elenca i seguenti requisiti di equità nella posizione originaria: uguaglianza, libertà, razionalità, autonomia e il disinteresse reciproco.

³²⁰ Viene chiamata teoria della giustizia come equità, dato che i principi di giustizia derivano da ipotetico accordo originario a condizioni di uguaglianza.

³²¹ In dottrina, sul punto BAYLES M. D., *Procedural justice*, cit., p. 5, il quale menziona che la giustizia del risultato, in questa concezione, è determinata dalla giustizia della procedura. Interessante riportare le parole di RAWLS J., *Una teoria*, cit., p. 86: «non esiste un criterio indipendente per un risultato corretto: esiste invece una procedura equa o corretta tale da dare un risultato similmente equo o corretto, qualunque esso sia, a condizione di seguire appropriatamente la procedura».

³²² Tra i molti, v. MACHURA S., *Introduction: procedural justice, law and policy*, in *Law & Policy*, 1998, p. 8; LEADER S., *Procedure e risultati*, in *Ragion pratica*, 1997, n. 9, p. 123.

desiderati³²³. La differenza consiste nel fatto che, nella versione perfetta di giustizia procedurale, il processo ben sviluppato assicura, in ogni caso, l'ottenimento della risoluzione desiderata³²⁴. D'altro canto, nel modello imperfetto di giustizia del procedimento, l'applicazione adeguata del processo non è sufficiente per garantire, in tutti i casi specifici, la accuratezza del risultato³²⁵.

È pertinente sottolineare, in virtù degli scopi del presente studio, che nonostante Rawls fondi la sua «teoria della giustizia come equità», relativamente alla struttura fondamentale della società, sul modello della giustizia procedurale pura, sostenendo, quindi, che la definizione dei principi che devono reggere la attribuzione di diritti ed oneri derivi unicamente da un procedimento concepito come posizione originaria, senza alcun parametro esterno e preliminare relativo al risultato³²⁶, nel trattare la giustizia procedurale imperfetta il paradigma utilizzato per rappresentare tale modello è il procedimento nell'ambito dei tribunale³²⁷, più specificatamente il processo penale.

Secondo l'autore, l'esito desiderato alla fine del procedimento è che è l'imputato sia dichiarato colpevole solo se ha effettivamente commesso il delitto: «La procedura processuale è strutturata in modo da ricercare e stabilire la verità al riguardo»³²⁸. Tuttavia, e malgrado tutti gli sforzi compiuti in questo senso, non è possibile strutturare il procedimento giudiziario in modo da garantire la accuratezza o precisione del suo risultato.

³²³ Cfr. BAYLES M. D., *Procedural justice*, cit., p. 5; FERRUA P., *La prova nel processo*, cit., p. 17.

³²⁴ Su questo punto, Rawls J., op. cit., p. 85: «La cosa essenziale è che esiste uno standard indipendente per decidere quale risultato è quello giusto e una procedura sicura che permette di raggiungerlo».

³²⁵ RAWLS J., *Una teoria*, cit., pp. 175 e 301, distingue ancora la nozione di giustizia procedurale quasi pura, per i casi di indeterminatezza della giustizia, vale a dire quando v'è un ambito concordato o una gamma più o meno ampia entro i quali le scelte effettuate saranno considerati giuste, che si applicherebbe alle questioni di politica economica e sociale: Le leggi e le politiche saranno giuste dal momento che sono entrati in questi limiti consentiti. Al riguardo, TSCHENTSCHER A., *The function*, cit., pp. 107 e 111: «*Quasi-pure procedural justice has the function of defining the boundaries of discretion for the selection of one outcome within a range of equally just outcomes*».

³²⁶ Sulle idee della posizione originaria e del velo dell'ignoranza che sottolineano la nozione di giustizia procedurale pura nell'elaborazione rawlsiana della giustizia come equità, v. RAWLS J., op. cit., p. 125 ss. Interessante la lettura di VECA S., *La bellezza e gli oppressi*, cit., p. 59 ss., nel senso che la teoria della giustizia come equità «presuppone un criterio di giustizia indipendente che è specificato dalla psicologia morale», cioè del senso di giustizia di ogni individuo, o di una interpretazione sostanziale del senso intuitivo di giustizia dei cittadini, di quanto si determinerebbe la procedura da seguire (posizione originaria) ed i principi di giustizia; quindi sarebbe un caso di «procedura perfetta»; Id. *Sull'idea di giustizia procedurale*, in *Rivista di Filosofia*, 2001, p. 223 ss.

³²⁷ Il proprio RAWLS J., op. cit., p. 61 ss, differenzia le grandi istituzioni o le pratiche sociali, indicando, in aggiunta al suo tema principale che è propriamente la struttura fondamentale della società, disciplinata dai principi di giustizia sociale, ad esempio: « [...] i processi e i parlamenti, i mercati e i sistemi di proprietà [...]», ognuno guidato da un sistema pubblico di regole.

³²⁸ Così, RAWLS J., op. cit., p. 85; VECA S., *La bellezza e gli oppressi*, cit., p. 54.

In seguito allo studio sarà interessante recuperare nuovamente le categorizzazioni operate da Rawls dei tipi basilari di giustizia procedurale per tentare di inquadrare le distinzioni che verranno presentate a partire dalle famiglie di valori che conferirebbero legittimità allo schema procedurale, chiedendosi se esiste la possibilità di adattare la classificazione fatta dei gruppi valoriali alle nozioni di giustizia procedurale pura, perfetta o imperfetta, anche come maniera di illustrare le idee esposte³²⁹.

2.3 Valori processuali e correttezza della decisione

Nel secondo apprezzamento proficuo allo sviluppo degli studi di giustizia procedurale, l'approccio si limita ai valori compresi nella nozione di procedimento decisionale, ossia agli aspetti assiologici che occorre prendere in considerazione nella nozione di giustizia procedurale. In altre parole, si tratta di verificare quali sono i valori che dovrebbero essere alloggiati in un meccanismo di giustizia procedurale che pretende di essere legittimo e ben concepito³³⁰, principalmente perché, come riferisce Galligan, i valori procedurali contemplati dall'ordinamento giuridico generano norme procedurali positive³³¹. È anche importante esaminare la possibile graduazione di tali aspetti assiologici dai quali dipendono la giustizia del procedimento.

È facile comprendere come questa seconda linea più limitata di sviluppo del tema della giustizia procedurale sia in realtà quella che più interessa nel seguito di questo capitolo destinato a esaminare i possibili ordini di valori che dovrebbero essere presi in considerazione nel tentativo di realizzare un processo penale giusto. Si tratta di una conseguenza facilmente spiegabile sia per il collegamento con il tema proposto, sia per il fatto che le idee di giustizia distributiva citate nella sezione precedente probabilmente non determinino il meccanismo giudiziario o la risoluzione della causa penale³³². A tale scopo gli studi di *procedural justice*, in quest'ottica circoscritta, sono guidati esattamente dall'intenzione di fornire un presupposto teorico ai parametri di giustificazione razionale del procedimento, collaborando all'esame dei principi che devono figurare come fondamenti di strutturazione legittima del processo nel contesto giuridico.

³²⁹ Per orientamento simile v. SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 240.

³³⁰ Cfr. ALLISON J. R., *Ideology, prejudice*, cit., p. 659, *process values* seriam, em senso corrente, «*the goals and positive contributions of good procedure*». Ancora GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. 37.

³³¹ GALLIGAN D. J., op. loc. cit.

³³² In questi termini, TARUFFO M., *Giustizia, procedure*, cit., p. 145.

A partire da tale esposizione, si ritiene che sia possibile stabilire un posizionamento più solido e dettagliato per quanto riguarda il modello di giustizia procedurale che si presenta più idoneo a descrivere la giustizia del processo penale, pertanto, in ultima analisi, si cerca un fondamento nella teoria procedurale relativamente ai valori che devono essere espressi tramite la clausola del giusto processo penale. In tale proposta è insita, per certo, l'idea di base di questa parte dello studio che è quella di verificare se, e in quale misura, la correttezza del risultato del processo deve figurare come presupposto di realizzazione della giustizia processuale, obiettivo che si prevede di sostenere, nel prosieguo, nelle analisi di *procedural justice*³³³.

2.3.1 Procedimento, giustizia e valori nel processo

L'inserimento nel complicato problema della giustizia procedurale rimarrà limitato dall'obiettivo già indicato di accennare alcune delle possibili linee teoriche che forniscono fondamento alla affermata correlazione tra la giustizia del processo e la correttezza del risultato del procedimento. Per tale motivo, non rientra nell'economia di questo contributo proseguire nell'approccio delle svariate questioni suscitate negli studi relativi al procedimento e la sua relazione con la giustizia, oggetto degli studi di giustizia processuale, e questo non solo per la convenienza dell'esposizione, che sarebbe comunque consigliabile, ma anche per evitare un ampliamento eccessivo³³⁴ e, all'interno dei limiti tracciati, inutili, del campo di studio.

Il tema della relazione tra giustizia e procedimento non si restringe al contesto giudiziario, al contrario è molto più ampio. In ogni caso, il processo nell'ambito dei tribunali è il settore sociale e giuridicamente più rilevante in cui si può studiare questa correlazione³³⁵.

Per tale motivo, numerosi argomenti di esposizione, che verranno solo indicati, al pari di tanti altri, meriterebbero sicuramente un'ampia trattazione stante la loro importanza e le ripercussioni che hanno in qualsiasi analisi approfondita sulla giustizia processuale. Tali temi, tuttavia, non verranno abordati in questo studio che si basa su riflessioni di *procedural*

³³³ In questi termini, ad esempio, GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. 53, dopo aver stabilito connessione tra «*procedural fairness*» e «*fair treatment*», è chiaro quando asserisce che: «*Fair treatment requires accurate finding of fact and the proper application of the statutory criteria to it. In order to ensure that outcome, procedures are needed to provide the necessary information and evidence, and to facilitate a sound and impartial judgment applying the statutory criteria to the facts*».

³³⁴ Secondo BAYLES M. D., *Procedural justice*, cit., p. 2: «*the issues of procedural justice are too many to be considered in one book*».

³³⁵ Cfr. TARUFFO M., *Giustizia, procedure*, cit., p. 145 ss; BERTOLINO G., *Giusto processo*, cit., p. 60.

justice secondo un avvicinamento altamente generalista. La trattazione che ne conseguirà, quindi, sarà molto più limitata.

Le riflessioni che verranno sviluppate si circoscrivono alla nozione di giustizia processuale applicata al processo giurisdizionale e, più specificamente, a una concezione di giustizia processuale che tratta delle condizioni necessarie affinché le norme penali possano essere applicata in maniera giusta. In altre parole, si intende di tracciare alcuni parametri di giustizia processuale che siano più idonei alla clausola del giusto processo. L'intenzione è quella di delineare le condizioni di giustizia del processo penale, con l'obiettivo di esaminare in quale modo la precisione del risultato del procedimento è, o può essere, contemplata nelle concezioni teoriche più correnti di giustizia procedurale.

Lo studio dei modelli di *procedural justice*, compiuto a partire dal taglio limitatamente proposto, destinato a sondare i gruppi di valori che devono influenzare la concezione di un sistema processuale penale legittimo, può essere introdotto con la domanda-guida indicata da Solum: «che cosa rende giusto un processo?»³³⁶. Nonostante la dottrina orientata ad analizzare questo interrogativo sia estesa e presenti una varietà di sfaccettature, non essendoci equilibrio nemmeno nel tentativo di identificazione terminologica dei congiunti di valori normalmente utilizzati per valutare la giustizia del processo, è possibile, in linea generale e ai fini proposti, affermare l'esistenza di due grandi categorie valoriali che dovrebbero guidare le valutazioni di giustizia procedurale³³⁷ e, quindi, la maniera di proiettare gli schemi processuali³³⁸. Secondo quanto sarà stato indicato, tali matrici di base

³³⁶ SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., pp. 183 e 262. La questione che inaugura lo studio di Solum è più ampia: «*What makes a procedure just?*»; in seguito, dopo delimitare la ricerca al processo giudiziario, rinnova la questione in questi termini: «*what makes a process fair*». Un altro modo di proporre il problema, ma che, in ogni modo, richiederà considerazione molto simile nel tentativo di risoluzione, viene presentato da GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. 55: «*A good test for the worth of any procedure is to ask what value it serves [...]*».

³³⁷ Per questo orientamento v. BONE R. G., *Agreeing to fair process: the problem with contractarian theories of procedural fairness*, in *Boston University Law Review*, 2003, p. 508. Ancora LIND E. A., TYLER T. R., *The social psychology of procedural justice*, Plenum, 1988, p. 2 ss, che identificano questa contrapposizione con i termini «*outcome-based model*» e «*process-based model*». A questo proposito, SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 242, specialmente nt. 153, pur identificando tre famiglie di idee e facendo riferimento alle variazioni delle nomenclature normalmente utilizzate per lo stesso scopo, alla fine riconosce la somiglianza tra la sua etichettatura e parte della dottrina che usa la classificazione bipartita dei modelli di giustizia procedurale a partire dalle classi di valori.

³³⁸ Secondo MACHURA S., *Introduction*, cit., p. 1: «*norms and values outline types of procedures and their special qualities which must be fulfilled in order to produce legitimate outcomes*»; V. in tal senso, pur con varietà di accenti, SUMMERS R. S., *Evaluating and improving*, cit., pp. 14 e 20 ss., indicando le caratteristiche generali del processo il cui scopo sarebbe quello di servire oppure implementare i valori procedurali ritenuti rilevanti. Più ampiamente, GALLIGAN D. J., *Due process* cit., pp. 7, 20 ss., 31 ss., riconosce che lo scopo di applicare gli standard stabiliti dalla norma sostanziale, di altri valori procedurali, nonché delle credenze, dei valori sociali e degli aspetti culturali e storici sono tutti fattori determinanti nella configurazione concreta delle procedure.

possono essere ancora soggette a suddivisioni e smembramenti interni, con specificazione dei sottogruppi di principi.

La prima dimensione di valori relativa alla valutazione della legittimità di schemi processuali di risoluzione di conflitti si focalizza sui criteri interni al procedimento in sé stesso, senza prendere in considerazione le conseguenze del meccanismo processuale nella qualità dei risultati ottenuti³³⁹. Si tratta di una categoria derivante da elaborazioni teoriche che privilegiano i valori processuali intrinseci, inerenti al procedimento in sé stesso, e per questo sono considerate concezioni non strumentali di giustizia processuale, una volta che il processo non viene valutato in base a ponderazioni strumentalizzate secondo una logica di relazione mezzo-fine.

La seconda grande categoria valoriale prende in considerazione la capacità del procedimenti di ottenere risultati giusti. In tale trattazione, la principale ragione di essere dello strumento processuale è l'ottenimento di uno scopo, finalità quest'ultima che deriva dalle imposizioni della legge sostantiva³⁴⁰. Pertanto la valutazione rispetto all'utilità e alla correttezza del processo deriva essenzialmente dalla sua predisposizione a realizzare con successo tali scelte legislative in casi concreti³⁴¹. In altre parole, la giustizia del procedimento, in questa concezione cosiddetta strumentale, dipende soprattutto dalla precisione dei risultati ottenuti³⁴². Secondo quanto verrà sviluppato di seguito, al punto 2.5, tale categoria valoriale di giustizia procedurale relativa ai valori strumentali dimostra come molti studi di *procedural justice*, al contrario di quanto sostenuto da alcuni³⁴³, non escludono la qualità dei processi come mezzo per l'ottenimento di risultati accurati.

³³⁹ Fra i tanti, v. ALLISON J. R., *Ideology, prejudgment*, cit., p. 680 ss; REDISH M. H; MARSHALL L. C., *Independence and the values*, cit., p. 481 ss; GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. 36.

³⁴⁰ Cfr., ad es.: SOLUM L.; MARZEN S., *Truth and uncertainty: legal control of the destruction of evidence*, in *Emory Law Journal*, n. 36, 1987, p. 1139: «*Truthseeking is important because accurate results are essential if the laws are to serve their social purposes [...] accurate fact finding is necessary to enforce those laws*».

³⁴¹ V., ad esempio, REDISH M. H; MARSHALL L. C., *Independence and the values*, cit., p. 476 ss.; HAY B. L., *Procedural justice – ex ante vs. ex post*, in *UCLA Law Review*, 1997, pp. 1806-1807; LAUDAN L., *Truth, error*, cit., p. 1 ss., ancora BONE R., *Procedure, participation, rights*, in *Boston University Law Review*, vol. 90, n. 2, 2010, p. 1015, secondo il quale: «*Outcome-based theories assume that the primary purpose of adjudication is to produce outcomes that enforce the substantive law*».

³⁴² L'identificazione delle differenze di concezione tra i valori intrinseci, o intrinsecamente procedurale e i valori strumentali o correlati ai risultati, come esigenze di «*procedural due process*», si trova ad es. in TRIBE L. H., *American constitutional*, cit., p. 666.

³⁴³ Cfr., ad es., TARUFFO M., *La semplice verità*, cit., p. 101 ss, p. 117; dello stesso Autore, in CANZIO G., TARUFFO M., UBERTIS G., «Opinioni a confronto», *Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)*, in *Criminalia*, 2009, p. 315, il quale considera, genericamente, che le teorie di *procedural justice* disprezzano la qualità della decisione. Questa imprecisa percezione di Taruffo su tutte le teorie di *procedural justice* sembra essere stata identificata anche da CAVALLONE B., *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 7 e 26.

L'esposizione elaborata a partire da questo dualismo tra gruppi di valori utilizzati per la valutazione della giustizia del procedimento³⁴⁴, e, di conseguenza, invocati anche per costituire la base della concezione delle regole processuali orientate concretamente alla realizzazione di tali valori, riduce, in qualche maniera, la complessità a favore della linearità dello studio. Ciò accade poiché la dottrina è ricca di riferimenti a numerosi argomenti che tendono a riflettersi nelle analisi di *fairness* procedurale³⁴⁵ e nell'elaborazione degli schemi processuali.

Dal momento che l'intenzione non è quella di inchinarsi in ognuna di queste riconosciute reti argomentative, si seguirà la tendenza di una parte significativa della letteratura di classificare normativamente la giustizia del procedimento a partire dalle due categorie principali di valori processuali citati: strumentali e non strumentali o, rispettivamente, *outcome based values* e *non-outcome based values*³⁴⁶. È a questo proposito che viene adottata la preferenza deliberata di non accogliere la tendenza più comune di differenziarli con la solita classificazione che inserisce, da un lato, i valori attinenti ai risultati e, dall'altro, i valori cosiddetti processuali, poiché, per la concezione adottata nello studio, entrambi sono valori processuali, con la differenza che i primi sono relativi ai risultati, mentre i secondi non si basano sul successo dei procedimenti, o ne sono indipendenti³⁴⁷.

2.4 Concezioni non strumentali di giustizia procedurale

La constatazione citata in precedenza a proposito di un intreccio argomentativo nell'analisi dei valori procedurali deriva principalmente da svariate e intricate riflessioni dottrinali che mirano a costituire le basi dell'affermazione dell'importanza degli aspetti inerenti al procedimento, indipendentemente dai suoi effetti sulla qualità delle decisioni. In tale percorso si trovano elementi variabili sia nel tentativo di conferire una base teorica a

³⁴⁴ Cfr. GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. 8: «*One sense of fairness consists in achieving the outcomes required by law. A second sense of fairness is linked to those other values and is satisfied when they are respected*».

³⁴⁵ Sono usati in tutto il testo, i termini «giustizia procedurale» e «*fairness procedurale*» indistintamente, anche se è possibile e anche utile, in alcuni casi, stabilire la distinzione tra le locuzioni, cfr. GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. xvii. Sui contorni della differenziazione tra i significati di *justice* e *fairness*, v., ad es., CHIESA L. E., *Giustizia e fairness*, cit., p. 135 ss.

³⁴⁶ Estremamente chiare in proposito le parole di BONE R. G., *Agreeing to fair*, cit., pp. 504 e 508: «*The procedure literature contains strands of several different arguments that purport to sound in fairness, but in fact do not. [...] Authentically normative theories of procedural fairness fall into two broad categories: process-based and outcome-based*».

³⁴⁷ V., in particolare, GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., pp. 50 e 79, il quale che propone che la distinzione sia fatta tra «*outcome values*» e «*non-outcome values*»; nello stesso senso, v. BERTOLINO G., *Giusto processo*, cit., p. 103. In modo simile LAUDAN L., *Truth, error*, cit., *passim*, distingue «*epistemic values*» dei «*nonepistemic values*».

questa categoria valoriale, ossia di stabilire il motivo per cui si deve attribuire importanza al processo di presa delle decisioni, senza prendere in considerazione i risultati ottenuti, sia nel lavoro di identificazione dei valori di natura procedurale degni di affermazione.

Tra le cause di tale differenza di approcci risiede sicuramente la precisa constatazione operata da Mashaw per cui, nonostante sia comune il riferimento a valori intrinseci o inerenti al procedimento stesso, sarebbe più corretto considerarli, prima di tutto, come una preoccupazione che coinvolge tutte le forme di relazione di potere e di validazione dell'azione istituzionale, come una pretesa di quei valori che dovrebbero orientare l'insieme dell'umanità e delle relazioni sociali e non solo i meccanismi di risoluzione dei conflitti³⁴⁸. Non si contesta la logica di tale asserzione, né è possibile considerarla come l'unica ragion d'essere di una qualsiasi ambiguità nella giustificazione e nella relativa irresoluzione della funzione dottrinale di indicare tali valori³⁴⁹. Tuttavia, tale percezione suscita uno scenario troppo ampio, direttamente proporzionale alla varietà delle risposte, e che si dimostra un fattore rilevante di imprecisione.

Nel tentativo di superare le difficoltà relative a un ampliamento eccessivo del campo di studio, si prevede di far riferimento unicamente ad alcune basi teoriche stanti a indicare l'importanza dell'affermazione di valori intrinsecamente procedurali e, contemporaneamente, esporre alcuni di questi principi di valutazione. Gli elementi guida di tale percorso, al di là di quanto enunciato, saranno i concetti più diffusi nella dottrina, sempre con una prospettiva che mira alla maggior applicabilità ai processi giudiziari, lasciando da parte qualsiasi pretesa di esaustività. La finalità è unicamente quella di verificare se, e in quale misura, è possibile parlare di valori processuali non fondati o non derivanti dall'idea di precisione del risultato.

Il compito di indicare alcuni di questi valori processuali potrebbe essere agevolato dalla semplice ripresa della nozione già citata nella prima parte del presente studio, nel senso che la dimensione processuale della clausola del giusto processo, sostenuta dall'idea di *fairness*, prevederebbe un contenuto di valutazione minimo affinché lo schema processuale possa considerarsi giusto. Tale contenuto viene in sintesi identificato con il binomio *notice*

³⁴⁸ MASHAW J. L., *Administrative due process*, cit. p. 886, che esemplifica con valori come l'autonomia, il rispetto proprio, l'uguaglianza.

³⁴⁹ Facendo riferimento ai valori non strumentali, ALLISON J. R., *Ideology, prejudice*, cit., p. 680, ritiene che sarebbero «*more slippery than instrumental ones*»; e aggiunge: «*Their amorphous nature also makes them less susceptible to consensus*».

*and hearing*³⁵⁰. Oppure, in maniera ancora più concisa, basterebbe menzionare che tali principi sarebbero stabiliti e giustificati dall'insieme delle prescrizioni che disciplinano il processo giudiziario in multilivelli normativi.

Tuttavia, nella dottrina si trovano ancora alcune percezioni di eccessiva affinità tra i valori processuali intrinseci, quali la partecipazione, l'imparzialità e la razionalità nei giudizi, con giustificazioni puramente strumentali, a indicare il fatto che i valori detti immanenti al procedimento non potrebbero essere svincolati dai loro effetti relativi alla qualità dei risultati ottenuti³⁵¹, in una specie di strumentalizzazione eccessiva dei *non-outcome based values*. Anche negli studi precursori di psicologia sociale, si era percepita una chiara tendenza a relazionare le caratteristiche processuali a un calcolo di *self-interest*, basato sulla ponderazione tra *inputs* e *outputs*³⁵².

Inoltre, anche quando tali valori non strumentali vengono affermati e coscientemente apprezzati in quanto tali, vi è sempre una tendenza, o almeno un rischio reale, a rimpiazzarli con ragionamenti di ponderazione e di utilitarismo³⁵³, cioè a considerarli come derivazione di interessi specifici correlati ai risultati migliori, oppure soggetti a calcoli di costo-beneficio e di conseguenza passibili di limitazioni e/o riserve.

2.4.1 Il procedimento come un gioco

All'interno dell'alternanza nel fondamento teorico dei valori intrinseci al procedimento è possibile avviare il discorso menzionando la concezione che assimila il processo a un gioco o un incontro sportivo, orientato da regole chiare e prestabilite la cui osservanza viene garantita da un arbitro neutrale. L'essenza di tale elaborazione sarebbe quella di assicurare condizioni di parità tra i contendenti. Proprio come una competizione sportiva, il processo verrebbe considerato giusto a condizione che il procedimento segua le

³⁵⁰ Certamente, questo è un binomio di condensazione, non c'è dubbio che altri diritti derivino da questa clausola, che è stata già identificata dalla Corte Suprema statunitense come «*the due process right to a day in court*», cfr. BONE R., *Procedure, participation, rights*, cit., p. 1011.

³⁵¹ Assimilazione che si trova ad esempio in REDISH M. H; MARSHALL L. C., *Independence and the values*, cit., pp. 482 e 487, i quali, riferendosi alla partecipazione, affermano che l'attenzione sarebbe rimasta «*results-oriented*». Siffatto orientamento viene individuato, criticamente, ad es., da BAYLES M. D., *Procedural justice*, cit., p. 131 ss.; BONE R., *Procedure, participation, rights*, cit., p. 1116 ss.

³⁵² RÖHL, K. F., *Procedural justice*, cit., p. 4; TYLER T. R.; E. ALLAN LIND, *A relational model of authority in groups*, in *Advances in experimental social psychology*, vol. 25, 1992, p. 119 ss.

³⁵³ In tal senso si esprimeva SUMMERS R. S., *Evaluating and improving*, cit., p. 5.

regole con fedeltà e consentendo la vittoria alla parte più abile³⁵⁴. Ideologia che, per tale motivo, è stata identificata con l'espressione *sporting theory of procedure*³⁵⁵.

L'assimilazione del processo a un gioco può essere considerata ambigua fin dall'origine, dal momento che le parti non dispongano della libertà di scelta tra il partecipare o meno al procedimento. Nel processo penale tale assenza di opzione risulta ancora più nitida, poiché la pretesa non può essere mai soddisfatto sul piano dei fatti, dal momento che il diritto penale può essere applicato solo mediante l'esercizio della giurisdizione nel processo³⁵⁶, e ciò escluderebbe ogni possibile affinità con una sfida sportiva³⁵⁷. Inoltre, la nozione per cui la risoluzione dei conflitti possa dipendere solo dall'abilità degli avvocati o dalla maggior disponibilità economica delle parti sembra essere contraria ai criteri di base della razionalità giuridica³⁵⁸.

L'analogia del processo con un gioco non regge neanche relativamente alla sua conclusione, una volta che il procedimento giudiziario non presenta tutti i criteri di delimitazione del suo risultato, come avviene per le sfide sportive. Il risultato naturale del processo deve tenere conto dell'applicazione di norme giuridiche al caso concreto e tale successo decisionale non deriva, o non è racchiuso, dalla mera osservanza delle regole procedurali³⁵⁹.

³⁵⁴ Questa nozione sembra avvicinarsi alla concezione del processo come semplice strumento di risoluzione dei conflitti adattato a un'ideologia liberale estrema di *laissez-faire*, non interessata dalla correttezza del risultato, come sviluppato ampiamente da Damaška, che indica come criterio essenziale per la decisione della causa la verifica di quale delle parti si ha difeso meglio, cfr. DAMAŠKA M. R., *I volti della giustizia*, cit., p. 233. Per una riflessione sull'influenza delle capacità tecniche degli avvocati sull'esito del *trial* norte-americano, v. PIZZI W. T., *Trials without truth: why our system of criminal trials has become an expensive failure and what we need to do to rebuild it*, New York University Press, 1999, p. 21 ss.

³⁵⁵ In questi termini, ad es., RADBRUCH G., *Lo spirito del diritto inglese*, Giuffrè, 1962, p. 14; COMOGLIO L. P.; ZAGREBELSKY V., *Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 446; COMOGLIO L. P., *Regole deontologiche e doveri di verità nel processo*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, anno XIV, 2. parte, 1998, p. 129. Sulla equiparazione del processo civile «a tipo dispositivo» come una gara di abilità tecnica, v. CALAMANDREI P., *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 24 ss.

³⁵⁶ Cfr. DIAS J. F., *Direito processual penal*, Coimbra, 1974, p. 56, i principi sostanziali fondamentali riassunti nella massima *nulla poena et nulla culpa sine iudicio* rendono esplicito come o «processo penal é o necessário pressuposto de realização e complemento do direito penal».

³⁵⁷ Per un'efficace sintesi delle posizioni sul tema v. SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 260 ss, il quale ritiene che questa interpretazione sia la meno plausibile e una vera impossibilità nel trattare del fenomeno procedurale. Sul punto, in senso simile, NELSON W., *The very idea*, cit., p. 504 ss, il quale ritiene che, in «*a permissible game*», la giustizia del risultato deriva «*from their joint acquiescence together with their rights to acquiesce in the procedure*», Cioè si risolve in termini di volontarietà e libero esercizio del diritto dei partecipanti di partecipare o meno alla controversia, predicati che non sono considerati nel procedimento penale.

³⁵⁸ Così, SOLUM L. B., *Procedural justice*, op. cit., p. 260; TARUFFO M., *La verità nel processo*, in FORTI G., VARRASO G., CAPUTO M. (a cura di), «Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, Jovene, 2014, p.185; BERTOLINO G., *Giusto processo*, cit., p. 93.

³⁵⁹ Così TARUFFO M., *Considerazioni su prova*, cit., pp. 290-292.

Sembra, di fatto, oltremodo limitativo confinare il senso di giustizia correlata al processo solo nella funzione che garantisce lo svolgimento di un confronto alla pari tra parti contrapposte che consenta la vittoria del contendente più abile, quindi completamente indipendente dai risultati ottenuti, con un'assoluta indifferenza nei confronti dei diritti e degli interessi coinvolti nel meccanismo processuale e tutelati dall'ordinamento giuridico sostanziale³⁶⁰.

2.4.2 Il processo come sistema sociale

Nonostante sia molto più elaborata e presenti caratteristiche chiaramente sociologiche, nel trattare concezioni non strumentali di giustizia procedurale in cui risalta l'aspetto della partecipazione dei destinatari della decisione come elemento di legittimazione, è quanto meno doveroso citare l'opera di Luhmann che paragona i procedimenti a un tipo speciale di sistema sociale³⁶¹ in grado di ridurre le situazioni contingenti e complesse del mondo. Tale ambiente o sistema sociale di istituzionalizzazione del conflitto definisce e delimita le interrelazioni del processo e i ruoli che dovranno essere rivestiti dagli attori³⁶². La forza motrice del procedimento sarebbe l'incertezza rispetto al suo risultato, a partire dalla quale le parti vengono spinte a partecipare agendo attivamente nei ruoli ad esse attribuiti all'interno del sistema procedurale³⁶³.

A causa della già citata complessità dell'opera di Luhmann, risulta ovvio che il valore della partecipazione dei destinatari della decisione non è l'unico elemento di valutazione

³⁶⁰ PIVETTI M., *Per un processo*, cit., p. 62; FASSONE E., *Giudice-arbitro*, cit., pp. 592, 596. Secondo TARUFFO M., *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in BESSONE M. (a cura di), *L'attività del giudice: mediazione degli interessi e controllo delle attività*, G. Giappichelli, 1997, p. 146, comprendere il processo solo nel senso di un gioco o di un dialogo di persuasione è trascurare la struttura, la dimensione giuridica e la pluralità delle funzioni del processo giudiziario. Per l'analisi delle basi teorico-filosofiche del processo come mera controversia o concorrenza all'interno dei sistemi di amministrazione della giustizia orientata alla risoluzione dei conflitti, nella prospettiva dell'ideologia pura di *laissez-faire*, più avvicinato alla caratteristica *adversary* di *common law*, v. DAMAŠKA M. R., *I volti della giustizia*, cit., p. 173 ss. Alcuni giuristi di *common law* si sforzano di affermare che il perseguimento della verità è lo scopo primario dell'istruzione giudiziaria solo per cercare di smentire la nozione di processo come semplice concorrenza sportiva in cui la verità viene ignorata al fine di vincere la causa, cfr. DAMAŠKA M. R., *Il diritto delle prove alla deriva*, Il Mulino, 2003, pp. 177-178.

³⁶¹ LUHMANN N., *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, trad. it a cura di Alberto Febbrajo, Giuffrè, 1995, che considera la procedura un sistema sociale governato solo dalla legge; cfr., altresì MACHURA S., *The individual in the shadow of powerful institutions: Niklas Luhmann's legitimation by procedure as seen by critics*, in RÖHL F. K.; MACHURA S., *Procedural justice*, cit., p. 183.

³⁶² Cfr. LUHMANN N., op. cit., p. 95 ss., i conflitti sociali tendono ad essere generalizzati, cioè, «ad estendersi a tutte le caratteristiche, le condizioni, i rapporti ed i mezzi degli avversari», c'è una tendenza dei contendenti di inserire sempre più argomenti e relazioni sociali nel conflitto: «Ciò che l'avversario è, ha e fa, appare sempre riprovevole [...]», generando inutili ostilità, quindi la funzione della procedura sarebbe quella di specificare il conflitto e delineare il comportamento di coloro che sono coinvolti

³⁶³ Così LUHMANN N., op. cit., pp. 44 e 112.

preso in considerazione nello svolgimento del procedimento³⁶⁴. È tuttavia possibile percepire la rilevanza conferita all'aspetto dell'azione dei contendenti nella legittimazione del meccanismo.

Le prestazioni attive dei ruoli attribuiti alle parti coinvolte nel procedimento attraverso la partecipazione comporta l'accettazione della validità delle norme e dell'onere di colui che decide, creando un auto-isolamento dei destinatari eventualmente insoddisfatti della risoluzione finale, e rendendo inutili eventuali rimostranze³⁶⁵. Così facendo, la decisione viene accettata come vincolante, facilitando il processo di apprendimento, oppure inserisce un eventuale reticente in una condizione di elemento deviante, con la conseguente riduzione del suo status sociale, generando una specie di immunizzazione del sistema sociale al tema dell'accettazione psicologica del risultato del procedimento³⁶⁶.

Tale comprensione è coerente con le premesse sostenute dall'autore, compresa quella per cui il carattere eterogeneo delle società esige una legittimazione del potere elaborata all'interno dello stesso sistema politico³⁶⁷, non più dipendente da una morale considerata naturale o subordinata al diritto giusnaturalista³⁶⁸. Per tale motivo, è necessario garantire che

³⁶⁴ L'autore menziona, ad es., che l'incertezza essenziale della procedura dovrebbe essere mantenuta «mediante un'accentuata rappresentazione dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice»; inoltre sottolinea che il principio di parità delle parti nel sviluppare i loro ruoli è fondamentale; cfr. LUHMANN N., op. cit., pp. 99, 113. In ogni modo, secondo PASTORE B., *Giudizio, prova, ragion pratica: un approccio ermeneutico*, Giuffrè, 1996, p. 250, nt. 159, la giustizia della decisione non compare nella concezione di Luhmann.

³⁶⁵ Per quanto riguarda i terzi senza alcun interesse legale nel caso, LUHMANN N., *Procedimenti giuridici*, cit., p. 119 ss menziona che l'istituzionalizzazione del valore vincolante delle decisioni sarà seguita, oltre al rispetto degli altri elementi rilevanti per la procedura, come l'esecuzione dei ruoli dei personaggi, di considerare i non partecipanti come partecipanti disinteressati nel sistema, il che presuppone il carattere pubblico dell'iter procedurali, al fine di fornire una funzione simbolica-espressiva capace di legittimare l'attività decisionale. Per un breve riepilogo delle critiche presentate all'elaborazione luhmanniana, soprattutto per ignorare aspetti quali la giustizia sostanziale, la correttezza, il contenuto delle decisioni e la motivazione, vedere, MACHURA S., *The individual*, cit., p. 186 ss.

³⁶⁶ La partecipazione è stimolata, tra gli altri fattori, dall'incertezza del risultato: «l'incertezza motiva l'accettazione di un ruolo»; Ma sarà della propria partecipazione che avrà luogo il processo di apprendimento e l'immunizzazione del sistema sociale: «La legittimazione mediante procedimento [...] si tratta in nuce di un processo di apprendimento nel sistema sociale, per il quale può risultare completamente indifferente se colui che deve mutare le proprie aspettative sia condiscendente o meno», LUHMANN N., op. cit., pp. 44, 115 e 119 ss.

³⁶⁷ Luhmann ha analizzato le procedure nelle prospettive incipienti della teoria dei sistemi, cfr. RÖHL K. F., MACHURA S., *Preface*, in: RÖHL F. K., MACHURA S. (eds.), *Procedural justice*, cit., p. xii; da allora ci sono stati sviluppi, come la concezione della legge «as a symbolic generalized media of communication», così BUSSMANN K.-D., *The procedural justice approach in the context of systems theory: the theoretical impact of law as a symbolic generalized medium of communication*, in RÖHL F. K., MACHURA S., *Procedural justice*, cit., p. 60.

³⁶⁸ Secondo LUHMANN N., op. cit., pp. 22-26, è legittimo avere un potere che istituzionalizza i propri processi di legittimazione. La legittimità attraverso la procedura e attraverso le stesse possibilità di ottenere decisioni soddisfacenti prevalgono su antichi motivazioni naturalistici, su qualche accordo precedente sulla giustizia del caso concreto e sul grado di soddisfazione con la decisione emanata. La legittimità deriva da un clima sociale che istituzionalizza come ovvio il riconoscimento delle decisioni, non come conseguenza di alcuna decisione soggettiva «ma della validità della decisione ufficiale».

le decisioni vincolanti siano accettate come premessi di comportamento, senza che vengano anticipatamente definite quali decisioni concrete verranno adottate. I procedimenti ricevono una specie di riconoscimento generale, indipendente dal grado di soddisfazione rispetto alle decisioni singole e tale riconoscimento prevede come conseguenza l'accettazione e l'osservanza delle decisioni vincolanti³⁶⁹.

2.4.3 Valutazione socio-psicologica del procedimento

La categoria successiva di trattazione della giustizia del processo che non terrebbe conto della accuratezza del risultato è ritenuta, in qualche maniera, più intuitiva, perché basata essenzialmente su studi empirici sociologici orientati alla misurazione del grado di soddisfazione sociale nei confronti del meccanismo processuale. Questa ampia letteratura di stampo psicologico-sociale ha comportato sperimentazioni empiriche che miravano a dimostrare che la soddisfazione dei contendenti rispetto ai metodi di amministrazione della giustizia sarebbe direttamente correlata al grado di partecipazione garantito nel corso del processo³⁷⁰.

In sintesi, la conclusione che ne deriva è che la garanzia di una possibilità significativa di partecipazione alle parti coinvolte sarebbe più rilevante nella valutazione personale per ciò che concerne la giustizia del procedimento rispetto ai criteri relativi alla accuratezza, precisione o ai costi del processo³⁷¹.

L'opera di Thibaut e Walker, considerata anticipatrice in questa analisi psicologico-giuridica basata su ricerche empiriche sulla valutazione da parte dei soggetti coinvolti e da osservatori esterni e la reazione suscitata dall'applicazione dei modelli generici di processo³⁷², avrebbe puntato a dimostrare che la distribuzione del controllo sul metodo

³⁶⁹ Il concetto di accettazione deve essere formalizzato, nel senso che le parti interessate assumono per qualsiasi motivo la decisione come premessa del comportamento stesso e ristrutturano le loro aspettative in base a tale accettazione. Se il processo di apprendimento è positivo, le aspettative modificate dalla decisione sono osservate quasi automaticamente, se l'apprendimento non si verifica, sarà sempre necessario nuovi stimoli esterni per imporre il comportamento secondo la decisione, cfr. LUHMANN N., *Procedimenti giuridici*, cit., pp. 25 ss.

³⁷⁰ VIDMAR N., *The origins and consequences of procedural fairness*, in *Law and social inquiry*, 1990, n. 15, p. 877 ss. Per un ampio riferimento alla letteratura psicologico-sociologica del processo v. SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 265, nt. 213.

³⁷¹ Estremanente chiare in proposito le parole di BONE R. G., *Agreeing to fair*, cit., p. 506: «*this literature involves experiments that purport to show that litigants are more likely to be satisfied with an adverse outcome and think the process fair if they are given a chance to participate personally and "tell their story" to the decisionmaker*».

³⁷² Così, TARUFFO M., *Introduzione*, in THIBAUT J; WALKER L., *Il giusto processo: un'analisi psicologica dei modelli processuali*, Giuffrè, 1981, p. VI, il quale ha fatto notare che non si tratta di confronto tra modelli

istituzionalizzato di risoluzione dei conflitti costituisce un requisito fondamentale nella valutazione della giustizia dei procedimenti decisionali³⁷³. In linea generale, il metodo di base di analisi è consistito nello stabilire una scala che andasse da un estremo in cui le parti conservavano la quasi totalità del controllo sulla conduzione del procedimento di risoluzione della controversia, all'estremo opposto corrispondente a una concentrazione quasi totale dei poteri processuali in mano a terzi³⁷⁴.

Sotto l'aspetto giuridico, tale analisi socio-psicologica dei modelli processuali si è incentrata nel confronto tra i sistemi giuridici *adversarial* e *inquisitorial*, e più precisamente nella relazione disuguale di controllo che si instaura tra le parti e il giudicante³⁷⁵. Aspetti come la separazione nella presentazione delle prove, la presenza di difensori contrapposti, la possibilità di scelta dell'avvocato, l'identificazione dell'avvocato con la posizione del cliente, la conservazione di un livello elevato di controllo esercitato dalle parti, con la conseguente riduzione del potere di controllo da parte del giudice, sono stati tutti gli elementi correlati al modello di processo di tipo *adversary*, facendo aumentare il grado di soddisfazione dei partecipanti per questo tipo di procedimento³⁷⁶.

L'intento di questa approssimazione è unicamente quello di descrivere percezioni non strumentali del fenomeno processuale, nel senso che non tengono conto della qualità della decisione, per cui è possibile mettere da parte qualche approfondimento più rilevante su eventuali contestazioni relative al modo di conduzione di tali valutazioni empiriche³⁷⁷ che

concettuali né di valutazione della procedura basata sui valori che incorpora o sui risultati conseguiti, ma di una elaborazione basata sulle esperienze percepite nel funzionamento concreto di procedure simulate.

³⁷³ THIBAUT J; WALKER L., *Il giusto processo*, cit., p. 4; RÖHL K. F., *Procedural justice*, cit., pp. 7-8; TYLER T. R., *Why people obey the law*, Princeton, 2006, p. 116.

³⁷⁴ Cfr., ad esempio, THIBAUT J; WALKER L., op. cit., pp. 23.

³⁷⁵ Così, THIBAUT J; WALKER L., op. cit., p. 34 ss, secondo i quali nel modello inquisitorio dell'Europa continentale il controllo della procedura sarebbe destinato al giudice, mentre nel sistema *adversary* anglo-americano le parti avrebbero mantenuto un ampio controllo sul processo. V., ancora, TARUFFO M., *Metodo accusatorio, metodo inquisitorio e ricerca della verità in alcune indagini empiriche nordamericane*, in *Sociologia del Diritto*, 1976, n. 1, 159 ss.

³⁷⁶ V. THIBAUT J; WALKER L., op. cit., p. 174 ss: «Complessivamente, la distribuzione del controllo sembra essere il miglior indicatore della correttezza e quindi delle preferenze per i vari procedimenti».

³⁷⁷ Secondo MASHAW J. L., *Administrative due process*, cit. p. 887, e nt. 15, tali studi non sarebbero stati in grado di disconnettere le percezioni immanenti sul processo dei suoi possibili effetti sui risultati, cioè che la maggiore valutazione attribuita alla partecipazione non è dovuta alla percezione che questo fattore ha rilevanza nella ricerca di risultati favorevoli. Per un'analisi più ampia di questa elaborazione, arrivando alla stessa considerazione che la teoria di Thibaut-Walker ha valutato le procedure basate sui risultati ottenuti, vale a dire che la partecipazione è stata inserita come una forma di controllo sul processo decisionale e, di conseguenza, sul risultato, v. LIND E. A., TYLER T. R., *The social psychology*, cit., pp. 7 ss, e 222 ss.

potrebbe aver influenzato i risultati ottenuti rispetto a possibili alterazioni indicate nella presentazione delle ipotesi³⁷⁸.

Riassumendo, si tratta di critiche al modo di concepire questi studi empirici, che si prefiggono di dimostrare la superiorità del processo di tipo *adversary* di *common law* su quello di tipo *inquisitorial* di *civil law*, ma finiscono per distorcere le diversità esistenti tra i due sistemi, indicando, ad esempio, che nel procedimento giudiziario di tipo *adversarial* le parti sarebbero rappresentate da difensori *partisan*, ai quali spetterebbe il compito di esercitare un controllo effettivo sul procedimento, mentre nel sistema di influenza europeo-continentale non ci sarebbero, di fatto, difensori, oppure ad essi spetterebbe unicamente il compito di collaborare con l'organo giudicante nella formazione della decisione³⁷⁹.

Dal punto di vista del presente lavoro, si può anche concordare, secondo la linea proposta da Solum, che tali studi sarebbero stati efficaci nel dimostrare il peso specifico della partecipazione sul grado di soddisfazione personale delle parti in causa, indipendentemente dalla considerazione sui risultati ottenuti³⁸⁰, il che sembra quanto meno poco probabile³⁸¹. Tuttavia, tale scoperta non consentirebbe di concludere che la preferenza interna delle parti sia in grado di fornire una diagnosi sulla valutazioni del procedimento, prima di tutto poiché i processi giudiziari hanno effetto e importanza al di là delle persone direttamente coinvolte³⁸², una considerazione, questa, dotata di qualche sfumatura nel campo civile, ma non in ambito penale.

La valutazione sulla giustizia del processo, e dei valori ad esso correlati, non può essere equiparata a sentimenti soggettivi o soddisfazioni personali, non solo perché tali

³⁷⁸ Cfr., ad esempio, AMODIO E., *Processo penale*, cit., p. 197; TARUFFO M., *Metodo accusatorio*, cit., p. 161 ss; Id., *Introduzione*, cit., p. XI ss; Id., *La semplice verità*, cit., p. 101 ss, distorsioni che, secondo Taruffo, sono derivate, in larga misura, dal fatto che le ricerche hanno come oggetto situazioni simulate «in laboratorio», molto distanti, in aspetti rilevanti, dalle situazioni reali; oltrechè la base di valutazione presenta elementi non convalidati e concezioni preconette sui modelli di amministrazione della giustizia.

³⁷⁹ Deformazioni percepite, incluso, in studi che successivamente replicarono i metodi di Thibaut e Walker, cfr. VIDMAR N., *Procedural justice and alternative dispute resolution*, in RÖHL F. K.; MACHURA S., op. cit., p. 129: «[...] leads me to predict that a replication of the Lind et al. study with a more accurate portrayal of an inquisitorial system might produce results showing the inquisitorial system to produce a greater level of procedural justice than in the original study».

³⁸⁰ A proposito di questo punto, TYLER T. R., *Why people*, cit., p. 115 ss, qualifica la teoria di Thibaut-Walker come un modello strumentale della giustizia procedurale, in quanto tiene conto del controllo sui risultati.

³⁸¹ Nella propria opera di THIBAUT J; WALKER L., *Il giusto processo*, cit., pp. 58, 62, ci sono chiare indicazioni che i vantaggi del sistema *adversary* deriverebbero dal maggiore e migliore controllo delle parti interessate, ad es. sulla raccolta di prove relative alla sentenza: «gli avvocati inseriti nella struttura *adversary* hanno cercato di tutelare nel modo migliore gli interessi dei loro clienti, esercitando così il controllo che i modelli operativi attribuiscono alle parti contrapposte». V. GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. 89.

³⁸² Secondo SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 266, e riferendosi solo ai procedimenti civili, «accurate adjudication may produce general deterrence, legal proceedings may be subsidized by public expenditures, and so forth».

aspetti risulterebbero insufficienti nella presa in considerazione del fenomeno giurisdizionale³⁸³, ma anche perché le preferenze soggettive sono soggette a variazioni da persona a persona, per i distinti interessi in gioco nel processo, o soggiacenti alla controversia, le motivazioni economiche, i valori sociali, le condizioni economiche, sociali e culturali delle parti coinvolte, anche a causa delle esperienze vissute³⁸⁴. Tale alternanza si può verificare anche per una stessa persona rispetto a una questione identica, poiché le preferenze di un contendente prima dell'inizio di una contesa giudiziaria possono risultare in conflitto con le sue preferenze dopo il giudizio finale della causa³⁸⁵.

2.4.3.1 Il procedimento dalla prospettiva del «group value model»

Variante della stessa linea che prende in considerazione le soddisfazioni personali come misura di *procedural justice*³⁸⁶, e, quindi, ricadente in parte nelle stesse lacune già citate, almeno per quanto concerne il procedimento giurisdizionale, è la concezione basata sull'identità dell'individuo di fronte al gruppo sociale.

La teoria inaugurata dagli studi di Lind e Tyler, più elaborata della versione precedente che si basava sulla soddisfazione personale derivante dalla possibilità di esprimere il proprio punto di vista in maniera eloquente³⁸⁷, sostiene che il procedimento comunicherebbe un messaggio sullo status delle persone che fanno parte della società, in modo tale che il solo fatto che una persona venga trattata con giustizia e dignità contribuirebbe alla sua percezione rispetto alla giustizia del procedimento e, di conseguenza,

³⁸³ Così si esprime BERTOLINO G., *Giusto processo*, cit., p. 94; BONE R. G., *Agreeing to fair*, cit., p. 506, nt. 58, il quale, dopo aver menzionato l'inevitabile dissenso in queste credenze soggettive, domanda quale percentuale di soddisfazione sarebbe sufficiente a definire lo schema procedurale. Al riguardo, l'assenza di predisposizione al consenso o di condizionamenti con rispetto o simpatia pubblica è uno dei criteri menzionati da PASTORE B., *Giudizio, prova*, cit. p. 27, per distinguere il giudizio giuridico da quel politico. TARUFFO M., *Il controllo di razionalità*, cit., p. 146, menziona che, anche se non è funzione del giudice, nel decidere la causa, persuadere retoricamente le parti, i giudici superiori o l'opinione pubblica, ma di «giustificare la decisione per mezzo di argomenti razionalmente validi e controllabili», aggiunge che le ragioni per decidere devono essere buone non solo agli occhi del giudice, ma anche a coloro che possono successivamente valutare i motivi esposti.

³⁸⁴ VIDMAR N., *The origins*, cit., p. 884, mette in evidenza come queste percezioni personali possono variare in base all'incongruenze inerenti alle motivazioni della controversia, al contesto culturale, alla personalità dei litiganti, ecc., e sottolinea come questi fattori sono stati trascurati dai ricercatori in questi studi socio-psicologici.

³⁸⁵ In tal senso si esprimeva HAY B. L., *Procedural justice*, cit., p. 1804, secondo il quale questa contraddizione è comune e aggiunge: «*honoring her "ex post" wishes does violence to her "ex ante" wishes*».

³⁸⁶ Nell'introduzione al suo lavoro seminale, LIND E. A., TYLER T. R., *The social psychology*, cit., p. 3, differenziano «*objective procedural justice*», che si riferisce alla predisposizione della procedura per conformarsi agli standard normativi di giustizia e per ottenere decisioni giuste, della «*subjective procedural justice*», che riguarda alla capacità della procedura di aumentare il senso di giustizia nei partecipanti.

³⁸⁷ Consentire voce ai partecipanti non viene trascurato, ma è visto come meno rilevante da Lind e Tyler, cfr. expõe MACHURA S., *Introduction*, cit., p. 6.

all'accettazione di risultati sfavorevoli e al mantenimento del proprio impegno con il gruppo sociale³⁸⁸.

Le autorità sarebbero percepite come rappresentative o, meglio ancora, come incarnazione dei gruppi sociali dominanti, per cui le valutazioni soggettive sul metodo impiegato deriverebbero dal comportamento delle autorità e dalla maniera in cui vengono trattati gli individui nel corso di tale esperienza processuale³⁸⁹. In tale ottica, il giudizio sul procedimento prenderebbe in considerazione, in particolare, fattori quali neutralità, benevolenza e rispetto per la posizione dell'individuo come membro della società degno di uguale riconoscimento da parte dell'autorità, il quale dovrebbe comprendere, tra l'altro, il diritto alla partecipazione, alla cortesia e alla civiltà³⁹⁰. La valutazione sulla giustizia del processo dipenderebbe dalla misura in cui i procedimenti esprimono tali valori fondamentali³⁹¹.

Il contatto con le autorità provato attraverso la sperimentazione vissuta nel processo potrebbe servire per ribadire la convinzione dell'individuo del proprio valore all'interno del gruppo sociale, come membro che merita protezione e un trattamento degno da parte dei rappresentanti del gruppo che vengono identificati con l'autorità. Dall'altro lato, l'esperienza può indicare l'opposto: non ricevendo il trattamento previsto, l'individuo si sentirà meno valorizzato e meno protetto di quanto desidererebbe o si aspetterebbe, trasmettendo un'informazione sul proprio status, o sulla sua mancanza, all'interno della comunità sociale³⁹².

In una prima fase, tale elaborazione era stata intitolata «*relational model of authority in groups*»³⁹³, mentre in seguito, a causa di alcune variazioni nella letteratura, è stata

³⁸⁸ V., ad esempio, TYLER T. R., *The psychology of legitimacy: a relational perspective on voluntary deference to authorities*, in *Personality and social psychology review*, 1997, vol. 1, n. 4, p. 324 ss. Cfr. sintesi di RÖHL K. F., MACHURA S., *Preface*, in: RÖHL F. K., MACHURA S. (eds.), *Procedural justice*, cit., p. X, le persone vogliono essere trattati secondo i valori del raggruppamento sociale, come membro degno di pieno diritto.

³⁸⁹ Si distingue tra il «*resource-based model*», la cui valutazione si concentra sulle risorse o sui vantaggi ricevuti in passato o che si prevedono in futuro; ed l'«*identity-based model*», il quale lega la legittimità del meccanismo all'interesse del partecipante nella valorizzazione della sua identità sociale, e il trattamento ricevuto dalle autorità comunicherebbe informazioni sullo stato sociale dell'individuo, il che in ultima analisi influenzerà il suo apprezzamento sulla giustizia o ingiustizia del processo cfr. LIND E. A., TYLER T. R., *The social psychology*, cit., p. 3.

³⁹⁰ In questo senso, MACHURA S., *Introduction*, cit., p. 6: «*procedural justice are based on whether authorities appear to be neutral and benevolent and whether they respect the individual's status as equally entitled group member*».

³⁹¹ In questi termini, LIND E. A., TYLER T. R., *The social psychology*, cit., p. 232: «*To extent that group procedures are fair, evaluation of the group and commitment and loyalty to the group will increase*».

³⁹² TYLER T. R., *Why people*, cit., p. 175.

³⁹³ Cfr. titolo dell'opera di TYLER T. R.; E. ALLAN LIND, *A relational model of authority in groups*, cit., p. 115 ss; in integrazione alla denominazione «*group value model*» indicata nel lavoro del 1988: LIND E. A.,

identificata con terminologie diverse. L'idea centrale, tuttavia, è la stessa e consiste nella valutazione della giustizia del procedimento in base, soprattutto, alla sua capacità di esprimere valori rilevanti³⁹⁴, prescindendo dai risultati del processo e dai vantaggi eventualmente concessi o desiderati alla fine dalla parte prevalente. L'affermazione di tali valori relazionali determinerebbe un rafforzamento dell'auto-stima dei partecipanti e della loro identificazione con il gruppo, tramite una valutazione di gruppo della legittimità del procedimento.

Il tema della legittimità assume un aspetto distaccato nella concezione della *subjective procedural justice*, poiché il senso o la convinzione dei membri della società che esistono motivi fondati nell'osservanza delle regole sociali e nell'accettazione delle decisioni pronunciate dalle autorità³⁹⁵ rappresenta un fattore importante, sia per l'accettazione di eventuali risultati avversi, come nell'esecuzione volontaria delle decisioni³⁹⁶. Secondo quanto emerso da tale letteratura, lo status degli individui nel gruppo sociale comunicato dalle autorità, in base al modo in cui viene trattato il partecipante, è correlato a deferenza e rispetto, poiché una persona rispettata come membro del gruppo tende ad osservare le regole e le imposizioni derivanti dai procedimenti istituzionalizzati³⁹⁷.

2.4.3.2 La funzione euristica del processo e la preoccupazione sull'apparenza di giustizia

TYLER T. R., *The social psychology*, cit., p. 231. V., ancora, LIND E. A., *Procedural justice, disputing, and reactions to legal authorities*, in *Everyday practices and trouble cases*, edited by Austin Sarat [et al.], Northwestern University Press, 1998, p. 183.

³⁹⁴ Per questa ragione, l'espressione «teoria espressiva della giustizia procedurale» usata, ad es., da VIDMAR N., *The origins*, cit., p. 882; SIMON W. H., *The ideology of advocacy: procedural justice and professional ethics*, in *Wisconsin Law Review*, 1978, n. 1, p. 100 ss.; GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. 91; BERTOLINO G., *Giusto processo*, cit., p. 47. LIND E. A., TYLER T. R., *The social psychology*, cit., p. 229, menzionano ancora la locuzione «*the value-expressive enhancement of procedural justice*». Inoltre, TYLER T. R., *Why people*, cit., p. 117 si riferisce ai «*value expressive effects*» in valutazioni di *procedural justice* come «*noninstrumental effects*».

³⁹⁵ Si accoglie qui l'idea di legittimità utilizzata da TYLER T. R., *The psychology of legitimacy*, cit., p. 323. Sul tema, ancora, MACHURA S., *Introduction*, cit., p. 3. Para LUHMANN N., *Procedimenti giuridici*, cit., p. 20 ss., la legittimità può essere vista come «disponibilità generalizzata ad accettare entro determinati limiti di tolleranza decisioni ancora indeterminate nel contenuto», il che sarebbe dovuto, tuttavia, ai processi decisionali interni al sistema politico-amministrativo, e non alle valutazioni soggettive del caso particolare, alla soddisfazione personale con la decisione o ad alcuna idea di giustizia realizzata concretamente.

³⁹⁶ L'importanza di questo aspetto della legittimità come diffusa convinzione della giustizia o della validità vincolante delle decisioni non è contestata. La premessa è che nessun sistema giuridico-politico può essere sostenuto nel lungo termine solo per mezzo della coercizione, né il consenso sarà sufficiente per stabilire l'istituzionalizzazione della legittimità normativa. Per questo orientamento v. LUHMANN N., op. cit., p. 20 ss.

³⁹⁷ TYLER T. R., *The psychology of legitimacy*, cit., p. 325 ss: «*If people trust the motives of authorities, feel that they are behaving neutrally, and feel treated with respect and dignity, they are more willing to voluntarily defer to authorities and obey their decisions*».

Connotandosi con tali concezioni soggettivistiche della giustizia procedurale, compresa la similitudine alla prospettiva individuata dalla teoria espressiva, viene anche indicata una funzione euristica del processo³⁹⁸, il cui primo aspetto sarebbe quello di consentire agli individui maggiore conoscenza del modo di agire delle istituzioni giudiziarie, che sarebbe una delle conseguenze di garantire una significativa partecipazione diretta alle parti interessate nel corso del procedimento³⁹⁹.

Il secondo obiettivo euristico del procedimento sarebbe correlato alla possibilità di aumentare l'accettazione dei risultati da parte delle parti coinvolte, indipendentemente da qualsiasi considerazione relativa alla qualità stessa di tali risultati. Sembra ugualmente incontestabile che le considerazioni positive rispetto alla giustizia del procedimento facilitano l'accettazione di decisioni contestabili o svantaggiose. Tale constatazione viene fatta anche da studiosi che non possono essere inquadrati come cultori di un punto di vista soggettivista della giustizia del processo negli schemi già oggetto di breve esposizione⁴⁰⁰.

I valori non strumentali del processo, quali l'imparzialità e la credibilità delle autorità che conducono il procedimento, l'azione coerente delle parti in causa in tutte le varie fasi e, genericamente, il rigore procedurale avrebbero rilevanza a partire dalla difficoltà di stabilire criteri perentori di valutazione della accuratezza dei risultati, i quali, in molti casi e anche alla fine del procedimento, diventano discutibili e incerti⁴⁰¹. In quest'ottica, i valori prettamente processuali e la percezione di giustizia dello svolgimento procedurale sarebbero ugualmente determinanti nell'accettazione di decisioni controverse e/o sfavorevoli⁴⁰².

Tale comprensione euristica della giustizia del processo permette di ricordare una nozione più intuitiva, e quindi meno elaborata, relativamente all'importanza che assume il

³⁹⁸ In questi termini, LIND E. A., *Procedural justice*, cit., p. 185; TYLER T. R.; E. ALLAN LIND, *A relational model*, cit., p. 134; BERTOLINO G., *Giusto processo*, cit., p. 49, la quale ha fatto notare come l'importanza di alcuni valori intrinsecamente procedurali, a differenza della teoria espressiva, non viene qui evidenziata dalla sua rappresentazione nella procedura, ma piuttosto in vista dell'incentivazione ad accettare il risultato.

³⁹⁹ Così si esprime ALLISON J. R., *Ideology, prejudice*, cit., p. 681.

⁴⁰⁰ Cfr., ad esempio, FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, cit., p. 87; NESSON C., *The evidence or the event? On judicial proof and the acceptability of verdicts*, in *Harvard Law Review*, vol. 98, n° 7, 1985, p. 1368.

⁴⁰¹ WASSERMAN D., *The procedural turn*, cit., p. 38. Si veda, inoltre, SCHMIDT V. H., *Procedural aspects*, cit., p. 173, il quale fa notare che i difetti procedurali possono rendere ancor più difficile l'accettazione di risultati sfavorevoli in quanto potrebbe incoraggiare l'idea che la correttezza della procedura avrebbe potuto condurre a decisioni favorevoli. WELSH N. A., *Remembering the role of justice in resolution: insights from procedural and social justice theories*, in *Journal of Legal Education*, vol. 54, n. 1, 2004, p. 53, menziona lo svolgimento della visione euristica che stabilisce un ponte tra la percezione di giustizia della procedura e la conclusione di una molto probabile giustizia sostanziale del risultato del processo.

⁴⁰² BERTOLINO G., *Giusto processo*, cit., p. 50, nella stessa linea con la considerazione fatta da LIND E. A., TYLER T. R., *The social psychology*, cit., pp. 64 e 71, nel senso che: «Fair procedures can provide a "cushion of support" that protects the institution from the hostility that might otherwise accompany unpopular decisions», oltre a fornire sostegno alle autorità per quanto riguarda i risultati sfavorevoli. In senso conforme si è espresso VIDMAR N., *The origins*, cit., p. 882; SCHMIDT V. H., op. cit., p. 169.

rispetto di determinati valori nello svolgimento della dinamica processuale, con il proposito di sostenere l'apparenza di giustizia nel corso del procedimento di presa di decisioni. L'idea che una determinata maniera di conduzione dell'apparato giudiziario produca effetti sull'immagine di legittimità del sistema istituzionalizzato di risoluzione dei conflitti, interferendo nel sentimento generalizzato che si sta facendo giustizia, non risulta uniformemente recepita dai tribunali, ma è stata comunque accolta in maniera più incisiva anche nell'ambito della Corte EDU⁴⁰³.

In particolare, un chiaro esempio si trova nello sviluppo iniziale della dottrina della Corte di Strasburgo relativamente all'imparzialità giudiziale, sottolineando il fatto che la nozione di imparzialità oggettiva è stata messa in stretta correlazione alle idee di apparenza di imparzialità e di fiducia che devono ispirare i tribunali nella società in generale. Su tali basi si esprime perfettamente il principio: «*justice must not only be done; it must also be seen to be done*»⁴⁰⁴. Tale considerazione ha in seguito conosciuto un'attenuazione, poiché i giudici di Strasburgo hanno esplicitato che i sentimenti di sfiducia dell'accusato rispetto all'apparenza di propensione del giudicante⁴⁰⁵ dovrebbero essere valutati con attenzione in relazione alle circostanze del caso concreto, al fine di attestare la legittimità del dubbio da lui sollevato⁴⁰⁶.

Secondo quanto già indicato, l'analisi sulla giustizia del processo non può ridursi unicamente al grado di soddisfazione soggettiva dei partecipanti nei confronti del procedimento. Nei termini citati dagli stessi teorici di tale concezione, il sentimento delle

⁴⁰³ Anche presso la Corte Suprema degli Stati Uniti, cfr. REDISH M. H; MARSHALL L. C., *Independence and the values*, cit., p. 483, i quali trascrivono il seguente estratto dalla sentenza *In re Murchison*, 349 U.S. 133, 136 (1955): «*[s]uch a stringent rule may sometimes bar trial judges who have no actual bias and who would do their very best to weigh the scales of justice equally between contending parties. But to perform its high function in the best way, 'justice must satisfy the appearance of justice'*».

⁴⁰⁴ V., in particolare, Corte EDU, *Delcourt c. Belgio*, cit., § 31; Grande Camera Corte EDU, sent. 26 ottobre 1980, *De Cubber c. Belgio* n. 9186/80; Corte EDU, sent. 01 ottobre 1982, *Piersack c. Belgio*, n. 8692/79, § 30. In dottrina, sul punto JIMÉNEZ ASENSIO R., *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Aranzadi, 2002, p. 188; BELLUTA H., *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, G. Giappichelli, 2006, p. 44 ss.

⁴⁰⁵ Va detto che il ravvicinamento tra l'imparzialità e la fiducia nella risposta giurisdizionale non è estraneo alla dottrina procedurale; ad esempio, MANZINI V., *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. 2, 6 ed., Utet, 1968, pp. 199-200, ha ritenuto che l'importanza di eliminare dal processo un giudice sospetto, oltre a impedire decisioni ingiuste e preservare il magistrato, serve a «*mantenere la fiducia della popolazione nell'amministrazione della giustizia [...] Anche le apparenze devono essere curate, quando si tratta della giustizia*». DIAS, J. F., *Direito processual*, cit., p. 315, in senso simile, ha affermato che è pertinente difendere il giudice dal sospetto dell'imparzialità in modo da non lasciare dubbi che ha conservato, e «*por esta via reforçando a confiança da comunidade nas decisões de seus magistrados*».

⁴⁰⁶ JIMÉNEZ ASENSIO R., op. cit., p. 200 ss., ha fatto riferimento al caso Hauschildt (Corte EDU, sent. 24 maggio 1989, *Hauschildt c. Danimarca*, n. 10486/93) come un marchio indicativo di «*un antes y un después en los asuntos relativos a la imparcialidad judicial*», per avere significato un cambiamento sostanziale nella dottrina inizialmente stabilita nei casi Piersack e De Cubber, concludendo che la linea interpretativa della Corte EDU subì una eccessiva oscillazione in materia di giudice imparziale.

parti coinvolte sulla giustizia o meno del trattamento ricevuto può essere equivocato davanti a modelli oggettivi basilari di giustizia⁴⁰⁷.

Inoltre, l'indicazione che alcuni contendenti sarebbero più propensi a valutare positivamente un meccanismo in grado di soddisfare la propria autostima, senza tener conto dei risultati ed eventualmente negando diritti che meriterebbero, non potrebbe arrivare alla conclusione che quasi tutte le parti eventualmente coinvolte in un processo risulterebbero impregnate della stessa percezione⁴⁰⁸. Anche perché la fiducia nel procedimento adottato è direttamente correlata alla fiducia, e non alla certezza, che la legge è stata applicata correttamente, cioè alla fiducia nella precisione dei risultati, e ciò dipenderà anche dall'adozione di un meccanismo che, d'accordo con il senso comune e l'esperienza, riduca il più possibile la probabilità di risultati sbagliati⁴⁰⁹.

Non ci sono dubbi che, secondo quanto verrà ripreso in seguito, nelle valutazioni di *procedural justice* non può essere ignorata la soddisfazione delle parti in causa rispetto alla maniera di conduzione del procedimento. Sicuramente il tipo di trattamento ricevuto dagli individui è un elemento rilevante in questa equazione⁴¹⁰, per il fattore considerevole di legittimazione istituzionale che ne deriva, ma anche per i riflessi nell'orientamento della condotta, nei costi e nell'attuazione dei diritti sostantivi⁴¹¹. L'ambiguità non risiederebbe

⁴⁰⁷ LIND E. A., TYLER T. R., *The social psychology*, cit., p. 4; LIND E. A., *Procedural justice*, cit., p. 187. V., ancora, BERTOLINO G., *Giusto processo*, cit., p. 51, VIDMAR N., *The origins*, cit., p. 879, menziona a distinção entre «objective» e «subjective» *procedural justice*, e afferma che sono indipendenti, cioè un processo oggettivamente giusto, può essere percepito come *unfair* e viceversa.

⁴⁰⁸ Tale posizione è sostenuta da SOLUM L. B., *Procedural justice*, op. cit., p. 266; VIDMAR N., *The origins*, cit., p. 883 ss.

⁴⁰⁹ Questa è la posizione di GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. 68 ss., il quale aggiunge: «*the appearance of justice has no value in itself if the outcome was a miscarriage of justice. [...] The value is not in the procedures themselves but in their contribution to the right or best outcomes*».

⁴¹⁰ È importante sottolineare, nella linea di studi empirici citati da RENNIG C., *Subjective procedural justice and civil procedure*, in RÖHL F. K.; MACHURA S. (eds.), *Procedural justice*, cit., p. 218 ss., che le influenze della tradizione sociale, culturale e giuridica possono interferire con le valutazioni soggettive della giustizia procedurale. Per quanto riguarda il sistema giuridico tedesco, l'autore indica oltre la recorribilità delle decisioni, fattori quali: «*consistency of a judge's behavior*»; «*judge's sense of duty e completeness of information sampling*» come elementi che interferiscono nella «*subjective procedural justice*».

⁴¹¹ VIDMAR N., *The origins*, cit., p. 882, segnala uno studio empirico di Blair H. Sheppard in cui si suggerisce un meccanismo ibrido che consente ai litiganti il diritto di presentare prove e argomentazioni, ma consente anche all'arbitro di presentare domande e di chiarire i fatti rilevanti per il processo, avendo verificato che i litiganti hanno scelto il processo ibrido alle versioni *adversary* e *inquisitorial* come formulate da Thibaut e Walker, cf. item 2.4.3, per consentire un migliore equilibrio tra le parti e fornire decisioni più razionali e informate. LIND E. A., *Procedural justice*, cit., p. 181, menziona che il fattore determinante nella scelta non risiede nella «*adversity per se*», ma sulla percezione che l'interessato ha una partecipazione significativa alla procedura, che può essere garantita sia nel processo *adversary* come nel *non-adversary*.

nell'evidenziare l'importanza di tali aspetti, ma nella possibile tendenza a considerare questo modello sufficiente per la valutazione della giustizia che attiene al processo⁴¹².

In molte situazioni il linguaggio, i rituali e la dinamica dei giudizi non vengono neppure compresi dai cittadini dilettanti avvezzi a quanto viene loro sottoposto. In altri casi, i contendenti non sono altro che semplici spettatori nello sviluppo del processo, che viene orientato da strategie, posizioni e attività definite unicamente dagli avvocati, che stabiliscono ruoli, modi di manifestarsi e linee di condotta espletati dalle parti in causa⁴¹³.

Inoltre, la maggior parte delle volte la fase giudiziale in cui si ha la presenza fisica più frequente della parte coinvolta, e quindi consente una percezione più precisa del trattamento ricevuto dal privato da parte delle autorità, non è che una parte del processo decisionale nell'ambito dei tribunali, che dipenderà ancora da successive fasi di ricorso con predominio

⁴¹² Cfr. SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 267: «*the satisfaction interpretation of the participation model fails as a stand-alone theory of procedural justice*». Per una critica della base sociologica della «*group value theory*», v. BORA A., *Procedural justice as a contested concept: sociological remarks on the group value model*, in RÖHL F. K.; MACHURA S. (eds.), *Procedural justice*, cit., p. 83 ss; TARUFFO M., *La semplice verità*, cit., p. 103. In ogni caso, persino i precursori del modello in questione asseriscono «*The courts are not a store, so "customer satisfaction" is not their primary goal. Their goal is to fairly resolve conflicts and accurately administer the law*», TYLER T. R., *Procedural justice and the courts*, in *Court Review*, vol. 44, issue 1 e 2, 2007-2008, p. 31.

⁴¹³ La critica più intensa della concezione della giustizia procedurale come espressione di valori come la dignità, la fiducia e l'uguaglianza è stata fatta dal professore della *Columbia University*, William H. Simon. Lui ritiene che la maggior parte della popolazione veda il processo come un'espressione ritualistica opprimente, dominata, almeno nella versione *adversary*, dalla logica della «*Ideology of Advocacy*», in cui c'è una specie di depersonalizzazione dell'individuo, che si comporta e agisce in tribunale secondo uno script definito rigidamente dall'avvocato, cfr. SIMON W. H., *The ideology of advocacy*, cit., p. 92 ss. Diagnosi contenuta nel rapporto di Lord Woolf sulla giustizia inglese, cfr. in GARAPON A., PAPADOPOULOS I., *Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*, *Lumen Juris*, 2008, p. 95, il quale indica che le persone comuni vengono lasciate fuori dal processo. Secondo WELSH N A., *Remembering the role*, cit., p. 51, anche nei tentativi di conciliazione nei tribunali, sono avvocati che tendono a dominare le discussioni.

cartoriale⁴¹⁴, nelle quali risulteranno ridotte le possibilità di assimilazione del riconoscimento personale basato sul trattamento dispensato dai giudicanti⁴¹⁵.

Vi è ancora una innegabile tendenza a diminuire l'importanza di certi meccanismi processuali ancorati a regole e principi necessari e vincolanti, che vengono però visti come fine a sé stessi, dissociati dal loro contesto originario e dalla loro completa giustificazione normativa. Si segnala una predisposizione a non prendere in considerazione o sottovalutare il fatto che le cause e le giustificazioni normative di tali standard procedurali basano la loro rilevanza anche nella ricerca di risultati corretti e giusti, valore fondamentale per il sistema giudiziario e per le parti coinvolte nel processo⁴¹⁶.

In altre parole, la questione non risiede nel fatto che i processi non possano essere visti come fenomeni espressivi, ma che almeno debbano essere presi in considerazione anche i risultati prodotti dai procedimenti⁴¹⁷. Gli stessi ideologi della teoria espressiva, in alcuni

⁴¹⁴ Secondo alcuni, ci sarebbe una possibile contraddizione parziale di un modello procedurale basato su principi come l'oralità e l'immediatezza del contraddittorio nella produzione della prova orale e che più tardi consenta con ampie e successive possibilità di rivalutazione del merito sulla base di lettura cartoriale del fascicolo, cfr. GREVI V., *Prescrizione del reato ed effettività del processo tra sistema delle impugnazioni e prospettive di riforma*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Giuffrè, 2002, p. 198. Ed è stato detto che questa incoerenza avrebbe riflessi nell'accettazione delle decisioni, cfr., ad es., TESORIERO S., *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, n. 3-4, p. 240. In senso parzialmente differente, è possibile citare FERRER BELTRÁN J., *La valutazione razionale*, cit., p. 55 ss., il quale sostiene che l'adozione di una concezione razionalista o cognitiva della prova indebolisce il requisito dell'immediatezza, poiché nel secondo grado deve esserci una grande possibilità di controllo sulla valutazione razionale della prova e non c'è modo di confondere la tecnica della formazione della prova con il metodo di valutazione razionale delle prove disponibili nel processo. Per un'analisi strutturale dell'importanza e dell'utilità degli elementi di prova inseriti nei fascicoli istruttori del processo fin dall'inizio del giudizio di primo grado e l'ampia possibilità di un riesame nella fase ricorsiva tipica del modello continentale di amministrazione della giustizia, v. DAMAŠKA M. R., *I volti della giustizia*, cit., p. 98 ss.

⁴¹⁵ In ogni caso, è importante sottolineare, soprattutto a livello europeo, con importante riflessione nel sistema giudiziario italiano, il diritto difensivo di «rinnovazione probatoria» della fonte dichiarativa nel caso di una decisione in sede di appello che considera in generale i fatti e le prove per l'effetto di riformare la sentenza di assoluzione, con diverse e decisiva reinterpretazione fattuale e rivalutazione dei risultati di prova dichiarativa; cfr. i noti casi *Dan c. Moldavia*, Corte EDU, sent. 5 luglio 2011, n. 89999/07, nell'ambito europeo, e Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 19058, Dasgupta, nel diritto interno. Più di recente, Corte EDU, sent. 29 giugno 2017, *Lorefice c. Italia*, n. 63446/13. Sul punto, ad es., si può vedere: TESORIERO S., *La rinnovazione*, cit., p. 239 ss.; AIUTI V., *Poteri d'ufficio della Cassazione e diritto all'equo processo*, in *Cass. pen.*, 2016, n. 9, p. 3214 ss.

⁴¹⁶ Così GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., pp 64 ss. e 91 ss.; il quale riconosce la funzione espressiva di valori di alcuni di queste dinamiche procedurale considerate dalla «group value model», ammettendo che si basano su fondamenti non strumentali, ma indica che è un grande errore negare che la ragion d'essere di molti di questi predicati si riferisce anche alla ricerca della qualità nei risultati. In senso simile ZUCKERMAN A. A. S., *Justice in crisis*, cit., p. 5 e nt. 4.

⁴¹⁷ «The litigant cannot ignore the outcome; he will suffer or benefit from it. After the trial, he turns not to another proceeding, but to the task of adjusting his life to the change which the trial has wrought», SIMON W. H., *The ideology of advocacy*, cit., p. 101. Secondo GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. 52, «procedural fairness» si riferisce a come le persone colpite sono trattate nella procedura e ci sono regole impositive derivanti da ordini di valori rilevanti che definiscono standard di trattamento giusto e il primo di questi ordini di valori rilevanti si riferisce ai risultati: «The first tier of the criminal trial are that accurate finding of guilt or innocence should be made according to the legal criteria».

passaggi delle loro opere, riconoscono l'importanza di fattori attinenti ai risultati nelle valutazioni di *procedural justice*, compresi gli effetti sulle elaborazioni correlate alla legittimità delle autorità e dei processi istituzionali⁴¹⁸. Gli autori delineano anche una iniziale riflessione sulla possibilità di riconciliazione dei due modelli distinti, ammettendo una precisione parziale da ambo le parti nella descrizione degli aspetti psicologici della giustizia procedurale, anche se sono incompleti nel tentativo di tenere conto di tutti gli elementi della valutazione⁴¹⁹.

È importante, ad ogni modo, prendere in considerazione la circostanza pratica derivante dalle ricerche psicologiche empiriche di giustizia procedurale, con notevoli implicazioni politico-istituzionali, che risiede negli aspetti evidenziati dalla dottrina di correlare il modo di comportarsi delle autorità e il trattamento ricevuto dagli individui, insieme con i suoi effetti sulle percezioni di giustizia e legittimazione pubblica⁴²⁰. Sicuramente, il processo di formazione dei giudici e delle altre autorità coinvolte nei procedimenti giudiziari, così come la preparazione dei giuristi e dei funzionari pubblici in generale, dovrebbe prendere in considerazione in maniera pertinente le ripercussioni che le prassi umane e rispettose, di valutazione della dignità di ogni cittadino come membro della collettività, hanno sull'adesione dell'insieme della collettività ai valori comunitari e alle regole e decisioni espresse dalle istituzioni sociali⁴²¹.

Un'indicazione in questo senso era già stata formulata nel capitolo precedente in relazione alla proiezione della clausola costituzionale del giusto processo sulla condotta di coloro che detengono un ruolo di autorità nel meccanismo processuale penale, anche per quanto riguarda le esigenze di educazione e rispetto interpersonale. La rilevanza di questi e di

⁴¹⁸ LIND E. A., TYLER T. R., *The social psychology*, cit., p. 228; Id., *A relational model*, cit., p. 144; TYLER T. R., *The psychology of legitimacy*, cit., pp. 335 e 338. V., ancora, RÖHL K. F., MACHURA S., *Preface*, cit., p. xi: «And if people are eager to monitor their treatment by institutions and by authorities in order to estimate their social standing in the society (or the group) to which they belong, then unjust outcomes indicate discrimination, too».

⁴¹⁹ «Our reading of the procedural justice literature has convinced us that people evidence both self-interest processes and group value processes at the same time [...] Often, one can find evidence for both models in the same studies, as when we see a strong outcome effect side-by-side with a strong effect for expressive voice», LIND E. A., TYLER T. R., *The social psychology*, cit., p. 240. GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. 93 ss, sostiene che parte dell'equivoco deriva dalla tendenza a considerare determinati valori come fine a se stesso e non dai loro potenziali effetti benefici sui risultati finali.

⁴²⁰ Identificato anche come «*procedural justice effects*», cfr., tra i molti, LIND E. A., *Procedural justice*, cit., p. 181. L'importanza di questi fattori ha motivato la *American Judges Association* di pubblicare un'edizione speciale della sua rivista trimestrale solo sull'argomento di «*procedural fairness*»: *Court Review*, vol. 44, issue 1 e 2, 2007-2008.

⁴²¹ Percezione esteriorizzata da MACHURA S., *Introduction*, cit., pp. 9-10, il quale ha fatto notare come gli studi empirici hanno già correlato effetti positivi delle politiche basate su *subjective procedural justice* nell'affrontare i problemi di criminalità, potendo essere stabilita una connessione tra «*procedural justice and compliance with the law*».

altri aspetti sulla legittimità istituzionale degli organi responsabili della persecuzione penale e sulla predisposizione generalizzata di conformarsi alle leggi e alle decisioni, rivelato da successive ricerche empiriche, dovrebbe influenzare la gestione del giudizio sotto tutti gli aspetti: dai generici contatti iniziali dei cittadini con gli agenti di polizia, passando per l'esperienza con gli avvocati, le autorità carcerarie, funzionari e impiegati di giustizia, fino ad arrivare alle prassi tenute nei tribunali⁴²².

2.4.4 La percezione della giustizia del procedimento dal punto di vista della dignità umana

Proseguendo l'argomento di questo capitolo, un altro presupposto valutativo correlato al processo giudiziale non basato sul risultato del procedimento viene conferito dalla concezione di dignità, che mette in relazione il valore indipendente del processo con la dignità di coloro che sono coinvolti dal meccanismo decisionale. Una teoria elaborata senza fare appello alle questioni da poco citate sulla soddisfazione soggettiva o personale.

Un esponente di questa formulazione è Mashaw⁴²³, il quale rileva una serie di categorie di valutazione consolidate tra le caratteristiche del costituzionalismo liberale e che potrebbero rafforzare in maniera plausibile la nozione espressa dalla *dignitary theory*. Tra queste classi di precetti l'autore identifica valori come l'uguaglianza, la prevedibilità, la trasparenza, la razionalità e la partecipazione. Tuttavia, considera questo primo approccio eccessivamente vago e intuitivo, da occasionare rischi di imprecisioni e contraddizioni interne, a tal punto da esigere tentativi continuativi di conferire un fondamento teorico superiore per la formulazione della concezione di dignità.

Mashaw fondamentalemente presenta una tassonomia di valori prettamente processuali, che quindi dovrebbero essere garantiti in tutto il procedimento, indipendente da qualsiasi preoccupazione per il risultato, e in seguito presenta una base teorico-filosofica che giustifica la necessità di affermare l'immanenza di tali valori nel meccanismo procedurale,

⁴²² Cfr. TYLER T. R., *Procedural justice*, cit., p. 30; BORNSTEIN B. H.; DIETRICH H., *Fair procedures, yes. But we dare not lose sight of fair outcomes*, in *Court Review*, vol. 44, issue 1 e 2, 2007-2008, p. 72.

⁴²³ Cfr. menziona, ad esempio, SOLUM L. B., *Procedural justice*, op. cit., p. 263. MASHAW J. L., *Due process in the administrative state*, Yale University Press, 1985, p. 169, ritiene che la sua *dignitary theory of procedural due process* fornisce le basi necessarie e sufficienti per una appropriata giurisprudenza sulla *due process clause*: «*The dignitary model is sufficient because it provides a theoretical and historical grounding for the articulation of due process values[...]*».

anche come modo di evitare che ragionamenti di ponderazione con altri valori o di mero utilitarismo finiscano per respingere l'osservanza dei valori di dignità nel processo⁴²⁴.

Partendo dai fondamenti teorici di tradizione liberale che considerano gli individui come un'unità basiliche di valore morale e politico, Mashaw valuta la possibilità di consolidare i valori processuali nella dignità tramite la formulazione kantiana per cui ogni persona dovrebbe essere trattata come fine a sé stesso, mai come un semplice mezzo o strumento per altre finalità⁴²⁵. L'idea è quella di trovare nella proiezione di tale imperativo categorico un appoggio teorico a un insieme di diritti prettamente processuali quali partecipazione e razionalità nelle decisioni, a partire dal loro significato in termini di rispetto per la dignità umana e l'autonomia individuale⁴²⁶.

I valori tipicamente processuali potrebbero essere considerati in maniera strumentale, cioè essere visti come espediente per ottenere l'imposizione morale di trattare gli individui non come mezzi per altre finalità, ma come fine a sé stessi. La partecipazione e la rivelazione dei fondamenti della decisione⁴²⁷ rappresenterebbero alcuni modi di dimostrare, o di esprimere in maniera procedurale, che le persone vengono valutate come fine e non come semplici strumenti⁴²⁸.

In questi termini, la percezione della giustizia del procedimento dal punto di vista della dignità umana deriverebbe dal modo di trattare i contendenti, ossia dall'osservanza di regole e principi processuali idonei a dimostrare che le parti del processo vengono trattate come fine a sé stesse, in modo tale che l'applicazione del legato kantiano rappresentato dalla seconda comprensione del suo imperativo categorico potrebbe originare un insieme coerente

⁴²⁴ MASHAW J. L., *Administrative due process*, cit. p. 899 ss.

⁴²⁵ MASHAW J. L., op. cit., p. 907.

⁴²⁶ Cfr. BONE R. G., *Agreeing to fair*, cit., p. 509, il quale ha ritenuto che si tratta della più conosciuta e ben elaborata teoria di giustizia procedurale non basata sulla qualità dei risultati.

⁴²⁷ Sul riconoscimento dato agli individui in una procedura che risponde alle esigenze di *revelation* e *participation*, v. MICHELMAN F. I., *Formal and associational aims in procedural due process*, in PENNOCK J. R., CHAPMAN J. W., (eds.), *Due process*, cit., p. 127 ss.

⁴²⁸ A questo proposito, MASHAW J. L., *Administrative due process*, cit. p. 913 ss., non solo inserisce ma parzialmente trascrive la riflessione fatta da PINCOFFS E. L., *Due process, fraternity, and a Kantian injunction*, in PENNOCK J. R., CHAPMAN J. W., (eds.), *Due process*, cit., pp. 173 e 176 ss., il quale deliberatamente intende inserire i requisiti di partecipazione e rivelazione non dall'approccio costituzionale, ma piuttosto sulla base dei fondamenti morali di questi valori, concludendo che: «*The obvious safeguard against such use is that the person enter meaningfully into the consultation about what is to be done to him, for him, with him. Revelation to him of the reasons for the proposed action, and his participation in the assessment of those reasons are then necessary conditions of meaningful consultation [...]*». In senso difforme GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. 132 ss.

di valori e diritti processuali indipendentemente dalle considerazioni relative alla qualità dei risultati ottenuti⁴²⁹.

Ciò sembra essere il limite della concezione di dignità del processo: garantire l'osservanza di diritti processuali immanenti correlati alla dignità delle parti interessate alla buona riuscita del procedimento. Non è possibile pretendere di più, poiché non sembra ragionevole supporre che tale concezione possa conferire un fondamento a una teoria autonoma di legittimità procedurale sufficientemente coerente che consenta di non prendere in considerazione altri valori che incidono nella valutazione di giustizia processuale⁴³⁰.

In tale prospettiva è interessante riportare la riflessione formulata da Bone, poiché rimane nell'ambito delle considerazioni di carattere dignitario, quando mette in discussione il motivo per cui la dignità delle parti in causa non verrebbe garantita, o almeno altrettanto rispettata, da un sistema di giudizio che agisca al meglio in termini di ottenimento di risultati accurati, in conformità con i diritti sostanziali delle parti giuridicamente vincolate dalla decisione⁴³¹.

2.4.5 La teoria discorsiva e la prospettiva idealizzata del processo

All'interno della sua ampia opera di filosofia politica e di filosofia del diritto, Habermas sviluppa una teoria discorsiva del diritto e della democrazia, che presenta anche tratti considerevoli di sociologia politica⁴³². In maniera molto introduttiva, è possibile considerare che l'elaborazione habermasiana mira a stabilire una congiunzione tra la concezione basata sul principio morale o sui diritti umani e l'idea di autonomia pubblica e di sovranità popolare.

⁴²⁹ Cfr. MASHAW J. L., op. cit., pp. 915-920, il quale ha ritenuto che la teoria della giustizia di Rawls, ed anche di HABERMAS, completerebbe l'elaborazione di Kant, poiché il primo dei due principi fondamentali di giustizia che scaturirebbero dalla posizione originaria sarebbe il principio di uguaglianza in relazione alle libertà fondamentali, che potrebbe consentire ai diritti procedurali di essere legati a queste libertà essenziali. Tuttavia, l'Autore osserva che questa conclusione non sarebbe contenuta nella teoria rawlsiana, che prevede la verità, non i valori intrinsecamente procedurali, come base del processo giudiziario.

⁴³⁰ Così si esprime SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 264.

⁴³¹ BONE R., *Rethinking the "day in court" ideal and nonparty preclusion*, in *New York University Law Review*, n. 67, 1992, p. 281; Id., *Procedure, participation*, cit., p. 1027; WASSERMAN D., *The procedural turn*, cit., p. 41. Al riguardo, GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. 77 ss., collega la giustizia procedurale con il trattamento riservato alle parti interessate e sostiene che trattare gli individui in base alle norme sostanziali è un requisito fondamentale di *fair treatment*, in modo che la «accuracy» non possa essere posta in secondo piano nei procedimenti decisionali e nel rispetto alla dignità degli interessati. In ogni caso Galligan riconosce l'importanza dell'approccio dignitario per impedire che i «non-outcome values» vengano trascurati.

⁴³² Cfr. ROSATI M., *Diritto e democrazia deliberativa nella filosofia politica di J. Habermas*, in *Ragion pratica*, 1997, n. 9, p. 233 ss; BOUDON R. *Il vero*, cit., p. 37, 154.

Sembra chiaro di comprendere l'intenzione dell'autore di trovare una conciliazione tra l'elaborazione della dignità di Kant, nel senso citato in precedenza di trattare ogni individuo come entità autonoma e fine a sé stessa, e il principio democratico di Rousseau rappresentato dalla partecipazione pubblica e democratica, e lo fa tramite un principio di tipo discorsivo⁴³³, che presuppone il trattamento paritario di ogni contendente, come soggetto autonomo, latore di qualcosa di importante da dire e degno di essere ascoltato⁴³⁴.

L'interpretazione discorsiva si basa, in senso molto stretto e limitato all'oggetto del confronto⁴³⁵, sull'idea della nota situazione ideale del discorso razionale come misura di giustizia, considerato che l'autonomia privata esige una partecipazione interattiva ed egualitaria nella determinazione dei principi distributivi, che si realizzerebbe attraverso lo sviluppo dell'azione comunicativa tra le parti interessate nell'ambito di una situazione discorsiva ideale⁴³⁶. L'autore stabilisce sostanzialmente un paradigma processuale del diritto e della giustizia, nel senso lato del termine *procedural justice* così come asserito nel precedente punto 2.1, trattandosi, inoltre, di una teoria le cui basi sono più strettamente correlate alla maniera ampia di distribuzione degli oneri e delle ricompense nei sistemi sociali e legali⁴³⁷.

Secondo una parte importante della dottrina che tratta gli aspetti teorici di *procedural justice*, anche la teorizzazione di Habermas si riflette sul contesto più ristretto delle trattazioni di giustizia procedurale, che è l'oggetto di questo capitolo, dato che indicherebbe un paradigma prettamente non strumentale ai processi decisionali per i quali le norme vengono applicate ai casi particolare di conflitto nell'ambito giudiziale⁴³⁸. Ciò avviene poiché

⁴³³ ROSATI M., op. cit., p. 234: «È da questo principio discorsivo (D) que l'intera costruzione di Habermas trae origine».

⁴³⁴ CEVA E., *Giustizia e conflitti di valore: una proposta procedurale*, Bruno Mondadori, 2008, p. 132.

⁴³⁵ CEVA E., op. cit., p. 127, riconosce la complessità della teoria di Habermas, che si basa su una vasta gamma di argomenti sofisticati, in modo che qui saranno esposti, in modo molto semplificato, solo alcuni tratti rilevanti per l'avanzamento di questo studio.

⁴³⁶ La quale dipende dai seguenti elementi: «(i) vengono ascoltate tutte le voci in qualche modo rilevante; (ii) viene impiegato l'argomento migliore a ciascuno disponibile; e (iii) la risposta "sì/no" dei partecipanti è determinata dalla sola forza dell'argomento migliore», cfr. CEVA E., op. cit., p. 129 ss., che chiarisce che il discorso, più in particolare, è una versione formalizzata dell'agire comunicativa, traducendo tali regole di comunicazione in termini normativi. Sulle differenze tra l'azione teleologica (strategica) e le basi dell'azione comunicativa, v. HABERMAS J., *Teoría de la acción comunicativa*, tomo 1: *racionalidad de la acción y racionalización social*, Taurus, 1987, p. 122 ss; Id., *Conciencia moral y acción comunicativa*, Península, 1985, p. 157 ss.

⁴³⁷ Secondo TSCHENTSCHER A., *The function*, cit., p. 111, l'opera di Habermas non sarebbe solo una teoria del diritto, ma comprenderebbe anche una teoria della giustizia, prenderebbe la forma di una teoria procedurale della giustizia basata sul paradigma della teoria del discorso: «*Under the procedural paradigm, the theory of justice in Habermas's work takes the form of a procedural theory of justice*».

⁴³⁸ Senza pretesa esaustiva, si può vedere: SOLUM L.; MARZEN S., *Truth and uncertainty*, cit., p. 1164; TSCHENTSCHER A., op. cit., p. 113; RÖHL K. F., MACHURA S., *Preface*, cit., p. xii; BERTOLINO G.,

l'autore amplia le proprie considerazioni sostenendo, in pratica, che il consenso razionalmente motivato, che può essere ottenuto unicamente mediante la forza della migliore argomentazione, è un criterio fondamentale per l'ottenimento della verità.

In altre parole, il discorso è una forma di comunicazione in cui i partecipanti si sottomettono «*to the unforced force of the better argument*», con l'obiettivo di giungere a un accordo sulla validità o non validità delle rivendicazioni⁴³⁹. Per tale motivo, una definizione sulle rivendicazioni di verità dipende dal ragionamento argomentativo da realizzare nell'ambito di una situazione in cui siano presenti i presupposti per lo sviluppo del discorso razionale⁴⁴⁰.

Tale concezione della verità nella teoria del discorso indica che i sistemi processuali dovrebbero essere ideati prendendo come riferimento il modello della situazione di comunicazione ideale, così come indicata dalla teoria discorsiva. In maniera più specifica, e utilizzando i criteri adottati in questo capitolo, ciò significa che, proiettando i concetti di Habermas nell'ambito del processo giudiziale, la conseguenza sarebbe il rigetto di qualsiasi criterio esterno relativamente alla correttezza dei risultati, mentre l'unico parametro per la giusta soluzione della controversia sarebbe la stretta osservanza dei requisiti insiti nel fenomeno processuale⁴⁴¹.

In tale maniera, il meccanismo processuale dovrebbe fornire le situazioni necessarie, e sufficienti, per lo sviluppo del discorso razionale, che presuppone che i partecipanti abbiano la stessa opportunità di esprimersi, liberi da coercizione e da qualsiasi influenza distorta, separando, quindi, restrizioni consapevoli o meno, oppure comportamenti

Giusto processo, cit., p. 95. Al riguardo, SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 271 menziona che Habermas stesso stabilisce una connessione tra la sua teoria del discorso e la procedura giudiziaria, cfr. cfr. HABERMAS J., *Fatti e norme*, Guerini, 1996, pp. 280-281: «I codici processuali istituzionalizzano la prassi decisionale giudiziaria in modo che diventi possibile pensare giudizio e motivazione di giudizio quali risultati d'un gioco argomentativo programmato in forme specifiche». Tuttavia, esemplificando con il diritto processuale tedesco, Habermas riconosce che le parti perseguono i propri interessi in modo agonistico e strategico: «[...] i ruoli di partecipazione al procedimento non sono definiti in modo che l'accertamento delle prove si strutturi in maniera completamente discorsiva, nel senso di una ricerca cooperativa della verità»; e ancora che «il tribunale può svolgere il ruolo di "terzo imparziale" in diverse maniere: sia interrogando attivamente alla ricerca di prove sia osservando in una maniera neutrale».

⁴³⁹ MCCARTHY T., *The critical theory of Jürgen Habermas*, The MIT Press, 1981, p. 292.

⁴⁴⁰ MCCARTHY T., op. cit., p. 300 ss, il quale afferma che: «*The conclusion [...] is that ultimately there can be no separation of the criteria for truth from the criteria for the argumentative settlement of truth claims*».

⁴⁴¹ SOLUM L.; MARZEN S., *Truth and uncertainty*, cit., p. 1164. In diversa prospettiva, TARUFFO M., *La prova dei fatti*, cit., p. 151, il quale ha fatto notare come «non si trovano in Habermas indicazioni particolarmente chiare intorno alle condizioni che fondano la razionalità del consenso», quindi queste criteri possono essere definiti soltanto in base al contesto argomentativo della comunicazione sociale, relativizzando l'idea di verità; oppure si può «definire razionale il consenso che si manifesta in molti sistemi su criteri di accertamento dei fatti» sulla base della corrispondenza tra ciò che il giudice afferma e ciò che è accaduto nel mondo reale.

strategici⁴⁴². In conclusione, non si dovrebbe concepire alcun criterio esterno di correttezza del risultato al di là dei criteri stabiliti nel procedimento giudiziale di discussione della controversia⁴⁴³.

L'inconsistenza delle basi della teoria discorsiva, almeno per quanto concerne il procedimento giudiziale nei termini qui esposti, viene sostanzialmente identificata dalla dottrina relativamente all'assenza delle circostanze necessarie alla sua applicazione, a partire dalla semplice, quanto intuitiva percezione che, nelle discussioni sviluppate nell'ambito delle corti di giustizia, non sono comunemente presenti i presupposti che caratterizzano la situazione ideale del discorso razionale⁴⁴⁴.

Per sostenere una tesi contraria, sarebbe necessario riconoscere che nelle controversie giudiziarie sarebbe non solo accettabile, ma addirittura fattibile concepire la sospensione degli interessi individuali delle parti, e il mancato impiego di strategie esplicite o implicite che mirano a ottenere il miglior risultato. Contrariamente a questo, e ai fondamenti dell'agire comunicativo habermasiano⁴⁴⁵, le parti vengono solitamente guidate dalla ricerca di favorire i propri interessi, in maniera molto più vicina a quello che l'Autore stesso denomina di agire strategico, nel quale, a differenza dell'agire comunicativo, non si manifesta alcuna interazione cooperativa alla ricerca di consenso su ciò che sarebbe giusto nel caso concreto⁴⁴⁶. Inoltre, anche supponendo la possibilità di instaurare una controversia franca secondo gli

⁴⁴² SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 267; MCCARTHY T., op. cit., p. 307, il quale aggiunge che: «*With these requirements the conditions for ideal discourse are connected with conditions for ideal form of life; the notion of "pure" discourse (and thus the notion of rational consensus and thus the notion of truth) cannot be conceived apart from the conditions of "pure" communicative interaction*».

⁴⁴³ In questi termini: SOLUM L.; MARZEN S., *Truth and uncertainty*, cit., p. 1164; SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 268.

⁴⁴⁴ In modo più elaborato, TSCHENTSCHER A., *The function*, cit., p. 114, chiarisce che per fondare la concezione di procedural justice in modo limitato nella funzione definitoria di giustizia richiederebbe la dimostrazione coerente e convincente della presenza di almeno tre elementi essenziali: «the proper application of the procedure (procedural fairness), the presence of necessary circumstances of application (background justice), and the fairness of the procedure itself», e conclude che la teoria di Habermas non riesce a dimostrare la presenza di «background justice», essendo, quindi, irrealistica e idealizzata. Nel medesimo senso, SOLUM L.; MARZEN S., op. cit., p. 1164, nt. 325; PASTORE B., *Giudizio, prova*, cit., p. 237; BERTOLINO G., *Giusto processo*, cit., p. 96.

⁴⁴⁵ Concetto di «agire comunicativo» che si basa, anche nelle pretese di validità già sopra indicate, cfr., ad es., e in forma sintetica, HABERMAS J., *Conciencia moral*, cit., p. 160.

⁴⁴⁶ Per analoghe considerazioni: PASTORE B., op. cit., p. 237, nt. 120. Questa differenza tra l'azione comunicativa e l'azione teleologica convertita in azione strategica è molto chiara nello stesso HABERMAS J., *Teoría de la acción*, cit., pp. 126 ss., 137 ss., perché nel secondo caso gli agenti agiscono secondo uno scopo, essendo guidati da calcoli di utilità, e possono essere utilizzate «*afirmaciones que pueden ser verdaderas o que pueden ser falsas*», molto diverso dalle tre pretese di validità del paradigma dell'azione comunicativa.

orientamenti descritti da Habermas⁴⁴⁷, questa discussione «può benissimo finire in un consenso su contro-verità»⁴⁴⁸.

2.4.6 Conclusioni parziali concernenti le categorie di giustizia processuale non basate sui risultati

Prescindendo da singole riserve su approcci specifici di tali concezioni non strumentali di giustizia del procedimento, la confutazione principale, o la carenza di tali teorie, risiede esattamente nell'elemento che le unisce, ossia nell'idea che la valutazione della giustizia del meccanismo processuale possa essere risolta a partire da una trattazione rigorosamente non strumentale. In altre parole, che non esiste alcun criterio esterno correlato al risultato del procedimento che influisca nella valutazione della legittimità e della giustizia del processo. Inversamente, come in una sorta di effetto a specchio, si riflettevano molto probabilmente i problemi delle antiche teorie monodimensionali di giustizia che solitamente non tenevano conto dei procedimenti di distribuzione di premi e punizioni nei sistemi sociali, focalizzandosi unicamente sui risultati di giusta distribuzione delle risorse in base a criteri di merito, contributi o equità⁴⁴⁹.

Secondo quanto indicato in precedenza, risulta chiarificatore ai fini del presente studio il recupero delle notissime categorie concettuali di giustizia processuale formulate da Rawls basate sulla correlazione tra procedimento e risultato⁴⁵⁰, in un tentativo di inquadrare i gruppi di valori che conferirebbero legittimità allo schema procedurale.

In questi termini, malgrado le sensibili differenze tra i fondamenti interni di tali concezioni presentate sulla giustizia del procedimento, è possibile, ai fini del presente studio,

⁴⁴⁷ Il che sembra più un'utopia, e in ogni caso difficilmente si presenterebbe la congetturata uguaglianza delle risorse tra le parti in causa, cfr. menziona HAACK S., *Epistemologia e diritto probatorio: problemi e progetti*, in Id., *Legalizzare l'epistemologia: prova, probabilità e causa nel diritto*, Università Bocconi, 2015, pp. 32-33; SUMMERS R. S., *Formal legal truth*, cit., p. 499. Al riguardo, WEIGEND T., *Is the criminal*, cit., p. 163, cita come problema tipici del sistema «adversariness» la disparità tra le parti e la «lack of an interest in bringing out the truth».

⁴⁴⁸ Con questi termini si esprime BOUDON R. *Il vero*, cit., p. 155.

⁴⁴⁹ Problemi sottolineato, ad esempio, da LEVENTHAL G. S., *What should be done with equity theory? New approaches to the study of fairness in social relationships*, in GERGEN K. J., GREENBERG M. S., WILLIS R. H., (edited by), *Social Exchange: advances in theory and research*, Plenum, 1990, p. 28 ss, secondo il quale le teorie dell'equità e i concetti di giustizia distributiva ignoravano completamente «the procedures that generate that distribution», concentrandosi solo sulle «distribution rules». In diversa prospettiva, BOUDON R. *Il vero*, cit., p. 35, il quale indica una latente assunzione postmodernista che il nichilismo sarebbe un perfezionamento insuperabile, perché «una teoria che conosce un certo successo è necessariamente più vera di una teoria alla quale succede». In tal senso, FASSONE E., *Giudice-arbitro*, cit., p. 600.

⁴⁵⁰ In senso analogo BERTOLINO G., *Giusto processo*, cit., p. 47.

raggrupparle genericamente sotto la nozione di *pure procedural justice*⁴⁵¹. I loro diversi approcci sarebbero variazioni dell'idea chiave secondo cui la giustizia del processo dipenderebbe solo dalle caratteristiche intrinseche al fenomeno processual⁴⁵², dando luogo all'identificazione di gruppi di valori processuali di contenuto unicamente non strumentale e, di conseguenza, a un sistema processuale dotato di regole concretamente tendenti alla realizzazione precipua, o esclusiva, di tali valori non strumentali⁴⁵³.

Sono già state citate critiche puntuali a varianti delle concezioni non strumentali, alcune delle quali sufficienti a stabilire l'inadeguatezza di certe versioni, altre bastanti a dimostrare almeno l'insufficienza di tali interpretazioni per tenere conto, isolatamente, della legittimità di schemi processuali di risoluzione dei conflitti. Per tale motivo, la conclusione parziale è che occorre prendere in considerazione le comprensioni basate esclusivamente su criteri intrinseci allo stesso procedimento, ma singolarmente non sono utili a valutare in maniera definitiva la giustizia del processo, lasciando la concreta impressione che manchi qualcosa⁴⁵⁴.

Secondo quanto indicato all'inizio di questa sezione, i punti di vista normativi di giustizia procedurale ricadono in due grandi categorie: una di queste non prende in considerazione le conseguenze del meccanismo processuale nei risultati ottenuti, mentre l'altra si basa sulla qualità del prodotto finale del processo decisionale. In questo momento, raggiunto l'obiettivo parziale di delineare le interpretazioni principali di *procedural justice* non orientate ai risultati, è necessario proseguire con la trattazione della seconda grande

⁴⁵¹ Estremamente chiare in proposito le parole di GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. 35, nt. 48: «*The more emphasis shifts from reaching a given outcome to upholding certain values – fair contest, participation, etc. – the closer we move to Rawls' notion of pure procedures*». Nella dottrina italiana, in questo senso, v. CHIARLONI S., voce *Giusto processo*, cit., p. 405. Contrapposta alla possibilità di concepire una giustizia che prescindere da qualsiasi criterio sostanziale è OTTONELLI V., *Giustizia procedurale*, cit., p. 103, la quale ha ritenuto che: «*sia necessario avere almeno una qualche idea dei fini che si intendono perseguire*».

⁴⁵² In questi termini, SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 260.

⁴⁵³ Concezione che rientrerebbe nell'ideologia liberale estrema di uno stato radicalmente *laissez-faire* cfr. ampiamente sviluppato da DAMAŠKA M. R., *I volti della giustizia*, cit., p. 142 ss., p. 174 ss., p. 179 ss., p. 185, che progetterebbe un sistema di amministrazione della giustizia e conseguente meccanismo procedurale completamente disinteressato nel successo della controversia giudiziaria, portando a un puro modello di risoluzione di conflitti, adeguato alla concezione *adversarial* rafforzata del processo come semplice confronto «che favorisce la legittimazione processuale delle sentenze» e si basa su «valori non strumentali». Si può aggiungere ancora l'osservazione critica di PIZZI W. T., *Trials without*, cit., p. 6, 18, indicando una delle cause del modello di *trial* nordamericano: «*we love procedure [...] we are procedure addicts*».

⁴⁵⁴ La critica nel senso che le concezioni non-strumentali o «pure» di giustizia procedurale sono incomplete, perché non dimostrano sufficientemente tutti gli attributi necessari alla giustizia della procedura stessa o non sono convincenti in questo tentativo, è relativamente costante. Per questa opinione, ad es., v. NELSON W., *The very idea*, cit., p. 503; TSCHENTSCHER A., *The function*, cit., p. 105 ss; OTTONELLI V., *Due tipi di giustizia procedurale pura*, in *Ragion pratica*, 1997, n. 9, p. 35 ss; SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 304.

categoria valoriale, che prende in considerazione la capacità del procedimento nell'ottenere decisioni giuste.

2.5 La comprensione strumentale della giustizia processuale

Come citato in precedenza, la pretesa correlazione tra giustizia processuale e giustizia della decisione presente nella clausola del giusto processo consente un'analisi strettamente processuale, ossia limitata agli aspetti procedurali del meccanismo impiegato. Analogamente, nella trattazione degli studi di *procedural justice* si trova in dottrina riferimento al fatto che i procedimenti decisionali possono essere valutati strumentalmente, ovvero in relazione all'efficacia del processo come mezzo per ottenere risultati corretti⁴⁵⁵.

In questo modo, è necessario rilevare una distinzione importante. I risultati provenienti dai metodi di presa di decisione possono di per sé stessi essere analizzati come risultati, senza nessun riferimento ai processi per i quali si sono originati. Per tale motivo, prendendo in considerazione i processi nell'ambito dei tribunali, i contenuti delle decisioni giudiziali possono essere valutati in base a modelli normativi di giustizia correttiva e distributiva comunemente utilizzati dagli ordinamenti giuridici sostanziali⁴⁵⁶. Secondo quanto già adeguatamente chiarito, non è questo l'oggetto del presente studio.

D'altro campo, è possibile introdurre un tipo diverso di valutazione «*result-oriented*», centrata in questo caso sulla valutazione della capacità del meccanismo processuale per l'ottenimento di risultati corretti⁴⁵⁷. In questo senso, i processi giudiziari possono essere considerati buoni o inadatti, in quanto processi, ossia in quanto mezzi adeguati all'ottenimento di risultati giusti. Nel caso la risposta a questo giudizio strumentale sia positiva, il processo verrà considerato un buono strumento per l'ottenimento di risultati corretti. Questa valutazione del procedimento dalla prospettiva di essere un metodo

⁴⁵⁵ Per questo motivo questo gruppo di valori è spesso indicato nella dottrina con il termine *accuracy*, che è interessante perché l'originale in inglese identifica una connessione con il metodo di ricerca della conoscenza, di cura degli aspetti rilevanti all'acquisizione di informazioni, che WILLIAMS B., *Genealogia*, cit., p. 16, 46, 116 ss., identifica come una delle virtù fondamentali della verità. Fatta questa precisazione, durante il testo verranno utilizzati indifferentemente i termini «correzione», «precisione», «accuratezza» e anche «verità» come indicative dell'idea proveniente dall'originale inglese *accuracy* per riferirsi al secondo gruppo di valori che riguardano la ricerca di corretto accertamento fattuale nel processo.

⁴⁵⁶ In tal senso si esprimeva SUMMERS R. S., *Evaluating and improving*, cit., pp. 2 e 12, che ha individuato, brevemente, tali standard valutativi come segue: «*[outcomes] can ordinarily be judged on the basis of their contribution to public peace, to liberty, to welfare, or to justice*».

⁴⁵⁷ SUMMERS R. S., op. cit., p. 4.

appropriato per giungere ad una giusta decisione è stata denominata come una valutazione procedurale di «*good result efficacy*»⁴⁵⁸.

È possibile comprendere facilmente come la classificazione dei risultati del processo non derivi unicamente dalla qualità dei metodi procedurali utilizzati. È chiaro che fattori diversi quali le norme sostanziali, l'attuazione e l'iniziativa dei contendenti e i giudizi discrezionali formulati non solo nella decisione finale, ma anche nel corso di tutto l'iter, probabilmente avranno conseguenze notevoli sull'esito del procedimento. Tuttavia, è ugualmente certo che i risultati ottenuti sono generalmente riconducibili, almeno in buona parte, alle caratteristiche dei processi nei quali hanno avuto origine⁴⁵⁹.

A partire da questa inferenza si sviluppa la concezione strumentale della giustizia processuale: l'obiettivo del processo visto come strumento sarebbe quello di garantire l'ottenimento di risultati il più corretti possibile⁴⁶⁰. In questo approccio orientato ai risultati, l'analisi rispetto alla giustizia di un determinato meccanismo decisionale risiede nella sua capacità di produrre risultati di qualità, per cui il procedimento deve servire da strumento efficace per l'applicazione delle scelte operate dalle norme sostanziali nei contesti specifici dei fatti oggetto dei processi. Facendo riferimento al campo specifico del giudizio penale, il processo verrebbe analizzato tramite la sua capacità di condannare i colpevoli e assolvere gli innocenti e quindi, in relazione alla sua predisposizione concreta di garantire l'efficienza della tutela penale, per il semplice motivo che il diritto penale non può essere applicato senza processo⁴⁶¹.

In una versione più accentuata della teoria strumentale in relazione alla legittimità del procedimento, questo viene visto come un puro mezzo per ottenere determinati fini, che conduce all'identificazione di un sistema con regole concretamente orientate alla

⁴⁵⁸ Cfr. SUMMERS R. S., op. cit., p. 11 ss, secondo il quale i criteri di valutazione del processo, «*as a process*», sono di due tipi: «(1) *the efficacy of the process as a means to good results – its “good result efficacy”*; and (2) *the process values that the process serves, including the degree of efficacy of the process in serving those values*».

⁴⁵⁹ Così si esprimeva SUMMERS R. S., op. cit., p. 12.

⁴⁶⁰ V., ad esempio, ALLISON J. R., *Ideology, prejudgment*, cit., p. 671; BONE R. G., *Agreeing to fair*, cit., p. 510; HAY B. L., *Procedural justice*, op. cit., p. 1806, il quale ha chiamato questa dimensione strumentale come «*sorting effects*».

⁴⁶¹ Come accennato in precedenza, questo è lo scopo sottinteso all'elaborazione della giurisprudenza europea di diritti umani, che ha dato origine ai cosiddetti obbligo procedurale positivo di accertamento penale, come riferisce, ad es., da MONTAGNA M., *Necessità della completezza*, cit., p. 351, che potrebbe tradursi in una preoccupazione per la qualità del processo come strumento efficace ed idoneo per «identificare e punire i colpevoli», e, di conseguenza, assolvere l'innocente. Cfr. FERRUA P., *La prova nel processo*, cit., p. 2, il tema, l'oggetto principale del processo penale è la colpevolezza affermata dall'accusa, non l'innocenza, né l'alternativa tra l'una e l'altra, da cui proviene il «carattere strumentale del processo», e l'esito assolutorio come imposizione derivante dell'assenza di prove oltre ogni ragionevole dubbio.

realizzazione precipua o esclusiva dei valori strumentali. Per tale motivo, tramite questa visione strumentalista più estremata, anche le garanzie e i principi processuali vengono valutati unicamente in base alla loro capacità di massimizzare la correttezza dei risultati⁴⁶². Esponente di tale interpretazione utilitaristica del processo che personalizza le idee più intense di strumentalità delle regole procedurali è la complessa teoria di Bentham, la cui essenza, secondo alcuni, può essere riassunta nella nozione per cui l'oggetto del processo criminale è quello di produrre decisioni corrette, sulla base dell'esatta applicazione delle leggi ai fatti concreti⁴⁶³.

Tale punto di vista sullo strumento processuale parte dal presupposto che l'ordinamento giuridico sostanziale indica un criterio esterno e indipendente per la correttezza dei risultati, mentre la funzione dei dispositivi procedurali sarebbe unicamente quella di garantire lo sviluppo di una dinamica che consentisse di ottenere questa risoluzione corretta⁴⁶⁴. Per tale motivo, la dimensione della *procedural justice* si troverebbe esattamente nella capacità del meccanismo di ottenere risultati in conformità con i criteri di giustizia definiti anticipatamente nelle norme materiali. Tale concezione idealizzata del processo può essere facilmente assimilata alla categoria rawlsiana di *perfect procedural justice*⁴⁶⁵, quando il metodo processuale viene concepito unicamente per garantire l'esito sperato tramite la normativa esterna.

2.5.1 Le limitazioni interne della visione strumentale

Tralasciando per un momento l'inserimento di altri valori processuali non tendenti unicamente alla correttezza dei risultati, è possibile far emergere alcune questioni importanti da prendere in considerazione anche all'interno di una comprensione di giustizia del processo che pretenda di essere puramente strumentale. La semplice presa in considerazione di tali ragionamenti, secondo quanto verrà esposto, consente di dimostrare la tendenziale inconsistenza del procedimento inteso come semplice strumento per la ricerca di un

⁴⁶² Estremamente chiare in proposito le parole di REDISH M. H; MARSHALL L. C., *Independence and the values*, cit., p. 476, riferendosi all'approccio strumentale del processo: «*The due process protections such as notice, hearing and right to counsel are valuable because they contribute to the goal of accuracy*».

⁴⁶³ GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. 9 ss; MASHAW J. L., *Administrative due process*, cit. p. 895.

⁴⁶⁴ BONE R. G., *Statistical adjudication: rights, justice, and utility in a world of process scarcity*, in *Vanderbilt Law Review*, n. 46, 1993, p. 598, designa questa concezione come «*rights-based theory*», perché sarebbe basata sull'idea che lo scopo dei processi è quello di determinare i diritti fondamentali di coloro che sono coinvolti correttamente. Accuratezza in quanto l'obiettivo del processo riguarda sia la precisione nella ricostruzione fattuale come la precisione nell'applicazione delle norme, cfr. ALLISON J. R., *Ideology, prejudice*, cit., p. 673.

⁴⁶⁵ Cfr. SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 244, il quale soprannomina questa comprensione di «*utopian ideal of perfect procedural justice*».

determinato fine, e per questo orientato in modo tale da massimizzare solamente la correttezza dei risultati.

La prima considerazione da fare è che qualsiasi sistema formale di giudizio genera costi sia per coloro che sono direttamente coinvolti, sia per la società in generale⁴⁶⁶, per cui i risultati provenienti dal processo sicuramente non sono gli unici effetti derivanti dai meccanismi decisionali. Trattandosi solo di oneri economici⁴⁶⁷, oltre alle spese giudiziarie e agli onorari degli avvocati a carico delle parti in causa, un processo giudiziario il cui obiettivo fosse quello di ottenere la massima precisione nei risultati emanati esigerebbe alti finanziamenti economici da parte della società per la gestione di un apparato giudiziario orientato all'eccellenza, e anche così non raggiungerebbe il suo ideale di perfezione⁴⁶⁸.

Anche la durata di un procedimento è un fattore essenziale da inserire nella valutazione degli effetti generali relativi a un meccanismo di applicazione delle norme, e non solo per i costi economici direttamente derivanti dalle lungaggini di un processo con successive fasi di ridiscussione. Analogamente, appare certo che la mera predisposizione alla ricerca incessante di ottimizzazione della qualità dei risultati può condurre a un ritardo nella conclusione definitiva dei procedimenti a tal punto da originare nelle parti interessate alla risoluzione della controversia un peso che riduce il valore di un'eventuale soluzione favorevole o che aumenta le conseguenze di una risoluzione negativa⁴⁶⁹. Inoltre, un processo

⁴⁶⁶ GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. 123. Secondo IACOVIELLO F. M., *Giusto processo? Alcune domande...*, in Cass. pen., 2003, p. 1462, gli anglosassoni qualificano i costi derivanti dal processo di *wealth effect*: «L'effetto ricchezza sta nel fatto che solo chi ha i soldi può sfruttare tutte le garanzie che il processo gli mette a disposizione».

⁴⁶⁷ I costi di un sistema di giudizio istituzionalizzato non si limitano solo a quelli monetari, cfr. SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 185, nt. 11, «Such direct costs include, for example, the monetary and nonmonetary cost of participation in the procedural system – time spent, attorneys' fees, filing fees, and so forth». Sobre a relação entre a máxima acuracidade dos procedimentos e os custos daí decorrentes, v. DWORKIN R., *Principi, politiche, procedure*, in *Questioni di principio*, a cura di Sebastiano Maffettone, Il Saggiatore, 1990, p. 87 ss, il quale sottolinea l'importanza dell'approccio basato sulla correttezza dei risultati, ma conclude che da questo non si estrae un «diritto alle procedure più accurate immaginabili»; nello stesso senso, BONE R., *Procedure, participation, rights*, cit., p. 1015.

⁴⁶⁸ Così si esprime BONE R. G., *Statistical adjudication*, cit., p. 599, dello stesso Autore, *Agreeing to fair process*, cit., p. 514, che menziona i costi sociale «of additional procedure to reduce error». Ancora SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 247, secondo il quale «Given that civil procedures imposes real costs on litigants and society at large, it is difficult to argue that the smallest marginal gain in accuracy is worth the largest investment of resources».

⁴⁶⁹ In questo esatto senso, ALLISON J. R., *Ideology, prejudgment*, cit., p. 679, il quale inserisce la preoccupazione circa la durata e i costi dei procedimenti giudiziari nell'ambito del valore strumentale qualificato come efficienza, nel senso di ottenere le giuste decisioni con le minime spese possibile di tempo e di risorse: «Efficiency refers to the achievement of an accurate, efficacious, and fair decision, as well as one that promotes noninstrumental values, with the least possible expenditure of time, money, and other resources». In tal senso, pur con varietà di accenti, SUMMERS R. S., *Evaluating and improving*, cit., p. 27, il quale comincia relazionando la mancanza di conclusione del processo con ritardo, segue valutando che il raggiungimento della fine delle procedure è di fondamentale importanza e conclude con l'idea non strumentale che: «A dispute-settling process that is always subject to “reruns” of the same issues is deficient as a process».

di lunghezza smisurata non costituirebbe neanche una garanzia di ottenimento di risultati infallibili⁴⁷⁰.

2.5.1.1 Possibile paradosso tra la qualità strumentale specifica e sistemica

La preoccupazione per la durata ragionevole del processo, in quanto valore processuale strumentale secondo la visione indicata da Allison⁴⁷¹, rende possibile estendere un po' la questione dell'efficienza rimanendo fedeli all'oggetto del presente studio. Questo perché il già menzionato autore puntualizza che l'aspetto della qualità sostanziale della decisione può essere considerato non solo in relazione a un caso specifico, ma merita anche di essere trasposto ad una classe o categoria più grande di casi, in modo da determinare se l'inosservanza del predicato dell'efficienza di una situazione particolare non possa occasionare anche la vanificazione del valore dell'efficienza per un gruppo di situazioni⁴⁷².

In altre parole, si tratta del principio per cui la pretesa che un processo miri, nel caso particolare, alla ricerca di una decisione perfettamente corretta, che comporta un meccanismo elaborato, di durata eccessiva e continue fasi di revisione tendenti a correggere eventuali mancanze, finirebbe per pregiudicare l'efficienza dell'intero sistema di giudizio. Il motivo sembra sia intuitivo che ovvio, dato che qualsiasi sistema di giustizia verrebbe reso impraticabile a partire dal totale degli investimenti necessari per la gestione di ogni processo che miri all'infalibili⁴⁷³, per non parlare della lentezza della risoluzione aggregata derivante dalla somma di tutti questi procedimenti complessi e infiniti. E non sarebbe nemmeno possibile garantire la correttezza del risultato emerso alla fine⁴⁷⁴.

⁴⁷⁰ GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. 112 ss. Secondo SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 186, «[...] a system that achieved the highest possible degree of accuracy would be intolerably costly. Even the application of an elaborate system of error-correction mechanisms (for example, a system with motions for a new trial, appeals, and, for some types of errors, collateral attacks) would result in many cases with substantively unjust outcomes [...]». Nel medesimo senso, BONE R. G., *Agreeing to fair*, cit., p. 514, nt. 81: «[...] a right to maximal accuracy that ignores costs should in theory give parties a right to re-litigate indefinitely. At the same time, it is worth noting that adding more procedure does not always reduce the error risk».

⁴⁷¹ V. nt. 469.

⁴⁷² V. ALLISON J. R., *Ideology, prejudgment*, cit., p. 679. Secondo SUMMERS R. S., *Evaluating and improving*, cit., p. 28, «general process value efficacy» è preferibile a «particular process value efficacy».

⁴⁷³ Cfr. BONE R. G., *Statistical adjudication*, cit., p. 599: «Furthermore, if a substantive right implied a right to a perfectly accurate outcome, parties would be entitled to demand that the community invest resources in procedure at a level that maximized accuracy regardless of cost. Any system that recognized such a right could easily find itself morally committed to a disastrous level of financing for adjudication».

⁴⁷⁴ Illustrativa, a questo proposito, la notoria frase del Justice Robert Jackson della Suprema Corte statunitense: «Reversal by a higher court is not proof that justice is thereby better done. There is no doubt that if there were a super-Supreme Court, a substantial proportion of our reversals of state courts would also be reversed. We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final». Brown

Il rovescio della medaglia di tale smisurato carico di lavoro imposto dalla pretesa di perfezione del risultato si manifesterebbe nella qualità di tutta la risoluzione giudiziale, una volta che l'accumulo eccessivo di processi nelle corti andrebbe a ridurre il tempo da destinare al giudizio di ciascuno dei casi pendente, con presumibili effetti nocivi rispetto alla completezza e al rigore delle decisioni giurisdizionali⁴⁷⁵. La contraddizione risulterebbe inevitabile una volta che l'assenza di accelerazione delle decisioni condurrebbe a maggiori ritardi e incertezze nel portare a compimento le richieste sottoposte alle corti di giustizia, compromettendo l'efficienza e la credibilità del sistema giudiziario, e quindi la stessa giustificazione costituzionale⁴⁷⁶.

Il tentativo di ottenere la massima correttezza di un caso specifico condurrebbe a un deterioramento nel funzionamento del sistema nella sua totalità, per cui si desume che l'inefficienza specifica⁴⁷⁷ potrebbe provocare l'inefficienza complessiva, anche perché il ritardo irragionevole nell'ottenimento della decisione finale risulta in contrasto con la giustizia tanto quanto il rischio di un'eventuale imperfezione⁴⁷⁸. Tale constatazione richiede un ampliamento nella concezione di strumentalità, in modo da prendere in considerazione la qualità non solo dell'esito di una richiesta specifica, ma dell'intero apparato di giudizio⁴⁷⁹.

In questo contesto brevemente citato, è possibile rilevare il paradosso virtuale di una stretta comprensione del processo che fosse guidato unicamente dal valore della correttezza dei risultati emanati. Nel caso non si riconosca la necessità di inserire altre preoccupazioni nel corso del procedimento al di là della mera ricerca di risultati corretti, l'applicazione del modello può originare la negazione delle sue stesse premesse valutative, poiché la realizzazione di una giustizia sostanziale al prezzo di un enorme dispendio economico, di

v. Allen, 344 U.S. 443, 540 (1953) (concurring). - Justice Robert Jackson; la quale si trova, ad es., in SAMAHA J., *Criminal procedure*, 9^a ed., Cengage Learning, 2015, p. 565.

⁴⁷⁵ RENNIG C., *Subjective procedural*, cit., pp. 223-224, il quale affronta la «*thoroughness*» dalla prospettiva di «*subjective procedural justice*», per dimostrare che l'apprezzamento di questo valore procedurale sarebbe significativamente influenzato da un carico di lavoro che superasse un punto critico, a causa dell'accelerazione delle sentenze come misura per affrontare lo stock di domanda.

⁴⁷⁶ Così, MARZADURI E., *Commento all'art. 1*, cit., p. 772.

⁴⁷⁷ Inefficienza dovuta al meccanismo particolare troppo allungato e/o con numerosi passi di ridiscussione. Al riguardo, è interessante ricordare la massima attribuita a Bentham, secondo cui «*Justice delayed is justice denied*», cfr. CHIARLONI S., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione*, cit., p. 33.

⁴⁷⁸ NAPPI A., *La ragionevole durata del*, cit., p. 1540; ZUCKERMAN A. A. S., *Justice in crisis*, cit., p. 6; BERTOLINO G., *Giusto processo*, cit., p. 79, per la quale il fattore tempo è il primo a scoraggiare la ricerca della massima correzione delle decisioni.

⁴⁷⁹ Così si esprime ALLISON J. R., *Ideology, prejudice*, cit., p. 679.

ritardi e sacrifici di altro genere⁴⁸⁰ finisce per essere una maniera distorta di negazione della giustizia che il modello prevede di offrire.

Trattandosi specificatamente di preoccupazione per l'esattezza dei giudizi, la dottrina presenta analogamente un'importante distinzione tra «*case accuracy*» e «*systemic accuracy*» che crea ugualmente difficoltà interne alla teoria puramente strumentale del procedimento⁴⁸¹. L'idea è che la qualità del processo può essere analizzata da due punti di vista distinti. Per tale motivo, dalla prospettiva a posteriori la domanda è se il risultato concretamente generato è stato corretto. Dalla prospettiva precedente viene messo in discussione, invece, se un determinato meccanismo è il più indicato per produrre soluzioni corrette nella generalità dei casi futuri.

Il problema risiede esattamente nel fatto che non esiste una corrispondenza necessaria tra questi due tipi di *accuracy*. Determinate regole possono mirare genericamente a implementare la correttezza dei risultati, ma in casi particolari producono l'effetto opposto⁴⁸². Alla luce di questa tensione incombente, una concezione ideale del procedimento dovrebbe optare tra un meccanismo processuale che garantisca la giustizia del caso concreto, con il rischio di influire sulla qualità delle decisioni posteriori, oppure elaborare un modello volto alla correttezza del sistema, anche a costo di produrre ingiustizie in casi particolari⁴⁸³.

La difficoltà di un modello incondizionato di *perfect procedural justice* di fronte a un contrasto tra giustizia del caso specifico e giustizia sistemica, al di là dello scegliere in anticipo quale tipo di giustizia dovrebbe condizionare l'ordine del procedimento, risiederebbe nel definire in anticipo, e con sicurezza, quali caratteristiche del processo sarebbero idonee per garantire l'ottenimento dell'obiettivo a cui si mira: emettere risultati sostanzialmente idonei, ossia che soddisfino il criterio esterno di giustizia sostanziale⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ Secondo HAY B. L., *Procedural justice*, op. cit., p. 1807, dovrebbe essere incluso tra i «*process effects*», cioè tra i requisiti imposti dalla procedura, almeno la sua durata, gli impatti psichici ed emozionali, le spese economiche, la riservatezza dei soggetti coinvolti, i loro effetti sul rapporto tra le parti in causa.

⁴⁸¹ WASSERMAN D., *The procedural turn*, cit., p. 53, nt. 1; SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 247 ss.

⁴⁸² L'esempio citato da SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 248, è in relazione alle regole di prescrizione, che, dal punto di vista di *systemic accuracy* sarebbero destinate a preservare la correttezza delle decisioni impedendo alla magistratura di affrontare casi in cui il passare del tempo potrebbe essere pernicioso alla ricerca della verità; tuttavia, in casi particolari, la prescrizione può ostacolare la valutazione di un quadro di prova evidente e con grande possibilità di fornire soluzioni corrette.

⁴⁸³ Estremamente chiare in proposito le parole di SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 250: «*Wholesale procedural justice is purchased at the price of retail procedural injustice*».

⁴⁸⁴ BERTOLINO G., *Giusto processo*, cit., p. 55, la quale menciona: «Ciò comporta l'impossibilità di distinguere a priori i casi nei quali la procedura funziona da quelli nei quali risulta inefficace».

2.5.1.2 La funzione ausiliare del processo nel compito di regolazione dei comportamenti

La caratterizzazione di giustizia procedurale come mero strumento per la realizzazione di risultati coincidenti con le norme di diritto materiale fallisce anche laddove non prende in considerazione l'importanza immanente del processo nell'incremento di uno degli attributi primordiali della legge sostanziale che è quello di servire da guida comportamentale, da meccanismo di regolazione delle condotte individuali. Ai fini del presente approccio è possibile, in maniera molto sintetica, esprimere la considerazione che le leggi materiali stabiliscono diritti e imposizioni con la finalità di orientare le condotte umane⁴⁸⁵, e non c'è modo di trascurare la rilevanza del procedimento nella sua azione di incoraggiare condotte in conformità con quanto disposto nell'insieme dell'ordinamento giuridico⁴⁸⁶. In altre parole, la funzione di guida dei comportamenti della legge sostanziale non sarebbe sufficientemente esercitata senza il contributo significativo del meccanismo processuale⁴⁸⁷.

Tra le innumerevoli difficoltà e sfide che si presentano nell'osservanza delle regole di comportamento è possibile evidenziare almeno la conoscenza imperfetta dei dispositivi di legge e dei contesti dei fatti in questione, la presenza di lacune e imprecisioni nelle norme di condotta e la propensione degli individui a comprendere le disposizioni di legge in modo soggettivamente tendenzioso. Per tali motivi, tra le funzioni importanti del processo si inseriscono quella di riconciliare delle prospettive devianti con i parametri delle prescrizioni legali, e quella di far conoscere in maniera più precisa il significato di regole e fatti rilevanti per la conformità dei comportamenti all'ordinamento giuridico⁴⁸⁸.

Questo avvicinamento tra diritti sostanziali (o norme materiali) e processo è un'altra indicazione dell'inadeguatezza di una teoria che deflaziona l'importanza degli aspetti intrinsecamente procedurali. Le basi per prendere in considerazione altri valori oltre a quelli

⁴⁸⁵ Cfr. SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 186, che esemplifica: «*Tort and criminal law define our obligations toward others*»; in senso simile, v. FERRER BELTRÁN J., *Diritto alla prova e razionalità delle decisioni giudiziali*, in *Ragion Pratica*, 2003, p. 149; PECZENIK A., *Coherence, Truth and rightness in the law*, in NERHOT P. (edited by), *Law, Interpretation and reality: essays in epistemology, hermeneutics and jurisprudence*, Kluwer, 1990, p. 282.

⁴⁸⁶ ALLISON J. R., *Ideology, prejudice*, cit., p. 681, inserisce come secondo aspetto della funzione euristica delle procedure il compito di comunicare il contenuto delle norme e afferma che: «*Such communication promotes future modification of behavior so as to conform more closely with society's legitimate expectations*».

⁴⁸⁷ In tal senso, v. NESSON C., *The evidence*, cit., p. 1359.

⁴⁸⁸ SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 188: «*Procedure provides the information, specificity, and impartiality that is required for citizens to conform their behavior to the requirements of the law*». Sull'ambiguità e le incertezze delle norme sostanziali, e lo scopo delle regole procedurali in materia di disciplina della loro interpretazione e conformità, V. SIMON W. H., *The ideology*, cit., p. 42 ss.

espressi attraverso la norma sostanziale si trovano persino con un paradigma di tipo strumentale, poiché le procedure hanno anche l'effetto di comunicare, esplicitare e standardizzare il reale significato del sistema giuridico materiale, questa semplice constatazione già sarebbe sufficiente a suscitare preoccupazione rispetto alla qualità del procedimento e quindi rispetto all'importanza dei valori attinenti al processo stesso. Allo stesso modo, la correlazione tra il procedimento e il contenuto e la realizzazione dei diritti sostanziali sarebbe sufficiente per rafforzare la conclusione per cui esistono due ordini di valori da prendere in considerazione: uno relativo ai risultati e l'altro intrinseco al proprio meccanismo processuale.

Non si può negare che la concezione appena esposta fa risaltare anche la rilevanza strumentale del procedimento nel senso già menzionato di «*good result efficacy*»⁴⁸⁹, che ha una relazione diretta con l'efficacia del mezzo sia nella ricostruzione dei fatti che nell'applicazione delle norme sostanziali, esattamente affinché il compito di incrementare la regolazione delle condotte umane possa essere svolto in conformità con i criteri previsti dalle leggi sostanziali⁴⁹⁰, che è il significato della già citata «*rights-based theory*», ossia che l'obiettivo dei processi è quello di determinare i diritti fondamentali delle parti in causa in maniera corretta⁴⁹¹.

Tale funzione verrebbe compromessa da un processo che si rivelasse spesso carente sotto questo aspetto, poiché ciò che verrebbe trasmesso potrebbe non rappresentare, o addirittura contrastare, i dettami delle norme sostanziali. Si tratta, a questo punto, di un approccio rigorosamente processuale, in sintonia con l'idea centrale dello studio, ossia del fatto che la dinamica processuale debba essere regolata in modo da agevolare l'ottenimento di decisioni giuste.

Ciò nonostante, secondo quanto già riportato, la funzione della norma sostanziale come guida di comportamenti non viene implementata senza l'aiuto indispensabile del processo nel complemento e nella chiarificazione del contenuto delle norme⁴⁹². Contrariamente a quanto potrebbe sostenere una visione di giustizia processuale perfetta, non

⁴⁸⁹ SUMMERS R. S., *Evaluating and improving*, cit., p. 11 ss. Anche per una ovvia esigenza derivante dal principio di legalità, il processo dovrebbe far attuare il diritto sostanziale, cfr. FERRUA P., *Il "giusto" processo*, cit., p. 403.

⁴⁹⁰ Sul punto, v. FERRER BELTRÁN J., *La valutazione razionale della prova*, Giuffrè, 2012, p. 15; Id., *Prueba y verdad*, cit., p. 22.

⁴⁹¹ BONE R. G., *Statistical adjudication*, cit. p. 598; v. nt. 156.

⁴⁹² Il discorso qui è l'influenza complementare del processo in relazione alla funzione del diritto materiale per guidare i comportamenti; l'importanza del accertamento giurisdizionale dei fatti legati alle condotte effettivamente praticate dai destinatari delle decisioni, in questo aspetto delle norme giuridiche per motivare le condotte umane, sarà specificatamente affrontato al punto 3.2 del capitolo III.

esiste una separazione assoluta tra la funzione di orientamento dei comportamenti della legge sostanziale e i compiti del meccanismo processuale, di conseguenza il procedimento deve essere valutato non solo come mezzo per la realizzazione di determinati risultati⁴⁹³, ma anche attraverso il suo valore immanente, come procedimento considerato in sé stesso, una volta che la qualità intrinseca della procedura influenzerà la qualità delle norme sostanziali implementate nella soluzione della causa⁴⁹⁴.

Finora sono stati evidenziati argomenti indicativi dell'insufficienza interna della concezione di *perfect procedural justice* per tenere conto del meccanismo decisionale nella sua totalità, poiché anche una prospettiva ideale di massima correttezza dei risultati deve prendere in considerazione altri fattori che interferiscono nella qualità della risposta giurisdizionale.

Ad ogni modo, l'obiezione principale sta nelle premesse del modello ideale, in considerazione del fatto che nessun procedimento giudiziale è infallibile. Il massimo a cui un meccanismo di presa di decisioni può ambire è di essere orientato in modo da preservare la ricerca della correttezza dei risultati, da ridurre al minimo i rischi di decisioni ambigue, ma non potrà mai certificare questo esito⁴⁹⁵. Inoltre, vi sono ragioni sufficienti per il riconoscimento di valori non strumentali nel processo, ossia valori non correlati unicamente con l'accuratezza dei risultati.

Per tale motivo, malgrado non vi sia dubbio che le soluzioni emanate dal procedimento debbano contare e la ricerca di decisioni corrette possa persino essere considerata come obiettivo primario del processo⁴⁹⁶, è necessario andare oltre in modo da delineare i contorni di un modello teorico di giustizia procedurale che contempli questi ordini di valori rilevanti alla conformazione della legittimità del processo.

2.6 La concezione moderata di giustizia procedurale: *imperfect procedural justice*

Per quanto finora esposto è possibile affermare che l'assunzione della prospettiva non strumentale potrebbe ritenersi soddisfacente nel tenere conto del fenomeno procedurale solo se non ci fosse un criterio esterno correlato alla giustizia del risultato, o allora quando tali

⁴⁹³ In questi termini, PINTORE A., *Problemi di etica*, cit., p. 48.

⁴⁹⁴ In tal senso, ALLISON J. R., *Ideology, prejudice*, cit., p. 681, menziona la possibilità di errore nel contenuto della norme comunicata in seguito a difetto nel tramite procedurale, che nell'esempio fornito dall'autore probabilmente deriverebbe da violazione del principio di imparzialità del giudice.

⁴⁹⁵ Per tutti, TARUFFO M., *Giustizia, procedure*, cit., p. 148.

⁴⁹⁶ Nello stesso senso di che la correzione dei risultati è l'obiettivo primario del processo, che deve essere combinato con altri valori procedurali, v. GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. 12.

indicatori apparissero oltremodo incerti o controversi per raccomandare l'assimilazione del procedimento a una funzione che stabilisca i parametri di giustizia⁴⁹⁷. In senso affermativo, è possibile affermare che il riconoscimento di misura esterna relativamente alla correttezza del risultato costituisce un fondamento sufficiente all'inserimento della prospettiva di giustizia procedurale nel secondo modello, ossia nella concezione che inserisce la preoccupazione con la ricerca di risultati corretti.

In contrasto, secondo quanto già riportato, l'inferenza per cui le risoluzioni devono essere prese in considerazione non è una giustificazione sufficiente per circoscrivere gli effetti legittimanti dei procedimenti decisionali agli aspetti strettamente strumentali⁴⁹⁸. In primo luogo, poiché l'impiego corretto di metodi processuali non sarebbe sufficiente a garantire la giustizia della decisione pronunciata, quindi l'eventuale riconoscimento di un parametro di giustizia basato sulla ricerca della perfetta conformità tra mezzi e fini non dovrebbe consentire a nessun sistema processuale concepibile di essere considerato giusto⁴⁹⁹. In secondo luogo, perché gli effetti comuni dei procedimenti, e i valori da essi recepiti, devono essere tenuti in considerazione nella valutazione della legittimità dei processi decisionali⁵⁰⁰.

In relazione ai valori strettamente processuali, o non correlati ai risultati del procedimento, si trova nella dottrina una profusione di indicazioni che il compito di esplicitarli tutti sarebbe troppo arduo, oltre che inconcludente, poiché dipenderebbe, la maggior parte delle volte, da astrazioni e criteri particolari⁵⁰¹. Appare inoltre poco probabile stabilire una gamma assiologica esaustiva in relazione alla generalità dei meccanismi decisionali, tenendo in considerazione la varietà di situazioni e fattori che possono essere

⁴⁹⁷ Cfr., ad esempio, TSCHENTSCHER A., *The function*, cit., pp. 108 e 114, il quale menziona la «defining function of procedural justice» soltanto per situazioni in cui non sono riconosciuti criteri di giustizia al di fuori della procedura stessa. Si veda, inoltre, WASSERMAN D., *The procedural turn*, cit., p. 41; SCHMIDT V. H., *Procedural aspects*, cit., p. 164; GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. 122; BERTOLINO G., *Giusto processo*, cit., p. 46.

⁴⁹⁸ SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 304.

⁴⁹⁹ BONE R. G., *Agreeing to fair*, cit., p. 514. Nel medesimo senso, SCHMIDT V. H., op. cit., p. 164, il quale ha sottolineato come solo in alcune situazioni irrilevanti si possa pensare a una *perfect procedural justice*. Lo stesso RAWLS J., *Una teoria*, cit., p. 85, ammette che, in materia di interesse pratico, «la giustizia procedurale perfetta è molto rara, se non addirittura impossibile».

⁵⁰⁰ Al riguardo, MASHAW J. L., *Administrative due process*, op. cit. p. 886.

⁵⁰¹ Alcuni di questi valori sono già stati o saranno indicati durante il testo e di solito sono diffusamente riconosciuti dalla dottrina, sia in modo più concreto come: l'imparzialità, la partecipazione degli interessati, la parità di trattamento, la durata ragionevole, la controllabilità, la ricorribilità; sia in modo più aperto, come: la dignità, l'umanità, la razionalità, *accountability*, *correctness*; cfr., ad es. BAYLES M. D., *Procedural justice*, cit., pp. 15 ss., 127 ss.; SUMMERS R. S., *Evaluating and improving*, cit., p. 20 ss; Id., *Formal legal truth*, cit., p. 497 ss.; SCHMIDT V. H., op. cit., p. 175.

compresi in ognuna delle possibili congiunture soggette alla valutazione mediante procedimenti decisionali⁵⁰².

Tale lavoro, quindi, può essere semplificato grazie alla semplice considerazione per cui l'argomento sviluppato nel presente studio non dipende da questa precisa indicazione⁵⁰³. Il sostegno del valore processuale della correttezza del risultato come misura del giusto processo passa anche, in un certo qual modo, dalla misurazione della sua pertinenza e della sua proiezione all'interno dell'equazione procedurale, che dipende dalla considerazione delle altre categorie di valori processuali e dal modo in cui possono articolarsi all'interno del sistema. A tale scopo, prima di attendersi indicazioni esaustive, è sufficiente riconoscere genericamente tali gruppi valoriali e i loro fondamenti.

Per tale motivo, ciò che si intende affermare, in questo momento, è l'esistenza di valori in grado di essere implementati o preservati da caratteristiche insite alla procedura stessa, che tali valori possono realizzarsi già nel corso dell'iter processuale e non solo quando dal risultato finale, e che, al contempo, si tratta di valori⁵⁰⁴ che consentono di valutare le caratteristiche interne del trascorso procedurale indipendentemente dai suoi eventuali effetti sulla qualità dei risultati emanati⁵⁰⁵.

La citata insufficienza delle interpretazioni interne alle due grandi categorie valoriali che mirano a condurre le analisi di *procedural justice* spingono la disposizione di un modello teorico di procedimento che prenda in considerazione aspetti rilevanti originati nei due modelli di base e, di conseguenza, intimo alla nozione di *imperfect procedural justice*⁵⁰⁶.

Secondo quanto sostenuto da una dottrina autorevole che si è occupata dello studio dei modelli di giustizia procedurale, i sistemi di giudizio dovrebbero essere disciplinati in modo tale da massimizzare la correttezza dei risultati, ma senza ignorare i costi generici dei

⁵⁰² Cfr. SCHMIDT V. H., op. cit., pp. 174-175. In tal senso, SUMMERS R. S., *Evaluating and improving*, cit., p. 20 ss, anche se identificando un catalogo di dieci valori non strumentali da utilizzare nella valutazione delle procedure regolamentate legalmente, limitati alle democrazie occidentali, riconosce che si tratta di una relazione aperta, soggetta ad essere non solo complementata, ma adeguata, ponderata o messa da parte a seconda delle esigenze delle circostanze in gioco in ogni classe di processi.

⁵⁰³ Così, ad esempio, GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., pp. 36-37.

⁵⁰⁴ Molti di questi valori derivano direttamente o sono proiezioni di diritti fondamentali e di libertà basilari, cfr. SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 257 ss e 306 ss; oppure, per la variante opposta, i valori procedurali creano diritti, pertanto: "violation of those values will mean a violation of rights», GALLIGAN D. J., op. cit., p. 113.

⁵⁰⁵ Si basa nel ragionamento proposto da SUMMERS R. S., op. cit., pp. 14, 19, per qualificare i valori come intrinsecamente procedurali. Lo scopo dello studio dell'Autore era dimostrare l'esistenza di qualità o valori procedurali che non dipendono dalla valutazione dei loro effetti sui risultati finali, superando la tendenza strumentalista oppure di *perfect procedural justice*.

⁵⁰⁶ Per questa opinione, v. GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. 42. Nel contesto del processo penale italiano, v., in questo esatto senso, ad es., FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, cit. 47-50.

giudizi e la preservazione dei valori non strumentali correlati a diritti e libertà fondamentali⁵⁰⁷. È questa probabilmente la sfida principale sia nella concezione, che nell'analisi della giustizia di qualsiasi sistema decisionale: trovare il modo di conciliare tali gruppi di valori, costi ed effetti processuali al fine di applicarli in maniera ponderata nel meccanismo processuale⁵⁰⁸.

Nonostante non esista necessariamente una contraddizione tra le caratteristiche e le disposizioni processuali concepite per soddisfare le categorie assiologiche citate, dato che, addirittura, è possibile portare vari esempi in cui le dinamiche procedurali concrete vanno simultaneamente ad implementare i gruppi valoriali, non vi è dubbio che in molte occasioni si genererà un conflitto⁵⁰⁹. L'adozione di un determinato metodo volto a realizzare una famiglia di valori finirà con l'essere pregiudizievole all'insieme valutativo opposto.

Ad ogni modo, definire tale armonizzazione pratica, ossia stabilire cioè quanto la ricerca della correzione dei risultati è importante, quali sono e in che misura devono prevalere i valori non strumentali, qual è la *ratio* che orienta l'interrelazione tra tali dimensioni e gli altri costi ed effetti procedurali, è una tematica troppo ampia e soggetta a svariate interpretazioni, che deve tenere in conto almeno il tipo di procedimento e la materia in questione. Poiché l'obiettivo dello studio non è quello di riflettere in maniera astratta su tutti i possibili aspetti correlati alla giustizia procedurale, ma solo in quanto rilevanti al percorso argomentativo che mira a fondare la comprensione per l'inserimento del valore della giustizia del risultato nell'ambito del giusto processo penale, risulta interessante cercare di avvicinare maggiormente le considerazioni finora espresse all'oggetto specifico di questo studio.

2.7 Giustizia procedurale e giusto processo penale

⁵⁰⁷ V. in tal senso, pur con varietà di accenti, SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 305 ss, il quale sostiene la premessa della priorità del principio della partecipazione degli interessati, e poi identifica il nucleo del «*balancing model*» a partire da due condizionamenti al principio di accuratezza: «*the costs of adjudication proviso*» e «*the substantive rights proviso*». Ancora PIZZI W. T., *Trials without*, cit., p. 24.

⁵⁰⁸ Per analoghe considerazioni: ALLISON J. R., *Ideology, prejudgment*, cit., p. 659; HAY B. L., *Procedural justice*, cit., pp. 1807-1808; BONE R. G., *Agreeing to fair*, cit., pp. 516-517; ZUCKERMAN A. A. S., *Justice in crisis*, cit., p. 10 ss.; TYLER T. R.; E. ALLAN LIND, *A relational model*, cit., p. 144; BERTOLINO G., *Giusto processo*, cit., p. 56. Ancora, CHIESA L. E., *Giustizia e fairness*, cit., p. 155, il quale identifica la correttezza del risultato con la giustizia del processo e l'osservanza dei diritti procedurali alla nozione di *fairness*.

⁵⁰⁹ Al riguardo, SUMMERS R. S., *Evaluating and improving*, cit., p. 15 ss, distingue situazioni in cui non sarà possibile identificare se alcune caratteristiche procedurali influenzano i risultati, ipotesi dove ci sarà «*bad result efficacy*» in vista della realizzazione di un valore non strumentale, caratteristiche che saranno buone sia per la qualità dei risultati sia per «*non-result-oriented reasons*», e delle caratteristiche procedurali orientate solo alla correzione dei risultati.

È importante ora riprendere alcune questioni già affrontate nel corso di questo capitolo in modo da evidenziare la premessa di origine. Sembra non suscitare ulteriori dubbi la considerazione che il processo penale dispone di un criterio indipendente di giustizia del risultato, il quale esiste esterna e precedentemente rispetto al procedimento. Basandosi su questo parametro esteriore, si desidera affermare la responsabilità dell'accusato se e solo se quest'ultimo ha commesso il reato⁵¹⁰.

Tale riconoscimento è sufficiente per includere il processo penale nella sfera di *procedural justice* che prende in considerazione la correttezza delle decisioni, cioè che inserisce la dimensione della giustizia del risultato tra le condizioni di giustizia del procedimento. Costatazione che viene rafforzata sia dal fatto che le discussioni sulla giustizia distributiva non sono proiettate con rilevanza alle cause penali⁵¹¹, come dalla limitazione operata inizialmente nel senso di che il dibattito sull'inquadramento della giustizia del risultato tra le condizioni di giustizia del processo avrebbe come riferimento precipuo il substrato fattuale che determina la decisione emanata.

In questo modo, eventuali interrogativi sulla giustizia sostanziale delle leggi penali materiali applicate nella decisione finale⁵¹², pur non essendo motivo sufficiente per accogliere una versione puramente non strumentale del processo penale, non avrebbero un'influenza notevole sulle idee sostenute, data la delimitazione dell'approccio adottata nello studio, che evidentemente consente di ridurre le complessità.

La questione successiva diventa la stessa già indicata in precedenza, l'inferenza che il procedimento penale debba essere regolato in modo da perseguire la presa di decisioni corrette non conduce alla considerazione riduttiva per cui conta solo la qualità dei risultati. Una comprensione contraria condurrebbe molto probabilmente a un'inevitabile contraddizione interna, poiché esistono costi naturali correlati al meccanismo processuale penale da prendere in considerazione, dal momento che compromettono la qualità globale

⁵¹⁰ RAWLS J., *Una teoria*, cit., p. 85; FERRUA P., *Giustizia del processo*, cit., pp. 1201-1202; dello stesso Autore, *Il giudizio penale*, p. 320, il quale ha fatto notare come «il processo falisce il suo scopo quando assolve il colpevole, lasciando impunito il delitto, ma aggiunge violenza a violenza quando condanna l'innocente».

⁵¹¹ Cfr. TARUFFO M., *Giustizia, procedure*, cit., p. 145. Si ritiene che le maggiori incertezze e domande riguardanti la giustizia sostanziale che potrebbero indicare l'accoglienza di un parametro non strumentale di processo risiedono nel campo della giustizia distributiva; in ogni modo, cfr. RÖHL K. F., MACHURA S., *Preface*, cit., p. xi, la mancanza di consenso sulla giustizia sostanziale dei risultati non dovrebbe necessariamente minare l'impegno per lo sviluppo di procedure finalizzate alla corretta ricostruzione fattuale.

⁵¹² Questo può anche includere il problema del significato attribuito alle norme a partire da un'interpretazione operativa, cfr. indicato da WRÓBLEWSKI J., *Ideologia de la aplicacion judicial del derecho*, in Id., «*Sentido*» y «*hecho*», cit., p. 53, secondo il quale ci sono tre decisioni giudiziarie nell'applicazione della legislazione: «*la decisión interpretativa, la decisión de la prueba y la decisión final*». In senso analogo, BULYGIN E., *Cognition*, p. 14 ss.

della risposta giurisdizionale. Inoltre, i sistemi concreti di giudizio devono tener conto della loro immanente incapacità di attestare, in modo categorico, la correttezza dei risultati finali ottenuti, e ancora di più, si deve riconoscere la predisposizione irrinunciabile di qualsiasi meccanismo giudiziale all'eventuale formulazione di decisioni erronee⁵¹³.

Questa constatazione solleva il riferimento di un problema fondamentale nelle analisi sulla giustizia dei procedimenti giudiziari e che consiste nel mettere in discussione come impellere l'accettazione e, di conseguenza, l'adempimento diffuso di decisioni giurisdizionali rispetto alle quali si ammette la possibilità di incertezza relativamente alla correttezza e/o alla giustizia dei propri fondamenti. In altre parole, la risaputa impossibilità di garantire la correttezza dei risultati, o persino la possibile convinzione soggettiva delle parti interessate sulla loro non correttezza, fa sì che un attributo importante di tutto il sistema legale di giudizio che è quello di favorire il naturale rispetto delle decisioni definitive non possa dipendere solo dalle qualità dei risultati emanati alla fine del processo⁵¹⁴.

In generale, la tendenza a sottostare al risultato dell'azione statale e, nello specifico, la predisposizione all'osservanza volontaria delle decisioni giudiziali sono direttamente correlate all'aspetto della legittimità dei metodi decisionali impiegati⁵¹⁵. La legittimazione e la conformità sono in stretta connessione. E nonostante non si possa semplificare il problema dell'osservanza spontanea delle decisioni solo in riferimento all'aspetto della legittimazione dei meccanismi decisionali, essendo noto che esiste una pluralità di fattori in grado di interferire in questa inclinazione al rispetto quasi inconscio delle risoluzioni statali, a condizione che vengano rispettati determinati limiti di razionalità nel contenuto di tali determinazioni⁵¹⁶, è ugualmente certo che la legittimità dei sistemi di giudizio, nel significato

⁵¹³ Su tutti, v. WASSERMAN D., *The procedural turn*, cit., p. 37.

⁵¹⁴ Estremamente chiare in proposito le parole di SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 190: «*The deflationary view of procedural justice, which claims that procedural justice can be reduced to justice in outcomes, cannot easily provide an answer to this question. When we know the outcome to be unjust the just of the outcome cannot be the source of its legitimate authority*».

⁵¹⁵ In questo senso, LIND E. A., TYLER T. R., *The social psychology*, cit., p. 64, i quali sostengono: «*Legitimacy in turn is likely to be an important factor in compliance with legal rules and orders, a critical issue even in the nonvoluntary context of most legal dispute resolution*». V., ancora, VIDMAR N., *Procedural justice*, cit., pp. 131-132; WELSH N. A., *Remembering the role*, cit., p. 53; WEIGEND T., *Is the criminal*, cit., p. 173; TYLER T. R., *Procedural justice*, cit., p. 28; Id., *The psychology of legitimacy*, cit., p. 323 ss., specialmente l'ampia bibliografia menzionata dall'autore

⁵¹⁶ In questi termini, LUHMANN N., *Procedimenti giuridici*, cit., pp. 20 ss, il quale riconosce l'interferenza di fattori quali la coercizione, il consenso e la soddisfazione, ma aggiunge che i sistemi politici non possono essere basati esclusivamente su questi elementi, né sono sufficienti motivi per istituzionalizzare la legittimità. Trasponendosi tali considerazioni alla specifica sfera penale, è possibile sottolineare che la pressione derivante dalla minaccia della sanzione, dall'effetto dissuasivo del meccanismo penale e persino dalla quasi certezza della pena, anche se importante per il sistema penale, e alla conformità dei comportamenti umani, non sono condizioni che determinano in sé la legittimità del sistema di giudizio e di comminazione di sanzioni. TYLER

qui adottato di disponibilità generalizzata a conformarsi ai risultati dei processi, agisce direttamente su tale forma di obbedienza. Per cui, essendo l'oggetto di questo studio la trattazione circoscritta della *procedural justice*, l'aspetto principale da prendere in considerazione è la legittimità del sistema di giudizio⁵¹⁷.

Prima ancora di affrontare i fattori che concorrono a conferire legittimità al meccanismo processuale, è opportuno occuparsi dei motivi che rendono l'attributo della legittimazione rilevante per il processo penale, anche attraverso la prospettiva della sua strumentalità, configurandosi, cioè, come un meccanismo efficace nella realizzazione di risultati giusti. Il motivo principale è stato già accennato e deriva da una predisposizione naturale e generalizzata delle parti in causa e di terzi all'osservanza delle decisioni emanate dal procedimento giudiziale, per la considerazione che si tratta di fonti o guide autorizzate e vincolanti di comportamento⁵¹⁸.

L'assenza di tale tendenza all'osservanza volontaria delle deliberazioni giudiziali comporterà procedimenti aggiuntivi che mirano, nella pratica, a rendere effettive le misure applicate alla fine del processo⁵¹⁹. Si fa qui riferimento ai meccanismi di incentivazione dell'osservanza dei risultati processuali, come pure agli espedienti ingiuntivi, dissuasivi e alle sanzioni accessorie che mirano a sottomettere gli individui alle decisioni giudiziali, tra cui i nuovi metodi di controllo e di correzione di eventuali deviazioni.

È facile percepire gli effetti nocivi derivanti da una falla sistemica di illegittimità, o di carenza di legittimazione, del meccanismo decisionale. Fattori come costi, tempo ed espedienti verranno aggregati al fine di far osservare i risultati del processo, sempre nel tentativo di conformare i comportamenti umani alle disposizioni finali dei procedimenti e cercando quindi, in ultima analisi, di implementare i dettami delle leggi sostanziali⁵²⁰, con un'elevata probabilità di ripetuti fallimenti in questo obiettivo. Non sembrano esserci grandi

T. R., *Why people*, cit., p. 4, classifica questi fattori dissuasivi come «*instrumental factors*», per distinguerli dai «*normative factors*», tra i quali inserisce precisamente la «*legitimacy*».

⁵¹⁷ Più ampiamente, v. TYLER T. R., op. cit., p. 270 ss., secondo il quale «*legitimacy is linked to the justice of the procedures by which the police and courts implement the law*», ed aggiunge: «*Through legitimacy, procedural justice encourages deference*».

⁵¹⁸ Per questa ragione, secondo NESSON C., *The evidence*, cit., p. 1357 ss., è importante il sistema giudiziario progettare come «*statements about what actually happened*», solo così il pubblico tende ad accettare la decisione, che è assimilata come affermazione della legge sostanziale, e guida dei comportamenti.

⁵¹⁹ LUHMANN N., op. cit., p. 26, menziona che il fallimento di questo sistema di legittimità porterà sempre alla necessità di nuovi incentivi per imporre il comportamento in conformità alla deliberazione. V., ancora, SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 189; TYLER T. R.; E. ALLAN LIND, *A relational model*, cit., p. 118, secondo i quali ottenere la conformità attraverso minacce di sanzioni e ricompense sarebbe «*unwieldy, costly, and time-consuming*», oltre ad essere difettoso nel lungo termine.

⁵²⁰ È già stato menzionato come i processi giudiziari funzionano anche come guide al comportamento, contribuendo a informare, chiarire e complementare la regolamentazione delle norme sostanziali.

obiezioni neanche per quanto riguarda l'idea che la legittimità è importante per i processi giurisdizionali, anche per quanto riguarda delle considerazioni di strumentalità del processo⁵²¹.

Per quanto non si possano trascurare alcune valutazioni soggettive più raffinate rispetto alla legittimità dei metodi decisionali, né ignorare gli aspetti di soddisfazione personale per l'iter processuale, soprattutto per il modo in cui le parti in causa vengono trattate dalle autorità, e i probabili effetti sull'osservanza delle decisioni giudiziali⁵²², si intende sottolineare che un sistema di giudizio penale non può dipendere, o basare la sua legittimazione, esclusivamente sulle considerazioni individuali o sulle sensazioni di validità del procedimento⁵²³. Nel trattare la legittimità normativa⁵²⁴ del meccanismo decisionale, si fa riferimento a un processo generalizzato e relativamente stabile di istituzionalizzazione della legittimità indipendentemente dalla soddisfazione personale, o meno, rispetto al procedimento concreto realizzato⁵²⁵, in una riflessione sviluppata nell'ambito del sistema giuridico marcatamente influenzato dal modello europeo-continentale di amministrazione della giustizia⁵²⁶.

⁵²¹ «*Great social evils would attend a system that resorted to sanctions and incentives to secure the compliance of citizens who regarded the system as illegitimate [...]*», cfr. SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 279, secondo il quale, agli aspetti di strumentalità, si aggiungono argomenti di moralità politica, consistenti nell'ingiustizia di forzare l'adesione a un sistema di giudizi considerato fundamentalmente ingiusto o indebito dai cittadini.

⁵²² Il riferimento principale è la letteratura identificata dagli studi di E. Allan Lind e Tom R. Tyler. In questa versante: «*Legitimacy is important because the sense of perceived obligation involved in legitimacy leads to voluntary deference behavior*»; cfr. TYLER T. R., *The psychology of legitimacy*, cit., p. 324, il quale confronta due teorie sulla percezione di legittimità delle strutture decisionali. Dalla prospettiva di *group authorities*: «*the effective exercise of authority depends in large part on the attitudes and values of group members, because those attitudes and values govern the behaviors that people voluntarily undertake*»; invece dal punto di vista di *group members*: «*Differences in the allocation of resources and opportunities-that is, social inequality-do not provoke anger when the authorities and institutions making such allocations are viewed as legitimate [...]. On the other hand, illegitimate inequality leads to anger and to antisystem behaviors such as sabotage and rioting*». V., ancora, LIND E. A., TYLER T. R., *The social psychology*, cit.

⁵²³ SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 274: «*Satisfaction that is merely subjective cannot confer normative legitimacy-although it may provide the legitimacy that is required for the important social goods of voluntary compliance and social stability*». RÖHL K. F., *Procedural justice*, cit., pp. 20-25, afferma che è difficile fondare la legittimità sul consenso individuale sui valori, quindi si dovrebbe guidare verso un consenso sulla razionalità delle procedure. L'autore propone anche un avanzamento verso la coniugazione delle analisi di Luhmann con gli studi socio-psicologici empirici.

⁵²⁴ L'espressione «*normative legitimacy*» si trova in SOLUM L. B., op. loc. cit.

⁵²⁵ V., in particolare, LUHMANN N., *Procedimenti giuridici*, cit., p. 18 ss. Si può prendere il prestito, con i necessari adattamenti, la considerazione di VECA S., *Sull'idea di giustizia procedurale*, in *Rivista di Filosofia*, 2001, n. 2 p. 228 ss., circa la giustizia procedurale minima, che non si fonderebbe sulle credenze individuali, ma sul riconoscimento e l'individuazione di alcune pratiche e metodi di attuazione relativamente stabili in relazione ai quali noi associamo il requisito di legittimazione.

⁵²⁶ Questa restrizione del contesto è importante quando si osserva che la maggiore attenzione alla soddisfazione soggettiva con la conduzione dei processi è ampiamente esplorata nel sistema anglo-americano di *common law*, in relazione al quale, secondo DAMAŠKA M. R., *I volti della giustizia*, cit., p. 41, p. 229 e ss, con qualche esagerazione o stilizzazione, si idealizza un forum neutrale per la risoluzione delle controversie, che preservi la

Si tratta precisamente di un riconoscimento ampiamente consolidato nella società della giuridicità e del vincolo del metodo di presa delle decisioni impiegato⁵²⁷ che non si basa unicamente sull'eventuale convinzione personale sull'adeguatezza del meccanismo e che può finanche ignorare questo sentimento individuale, a condizione che vi sia un sostegno sociale e istituzionale attinente a tutto ciò che fa riferimento all'autorità e alla vincolatività del processo decisionale⁵²⁸.

Per lo studio della *procedural justice* nel contesto del processo giurisdizionale questo aspetto della legittimità normativa dei processi decisionali è ugualmente significativo grazie alla sua stretta relazione con valori e caratteristiche processuali⁵²⁹, a partire da una doppia e complementare prospettiva. Per tale motivo, se da un lato valori e caratteristiche processuali essenziali sono fattori importanti per il conferimento di una legittimazione ai processi di presa delle decisioni⁵³⁰, dall'altro lato, queste stesse caratteristiche e valori processuali trovano il loro fondamento normativo precipuo nell'idea di legittimità⁵³¹.

Secondo quanto espresso nei punti precedenti, non è possibile ignorare varianti teoriche che mirano a giustificare i valori intrinsecamente processuali, tra cui risulta degna di riferimento almeno la teoria dignitaria del processo⁵³² e alcuni studi empirici che la appoggiano⁵³³.

sovranità individuale e la gestione autonoma di questo spazio, con il massimo controllo da parte dei soggetti interessati, in cui la correzione dell'esito non ha importanza allo Stato e viene soppiantata dalla correzione del metodo con riferimento agli interessi dei contendenti. Per un approccio ampio dei motivi per cui nel sistema di *common law* l'amministrazione della giustizia conta più della giustizia stessa, confrontando le ragioni del primato della procedura nella *common law* e del diritto sostanziale nel sistema romano-germanico, v. GARAPON A., PAPADOPOULOS I., *Julgar nos Estados*, cit., p. 35 ss., 105 ss., e *passim*.

⁵²⁷ LUHMANN N., op. cit., p. 23, il quale sottolinea, a questo proposito, la rilevanza della distinzione tra «accettazione delle premesse decisionali» ed «accettazione delle decisioni stesse».

⁵²⁸ Così LUHMANN N., op. cit., p. 26, secondo il quale la legittimità si basa «su un clima sociale che istituzionalizza come ovvio il riconoscimento delle decisioni vincolanti, e lo considera come conseguenza non di una decisione personale, ma della validità della decisione ufficiale. Soltanto attraverso tale abbandono della motivazione e della responsabilità personale risulta possibile garantire la necessaria uniformità nell'osservanza delle norme ed una prassi decisionale fluida in ordinamenti sociali molto complessi in cui le personalità vanno nettamente differenziate e individualizzate».

⁵²⁹ Il termine «caratteristiche procedurali» viene adoperato con una prospettiva simile a quella utilizzata da SUMMERS R. S., *Evaluating and improving*, cit., p. 14 ss., nel senso di un meccanismo o tratto procedurale che consente di attuare o di realizzare valori nell'andamento della procedura.

⁵³⁰ WELSH N A., *Remembering the role*, cit., p. 53; VIDMAR N., *The origins*, cit., p. 877; TYLER T. R., *Why people*, cit., p. 172.

⁵³¹ In tal senso si esprimeva SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 275, anche se con specifico riferimento al valore della partecipazione: «*a right of participation is essential for the legitimacy of a final and binding civil proceeding [...] the normative foundation of the irreducible value of participation must be found in the notion of legitimacy*».

⁵³² Nel senso del legato kantiano del rispetto dei cittadini come fini a se stessi, il che promuoverebbe valori come la partecipazione, la razionalità delle decisioni, l'imparzialità; cfr. MASHAW J. L., *Administrative due process*, cit. p. 899 ss; BONE R. G., *Agreeing to*, cit., p. 509; Id., *Procedure, participation, rights*, cit., p. 1027;

In ogni caso, oltre a non avere una sostanziale incompatibilità tra questi fondamenti distinti dai valori procedurali, né la necessità di riduzionismo nella sua fondamentazioni⁵³⁴, al fine qui atteso di rispondere alla questione emersa in precedenza su come sollecitare l'osservanza naturale di decisioni giurisdizionali in relazione alle quali è possibile dubitare rispetto alla correttezza dei risultati⁵³⁵, la soluzione passa dalla nozione di legittimità, e, quindi, dal riconoscimento del fatto che determinati valori e caratteristiche processuali consentono di conferire una legittimazione al processo giudiziale, nel senso già esposto di un'accettazione socialmente consolidata dell'autorità e della giuridicità del meccanismo decisionale⁵³⁶.

È già possibile desumere come la giustizia dei processi sia un fattore indispensabile per la predisposizione al riconoscimento istituzionale della vincolatività delle decisioni, e cioè unicamente di procedimenti giurisdizionali in relazione ai quali sono state osservate determinate caratteristiche e valori processuali che saranno in grado di originare l'accettazione diffusa degli attributi dell'autorità e della giuridicità decisionali, nel senso di servire come premessa di comportamenti futuri⁵³⁷.

In sintesi, e per esplicitare la prima conclusione che si intendeva raggiungere in questo capitolo: solo i processi giusti possono conferire legittimità normativa ai procedimenti decisionali e ai loro risultati⁵³⁸. Ciò non significa che la legittimazione normativa o dei

WASSERMAN D., *The procedural turn*, cit., p. 40; SUMMERS R. S., *Evaluating and improving*, cit., p. 23. V. item 2.4.5.

⁵³³ In effetti, la ragione sembra essere con RÖHL K. F., *Procedural justice*, cit., pp. 10 e 24, a sottolineare che, tra i vari studi, possono essere raccolte almeno alcune circostanze speciali per incrementare la giustizia procedurale, nonché che tutte le possibilità per l'elaborazione di una desiderata teoria comprensiva di giustizia procedurale non siano ancora state esaurite.

⁵³⁴ Cfr. espone BOUDON R. *Il vero*, cit., p. 241, nessuna teoria isolatamente, qualunque sia la sua solidità, può fornire tutte le basi delle definizioni di giusto, ingiusto, vero, buono, ammissibile «seppure in un ambito particolare», di solito è necessario un intreccio di teorie.

⁵³⁵ Qualificata da SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 274 come «*the hard question of procedural justice*».

⁵³⁶ In un senso analogo a quello presentato da LUHMANN N., op. cit., p. 104 ss., quando tratta della legittimità derivante da caratteristiche e valori all'interno della procedura. Ancora, in senso simile, SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., pp. 275 e 280 ss, nonostante sempre limitando tali caratteristiche all'aspetto dell'opportunità di un'ampia partecipazione delle parti interessate, che include il diritto di presentare prove e argomenti (vale a dire la possibilità di, poiché il diritto può essere rinunciato senza pregiudizio alla legittimità), che tali prove e argomentazioni siano considerati nella decisione e anche il diritto di essere informati delle ragioni per decidere, il che renderebbe l'interessato uno degli autori dei processi decisionali.

⁵³⁷ LUHMANN N., op. cit., p. 104. Esiste una innegabile tendenza alla confluenza tra la legittimità normativa o istituzionale e la soddisfazione individuale, in quanto l'osservanza delle caratteristiche e dei valori procedurali indica il rispetto di coloro che sono coinvolti e che le autorità stanno utilizzando procedure affidabili: «*so that the outcome is likely to be fair or correct*», cfr. WASSERMAN D., *The procedural turn*, cit., p. 38. V. in tal senso pur con varietà di accenti, NESSON C., *The evidence*, cit., p. 1368 PIZZI W. T., *Trials without*, cit., p. 24.

⁵³⁸ SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., pp. 190 e 279, il quale che confronta i processi decisionali con il processo di elaborazione legislativa per ribadire che i risultati di procedure che non hanno osservato i valori procedurali essenziali, anche se i risultati sono sostanzialmente corretti, saranno nonostante emanazioni

risultati derivi unicamente dalla giustizia dei procedimenti. Quello che si desidera sottolineare è l'importanza del contenuto del procedimento nella legittimazione⁵³⁹.

Avendo già espresso a sufficienza come la giustizia dei processi presenti due aspetti cruciali di valutazione, due grandi categorie valoriali che devono essere prese in considerazione nell'elaborazione degli schemi processuali: una strumentale, relativa alla disciplina della dinamica processuale in modo da massimizzare l'ottenimento di decisioni giuste⁵⁴⁰, e l'altra non strumentale che deriva da valori processuali intrinseci non correlati ai risultati, essendo già assodato che il processo penale rappresenta l'esempio marcante di giustizia procedurale imperfetta⁵⁴¹, è possibile considerare come debitamente fondata la seconda conclusione: la legittimità normativa del processo penale dipende dall'elaborazione di un meccanismo procedurale idoneo a ottimizzare la correttezza delle decisioni⁵⁴². In maniera più completa: la legittimazione normativa, e di conseguenza la giustizia del procedimento penale, dipende sia dalla capacità del processo di massimizzare le possibilità di ottenimento di risultati giusti, che dalla preservazione di valori intrinseci o inerenti allo stesso procedimento⁵⁴³.

illegittime. In dottrina, sul punto WASSERMAN D., op. cit., p. 52. SUMMERS R. S., *Evaluating and improving*, cit., p. 23, esemplifica come il trattamento disumano o il mancato rispetto della dignità personale contaminano i risultati raggiunti.

⁵³⁹ Anche se le idee di Luhmann, in particolare la sua concezione della legittimità istituzionale esposta nel lavoro citato, sono parzialmente accettate, è interessante sottolineare come lo stesso Luhmann ammette che «*legitimation by argumentation*» può camminare a fianco e interagire con «*legitimation by procedure*»; v. LUHMANN N., op. cit., p. XVII ss; MACHURA S., *The individual*, cit., p. 192. Sul punto, con varietà di accenti, v. TARUFFO M., *Idee per una teoria*, cit., p. 224 ss., il quale, dopo aver indicato i tre criteri di giustizia della decisione: «a) correttezza della scelta e dell'interpretazione della regola giuridica [...]; b) accertamento attendibile dei fatti [...]; c) impiego di un procedimento valido e giusto per giungere alla decisione»; chiarisce che ogni criterio mantiene la sua autonomia, in modo tale che i tre requisiti sono tutti necessari, mentre nessuno di essi è di per sé sufficiente.

⁵⁴⁰ Oppure, in modo più simile all'approccio qui proposto: che vi sia la creazione di condizioni cognitive ottimali in modo da poter ottenere risultati giusti, cfr. IACOVIELLO F. M., *Il quarto grado*, cit., p. 797. V., ancora, ALLISON J. R., *Ideology, prejudice*, cit., pp. 673-674. È possibile adattare qui l'idea di SCHMIDT V. H., *Procedural aspects*, cit., p. 173, che le carenze procedurali possono rendere ancora più difficili i risultati pesanti dal presupposto che pratiche procedurali più attenti avrebbero reso possibili decisioni qualitativamente diverse. In senso analogo, v. TARUFFO M., *La semplice verità*, cit., p. 119.

⁵⁴¹ In questo senso, tra i molti, GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. 42; BERTOLINO G., *Giusto processo*, cit., p. 77 ss.

⁵⁴² Così, WEIGEND T., *Is the criminal*, cit., p. 173; CARRATTA A., *Il diritto come*, cit., pp. 176-177. La stessa considerazione della dignità come giustificazione teorica per l'assiologia procedurale permetterebbe fondare il valore della correzione delle decisioni, in conformità con la suggestiva domanda fatta da BONE R., *Procedure, participation, rights*, cit., p. 1027: «[...] why dignity is not fully respected and legitimacy fully secured by an adjudication system that does its best to produce an outcome for each individual that conforms to the substantive law»; v., dello stesso Autore, *Rethinking the "day in court"*, cit., p. 283.

⁵⁴³ In un senso simile al cosiddetto «*procedural justice effect*»: «[...] both participants and observers evaluate distributive and procedural justice more or less independently, so that the acceptance of a decision depends not only on the outcome, but also on whether the procedure as such is considered fair», RÖHL K. F., *Procedural justice*, cit., p. 7. Ciò che è stato già ammesso da uno dei precursori della teoria psicologica non strumentale di group value model: «Finally, the fairness of procedures is linked to whether the procedures produce fair

In quest'ottica, è possibile considerare che l'analisi della giustizia del processo può essere puramente strumentale, cioè che il processo è sicuramente uno strumento per la ricerca di risultati corretti e uno strumento di realizzazione di diritti e garanzie dell'individuo. Analogamente, è uno strumento di affermazione dei diritti di base della persona e uno strumento per dimostrare che l'individuo viene trattato come fine a sé stesso⁵⁴⁴. Non occorre, tuttavia, che quest'ultimo sia il fulcro della teoria: qui non è necessario uno sforzo che miri a sostenere una teoria strumentalista, che può rimanere solo una delle conseguenze della nozione per cui la correttezza del risultato e i diritti individuali sono valori degni di massima tutela nel procedimento⁵⁴⁵.

Seguendo la stessa logica, sarebbe possibile concordare con la *ratio* della teoria espressiva secondo cui il processo deve esprimere valori pertinenti all'insieme dell'ordinamento giuridico e ai modelli di *fair treatment* preminenti in un determinato contesto socio-culturale e storico⁵⁴⁶. Secondo l'approccio qui sviluppato, tali concezioni non sono inconciliabili, i processi possono essere strumenti per la realizzazione di valori o anche l'espressione di valori fondamentali, l'importante è rilevare come le valutazioni della giustizia processuale siano strettamente correlate al fatto che il procedimento sia al servizio o tuteli valori processuali sia strumentali, che non strumentali⁵⁴⁷.

A partire da questa interpretazione, non è errato ritenere che la legittimità dell'attuazione giurisdizionale passi certamente, in particolare, attraverso il procedimento, ma a condizione che nella nozione di procedimento venga incluso, tra gli altri, il valore della correttezza dei risultati, nel senso che il metodo procedurale deve essere disciplinato in modo da ottimizzare la qualità delle decisioni emanate⁵⁴⁸, con la funzione di servire anche alla

outcomes»; TYLER T. R., *Why people*, cit., p. 164. È interessante, al riguardo, l'esposizione di NESSON C., *The evidence*, cit., pp. 1366-1368 sui diversi punti di vista tra il grande pubblico, gli studiosi del processo e le parti interessate sulle ragioni dell'accettazione delle decisioni.

⁵⁴⁴ Questo tipo di generalizzazione si trova, ad esempio, in GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., pp. 48 ss e 65, il quale menziona che la funzione normativa delle procedure sarebbe quella di servire come mezzo o strumento per dare effetto ai valori appartenenti ad ogni forma di processo: «*whether they relate to outcomes or are of worth separately from outcomes*»; o, ancora più in generale: «*procedures are instrumental to standards of fair treatment*» DI BITONTO M. L., *Profili dispositivi*, cit., p. 37, parla di «strumentalità reciproca e complessa» tra diritto penale sostanziale e processuale.

⁵⁴⁵ E forse è un altro motivo per non classificare la dicotomia precedentemente esposta come strumentale e non strumentale, ma come *outcome-based* e *non outcome-based*.

⁵⁴⁶ GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. 56.

⁵⁴⁷ A causa dell'importanza, è interessante trascrivere le parole di GALLIGAN D. J., *op. loc. cit.*: «*What is important is that judgments of fairness or unfairness in relation to procedures depend on their serving values in one way or the other*».

⁵⁴⁸ FERRUA P., *La prova nel processo*, cit., p. 4, espone una nozione simile a questa, quando fa riferimento che l'esercizio del potere punitivo nel processo attira la sua legittimazione dalla componente cognitiva fondata sulla conoscenza. In questo senso, GÖSSEL K. H., *El principio de Estado de Derecho en su significado para el procedimiento penal*, in Id., *El derecho procesal penal en el Estado de Derecho. Obras completas*. Rubinzal-

giustizia del risultato⁵⁴⁹. Tale considerazione conserva in buona misura l'analisi della legittimità dell'attuazione giurisdizionale in termini di giustizia procedurale, tenendo conto della premessa che include il valore del sostegno dell'accuratezza dei risultati nella nozione di giustizia procedurale⁵⁵⁰.

Ad ogni modo, è importante ricordare che l'oggetto di interesse di questo studio è il procedimento, o la giustizia procedurale, e in maniera più estesa il giusto processo penale, da cui l'accento speciale posto sulla relazione tra la giustizia del procedimento e la legittimazione dell'attuazione giurisdizionale. Ciò non significa, tuttavia, che il contenuto delle decisioni, dal punto di vista della giustificazione normativa, non abbia rilevanza o debba rimanere in ombra⁵⁵¹. Al contrario, il contenuto e la qualità sostanziale delle decisioni hanno una rilevanza che è possibile definire accentuata, poiché devono agire in anticipo già nella stessa fase in cui verranno raccolti gli elementi di giudizio sui quali si dovrà basare la risoluzione giudiziale⁵⁵², e quindi nel proprio ordinamento normativo del procedimento giuridico⁵⁵³.

Chiarito brevemente questo punto, il tema della giustizia della decisione tramite l'attenzione posta sulla verità delle premesse relative ai fatti inserite nella sentenza verrà

Culzoni, 2007, p. 23; BADARÓ G. H., *Processo penal*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, 2015, p. 378. È interessante indicare come nel sistema di *common law* il fondamento razionale delle decisioni, relativa alla sua correzione, si muove quasi che interamente dall'epilogo decisionale al corso della procedura. Poiché la decisione sui fatti è inscrutabile, viene stabilito un controllo preventivo sul potenziale probatorio degli elementi che possono essere sottoposti alla giuria, per mezzo di norme di esclusione e «*jury instructions*», tutto sull'intensa possibilità di contraddizione e controllo delle parti del materiale probatorio; più ampiamente sul punto, v., DAMAŠKA M. R., *Il diritto delle prove*, cit., pp. 63-71, secondo il quale, l'intenzione di questa dinamica è tanto di impedire gli errori di fatto, come «costituire in anticipo la legittimazione dei verdetti».

⁵⁴⁹ Circa le diverse funzioni della giustizia procedurale, vale a dire: «*justice-defining functions*» ed «*servicing function*», quest'ultima, diversa dalla prima, presuppone un criterio esterno di correttezza del risultato che il processo cerca di raggiungere, v. TSCHENTSCHER A., *The function*, cit., p. 105 ss, secondo il quale, anche quando si considera che la procedura definisce la giustizia del risultato (*justice-defining functions*), la necessità di dichiarare in modo convincente tutte le qualità necessarie per la giustizia della procedura stessa non sarebbe esclusa. Più in generale su una mancanza di precisione nelle definizioni Rawlsiane, v. OTTONELLI V., *Due tipi di giustizia*, cit., p. 35 ss; NELSON W., *The very idea*, cit., p. 503.

⁵⁵⁰ Sembra che così è possibile di superare in parte un limite dal punto di vista rituale del processo, sottolineato da TARUFFO M., *Contro la veriphobia*, cit., p. 1003, «costituito dal fatto che esse non si occupano e non si preoccupano del contenuto e della qualità della decisione».

⁵⁵¹ Cfr. TARUFFO M., *La semplice verità*, cit., p. 100; Id., *Idee per una teoria*, cit., p. 224 ss. Il legame tra la veridicità delle premesse fattuali delle decisioni e la legittimità dell'esercizio della giurisdizione penale appare anche in FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, cit., p. 42 ss.

⁵⁵² È stato già chiarito come i risultati possono essere analizzati in base ai suoi propri termini, come risultati, senza alcun riferimento ai processi da cui sono stati prodotti. È possibile un diverso tipo di valutazione «*result-oriented*», concentrandosi in questo caso sulla valutazione della capacità del meccanismo procedurale di ottenere dei risultati corretti. In questo senso, i processi giudiziari possono essere considerati buoni o male, come processi, ossia come mezzi adeguati per ottenere risultati giusti, ed è proprio questa seconda valutazione che conta in questo studio.

⁵⁵³ Cfr. SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., pp. 245-246, 271, il proprio diritto positivo conferma l'importanza del contenuto delle decisioni, a causa di canoni e dispositivi che dimostrano l'importanza della verità nel processo ed indicano la possibilità di decisioni sostanzialmente erranee.

ripreso nel capitolo seguente, mentre i problemi che comportano la scelta e l'interpretazione corretta della regola giuridica applicabile non rientrano nell'ambito del tema, per cui non costituiranno oggetto specifico della trattazione.

Il panorama più ampio di assimilazione della giustizia processuale recepito nel presente studio è, in questo senso, simile all'analisi di *procedural justice* operata da Leventhal, che ha inserito considerazioni sia sugli aspetti oggettivi di *fairness*, che sulla valutazione soggettiva relativamente ai modelli di giusto trattamento nel corso del processo⁵⁵⁴, e, a partire da questa argomentazione, ha proposto criteri in base ai quali verrebbero condotte le valutazioni di giustizia dei procedimenti decisionali. Per tale motivo, dopo aver distinto le due ampie categorie che definirebbero la giustizia nella distribuzione di risultati in: «*distribution rules*» e «*procedural rules*», ha elencato, per quanto concerne l'ambito dello studio, sei criteri o regole che regolerebbero le analisi di giustizia processuale, ossia sei *procedural rules*⁵⁵⁵.

I parametri di valutazione della giustizia del procedimento proposti nel modello di Leventhal, in maniera molto concisa, sono: *consistency*, correlata all'equità di trattamento; l'imparzialità del giudicante; *correctability*, che si riferisce alla possibilità di ricorso; *representativeness*, cioè partecipazione e controllo delle parti coinvolte nel processo decisionale; l'osservanza dei modelli etici e della correttezza nei metodi adottati; e *accuracy rule*, cioè la capacità del procedimento di giungere obiettivamente a risultati di qualità⁵⁵⁶. L'osservanza dei criteri basilari di *procedural justice* dipende quindi, e secondo quanto ampiamente sostenuto nel corso di questa analisi, dalla preoccupazione per la correttezza dei risultati, che passa dalla qualità degli elementi utilizzati nella formazione della decisione, cioè, in breve, dalla strutturazione di un procedimento idoneo a emanare decisioni corrette⁵⁵⁷.

Non è eccessivo ricordare nuovamente che l'oggetto della riflessione è unicamente la legittimità di una frazione dei processi decisionali nell'ambito dei tribunali: non si discute della totalità dei fenomeni procedurali o dell'insieme del sistema normativo, né della legittimazione del potere politico. Per un'analisi integrale delle conseguenze dell'azione dello Stato, in quanto manifestazione del potere istituzionalizzato, sarebbe indispensabile

⁵⁵⁴ Così, TYLER T. R., *Why people obey the law*, Princeton, 2006, pp. 118 ss.e 248.

⁵⁵⁵ LEVENTHAL G. S., *What should be*, cit., p. 30 ss., il quale chiarisce che le «*distribution rules*» si riferiscono ai criteri di giustizia sostanziale dei risultati; mentre le «*procedural rules*» riguardano il meccanismo o la procedura in base alle quali vengono emanate le decisioni.

⁵⁵⁶ TYLER T. R., op. cit., p. 119.

⁵⁵⁷ Cfr. LEVENTHAL G. S., op. cit., p. 41: *accuracy rule* nell'ambito dell'analisi di giustizia procedurale «*dictates that it is necessary to base the allocative process on as much good information and informed opinion as possible. Information and opinion must be gathered and processed with a minimum error*».

considerare almeno la qualità delle norme applicate nella decisione penale⁵⁵⁸, questo per l'ovvia considerazione che il giudizio penale dipende da due valutazioni, e nel tema secondario di valore giuridico ciò che conta è il tipo normativo. Il tema di valore giuridico si basa sul discorso legislativo e viene definito nel principio legale e nella tipologia normativa⁵⁵⁹.

Come dichiarato all'inizio del capitolo, l'intenzione di questo percorso era quella di verificare quale fosse il modello di *procedural justice* più in sintonia con l'aspirazione rappresentata dalla clausola del giusto processo. Il proposito principale era quello di trovare, nelle elaborazioni più diffuse di giustizia procedurale, un fondamento teorico per la nozione per cui l'ideale di correttezza delle decisioni costituisce un indice rilevante nella giustizia del processo penale, come pure un valore degno di influenzare in maniera significativa la disciplina concreta del procedimento, nel senso di ordinare la concezione e l'impiego di un meccanismo processuale idoneo a favorire, all'interno di determinati limiti, una corretta ricostruzione dei fatti⁵⁶⁰.

È necessario proseguire lo studio in modo da concentrare l'analisi sul valore della correttezza della decisione penale, verificando alcuni aspetti correlati alla sua importanza e alla base normativa nel processo penale, il possibile modo di preservare l'accuratezza dei giudizi e le possibilità della loro convivenza con altri valori processuali.

⁵⁵⁸ In senso simile, MACHURA S., *The individual*, cit., p. 198: «Luhmann was able to partially elucidate how procedures promote acceptance, but not the self-legitimation of the political system without reference to contents». V., ancora, TARUFFO M., *Il controllo di razionalità*, cit., pp. 140-141, il quale ha ritenuto che il problema della giustizia delle norme sostanziali applicate è più un problema «di politica del diritto, prima che questioni inerenti alle decisioni giudiziari» oppure al processo giudiziario.

⁵⁵⁹ Cfr. FERRUA P., *Il giudizio penale*, cit., p. 316 ss.

⁵⁶⁰ ALLISON J. R., *Ideology, prejudgment*, cit., p. 673-674; SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 311 ss.; ZUCKERMAN A. A. S., *Justice in crisis*, cit., p. 3 ss.

CAPITOLO III

Il giusto processo e i canoni generali basati sulla qualità della giurisdizione penale: la giustizia della decisione

3.1 Introduzione

L'approccio intrapreso in precedenza, basato sugli studi di giustizia procedurale, consente di evidenziare la presenza di due importanti categorie o ordini di valori procedurali da prendere in considerazione quando si tratta di giusto processo. Il primo gruppo assiologico, considerato non strumentale, identifica le qualità e le caratteristiche inerenti al metodo stesso, potendo basarsi su motivi di dignità, di istituzionalizzazione sociale, euristici o socio-psicologici, ma sempre svincolati rispetto alla qualità delle decisioni emanate.

I valori procedurali considerati strumentali sono quelli associati alla qualità sostanziale dei risultati emanati nel processo, in cui figura l'importanza della correttezza delle decisioni come obiettivo idoneo a influenzare la concreta concezione del meccanismo processuale che promuova: «l'identificazione delle questioni rilevanti, la raccolta e la presentazione efficace di prova relative a tali questioni, la verifica dell'affidabilità delle prove e un solido ragionamento nell'elaborazione delle conclusioni»⁵⁶¹.

L'importanza di queste analisi di giustizia procedurale, ai fini del presente studio, risiede esattamente nell'agevolare il fondamento teorico che giunge alla conclusione che la giustizia della decisione è un fattore rilevante nel concetto di giusto processo penale, poiché identifica il valore processuale per eccellenza della concezione strumentale rispetto alla legittimità dei processi decisionali. In questo modo, la ricerca di accuratezza dei risultati deve essere considerata come uno dei valori degni di tutela nel processo penale, che merita la salvaguardia nel procedimento allo stesso modo degli altri diritti processuali e dei valori che rappresentano, i quali convergono insieme verso l'idea di giustizia e legittimano il processo⁵⁶².

Ad ogni modo, l'attributo della correttezza delle decisioni come misura di giustizia del processo non si regge solo sull'adozione di una prospettiva strumentale, o moderata,

⁵⁶¹ ALLISON J. R., *Ideology, prejudgment*, cit., pp. 673-674.

⁵⁶² In questo senso, v. TORRES CHEDRAUI A. M., *Derechos humanos*, cit., p. 11 ss, 378 ss., che identifica i fondamenti valutativi dei diritti e delle garanzie procedurali nella dignità umana e nell'autonomia individuale.

relativamente alla giustizia del procedimento penale, nel modo in cui affermato, nella seconda ipotesi, a partire da una concezione di *imperfect procedural justice*. La corretta comprensione dei diritti e delle garanzie processuali che configurano la clausola costituzionale del giusto processo⁵⁶³, così come un'adeguata assimilazione dell'importanza della ricerca della verità in ambito processuale penalistico, agevolano questo percorso, poiché rendono possibile il conferimento di una base normativa al valore dell'accuratezza delle decisioni penali, al punto da poter considerare la correttezza nell'accertamento della colpevolezza come obiettivo principale, sebbene non unico, del meccanismo processuale⁵⁶⁴.

In questo modo, la questione passa, in primo luogo, a conferire il vero significato ad alcune garanzie costituzionali del processo, esponendo la sua completa giustificazione e ragione d'essere. Tale percorso consentirà di rafforzare l'idea-guida di questo studio per cui il concetto di giusto processo non può rimanere limitato alla mera osservanza di regole processuali intese come diritti individuali di difesa di chi viene sottoposto al processo. Successivamente, il riferimento specifico del problema della verità nel processo penale ha come finalità complementare il fondamento della sua importanza.

Il discorso di questo capitolo è completato soffermandosi sulle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza delle Corti europea ed interamericana dei diritti umani, dalle quali pare potersi ricavare conferma in ordine alla necessità di preservare, tra le condizioni fondamentali di un sistema di giustizia penale, la qualità del risultato finale.

In maniera più specifica, si ipotizza di delineare la misura in cui è possibile parlare di preoccupazione per la qualità dei risultati, la correttezza della decisione o la verità nell'ambito della clausola del giusto processo penale. Inoltre, a integrazione di quanto affermato, si spera di rendere un po' più visibile e delimitato l'obiettivo che si pensa di ottenere sostenendo l'inserimento della ricerca della correttezza della decisione nell'ambito globale del giusto processo penale. A tale scopo, il ricorso a principi specifici che compongono la nozione di giusto processo, in aggiunta alle considerazioni sulla verità in ambito penale, e agli obblighi procedurali penali positivi, sempre limitati agli obiettivi tracciati, consentirà di rafforzare le premesse e chiarire alcune questioni che risultano ancora non ben definite.

⁵⁶³ In senso simile, BERTOLINO G., *Giusto processo*, cit., p. 102.

⁵⁶⁴ Secondo FERRUA P., *Garanzie formali e garanzie sostanziali*, cit., p. 1114: «il processo penale, in particolare, altro non è che una sequenza di forme o di formalità preordinate all'accertamento della colpevolezza e all'applicazione della pena».

3.2 Garanzie soggettive e garanzie obiettive del giusto processo. Il doppio significato dei canoni generali di corretto esercizio della giurisdizione penale

L'esposizione precedente a proposito degli ordini di valori presenti nel fenomeno processuale agevola la comprensione adeguata delle garanzie elementari del processo come vere e proprie imposizioni normative che mirano a tutelare nel complesso gli interessi in questione nell'esercizio della giurisdizione penale. Tali interessi o obiettivi inclusi nel processo si riuniscono sostanzialmente in due gruppi, uno dei quali relativo al chiarimento dell'imputazione e a esigenze strumentali di corretta prestazione giurisdizionale⁵⁶⁵, mentre l'altro concerne i diritti soggettivi e di difesa degli imputati, e più genericamente di qualsiasi persona che risulti interessata al processo.

È in base a questa dualità di significati delle garanzie del processo, e quindi delle garanzie relative all'esercizio della funzione giurisdizionale, che nella dottrina viene identificata una duplicità di prospettive nei dispositivi di base che configurano la clausola del giusto processo. In questo modo, la comprensione dei principi processuali elementari nel senso di canoni impositivi della corretta attuazione della giurisdizione nel processo, che dipende dalla correttezza nell'accertamento giurisdizionale, è identificata dalla qualifica di sintesi. Nell'altro approccio, l'assimilazione dei precetti processuali come vincoli normativi che mirano alla tutela individuale di chi è sottoposto al meccanismo processuale viene denominata in maniera concisa con la locuzione «garanzie soggettive». Di fatto, secondo quanto citato in precedenza, si tratta di proiezioni complementari delle garanzie relative allo strumento di attuazione della giurisdizione, ossia delle due prospettive possibili relativamente alle garanzie del giusto processo, una oggettiva e l'altra soggettiva⁵⁶⁶.

Riguardo a questo doppio senso di protezione derivante dalle garanzie del processo, è interessante ricordare la prospettiva tendenzialmente diversa tra la tutela garantita delle fonti internazionali dei diritti umani e la disciplina dell'esercizio della giurisdizione prevista dalle norme interne, cioè principalmente dai dispositivi costituzionali che prevedono i principi elementari del processo giurisdizionale⁵⁶⁷. Secondo quanto già affermato, esiste una correlazione tra i significati di tutela conferiti dai piani normativi esterno e interno alla

⁵⁶⁵ In questi termini, FERRUA P., *Garanzie formali e garanzie sostanziali*, cit., p. 1115, il quale parla di «esigenza di accertamento, essendo scopo del processo verificare se sia vera o falsa l'ipotesi di colpevolezza enunciata nell'accusa».

⁵⁶⁶ Cfr. CHIAVARIO, M., voce *Giusto processo*, cit., p. 3; ILLUMINATI G., *Giudizio*, in CONSO G., GREVI V., BARGIS M., *Compendio di procedura penale*, 8^a ed., Wolters Kluwer, Cedam, 2016, p. 698.

⁵⁶⁷ Per tutti, CHIAVARIO M., *Appunti sul processo penale*, raccolti di GIORGIS B. e QUATTROCOLO S., Giappichelli, 2000, p. 12.

ricerca di una maggior salvaguardia dei diritti e degli interessi tutelati dalla giurisdizione⁵⁶⁸. Ad ogni modo, il suddetto approccio che evidenzia la distinzione qualitativa tra i significati di protezione del sistema sovranazionale di difesa dei diritti umani in relazione al contesto costituzionale interno agevola la visualizzazione del doppio significato dei canoni del giusto processo, nello stesso modo in cui contribuisce al tentativo di chiarimento dell'aspetto che discredita la concezione oggettiva a favore di quella soggettiva.

La Convenzione europea articola la salvaguardia delle garanzie processuali prevalentemente dal punto di vista della protezione dei diritti individuali di coloro che sono soggetti al potere giurisdizionale⁵⁶⁹, arrivando addirittura a considerare di proteggere la persona che potrebbe risultare vittima «non del reato ma del processo»⁵⁷⁰ e risultando così prioritario il significato di garanzie soggettive. In senso contrario, o meglio, complementare a questo, la prospettiva del diritto interno non si limita solo a difendere gli interessi soggettivi delle persone sottoposte al processo, ma si preoccupa anche di proteggere la corretta attuazione del potere giurisdizionale, imponendo quindi la salvaguardia del processo come funzione, in senso oggettivo, cioè come strumento rilevante nella ricerca di realizzazione della giustizia⁵⁷¹.

Secondo quanto accennato in precedenza, alla forte influenza dell'equo processo convenzionale sulla concezione interna del giusto processo penale si somma una riconosciuta tendenza a considerare determinati standard di giusto trattamento nel procedimento penale solo come fine a sé stessi, totalmente svincolati dal suo ampio fondamento normativo. È soprattutto a partire dal momento in cui tali precetti processuali vengono stabiliti sotto forma di regole e principi costituzionali impositivi, di osservanza stabile e obbligatoria in tutta la manifestazione procedurale, che si ha una forte propensione, anche intuitiva, a ignorare la sua essenza e a trascurarne tutta la genesi e ragion d'essere⁵⁷². A partire da questa

⁵⁶⁸ MANES V., *La lunga marcia.*, cit., p. 11; CHIAVARIO M., *Giustizia europea*, cit., p. 461 ss.; KOSTORIS R.E., *Diritto europeo e giustizia*, cit., p. 4;

⁵⁶⁹ FOIS S., *Il modello costituzionale*, cit., p. 576, secondo il quale: «anche il “giusto processo” appare concepito e formulato quale proiezione di una situazione giuridica soggettiva, più che come un principio (normativo) di diritto obiettivo». V., fra i tanti, FERRUA P., *Il ‘giusto processo’*, cit., p. 84;

⁵⁷⁰ IACOVIELLO F. M., *Il quarto grado*, cit., p. 800.

⁵⁷¹ Estremanente chiare in proposito le parole di CHIAVARIO, M., voce *Giusto processo*, cit., p. 3, il quale considera che nella Costituzione «la prospettiva del diritto del singolo appare invece assorbita da quella, per così dire, oggettiva, del rapporto direttamente strumentale con l'esercizio della giurisdizione». Per analoghe considerazioni: TOMMASEO F., *Revisione della*, cit., p. 179; IACOVIELLO F. M., op. cit., p. 799; CECCHETTI M., voce *Giusto processo*, cit., p. 615. In senso difforme AMODIO E., *Giusto processo, procès*, cit., p. 93 ss.

⁵⁷² GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., pp. 64 e 91 ss.; BERTOLINO G., *Giusto processo*, cit., p. 103. Al riguardo, VECA S., *Sull'idea di giustizia*, cit., p. 229 ss., sottolinea l'importanza di pratiche sociali e istituzionali diffuse e consolidate sulle percezioni sostanziali della giustizia.

decontestualizzazione, essi vengono considerati come dispositivi autonomi e autosufficienti, come che fondando delle giuste aspettative e dei diritti individuali in modo da essere separati del tutto da qualsiasi altra finalità oltre quella espressa nella norma vigente⁵⁷³.

È in questo modo che tali canoni generici che condizionano il corretto esercizio della giurisdizione tramite il processo diventano, in linea generale, le basi di diritti legittimi i cui titolari sono le persone coinvolte nella relazione processuale, e, in questa veste, più che semplici aspettative o standard di trattamento equo, vengono classificati come veri e propri diritti processuali di difesa giuridicamente esigibili da coloro che sono sottoposti all'attuazione giurisdizionale. È facile verificare come queste regole procedurali tendano a essere considerate solo sotto questa prospettiva soggettiva, ossia come garanzie soggettive normativamente poste al servizio degli interessi individuali e, in tal senso, come condizionamenti autonomi della validità dello strumento processuale⁵⁷⁴.

È incontestabile il fatto che regole procedurali costituzionali come quelle che stabiliscono il diritto di partecipazione delle parti in causa e, in maniera più ampia, le proiezioni del contraddittorio, l'imparzialità giudiziaria, la motivazione delle decisioni, nonché la durata ragionevole del processo, insieme con gli altri diritti e garanzie del processo, possiedano non solo la funzione espressiva di valori processuali intrinsecamente rilevanti, e solo per questo degni di tutela rafforzata da parte dell'ordinamento giuridico, come vanno oltre, imponendo standards di giusto trattamento individuale e diritti di difesa che non si basano semplicemente su, o sono indipendenti da, considerazioni relative al valore della qualità dei risultati emanati nei procedimenti⁵⁷⁵. È tuttavia innegabile il fatto, e il contrario sarebbe un grande equivoco, che alcune di queste garanzie del giusto processo,

⁵⁷³ In questi termini, GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. 94, il quale afferma che la predisposizione ordinaria del senso comune a considerare tali standard normativi di *fair treatment* come estranei ai risultati non giustifica l'idea sbagliata commessa da alcuni studiosi di basare le analisi teoriche della *procedural justice* sulla base di questo riduzionismo. Il diritto di partecipazione, l'esposizione di prove e argomenti, l'equità di opportunità, l'imparzialità giudiziaria, la giustificazione delle decisioni sono standard innegabili di *fair treatment*. Ma, naturalmente, sono anche giustificati dalla giustizia dei risultati, quindi non possono essere dissociati da questa *ratio* normativa ampia, almeno non dal giurista.

⁵⁷⁴ GALLIGAN D. J., op. cit., p. 64. In ogni caso, come accennato nel capitolo precedente, anche nel contesto delle concezioni socio-psicologiche relative alla giustizia procedurale, si individuano progressi nel senso di inserire, con rilevanza, la questione della giustizia dei risultati come elemento centrale nell'elaborazione di *procedural justice*, come si può vedere nelle parole di uno dei precursori della teoria di *group value model*: «*Procedural issues are not independent of question of outcome. Fair outcomes are one thing that people expect from a fair procedur.*»; TYLER T. R., *Why people*, cit., p. 164.

⁵⁷⁵ Questa considerazione è importante per dissipare una possibile nozione che le garanzie procedurali non avrebbero alcun valore indipendente dalla ricerca della verità. Più ampiamente sul punto, v. TORRES CHEDRAUI A. M., *Derechos humanos*, cit., p. 15 ss., 26, che si basa sulla metodologia aristotelica nel sostenere una relazione olistica tra la ricerca della verità e la tutela dei diritti procedurali, entrambi meritevoli di tutela a causa del loro valore intrinseco, senza subordinazione, ma in coordinamento all'interno della procedura.

oltre a questa caratteristica soggettiva, derivano anche dalla preoccupazione strumentale relativa alla correttezza della risposta giurisdizionale⁵⁷⁶, come vere e proprie garanzie oggettive dell'esercizio della giurisdizione⁵⁷⁷.

Uno sguardo approssimativo su alcuni dei principi tradizionali riferibili al paradigma del giusto processo consentirà di identificare, con qualche sforzo di semplificazione, la suddetta dualità delle concezioni relativamente alle prospettive percorribili di comprensione delle garanzie processuali, approccio questo sempre limitato all'interesse dello studio che è quello di evidenziare l'aspetto della garanzia oggettiva di questi precetti, come base normativa per la concezione che inserisce la correttezza della decisione nell'ambito della tutela del concetto di giusto processo.

Il suddetto sforzo di schematizzazione non si basa, né pretende di aderire all'ingiustificabile assimilazione della dualità di prospettive delle garanzie processuali partendo da un'antitesi o identificata incompatibilità, sia concettuale che ideologica, tra le categorie che compongono il giusto processo. Al contrario, ciò che è già stato opportunamente suggerito dalla precedente esposizione, il modello di giusto processo penale ha bisogno di coniugare la tutela delle categorie di valori rilevanti all'esercizio dell'attività giurisdizionale, per cui qualsiasi soluzione diversa da questa ricadrebbe nei problemi evidenziati quando della esposizione delle equivoche, perché frammentarie, concezioni pure e perfette di giustizia procedurale. Anche perché la linea della dottrina che cerca di sostenere un'incomprensibile contrapposizione tra le prospettive soggettiva e oggettiva delle garanzie del giusto processo, di significativo, ma infondato, stampo ideologico⁵⁷⁸ procede in senso esattamente opposto, dal momento che si sforza di giustificare una vera e propria impossibilità di conciliare entrambe le proiezioni dei vincoli processuali costituzionali nella realizzazione del giusto processo.

Pertanto, l'esposizione della dualità dei sensi oggettivo e soggettivo di alcune delle

⁵⁷⁶ «They may also have a value-expressive function, but as a matter of both common sense and legal practice they are first and foremost directed to outcomes»; GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. 92. Sulla correlazione tra l'imparzialità e la giustizia della decisione v., ad es., TARUFFO M., *La semplice verità*, cit., pp. 119-121; REDISH M. H.; MARSHALL L. C., *Independence and the values*, cit., p. 477; ALLISON J. R., *Ideology, prejudgment*, cit., p. 675; GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. 92.

⁵⁷⁷ Così si esprime FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, cit., p. 84. In senso simile ZUCKERMAN A. A. S., *Justice in crisis*, cit., pp. 4-5 e nt. 4.

⁵⁷⁸ In questi termini, GREVI V., *Il principio della «ragionevole durata» come garanzia oggettiva del «giusto processo» penale*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3205, il quale identifica, più specificamente, come una riproposizione «in chiave ideologica di una astratta contrapposizione concettuale – nel seno del modello costituzionale del «giusto processo» - tra la categoria delle «garanzie soggettive» e quella delle garanzie oggettive», la prima di avanguardia, di matrice accusatoria, secondo le Carte internazionali; il secondo antiquato, di natura inquisitoria.

garanzie elementari della formula del giusto processo ha come premessa degna di rilievo la relazione di coesistenza e complementarità tra questi orizzonti di tutela. Proprio per la «particolare complessità di interessi coinvolti nel processo penale»⁵⁷⁹, nessuna delle prospettive di protezione può escludere l'altra, solamente a partire da questa comprensione sarà possibile estendere lo spettro di salvaguardia della clausola costituzionale di affermazione della giustizia del processo, garantendone la massima proiezione ed elevando gli attributi del giusto processo a caratteristiche necessariamente vincolanti dell'attività giurisdizionale⁵⁸⁰, sempre nel tentativo di tutelare i distinti e rilevanti valori combinati nella relazione processuale.

In tale percorso, l'opzione messa in atto è quella di concentrarsi solo su alcuni dei principi costituzionali immanenti all'equo processo, mantenendo come elementi guida dell'esposizione la ristretta finalità di identificare i potenziali aspetti di garanzia di tali canoni processuali, allo scopo di rendere più visibile e giustificato il duplice obiettivo di protezione del concetto di giusto processo. L'approccio delle prospettive di salvaguardia dei principi costituzionali come il contraddittorio e la durata ragionevole non è solo utile al presente studio, per dimostrare la presenza di norme che mirano al corretto esercizio della funzione giurisdizionale, ma anche sufficiente ai fini dell'esplicitazione di possibili interrelazioni tra le disposizioni minime della clausola del giusto processo⁵⁸¹.

Questo taglio consente, inoltre, di indicare le accese e incessanti controversie esistenti sul tema, senza allungare eccessivamente l'esposizione. In ultima analisi, si ritiene che il riferimento puntuale di solo alcuni dei principi minimi di giustizia dello schema procedurale sia sufficiente per avvicinarsi ad un'interpretazione più appropriata e completa dell'ambito della garanzia del processo giusto, allontanando così sconsigliabili concezioni limitative e parziali⁵⁸².

3.2.1 Il contraddittorio come metodo epistemologico del processo penale

⁵⁷⁹ CHIAVARIO, M., *voce Giusto processo*, cit., p. 3.

⁵⁸⁰ In questo senso, CHIAVARIO, M., *voce Giusto processo*, cit., p. 4.

⁵⁸¹ Sebbene rifletta una libertà di scelta, e possa anche essere considerato riduzionista, non è arbitrario, perché si basa sulla considerazione dei principi in cui la dualità delle prospettive è più percepibile, e forse meno contestata, in armonia, dei canoni del giusto processo penale, con proiezioni più ampie, e che meglio caratterizzano la necessità di interrelazioni tra le garanzie all'interno della clausola. Inoltre, come si vedrà, sono requisiti di metodo dell'esercizio della giurisdizione.

⁵⁸² In questi termini, CONTI C., *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Diritto penale e processo*, n. 2, 2000, p. 197, seconda la quale evidenziare «le due "anime" del contraddittorio» è utile per comprendere appieno le relazioni tra gli enunciati che costituiscono la norma dell'art. 111 Cost., assecondando un'adeguata interpretazione del dispositivo.

La contrapposizione dialettica tra i soggetti interessati alla risoluzione della controversia risulta in principio connaturale al processo giudiziale ed elemento inerente alla stessa idea di giustizia processuale⁵⁸³. In tal senso, è già stato menzionato nel capitolo precedente come la partecipazione delle parti interessate, intese come i destinatari degli effetti della disposizione finale, nell'*iter* procedurale di formazione dell'atto costituisce un requisito indispensabile alla configurazione del fenomeno processuale⁵⁸⁴. E, affinché il contraddittorio si possa considerare garantito, non basta solo assicurare la partecipazione di coloro nella cui sfera giuridica l'atto tende a produrre effetti, ma è necessario che la disciplina normativa del processo stabilisca determinati attributi che caratterizzano la struttura dialettica del procedimento⁵⁸⁵.

Secondo quanto affermato da Fazzalari, oltre alla necessaria partecipazione dei soggetti interessati nel percorso di formazione della decisione, risultano condizioni essenziali della suddetta struttura dialettica che identifica il contraddittorio almeno l'equivalenza di posizione tra i contendenti⁵⁸⁶, la reciproca implicazione delle loro attività⁵⁸⁷ e la risonanza di tale attuazione nel momento della risoluzione della controversia, nel senso che l'autore dell'atto finale può respingere, ma non ignorare il prodotto risultante dall'attività delle parti⁵⁸⁸. È indubbio che i limiti del pronunciamento giudiziale devono essere delineati dagli elementi sottoposti allo schema dialettico, altrimenti le proiezioni della garanzia risulterebbero svuotate, il che induce alla necessaria correlazione tra contraddittorio e motivazioni⁵⁸⁹.

La partecipazione qualificata dei soggetti interessati alla soluzione della controversia

⁵⁸³ Così si esprime GIOSTRA G., *Contraddittorio*, cit., p. 1. V., ancora, VECA S., *Sull'idea di giustizia*, cit., p. 231, il quale mette in relazione il «metodo del confronto per contraddittorio» con la nozione di «giustizia procedurale minima».

⁵⁸⁴ Per questa opinione, v. FAZZALARI E., *Processo (teoria generale)*, cit., p. 1067 ss; dello stesso Autore, v. *Procedimento e processo*, cit., p. 4; ed ancora Id., *Istituzioni di diritto processuale*, cit., p. 74 ss.

⁵⁸⁵ Estremamente chiare in proposito le parole di FAZZALARI E., *Processo (teoria generale)*, cit., p. 1069: «(...) la nozione di processo è individuata non dall'*an*, ma dal *come* di tal partecipazione».

⁵⁸⁶ Ciò non impone, sempre e comunque, oneri, possibilità e doveri identici, poiché la norma può prescrivere diversità di quantità e qualità delle attuazioni in base alla natura e al tipo di atto o processo coinvolti. In aggiunta a ciò, lo schema procedurale è contemplato in tesi, dalla possibilità normativa che sia realizzato; cfr. FAZZALARI E., *Istituzioni di diritto processuale*, cit., p. 84.

⁵⁸⁷ Ciò presuppone un dialogo di confronto, di raffronto, basato su domande o confutazioni reciprocamente fondate, e non che ognuno parli per proprio conto, poiché la semplice esistenza di due versioni sullo stesso fatto può costituire due monologhi, non in contraddittorio, cfr. PASTORE B., *Giudizio, prova*, cit., p. 231. Ciò dipende dalle parti interessate non solo conoscere appieno l'oggetto della controversia, ma anche le posizioni e le pretese avverse, al fine di poterle infliggere, cfr. GIOSTRA G., op. loc. cit.

⁵⁸⁸ FAZZALARI E., *Procedimento e processo*, cit., p. 4; GIOSTRA G., *Contraddittorio*, cit., p. 2; PASTORE B., *Giudizio, prova*, cit., pp. 222-223

⁵⁸⁹ GIOSTRA G., *Contraddittorio*, cit., p. 2, secondo il quale non è sufficiente che il giudice utilizzi soltanto le prove sottomesse al contraddittorio: «è necessario che tenga e dia conto delle attività in esso dialetticamente esplesate dalle parti», anche se solo allo scopo di respingere.

non ha fondamento unico, e nemmeno limitato, alla sfera della processualistica. È possibile trovare, infatti, una varietà di fondamenti che trascendono il proprio ambito giuridico-normativo, anche se con evidenti proiezioni in tale contesto. Per sostenere tale affermazione, basta rifarsi ai riferimenti espressi nel capitolo precedente in cui sono presenti congetture ed elaborazioni più approfondite mettendo in correlazione la partecipazione della parti interessate in parità di condizioni nello schema processuale con aspetti come la isonomia, la soddisfazione dei contendenti, il controllo sui risultati, la conformità volontaria alle decisioni, il rispetto della dignità umana, la legittimità dell'attuazione giurisdizionale⁵⁹⁰. Non è appropriato qui riprendere queste analisi, anche perché, secondo quanto indicato, non sembra esserci necessariamente un'incompatibilità, dal momento che tra di loro esiste più una relazione di predominio che di esclusione.

Per tale motivo, restringendo lo studio all'area processuale-penalistica, e proseguendo altresì nell'intento dichiarato di sostenere l'importanza della garanzia del contraddittorio anche come canone epistemologico del processo, non è solo opportuno ma anche proficuo allo scopo designato occuparsi della nota contrapposizione dottrinarie, con riflessi nella giurisprudenza, riguardo allo scopo della garanzia costituzionale del contraddittorio. Tale punto di partenza consente da subito di evidenziare la natura controversa della materia, nonché di delineare la base argomentativa che si ritiene più proficua e appropriata al tema della giustizia del processo come metodo elettivo dell'esercizio giurisdizionale.

Nell'ampio e perdurante dibattito sorto dopo la riforma costituzionale che ha integrato la norma dell'art. 111 della Costituzione si inserisce la discussione del principio del contraddittorio come enunciato di significato univoco⁵⁹¹, che mira unicamente ad affiancare la posizione difensiva di coloro che sono sottoposti alla giurisdizione penale, oppure come norma dotata di due livelli di salvaguardia, di cui uno destinato a garantire la regolare, perché corretta, attuazione del potere giurisdizionale, mentre l'altro tendente alla tutela degli imputati. Tale duplice comprensione del precetto ha sollevato l'annunciata distinzione del contraddittorio come garanzia oggettiva e come garanzia soggettiva.

Critico veemente della prospettiva che prevede una doppia proiezione nel principio del contraddittorio, Amodio, considera che la nozione inclusa nel termine «garanzia oggettiva» è incompatibile con l'insieme dei valori che hanno ispirato la clausola

⁵⁹⁰ Per un quadro generale sul valore della partecipazione, v. SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 273 ss. Sul tema, v. anche GIOSTRA G., *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Politica del diritto*, 1986, p. 13 ss.

⁵⁹¹ CONTI C., *Le due "anime"*, cit., p. 197.

costituzionale del giusto processo. In tal modo, sostiene l'impossibilità di poter individuare garanzie nel processo diverse da quelle soggettive, che mirano a tutelare i diritti di difesa degli imputati, come forma di riequilibrio della posizione degli accusati «a fronte di una controparte che rappresenta le istanze di difesa sociale e deve essere frenata e delimitata»⁵⁹².

L'autore assicura che l'ingannevole ricezione del contraddittorio come precetto metodologico volto a disciplinare la regolarità e la correzione dell'accertamento penale viene pervasa di distorsione interpretativa provenienti da una prospettiva arcaica, elaborata prima dell'accoglimento costituzionale della clausola dell'equo processo, che possiede una significativa influenza giusnaturalista così come accolta dalla normativa internazionale dei diritti umani⁵⁹³. In questo senso, la norma costituzionale comprenderebbe il contraddittorio semplicemente come diritto dell'imputato di confrontarsi con l'accusa, secondo gli stessi schemi del «*right of confrontation*» di chiara ispirazione angloamericana⁵⁹⁴.

Un'altra strada viene invece intrapresa da una parte rilevante della dottrina che comprende i principi del giusto processo in termini di canoni che mirano al corretto esercizio della giurisdizione penale, tra gli altri motivi, per evitare ingerenze che possano trasformare la dinamica dell'accertamento penale in mera attività soggetta al poter dispositivo della parti⁵⁹⁵. Oltre a ciò, e ancor prima della suddetta prevenzione alla distorsione dello schema procedurale di comprovazione della colpevolezza a una logica di libera disposizione delle parti in causa, viene difeso la prospettiva oggettiva delle garanzie del processo come proiezione di valore irrinunciabile del sistema di giustizia, e come tale accolto nei dispositivi costituzionali che tutelano il processo, che è quello di qualificare il meccanismo di attuazione della funzione giurisdizionale.

È su questa scia che Grevi intravede nell'affermazione costituzionale del contraddittorio una norma con due connotazioni distinte. Parallelamente all'istituzione del principio come salvaguardia della posizione soggettiva dell'accusato, e quindi strettamente correlato al diritto individuale di difesa, il contraddittorio viene proiettato anche come imposizione costituzionale del metodo procedurale adeguato allo sviluppo della dinamica

⁵⁹² AMODIO E., *Garanzie oggettive*, cit., p. 19; Id., *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1422.

⁵⁹³ AMODIO E., *La procedura penale*, cit., p. 1422; Id., *Garanzie oggettive*, cit., p. 19.

⁵⁹⁴ In tal senso, v. CONTI C., *Le due "anime"*, cit., p. 198; AMODIO E., *Garanzie oggettive*, cit., p. 19. Nello stesso senso di assimilare la prospettiva soggettiva del contraddittorio con il diritto dell'accusato di affrontare l'accusa, v. ad es., TONINI P., *Il contraddittorio*, cit., p. 1390; Id., *Riforma del sistema probatorio: un'attuazione parziale del "giusto processo"*, in *Dir. pen. proc.*, n. 3, 2001, p. 273

⁵⁹⁵ GREVI V., *Il principio della*, cit., p. 3206; Id., *Basta il solo*, cit., p. 3674. Secondo GIOSTRA G., *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Quest. giust.*, n. 6, 2001, p. 1129: «ciò che attiene ai caratteri connotativi della giurisprudenza non può essere nella disponibilità della parte».

della conoscenza in giudizio e quindi come vero e proprio «canone oggettivamente preordinato ad assicurare la correttezza e, quindi, la «giustizia» dell'accertamento processuale» nel giudizio penale⁵⁹⁶. L'autore, in tal modo, contesta enfaticamente la suddetta comprensione in forma restrittiva della garanzia del contraddittorio nella formazione della prova come imperativo processuale di espressione esclusivamente soggettiva, limitato all'aspetto difensivo⁵⁹⁷.

Di fatto, secondo quanto già espresso⁵⁹⁸, la dottrina ampiamente maggioritaria ravvisa nell'imposizione della struttura dialettica del procedimento un criterio metodologico che mira a preservare la finalità cognitiva del processo, con funzione epistemica attiva⁵⁹⁹. Nel disciplinare i contorni necessari al chiarimento dei fatti e alla formazione probatoria nel giudizio penale, il contraddittorio si traduce in un vero e proprio metodo normativo di accertamento giurisdizionale, secondo gli schemi di una garanzia al servizio dell'interesse pubblico per il corretto funzionamento del meccanismo processuale di attuazione della

⁵⁹⁶ GREVI V., *Ancora su contraddittorio*, cit., pp. 1288-1289. L'appoggio esplicito nelle opere di Amodio e di Grevi, oltre ai notori attributi delle sue opere, deriva dall'emblematica opposizione dottrinale tra gli autori citati per quanto riguarda le possibili proiezioni delle garanzie componenti della formula del giusto processo come espresse in due periodi: il primo ancora negli anni seguenti la riforma dell'art. 111 Cost., e il secondo come rinnovo della divergenza, promossa dalla sentenza della Corte costituzionale 26 giugno 2009, n. 184, concernente gli atti dichiarativi nella indagine difensiva nel giudizio abbreviato, la quale ha attribuito al principio del contraddittorio un profilo prevalentemente soggettivo, come «strumento di salvaguardia del rispetto delle prerogative dell'imputato»; V., C. cost. 26 giugno 2009, n. 184, in Cass. pen., n. 10, 2009, p. 3691 ss.

⁵⁹⁷ CONTI C., *Le due "anime"*, cit., p. 198 ritiene che si tratta «dei due profili imprescindibili del contraddittorio».

⁵⁹⁸ In tal senso, GREVI V., *Ancora su contraddittorio*, cit., p. 1302: «ha condotto la dottrina di gran lunga prevalente a configurare il contraddittorio (...) quale "garanzia oggettiva" dell'accertamento in sede penale».

⁵⁹⁹ Senza pretesa esaustiva, si può vedere: CONTI C., *Le due "anime"*, cit., p. 197 ss.; GIOSTRA G., *Valori ideali*, cit., p. 17; FOIS S., *Il modello costituzionale*, cit., p. 575 ss.; RIVELLO P. P., *Il dibattito nel processo penale*, UTET, 1997, p. 34; TONINI P., *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1390; MARZADURI E., *Commento all'art. 1*, cit., pp. 767, 787 ss.; BARGIS M., *Commento all'art. 16 L. 1° marzo 2001 n. 63*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 280; CARRATTA A., *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 98; UBERTIS G., voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, cit. p. 432; SIRACUSANO F., *La durata ragionevole del processo quale "metodo" della giurisdizione*, in *Dir. pen. proc.*, n. 6, 2003, p. 765; DI CHIARA G., *Diritto processuale*, cit., p. 335; PIVETTI M., *Per un processo*, cit., p. 64; BELLUTA H., *Imparzialità del giudice*, cit., p. 77; Id., *Premesse per uno studio sui poteri istruttori dell'organo giudicante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1238; CHIARLONI S., *Giusto processo, garanzie*, cit., p. 141; GARUTI G., *Il contraddittorio nelle dinamiche dell'accertamento penale*, in DEAN G. (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Giappichelli, 2007, p. 180 ss.; FERRER BELTRÁN J., *La valutazione*, cit., p. 82; LOZZI G., *Il contraddittorio in senso oggettivo e il giudizio abbreviato*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 2055 ss.; RICCIO G., *Note sulla ragionevole durata del processo penale*, in *Cass. pen.*, n. 12, 2011, p. 4528 ss.; MAZZA O., *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Giuffrè, 2011, p. 7; FERRUA P., *Il "giusto processo"*, cit., p. 129 ss.; CHIAVARIO M., *Diritto processuale penale*, 6° ed., Utet, 2015, p. 28; CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 35 ss.; TORRES CHEDRAUI A. M., *Derechos humanos*, cit., p. 60 ss.; BEDÊ JÚNIOR A., SENNA, G., *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*, Revista dos Tribunais, 2009, p. 130.

giurisdizione⁶⁰⁰.

Sebbene in tale assimilazione del metodo dialettico come canone al servizio dell'esigenza cognitiva del processo l'argomento normativo debba essere evidenziato, si deve tenere conto che anche prima della riforma legislativa implementata nell'art. 111 della Costituzione, inserendo l'imposizione per cui il «processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova», una parte notevole della cultura giuridica italiana già concepiva il contraddittorio come metodo di ricerca della verità⁶⁰¹.

L'assimilazione della corrispondente proiezione oggettiva del principio del contraddittorio impone alcuni chiarimenti aggiuntivi in modo da evitare inutili incomprensioni, al di là, ovviamente, di quelle già derivanti naturalmente dall'antitesi brevemente esposta in precedenza. La struttura dialettica del processo si basa precisamente sull'esercizio del dibattito tra i contendenti, come proiezione naturale dell'antagonismo degli interessi presente nello schema processuale. In questi termini, a partire dalla prospettiva oggettiva già esplicitata, viene concepito il metodo del contraddittorio come tecnica, ancora oggi la meno imperfetta, per la ricerca della verità in giudizio⁶⁰², esattamente per la tendenza di predisporre l'esteriorizzazione di una contrapposizione di argomenti, tesi e azioni tra i contendenti⁶⁰³, che verranno guidati dalla finalità primordiale di sostenere le proprie allegazioni e/o falsificare le ragioni della parte contraria⁶⁰⁴.

Tale dinamica ritualizzata del confronto tra prospettive contrastanti consente di controbilanciare la naturale influenza che l'interesse della parte inquirente può esercitare sulle informazioni "estratte" dalla fonte probatoria⁶⁰⁵, risultando altresì il migliore strumento

⁶⁰⁰ GREVI V., *Il principio della*, cit., *passim*. La tecnica dell'contraddittorio è indispensabile per qualsiasi decisione di merito, cioè di assoluzione o di condanna, cfr. GIOSTRA G., *Contraddittorio*, cit., p. 6.

⁶⁰¹ PASTORE B., *Giudizio, prova*, cit., p. 220 ss.; GIOSTRA G., *Valori ideali*, cit., p. 17 ss. Per uno scenario sulla comprensione del contraddittorio prima dell'entrata in vigore della riforma dell'art 111 Cost., v. MARZADURI E., *Commento all'art. 1*, cit., pp. 787-790. TARUFFO M., *Il controllo di razionalità*, cit., p. 148 aggiunge che la garanzia di partecipazione in contraddittorio in tutte le fasi del procedimento consente alle parti di controllare la scorrevolezza della procedura e l'integrità della condotta di tutti i soggetti processuali, il che contribuisce anche alla correttezza della decisione.

⁶⁰² Così si esprime GIOSTRA G., *Contraddittorio*, cit., p. 4; FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, cit., p. 129; MARZADURI E., *Commento all'art. 1*, cit., p. 788; CONTI C., *voce Giusto processo (proc. pen.)*, cit., p. 2819; PASTORE B., *Giudizio, prova*, cit., p. 227; MAZZA O., *Il garantismo*, cit., p. 5.

⁶⁰³ Aperta all'impulso residuale del giudice nella complementazione della prova, sempre subordinata alla possibilità di ulteriore contestazione delle parti, cfr. PASTORE B., *Giudizio, prova*, cit., p. 220.

⁶⁰⁴ In tal senso, per tutti, v. DI DONATO F., *La costruzione giudiziaria del fatto: il ruolo della narrazione nel "processo"*, Franco Angeli, 2008, pp. 119 ss., 151 ss.

⁶⁰⁵ GIOSTRA G., *Analisi e prospettive*, cit., p. 1133.

riconosciuto di identificazione della bugia, della distorsione o dei dubbi⁶⁰⁶. Per questo si parla in contraddittorio «*per la prova*»⁶⁰⁷, perché deve agire nel momento cruciale della sua progressiva formazione, e non semplicemente in contraddittorio «*su una prova*» già inserita nel fascicolo istruttorio del processo⁶⁰⁸.

In tal modo, il considerare che la manifestazione processuale del conflitto di interessi mediante contrapposizione dialettica agevoli la ricerca della verità non significa ottenere dal contraddittorio alcuna illusoria idea di collaborazione tra le parti nell'accertamento della verità, come se i contendenti potessero o, peggio, dovessero convergere in armonia nella direzione dell'interesse maggiore della giustizia nel risultato del processo; fraintendimento, questo, che sicuramente porterebbe a uno snaturamento del contraddittorio a mero onere collaborativo o di verità⁶⁰⁹. La forza propulsiva del confronto in direzione della finalità cognitiva del processo non si basa sulla volontà delle parti, e neanche sulle parti stesse, bensì sulla tecnica del contraddittorio in sé, ossia sull'esercizio della contrapposizione dialettica tra punti di vista opposti, i quali molto spesso, trattandosi principalmente dell'imputato⁶¹⁰, mireranno semplicemente al conseguimento di una decisione favorevole. In altre parole, il metodo del contraddittorio svolge una funzione epistemologica nel processo indipendentemente, anzi talvolta contraria, da una possibile finalità egoistica delle parti interessate⁶¹¹.

⁶⁰⁶ V., in particolare, FERRUA P., op. cit., p. 131, secondo il quale «spesso è decifrando le menzogne che si raggiunge la verità», ma aggiunge che l'effetto potrebbe essere l'opposto, poiché lo sforzo fallito di falsificare una vera testimonianza lo rafforzerà alla fine. Questo è il valore epistemico del contraddittorio.

⁶⁰⁷ Si tratta, come sostiene SIRACUSANO D., *Le prove, il procedimento probatorio e il processo*, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, 3a ed., Giuffrè, 2001, p. 321, di un contraddittorio per elaborare la prova.

⁶⁰⁸ UBERTIS G., voce *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Utet, 1991, p. 525. Cfr. ORLANDI R., *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento*, 4a ed., G. Giappichelli, 2010, p. 45, nt. 88, nelle prove orali, il contraddittorio deve attuare sulla formazione della prova; in caso di prove scritte (pre-costituite) il contraddittorio è esterno al mezzo di prova.

⁶⁰⁹ DOMINIONI O., *L'imputato*, cit., p. 80; GIOSTRA G., *Valori ideali*, cit., pp. 18-20; Id., *Contraddittorio*, cit., p. 5.

⁶¹⁰ MARZADURI E., *Commento all'art. 1*, cit., p. 768, ricorda i doveri di «correttezza e di indifferenza al risultato» che differenziano la posizione procedurale e istituzionale del ministero pubblico. Non da una concettualizzazione discutibile di «parte imparziale», ma per il suo dovere ufficiale di non essere guidato dalla difesa degli interessi privati; cfr. CHIAVARIO M., *Le Garanzie della giurisdizione e il processo penale*, in AA.VV., *Le garanzie della giurisdizione*, cit., p. 122. DOMINIONI O., *L'imputato*, op. loc. cit., afferma che l'attività del difensore, nei limiti della legalità procedurale, inclusa la lealtà e la probità, può essere diretta, deliberatamente, a «compromettere la corretta verifica processuale dell'accusa». E forse è importante chiarire che non vi è alcun giudizio di valore in questa considerazione, ma solo il riconoscimento che il nord principale del difensore nel processo criminale è la difesa, sempre, ovviamente, con attenzione ai segni della buona fede procedurale.

⁶¹¹ Secondo GIOSTRA G., *Contraddittorio*, cit., p. 5, il contraddittorio svolge «un'azione maieutica senza ed anche contro la volontà delle parti». In senso conforme si è espresso DI CHIARA G., *Diritto processuale*, cit., p. 338; PASTORE B., *Giudizio, prova*, cit., p. 237. Cfr. FERRER BELTRÁN J., *La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión*, in Id. et al., *Estudios sobre la prueba*,

È probabilmente in questa apparente dicotomia, ossia nel riconoscimento della prerogativa dell'accusato di svolgere nel processo un'azione che mira a ostacolare o a impedire la ricerca della verità, concomitante con l'assunzione del contraddittorio in senso oggettivo come tecnica che consente l'individuazione dell'esigenza cognitiva del processo, che diventa più tangibile l'ambivalenza di un procedimento che deve riunire valori molto spesso reconditamente opposti. L'esplicitazione del doppio significato della garanzia del contraddittorio, così come si verifica in relazione ad altri elementi fondanti della clausola del giusto processo, consente di visualizzare in maniera più chiara l'azione dei valori soggiacenti alla giustizia del procedimento⁶¹².

Accogliendo la fruttuosa sintesi di Giostra, la realizzazione del contraddittorio evidenzia un giusto processo penale assiologicamente orientato, in cui l'opzione metodologica realizzata rivela l'importanza sia della ricerca della verità, che dei diritti soggettivi e della dignità degli individui⁶¹³. Si tratta, in tal modo, di una linea guida non solo tecnica, fondata sul valore della giustizia della decisione⁶¹⁴, ma anche di civiltà, basata sul valore della giustizia del metodo impiegato⁶¹⁵, mostrando in maniera concreta che la dimensione del giusto processo ha bisogno di associare la pretesa di giustizia sia del risultato che del meccanismo.

Si tratta di un ragionamento che va in senso opposto a quello logicamente esistente tra la strutturazione del metodo conoscitivo nel processo e la finalità stessa del procedimento, dato che il punto di partenza è stato la considerazione del principio del contraddittorio come imposizione di metodo per la formazione della prova nel processo⁶¹⁶ che consente di

Universidade Nacional Autónoma de México, 2006. pp. 3 e 30, ciò che importa qui (riferendosi alla produzione probatoria) è la prospettiva della teoria del processo e dell'applicazione del diritto, essendo irrilevante lo scopo dei soggetti procedurali; aggiungendo che considerare che qualcosa è lo scopo di un'attività non esclude che possano esserci altri scopi.

⁶¹² Cfr. CONTI C., *Le due "anime"*, cit., p. 197, l'esposizione delle due facce del contraddittorio facilita la piena comprensione delle proiezioni derivanti dalla norma costituzionale del giusto processo.

⁶¹³ GIOSTRA, op. loc. cit; PASTORE B., *Giudizio, prova*, cit., p. 229.

⁶¹⁴ Secondo TONINI P., *Il contraddittorio*, cit., p. 1392, «il contraddittorio in senso oggettivo è finalizzato ad ottenere contributi probatori genuini». In senso conforme si è espresso GREVI V., *Garanzie soggettive*, cit., p. 730, secondo il quale il contraddittorio si costituisce nel «canone imprescindibile per il conseguimento di una decisione "giusta"».

⁶¹⁵ GIOSTRA, op. loc. cit. Al riguardo, FERRUA P., *Garanzie formali e garanzie sostanziali*, cit., p. 1117 qualifica questo doppio fondamento della garanzia come «etico ed epistemico». Nello stesso senso, CORDERO F., *Diatribes sul processo accusatorio*, in Id., *Ideologie del processo penale*, La Sapienza, 1997, p. 205, ritiene che il contraddittorio sia tecnicamente utile «in quanto favorisce il buon risultato dell'istruzione probatoria»; e moralmente necessario, come un'imposizione ideologica basata sulla dignità umana. V., ancora, PASTORE B., *Giudizio, prova*, cit., p. 222.

⁶¹⁶ DI CHIARA G., *Diritto processuale*, cit., p. 335 ss; secondo FERRUA P., *Il giudizio penale*, cit., p. 324, facendo riferimento alle prove formulate al di fuori del tribunale penale: «in una ragionevole diffidenza verso quando si forma nell'occulto».

identificare i fini o i valori soggiacenti all'esercizio della giurisdizione. Tuttavia, la correlazione funzionale esistente tra la definizione degli attributi del meccanismo e la finalità del metodo va in direzione opposta, nella misura in cui gli obiettivi prefissati per l'attuazione giurisdizionale equivalgono a una specie di «*prius* logico» relativamente alle caratteristiche del meccanismo processuale⁶¹⁷. In altre parole, la finalità prefissata viene prima del metodo adottato e lo condiziona.

La finalità induce l'affermazione di un canone cognitivo nel processo, basato su valori quali la dignità umana. Ad ogni modo, rimane innegabile la convergenza, o reciproca corrispondenza, significativa ai fini dell'esposizione, tra la definizione del metodo e l'identificazione dei fini e dei valori attinenti al procedimento, oppure, traducendo all'oggetto del presente studio, tra la giustizia della decisione e il giusto processo. Da questa elaborazione è possibile concepire il legame genetico tra il nucleo essenziale di garanzie «riconducibili al paradigma del “giusto processo”» e lo scopo di «assicurare le premesse di una decisione giusta»⁶¹⁸ come risultato di un procedimento attento alle garanzie individuali e di difesa.

È rilevante rimarcare, in conformità con quanto sopra menzionato, che l'opposizione affrontata in questa sezione si limita alle concezioni dottrinarie correlate alle prospettive possibili del principio del contraddittorio, ma non tra le due prospettive in sé stesse, le quali devono integrarsi in base alla scala di valori previste dal meccanismo processuale⁶¹⁹. L'imposizione dialettica assicura ai destinatari della decisione la garanzia di poter influenzare tutto il materiale in grado di interferire nel giudizio decisionale, con l'obiettivo di dimostrare o falsificare le tesi relative ai fatti controversi⁶²⁰, e la sua propria funzionalità come regola cognitiva deriva esattamente dal fatto di potersi basare sul contributo soggettivo delle parti come elemento propulsivo della ricerca della verità.

C'è anche chi vede la prospettiva difensiva, di garanzia individuale, già inserita nel suddetto significato oggettivo, di uno strumento per l'esercizio sostanzialmente giusto della prestazione giurisdizionale, mediante la comprensibile considerazione per cui, quando un diritto risulta anche un'imposizione di metodo e una garanzia di giustizia, tale carattere

⁶¹⁷ Così si esprime DI CHIARA G., op. cit., p. 336: «la configurazione del fine modella la fisionomia e le dinamiche del mezzo destinato a perseguirlo». V., ancora, TARUFFO M., *La prova dei fatti*, cit., p. 59; CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 62.

⁶¹⁸ DI CHIARA G., op. cit., p. 342. Sul principio del contraddittorio anche come metodo per giungere ad una sentenza giusta, v. TONINI P., CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, Giuffrè, 2012, p. 139.

⁶¹⁹ Sono queste le parole di CHIAVARIO M., *Diritto processuale*, cit., p. 28.

⁶²⁰ PASTORE B., *Giudizio, prova*, cit., p. 229; CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 37.

diventa assorbente e il diritto rimane al di fuori dalla disponibilità delle parti⁶²¹. Per tale motivo, la conciliazione tra le due prospettive emerge già nella stessa ragion d'essere del principio⁶²².

Non si può certo ignorare che la giurisprudenza della Corte Costituzionale sembra indicare un'assimilazione contrapposta tra il senso soggettivo e il senso oggettivo della regola del contraddittorio nel processo penale. Malgrado la nota assenza di logica nell'ordine dei concetti nella norma dell'art. 111 della Costituzione, che rende difficile una riorganizzazione schematica⁶²³, e può aver occasionato alcuni equivoci applicativi⁶²⁴, è possibile attribuire una lettura interpretativa ai dispositivi in modo da armonizzarli sistematicamente con la considerazione del contraddittorio come uno statuto epistemologico della giurisdizione, quindi non condizionato a una logica di libera rinuncia della garanzia⁶²⁵.

In tal modo, sarebbe possibile prescindere dal contraddittorio unicamente quando quest'ultimo si rivelasse inutile o impossibile, rendendo manifesto così il necessario coordinamento tra il metodo dialettico di ricerca della verità e l'incidenza reciproca della durata ragionevole⁶²⁶, che si può tradurre anche in un'esigenza di metodo quando, per esempio, si disapprova l'uso di prove superflue nello svolgimento dell'istruzione processuale⁶²⁷.

In quest'ottica, e per quanto attiene i ristretti limiti di approccio del principio dialettico in questo studio, la possibilità di esenzione del metodo privilegiato di accertamento dei fatti dovrebbe essere condizionata dalla sua prescindibilità a fini cognitivi. Ciò avviene poiché è ragionevole presumere che una parte rinuncerà alla possibilità di formare la prova in contraddittorio solo quando avrà concluso che la dialettica non potrebbe condurre a risultati cognitivamente diversi⁶²⁸, più favorevoli ai suoi interessi processuali⁶²⁹.

⁶²¹ Così GIOSTRA G., *Analisi e prospettive*, cit., p. 1129, nt. 2, il quale argomenta, comparativamente, con i requisiti di imparzialità e motivazione delle decisioni, che, oltre ad un profilo soggettivo, sono garanzie inalienabili della giurisdizione, a differenza del diritto al silenzio, liberamente rinunciabile. V., ancora, CHIAVARIO, M., *voce Giusto processo*, cit., p. 3; IACOVIELLO F. M., *Il quarto grado*, cit., p. 799.

⁶²² Estremamente chiare in proposito le parole di PASTORE, op. cit., p. 232: «il contraddittorio delle parti sulla prova è indispensabile sia come garanzia di tutela dei loro diritti processuali, sia come garanzia del corretto svolgimento del giudizio e della razionalità del convincimento del giudice».

⁶²³ CONTI C., *Le due "anime"*, cit., p. 197; GIOSTRA G., *Analisi e prospettive*, cit., p. 1131

⁶²⁴ Su tutti, v. LOZZI G., *Il contraddittorio*, cit., p. 2060 ss.

⁶²⁵ GIOSTRA G., *Analisi e prospettive*, cit., p. 1135 ss.;

⁶²⁶ CONTI C., op. cit., p. 200.

⁶²⁷ SIRACUSANO F., *La durata ragionevole*, cit., p. 764.

⁶²⁸ I requisiti di questa rinuncia sarebbero: la conoscenza del contenuto dell'atto investigativo, che eviterebbe la rinuncia preventiva; e congiuntamente che la rinuncia provenga dal soggetto procedurale che sarebbe stato il protagonista del contraddittorio in giudizio, cioè dalla parte opposta a quella che era all'origine dell'atto nella fase investigativa. Sarebbe inoltre opportuno che il legislatore acconsentisse al giudice di esercitare il controllo

A complemento di quanto affermato, è necessario sottolineare che la prospettiva oggettiva identifica un'utilità del contraddittorio che va al di là della mera integrità paritaria della situazione dei protagonisti della controversia, nel senso che la sua proiezione non si riduce solo ad accogliere congiuntamente la posizione processuale dell'organo di accusa, garantendo in tal modo un'adeguata ed equivalente reciprocità di diritti di intervento e controprova in giudizio⁶³⁰. E a tale scopo il proposito non è quello di sottovalutare l'importanza dell'approccio che rifiuta di minare il significato del principio soltanto al ristretto ambito del diritto di difesa, poiché è esattamente questa prospettiva riduttiva che sta all'origine di una incerta e rischiosa⁶³¹ idea di contrapposizione tra il contraddittorio e la ricerca della verità⁶³².

L'importanza del significato oggettivo del metodo dialettico, come vera e propria regola generale della struttura dell'attuazione giurisdizionale e un «valore connaturato all'essenza stessa del giudizio», risiede nella sua espansione funzionale all'esito della ricostruzione dei fatti, all'esigenza del corretto accertamento probatorio, come principio che serve alla ricerca della verità nel processo, e «dunque serve la giustizia»⁶³³, e non la semplice

su questa rinuncia delle parti al contraddittorio, «o attribuendogli il potere di inibirne l'acquisizione dibattimentale o quello di assumere comunque in contraddittorio la corrispondente prova» che confermerebbe l'inutilità particolare della contraddizione a fini cognitivi e ribadirebbe che non si tratta di una mera possibilità per la difesa o l'accusa, «ma un'esigenza dell'ordinamento»; GIOSTRA G., *Analisi e prospettive*, cit., p. 1136; Id., GIOSTRA G., *Contraddittorio*, cit., p. 9. Analogamente, DI CHIARA G., «*Giusto processo*», cit., p. 234.
⁶²⁹ Concezione che, si deve dire, non è stata accolta dalla sentenza ampiamente contestata della Corte costituzionale, 26 giugno 2009, n. 184, cit.. Più in generale sulle critiche alla concezione adottata dalla Corte, v. GIOSTRA G., *Stop and go nella lunga marcia verso il contraddittorio*, in *Processo penale e valori costituzionali nell'insegnamento di Vittorio Grevi a un anno dalla sua scomparsa* – Atti del convegno, Pavia, 2-4 dicembre 2011, a cura di GIULIANI L., Cedam, 2013, p. 163 ss.

⁶³⁰ In questo senso UBERTIS G., voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, cit. p. 432. V., ancora, MARZADURI E., *Commento all'art. 1*, cit., p. 768 secondo il quale la parità garantita nella procedura penale non può essere fraintesa in quanto la dissomiglianza congenita tra accusa e difesa deve indurre ad una reciprocità dei diritti relativi alle prove e alla realizzazione del contraddittorio nel processo. Per analoghe considerazioni: GARUTI G., *Il contraddittorio*, op. cit., p. 187.

⁶³¹ Qui si fa riferimento alla notoria comprensione della Corte cost. 3 giugno 1992, n. 255, in *Giur. Cost.*, 1992, p. 1961, con nota di Illuminati G., che ha basato la formulazione del principio «di non dispersione degli elementi di prova», basato su una potenziale antinomia tra contraddittorio e ricerca della verità, per consentire l'assunzione di atti dichiarativi di indagine come elemento di prova nel processo. Sotto questo aspetto, il contraddittorio è stato ridotto a mero «apparato tecnico di attuazione del diritto di difesa», quindi in contrasto tendenziale con l'ideale cognitivo del processo, cfr., ad es., DOMINIONI O., *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 738 ss. Secondo DEAN G., *Retrospectiva del "nuovo" art. 111 Cost.: anamnesi del giusto processo penale*, in Id., (a cura di), op. cit., p. 156, questa è stata una vera «sterilizzazione del contraddittorio come metodo probatorio».

⁶³² MARZADURI E., op. cit., p. 788. Secondo BARGIS M., *Commento*, cit., p. 280, era una «nefasta antitesi».

⁶³³ MARZADURI E., op. cit., p. 790. In tal senso, FERRUA P., *Il processo penale*, cit., p. 55, affermava già che il contraddittorio diventava un alleato piuttosto che un nemico della verità. Vale la pena ricordare la precisazione di UBERTIS G., voce *Prova (in generale)*, in *Dig. Disc. pen.*, X, 1995, p. 298, che la verità della ricostruzione dei fatti è importante nel processo come fondamento per l'emissione di una decisione giusta, in modo che l'accertamento della verità non è la fine del processo, ma è un presupposto funzionale all'obiettivo di giustizia; v., anche, LAUDAN L., *Truth, error*, cit., p. 2; TARUFFO M., *La prueba*, Marcial Pons, 2008, p. 23.

posizione processuale delle parti inserite nella dinamica in giudizio⁶³⁴. In tale ottica, contribuisce all'identificazione della giustizia della decisione, del corretto accertamento della verità, come valore rilevante per il processo penale, e non solo come mero interesse di una delle parti⁶³⁵.

Tra gli sviluppi importanti della concezione del giusto processo nel rafforzamento dell'orientamento garantista e liberale c'è il supporto al riconoscimento del vincolo epistemico tra il contraddittorio in senso oggettivo e il metodo di ricerca della verità, che consente in tal modo un più chiaro riconoscimento dell'esigenza cognitiva nell'essenza stessa del processo penale⁶³⁶. La pretesa di giustizia e correttezza nell'attuazione giurisdizionale interessa, prima di tutto, al cittadino e alla società, mentre la visione riduttiva del contraddittorio come semplice aspetto difensivo dell'imputato contribuiva esclusivamente a seminare il terreno con una visione autoritaria della giustizia, dato che indicava una latente contrapposizione tra il metodo dialettico e l'accertamento della verità, come se la giustizia e la verità potessero essere privilegiate solo all'interno di una dinamica in cui il principio del contraddittorio risultasse limitato o tras⁶³⁷curato.

In tal senso, è interessante notare l'esistenza di una correlazione della nozione di antitesi tra il contraddittorio e la ricerca della verità con la contrapposizione tra i modelli accusatorio e inquisitorio, nel senso che il primo valorizzerebbe i diritti di difesa a sfavore dell'interesse della verità, che verrebbe garantito meglio nel modello inquisitorio; disaccordo questo che sta nella genesi del sistema misto, strutturato in due fasi distinte, in grado di favorire entrambi gli interessi citati⁶³⁸ e, tutto sommato, sostiene l'ottica di coloro che vedono

⁶³⁴ Nelle parole di LOZZI G., *Il contraddittorio*, cit., p. 2055 ss. «il contraddittorio supera, trascende gli interessi delle parti».

⁶³⁵ DOMINIONI O., *Un nuovo idolum*, cit. p. 742; UBERTIS G., *Giusto processo e contraddittorio*, cit. p. 2099-2100; FERRUA P., *Il giudizio penale*, cit., p. 324. Sul tema, DOMINIONI O., *L'imputato*, cit., p. 79, ha già menzionato che la natura dialettica, conflittuale del processo, in termini sostanziali, «è essenziale al giusto processo e quindi alla giusta decisione intesa anzitutto come pronuncia giurisdizionale prodotta da un metodo di lavoro processuale che la renda accettabile».

⁶³⁶ Cfr. FERRUA P., *Il "giusto" processo tra modelli*, cit., p. 403,

⁶³⁷ Così si esprime FERRUA P., op. loc. cit., secondo il quale «Ataccare il contraddittorio come metodo di conoscenza è, per chiunque si ponga nell'ottica garantista, semplicemente suicida», poiché indicherebbe che la ricerca della verità dipenderebbe da un meccanismo autoritario di formazione unilaterale della prove. Per analoghe considerazioni: CECCHETTI M., voce *Giusto processo*, cit., p. 602; TROCKER N., *Il valore costituzionale*, cit., p. 38; RIVELLO P. P., *Il dibattito nel*, cit. p. 60. In senso simile, anche se in diversa prospettiva, v. FERRAJOLI L., *L'etica della giurisdizione penale*, in *Quest. giust.* n. 3, 1999, p. 489 ss., secondo il quale le garanzie processuali collaborano nel accertamento del vero.

⁶³⁸ «Come dire: prima si accerta la verità, poi si garantisce l'individuo»; FERRUA P., *La prova nel processo*, cit., p. 16. L'associazione negativa tra la ricerca della verità con un modello procedurale autoritario o inquisitorio, e l'idea correlativa che in un «modello processuale "buono"» la ricerca della verità si traduce in «non-valore o un disvalore» è menzionato da TARUFFO M., *Note sulla verità dei fatti nel processo civile*, in

il giudizio penale come strumento esclusivo di tutela dell'accusato, e di conseguenza il contraddittorio unicamente come garanzia soggettiva di difesa⁶³⁹. Il grande problema di tale concezione, a parte l'equivoco della premessa, risiede nella quasi inevitabile conseguenza di dover lasciare nel quadro del modello inquisitorio la funzione cognitiva di ricerca della verità, con il risultato che, di fronte al rischio di gravi emergenze criminali, soprattutto di criminalità organizzata, si verifichi una sovrapposizione di qualche aspetto inquisitorio⁶⁴⁰.

3.2.2 La durata ragionevole come garanzia oggettiva del processo

Nella direzione di indicare l'esistenza di principi costituzionali direttamente riconducibili alla nozione del giusto processo che siano basati sulla ricerca di preservare la qualità del risultato finale del meccanismo processuale, è inoltre opportuno aggiungere alcune considerazioni, pur nei limiti ristretti tracciati, sulla duplice prospettiva della garanzia di una durata ragionevole del processo⁶⁴¹. Sebbene in qualche modo distaccato dall'oggetto specifico dello studio che è quello di discutere sulla portata della clausola del dovuto processo rispetto al valore della giustizia sostanziale della decisione, dall'aspetto del vero accertamento dei fatti in giudizio⁶⁴², si ritiene che rilevare la finalità oggettiva⁶⁴³ della garanzia del tempo nel processo sarà utile per ribadire la proiezione della clausola di equità processuale che va al di là della mera imposizione soggettiva come garanzia di difesa, al fine di proteggere in maniera totale e ampia la correttezza dell'esercizio del potere giurisdizionale⁶⁴⁴.

GIANFORMAGGIO L (a cura di), *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, 1993, p. 354 ss.

⁶³⁹ Così, FERRUA P., *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in Id., *Studi sul processo penale, II. Anamorfosi del processo accusatorio*, G. Giappichelli, 1992, p. 44 ss.

⁶⁴⁰ Cfr. FERRUA P., *La prova nel processo*, cit., p. 13 ss, che evidenzia i rischi di lasciare il valore della verità in un contesto di ricerca autoritario. I problemi e le distorsioni di questa contrapposizione verranno ripresi più avanti, punto 3.3.

⁶⁴¹ Correlando i tempi del processo con la qualità e il buon funzionamento della giurisdizione, v. CHIAVARIO M., *Garanzie individuale*, cit., p. 1516; RICCIO G., *Note sulla ragionevole*, cit., p. 4530.

⁶⁴² Anche se, in un certo senso, si riconosca correlazione tra il ritardo nel processo e la correzione dell'accertamento fattuale, dal rischio di evanescenza delle prove, cfr., per tutti, ZUCKERMAN A. A. S., *Justice in crisis*, cit., p. 6, il quale, in una dimensione più ampia della giustizia della decisione, aggiunge anche che il ritardo nella consegna della risposta giurisdizionale minerà l'utilità del risultato: «*a decision may be unjust not because it is incorrect in law or in fact, but because it comes too late to put things right*».

⁶⁴³ In senso manifestamente diverso, comprendendo che la garanzia della durata ragionevole protegge esclusivamente i soggetti del rapporto procedurale, in primo luogo l'imputato, a causa della disuguaglianza in relazione al pubblico ministero, v., sempre, AMODIO E., *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, n. 7, 2003, p. 797 ss; Id., *La procedura penale*, cit., p. 1422.

⁶⁴⁴ FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, cit., p. 109, parla in «*garanzia oggettiva di buon funzionamento della giustizia*»; nello stesso senso BUZZELLI S., voce *Giusto processo*, cit., pp. 350-351; SIRACUSANO F., *La durata ragionevole*, cit., pp. 758-759, il quale relaziona la tempestività della risposta giurisdizionale alla

Si ritiene, così, che una delle strategie proficue di riflessione nelle fasi argomentative che sostengono che l'ideale del giusto processo comprenda la dimensione della giustizia della decisione è quella di rafforzare le basi che supportano la conclusione per cui la versione costituzionalizzata di *fair trial* non si limita solo alla salvaguardia di valori non strumentali di *pure procedural justice*. Si tratta di un passo importante in direzione del riconoscimento fondato dei valori strumentali, nei quali si trova esattamente l'ideale di qualità dei risultati emanati nell'esercizio della giurisdizione⁶⁴⁵, qui identificati tramite il significato oggettivo conferito alle garanzie processuali.

La prospettiva oggettiva del principio della durata ragionevole del processo e la sua vicinanza al tema del regolare esercizio della giurisdizione si manifesta più chiaramente quando viene rimesso al principio strumentale dell'efficienza⁶⁴⁶, che si identifica con la ricerca di decisioni giuste, efficaci e con il minor consumo di tempo e risorse possibili,

credibilità dei risultati e, di conseguenza, al corretto esercizio della funzione giurisdizionale. Per una prospettiva del dibattito dottrinale sul significato del principio costituzionale, v. MARINELLI C., *Ragionevole durata e prescrizione del processo penale*, Giappichelli, 2016, p. 143 ss. In un ampio studio dedicato alla durata ragionevole come diritto soggettivo dell'accusato, PASTOR D. R., *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho*, Ad-Hoc, 2002, pp. 49-52, 61, riconosce che il tempo ragionevole dei processi si riferisce anche all'interesse pubblico nella realizzazione del diritto sostanziale attraverso «*procedimientos eficaces también temporalmente*», pertanto si tratta di un problema con due facce.

⁶⁴⁵ La qualità e i tempi della risposta giurisdizionale appaiono come fondamenti per affermare il valore dell'effettività del processo penale, spingendo al riconoscimento degli obblighi procedurali di tutela penale, cfr., ad es., BALSAMO A., *L'art. 3 della CEDU e il sistema italiano della prescrizione: una riforma necessaria*, in *Cass. pen.*, n° 11, 2014, p. 3926.

⁶⁴⁶ Così, CHIAVARIO M., *Garanzie individuale ed efficienze del processo*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1516 ss.; TROCKER N., *Il nuovo articolo*, cit., p. 406; RICCIO G., *Note sulla ragionevole*, cit., pp. 4527-4528; GREVI V., *Prescrizione del reato*, cit., p. 212; SIRACUSANO F., *La durata ragionevole*, cit., p. 762; FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, cit., p. 111, secondo il quale la preoccupazione per l'estensione razionale del processo è «strutturalmente congenita» per l'esercizio della giurisdizione e si basa, in primo luogo, sul postulato generale della ragionevolezza ospitato nella Costituzione, nonché nella «elementare condizione di efficienza» del meccanismo procedurale, quindi, anche se non era espresso nel testo costituzionale, sarebbe una condizione senza la quale «il processo negherebbe se stesso». TOMMASEO F., *Revisione della*, cit., p. 182, sostiene che il principio è sottinteso dal diritto costituzionale garantito di tutela giurisdizionale. Ciò è facilmente dimostrato dal riconoscimento dell'importanza attribuita al valore della celerità del processo, cfr. ad es., CONSO G., «*Tempo e giustizia*» nel processo penale, in *Giur. it.*, IV, 1967, p. 153 ss. Nella Corte EDU, menzionando efficienza e credibilità della giustizia, v. *Serrano Contreras c. Spagna*, sent. 20 marzo 2012, n. 49183/08, § 58; e censurando lo svolgimento della procedura interna a causa della mancanza di effettività docuto alla lunghezza irragionevole del processo, v. *Gülen c. Turchia*, sent. 14 ottobre 2008, n. 28226/02, §§ 44-46. La Corte di Strasburgo ha persino censurato l'irragionevole ritardo nel procedimento penale in un ricorso proposto dalla vittima, per motivi di ineffettività dell'attuazione giudiziale, come previsto dall'art. 6 § 1 della Convenzione, cfr. Corte EDU, sent. 28 luglio 1999, *Selmouni c. Francia*, n. 25803/94, §§ 112-118. Nella stessa direzione la Corte IDU, v. *Garibaldi c. Brasile*, sent. 23 settembre 2009, série C, n. 203, § 133; *Kawas Fernández c. Honduras*, sent. 3 aprile 2009, série C, n. 196, § 112; *Blake (Reparaciones y Costas)*, sent. 22 gennaio 1999, serie C n. 48, §§ 63-65; *Carpio Nicolle y otros c. Guatemala*, sent. 22 novembre 2004, série C, n. 117, § 125 ss; *Ximenes Lopes c. Brasile*, sent. 4 luglio 2006, série C, n. 149, §§ 189, 195 e 199 ss. La giurisprudenza della Corte è reperibile in: «<http://www.corteidh.or.cr/index.php/en>».

nell'ambito di un procedimento che garantisca i diritti soggettivi e di civiltà⁶⁴⁷ delle parti in causa⁶⁴⁸. La durata del procedimento è un fattore strumentale rilevante nell'ambito della concezione processuale che mira alla qualità del sistema giudiziario⁶⁴⁹ e che, in questo senso, viene guidato dal tentativo di strutturare un meccanismo giudiziario basato sulla ricerca della realizzazione della giustizia, poiché l'eccessiva lentezza in tale percorso finirà per costituire una maniera tortuosa di negare la stessa finalità di giustizia⁶⁵⁰ che tale modello desidera fornire.

L'accento al principio dell'efficienza è altresì interessante nella misura in cui il semplice riferimento dei suoi contorni, pur in estrema sintesi, già consente di visualizzare come la garanzia della durata ragionevole si interrelaziona reciprocamente con altri principi e valori rilevanti nella strutturazione concreta del processo, funzionando come una sorta di limite logico nella discipline dell'iter procedurale⁶⁵¹, sia per il legislatore nella concezione del meccanismo processuale, che per i tribunali nel momento interpretativo e applicativo di tale regolamento. La realizzazione delle garanzie soggettive e degli altri valori e interessi coinvolti nell'attuazione giurisdizionale dovrà tenere conto del fattore tempo, di modo che non si prolunghi eccessivamente fino al punto da far venire meno il canone di ragionevolezza della durata del processo⁶⁵².

Ciò non significa ritenere che esista un'antitesi tra le altre garanzie costituzionali della giurisdizione e l'esigenza di una durata moderata del processo, e neanche che vi sia una qualsiasi propensione a eludere o a limitare l'ambito protettivo essenziale di qualunque

⁶⁴⁷ HAY B. L., *Procedural justice*, cit., p. 1807, ritiene che dovrebbero essere inclusi in questa equazione almeno la durata, gli impatti psichici ed emotivi, i costi finanziari, la privacy dei protagonisti e gli effetti prodotti sulla relazione tra i litiganti e che hanno motivato il processo.

⁶⁴⁸ Nel medesimo senso, ALLISON J. R., *Ideology, prejudice*, cit., p. 679; SUMMERS R. S., *Evaluating and improving*, cit., p. 27; CHIAVARIO M., *Garanzie individuale*, cit., p. 1517; AIMONETTO M. G., *La «durata ragionevole»*, cit., p. 36, la quale ricorda che la soddisfazione degli interessi di efficienza contribuisce alla salvaguardia delle garanzie.

⁶⁴⁹ Così, MARZADURI E., *Commento all'art. 1*, cit., p. 772. RICCIO G., *Note sulla ragionevole*, in *Cass. pen.*, n. 12, 2011, p. 4525, afferma che la lentezza del procedimento crea danni non solo all'immagine del potere giudiziario, ma alla credibilità della giurisdizione. In questo senso, Grande Camera Corte EDU, sent. 24 ottobre 1989, *H. c. France*, n. 10073/82, § 58; Corte EDU, sent. 23 ottobre 1990, n. 11296/84, § 74. Per una breve panoramica della giurisprudenza della Corte europea sul principio in parola v. CIGLIONI A., *La ragionevole durata del processo penale*, in DEAN G. (a cura di), *Fisionomia costituzionale*, cit., p. 197 ss; CHIAVARIO M., *“Ragionevole durata” del processo penale e criteri di valutazione nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in BARGIS M. (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Giuffrè, 2013, p. 27 ss.

⁶⁵⁰ Secondo i termini del vecchio aforisma attribuito a Bentham: *«Justice delayed is justice denied»*, cfr. CHIARLONI S., *Il nuovo articolo*, cit., p. 33. Analogamente, GREVI V., *Prescrizione del reato*, cit., p. 215.

⁶⁵¹ L'espressione «limite logico» si trova in GREVI V., *Il principio della*, cit., p. 3207; Id., *Spunti problematici*, cit., p. 436.

⁶⁵² GREVI V., op. loc. cit., secondo il quale questa equazione copre anche l'importanza della strutturazione soddisfacente delle corti di giustizia, delle risorse umane, tecniche ed economiche.

garanzia nella prospettiva oggettiva e soggettiva. Significa, invece, riconoscere che nell'attuazione congiunta di tali principi è necessario che questi siano articolati in maniera equilibrata⁶⁵³, in modo da non perpetuare il corso dell'accertamento penale. Tale finalità non verrebbe ottenuta nel caso in cui la garanzia della durata dei processi fosse intesa semplicemente in termini di salvaguardia difensiva, da invocare solo di fronte a possibili eccessi derivanti dal prolungamento eccessivo della giurisdizione a sfavore dell'imputato⁶⁵⁴.

In questo caso, come sembra non solo logico ma anche intuitivo, basterebbe che il reo facesse a meno della tutela derivata dalla garanzia, oppure utilizzasse, anche deliberatamente, una strategia difensiva tendente a ritardare, prorogare o ampliare il corso del procedimento, evitando in tutti i modi la conclusione del giudizio, per far sì che l'intero sistema giudiziario, nonché «le altre parti del processo», tra cui le parti civili⁶⁵⁵ ed eventuali coimputati con interessi dissonanti⁶⁵⁶, rimangano impotenti di fronte a una posizione deliberatamente contraria alle esigenze di correttezza ed efficienza nell'esercizio della funzione giurisdizionale⁶⁵⁷.

La necessità di un equilibrio come problema metagiuridico e immanente alla strutturazione del sistema penale, al punto da creare una costante esigenza di bilanciamento

⁶⁵³ L'idea del bilanciamento non è qui usata, poiché potrebbe indicare un'equivoca percezione di conflitto tra i principi costituzionali della giurisdizione, esattamente ciò che si vuole evitare. La nozione di interazione, o interrelazione, indica meglio l'interazione reciproca delle garanzie nel modello di giusto processo. In questo senso, NAPPI A., *La ragionevole durata*, cit., p. 1542; RICCIO G., *Note sulla ragionevole*, cit., p. 4529. In senso parzialmente differente, FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, cit., p. 112, parla di bilanciamento tra i principi concorrenti del giusto processo, ma il risultato è simile, in quanto menziona un rapporto finalista di solidarietà e reciproco rinforzo tra questi principi.

⁶⁵⁴ Questo, ovviamente, non significa trascurare la funzione soggettiva della clausola di garantire agli imputati il diritto alla breve «liberazione dal processo»; cfr. RICCIO G., *Note sulla ragionevole*, cit., p. 4528. Nella dottrina, si riferisce alla svalutazione della presunzione di non colpevolezza in un processo eccessivamente lungo, oltre a negare il significato stesso della rieducazione della pena a causa della sua applicazione a una persona del tutto diversa dal soggetto che ha commesso il crimine, cfr. AIMONETTO M. G., *La «durata ragionevole»*, cit., pp. 36-37; MARZADURI E., *Commento all'art. 1*, cit., p. 772. Cfr. LOPES JUNIOR A., *Direito ao processo penal no prazo razoável*, in *RBCCrIm.*, n. 65, 2007, p. 219, quando viene giudicato oltre il tempo ragionevole, quello che viene giudicato è un uomo distinto da quello che ha commesso il reato.

⁶⁵⁵ Più ampiamente, KOSTORIS, R. E., *La ragionevole durata del processo nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nell'art. 111 Cost.*, in Id. (a cura di) *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, G. Giappichelli, 2005, p. 5, si riferisce all'«interesse criminale» della vittima nella risoluzione del procedimento penale.

⁶⁵⁶ GREVI V., *Garanzie soggettive*, cit., p. 744, che ricorda le disposizioni dell'art. 17 CEDU. Mettendo in evidenza l'interesse pubblico del processo criminale e del suo oggetto, Id., *Il principio della*, cit., p. 3208, sottolinea anche l'innegabile interesse della struttura sociale nel suo complesso a vedere la causa penale risolta in un tempo ragionevole. Nel medesimo senso, IACOVIELLO F. M., *Giusto processo?*, cit., p. 1464 riferisce che i procedimenti celeri non sono soltanto diritti individuali, «ma un interesse pubblico», quindi deve coprire dalla fase di ricerca preliminare.

⁶⁵⁷ È in questo preciso senso la censura fatta dalla Corte IDU nella sent. 25 novembre 2003, *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, série C, n° 101, §s 204-211, quando ha rilevato che il sistema di ricorso interno è stato utilizzato dalla difesa a scapito della garanzia della durata ragionevole e del «*derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables*».

tra interessi e valori che vanno in direzioni diverse e, a volte, concorrenti, è indicata dal contrasto di sintesi tra le esigenze di difesa e quelle di efficienza della giustizia penale⁶⁵⁸. Tuttavia, il modello costituzionale del giusto processo cerca esattamente di coordinare le garanzie individuali con le ragioni di efficienza della giurisdizione penale⁶⁵⁹, agevolando l'interrelazione sistematica di garanzie, principi e metodi relativi al corretto esercizio dell'attività giurisdizionale⁶⁶⁰.

È sulla base di tale interpretazione interattiva della formula che non si intravede una relazione obbligatoriamente conflittuale tra l'imposizione di un prolungamento contenuto nei tempi del procedimento e le altre garanzie della giurisdizione, bensì un'unità di propositi identificati nella realizzazione della giustizia processuale⁶⁶¹. Inoltre, tale parametro di concerto tra i principi del giusto processo deriva dallo stesso utilizzo dell'attributo della «ragionevolezza» in riferimento alla durata del procedimento⁶⁶²: per ragione ontologica, il tempo del processo, per essere ragionevole, deve essere in armonia con la realizzazione delle garanzie di difesa e della correttezza dell'accertamento dei fatti nel giudizio penale, consentendo l'adeguato sostegno di questi valori nello svolgimento della dinamica procedurale⁶⁶³.

Il ragionamento adottato di interazione reciproca e armonica tra i principi all'interno della formula del giusto processo può trasformarsi in un effettivo bilanciamento di forze contrastanti, esattamente nel momento in cui si verifica un ampliamento eccessivo degli

⁶⁵⁸ Cfr. condensazione fatta da CHIAVARIO M., *Il "dopo-riforma" del processo penale italiano nel tempo delle riforme in Europa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 787 ss. Secondo PULITANÒ D., *La giustizia penale alla prova del fuoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 19 ss., le diverse esigenze di effettività del meccanismo persecutorio e di protezione dei diritti soggettivi si riflettono in un «pendolarismo» del sistema penale nel tentativo permanente di moderazione concreta di questi interessi.

⁶⁵⁹ Con questi termini si esprime SIRACUSANO F., *La durata ragionevole*, cit., p. 763.

⁶⁶⁰ V. sopra, punto 1.6 e relativa bibliografia sulla percezione sistematica e coordinata dei diritti e delle garanzie nell'ambito della formula del giusto processo.

⁶⁶¹ TROCKER N., *Il nuovo articolo*, cit., p. 407; SIRACUSANO F., op. loc. cit. In senso parzialmente differente, GREVI V., *Spunti problematici*, cit., p. 437 ss., ha identificato un'opposizione tendenziale tra garanzie procedurali e celerità del processo, individuando nella «ragionevole durata» garanzia prioritaria, perché qualifica il paradigma metodologico e strutturale del processo perché qualificante del paradigma metodologico e strutturale del processo. FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, cit., p. 110 ss., riconosce anche il significato strutturante della clausola di durata ragionevole del processo e la necessità di bilanciare i principi concorrenti, in un rapporto di solidarietà che si rafforza reciprocamente, ma considera la funzione cognitiva del processo, l'imparzialità e il diritto di difesa, come «primari valori di giustizia», che sono quindi in un piano superiore in relazione al requisito di ragionevole durata. Contro quest'ultima conclusione, v. RICCIO G., *Note sulla ragionevole*, cit., p. 4529. Per un quadro generale delle problematiche, si veda MARINELLI C., *Ragionevole durata*, cit., p. 152 ss.

⁶⁶² CONTI C., voce *Giusto processo (diritto processuale penale)*, cit., p. 631; SIRACUSANO F., *La durata ragionevole*, cit., p. 763; TONINI P., *Manuale di procedura*, cit., p. 44.

⁶⁶³ In tal senso, TROCKER N., *Il valore costituzionale*, cit., p. 48, ritiene conciliati armonicamente «l'istanza di una giustizia amministrata senza ritardi e, per l'altro verso, l'istanza di una giustizia non frettolosa e sommaria»; v., ancora, CONSO G., *Tempo e giustizia*, cit., pp. 157-158; AIMONETTO M. G., *La «durata ragionevole»*, cit., p. 2.

effetti delle altre garanzie del processo, sia difensive, che di perseguimento della correttezza delle decisioni, al punto da creare un'effettiva necessità di ponderazione in una logica di mutuo contenimento. Di fronte alla possibilità concreta di una «incontrollata proliferazione delle garanzie»⁶⁶⁴, l'esigenza di una durata ragionevole può funzionare come forza di contrasto, evitando l'uso meramente pretestuoso o abusivo dei meccanismi processuali, in un quadro già degenerativo delle garanzie, e quindi di «tradimento funzionale» dell'obiettivo del giusto processo⁶⁶⁵.

Saranno l'abuso, l'eccesso o la sproporzione nell'utilizzo delle garanzie e delle strategie processuali in grado di generare conflitti tra forze che vanno in senso opposto nella dinamica processuale⁶⁶⁶ e, per tale motivo, in grado di creare la necessità di equilibrare concretamente tali valori mediante l'uso di una tecnica basata sulla ponderazione, proprio perché hanno oltrepassato la finalità di giustizia e correttezza nell'attuazione giurisdizionale, e quindi violato i limiti del giusto processo⁶⁶⁷. Può sembrare un preziosismo eccessivo, ma si tratta innanzitutto di un chiarimento importante per il mantenimento della coerenza nell'esposizione e nel rafforzamento delle idee sostenute in relazione al modello costituzionale del giusto processo e il relativo proposito di garantire la giustizia nel risultato ampio dell'attuazione giurisdizionale.

Per tale motivo, da un punto di vista generale sembra innanzitutto davvero difficile contestare la nozione per cui la tutela di determinati interessi e valori centrali alla concezione del giusto processo venga garantita in maniera più soddisfacente grazie a una disciplina normativa che pone tali interessi e valori al riparo di possibili condizionamenti imposti dalla posizione di libera disposizione delle parti, tipico delle garanzie strettamente soggettive⁶⁶⁸.

⁶⁶⁴ FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, cit., p. 115. Secondo GREVI V., *Spunti problematici*, cit., p. 436, la durata moderata dovrebbe servire come un «perimetro alla potenziale espansività delle garanzie», non come semplice annuncio retorico.

⁶⁶⁵ Sono parole di NAPPI A., *L'abuso del processo: principio di ragionevole durata e impugnazioni*, in Giuliani L. (a cura di), *Processo penale e valori*, cit., p. 201 ss, nel sottolineare che il problema del processo non è l'eccesso o la mancanza di garanzie, ma l'uso incoerente e abusivo dei diritti e delle garanzie delle parti.

⁶⁶⁶ In senso simile, KOSTORIS, R. E., *La ragionevole durata*, cit., p. 10.

⁶⁶⁷ All'interno della clausola del giusto processo i principi della giurisdizione sono equilibrati, al fine di funzionare con l'interazione reciproca, il problema sorge quando si ignora questo requisito e si allarga irragionevolmente uno di questi valori, come se l'attuazione del processo equo dovesse essere unilaterale, derivante da una forza a valore singolo; è indispensabile «un approccio sistematico» per coordinare valori essenziali ma distinti; cfr. SIRACUSANO F., *La durata ragionevole*, p. 757 ss.

⁶⁶⁸ GREVI V., *Il principio della*, cit., p. 3205. Nella propria giurisprudenza della Corte EDU c'è un'evidente affermazione dell'importanza della celerità nei procedimenti giudiziari in tutte le sue fasi anche come valore per la tutela dei diritti delle vittime e della qualità comune dell'attuazione giurisdizionale, cfr., ad es., BALSAMO A., *L'art. 3 della CEDU*, cit., pp. 3926, 3931. V., in particolare, Corte Edu, sent. 2 giugno 2004, *Bati e al. c. Turchia*, ns. 3309/7/96 e 57834/00, de 03.6.2004, §s 141-144; Corte EDU, sent. 1° luglio 2014, *Saba c. Italia*, n. 36629/10, §s 76-78; Corte EDU, sent. 29 marzo 2011, *Alikaj e al. c. Italia*, n. 47357/08,, § 97; Corte EDU, sent. 02 febbraio 2017, *Talpis c. Italia*, n. 41237/14, § 104.

L'accoglimento di garanzie processuali con un'accezione di canoni generali del corretto esercizio della giurisdizione penale intensifica e qualifica le esigenze di un modello di prestazione giurisdizionale basato sull'idea di giustizia processuale estratta dalla disposizione costituzionale del giusto processo.

L'ambito limitativo della misura del tempo ragionevole del processo, nella versante oggettiva abordata, condiziona un costante allargamento del repertorio di diritti e garanzie riferibili o meno al diritto di difesa degli imputati, oltre il perimetro protettivo che si mostri «effettivamente necessario per un'adeguata tutela dei diritti» sottoposto alla giurisdizione, e che si riferiscono agli elementi del modello costituzionale del giusto processo⁶⁶⁹. Nella stessa direzione, è necessario evitare che le parti usino le garanzie al fine di dilatare in maniera smisurata il corso procedurale, cercando, mediante l'uso travisato dei meccanismi processuali disponibili, di impedire il raggiungimento della decisione finale di merito.

È rilevante notare, sotto questo aspetto, le difficoltà di arrivare a una conclusione sullo scopo specificamente dilatorio delle parti nell'adempimento delle rispettive opzioni processuali, per quanto sia possibile rilevarlo, in alcune situazioni limite, in base alle condotte manifestate in giudizio. E soprattutto è rilevante il fatto che non si possa obbligare i soggetti del processo a impiegare unicamente strategie processuali «ispirate all'etica» soggiacente al principio della durata ragionevole, anche perché abbastanza spesso l'interesse soggettivo di difesa va esattamente in senso opposto⁶⁷⁰.

È per questi motivi che la responsabilità di far valere le esigenze derivanti dalla garanzia è, prima di tutto, del legislatore nell'elaborazione di una struttura processuale sufficientemente qualificata per attuare il giudizio penale in tempo ragionevole⁶⁷¹, anche dotando il meccanismo giudiziario di tecniche e dispositivi normativi in grado di impedire il ritardo procedurale⁶⁷² a causa del comportamento delle parti⁶⁷³.

⁶⁶⁹ Le parole sono di GREVI V., op. cit., p. 3209. Cfr. FERRER BELTRÁN J., *Diritto alla prova*, cit., p. 164, il sistema giuridico deve salvaguardare l'interesse a cui i processi hanno un limite temporale più o meno definito, assegnando, entro un termine ragionevole, effetti legali definitivi alla decisione giudiziale.

⁶⁷⁰ In questo senso, FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, cit., p. 116, afferma che, di fronte a una prospettiva concreta di condanna, si prevede che verranno adottate strategie difensive per ritardare o reprimere i loro effetti, tra cui la ricerca della prescrizione. Ancora, RICCIO G., *Note sulla ragionevole*, cit., p. 4520

⁶⁷¹ NAPPI A., *La ragionevole durata del*, cit., p. 1543; FERRUA P., op. loc. cit. La Corte EDU ha già indicato questa soluzione, menzionando che le parti possono utilizzare i ricorsi previsti dal diritto interno, anche se ostacolano lo svolgimento del procedimento, cfr. sent. 15 luglio 1982, *Eckle c. Germania*, n. 8130/78, § 82.

⁶⁷² CHIAVARIO M., *Le Garanzie della giurisdizione*, cit., pp. 126-127, ha menzionato il legame «perverso» tra il sistema di ricorsi penali ed «un particolare modo di concepire la presunzione di innocenza», principalmente a causa della «normalità» dei tre livelli di giudizio, che ha portato a conseguenze dannose dell'utilizzo del processo per evitare la prestazione giurisdizionale. Anomalia che spiega, in parte, l'altissimo tasso di ricorsi, specialmente se confrontato con paesi zelanti con la quantità di impugnazione delle decisioni: «in Inghilterra le

Nonostante il destinatario diretto dell'imposizione derivante dalla garanzia sia il legislatore, è necessario ricordare una proiezione del principio ai giudici, i quali, nella veste di interpreti e applicatori delle regole del sistema, devono anche tenere conto della loro importanza nel conseguimento di una dinamica processuale temporalmente razionale, considerando che molti progressi sotto questo aspetto sono conseguenza e possono derivare dalla reinterpretazione giurisprudenziale di norme procedurali già esistenti⁶⁷⁴, evitando così che, con il pretesto di far valere garanzie soggettive⁶⁷⁵, le parti finiscano con strumentalizzare il procedimento al fine di impedire una decisione definitiva sul contenuto dell'imputazione.

Deve entrare ampiamente nella cultura giuridica la percezione per cui, finché non si arriva alla chiusura del processo con una sentenza definitiva, preferibilmente, per quanto riguarda il merito della controversia sottoposta alla giurisdizione, in un tempo ragionevole, non sarà possibile parlare di realizzazione del giusto processo. E siccome è assodato che neanche le migliori legislazioni consentono di risolvere tutti i problemi e «nemmeno la totalità di un singolo problema»⁶⁷⁶, il rafforzamento del potere di controllo giurisdizionale diventa indispensabile per dotare l'ordinamento di strumenti effettivi che consentano di

statistiche parlano di un 1% di sentenze impugnate nel campo della piccola delinquenza e di un 7% per il settore dei reati più gravi...», cfr. CHIAVARIO M., *Garanzie individuale*, cit., p. 1526. KOSTORIS, R. E., *La ragionevole durata*, cit., p. 12, ricorda che la previsione di inammissibilità di successivi impugnazioni asseritamente abusivi non escluderebbe che, in attesa della decisione di rigetto del ricorso, il tempo processuale continuassero ad allungarsi. Indicando le ragioni sistematiche, storiche e culturali di questa disparità nei percentuali di ricorsi, v. GARAPON A., PAPADOPOULOS I., *Julgar nos Estados*, cit., pp. 25 ss, 76, 84 ss. In diversa prospettiva, GREVI V., *Prescrizione del reato*, cit., p. 194 ss., il quale, in sintesi, ritiene che la distorsione del sistema processuale penale consistente nell'uso di successivi ricorsi con finalità distorte possa essere mitigata impedendo qualsiasi beneficio all'imputato nell'adottare questa strategia dilatoria, rivedendo il rapporto tra ricorso e prescrizione. Ancora sull'eccesso nell'articolazione dei mezzi di impugnazione nel diritto interno e sui effetti dannosi nella durata dei processi, v. AIMONETTO M. G., *La «durata ragionevole»*, cit., p. 63 e 173 ss.; CHIAVARIO M., *Le garanzie fondamentali*, cit., p. 490 ss.

⁶⁷³ GREVI V., *Il principio della*, cit., pp. 3209-3210, indica le due linee d'azione che possono essere inserite nel sistema al fine di ridurre gli effetti dell'uso improprio delle garanzie: dare al giudice potere di controllo e filtro per interdire questa attuazione puramente strumentale; e la previsione di meccanismi tendenti a scoraggiare questa pratica.

⁶⁷⁴ Cfr. NAPPI A., *La ragionevole durata del*, cit., p. 1541 ss., i tempi della giustizia dipendono anche della «cultura e correttezza dei magistrati», nonché dalla consapevolezza di altre categorie giuridiche sul ruolo che svolgono o dovrebbero svolgere nell'amministrazione della giustizia. V. in tal senso pur con varietà di accenti, CALAMANDREI P., *Processo e democrazia*, Cedam, 1954, pp. 33 e 132-ss.; CONSO G., *«Tempo e giustizia»*, cit., p. 159; CHIAVARIO M., *Garanzie individuale*, cit., p. 1526 ss.; RICCIO G., *Note sulla ragionevole*, cit., p. 4531; SIRACUSANO F., *La durata ragionevole*, cit., p. 768; CECCHETTI M., *Il principio del «giusto»*, cit., p. 83; TROCKER N., *Il nuovo articolo*, cit., p. 406;

⁶⁷⁵ I diritti della difesa e i loro effetti sono suscettibili di espansione quasi illimitata, ben oltre il nucleo di valore essenziale di ogni principio, fino al punto di «paralizzare di fatto la giustizia», cfr. FERRUA P., *Il «giusto processo»*, cit., p. 115; e non sembra esserci alcun dubbio che il potere giudiziario possa essere uno degli agenti di questa amplificazione nel compito di interpretare e applicare regole e forme procedurali. In questi termini, il ragionamento adottato di reciproca interazione tra i principi all'interno della formula del giusto processo può essere trasformata in un effettivo bilanciamento, esattamente nel momento in cui gli effetti delle garanzie aumentano fino a generare un'esigenza effettiva di ponderazione.

⁶⁷⁶ CONSO G., *«Tempo e giustizia»*, op. loc. cit. TOMMASEO F., *Revisione della*, cit., p. 182, afferma che la durata della procedura non dipende dalla legislazione, «ma dagli uomini e dalle cose».

limitare gli abusi del processo⁶⁷⁷.

È importante sottolineare che non si tratta di una preoccupazione basata solo su una finalità di difesa sociale o su esigenze di tutela della collettività, ma piuttosto su una conseguenza naturale della necessità di moderazione nell'itinerario procedurale, come esigenza di limitare razionalmente i tempi del compimento definitivo della prestazione giurisdizionale⁶⁷⁸, a tal punto che il suddetto limite logico della garanzia si avvia verso la negazione non solo degli eccessi nelle garanzie difensive, ma anche per le abitudini e pratiche processuali suppostamente basate su esigenze repressive, a condizione che comportino una lentezza irragionevole nel corso del procedimento⁶⁷⁹. Il fattore primario non è nemmeno un semplice motivo di economia processuale, che spesso può riferirsi a interessi secondari, relativi all'organizzazione giudiziaria, ma è invece la rilevanza del già citato valore dell'efficienza aggregata del sistema giudiziario, che viene associato direttamente alla finalità istituzionale del processo penale, e in maniera più ampia dello stesso esercizio della funzione giurisdizionale realizzata mediante il processo⁶⁸⁰, di accertamento dei fatti al fine di giungere alla conclusione mediante una sentenza definitiva sul merito dell'accusa entro un termine ragionevole⁶⁸¹.

È possibile rilevare un paradosso apparente del principio della durata ragionevole, poiché, mentre contribuisce contemporaneamente all'identificazione di un significato oggettivo nelle garanzie del giusto processo, nonché di una valenza strumentale della clausola, valore questo correlato alla correttezza, in senso lato, dell'attuazione giurisdizionale, lo *speedy trial* viene utilizzato anche per scoraggiare una ricerca incessante di accuratezza delle decisioni, limitando ciò che potrebbe diventare un'irragionevole ricerca della

⁶⁷⁷ Tale posizione è sostenuta da NAPPI A., *L'abuso del processo*, cit., p. 204 ss., secondo il quale solo la prassi giurisprudenziale può controllare l'abuso delle garanzie procedurali, come insegna l'esperienza anglo-americana, che dipende di «un rafforzamento dei poteri discrezionali del giudice», in modo da impedire che l'uso distorto dei poteri delle parti rendono impossibile l'esercizio effettivo della giurisdizione.

⁶⁷⁸ GREVI V., *Il principio della*, cit., pp. 3207-3208.

⁶⁷⁹ In teoria, e in senso generale, la preoccupazione per la durata della risposta giurisdizionale definitiva coinvolge, almeno, l'interesse dell'imputato, sull'aspetto angosciante del prolungamento del processo penale; l'interesse della vittima, dalla frustrazione dell'attesa della giustizia; e l'interesse dello Stato, dalla spesa di risorse, personale e mezzi che potrebbero essere efficacemente applicati in tutti i processi; manifestandosi una disfunzione nell'adempimento dello scopo istituzionale della giurisdizione, con disprezzo ai fini della prevenzione generale del diritto penale cfr. KOSTORIS, R. E., *La ragionevole durata*, cit., p. 3.

⁶⁸⁰ RICCIO G., *Note sulla ragionevole*, cit., p. 4525 ha fatto notare come il tempo dei procedimenti penali è ampiamente intrecciato nella vita della comunità, non solo negli aspetti politici, giuridici e istituzionali ma anche economici, con la semplice ed evidente considerazione che l'investitore, soprattutto straniero, sarà scoraggiato dall'impunità di quelli illeciti relativi al campo economico-finanziario e alla gestione pubblica di una nazione, sottoposto, che rimarrebbe, alle pratiche sleali e alla routine della frode delle regole.

⁶⁸¹ «Questo è dunque l'obiettivo istituzionale e prioritario del "giusto processo", da raggiungersi secondo la logica dell'efficienza», requisito contro il quale, secondo GREVI V., *Prescrizione del reato*, cit., p. 190, si oppone frontalmente l'istituto della prescrizione dei reati.

correttezza del contenuto delle decisioni penali⁶⁸², partendo dalla premessa per cui uno dei propositi della giustizia processuale è quello di perseguire risultati corretti a un costo ragionevole, sia per le parti coinvolte nella decisione, che per il sistema giudiziario e la società nel suo complesso⁶⁸³. E in questa equazione, il ritardo nella prestazione giurisdizionale aggiunge ai costi immediati conseguenti al proprio ritardo, gli oneri economici relativi al differimento del processo, oltre ai pregiudizi all'immagine della magistrature e alla credibilità della giurisdizione.

La durata del processo si articola in maniera ancora più chiara con il valore della correttezza dei risultati. Il ragionamento qui è lo stesso di quello menzionato da Summers in relazione a un sistema giudiziario che frequentemente non produce decisioni corrette riguardo ai fatti del caso, il che tende a generare sempre più richieste perché le persone avrebbero l'incentivo a non risolvere le situazioni al di fuori dei tribunali, ritenendo che la «*truth adverse*» non verrebbe ottenuta⁶⁸⁴, il che porterebbe a ritardi nei giudizi a causa dell'aumento delle scorte di servizi. Questo perché risulta ugualmente certo che la prospettiva di una procedura interminabile contribuisce anche a disincentivare le soluzioni «*out of court*» per il semplice motivo che il ritardo sarà vantaggioso per coloro che non hanno ragione⁶⁸⁵. Ecco perché la perdita di fiducia nel sistema giudiziario, a causa di eccessiva lentezza o mancanza di correzione delle sentenze⁶⁸⁶, genera più controversie.

Nelle sue proiezioni il principio della durata ragionevole è utile agli studi di giustizia processuale nella misura in cui la sua funzionalità consente di sostenere l'esistenza di interessi tutelati nel processo che superano quelli relativi in senso stretto ai diritti soggettivi

⁶⁸² Un esempio che riguarda il tema del capitolo IV è la possibile contraddizione nell'uso eccessivo dell'iniziativa probatoria *ex officio* con la ragionevole durata del processo, in ragione di un'ulteriore allungamento irragionevole dei tempi processuali a causa della ricerca di autonome ipotesi ricostruttive del fatto, cfr., nella giurisprudenza, Tribunale di Roma, sent. 31 gennaio 2005, *Cerrone*, con nota di VALENTINI E., *Così esteso l'ambito applicativo dell'art 506 comma 1 c.p.p.?*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2885 ss.

⁶⁸³ SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 307 ss; FERRER BELTRÁN J., *La valutazione razionale*, cit., p. 23

⁶⁸⁴ SUMMERS R. S., *Formal legal truth*, cit., p. 498.

⁶⁸⁵ Questa è una considerazione più intima delle relazioni private e del processo civile, come esemplificato dalla condotta del potere pubblico in generale, che è responsabile della congestione della giustizia in Brasile, secondo una ricerca condotta dall'Associazione dei Magistrati Brasiliani, pubblicata il 11.8.2015, la quale può essere reperibile in: «<https://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2015/08/O-uso-da-Justi%C3%A7a-e-o-lit%C3%ADgio-no-Brasil.pdf>». In ogni caso, è una nozione che procede anche nel campo della procedura penale in tutti i tipi di reato, ma che è massimizzato nel contesto dei reati economici e sofisticati, in cui il «*wealth effect*»: il fatto che solo chi ha più risorse può godere di tutte le garanzie del sistema, cfr. IACOVIELLO F. M., *Giusto processo?*, cit., p. 1462. Sul «*wealth effect*» come uno dei difetti più eclatanti, insieme al «*combat effect*», del *adversary criminal procedure*, i quali hanno avuto anche una marcata influenza sulla genesi del sistema *adversary*, v. LANGBEIN J. H., *The origins of adversary criminal trial*, Oxford University Press, 2003, pp. 1-2; 102 ss., 332 ss.

⁶⁸⁶ SUMMERS R. S., op. loc. cit.

di difesa, e quindi a una dimensione strumentale in senso oggettivo. Allo stesso tempo, i valori inclusi in tale principio portano a limitare la preoccupazione anche strumentale sintetizzata nella ricerca della verità. Secondo quanto già affermato, la disposizione alla ricerca incessante di evitare errori di giudizio può condurre a una procrastinazione nella tutela giurisdizionale in modo tale da ridurre il valore di una soluzione favorevole o aggravare gli effetti di un risultato sfavorevole, dato che l'interminabile procedimento in questione non consentirebbe nemmeno di garantire l'esattezza del proprio esito⁶⁸⁷.

La constatazione tanto irrinunciabile quanto inesorabile è che non si potrà mai pensare alla realizzazione di un processo giusto, qualunque sia il livello tecnico ed etico delle sue garanzie strutturali, finché non esistano e non vengono messi in opera strumenti atti a fornire una durata media ragionevole del procedimento nel suo complesso, ossia fino alla consegna definitiva e immutabile della prestazione giurisdizionale⁶⁸⁸, in altre parole, nel momento in cui il mondo dei fatti risulti adeguato al dovere essere imposto dal provvedimento giurisdizionale imperativo⁶⁸⁹. L'irragionevole durata della prestazione giurisdizionale non è altro che la negazione sostanziale di giustizia, e di conseguenza la negazione integrale dello stesso diritto al giusto processo⁶⁹⁰.

Finora, nella parte iniziale di questo capitolo, l'importanza della correttezza e dell'efficienza nella risposta giurisdizionale in quanto finalità istituzionali della giurisdizione penale sono state identificate più concretamente a partire dalla proiezione oggettiva delle garanzie costituzionali fondamentali del contraddittorio e della durata ragionevole. L'enfasi conferita a questi due principi non è stata casuale, dato che la loro coniugazione nel testo costituzionale consente di esaltare, come forma di sintesi, la concordanza di propositi nella disciplina costituzionale del processo. Sono considerati paradigmi del significato relazionale e interdependente degli elementi della clausola del giusto processo, che deve garantire la

⁶⁸⁷ GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. 112 ss; SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 186; BONE R. G., *Agreeing to fair*, cit., p. 514, nt. 81: «[...] a right to maximal accuracy that ignores costs should in theory give parties a right to re-litigate indefinitely. At the same time, it is worth noting that adding more procedure does not always reduce the error risk».

⁶⁸⁸ Cf., per esempio, GREVI V., *Il principio della*, cit., p. 3212; COMOGLIO L. P., *Etica e tecnica*, cit., p. 8; RICCIO G., *Note sulla ragionevole*, cit., p. 4524; CECCHETTI M., *Il principio del "giusto"*, cit., p. 82; CIGLIONI A., *La ragionevole durata*, cit., p. 209 ss.;

⁶⁸⁹ Nozione già esposta da BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, 20^a ed., Feltrinelli, 2016, pp. 67 ss, 78. V. ancora PASTOR D. R., *El plazo razonable*, cit., p. 82 ss, 88, che, dal punto di vista dell'effettività dell'attività penale dello Stato, conclude che il ritardo compromette seriamente la giustificazione e gli scopi della punizione.

⁶⁹⁰ Problema riconosciuto anche dal punto di vista degli studi di *procedural justice* basati sulla percezione di coloro che sono coinvolti nella relazione procedurale: «Procedures that involve long delays, or great expenditure of time, effort, and resources are perceived as less fair»; LEVENTHAL G. S., *What should be*, cit., p. 43, per la semplice ragione che la durata del procedimento è inclusa nei costi generici del sistema di giudizi, cfr. SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 185.

salvaguardia sia dei diritti di difesa, dipendenti dal contraddittorio, che della correttezza e della credibilità nella prestazione giurisdizionale, che dipende in egual modo dal contraddittorio e dalla tempestività⁶⁹¹. Inoltre, si tratta molto probabilmente dei due principi basilari del processo penale in cui si riesce meglio a identificare la doppia proiezione soggettiva e oggettiva dei canoni presenti nella formula di garanzia del processo.

Nel concepire la disciplina normativa del processo penale, genericamente, come metodo o ricettario legislativo predisposto al conseguimento di decisioni giuste, pur non essendo garantito tale esito⁶⁹², è possibile considerare che i principi evidenziati funzionano come indicazioni precise, nonché incontestabili, del metodo della legittima attuazione giurisdizionale. In tal modo, oltre ad essere elementi essenziali al processo giudiziario, il contraddittorio e la durata dei procedimenti possono essere considerati «metodi» dell'esercizio legittimo dell'attuazione giurisdizionale⁶⁹³, consentendo di identificare l'importanza della ricerca dell'efficienza e della correttezza delle decisioni nell'ambito del giusto processo⁶⁹⁴.

Essendo già stato affermato in che modo le finalità predispongono il metodo di esercizio della giurisdizione⁶⁹⁵, e inserendo tra questi propositi costituzionali dell'attuazione del giusto processo il corretto accertamento dei fatti nel giudizio penale, obiettivo che tradizionalmente si traduce nell'idea di sintesi: «ricerca della verità»⁶⁹⁶, è necessario almeno delineare quali contorni dell'idea di verità si intende perseguire nel processo, come obiettivo in grado di influenzare concretamente la disciplina del metodo normativo dell'esercizio legittimo della giurisdizione penale. Inoltre, la specifica menzione del problema della verità nel processo penale, pur limitato ai fini della trattazione, consentirà di rafforzarne il fondamento rispetto alla sua rilevanza nell'attuazione dello stato nel giudizio penale, facendo diventare un po' più comprensibile ciò che si afferma quando si sostiene l'inserimento della correttezza della decisione nell'ambito del concetto di giusto processo penale.

⁶⁹¹ SIRACUSANO F., *La durata ragionevole*, cit., pp. 758-759.

⁶⁹² In questo senso, CALAMANDREI P., *Il processo come*, cit., p. 24; GREVI V., *Ancora su contraddittorio*, cit., p. 1295

⁶⁹³ V., ad es., GIOSTRA G., *Contraddittorio*, cit., p. 5; SIRACUSANO F., *La durata ragionevole*, cit., p. 765 ss.

⁶⁹⁴ In sintesi, secondo GREVI V., *Ancora su contraddittorio*, cit., p. 1295, il contraddittorio, come garanzia oggettiva della giurisdizione penale, serve come «espressione di un interesse statale all'accertamento della verità circa i fatti oggetto del giudizio».

⁶⁹⁵ DI CHIARA G., *Diritto processuale penale*, cit., p. 336; TARUFFO M., *La prova dei fatti*, cit., p. 59.

⁶⁹⁶ In questi termini, GREVI V., *Il principio della*, cit., p. 3205, il quale menziona che la formula di sintesi: «accertamento della verità» serve ad identificare lo scopo istituzionale del processo penale, che è di «accertamento dei fatti contestati all'imputato, e delle eventuali responsabilità»; assumendo l'accertamento della verità come fondamento per l'emissione di una decisione giusta, cfr. UBERTIS G., voce *Prova*, cit., p. 298.

3.3 Note sulle condizioni di giustificazione delle decisioni giudiziali

Tra gli approcci possibili che permettono di aiutare nella dimostrazione della importanza della ricerca della verità dei fatti nel processo penale sembra più produttivo, ai fini del presente studio, proseguire occupandoci dell'aspetto che coinvolge le condizioni di giustificazione delle decisioni, questo perché, oltre all'effetto diretto di segnalare la rilevanza dell'accertamento fattuale nel corso del procedimento, la considerazione sul significato della giustificazione delle decisioni giudiziarie permette di stabilire un ponte tra l'esposizione svolta nel capitolo precedente, circa le categorie di valori che condizionano la giustizia processuale, e l'inserimento del tema della verità del substrato fattuale nel giudizio penale come condizione di giustizia delle decisioni.

L'inserimento, in linea meramente approssimativa, del tema della motivazione nel giudizio penale non smette di essere anche un complemento, o proseguimento naturale, dell'esposizione contenuta nella prima parte di questo capitolo, basata in principi costituzionali basilari del giusto processo che permettono di identificare la rilevanza della qualità e della correttezza della decisione giudiziale come propositi coperti dalle proprie garanzie attinenti all'esercizio della giurisdizione penale. Il dovere di motivare espressamente le decisioni giudiziali fa parte degli elementi del giusto processo, come affermato, ad esempio nell'art.111 della Costituzione italiana⁶⁹⁷, e nel proprio canone dell'equo processo, come previsto dall'art. 6.1. CEDU.

L'esigenza della motivazione delle decisioni indica, in modo generale, ma molto chiaro, il dovere imposto al giudice di applicare il diritto sostanziale⁶⁹⁸, che riguarda a una delle principali funzioni del processo, la funzione strumentale nei termini in cui è stata esposta nel capitolo precedente. In questo senso, principalmente quando è considerata in congiunto con il controllo successivo sulla solidità delle ragioni di decidere relativamente alla materia fattuale inserita nella decisione⁶⁹⁹, consente di discernere un'imposizione dell'ordinamento giuridico all'emissione di decisioni veritiere⁷⁰⁰, o quantomeno, al

⁶⁹⁷ Art. 111, comma 6: «Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati». Anche nella Costituzione brasiliana c'è l'obbligo di motivare, cfr. Art. 93, IX: «*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, [...]*».

⁶⁹⁸ FERRER BELTRÁN J., *Diritto alla prova*, cit., p. 155.

⁶⁹⁹ Secondo VIOLA F., *The judicial truth*, cit., p. 207, il giudice è tenuto a motivare la sua decisione con una consistente motivazione, il che rende necessario «*confront reality in every sense*».

⁷⁰⁰ FERRER BELTRÁN J., *Prueba y verdad*, cit., p. 43. WEIGEND T., *Is the criminal*, cit., p. 167 riferisce che il obbligo di fornire le ragioni, che saranno soggette al controllo di un tribunale superiore è un'esortazione alla razionalità e un forte incentivo a basare il giudizio su una versione plausibile dei fatti. Anche perché la stima

riconoscimento della rilevanza della ricerca di decisioni giuste attraverso lo strumento processuale.

Fatto questo breve riferimento, è necessario chiarire che l'esame della natura e delle funzioni della motivazione della decisione giudiziaria esigerebbe uno sviluppo che non può essere delineato neanche in termini generali in questo studio, ad ogni modo, possono essere fatte alcune brevi considerazioni in relazione al riconoscimento dell'aspetto cognitivo del processo penale a partire dall'esigenza di motivazione razionale delle decisioni⁷⁰¹. Sotto questo aspetto, l'elaborazione della dottrina basata nella distinzione tra il doppio livello di giustificazione delle decisioni giudiziarie è particolarmente proficua, perché permette di procedere nel chiarimento destinato ad allontanare una possibile percezione di paradosso già menzionata all'inizio del secondo capitolo, coinvolgendo i parametri interno ed esterno di giustizia delle decisioni relativamente ai processi nei quali sono state emanate⁷⁰².

Partendo dalla differenza di significati dell'espressione «decisione giudiziaria» sviluppata, per esempio, da Caracciolo, che menziona l'esistenza di ambiguità in tale locuzione, nella misura in cui serve per identificare tanto l'atto di emissione di una risoluzione giudiziale, quanto il risultato di tale atto, ossia, la propria norma individuale, il contenuto emesso dalla risoluzione⁷⁰³, è possibile intravedere differenti condizioni per la giustificazione delle deliberazioni giudiziarie. In questi termini, possiamo mettere in discussione quali sono le condizioni necessarie e sufficienti per la decisione-condotta, la decisione giudiziaria intesa come atto, cioè la scelta di una soluzione da parte del giudice, per

inferenziale e probabilistica nell'accertamento dei fatti non viene commisurata soltanto al grado di convincimento razionale del giudice, «bensì al grado di conferma che le prove forniscono»; cfr. CAPRIOLI F., *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 62. In senso simile, v. FERRER BELTRÁN J., *Prueba y verdad*, cit., p. 43.

⁷⁰¹ Così si esprime TARUFFO M., *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, in Id., *Sui confini*, cit., p. 323.

⁷⁰² Si ritiene che la giustizia della decisione sia inclusa nella clausola del giusto processo, e allo stesso tempo si afferma che un processo che abbia emanato una decisione ingiusta può essere considerato giusto se vengono osservati tutti i criteri di giustizia del processo, tra i quali si include una dinamica procedimentale orientata alla ricerca della corretta ricostruzione fattuale, ossia, propizia alla produzione di decisioni giuste. La giustizia della decisione fa parte del giusto processo nella misura in cui il procedimento deve essere strutturato in modo da ricercare e stabilire la verità quanto ai fatti. Ma, si reitera, la verità quanto ai fatti continua ad essere una condizione esterna e autonoma relativamente al processo. In questo senso, ZUCKERMAN A. A. S., *Justice in crisis*, cit., p. 4.

⁷⁰³ CARACCIOLO R., *Justificación normativa y pertenencia. Modelos de decisión judicial*, in *El derecho desde la filosofía: ensayos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 39 ss., in primo luogo chiarisce che le decisioni giudiziarie appartengono alla classe delle decisioni istituzionali cui risultati prodotti sono norme particolari, e immediatamente dopo menziona la distinzione concettuale dell'espressione «*decisión judicial*», la quale si riferisce tanto all'«*acto de adoptar la formulación de una norma, es decir, emitir la norma*» come al «*resultado del acto, que no es outro que la norma emitida*»; a partire da tale diversità di significati é possibile parlare, rispettivamente, di «*decisión-conducta*» e di «*decisión-norma*». V., ancora, FERRER BELTRÁN J., *Diritto alla prova*, cit., p. 161; BULYGIN E., *Cognition*, cit., p. 25.

essere considerata giustificata; e, dall'altra parte, quali sono le condizioni che conferiscono giustificazione normativa alla decisione intesa come norma⁷⁰⁴.

In sintesi, la decisione giudiziaria intesa come atto sarà normativamente giustificata quando si constata che si tratta di una condotta obbligatoria o permessa in un dato sistema normativo, e, in questo senso, la relazione di giustificazione giuridica corrisponde a ciò che viene comunemente denominato di relazione di legalità tra norme e condotte, vale a dire, rappresenta l'idea di conformità o non conformità con le norme del sistema giuridico che regolano l'emaneazione dell'atto di decidere, la soluzione scelta dall'organo giudiziario⁷⁰⁵.

Nell'altra prospettiva, la decisione giudiziale nel senso di norma fa sì che il contenuto della conclusione giudiziaria sia normativamente giustificato solo se deriva delle premesse normative e fattuali adottate come ragioni per decidere⁷⁰⁶; e, oltre a questo, che le premesse utilizzate siano veritiere⁷⁰⁷. In questo senso, una norma individuale⁷⁰⁸ consistente nel contenuto della decisione giudiziale soltanto sarà normativamente giustificata se si aggrega in tale considerazione l'enunciato fattuale previsto nella norma generale, e che funziona come collegamento tra la norma generale e la norma particolare⁷⁰⁹.

Tale elaborazione può essere facilmente trasposta, anche come una proiezione naturale, all'ambito specifico della decisione sui fatti oggetto della prova nel processo penale, mantenendosi la distinzione menzionata tra l'atto della decisione e il contenuto, o premessa fattuale inserita come ragioni del decidere nell'argomentazione giudiziale. La decisione-atto sulla materia fattuale sarà giustificata solo se la proposizione quanto ai fatti della causa sia stata provata negli atti processuali, il che dipende dall'esistenza di elementi razionalmente

⁷⁰⁴ Con questi termini si esprime FERRER BELTRÁN J., op. cit., p. 162. CARACCILO R., op. cit., p. 41, sottolinea che la necessità di ricorrere a norme rende possibile nominare la giustificazione della norma giudiziale di «*justificación normativa*».

⁷⁰⁵ CARACCILO R., *Justificación normativa*, cit., p. 44, il quale menziona che l'assenza del rapporto di giustificazione rende la condotta arbitraria; FERRER BELTRÁN J., *Diritto alla prova*, cit., p. 162.

⁷⁰⁶ Ciò che WRÓBLEWSKI J., *Justification of legal decisions*, in *Revue internationale de Philosophie*, vol. 33, n. 127-128, 1979, pp. 277 e 281-282, denomina come razionalità interna, cioè la necessità che la decisione decorra logicamente dalle sue premesse, dal quale decorre la «*Internal justification*».

⁷⁰⁷ FERRER BELTRÁN J., op. loc. cit., secondo il quale: «In conclusione, una decisione giudiziale sarà giustificata se, e solo se, essa si ricava dalle premesse del ragionamento e le premesse fattuali sono vere». Qui si aggiunge ciò che WRÓBLEWSKI J., *Justification of legal*, op. cit., p. 291-292, denomina come razionalità esterna delle decisioni, cioè la necessità che le premesse adottate nelle ragioni del decidere siano corrette, dal quale decorre la «*external justification*».

⁷⁰⁸ Secondo CARACCILO R., *El problema de los hechos en la justificación de sentencias*, in *Isonomía*, n. 38, 2013, p. 17 ss., il paradigma classico delle decisioni esige che sia dimostrato che vengono applicate norme generali ad un caso individuale, in modo che la soluzione consiste in emettere una norma particolare per un caso specifico, che dipende dal poter descrivere il fatto con gli stessi termini utilizzati nelle norme che si applicano, è questo che permette di passare dalla norma generale alla norma individuale: «*semejante aplicación no consiste en outra cosa que en una correspondencia entre contenidos de normas y descripciones de hechos*».

⁷⁰⁹ In questi termini, CARACCILO R., *El problema de los hechos*, cit., p. 24.

sufficienti nel processo per la giustificazione razionale di tale conclusione. In tali termini, la decisione in quanto atto trova giustificazione normativa appena all'interno del proprio processo, avendo come riferimento i criteri di giustizia e le norme che regolano la dinamica processuale e la valutazione delle prove⁷¹⁰.

D'altra parte, nello stesso modo in cui la giustificazione della decisione-norma dipende dalle norme sostanziali incidenti e che sono state utilizzate come premesse del contenuto della norma individuale emanata nella decisione, e come tale dominio normativo sostanziale esterno al processo stabilisce conseguenze giuridiche per ipotesi di fatto⁷¹¹, le quali saranno inserite nella motivazione come ragioni della decisione⁷¹², la giustificazione normativa del contenuto della decisione attinente alla materia fattuale dipenderà dalla verifica della veridicità dei fatti⁷¹³. Questa conclusione è naturale in relazione alle ipotesi fattuali descrittive, la cui identificazione è fatta da dati empirici; ma che meriterebbe approfondimento, non necessario ai fini del presente studio, in quanto riguarda delle ipotesi fattuali valutativi, in relazione alle quali si esigono sfumature⁷¹⁴.

Alcune brevi considerazioni sulle differenze tra i criteri di riferimento dei due significati possibili di giustificazione delle decisioni giudiziarie può rendere più chiara la distinzione menzionata. La questione più ampia è sapere se la verità quanto ai fatti è o non è una condizione necessaria di giustificazione, e non appena di correzione, delle decisioni giudiziali, questione di grande rilevanza nel processo penale per gli effetti decorrenti dalla natura della norma individuale emanata nel giudizio penale, e ancora per la singola ragione

⁷¹⁰ FERRER BELTRÁN J., op. cit., p. 163; BERTOLINO G., *Giusto processo*, cit., p. 62.

⁷¹¹ Il fatto è previsto nella norma come una vera condizione per la sua incidenza, in modo che la norma potrà incidere solamente se viene dimostrato che il fatto è incluso nella classe generale prevista nella norma, allo stesso modo che se l'azione individuale commessa dall'imputato non è inclusa nella classe generale prevista nella norma penale, la norma, e le sue conseguenze normative, non potranno essere applicate; più ampiamente sul punto, v. CARACCILO R., *El problema de los hechos*, cit., p. 16.

⁷¹² La giustificazione di una condotta o dei suoi risultati è una relazione con le sue ragioni, la norma generale applicata è assunta come ragioni nella relazione di giustificazione, e in tale norma generale assunta come ragioni vi è una ipotesi fattuale di incidenza che è ugualmente inserita tra le ragioni di giustificazione, cfr. CARACCILO R., *Justificación normativa*, cit., p. 42 ss. La stretta correlazione tra razionalità e giustificazione si trova anche in WRÓBLEWSKI J., *Justification of legal*, cit., pp. 289 e 292: «*Their rationality consists in their justification*».

⁷¹³ FERRER BELTRÁN J., op. cit., pp. 163-164, nt. 40; BERTOLINO G., *Giusto processo*, cit., p. 63. CARACCILO R., *El problema de los hechos*, cit., pp. 19-20, segnala che i giudici solamente applicano le norme giuridiche ai fatti quando le proposizioni fattuali delle sentenze siano veritiere, al contrario non si applicano norme a fatti, «*sencillamente porque los únicos hechos son los hechos que existen o que han existido*».

⁷¹⁴ Più ampiamente sul punto si può vedere FERRER BELTRÁN J., *Prueba y verdad*, cit., p. 49 ss. Sul punto, TARUFFO M., *La prueba*, cit., p. 18 ss.; Id., *Considerazioni su prova*, cit., p. 303, specifica che anche i fatti valutativi o costruiti socialmente hanno anche una dimensione empirica, o una realtà non costruita socialmente, che può essere dimostrabile nel giudizio come vero o falso; ugualmente; v. anche WRÓBLEWSKI J., *Los hechos en el derecho*, in Id., «*Sentido*» y «*hecho*», cit., p. 196.

per cui l'esigenza della giustificazione venne incluso non solo nelle costituzioni democratiche, come anche nelle norme sovranazionali basiche sui diritti umani⁷¹⁵.

Il termine giustificazione, in linee generali, e per quanto concerne questo studio sulla decisione giudiziale, si riferisce all'esistenza di buone ragioni per giustificare azioni o norme⁷¹⁶. Si tratta, come é possibile percepire, di un concetto relazionale, in modo che la relazione di giustificazione sarà la relazione esistente tra, da un lato, i criteri di riferimento o l'insieme di riferimento, che possono essere fatti, enunciati o norme, e d'altra parte, le condotte o i loro risultati, ossia, ciò che si deve giustificare⁷¹⁷.

Già é stato detto che tanto la decisione-norma quanto la decisione-condotta si giustificano in norme, per questo si assume che il dominio della relazione di giustificazione normativa si troverà nel diritto positivo; ciò permette anche di dimostrare perché il sistema normativo é l'insieme che costituisce il dominio nelle giustificazioni normative. La giustificazione normativa, o relazione di giustificazione giuridica, dipenderà dai criteri di riferimento, ovvero, del dominio della relazione di giustificazione, in altre parole, dal sistema normativo o del contenuto del diritto che si ha come riferimento, dal quale si conclude che, oltre ad essere relazionale, la giustificazione normativa é relativa, perché dipende dall'insieme di norme che si prendono come riferimento⁷¹⁸.

Inoltre, e come è già stato stabilito, si convive con due tipi di decisioni giudiziali che si devono giustificare, ossia, che appaiono nel co-dominio della relazione di giustificazione: decisione-atto e decisione-norma. Tale natura diversa alterna il criterio immediato di

⁷¹⁵ CARACCILO R., *El problema de los hechos*, cit., p. 15 ss. WRÓBLEWSKI J., *Justification of legal*, cit., p. 281 e ss., si riferisce all'ideologia della decisione legale razionale, nel senso di un postulato di razionalità, in modo che ogni decisione giudiziaria deve essere razionalmente giustificabile e concretamente giustificata in presenza di un dovere di giustificare e il successivo controllo delle sue ragioni. Nel sistema di *statute law*, il controllo istituzionale delle decisioni si basa sulla giustificabilità delle sentenze, cfr. WRÓBLEWSKI J., *Legal decision and its justification*, in Id., *Meaning and truth in judicial decision*, Juridica, 1979, p. 59. In un'altro lavoro, WRÓBLEWSKI J., *Justification through principles and justification through consequences*, in FARALLI C, PATTARO E. (edited by), *Reason in law: proceedings of the Conference held in Bologna, 12-15 December 1984*, vol. 1, Giuffrè, 1987, pp. 138-139, riconobbe già una certa tendenza di avvicinamento tra il sistema di decisioni «*stare decisis*» de *Common law*, dovuto al crescente inserimento di regolazione legislative e i «*statutory law systems*», a causa della graduale importanza dei precedenti; nella stessa direzione, v. DAMAŠKA M. R., *Il diritto delle prove*, cit., p. 18 ss.

⁷¹⁶ WRÓBLEWSKI J., *Justification of legal*, cit., p. 277, menziona che giustificazione è collegata alla razionalità; «*Rational decision is a justified decision*», cfr. Id., *Legal decision*, cit., p. 63.

⁷¹⁷ CARACCILO R., *Justificación normativa*, cit., p. 44; Id., *El problema de los hechos*, cit., p. 21, il quale denomina come «elementi del dominio» della relazione di giustificazione i criteri di riferimento, ossia, le norme, fatti o enunciati, e come co-dominio della relazione di giustificazione le condotte o i risultati che devono essere giustificati.

⁷¹⁸ CARACCILO R., *El problema de los hechos*, cit., p. 21; SÁNCHEZ BRIGIDO R., SELEME H. O., *Justificación sin verdad*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (a cura di), *Analisi e diritto 2001: ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, 2002, p. 291.

riferimento, e inoltre inserisce il problema dei fatti nella relazione di giustificazione della decisione intesa come norma particolare. Questo perché le norme individuali solamente derivano da norme generali condizionali se vengono effettivamente soddisfatte le condizioni di applicazione previste astrattamente nel contenuto delle norme generali condizionali⁷¹⁹, vale a dire, se l'enunciato fattuale che serve da ponte tra la norma generale e la norma particolare è veritiero. Senza questo, non si applica una norma ad un fatto, pertanto non ci saranno buone ragioni per la decisione-norma, che porta alla conclusione di non essere giuridicamente giustificato il contenuto della decisione.

La possibilità dell'atto di decidere, la scelta di una soluzione da parte del giudice essere giustificata, e allo stesso tempo, la norma individuale, ossia, il contenuto della decisione non essere giustificata aiuta nella comprensione dell'apparente contraddizione assunta in questo studio, in quanto chiarisce come si può considerare giustificata la decisione-atto di condannare un individuo con base negli elementi di giudizio disponibili, e se considerare ingiustificata la condanna per un fatto non avvenuto. Nella seconda ipotesi, la giustificazione della decisione giudiziaria nel senso di norma individuale ha come riferimento della relazione di giustificazione il dominio delle norme sostanziali applicate; già nel primo caso la giustificazione della decisione come atto ha come criterio di riferimento primordiale della relazione di giustificazione le norme processuali⁷²⁰.

Come abbiamo visto, tale elaborazione permette di intravedere una relazione tra la

⁷¹⁹ Le norme generali nella relazione di giustificazione giuridica sono assunte come ragioni, e, in questo modo, solamente forniranno buone ragioni per le norme particolari se vengono soddisfatte le condizioni previste nelle norme generali, ovvero, se l'ipotesi fattuale assunta nella decisione sia effettivamente avvenuta: «*Lo que significa que, para que la norma general suministre una razón, la verdad de la proposición descriptiva de los hechos es una condición necesaria*»; se la premessa fattuale è falsa, la norma utilizzata nella decisione non fornisce ragione per giustificare la sentenza: «*De manera que no hay razón para sancionar a A si no existe una norma N según la cual todos los que maten a otros deben ser sancionados, o no es verdad que A ha matado a B en el tiempo t y en el espacio e*», cfr. CARACCILO R., *El problema de los hechos*, cit., p. 24. Sull'aspetto condizionale delle regole generali, v. TARUFFO M., *La semplice verità*, cit., p. 115; Id., *La verità nel processo*, cit., p. 187, il quale collega la struttura condizionale della norma del diritto applicata nel processo al principio di legalità e all'accertamento della verità del fatto.

⁷²⁰ Nel medesimo senso, v. FERRER BELTRÁN J., *Diritto alla prova*, cit., p. 163; SÁNCHEZ BRIGIDO R., SELEME H. O., *Justificación sin verdad*, p. 292; BERTOLINO G., *Giusto processo*, cit., pp. 62-63. CARRATTA A., *Prova e convincimento*, cit., p. 37, distingue decisão legítima de decisão justa. L'apparente paradosso è esposto dal proprio CARACCILO R., *El problema de los hechos*, cit., p. 32, il quale riferisce che possono essere state rispettate tutte le regole processuali, e considerate correttamente tutte le prove prodotte, ma la proposizione fattuale essere falsa, così che la norma individuale non si giustifica nelle norme generali applicate, anche se è giustificata la decisione di adottarla nel processo come premessa. Le norme del processo giustificerebbero la decisione, ma le norme di diritto materiale no. In tale caso, se appena la giustificazione della decisione-atto fosse sufficiente, senza che si considerasse il contenuto delle sentenze come criterio di giustificazione esterno (*pure procedural justice*), «*los jueces estarían autorizados por el propio derecho a omitir la aplicación del derecho objetivo vigente*», una volta che la sua applicazione dipende dalla verità delle proposizioni empiriche, «*O lo que es lo mismo, estarían autorizados a imponer penas a cualquier individuo con total prescindencia de cualquier condición, esto es, de las acciones que efectivamente haya realizado*». Conclusione che equivarrebbe a considerare irrilevante il diritto sostantivo.

premessa assunta nel capitolo precedente, la cui essenza si riassume nell'idea di giustizia processuale imperfetta, e l'importanza della ricerca della verità sulla materia fattuale nel giudizio penale come condizione di giustizia del processo, una volta che la nozione corretta e integrale di giustificazione delle decisioni giudiziali nel sistema normativo deve inserire la preoccupazione con il contenuto delle decisioni, senza il quale la decisione come norma individuale non sarà giustificata, anche se si concluda per la giustificazione dell'atto di decidere, della scelta di una soluzione da parte del giudice, con base nelle norme procedurali, ossia, nell'ambito interno del processo.

Visto che la decisione-norma solamente sarà giustificata se i fatti dai quali dipendono l'incidenza della norma utilizzata come ragioni del decidere siano effettivamente avvenuti⁷²¹, la decisione-norma solamente sarà giustificata (sarà giusta) se le ipotesi fattuali sono veritiere. Questo non impedisce la conclusione per la giustificazione (giustizia) del processo e della decisione-atto, ma visto che il diritto in quanto sistema pretende di funzionare come un congiunto unitario di ragioni, è fondamentale che il meccanismo giudiziario includa la preoccupazione non solo con l'atto di decidere, con la produzione della decisione, ma anche con il risultato della decisione, cioè, con il contenuto della norma individuale emanata⁷²², in modo da tentare di evitare che la decisione giudiziale sia giustificata e ingiustificata allo stesso tempo⁷²³.

Per questo la necessità di adottare la concezione riassunta nella nozione di *imperfect procedural justice*, e di condizionare la giustizia del processo alla strutturazione di un procedimento penale adatto al conseguimento di decisioni giuste, ossia, che contempli i valori processuali strumentali e non strumentali, nei modelli sostenuti nel capitolo precedente.

Semplificando, è possibile dire che la relazione tra giusto processo penale e giustizia della decisione è teleologica, e non concettuale o costitutiva, ovvero, il processo «per potersi dire 'giusto'» deve essere ordinato e effettivamente condotto in modo da produrre decisioni

⁷²¹ WRÓBLEWSKI J., *Legal decision*, cit., p. 62: «the decision treats as “individual norm” can be inferred from a “general norm” of an applied statute and from the propositional statements of facts».

⁷²² Essendo innegabile che la concreta disciplina del procedimento penale avrà decisiva influenza nel chiarimento delle basi fattuali che condizionano l'incidenza della norma sulla quale sarà basata la decisione, pertanto il processo condiziona la giustificazione esterna della decisione intesa come norma. V. LAUDAN L., *Truth, error*, cit., p. 117; BERTOLINO G., *Giusto processo*, cit., p. 66

⁷²³ Con questi termini si esprime CARACCILO R., *Justificación normativa*, cit., p. 45, secondo il quale la pretensione del sistema giuridico di riferimento è funzionare come un insieme unitario di ragioni, che «conduce a la exigencia de una calificación uniforme del acto judicial de emisión de normas y de la norma emitida», una volta che sarebbe un paradosso del sistema considerare che l'atto è giustificato, ma il suo risultato è ingiustificato, perché quindi la produzione del risultato sarebbe «justificada y arbitraria al mismo tiempo».

giuste⁷²⁴, e tale finalità deve avere come parametro un criterio esterno al processo: condannare i colpevoli e assolvere gli innocenti⁷²⁵, il che dipende dal fatto che la premessa fattuale assunta nella decisione-norma sia veritiera⁷²⁶. Se ciò é assente, senza qualsiasi riferimento esterno, la conseguenza sarà l'accoglimento della nozione di giustizia processuale pura⁷²⁷.

Da quanto esposto, é ancora possibile percepire come la sentenza penale é composta, basicamente, da due componenti diversi. Uno di questi autoritativo, che può essere collegato alle due accezioni del termo decisione giudiziale, ossia, tanto la decisione-atto, la scelta di una soluzione da parte del giudice in condannare o assolvere, quanto la decisione come norma individuale, il contenuto imposto nel dispositivo della sentenza. L'altro é il componente cognitivo, basato nel «sapere», il quale decorre dalla necessità di motivazione razionale, dalle ragioni del decidere esposte a partire dagli elementi probatori presenti nel processo⁷²⁸.

L'esigenza di motivazione o di giustificazione delle decisioni giudiziali brevemente menzionata sopra indica come il componente di potere presente in tutte le sentenze penali deve decorrere ed essere basato in un sapere, ovvero, nel componente cognitivo.

⁷²⁴ In senso analogo, v. FERRUA P., *Il giudizio penale*, cit., p. 344 ss. V. in tal senso, con riferimento alla relazione tra attività probatoria e verità, FERRER BELTRÁN J., *Prueba y verdad*, cit., p. 31, p. 55 ss; Id., *La valutazione razionale*, cit., p. 13 ss.; Id. *La valoración*, cit., p. 24 ss.

⁷²⁵ Sebbene sia molto difficile essere sicuri di questa condizione, la sua rilevanza non può essere ignorata, tanto per i motivi già menzionati, relativi alla giustificazione del contenuto della decisione (decisione-norma), quanto per l'esigenza decorrente dall'assunzione della concezione garantista nel giudizio penale; cfr. FERRER BELTRÁN J., *Prueba y verdad*, cit., p. 97; FERRUA P., op. cit., p. 346.

⁷²⁶ Cfr. la specificazione di UBERTIS G., *voce Prova*, cit., p. 298, per la quale la ricerca dell'accertamento della verità non é il fine del processo, ma é il presupposto funzionale all'esito di emanare una decisione giusta

⁷²⁷ Di fronte al possibile paradosso menzionato, che porta alla giustificazione normativa della decisione-atto attraverso le norme processuali e le prove sul fascicolo, e alla giustificazione del contenuto della decisione avendo come riferimento un dominio normativo sostanziale esterno al processo, il quale passa per la verifica della veridicità dei fatti, sembra necessario riconoscere che lo strumento processuale é imperfetto, una volta che qualsiasi altro tentativo di soluzione deve ricadere, ad un certo punto, nel trarre il valore della verità della relazione di giustificazione del contenuto della decisione, cioè, ricadendo sulla nozione di giustizia processuale pura, nella quale il criterio della giustificazione si riassumerà al proprio procedimento, cfr. la conclusione di SÁNCHEZ BRIGIDO R., SELEME H. O., *Justificación sin verdad*, p. 294; ciò che si respinge, sia per l'esigenza di legittimità della attuazione giudiziaria, sia per rendere operative le norme materiali nella loro incidenza empirica, sia per l'esigenza di razionalità e cognizione, sia per la proiezione di principi costituzionali, sia per la assunzione dell'ideale regolativo e garantista del meccanismo processuale. Possibilmente per aggirare tale questione, FERRER BELTRÁN J., *La valutazione razionale*, cit., p. 79, distingue tra «validità epistemologica della decisione», quando corrisponde agli elementi di giudizio disponibili, e verità, quando la dichiarazione fattuale corrisponde ontologicamente ai fatti del mondo.

⁷²⁸ È per questo che FERRAJOLI L., *Guarantees and truth in criminal law*, in FARALLI C, PATTARO E. (edited by), *Reason in law*, cit., p. 302, qualifica la giurisdizione penale come «a knowledge-power», cioè una somma di conoscenza e potere. Più ampiamente sul punto, v. FERRUA P., *La prova nel processo*, cit., pp. 3-4, il quale aggiunge che: «priva del sapere, la sentenza sarebbe puro atto di forza, priva del potere perderebbe ogni efficacia vincolante». In senso simile, BULYGIN E., *Cognition*, cit., p. 25, quando sostiene che l'atto di decidere «is an act of will», ma l'obbligo di giustificazione significa che il contenuto di questo atto deve essere basato su solide premesse argomentative relative alle norme applicate e ai fatti rilevanti per il processo.

L'applicazione della sanzione penale deve decorrere dall'accertamento della colpevolezza, altrimenti può essere riassunta come mera manifestazione di autorità, ossia, in atto di forza derivante dall'esercizio di un potere⁷²⁹. Tale deduzione permette che si prosegua con alcune considerazioni sull'importanza dell'approccio cognitivista alle funzioni del processo penale.

3.4 L'approccio cognitivista alle funzioni del processo penale

L'assunzione come premessa della rilevanza del componente cognitivo nel processo penale trova resistenza in una elaborazione molto diffusa nella dottrina, e che trova ispirazione immediata, o che può essere condensata a fini meramente espositivi, attraverso della dicotomia tra modelli processuali sviluppata da Damaška con base nelle funzioni o obiettivi del meccanismo giudiziale⁷³⁰. Sintetizzando brevemente, secondo l'autore, la concezione preponderante quanto al ruolo dello Stato nella società, e, più specificatamente, quanto alle finalità che devono essere raggiunte dall'amministrazione della giustizia ha decisiva influenza nella fisionomia dell'apparato giudiziario e nelle scelte delle soluzioni processuali più appropriate per tali scopi⁷³¹.

Le funzioni assunte dallo Stato nell'insieme della società identificherebbero due tendenze opposte, una di queste predisposta a concepire un modello di Stato reattivo, orientato a mantenere l'equilibrio sociale e assicurare la autonomia individuale; in tale ideologia liberale, la amministrazione della giustizia sarebbe predisposta alla risoluzione dei conflitti⁷³². L'altro orientamento dirigista, sempre secondo Damaška, presupporrebbe un organismo statale attivo destinato a condurre la società e orientare le relazioni individuali, e in tale caso l'amministrazione della giustizia sarebbe mirata all'effettività dei programmi di

⁷²⁹ FERRUA P., *La prova nel processo*, cit., pp. 6-8, secondo il quale anche nel patteggiamento il potere è esercitato dalle parti stesse.

⁷³⁰ Si tratta di una nozione più diffusa nel processo civile e si basa non su ragioni teoriche o epistemologiche, ma su impulsi ideologici basati a ciò che il processo dovrebbe essere o inseguire, cfr. TARUFFO M., *Note sulla verità*, cit., p. 349 ss. Tuttavia, genera riflessi nella concezione generale del meccanismo procedurale, incluso la procedura penale, cfr. FERRUA P., *La prova nel processo*, cit., p. 10 ss; Id., *Il 'giusto processo'*, cit., p. 29 ss; che è facile osservare in diversi passaggi del lavoro di riferimento, cfr., ad es., e senza alcuna pretesa di completezza, DAMAŠKA M. R., *I volti della giustizia*, cit., p. 150, p. 160, p. 169, p. 177, p. 183. Tanto che in una pubblicazione successiva l'Autore distingue gli scopi dei processi civile e penale nel sistema giuridico europeo continentale, concludendo, approssimativamente, che la differenza di funzioni in relazione al sistema anglo-americano si trova nel processo penale, v. DAMAŠKA M. R., *Il diritto delle prove*, cit., p. 153 ss.; p. 162 ss.

⁷³¹ DAMAŠKA M. R., *I volti della giustizia*, cit., pp. 39 ss., le idee essenziali quanto al ruolo dello Stato motivano le percezioni degli obiettivi di giustizia, e queste ideologie definiscono le dinamiche processuali. Il riferimento nell'opera di Damaška si fonda non solo per fine espositivo, ma anche perchè si tratta dell'analisi più dettagliata e completa di tale antitesi tra le concezioni del processo.

⁷³² Più ampiamente sul tema della influenza dello Stato reattivo nell'amministrazione della giustizia e nella struttura specifica del processo, v. DAMAŠKA M. R., op. cit., p. 142 ss.

governo con l'obiettivo di implementare concretamente le scelte politiche dello Stato⁷³³. I due modelli contrapposti di processo decorrerebbero esattamente da queste due finalità contrastanti della giustizia, cioè i procedimenti giurisdizionali sarebbero diretti alla risoluzione di conflitti o all'attuazione di scelte politiche.

Nello sviluppo dei riflessi di questa antinomia nello schema procedurale, il componente cognitivo del processo, identificato nell'interesse per la ricerca della corretta ricostruzione della materia fattuale, solamente si armonizzerebbe con il processo come attuazione di politiche statali. Nell'aspetto procedurale proprio al modello di risoluzione di conflitti, nel quale l'obiettivo dell'esercizio della giurisdizione è la soluzione di una concreta controversia, non avrebbe senso insistere nella correzione sostanziale della decisione⁷³⁴. La correttezza della ricostruzione dei fatti non si inquadrirebbe nelle finalità che orientano la concezione dell'apparato giudiziario nello Stato reattivo; anche nel giudizio penale non ci sarebbe interesse nell'accertamento della materia fattuale, il fondamento che ispira la disciplina processuale rimane la preservazione dell'autonomia delle parti in vista della rapida soluzione dei conflitti così come è condotto dai propri individui coinvolti nella discussione⁷³⁵.

La menzionata resistenza all'ammissione del componente cognitivo nel processo comincia a diventare più esplicita quando si percepisce che la ricerca della verità dei fatti della causa solamente avrebbe spazio nel modello processuale orientato all'attuazione delle scelte politiche dello Stato. La ragione principale di questa riluttanza è il fatto che questo prototipo di processo è identificato con diverse caratteristiche dispregiative nel corso della sua esposizione: a beneficio di interessi strumentali di applicazione del diritto sostanziale, sarebbe ammissibile violare principi di correttezza procedimentale e eventuali valori sostanziali collaterali⁷³⁶. L'interesse cognitivo di ricerca della verità permetterebbe di

⁷³³ Per un breve riassunto di questa elaborazione, v. DAMAŠKA M. R., op. cit., pp. 41-44, punto 3.2. Sarebbero due estremi di orientamenti politici-ideologici, dirigista puro o liberale puro: «uno Stato che pervade completamente la vita sociale» ed «uno Stato realmente ispirato al *laissez-faire*», e che definirebbero l'amministrazione della giustizia e quindi il carattere dell'apparato procedurale, cfr. p. 133 ss.

⁷³⁴ DAMAŠKA M. R., *I volti della giustizia*, cit., p. 181: «Se una decisione è idonea ad assorbire un conflitto, la sua deviazione dal risultato che sarebbe dovuto in base al diritto sostanziale è poco importante».

⁷³⁵ La strategia per la quale determinati chiarimenti rilevanti non siano realizzati è rispettata, anche se pregiudica la correttezza della decisione. Inoltre, la ricerca della verità potrebbe incentivare il conflitto, pertanto né nel limite ristretto delle questioni definite dalle parti, o dal confronto sviluppato dalle stesse, entra in considerazione la ricerca della verità, cfr. DAMAŠKA M. R., op. cit., pp. 195 ss, 212; TARUFFO M., *La semplice verità*, cit., p. 108 ss.

⁷³⁶ DAMAŠKA M. R., op. cit., p. 251. Anche per questo motivo PAULESU P. P., *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, G. Giappichelli, 2002, p. 259 qualifica questa schematizzazione come «un po' manichea», la quale è smentita dall'evoluzione dei moderni sistemi processuale, «persino nel processo statunitense».

distorcere le regole e ricorrere a prove che violano diritti individuali, in una procedura tendenzialmente flessibile, adattata ai risultati attesi nel caso concreto; la dinamica della contraddizione tra gli interessati potrebbe diluirsi in uno sforzo di collaborazione per la ricerca della soluzione corretta⁷³⁷.

É ancora più nitido percepire le opposizioni all'assunzione del valore cognitivo nel processo quando si constata che l'altra possibilità del paradigma presentato é un modello di processo nel quale la preservazione della autonomia privata é prioritaria; i criteri di correttezza procedimentale, di imparzialità giudiziale e di preservazione della dignità degli interessati sono assicurati; e la ricerca della verità non interessa, perché é incompatibile o anche pregiudiziale tanto per le finalità tracciate quanto per lo sviluppo celere e fruttifero del procedimento⁷³⁸.

Anche se in vari passaggi Damaška abbia chiarito che la contrapposizione sviluppata parte da modelli ideali estremi, nei quali sono esageratamente stilizzate le caratteristiche dei sistemi contrapposti come strategia espositiva deliberatamente basata su poli antagonisti⁷³⁹, non é difficile percepire i danni decorrenti da una elaborazione teorica diffusa che associa l'aspirazione cognitiva di verità a un processo tendenzialmente autoritario, in contrapposizione ad uno schema giudiziario virtuoso, nel quale la ricerca della correzione nell'accertamento fattuale «rappresenta un non-valore o un disvalore»⁷⁴⁰. Non sembra difficile comprendere che essendo queste le opzioni esistenti, l'unica scelta ragionevole sarebbe per uno schema processuale che elimina qualsiasi aspirazione di ricerca della verità⁷⁴¹.

Il fatto è che non vi è una necessaria contrapposizione tra processo di risoluzione di conflitti e processo per l'attuazione del diritto sostanziale, al contrario, la decisione giudiziaria può essere concepita come la soluzione di un conflitto, con base nell'applicazione delle norme giuridiche⁷⁴², anche perché nel regime di legalità che orienta le democrazie

⁷³⁷ DAMAŠKA M. R., op. cit., p. 252 ss, 273 ss, l'Autore si spinge fino a dire che sarebbe un ambiente nel quale, in termini rigorosi, non ci sarebbero diritti processuali soggettivi, e che non si potrebbe parlare propriamente di parti, ma di partecipanti principali.

⁷³⁸ TARUFFO M., *Note sulla verità*, cit., p. 350; FERRUA P., *La prova nel processo*, cit., p. 11.

⁷³⁹ DAMAŠKA M. R., *I volti della giustizia*, cit., p. 134, tuttavia, in diversi passaggi l'autore assomiglia al modello procedurale di risoluzione di conflitti al sistema giudiziario *adversarial* di *common law*, e il processo come attuazione di valori al sistema *inquisitorial* della Europa continentale.

⁷⁴⁰ TARUFFO M., *La prova dei fatti*, cit., p. 22; Id., TARUFFO M., *Note sulla verità*, cit., p. 355, il quale menziona come l'argomentazione ideologica basata su modelli puri si allontana dalla realtà e genera distorsioni nei fondamenti e nelle conclusioni raggiunte.

⁷⁴¹ FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, cit., p. 31; Id., *Il "giusto" processo*, cit., p. 402.

⁷⁴² Con questi termini si esprime WRÓBLEWSKI J., *Legal decision*, cit., p. 59; TARUFFO M., *La prova dei fatti*, cit., p. 18; Id., *La prueba*, cit., p. 22. In modo analogo, WEIGEND T., *Is the criminal*, cit., p. 169, ritiene

occidentali strutturate nel principio elementare dello Stato di diritto, la sentenza deve applicare le leggi sostanziali⁷⁴³; a non essere che si adotti un modello di processo penale negoziato e non cognitivo⁷⁴⁴, i parametri delle decisioni giudiziarie sono conferiti dalle norma materiali⁷⁴⁵. Oltre al fatto che un criterio adeguato per la soluzione delle controversie potrebbe basarsi nella ricerca di correttezza dell'accertamento fattuale in giudizio come condizione previa all'applicazione dei dispositivi legali che regolano astrattamente la materia⁷⁴⁶.

Sulla linea ampiamente sviluppata nel capitolo precedente, considerare che la ricerca della verità costituisce la finalità di un meccanismo giudiziale, non significa che altri valori e interessi non strumentali debbano essere esclusi dal procedimento⁷⁴⁷. La verità non può essere assunta come un bene assoluto, si tratta di un bene o valore *prima facie* da un punto di vista cognitivo, altri valori devono essere inseriti nel giudizio penale, e non di rado questi altri beni o valori potranno essere prioritari rispetto al valore della verità⁷⁴⁸.

Inoltre, la fisionomia di processo al quale l'Autore collega la ricerca della verità «a qualsiasi costo» troverebbe solamente corrispondenza nell'arcaico processo penale autoritario che non considera principi elementari del giusto processo⁷⁴⁹, quali la presunzione di

che l'obiettivo del processo di risoluzione dei conflitti non sarebbe raggiunto, soprattutto nella sfera penale, con decisioni fittizie o erranee. In ogni modo, come conclude MARINELLI V., *I dadi del giudice*, cit., p. 532: «Il giusto processo è molto più che un meccanismo di risoluzione delle controversie».

⁷⁴³ FERRUA P., op. loc. cit; CARACCILO R., *El problema de los hechos*, cit., p. 25; TARUFFO M., *La verità nel processo*, cit., p. 186. V., ancora, WRÓBLEWSKI J., op. cit., p. 60: «Hence judicial decision are thought of as the decisions giving “justice under the law”»; ossia, l'ideologia della decisione legale e razionale applicata al sistema giuridico legiferato fa sì che la giustificazione delle decisioni debba includere, necessariamente, almeno, il riferimento a norme positive valide; i fatti della causa e le valutazioni fatte, cfr. WRÓBLEWSKI J., *Justification through*, cit., p. 140.

⁷⁴⁴ In una scelta non ispirata alla verità, ma di praticità, nettamente di pragmatismo, cfr. GIARDA A., «Verità del precetto e della sanzione penale alla prova del processo». *Relazione conclusiva*, in FORTI G., VARRASO G., CAPUTO M. (a cura di), «Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, Jovene, 2014, p. 241.

⁷⁴⁵ Certamente, questa considerazione non ignora le valutazioni effettuate nella decisione giudiziale, tuttavia, questa attività valutativa del giudice è anche «*determinado por las características del sistema jurídico y de la legalidad a los que sirve esta ideología*», come riferisce WRÓBLEWSKI J., *Ideologia de la aplicacion*, cit., p. 62.

⁷⁴⁶ TARUFFO M., op. cit., p. 351. Secondo CARRATTA A., *Il diritto come*, cit., p. 176, anche se la composizione dei conflitti è considerata una funzione rilevante del processo, «questo non significa che debba ammettersi una composizione purchessia del conflitto», tanto più che l'accettazione è correlata alla qualità della decisione.

⁷⁴⁷ Al riguardo, FERRER BELTRÁN J., *La valutazione razionale*, cit., p. 16.

⁷⁴⁸ Così si esprime LYNCH M. P., *True to life*, cit., p. 47.

⁷⁴⁹ Per questo motivo si ritiene che l'antinomia servirebbe di più all'interesse comparativo storico. Al riguardo, CAPRIOLI F., *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 609, identifica una diffidenza dei processualisti penali in materia di verità, in ragione di cause storiche molto nette. Nello stesso senso, v. NOBILI M., *Il “diritto delle prove” ed un rinnovato concetto di prova*, in CHIAVARIO M. (coord. da), *Commento al nuovo Codice di procedura penale*, vol. II, UTET, 1990, p. 381. Non v'è dubbio che, in nome della verità si è verificato eccessi, ma, come ricorda FERRUA P., *La prova nel processo*, cit., p. 13,

innocenza, l'imparzialità, il contraddittorio, l'ampia difesa e il diritto al silenzio, trattandosi propriamente di un famigerato archetipo di giustizia penale che disprezza garanzie processuali con la stessa intensità con la quale disprezza la correttezza dell'accertamento fattuale⁷⁵⁰. In altre parole, il prototipo dell'antico processo inquisitorio è controproducente alla ricerca della verità⁷⁵¹.

Si percepisce come la tecnica retorica utilizzata in questa elaborazione che porta al discredito del componente cognitivo nel processo è esattamente quella di esacerbare una versione, deformando i suoi attributi, al fine di aggiungere argomenti diretti a disprezzare l'idea che si rifiuta⁷⁵². La sgradita ricerca della verità a qualsiasi costo, permettendo, ad esempio, di inserire fatti non allegati dalle parti⁷⁵³, concordando con violazioni a diritti individuali, guidato da una logica essenzialmente utilitarista che trasforma gli individui in oggetto dell'attuazione processuale e discredita la garanzia di non auto-incriminazione⁷⁵⁴, non trova corrispondenza nel processo penale degli Stati costituzionali⁷⁵⁵, e ancor meno nel giusto processo basato su multilivelli normativi di tutela così come è stato tracciato nel

esagerazioni sono state derivate da altri valori, come la libertà stessa, come illustrato dalla celebre censura di *madame Roland* prima di essere ghigliottinata: «libertà, quanti delitti si commettono in tuo nome!»; e lo stesso si può dire della democrazia, come sviluppato nell'interessante saggio di ZAGREBELSKI G., *Il «crucifige» e la democrazia*, Einaudi, 2007, pp. 5 ss., 104 ss., 109 ss.

⁷⁵⁰ FERRUA P., op. loc. cit. Secondo MAZZA O. *Verità reale e verità processuale*, in *Dig. disc. pen.*, agg., 2014, Utet, p. 717, «l'epistemologia inquisitoria-autoritaria [...] appare funzionale alla celebrazione, per scopi politico-ideologici, di un processo senza garanzie e senza verità». È già stato menzionato all'inizio del capitolo come i canoni generali del processo giusto, in generale, e il contraddittorio, in particolare, si costituiscono in criteri metodologici orientati anche alla conservazione dello scopo cognitivo del processo, rappresentando la tecnica meno imperfetta per la ricerca della verità. Come sottolinea GIOSTRA G., *Valori ideali*, cit., p. 22, con simili procedure inquisitoria è probabile che venga trovato un colpevole, ma difficilmente si troverà la verità.

⁷⁵¹ V. in SCHÜNEMANN B., *O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança*, in SCHÜNEMANN B., *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, Marcial Pons, 2013, p. 219.

⁷⁵² Cfr. TWINING W., *Some scepticism about some scepticisms*, in Id., *Rethinking evidence: exploratory essays*, 2ª ed., Cambridge University Press, 2006, p. 103, che qualifica questo «*spurious or trivial scepticism*» come «*Caricaturist*». Per questa opinione, v. TARUFFO M., *Note sulla verità*, cit., p. 357; Id., *La prova dei fatti*, cit., p. 23; 153; LYNCH M. P., *True to life*, cit., p. 20. È una forma di argomento «spauracchio», utilizzato anche, non a caso, in relazione ai filosofi che mettono in discussione i paradigmi postmodernisti come la relativizzazione della verità o l'identificazione della verità con «*l'asseribilità giustificata*» tipica della concezione epistemica della verità, cfr. parole di MARCONI D., *Realismo minimale*, in DE CARO M., FERRARIS M. (a cura di), *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, Einaudi, 2012, p. 116. Sulla fallacia dello *strawman*, v. D'AGOSTINI F., *Verità avvelenata*, Bollati Boringhieri, p. 126.

⁷⁵³ DAMAŠKA M. R., *I volti della giustizia*, cit., p. 155, p. 272.

⁷⁵⁴ DAMAŠKA M. R., *I volti della giustizia*, cit., p. 155, pp. 276-280.

⁷⁵⁵ FERRUA P., op. cit., p. 12. Nello stesso senso, WEIGEND T., *Is the criminal*, cit., p. 161 ss., il quale indica l'inserimento graduale dei diritti e delle garanzie di difesa nel sistema giudiziario penale continentale. In un'opera successiva, lo stesso DAMAŠKA M. R., *Il diritto delle prove*, cit., p. 24 ss., riconosce la diffusa previsione di norme che, per la protezione di valori estranei alla ricerca della verità, impediscono l'uso di informazioni con forza probatoria nel sistema europeo continentale, compreso, nell'esempio della preservazione della garanzia di non auto-incriminazione e del divieto dell'uso di prove illecite, in modo più ampio e più vincolante che in paesi di *common law*.

capitolo iniziale⁷⁵⁶.

Come è stato esposto nel corso di questo studio, molti dei principi elementari del modello di giusto processo hanno come fondamento la correttezza dell'accertamento fattuale in giudizio, pertanto non vi è alcuna necessaria contraddizione tra la ricerca della verità e il metodo legittimo di disciplina del processo penale, al contrario, è possibile trovare all'interno dell'ordine costituzionale della dinamica processuale canoni che dimostrano la preoccupazione con il componente cognitivo nel giudizio penale, potendo riconoscere che tra le finalità dello strumento vi è la ricerca della correttezza nell'accertamento giudiziale dei fatti.

Gli interrogativi sottostanti che danno impulso alle riflessioni sulla ricerca della verità possono essere divisi, approssimativamente, e ai fini meramente espositivi, in due livelli: il primo è se il processo può raggiungere la verità quanto ai fatti; e il secondo si interroga se il processo possa, e di conseguenza, debba, essere orientato all'accertamento giudiziario dei fatti⁷⁵⁷. I riferimenti di cui sopra riguardano solo ad una delle versanti indicative quanto al secondo livello, circa la possibilità del meccanismo giudiziario di condursi con base in preoccupazioni cognitive di verità, e si può concludere che non vi è alcun impedimento nelle funzioni o negli scopi del meccanismo giudiziario alla ricezione del componente cognitivo nel processo penale. Ad ogni modo, sono molti e diffusi gli argomenti e le basi teoriche possibili nell'affrontare queste questioni: sia per una tendenza negativa, rifiutando qualsiasi possibilità di accertamento dei fatti in giudizio, o disapprovando che si assuma tale finalità; sia per una tendenza positiva, concordando con tali possibilità⁷⁵⁸.

In questo contesto, è necessario chiarire che la finalità dell'approccio cognitivista e di accertamento della verità dei fatti nel processo penale interessa non in quanto oggetto centrale dello studio, o stimolo autonomo di analisi, ma solo come una delle linee possibili di argomentazione adatta a fondamentare l'idea cardine per cui la clausola del giusto processo penale contempla il valore della ricerca della corretta ricostruzione dei fatti. In questo modo, si subordina all'interesse centrale già manifestato di fondamentare la conclusione per

⁷⁵⁶ Va ricordato che l'idea stessa di un «giudice “amministratore» che collaborerebbe con il perseguimento degli obiettivi delineati dai poteri politici dello stato, una delle premesse di detto modello di attuazione delle scelte politiche, non trova spazio negli stati costituzionali, Cfr. CIVININI G., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “giusto processo civile”. Le garanzie*, in CIVININI M.G., VERARDI C.M. (a cura di), *Il nuovo art. 111 della costituzione*, cit., p. 274.

⁷⁵⁷ Sul rapporto tra processo e verità, interessante l'approccio di ROMANÒ C., *Processo alla verità*, in GAROFOLI V., INCAMPO A. (a cura di), *Verità e proceso penale*, Giuffrè, 2012, p. 139 ss., la quale allarga leggermente la riflessione per proporre tre domande fondamentali: «se si possa decidere “senza verità”»; «se si possa “decidere la verità”»; e «fino a che punto possa spingersi il processo» per acquisire la verità.

⁷⁵⁸ Per un approccio ampio a questi problemi, v. TARUFFO M., *La prova dei fatti*, cit., pp. 7-66.

l'inserimento della giustizia della decisione nell'ambito del giusto processo. L'intenzione è solo quella di estrarre, dall'ampia discussione sulla ricerca della verità nel processo penale, alcuni fondamenti tendenti a dimostrare l'importanza e le funzioni del componente cognitivo nella ricerca della legittimità dell'attuazione statale nel giudizio penale.

Per tali motivi, non si aspira, il che sarebbe comunque impraticabile date le finalità dello studio e l'ampiezza del tema, lanciarsi in un' ampia discussione delle varie sfumature e delle diverse teorie relative alla complessa discussione sulla verità⁷⁵⁹. L'obiettivo è molto più ristretto, per questo motivo non sarà messo in discussione la varietà di teorie nella direzione opposta, eterogenea nelle premesse, ma vincolata dall'esito finale negativo dell'impossibilità, inopportunità o inutilità dell'accertamento razionale della verità dei fatti⁷⁶⁰. Allo stesso modo, non si deve essere guidati da alcuna pretesa di completezza nell'esposizione dell'insieme argomentativo che può servire come base per l'inserimento della ricerca della verità nel processo.

Sarà sufficiente per gli obiettivi tracciati indicare argomenti ragionevolmente consistenti e, almeno, apprezzabili da aggiungere alla base argomentativa giuridica che è stata presentata per sostenere che la giustizia della decisione, almeno dal punto di vista della corretta ricostruzione dei fatti oggetto del giudizio penale, è fattore rilevante e che condiziona la giustizia del processo, quantomeno dalla prospettiva finalista, teleologica, dell'elaborazione di un meccanismo procedurale con condizioni cognitive ottimali per la ricerca di risultati giusti⁷⁶¹. L'esposizione che segue, pertanto, deve essere vista in questi termini meno ambiziosi, appena come la continuazione di un ragionamento, e non come il culmine della riflessione.

Ad ogni modo, e ancora nella linea di essere o no possibile che il processo si diriga all'accertamento della verità dei fatti, vi è un orientamento basato in premesse teorico-

⁷⁵⁹ Cfr. FERRER BELTRÁN J., *Prueba y verdad*, cit., p. 18, qualsiasi discussione attenta dei problemi e delle teorie sulla nozione di verità richiederebbe un ampio studio basato su una copiosa bibliografia. DAMAŠKA M. R., *Il diritto delle prove*, cit., p. 139, caratterizza come «campo minato» il dominio delle discussioni sulla verità; e TARUFFO M., in CANZIO G., TARUFFO M., UBERTIS G., «Opinioni a confronto», cit., p. 313, considera eterno il problema della verità, «e con ogni probabilità insolubile». Tali constatazioni derivano in gran parte dal fatto che le domande sulla natura della verità e sulle caratteristiche che rendono vere le proposizioni appartengono al campo dell'analisi filosofica, cfr. VOLPE G., *La verità*, Carocci, 2012, p. 22.

⁷⁶⁰ In tal senso, TARUFFO M., *Il controllo di razionalità*, cit., p. 144. Sul relativismo, v. MARCONI D., *Per la verità: relativismo e filosofia*, Einaudi, 2007, p. 49 ss; BOUDON R., *Il vero*, cit., p. 319 ss.

⁷⁶¹ È in questo senso la risposta di ROMANÒ C., *Processo alla verità*, cit., p. 143, alla prima domanda di cui sopra: «se si possa decidere “senza verità”», citando uno studio di Roscoe Pound, ritenendo necessario che l'architettura processuale e la giurisdizione siano «sufficientemente vicine alla realtà» quando si tratta di asserzioni sui fatti.

filosofiche⁷⁶² che rifiutano qualsiasi possibilità di conoscenza razionalista nel processo, ossia, trattasi di proiezione coerente, come riflesso naturale dell'assunzione di ideologie filosofiche fortemente irrazionalistiche, che negano la possibilità di conoscenza dal punto di vista epistemologico⁷⁶³. Molte di queste, ancor più che meramente irrazionalistiche, sono ainti-realiste, come versioni o radicalizzazioni della idea kantiana secondo la quale le esperienze percettive non decorrono dal mero conoscimento passivo delle cose o dei fatti, ma risultano dalla strutturazione dei dati sensoriali a partire dall'impiego delle risorse concettuali del soggetto⁷⁶⁴. Da ciò, il collasso dell'ontologia sulla epistemologia e le idee negazioniste e/o pragmatiste dei postmoderni⁷⁶⁵.

Non essere d'accordo con queste concezioni non è sinonimo di ricezione irriflessiva del «realismo metafisico», ai fini dello studio, basta indicare che esistono opzioni filosofiche consistenti, come il «realismo del senso comune»⁷⁶⁶, il realismo ingenuo⁷⁶⁷, o il realismo minimale⁷⁶⁸. Dire che tali elaborazioni superano di molto l'ambito ristretto dell'approccio giuridico qui preteso, relativo alla conoscenza dei fatti nel processo, già sarebbe ragione sufficiente per non approfondirci in tali riflessioni.

Nonostante queste precisazioni, è importante almeno esplicitare che la premessa che si assume, dal punto di vista giuridico, che é l'oggetto di questo studio, é la già indicata

⁷⁶² Per un riepilogo di queste premesse, v. VOLPE G., *La verità*, cit., p. 44 ss.

⁷⁶³ Una panoramica sintesi di queste concezioni si trova in TWINING W., *Some scepticism*, cit., p. 101 ss.; 106 ss; TARUFFO M., *La prova dei fatti*, cit., p. 8 ss. Si può anche vedere un breve resoconto filosofico in VATTIMO G., *Verità e interpretazione*, in MARINI A. M. (a cura di), *Processo e verità*, Plus, 2005, p. 11 ss; LYNCH M. P., *True to life*, cit., p. 21 ss.

⁷⁶⁴ Sarebbero «strutturazione concettuale dell'esperienza percettiva», cfr. VOLPE G., *La verità*, cit., p. 44. I fondamenti filosofici di un negazionismo in opposizione alla realtà sono molto anteriori a Kant, ma nonostante ciò, cfr. FERRARIS M., *Esistere è resistere*, in DE CARO M., FERRARIS M (a cura di), *Bentornata realtà*, cit., p.144 ss., la filosofia kantiana é diventata «il *mainstream* filosofico degli ultimi due secoli», pertanto il passaggio della negazione del contenuto non concettuale (ipercostruttivismo) al «paninterpretazionismo» e al negazionismo nei confronti della realtà è un prolungamento. Sul costruttivismo e alcuni dei suoi riflessi nell'ambito giuridico, v. DI DONATO F., *La costruzione giudiziaria*, cit., pp. 24 ss. e 66 ss.

⁷⁶⁵ Cfr. FERRARIS M., op. cit., p. 147, secondo il quale, se la percezione non conta, ma interessano soltanto gli schemi concettuali e quello che viene conosciuto, forse il passato di cui si sono perse le tracce, forse anche il peggiore dei delitti, non è mai esistito, «allora l'Olocausto non ha mai avuto luogo». Così l'Autore sostiene la forza di resistenza della percezione, dei sensi, e dei fenomeni, che ha a che fare con un reali «in senso ontologico», che ha luogo fuori del concetto: «un contenuto non concettuale». La forza di resistenza del reale, o dei fatti, è menzionata anche da ARENDT H., *Verità e politica*, Bollati Boringhieri, 1995, p. 47. In senso analogo, BOUDON R., *Il vero*, cit., p. 219, che parla della minaccia della «tirania dell'opinione». V., anche, FERRUA P., *Il giudizio penale*, cit., p. 326; LYNCH M. P., *True to life*, cit., pp. 40-41.

⁷⁶⁶ Cfr. PUTNAM H., *Realismo e senso comune*, in DE CARO M., FERRARIS M (a cura di), *Bentornata*, cit., p. 11 ss.; DE CARO M., *La duplicità del realismo*, in DE CARO M., FERRARIS M (a cura di), *Bentornata*, cit., p. 27 ss.

⁷⁶⁷ Cfr. FERRARIS M., *Esistere*, cit., p. 158 ss., il quale chiarisce che l'ingenuità significa riconoscere i due elementi della complessità concettuale, e «la differenza tra ontologia ed epistemologia», come un modo per negare «l'epistemologizzazione dell'esperienza», o l'iperbole epistemologica della rappresentazione.

⁷⁶⁸ Per questo orientamento v. MARCONI D., *Realismo*, cit., principalmente p. 130 ss, quando analizza la presunta distinzione tra «dipendenza rappresentazionale» e «dipendenza causale».

ideologia della decisione legale razionale di Wróblewski⁷⁶⁹, che non solo ammette la viabilità della ricerca della verità quanto ai fatti in giudizio, ma anche indica la necessità di tale orientamento a partire dalle esigenze di giustificazione e controllo della razionalità delle decisioni giudiziarie presenti negli ordinamenti giuridici degli Stati di diritto⁷⁷⁰. Resta inteso che l'obbligo di giustificare le decisioni penali con base in una solida motivazione non solo normativa, ma fattuale, sommata al controllo sulla correttezza delle ragioni attinenti anche allo stabilimento dei fatti, esige che si consideri la realtà⁷⁷¹.

Come si intende chiarire al termine di questo delimitato percorso, si basa sul presupposto che è più importante per il piano giuridico, di elaborazione del processo giudiziario, la discussione sul secondo livello di interrogazione, ossia, se è importante la ricerca della verità (deve), piuttosto che la discussione quanto la possibilità di raggiungimento della verità in giudizio (può)⁷⁷², oppure che sarebbe solo ammissibile parlare di una versione parziale, ridotta, di verità nel processo. Questo perché, anche supponendo che sia impossibile raggiungere la verità in qualsiasi ambito, incluso, e a maggior ragione, nell'ambito giudiziario, si può passare alla domanda successiva e riconoscere che è necessario l'inserimento dell'elemento cognitivo nel processo, e pertanto che si deve ricercare la correttezza nella ricostruzione dei fatti in giudizio, anche se si assume come incerto o impraticabile l'esito di raggiungimento della verità⁷⁷³. In stretta sintesi, la verità sarà

⁷⁶⁹ Cfr. WRÓBLEWSKI J., *Justification through*, cit., p. 140, l'approccio teorico alla giustificazione delle decisioni giudiziali passa per la definizione delle ipotesi e dei presupposti con i quali saranno affrontati i problemi presentati, motivo per cui è necessario assumere un'ideologia di formulazione della decisione giudiziaria, e la ricezione della suddetta concezione di razionalità normativa della decisione non è assiologicamente neutrale: «*the theoretical analysis of justification, thought of as a necessary criterion of the rationality of a decision, includes an ideology of rational decision-making*». È certo che l'assunzione di tale ideologia si basa sulle caratteristiche del sistema di «*statute law*»; più ampiamente sul punto, v. Id., *Legal decision*, cit., p. 59 ss. La conseguenza di molte delle concezioni che rifiutano la possibilità della ricerca della verità nel processo sarebbe quella di impedire il controllo razionale sulla decisione giudiziale, perché, ad es., se la finalità del giudizio è la convinzione psicologica del giudice, «*obtenida ésta, ya no parecen posibles mayores controles*»; v. FERRER BELTRÁN J., *Prueba y verdad*, cit., p. 22; p. 32 ss.

⁷⁷⁰ Più ampiamente sul punto, v. WRÓBLEWSKI J., *Ideologia de la aplicacion*, cit., pp. 61-63. Ancora sul fatto che si tratta di una scelta ideologica, o di una scelta di valore, v. TARUFFO M., *La prova dei fatti*, cit., p. 48; Id., *Note sulla verità*, cit., p.

⁷⁷¹ Cfr. VIOLA F., *The judicial truth*, cit., p. 207. V. ancora CARRATTA A., *Prova e convincimento*, cit., p. 34.

⁷⁷² Anche perché l'ammissione come vera degli enunciati o delle proposizioni fattuali nel processo dipende dall'esistenza di elementi di giudizio sufficienti per farlo, e non dalla verità della proposizione, cioè dalla sua corrispondenza con il mondo reale, cfr. FERRER BELTRÁN J., *Prueba y verdad*, cit., p. 73 ss.

⁷⁷³ La relazione tra attività probatoria in giudizio e la verità è teleologica piuttosto che concettuale, lo scopo primario della prima è quello di raggiungere la conoscenza della verità riguardo alle proposizioni sui fatti. Tuttavia, a causa delle limitazioni o imperfezioni del meccanismo giudiziario, la sua applicazione non garantisce il raggiungimento dello scopo di raggiungere la verità, v., fra i tanti, FERRER BELTRÁN J., *Prueba y verdad*, cit., p. 31, p. 55 ss; Id. *La valoración*, cit., p. 24 ss.

considerata come un valore degno di tutela nel processo⁷⁷⁴, e non come un risultato⁷⁷⁵.

A seguito dello studio, rimane da continuare ad affrontare la questione dell'importanza giuridica dell'assunzione della ricerca della verità nel processo penale, che si rapporta più propriamente con l'indagare se il meccanismo giudiziario deve essere orientato al chiarimento adeguato dei fatti. Come sarà osservato, tale approssimazione aiuterà tanto nel rafforzamento all'accettazione dell'ideologia teorica di Wróblewski, come anche, in qualche modo, nell'indicazione della possibilità pratica della ricerca della verità nel processo penale, tema questo che dipenderà anche dal chiarimento su quale verità è desiderabile in giudizio.

È possibile da subito percepire un'interconnessione in questi temi, che si completano a vicenda, e sono ugualmente integrati da molte delle questioni trattate precedentemente. Questo perché argomentare sulla rilevanza dell'inserimento del componente cognitivo nel processo, e indicare i contorni della verità che permette di dare impulso alla dinamica giudiziaria di ricerca fattuale, sarà anche, in qualche modo, dare fondamento alla premessa accolta per cui si può, e pertanto si deve direzionare il giusto processo penale alla ricerca della verità.

3.4.1 La verità come garanzia e come ideale regolativo del giusto processo penale

Il presupposto guida delle idee che seguono è che l'eventuale accettazione dell'irrelevanza (impossibilità, o non pertinenza) della ricerca della verità nella dinamica processuale sarebbe lo stesso che ammettere che solamente si partecipa in una specie di gioco formale di parole, o di disputa retorica, che permetterebbe di soddisfare un semplice rituale tendente alla privazione arbitraria di beni e diritti⁷⁷⁶. D'altra parte, la concezione del

⁷⁷⁴ Cfr. precisazione di WILLIAMS B., *Genealogia*, cit., p. 12, la verità in quanto proprietà degli enunciati non può avere un valore, infatti si deve considerare la formula riassuntiva: «valore della verità» come indicativa di valore di vari stati e attività associate con la verità, pertanto alle «virtù della verità». Secondo l'Autore, le due fondamentali sono precisione e sincerità.

⁷⁷⁵ Nel medesimo senso, v., ad es., TORRES CHEDRAUI A. M., *Derechos humanos*, cit., p. 29. (GASCÓN). La rinuncia alla ricerca seria della verità in giudizio come valore da proteggere permetterebbe di ricorrere al consenso popolare per la decisione; cfr. ROMANÒ C., *Processo alla verità*, cit., p. 150; o che il caso sia deciso semplicemente dal lancio di dadi; secondo il metodo del famoso giudice Bridoye, personaggio di Rabelais ricordato da MARINELLI V., *I dadi del giudice*, cit., p. 529 ss.

⁷⁷⁶ In questo senso, CARACCILO R., *El problema de los hechos*, cit., p. 20; MAZZA O. *Verità reale*, cit., p. 713. V., ancora, FERRUA P., *La prova nel processo*, cit., p. 4, secondo il quale, senza l'elemento cognitivo la decisione giudiziaria sarebbe ridotta al mero atto di forza. È possibile congetturare che alcune concezioni intendono ritirare la ricerca razionale della verità del processo penale, rendendolo simile ad un esercizio autoritario e decisionista, o di «convincimento puramente psicologico del giudice», cfr. menziona FERRER BELTRÁN J., *Diritto alla prova*, cit., p. 151, desiderano, in qualche modo, delegittimare l'esercizio della giurisdizione penale, quindi la colpevolezza non sarebbe più il risultato dall'acquisizione di un sapere, ma puramente «dall'esercizio di un potere»; cfr. FERRUA P., *Il "giusto" processo tra*, cit., p. 402. In senso simile CARRATTA A., *Prova e convincimento*, cit., p. 39. Da ciò a concludere per l'arbitrio il passo è breve.

meccanismo giudiziario compatibile con un modello garantista e razionale, che si adatta al controllo della giustificazione delle decisioni giudiziarie⁷⁷⁷, passa per l'inserimento della ricerca di verità nel processo come imposizione di garanzia e ideale regolativo.

La concezione cognitiva basata nella ricerca del migliore accertamento possibile dei fatti nel processo è una condizione inevitabile per la riduzione dell'influenza dell'autorità nel risultato del giudizio penale, a partire da un'esigenza di verifica razionale empirica, suscettibile di controllo intersoggettivo e posteriore delle attività istruttorie e delle conclusioni motivatamente presentate⁷⁷⁸. Per questo motivo, uno dei pilastri del modello garantista del processo penale sta nell'ideale della cognizione e accertamento dei fatti, il quale presuppone valorizzare e ottimizzare la razionalità nella dinamica probatoria, a partire dalla ricerca della verità dei fatti penalmente rilevanti, con ispirazione nell'assioma per cui «*veritas, non auctoritas facit iudicium*»⁷⁷⁹. Si assume che la fonte di legittimità dell'esercizio della giurisdizione penale non può decorrere da consensi maggioritari o democratici, e neanche dalla forma di investitura dei giudici; la legittimazione solamente può originarsi nella giustificazione cognitiva, legale e razionale delle decisioni⁷⁸⁰.

Inoltre, l'importanza di concepire la decisione giudiziaria come dichiarazione sui fatti

⁷⁷⁷ FERRER BELTRÁN J., *Prueba y verdad*, cit., p. 87; CARRATTA A., *Funzione dimostrativa*, cit., p. 76 ss. Secondo WRÓBLEWSKI J., *Problemas teoricos e ideologicos en el control de la decision judicial*, in Id., «*Sentido*» y «*hecho*», cit., p. 238, il controllo della decisione giudiziale «en el área determinada por las normas legales» è un imperativo dei sistemi basati sul principio di legalità.

⁷⁷⁸ Per questo orientamento v. TARUFFO M., *Il controllo di razionalità*, cit., p. 149 ss., il quale chiarisce che non si tratta di un controllo razionale sulla formulazione della decisione, su ciò che pensava il giudice, ma sulla giustificazione della decisione: «Il controllo sulla motivazione non è un controllo sulla validità e fondatezza del *decision-making*, ma sulla validità e fondatezza delle ragioni di cui il giudice si serve per rendere accettabile “all'esterno” la sua decisione». Nel medesimo senso, Id., *Funzione della prova*, cit., p. 324 ss.; FERRER BELTRÁN J., *La valutazione razionale*, cit., p. 56; WRÓBLEWSKI J., *Ideologia de la aplicacion*, cit., p. 62. Sul punto, v. KOSTORIS R. E., voce *Giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, XV, Treccani, 1997, p. 3, il quale distingue il «giudizio-attività», che si forma nella mente del giudice e sfugge all'analisi del giurista, e il «giudizio-risultato», che deve essere verificato dal documento che lo riporta «e che ne contiene la motivazione». Sul fatto che la stima probabilistica di conferma di un'ipotesi nel processo non dovrebbe essere commisurata al grado di convincimento del giudice, bensì oggettivamente, in base al grado di conferma fornito dalle prove, v. CAPRIOLI F., *L'accertamento*, cit., p. 62 ss; HAACK S., *Epistemologia e diritto*, cit., p. 19, 24 ss, la quale parla di probabilità epistemica come: «i gradi di garanzia di un'affermazione da parte dell'evidenza».

⁷⁷⁹ Cfr. FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, cit., p. XVI, p. 8 ss., p. 16 ss., il quale collega il vocabolo «ragione» presente nel titolo dell'opera, nel suo primo senso, al fondamento cognitivo, di razionalità, delle decisioni penali, come un requisito di massimizzazione del sapere giudiziario: «in quanto condiziona la validità delle decisioni alla verità, empiricamente e logicamente controllabile, delle loro motivazioni». V., ancora, Id., *L'etica della giurisdizione*, cit., p. 484 ss; BELLUTA H., *Riflessioni sui poteri del giudice dibattimentale in materia probatoria*, in *Giur. it.*, 2000, 1533.

⁷⁸⁰ FERRAJOLI L., op. cit., pp. 42-45; pp. 551-553, secondo il quale l'unica giustificazione possibile delle decisioni penali sta nella verità dei loro presupposti giuridici e fattuali: «intesa “verità” proprio nel senso di “corrispondenza” il più possibile approssimativa della motivazione alle norme applicate e ai fatti giudicati». In un senso simile, FERRUA P., *Il ‘giusto processo’*, cit., pp. 33-34, secondo il quale è questa aspirazione alla ricerca razionale della verità che legittima l'esercizio della giurisdizione penale. Anche qui ci sono i motivi per accogliere l'ideologia della decisione legale razionale di Wróblewski menzionata sopra.

avvenuti ha una relazione diretta con una delle principali funzioni del diritto che è di regolare i comportamenti dei destinatari delle norme⁷⁸¹. Solamente quando si orienta il processo a considerare la descrizione delle condotte effettivamente commesse dai destinatari ai fini di applicazione delle norme è che tali comportamenti saranno rilevanti per il diritto, altrimenti le condotte dei cittadini diventerebbero irrilevanti per l'ordinamento giuridico. Sotto questo aspetto, la funzione dell'attività probatoria di ricerca della verità relativamente ai fatti nel giudizio penale è direttamente correlata alla funzione del sistema giuridico di servire da guida per le condotte umane, così come è funzionale ad un ideale di garanzia, consistente in impedire l'applicazione della conseguenza giuridica prevista nella norma penale quando la sua *fattispecie* non è avvenuta⁷⁸².

Seguendo questa linea, indipendentemente dall'essere possibile raggiungere il risultato ideale di accertamento della verità degli enunciati fattuali inseriti nella motivazione, o, per ora, indipendentemente dalla concezione di verità che si assuma⁷⁸³, l'elemento propulsore della giurisdizione deve continuare a risiedere, almeno, nella ricerca di potenzializzare la correttezza dell'accertamento fattuale, mediante l'utilizzazione di tecniche e criteri che permettono di avvicinarsi il più possibile a tale ideale, il che sempre passa per l'osservanza dei diritti e delle garanzie processuali⁷⁸⁴.

Si tratta di un compromesso o impegno di realizzazione attinente alla finalità del processo penale⁷⁸⁵, con base nella comprensione che è più importante orientare il processo cognitivamente nella direzione della ricerca razionale e controllabile della verità, anche se questo esito non venga raggiunto, piuttosto che rinunciare alla ricerca della verità e lasciare il

⁷⁸¹ In questo senso, v., ad es., FERRER BELTRÁN J., *Diritto alla prova*, cit., p. 149; Id., *La valutazione razionale*, cit., p. 14 ss., 76 ss.; Id., *Prueba y verdad*, cit., p. 22, 71 ss. Sulla funzione delle norme come «*a reason for action*», v. PECZENIK A., *Coherence, Truth*, cit., p. 282. Sull'importanza di progettare i giudizi come dichiarazioni sui fatti accaduti, e non sulla semplice prova dei fatti, v. NESSON C., *The evidence*, cit., p. 1357 ss. Analogamente, WEIGEND T., *Is the criminal*, cit., p. 158, allude all'importanza della verità perché «*criminal sanctions are society's most severe expression of moral blame*».

⁷⁸² BULYGIN E., *Cognition*, cit., p. 22, la norma penale prevede la punizione di coloro che hanno commesso un crimine e non di quelli che il giudice afferma di avere commesso reati. Sul punto, CARACCILO R., *El problema de los hechos*, cit., p. 32, sostiene che trascurare la verità delle proposizioni empiriche come l'obiettivo istituzionale della prova equivarrebbe ad ammettere che i giudici «*estarían autorizados a imponer penas a cualquier individuo con total prescindencia de cualquier condición, esto es, de las acciones que efectivamente haya realizado*». In senso analogo, DI BITONTO M. L., *Profili dispositivi*, cit., p. 54 ss.

⁷⁸³ La predilezione per la concezione razionale e cognitivamente giustificata del procedimento penale e delle decisioni giudiziarie lascia parzialmente aperta la concezione teorica di verità, ossia, di «quale verità», cfr. TARUFFO M., *Note sulla verità*, cit., pp. 374-375.

⁷⁸⁴ FERRAJOLI L., *Guarantees and truth*, cit., p. 310; Id., *Diritto e ragione*, cit., p. 10, che riconosce che si tratta di un «modello-limite, in larga misura ideale». In senso simile, v. MAZZA O., *Il garantismo*, cit., p. 6.

⁷⁸⁵ Con questi termini si esprime PASTORE B., *Giudizio, prova*, cit., p. 242. Analogamente KOSTORIS R. E., voce *Giudizio*, cit., p. 8. ZUCKERMAN A. A. S., *Justice in crisis*, cit., p. 4, sostiene che un processo in cui i tribunali non si sforzano di raggiungere la verità «*is manifestly an unjust procedure, because it fails in its main task [...]*». Nello stesso senso, WEIGEND T., *Is the criminal*, cit., pp. 172-173.

procedimento penale a disposizione dell'autorità⁷⁸⁶. È possibile ispirarsi in una notoria figura retorica di Cordero: «*la caccia vale più della preda*»⁷⁸⁷, qui utilizzata nel senso che assumere la ricerca dell'accertamento della verità quanto ai fatti della causa come finalità irrinunciabile del processo diventa più rilevante ai fini voluti di conformare un processo cognitivo e razionale, e di legittimare l'esercizio della giurisdizione penale, piuttosto che il raggiungimento effettivo dell'esito⁷⁸⁸, di fronte all'incertezza irremovibile sull'esito di qualsiasi attività di ricerca della verità⁷⁸⁹.

C'è chi contesta questa concezione per cui il valore maggiore risiederebbe nella ricerca, e non nella conoscenza, perché si tratta, come menziona Marconi, di «una razionalizzazione controproducente», che potrebbe, riassumendo, indebolire la ricerca di fronte alla previa ammissione della «povertà dei risultati»⁷⁹⁰. Su un piano ampio, adatto alla generalizzazione, del quale si occupa l'Autore, non si contesta tale resistenza. Tuttavia, nell'ambito ristretto della giustizia del processo penale, in relazione al quale la meta è esterna alla ricerca, e ciò a cui si ambisce è la definizione della migliore disciplina normativa per la ricerca della verità, sembra possibile valorizzare «il viaggio più della sua meta»⁷⁹¹, perché, in

⁷⁸⁶ Sull'importanza della motivazione razionale empirica e del controllo intersoggettivo v. FERRER BELTRÁN J., *Diritto alla prova*, cit., p. 156 ss; Id. *Prueba y verdad*, cit., p. 83 ss; TARUFFO M., *La semplice verità*, cit., p. 88; KOSTORIS R. E., voce *Giudizio*, cit., p. 8

⁷⁸⁷ CORDERO F., *Diatribe sul processo*, cit., p. 205, il quale aggiunge che: «se la perfezione è relativa, si può pretendere il massimo impegno dai singoli operatori ma non un risultato obiettivamente positivo». Analogamente CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 63; GIOSTRA G., *Stop and go*, cit., p. 170, il quale paragona la ricerca della verità a un arcobaleno, che non si riesce mai ad afferrare, «ma che non possiamo non cercare di raggiungere». È come l'utopia di GALEANO E., *Las palabras andantes*, Siglo XXI, 2015, p. 310, anche se non può essere raggiunta, indica la direzione corretta della camminata.

⁷⁸⁸ Si concorda sul fatto che l'analogia di Cordero indica che la verità interferisce nel giudizio penale in quanto delimitata epistemicamente, ossia, ricercata negli stretti limiti concessi dalla disciplina processuale; che, secondo GAROFOLI V., *Verità e processo penale: l'improponibile endiadi in un processo virtualmente accusatorio*, in GAROFOLI V., INCAMPO A. (a cura di), *Verità e processo penale*, Giuffrè, 2012, p. 44: «eleva le regole procedurali da mere condizioni di validità delle decisioni giudiziarie, a vere e proprie condizioni di verità delle stesse» (corsivo nell'originale); in modo che il metodo dell'accertamento è un valore di giustizia, cfr. ASCARELLI T., *Processo e democrazia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 858; CARRATTA A., *Funzione dimostrativa*, cit., p. 103; CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 63. Il prestito della locuzione retorica si giustifica, perché l'idea soggiacente lungo tutto lo studio è che la disciplina del procedimento deve essere concretamente influenzata, anche, dal valore della ricerca della verità.

⁷⁸⁹ In senso conforme si è espresso PASTORE B., op. cit., p. 241; FERRUA P., *Contraddittorio e verità*, cit., p. 49, p. 60, per il quale «la coscienza della fallibilità è un motivo in più per intensificare i controlli empirici, non un pretesto per abbassare il livello probatorio idoneo a fondare la condanna. Nello stesso senso, SCHÜNEMANN B., *Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano*, in SCHÜNEMANN B., *Estudos de direito penal*, cit., p. 245. Secondo TWINING W., *Some scepticism*, cit., p. 110, 146, la rivendicazione di un «*method of reason in adjudication*» si riferisce più specificamente ad un'aspirazione razionale e ad un'influenza sul «*design of the system*», ed è dovere del cognitivista moderato essere attento alle difficoltà pratiche nel soddisfare i «*standards of 'knowledge'*». V., ancora, LYNCH M. P., *True to life*, cit., p. 28.

⁷⁹⁰ MARCONI D., *Per la verità*, cit., pp. 43-44, anche se la critica incisiva dell'Autore sembra essere indirizzata più specificatamente a coloro che apprezzano la ricerca per considerare «che non c'è nulla da trovare, o che è impossibile trovarlo», ma non è questa la premessa che si assume in questo studio.

⁷⁹¹ MARCONI D., *Per la verità*, cit., p. 44.

ultima analisi, ciò che si desidera è quello di stabilire le condizioni cognitive ottimali per la ricerca di risultati giusti⁷⁹². Utilizzando l'analogia dell'Autore, si cerca di condurre il viaggio nel miglior modo possibile, pertanto, nella ristretta sfera del giudizio penale, non sembra essere controproducente conferire maggior valore al viaggio piuttosto che alla meta.

Tale disposizione alla ricerca della verità consente, primariamente, di stabilire una linea guida, nel senso di un principio regolativo che permetta di guidare la concreta disciplina normativa del metodo giudiziario, spingendo il legislatore a predisporre il procedimento in attenzione alla ricerca della verità quanto ai fatti della causa, riconciliando questo valore con le altre esigenze attinenti alla correttezza del meccanismo giudiziale⁷⁹³. Poiché è certo che questo parametro regolatore decorre da un criterio esterno al processo, e poiché è ugualmente certo che la giustizia del processo dipenderà dal percorso seguito per il risultato, entro i limiti ristretti stabiliti dalla procedura giudiziale, si conclude che «lo stesso procedimento deve essere strutturato per questa giustificazione»⁷⁹⁴.

Nello stesso modo in cui il giudice ugualmente deve essere orientato e delimitato dalla valutazione cognitiva e razionale degli elementi probatori, e anche nelle condotte che il metodo gli consente⁷⁹⁵, che già di per sé contribuirebbe ad allontanare le continue minacce di snaturamento all'adozione di soluzioni considerate utili e/o convenienti, in relazione alle quali tendono ad attuare con più intensità le aspettative prevalenti dell'opinione pubblica, dei mezzi di comunicazione, e/o gli interessi statali⁷⁹⁶. Riassumendo, la verità ha un valore in sé, e anche se l'assenza di verità possa portare a conseguenze migliori o più convenienti in un

⁷⁹² Ribadendo sempre che la fedele osservanza del metodo non assicura il raggiungimento della condizione esterna quanto alla giustizia del risultato, oltre al fatto che ci sono altri valori degni di tutela lungo la ricerca.

⁷⁹³ FERRUA P., *Contraddittorio e verità*, cit., p. 65 ss; Id., *Il giudizio penale*, cit., p. 348; SÁNCHEZ BRIGIDO R., SELEME H. O., *Justificación sin verdad*, p. 291; TARUFFO M., *La prueba*, cit., p. 26; CAPRIOLI F., *Verità*, cit., p. 619. In senso simile, v. ancora GAROFOLI V., *Verità e processo*, cit., p. 50; SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 308 ss.; ALLISON J. R., *Ideology, prejudice*, cit., p. 659, pp. 673-674; GALLIGAN D. J., *Due process* cit., p. 12, p. 42, pp. 52-53; LAUDAN L., *Truth, error*, cit., *passim*; KOSTORIS R. E., voce *Giudizio*, cit., p. 9; BERTOLINO G., *Giusto processo*, cit., p. 70 ss.

⁷⁹⁴ Così si esprime ASCARELLI T., *Processo e democrazia*, cit., p. 858. Nel medesimo senso, v. anche UBERTIS G., voce *Prova*, cit., p. 299; TARUFFO M., *La prova dei fatti*, cit., pp. 155-157; e nuovamente CORDERO F., *Diatribes sul processo*, cit., p. 205, quando afferma che si può rivendicare il massimo impegno in tal senso, addirittura, aggiunge, del legislatore. Questa è la posizione di FERRUA P., *Garanzie formali e garanzie sostanziali*, cit., p. 1115; Id., *Il 'giusto processo'*, cit., p. 47 ss. L'idea è quella esposta da ALLISON J. R., op. cit., p. 659: «A well-designed procedure is one that optimizes both general kinds of process value».

⁷⁹⁵ FERRUA P., *Il giudizio penale*, cit., p. 348; Id., *La prova nel processo*, cit., p. 20.

⁷⁹⁶ FERRUA P., *Contraddittorio e verità*, cit., p. 69. Con simile prospettiva PASTORE B., *Giudizio, prova*, cit., p. 27; CAPRIOLI F., *Verità*, cit., p. 618. Alla stregua di quanto sostenuto da PULITANÒ D., *Cura della verità e diritto penale*, in FORTI G., VARRASO G., CAPUTO M. (a cura di), «Verità» del precetto, cit., p. 68, la protezione contro l'arbitrio del potere appare tanto a chi sostiene il valore della verità fattuale, come ai banditori dell'addio alla verità. Ma in relazione a quest'ultimo, l'idea appare strettamente incongruente: «Un addio alla verità lascerebbe disarmati, privi di ragioni opponibili con pretesa di validità a discorsi falsi di detentori di potere» (corsivo nell'originale). Nello stesso senso ARENDT H., *Verità e politica*, cit., p. 47, la quale riconosce che la verità e i fatti prevalgono su opinioni, discorsi e consensi.

caso particolare, la verità come ideale regolativo della ricerca deve prevalere, in quanto possiede un valore intrinseco⁷⁹⁷.

3.4.1.1 Alcune considerazioni sulla verità raggiungibile attraverso il processo penale

Come è stato già affermato, l'oggetto di questo studio non è la verità, e per questo non si pretende lanciarsi in una intricata e probabilmente irrisolvibile analisi attinente ai contorni o al concetto di verità, e anche se si trattasse di un approccio presumibilmente circoscritto ai limiti del contesto giudiziario, continuerebbe come compito, come tutto indica, impraticabile⁷⁹⁸. Se non altro perché la maggior parte degli argomenti coinvolti nel tema teorico della verità sono troppo generici per essere inseriti in un lavoro dedicato ad una delle proiezioni della clausola costituzionale del giusto processo penale.

Inoltre, molti dei problemi possono essere sensibilmente limitati dalla semplice considerazione che qui si tratta appena di una preoccupazione con la riduzione degli errori quanto alla materia fattuale nei giudizi⁷⁹⁹, come proiezione di una linea guida regolativa e di garanzia, senza la necessità di ampliare l'attenzione per domande che implicano lo stabilimento della verità in senso ampio, il che servirebbe solo a distogliere l'oggetto dalla discussione appropriata nell'ambito del processo penale⁸⁰⁰.

Tuttavia, sembra indispensabile stabilire alcune semplici linee guida relative al tema, almeno per aiutare l'operatività di molti dei fondamenti rilevanti per l'esposizione. La ragione principale di questo rapido inserimento è che potrebbe non significare molto assumere la ricerca della verità come una delle finalità rilevanti del processo penale, sia per l'imperativo

⁷⁹⁷ In tal senso, v. TORRES CHEDRAUI A. M., *Derechos humanos*, cit., p. 23. In senso analogo, KOSTORIS R. E., voce *Giudizio*, cit., p. 8.

⁷⁹⁸ Come affermato da TARUFFO M., *La semplice verità*, cit., p. 81, p. 84, p. 268: «È noto che la verità è indefinibile»; e non vi è alcun senso parlare di verità ristretto all'ambito del processo, perché non ci sono vari tipi di verità. Nello stesso senso, v. WILLIAMS B., *Genealogia*, cit., p. 63. Sull'incapacità di definire la verità, v. LYNCH M. P., *True to life*, cit., p. 9.

⁷⁹⁹ La moderazione nell'approccio appare, ad es., in LAUDAN L., *Truth, error*, cit., p. 2, secondo il quale la preoccupazione è di chiarire «*whether an alleged crime actually occurred and if so, who committed it [...] To say that we are committed to error reduction in trials*». In senso simile, HAACK S., *Legalizzare l'epistemologia: o, verità e giustizia all'americana*, in Id., *Legalizzare*, cit., p. 42.

⁸⁰⁰ Secondo TWINING W., *Some scepticism*, cit., p. 114, il chiarimento dei fatti nel processo non comporta «*the establishment of general truths*». Questo evita ampie discussioni sul costruttivismo e sul relativismo, anche perché si presume che i fatti «esistono a prescindere dalle nostre interpretazione», cfr. CAPRIOLI F., *Verità*, cit., p. 610. Sul tema, MARCONI D., *Per la verità*, cit., pp. 34-42, indica, tra le ragioni della tendenza alla «drammatizzazione della verità»: la confusione tra certezza e verità, e la «verità difficili» in settori come l'etica, la religione, la politica e la filosofia in generale; questi inganni e ampiezze che si intende evitare.

dello Stato di diritto⁸⁰¹, sia per necessità di giustificazione delle decisioni⁸⁰², o per il valore della legittimità o della propria giustizia in sé, nel caso il ricevimento della verità nel processo si dia con base in criteri come la ricerca di coerenza, convincimento o presunta certezza del giudice⁸⁰³.

Quindi, sembra importante lasciare almeno indicata l'idea di verità che permette di implementare questi fondamenti nel processo penale, in un senso meramente approssimativo, solo come un percorso argomentativo, guidato molto più dalla prospettiva di indicare l'importanza della considerazione del valore della verità nel processo penale, piuttosto che da qualche pretesa con la questione formale di concettualizzare la nozione di verità. Come menziona Lynch all'inizio della sua opera seminale, nonostante la rilevanza filosofica degli sforzi per definire la verità, tale prospettiva finisce per lasciare in secondo piano i fondamenti che spingono la preoccupazione primordiale con la verità⁸⁰⁴.

In questo senso si consente che, molto probabilmente, solo la concezione della verità come corrispondenza⁸⁰⁵ potrà rispondere alle esigenze di razionalità e di legittimazione dell'agire statale, e funzionare come garanzia e ideale regolativo, ovvero, appena l'accoglimento della concezione empirica della verità come valore degno di tutela nel processo giudiziale, e nella propria amministrazione della giustizia, può spingere

⁸⁰¹ Cfr., ad es., TWINING W., *Some scepticism*, cit., p. 104: «*rectitude of decision is seen as the primary end of adjudication, as a necessary means to enforcement of law and vindication of rights*»; TARUFFO M., in CANZIO G., TARUFFO M., UBERTIS G., «Opinioni a confronto», cit., p. 314, afferma che in sistemi in cui prevale il principio di legalità, la corretta applicazione della regola sostanziale dipende dall'accertamento dei fatti che funzionano come fattispecie normative di reato. Cfr. Art. 101 comma 2 Costituzione «I giudici sono soggetti soltanto alla legge», e la norma sarà correttamente applicata nel processo soltanto se si è accertata la verità di una proposizione fática; in questo senso, TARUFFO M., *La verità nel processo*, cit., pp. 187-188; Id., *La prova dei fatti*, cit., p. 45 ss. Cfr. sottolinea PASTOR D. R., *El plazo razonable*, cit., p. 53, il principio dello Stato di diritto presiede l'intera struttura del processo. Sulla relazione tra la ricerca della verità, la giustizia e lo stato di diritto, v. GÖSSEL K. H., *El principio de Estado*, cit., p. 22 ss.

⁸⁰² Sia nel senso esposto, ad es. da CARACCILO R., *El problema de los hechos*, cit., p. 24; Id., *Justificación normativa*, cit., p. 42 ss.; come nel senso conferito, tra i molti, da FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, cit., pp. 42-45; pp. 551-553; CAPRIOLI F., *Verità*, cit., p. 618-619.

⁸⁰³ La coerenza e la persuasione si relazionano alla detta «verità narrativa», cioè, con il convincimento decorrente dalla credibilità, verosimiglianza e dalla propria coerenza narrativa, attributi fondamentali nelle narrazioni fittizie, ma non sufficienti per il processo giudiziario, che «richiede la verità empirica», cfr. TARUFFO M., op. cit., p. 39 ss, il che VOLPE G., *La verità*, cit., p. 54 indica come «l'obiezione dei mondi fittizi». Circa la differenza tra certezza e verità, v. TARUFFO M., *La semplice verità*, cit., p. 85 ss; Id., *La prova dei fatti*, cit., p. 29 ss; LYNCH M. P., *True to life*, cit., pp. 30 ss, 69 ss. Si aggiunge anche che le altre teorie della verità risultano dipendere dalla verità nel senso di corrispondenza, cfr. D'AGOSTINI F., *L'uso scettico della verità*, in FORTI G., VARRASO G., CAPUTO M. (a cura di), «*Verità*» del precetto, cit., p. 31; WILLIAMS B., *Genealogia*, cit., p. 122.

⁸⁰⁴ Come si può vedere dal titolo originale dell'opera in riferimento: LYNCH M. P., *True to life: why truth matters*, cit., p. XI.

⁸⁰⁵ Si accoglie un'idea di corrispondenza non nei termini della versione tradizionale aristotelica, che propugnava la relazione di corrispondenza tra la proposizione e le cose o i fatti che la renderebbero veritiera, ovvero, tra la proposizione e una particolare porzione del mondo, ma sì a partire dalla concezione semantica di Tarski. Sulla teoria della corrispondenza in Aristoteles v. VOLPE G., *La verità*, cit., p. 25 ss, 45.

l'elaborazione di un meccanismo processuale con condizioni cognitive ottimali per la ricerca di risultati giusti⁸⁰⁶.

In primo luogo, è necessario dire che non vi è completa coincidenza tra la recezione di una presunta verità nel processo come semplice esercizio di persuasione diretto a convincere il giudice⁸⁰⁷, e la nozione coerentista di verità, nonostante ciò, ai fini dell'esposizione, è possibile fare tale semplificazione, almeno con la finalità espositiva di contrapporre tale insieme di idee, che si può identificare brevemente con la locuzione «verità narrativa»⁸⁰⁸, con la concezione razionalista di verità. Oltre a questo limitato riferimento, tale distinzione avrà anche una utilità nello sviluppo dello studio, essendo parzialmente estesa nel capitolo successivo quando si tratterà del metodo di acquisizione delle prove nel processo.

Le nozioni coerentista e retorica della verità identificano gli elementi di prova nel processo come un mero strumento persuasivo destinato ad influire nel convincimento del giudice, permettendo di dimostrare la maggiore credibilità di una delle versioni sostenute in giudizio⁸⁰⁹, in modo che la dinamica processuale, in questa concezione, molto probabilmente, non sarebbe orientata a dimostrare la verità degli enunciati fattuali in giudizio, ma appena a fornire una base convincente e persuasiva ai resoconti delle parti⁸¹⁰.

⁸⁰⁶ In dottrina, parlando di verità come «ideale della corrispondenza», ad es., MAZZA O., *Il garantismo*, cit., p. 25. Per analoghe considerazioni: TORRES CHEDRAUI A. M., *Derechos humanos*, cit., p. 26 ss. Sulla pretesa di arrivare al miglior accertamento dei fatti come un «valore» del processo penale, v. TONINI P., CONTI C., *Il diritto delle prove*, cit., p. 138; ZILLI M. A. C., *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*, Revista dos Tribunais, 2003, p. 116 ss.

⁸⁰⁷ Sul tema della prova come persuasione, o della prova come *argumentum*, v., GIULIANI A., *Prova in generale: a) filosofia del diritto*, in *Enc.dir.*, vol XXXVII, 1988, p. 521 ss; Id., *Il concetto classico di prova: la prova come "argumentum"*, In: *Recueils de la Societe Jean Bodin Pour L'Histoire Comparative des Institutions, La preuve: premiere partie*. Librairie Encyclopedique, 1964. p. 357 ss. Per qualche critiche all'impostazione di Giuliani, v. TARUFFO M., *Contro la veriphobia*, cit., pp. 996-998, e, più ampiamente, Id. *La prova dei fatti*, cit., p. 324 ss.

⁸⁰⁸ Altri identificano questa linea di pensiero con la denominazione «teorías del convencimiento», cfr. TORRES CHEDRAUI A. M., *Derechos humanos*, cit., p. 33 ss. La coerenza narrativa porterebbe al convincimento giudiziale, e è in questo aspetto che si stabilisce la relazione tra le nozioni di verità come coerenza e come convincimento o certezza; un'approssimazione di finalità, in un collegamento di mezzo-fine nella «verità narrativa»; per questo vincolo, v. TARUFFO M., *Giudizio: processo, decisione*, in Id., *Sui confini*, cit., p. 162; Id., *La prueba*, cit., p. 27. In altre parole, la verità assunta nel significato generico di coerenza o convincimento indicherebbe il metodo della sua ricerca nel processo: la mera persuasione.

⁸⁰⁹ Cfr. espone VOLPE G., *La verità*, cit., pp. 53-54, *mutatis mutandis*, una concezione coerentista della verità porta molto probabilmente ad una concezione coerentista della giustificazione, e cita Blanshard: «se si pone la natura della verità in un tipo di carattere e il suo test in qualcosa di completamente diverso, si può star certi che, prima o poi, si vedranno divergere le due cose». Per queste ragioni, la verità come corrispondenza e la giustificazione razionale delle decisioni si influenzano a vicenda, allo stesso modo che indicano l'importanza della *accuracy* nel procedimento: la natura della proprietà alla quale sono destinate le nostre ricerche dà impulso al metodo delle ricerche. Da ciò l'importanza di riallineare la teoria della giustificazione, l'analisi della verità e il metodo di ricerca della verità.

⁸¹⁰ TARUFFO M., *La prueba*, cit., p. 27; FERRER BELTRÁN J., *La valoración*, cit., p. 21. HAACK S., *Epistemologia e diritto*, cit., p. 30, parla di approccio alla prova «basati su storie», come una versione narrativa

È necessario chiarire che non si è guidati da una irragionevole pretesa di eliminare l'importanza delle tecniche di persuasione e di tentativo di cattura psichica del giudice nella dinamica probatoria in giudizio⁸¹¹, nemmeno di svilire la funzione argomentativa delle prove nel processo⁸¹². Al contrario, e come sostiene, per esempio, Twining, si tratta di rilevante tecnica processuale utilizzata dagli avvocati per convincere il giudice a decidere la causa a favore dei suoi clienti⁸¹³; pertanto, la versione dei fatti e le prove presentate dagli interessati, ovvero tutta l'attuazione processuale delle parti nella causa può essere diretta, primariamente, a persuadere il giudice, nello sforzo di sostenere le sue ragioni e raggiungere una decisione favorevole⁸¹⁴. In tale prospettiva si può dire che la ricerca della verità intesa solo nel senso di coerenza o di convincimento si orienta dalla sua primordiale ragione d'essere, che è quella di vincere la causa, e non di raggiungere qualche ricostruzione veritiera relativa agli enunciati fattuali determinanti della decisione⁸¹⁵.

E, per questo stesso motivo, si considera che questa concezione della verità non può

della prova, ed concezione della prova «basati su fatti». Non per niente che D'AGOSTINI F., *Verità avvelenata*, cit., p. 234 ritiene il coerentismo non tanto una teoria della verità, e sì della conoscenza o della giustificazione.

⁸¹¹ Sull'importanza degli aspetti argomentativi nel fenomeno probatorio, v. ORLANDI R., *L'attività argomentativa*, cit., p. 8 ss. Il termine «cattura psichica» viene trovato, ad esempio, in LOPES Jr. A., *Direito processual penal*, 15a. ed., Saraiva, 2018, p. 343.

⁸¹² Cfr., per tutti, CARRATTA A., *Il diritto come*, cit., p. 170 ss, secondo il quale, nonostante la primordiale funzione cognitiva della prova nel processo, la sua componente argomentativa si rivela importante e «ineliminabile».

⁸¹³ Per questa ragione viene considerato come la narrativa processuale caratteristica di chi segue il punto di vista dell'avvocato, nel quale si può anche includere, in una certa misura, il titolare dell'accusa; sul tema, v. TWINING W., *Lawyer's stories*, in Id., *Rethinking evidence*, cit., p. 288 296 ss., 305 ss.; DI DONATO F., *La costruzione giudiziaria*, cit., pp. 151 ss., 173 ss.; TARUFFO M., *La semplice verità*, cit., pp. 48, 70; Id., *La prueba*, cit., p. 28; Id., *Considerazioni su prova*, cit., p. 294 ss. Questo non significa essere d'accordo sul fatto che la narrativa processuale degli avvocati sia solitamente «manipolate e fuorvianti [...] e quindi non veritiere»; si tratta generalmente, secondo l'opposizione presentata da CAVALLONE B., *In difesa della veriphobia*, cit., p. 7, di narrazioni con «rilevante quantità di dati veridici» e che spesso sono, infatti, «complessivamente veritiera». Ciò che si vuole evidenziare, nella linea dello stesso Cavallone, è che la funzione professionale e istituzionale degli avvocati è di «persuadere il giudice in favore del suo cliente». Oltre a questa attuazione relativa alla prova, gli avvocati si guidano per assicurare ampiamente l'osservanza dei diritti costituzionali degli imputati lungo tutto l'itinerario della persecuzione.

⁸¹⁴ Cfr. TWINING W., *Some scepticism*, cit., p. 105, il quale, tuttavia, qualifica come «Hard-Nosed Practitioner» il professionista, in particolare dell'*adversarial system*, che disprezza il valore della ricerca di correzione o giustizia nelle decisioni, e cerca di riassumere l'istituzione procedurale ad un semplice gioco in cui importa soltanto vincere la causa; essendo che il grande rischio apparirebbe nella pretesa di elevare questa idea alla categoria di teoria generale del processo giudiziale, o di una concezione integrale delle funzioni dell'attività probatoria, indicando una «rejection of the stated values of the system or a cynicism about anti-claims to such values». Nel medesimo senso, TARUFFO M., *La prova dei fatti*, cit., pp. 8, 30.

⁸¹⁵ Qui è sufficiente ricordare, cfr. CAPRIOLI F., *Verità*, cit., p. 611, che il giudizio di assoluzione non dipende dal fatto che la verità sugli enunciati fattuali sia chiarita nel processo, in conclusione, solo il giudizio di colpevolezza dipende dal chiarimento della verità, quindi il «tema del giudizio è la colpevolezza dell'accusato», cfr. FERRUA P., *Il giudizio penale*, cit., p. 318. FERRER BELTRÁN J., *Prueba y verdad*, cit., p. 61, indica che gli interessi delle parti possono attuare come autentiche limitazioni nella ricerca giudiziaria della verità. TARUFFO M., *Contro la veriphobia*, cit., p. 1000, menziona che il buon avvocato, per imposizione funzionale e istituzionale, e per il fatto che non vi è nessun dovere di verità, cerca di chiarire la verità dei fatti appena quando questa si mostra favorevole per il cliente.

essere recepita come la verità *tout court* rilevante nel processo penale⁸¹⁶, altrimenti l'inevitabile conclusione sarebbe che la finalità dell'istituzione processuale penale sarebbe direzionata soltanto a convincere il giudice e stabilire una sfera formale di attuazione basata sulla ricerca di decisioni favorevoli⁸¹⁷; e non a permettere alcun tentativo di ricostruzione veritiera dei fatti. Di conseguenza, non vi sarebbe alcuna necessità di proseguire nello sforzo di elaborare una struttura di procedimento con base, anche, nella finalità di ricerca della correttezza nella ricostruzione fattuale⁸¹⁸; come già è stato menzionato, la natura della proprietà alla quale si dirigono le nostre ricerche spinge il metodo delle ricerche.

In un senso di mera approssimazione, è possibile considerare che la ricerca di un'esposizione coerente e convincente nel processo, che permetta di persuadere o convincere il giudice, e che, in qualche modo, è parte importante dell'atto di provare⁸¹⁹, può essere completamente falsa⁸²⁰, per la semplice ragione di non riuscire a sostenersi nei fatti avvenuti e/o neanche nelle prove inserite nel procedimento⁸²¹, e, quel che è più importante, non ha bisogno neanche di tale pretesa di verità⁸²².

⁸¹⁶ Sul punto, vale la pena ricordare FERRER BELTRÁN J., *La valoración*, cit., p. 3, 30; Id., *Prueba y verdad*, cit., p. 72, quando menziona che il principale è la prospettiva della teoria del processo e dell'applicazione del diritto, e non il probabile scopo dei soggetti; inoltre, l'obiettivo principale di un'attività o istituzione non esclude che possano esservi altri scopi nel processo. In senso analogo, v. TARUFFO M., *Giudizio: processo*, cit., p. 164.

⁸¹⁷ Qui l'assimilazione del processo a un gioco o a un mero strumento di risoluzione dei conflitti sarebbe sia immediata che facilmente percepibile.

⁸¹⁸ In questi termini, TARUFFO M., *La prueba*, cit., p. 21; CARRATTA A., *Funzione dimostrativa*, cit., p. 85 ss., il quale ricorda che la persuasione ha un carattere privato e incontrollabile.

⁸¹⁹ Sull'argomentazione delle parti come componente dell'attività probatoria in giudizio, non come «attività probatoria in senso stretto», ma come attività contigua, «accessoria alla prova», v., in particolare, ORLANDI R., *L'attività argomentativa*, cit., pp. 8 ss, 12, 30; RENON P., *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattito*, G. Giappichelli, 2008, p. 23.

⁸²⁰ Così, v., ad es., PECZENIK A., *Coherence, Truth*, cit., pp. 307-308; *La semplice verità*, cit., p. 68; Id., *La prueba*, cit., p. 28; PULITANÒ D., *Cura della verità*, cit., p. 68, nt. 19. Ciò non significa che lo sia sempre, cfr. CAVALLONE B., *In difesa della veriphobia*, cit., p. 7; o, come sottolinea D'AGOSTINI F., *L'uso scettico*, cit., pp. 54-55, che le parti non si valgono di elementi veri o di una versione quasi interamente vera, «tacendo quel che può danneggiare».

⁸²¹ Così si esprime FERRER BELTRÁN J., *Prueba y verdad*, cit., p. 66; Id., *La valoración*, cit., pp. 21-22. Secondo WILLIAMS B., *Genealogia*, cit., p. 67 ss., la falsità è un'obiezione fatale alla credenza, proprio perché le credenze mirino alla verità, e la persona che riconosce che il contenuto della sua credenza è falso, abbandona la credenza. Tuttavia l'obiezione di falsità non è fatale alle asserzioni, le persone che riconosce che una propria asserzione è falsa, può continuare a farlo, anche se non dovrebbe. V. ancora . LYNCH M. P., *True to life*, cit., p. 13.

⁸²² Le aspirazioni di verità e di razionalità delle decisioni giudiziarie, sostenute in criteri riconoscibili (schema razionale rappresentato dalla probabilità logica, raziocinio inferenziale ed induttivo, con base oggettiva e razionale a partire dalle prove legittimamente giudizializzate, ragionevole dubbio), e nella controllabilità intersoggettiva, sembrano inerenti all'adozione dell'ideologia della decisione legale razionale. V., ad es., TARUFFO M., *Giudizio: processo*, cit., p. 172; Id., *La prova dei fatti*, cit., p. 48. Circa «il ragionevole dubbio, legato a doppio filo con l'inferenza induttiva e la probabilità logica», permettendo «perimetrare il carattere probalistico del giudizio di stampo induttivo», v. MAZZA O. *Verità reale*, vit., pp. 722-724. Sul'importanza della pretesa di verità, v. FORTI G., *Introduzione*, in FORTI G., VARRASO G., CAPUTO M. (a cura di), «*Verità del precetto*», cit., p. 12; KOSTORIS R. E., voce *Giudizio*, cit., p. 8. Sull'eventuale assenza di «pretese

In questo modo, si può concludere anche che non c'è equivalenza tra una buona narrazione dei fatti e la verità di tale esposizione. Per approssimarsi a questo secondo attributo, è indispensabile che la conclusione sia basata negli elementi probatori disponibili nel procedimento, solamente gli elementi di prova permettono di verificare la qualità dell'accertamento fattuale realizzato, ed è questa nozione di ricerca della verità che si identifica con la preoccupazione esternata di permettere una ricostruzione corretta dei fatti, pertanto che interessa al processo e che può fondamentare una decisione giudiziale⁸²³. Già la prima qualità menzionata, attinente alla coerenza narrativa, in una prospettiva esaustiva dell'attività istruttoria, può essere utile soprattutto agli interessati nella causa, poiché permette che si avvicinino all'obiettivo primordiale di persuadere il giudice⁸²⁴.

Si ha qui un riflesso nitido della diversità di posizionamenti giuridici in funzione dei diversi punti di vista tra i partecipanti della dinamica in giudizio, peculiarità che decorrono, la maggior parte delle volte, dalle variazioni dei ruoli e dei propositi dei soggetti coinvolti nel processo, e ciò porta a notevoli differenze nelle preoccupazioni e negli atteggiamenti fronte al fenomeno giuridico⁸²⁵. È molto comune che le opinioni teoriche sul fenomeno giuridico siano direttamente influenzate dagli incarichi, funzioni e interessi relativi all'interprete. Tale particolarità del punto di vista, che ingloba opinione, funzioni e scopi, interferisce negli standard di rilevanza, adeguamento e convenienza che la categoria nella quale si inserisce il soggetto tenderà ad assumere in relazione alle tematiche processuali⁸²⁶.

Bisogna chiarire che non si è guidati dalla finalità di sostenere qualche irreale pretesa di riassumere la dinamica in giudizio o la risoluzione giudiziaria a una logica puramente

di verità» in alcune enunciazioni di fatto compiute dai difensore, v. TARUFFO M., op. ult. cit., p. 95. Per una nozione diversa di «pretesa di verità», v. D'AGOSTINI F., *Verità avvelenata*, cit., pp. 26, 80 ss, la quale indica che anche simulando di pensare che l'argomento sia vero, sapendo che non lo è, avrà una pretesa implicita di verità.

⁸²³ TARUFFO M., *La semplice verità*, cit., p. 73; Id., *Considerazioni su prova*, cit., p. 297

⁸²⁴ Il problema non è riconoscere l'importanza essenziale della narrazione nel processo, perché, come si vedrà, la ricostruzione dei fatti nel giudizio può essere fatta solo da enunciati, cioè le parole hanno la funzione di descrivere il vero e il falso, e l'insieme degli enunciati è strutturato in una narrazione. Il problema è assimilare la verità alla narrativa, o immaginare che la narrazione crei la realtà, perché allora, come effetto minimo, basterebbe verificare la verosimiglianza della narrazione. Cf. DI DONATO F., *La costruzione giudiziaria*, cit., pp. 46 ss., 54, 96 ss., la narrativa può riferirsi a una finzione o a un fatto reale, il diritto cerca la sua legittimazione nel passato e la finzione nei limiti della verosimiglianza. In stretta sintesi, la narrazione nel processo può essere vera o falsa, quindi la verità rimane indispensabile.

⁸²⁵ TWINING W., *Some scepticism*, cit., p. 130 ss, 160, il quale identifica questo fenomeno con la categoria delle «*participant-oriented theories*»; TARUFFO M., *La prova dei fatti*, cit., p. 7, nt. 17, in senso analogo, indica che la teoria è spesso «figlia fedele della pratica professionale».

⁸²⁶ Si veda l'interessante studio di TARUFFO M., *Involvement and detachment in the presentation of evidence*, in Krawietz W., MacCormick N., von Wright G. H. (eds.), *Perspective formality and normative rationality in modern legal systems*, Dunker & Humblot, 1994, p. 385 ss, basato in un saggio di Norbert Elias rispetto alle interferenze che l'interesse del soggetto conoscente (*involvement*), o, al polo opposto, il disinteresse nell'oggetto della ricerca (*detachment*), può avere sul processo di conoscenza.

dimostrativa, basata nel raziocinio sillogistico e nella metodologia deduttiva⁸²⁷, neanche di non considerare il carattere argomentativo e anche valutativo inerente a tutta l'attività probatoria in giudizio e presente anche, in qualche modo, nella motivazione delle sentenze giudiziarie⁸²⁸. Si può addirittura consentire che l'organo giudicante presenti anche una narrativa nella decisione finale sui fatti in giudizio, oltre a ricorrere a giudizi di valori, nonostante ciò la sua principale caratteristica continua ad essere di disinteressato nel risultato⁸²⁹, e la sua argomentazione solamente può essere legittima se supportata dall'insieme delle prove rilevanti inserite nel processo, e non per previo ingaggio in una versione partigiana dei fatti⁸³⁰.

Per questa ragione, anche se le funzioni conoscitive e argomentative delle prove si intrecciano in diversi modi nel processo, sarebbe un grave errore assumere la concezione persuasiva come l'unica possibile, o rifiutare che la prova è anche uno strumento razionale di conoscenza e che le decisioni giudiziarie devono essere razionalmente motivate e soggette a controllo intersoggettivo⁸³¹, con base, maggiormente, su criteri oggettivi e razionali di probabilità logica e di inferenza induttiva consentito dalle prove⁸³². E anche se si considera

⁸²⁷ Sul tema, v. TARUFFO M., *Funzione della prova*, cit., p. 305 ss., il quale accenna al fatto che alcune confutazioni alla logica della dimostrazione applicata alla prova giudiziaria si basano su una premessa strettamente deduttiva della prova, con un senso rigorosamente restrittivo del concetto di dimostrazione, per concludere che la prova non non si adatta a questa concezione. Secondo l'Autore, «non è detto che questa sia la sola accezione ragionevole del termine «dimostrazione». La dimostrazione è assunta come logica induttiva, ossia le inferenze tra premesse e conclusione sono probabili; diverso dalla logica deduttiva, dove le inferenze sono necessarie, cfr. D'AGOSTINI F., *Introduzione alla verità*, Bollati Boringhieri, 2011, p. 118 ss.; Id., *Verità avvelenata*, Bollati Boringhieri, 2010, pp. 34, 93-94. V. anche CARRATTA A., *Funzione dimostrativa*, cit., p. 75 ss.; KOSTORIS R. E., voce *Giudizio*, cit., p. 6 ss. Secondo PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., 2002, p. 3, incluso nella testimonianza, prova rappresentativa «per antonomasia», c'è una doppia mediazione nell'atto comunicativo, quella «dalla griglia selettiva delle percezioni umane», e quella linguistica tra l'esperienza del testimone e la sua espressione in parole.

⁸²⁸ Secondo UBERTIS G., *La ricerca della verità giudiziale*, in Id. (a cura di), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Giuffrè, 1992, p. 8, funzione degli studi processuali sarebbe quella precisamente di riassumere le due prospettive.

⁸²⁹ Secondo TARUFFO M., *Involvement*, cit., p. 395, «*he is an impartial speaker among partisan speakers*».

⁸³⁰ TARUFFO M., op. cit., pp. 395-397, il quale chiarisce che il giudice si inserisce, in qualche modo, nei dialoghi realizzati in giudizio, principalmente nel giudizio sulla questione fattuale, ma sarebbe troppo semplicistico e precipitoso fermarsi qui, senza distinguere il ruolo, le funzioni e la situazione del giudice nel processo decisionale.

⁸³¹ TARUFFO M., *Considerazioni su prova*, cit., p. 296 ss.; CARRATTA A., *Il diritto come*, cit., p. 172, 187 ss. Il controllo dei tribunali sulla fondatezza delle ragioni per decidere relativamente alla materia fattuale inserita nella sentenza impone di andare oltre la mera considerazione della conformità normativa «*and so confront reality in every sense*», cfr. VIOLA F., *The judicial truth*, cit., p. 207.

⁸³² Sui criteri di verifica della verità fattuale nel giudizio sostenuto dalla logica induttivo-probabilistica, a partire dal grado di conferma delle proposizioni fattuali attribuito oggettivamente dalle proposizioni (prove), e non dal grado di convinzione personale del giudice, v. MAZZA O. *Verità reale*, cit., p. 719 ss.; FERRER BELTRÁN J., *La valutazione razionale*, cit., pp. 95, 121; CAPRIOLI F., *L'accertamento*, cit., p. 54 ss., 61 ss.; GAROFOLI V., *Verità e processo*, cit., pp. 49-50. CARRATTA A., op. cit., p. 189, sostiene che il semplice controllo sul rispetto delle regole della logica dialettica nel ragionamento non è lo stesso del controllo esterno per verificare la corrispondenza/falsificazione degli enunciati con la realtà. Secondo D'AGOSTINI F., *L'uso scettico*, cit., p. 26, il probabilismo non costituisce minaccia, ma uno strumento necessario per l'uso del concetto di verità. Per

solo il punto di vista delle parti interessate nella causa, il cui scopo principale è quello di persuadere il giudice, sarebbe possibile dire che la coerenza narrativa o il convincimento del giudice esauriscono il proposito della sua attuazione probatoria, o la concezione di verità nel processo, dal momento che il controllo che promuovono nel corso della procedura ordinaria cerca di evidenziare gli elementi probatori disponibili nel processo, confrontando razionalmente la prova e l'accertamento fattuale con lo standard probatorio che orienta il giudizio penale⁸³³.

In ogni caso, è necessario fare un chiarimento importante. Neanche la motivazione razionale della decisione a partire dagli elementi di prova inseriti nel giudizio si confonde con la verità, ovvero, la possibilità oggettiva di giustificare razionalmente la verità su un enunciato fattuale, anche se basata su condizioni epistemiche ideali, non si confonde con la verità di tale proposizione⁸³⁴. Queste condizioni possono essere sufficienti per consentire l'inserimento dell'enunciato fattuale nella decisione giudiziaria, vale a dire per permettere che l'enunciato fattuale sia considerato come vero, per autorizzare che la proposizione fattuale sia trattata giuridicamente come veritiera⁸³⁵. Tuttavia, l'idea di verità indica la corrispondenza tra

un'analisi approfondita del metodo della probabilità logica o induttiva nel processo, che mette in relazione, per inferenza, gli elementi di prova (proposizione che enuncia l'elemento di prova) con l'ipotesi di fatto (proposizione che costituisce l'ipotesi sul fatto) soggetta a conferma v. TARUFFO M., *La prova dei fatti*, cit., pp. 199 ss, 234 ss, 397, 475 ss.

⁸³³ La nozione di verità serve anche, secondo CAPRIOLI F., *Verità*, cit., p. 619, ad assicurare la possibilità che il condannato si dichiari innocente, sostenendo che l'enunciato contenuto nella decisione è falso, anche se tale tesi sia stata respinta in tutti i gradi di giudizio, e sia in contrasto con tutte le prove disponibili.

⁸³⁴ L'importanza di distinguere verità da giustificazione è esposta, ad es., per LYNCH M. P., *True to life*, cit., pp. 48, 72-74, 81; MARCONI D., *Per la verità*, cit., p. 8 ss., 20, 161 ss., Id., *Realismo*, cit., p. 117 ss., il quale menziona che una proposizione può essere giustificata «senza essere vera». La giustificazione è sì tributaria della verità: questo perché, al considerare una affermazione giustificata, si sostiene che ci sono buone ragioni per considerarla veritiera. Cfr. MAZZA O. *Verità reale*, cit., p. 716, nt. 13, le teorie che si contrappongono alla verità come corrispondenza, in particolare, la verità come coerenza o come accettabilità giustificata, non spiegano il significato di verità, si limitano semplicemente a descrivere dei criteri di verità: «ossia condizioni di accettazione della verità di una proposizione». La differenza tra condizioni di accettabilità di un'ipotesi (o criteri di verità) e la nozione di verità è indicata da TARSKI A., *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica*, in Linsky L. (a cura di), *Semantica e filosofia del linguaggio*, Il Saggiatore, 1969, pp. 61-64, il quale menziona ancora la distinzione tra enunciato vero ed enunciato dimostrabile.

⁸³⁵ Ancora sulla distinzione tra ciò che viene ritenuto come vero all'interno del processo e ciò che è vero v., in particolare, FERRUA P., *Giustizia del processo*, cit., p. 1204; Id. *La prova nel processo*, cit., p. 42 ss.; FERRER BELTRÁN J., *La valoración*, cit., p. 31 ss; Id., *Prueba y verdad*, cit., p. 73 ss; GAROFOLI V., *Verità e processo*, cit., p. 49; BULYGIN E., *Cognition*, cit., p. 20. Distinzione che appare anche nella filosofia, cfr. VOLPE G., *La verità*, cit., pp. 13-14, il quale chiarisce che la relatività attiene alle ragioni per ritenere che una proposizione sia vera «"giustificazione epistemica"», e non alla verità. Questo chiarimento permette di non moltiplicare i concetti di verità, cfr., per tutti, BADARÓ G. H., *Proceso penal*, cit., p. 380. È importante chiarire che la locuzione «verità reale» è molto usata solo con forza retorica, quindi interpretarla letteralmente, quando fa parte soltanto di una retorica di aspirazione cognitiva e razionale diretta alla riduzione di errore, con lo scopo anche di sottolineare che non si applica la libera disponibilità delle parti, è stabilire una falsa polemica con l'intenzione spuria o semplice di tentare di rimuovere la serietà dell'argomentazione contraria, e così togliendo valore delle posizioni opposte per rafforzare i propri argomenti stessi; cfr. TWINING W., *Some scepticism*, cit., pp. 104, 146-148.

gli enunciati sui fatti e i fatti passati ai quali questi enunciati si riferiscono⁸³⁶.

Si accoglie l'idea che le ragioni delle parti e i pronunciamenti giurisdizionali includono soltanto enunciati di fatto⁸³⁷, che sono nient'altro che descrizioni di eventi che si verificano nel mondo reale, in questo modo, come pretendono di descrivere qualcosa che sarebbe avvenuto nella realtà, queste proposizioni che descrivono fatti possono essere vere o false⁸³⁸. Pertanto, quando si discute di verità nel processo, si sta trattando della verità di un enunciato circa fatti passati⁸³⁹. E sono tali enunciati sui fatti che sono oggetto di prova in giudizio.

Questa semplice descrizione permette di identificare una distinzione importante tra significato di verità, che è collegato al mondo empirico, ontologico, e viene riferito al singolare; e i metodi o criteri di accertamento della verità nel processo, che si riferisce all'epistemologia, e vengono riferiti al plurale⁸⁴⁰. Lo stesso Tarski chiarisce che la concezione semantica della verità non tratta dei criteri o condizioni in base alle quali un enunciato empirico può essere affermato, cioè è neutrale rispetto ai criteri epistemologici⁸⁴¹.

Il significato o senso di verità che si assume in questo studio è propriamente quello di corrispondenza ai fatti, o ancor meglio, della relazione tra l'enunciato fattuale inserito nel

⁸³⁶ E è in questo senso che si può dire che la verità è realistica (non reale), perché si tratta di fatti, persone, oggetti, eventi che si sono verificati, differente dal ritenuto vero all'interno del processo, che alcuni denominano come «verità epistemica», cfr. D'AGOSTINI F., *L'uso scettico*, cit., p. 54 ss; o «verità formale», cfr. SUMMERS R. S., *Formal legal truth*, cit., p. 498.

⁸³⁷ La dottrina menziona differenze tra gli enunciati e le proposizioni, cfr., ad es., MARCONI D., *Per la verità*, cit., p. 45, nt. 5; VOLPE G., *La verità*, cit., p. 15 ss; D'AGOSTINI F., *Verità avvelenata*, cit., p. 24, si può menzionare che «proposizioni» indicano il contenuto di una affermazione o dichiarazione, mentre gli «enunciati» sono le parole di una determinata lingua che esprimono tale contenuto, in modo che gli attributi del vero e del falso si applicano alle proposizioni; tuttavia i termini saranno qui utilizzati genericamente come sinonimi. Sulla differenza tra enunciati su fatti e fatti, v. TARUFFO M., *La prova dei fatti*, cit., p. 91 ss; 235.

⁸³⁸ Cfr. CAPRIOLI F., *Verità*, cit., p. 611, non sono i fatti che possono essere considerati veri o falsi, ma solo le proposizioni che li descrivono. Nel medesimo senso, v. anche FERRER BELTRÁN J., *La valoración*, cit., p. 27; MARCONI D., *Per la verità*, cit., p. 6; UBERTIS G., *La ricerca*, cit., p. 9. Come ben spiega CARRATTA A., *Funzione dimostrativa*, cit., p. 73 ss., non si può in realtà provare la verità o la falsità di un fatto, i fatti possono «essere» o «non essere»; l'oggetto della dimostrazione sono le affermazioni sugli eventi che si sono verificati, quindi sempre «che si utilizzino espressioni come «verità del fatto nel processo» o «prova della verità di un fatto», queste espressioni siano da reputarsi corrette soltanto come abbreviazione della più ampia formula «la prova nel processo della verità dell'affermazione di esistenza di un fatto»».

⁸³⁹ Cfr. TARUFFO M., *La verità nel processo*, cit., p. 183, la verità non è un'entità, un assoluto, ma piuttosto il predicato di un enunciato che dice qualcosa intorno ad un fatto. È in questo senso la teoria semantica della verità di Tarski «di applicare il termine «vero» agli enunciati», TARSKI A., *La concezione semantica*, cit., p. 29.

⁸⁴⁰ Si tratta una di una differenza importante tra «nozione di verità come corrispondenza» e i «criteri per accertarla»; cfr. sostiene, ad es., FERRUA P., *Contraddittorio e verità*, cit., p. 63 ss.; Id., *Giustizia del processo*, cit., p. 1204; PULITANÒ D., *Cura della verità*, cit., p. 64; TARUFFO M., *La prova dei fatti*, cit., p. 144; KOSTORIS R. E., voce *Giudizio*, cit., p. 9.

⁸⁴¹ TARSKI A., op. cit., p. 38; UBERTIS G., *La ricerca*, cit., p. 11, nt. 44.

processo e i fatti avvenuti nel mondo reale⁸⁴², si tratta, pertanto, della nozione non epistemica di verità, così considerata perché si tratta della verità che non dipende dagli elementi probatori inseriti in giudizio, configurandosi come un attributo che non si subordina al metodo di accertamento adottato⁸⁴³.

D'altro canto, il metodo di ricerca della verità che si sviluppa nel processo può essere basato solo sulla relazione tra gli enunciati fattuali e altre proposizioni, identificate come premesse probatorie, o semplicemente prove⁸⁴⁴; questo perché il fatto storico appartiene al passato, non esiste più e non può essere scoperto. Questa nozione è importante per evitare la ricaduta verso un equivoco concetto «reificato» di verità; la verità non può essere scoperta, in quanto si relaziona a un fatto che non è nascosto, ma è assente, attualmente irreali, appartiene al passato, pertanto è possibile solo una ricostruzione con base negli elementi di prova⁸⁴⁵. In estrema sintesi, la teoria semantica non impedisce di limitare la ricerca della verità nell'ambito processuale alla verifica empirica delle proposizioni fattuali rilevanti per il giudizio, una verifica che può essere fatta solo sulla base dei dati probatori inseriti legittimamente nel giudizio⁸⁴⁶, i quali devono permettere di approssimarsi il più possibile alla verità.

Solo le proposizioni possono servire come prova di altre proposizioni, a partire da una

⁸⁴² TARUFFO M., *La semplice verità*, cit., p. 78; Id., *Fatto, prova e verità*, cit., p. 316; PECZENIK A., *Coherence, Truth*, cit., p. 307 ss. Il riferimento è la teoria semantica di Tarski. Ai fini del presente studio, e dell'approccio limitato conferito alla verità, è sufficiente questa constatazione. Tuttavia, è necessario sottolineare che, secondo alcuni, la concezione semantica di Tarski espone che la verità mette in relazione il linguaggio con un metalinguaggio, e non il linguaggio con la realtà, si tratta di una definizione nominale, e non reale, della verità, cfr., ad es., FERRUA P., *Contraddittorio e verità*, cit., p. 73; CAPRIOLI F., *Verità*, cit., p. 611; MAZZA O. *Verità reale*, cit., p. 715; UBERTIS G., *La ricerca*, cit., p. 11. Ad ogni modo, lo stesso FERRUA P., *La prova nel processo*, cit., p. 44, finisce per acconsentire a che «il metalinguaggio di Tarski» indica che la verità di un enunciato consiste nella relazione tra l'enunciato «e ciò su cui esso verte, ossia il suo oggetto», che sembra essere l'idea di TARSKI A., op. cit., p. 38 ss, nel precisare che interessa la nozione di verità applicata agli enunciati contenuti nel linguaggio-oggetto, ossia, al «linguaggio di cui si parla». V., ancora, FERRER BELTRÁN J., *Prueba y verdad*, cit., p. 73; FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, cit., p. 20 ss; Id. *Guarantees and truth*, cit., p. 303 ss; UBERTIS G., *La ricerca*, cit., p. 11; TARUFFO M., *La prova dei fatti*, cit., pp. 145-146; VOLPE G., *La verità*, cit., p. 65 ss.

⁸⁴³ Cfr. FERRUA P., *La prova nel processo*, cit., p. 21. Se non fosse così, nel caso l'accettabilità razionale di una proposizione in situazione epistemica ideale fosse lo stesso che la verità, sarebbe uguale al dire che «la verità è immanente alle nostre pratiche conoscitive», ossia, il metodo sarebbe costitutivo della verità di una proposizione, cfr. VOLPE G., *La verità*, cit., p. 60 ss.

⁸⁴⁴ Come riferisce CARRATTA A., *Funzione dimostrativa*, cit., p. 80, si tratta di una relazione esistente tra «*factum probans e factum probandum*».

⁸⁴⁵ Estremamente chiare in proposito le parole di FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, cit., p. 33: «Ri-costruzione e non 'scoperta' è l'espressione che scolpisce il lavoro del giudice, come dello storico, nell'accertamento dei fatti». V., ancora, TARUFFO M., *La prueba*, cit., p. 19; UBERTIS G., *La ricerca*, cit., p. 9, 12; CANZIO G., *Ragioni, verità e dubbio nel labirinto del processo penale*, in *La giustizia penale*, 2015, parte 3, p. 196; KOSTORIS R. E., voce *Giudizio*, cit., p. 8. BELLUTA H., *Riflessioni sui poteri*, cit., p. 1533 parla di rivisitazione dei fatti accaduti.

⁸⁴⁶ MAZZA O. *Verità reale*, cit., p. 715. Secondo GAROFOLI V., *Verità e processo*, cit., p. 49, la nozione semantica della verità «consente come possa prospettarsi la corrispondenza con la realtà».

relazione inferenziale che si sviluppa sul piano del linguaggio, e pertanto ha il carattere epistemico⁸⁴⁷. Nel caso questa relazione induttiva tra gli elementi di prova disponibili in giudizio e gli enunciati fattuali rilevanti per la risoluzione giudiziale sia positiva, la proposizione fattuale potrà essere considerata vera, e, in quanto tale, essere inserita come base per la decisione giudiziaria⁸⁴⁸.

Ad ogni modo, il significato di verità dell'enunciato storico continua a dipendere dalla relazione di corrispondenza della proposizione fattuale con i fatti oggetto del giudizio, ovvero, la decisione che considera gli enunciati fattuali provati non stabilisce né costituisce la verità relativamente a questi fatti⁸⁴⁹, perché tale attributo, o il senso della verità, non si chiude nel metodo, non dipende dalla relazione tra enunciati linguistici, dipende sì dalla relazione di corrispondenza delle proposizioni fattuali con i fatti passati, anche se questa linea di riferimento rimanga inaccessibile, una volta che, come è già stato detto, il riferimento fattuale è scomparso, non esiste più⁸⁵⁰.

Nonostante sia riconosciuta qualche fragilità o incertezza nella teoria della verità come corrispondenza⁸⁵¹, è esattamente il collegamento con il mondo ontologico, la relazione tra la proposizione fattuale e la realtà del passato, che allontana il processo dalla mera finzione, basata sulla semplice coerenza narrativa; la pretesa di verità del processo, principalmente del giudizio penale, attua come ideale regolatore⁸⁵², e permette di non equiparare la giurisdizione penale a un mero esercizio narrativo di congruenza e persuasione,

⁸⁴⁷ Così si esprime FERRUA P., *Il giudizio penale*, cit., pp. 338-342; CAPRIOLI F., *Verità*, cit., p. 616; CARRATTA A., *Funzione dimostrativa*, cit., p. 79 ss.

⁸⁴⁸ FERRER BELTRÁN J., *Prueba y verdad*, cit., p. 74 ss., il quale distingue anche «estar probado» e «ser tenido por probado», per allontanare una concezione irrazionale e soggettiva del metodo, inserendo criterio esterno alla decisione del giudice che permetta di valutare la sua correttezza; secondo l'autore, per poter considerare un enunciato come veritiero «*depende de que efectivamente existan o no elementos de juicio suficientes*» nella procedura. In senso simile, v. HAACK S., *Probabilismo giuridico: un dissenso epistemologico*, in Id., *Legalizzare*, cit., pp. 76-88, quando dice che il grado di convincimento, ossia lo stato mentale di chi si pronuncia sui fatti è distintamente secondario, dovendo essere predominante la forza delle prove. Si tratta di una questione epistemologica sul «grado di credenza *garantito dalle evidenze*» (corsivo nell'originale), il che dipende della qualità delle prove.

⁸⁴⁹ A meno che non adottiamo un concetto simile a Kelsen, per il quale il giudice crea «*legal facts*» mediante il suo pronunciamento finale, «*The truth of an empirical statement of fact like "Tom killed Peter" does not depend on what a judge or other official say*», dipenderà sì dalle regole semantiche del linguaggio utilizzato «*and on the facts referred to by the statement*», al contrario la decisione giudiziaria non sarebbe suscettibile ad errore nell'apprezzamento della materia fattuale, sarebbe infallibile, cfr. BULYGIN E., *Cognition*, cit., pp. 20-22.

⁸⁵⁰ FERRUA P., *Il giudizio penale*, cit., p. 347.

⁸⁵¹ Ciò che viene riconosciuto, ad es., da TARUFFO M., *Considerazioni su prova*, cit., p. 302; A proposito di alcuni di questi problemi, v. D'AGOSTINI F., *L'uso scettico*, cit., p. 33; Id., *Verità avvelenata*, cit., p. 84, la quale riferisce che l'accettabilità razionale di una tesi indica la questione della verità «*proprio intesa in senso realistico*».

⁸⁵² Le espressioni «*regulatory idea*» e «*regulatory principle in jurisdiction*» sono utilizzate da FERRAJOLI L., *Guarantees and truth*, cit., pp. 305-306.

o di accettabilità argomentativamente giustificata⁸⁵³. L'abbandono del riferimento nella verità fattuale come parametro auspicabile nella dinamica probatoria in giudizio farebbe sì che il diritto penale non funzionasse «come criterio di giustizia»⁸⁵⁴.

Ovviamente non si tratta di nessuna pretesa di verità assoluta nel processo⁸⁵⁵, la conoscenza della verità è legata al contesto in cui è stata ricostruita, alle tecniche adottate per la sua ricerca, pertanto si relaziona con la quantità e qualità degli elementi a disposizione nella ricerca del suo conoscimento. Non è la verità che si relaziona con il contesto, ma sì i metodi o i criteri adottati nella ricerca della verità, quindi è il conoscimento della verità che è relativo agli elementi di giudizio che determinano il suo conoscimento⁸⁵⁶, e precisamente perché si basa su ragioni oggettive capaci di giustificare razionalmente le conclusioni, che la verità nel processo, anche se relativa alle informazioni fornite dalle prove, è oggettiva, e non soggettiva o dovuta a predilezioni interne del giudice⁸⁵⁷.

Questa breve e molto limitata incursione nel complesso tema della verità ha il solo scopo di indicare la rilevanza della ricezione della concezione di verità che mantenga un legame con i fatti realmente accaduti, cioè con il mondo esterno al processo e quindi esterno al linguaggio, all'epistemologia e al metodo giudiziario; esattamente per rafforzare l'idea per cui la verità rilevante nel processo giudiziario, e nella giustizia delle decisioni penali, non possa essere riassunta nel metodo. Qualora si ricevesse la ricerca della verità come un valore degno di tutela nel processo, e in quanto tale adatto ad influire nella elaborazione del meccanismo giudiziario, ma si accogliesse qualcuna delle concezioni di verità come mero

⁸⁵³ CAPRIOLI F., *Verità*, cit., p. 618. Secondo DAMAŠKA M. R., *Il diritto delle prove*, cit., p. 138, non accettare qualcuna delle varianti per le quali la verità indica, in qualche modo, relazione con i fatti avvenuti, significherebbe ritirare il significato dall'attuale sistema probatorio, oltre a trascurare le preoccupazioni con il corretto accertamento fattuale in giudizio. In senso analogo, HAACK S., *Epistemologia e diritto*, cit., p. 5. V., ancora TARUFFO M., *La semplice verità*, cit., p. 79, per il quale la nozione di verità come giustificazione permetterebbe anche di collocare la verità al centro delle attenzioni.

⁸⁵⁴ PULITANÒ D., *Cura della verità*, cit., p. 69. Secondo BELLUTA H., *Riflessioni sui poteri*, cit., p. 1533, anche se superabile nell'intento classificatorio, l'idea di verità come corrispondenza «diviene, invece, estremamente utile» alla conformazione del metodo giudiziale.

⁸⁵⁵ TARUFFO M., *La semplice verità*, cit., p. 78, 82; Id., *La prova dei fatti*, cit., p. 25 ss, 53 ss., 153 ss.; Id., *Fatto, prova e verità*, cit., p. 317; MAZZA O., *Verità reale*, cit., p. 714 ss. Questa considerazione è importante per evitare «l'equivoco della verità assoluta», un argomento che viene ancora utilizzato per sminuire la ricerca della verità nel processo, in una posizione identificata come «*Dissatisfied Perfectionist*», cf. TWINING W., *Some scepticism*, cit., p. 96 ss.; CARRATTA A., *Il diritto come*, cit., p. 178 ss.

⁸⁵⁶ TARUFFO M., *La semplice verità*, cit., p. 81 ss., il quale identifica che l'enunciato fattuale è o non è vero, in quanto si relaziona con la realtà dell'evento, ciò che può variare è il grado di conferma in giudizio, che dipende ed è condizionato dal metodo utilizzato. In tal senso, FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, cit., pp. 17-18; UBERTIS G., *La ricerca*, cit., p. 1. Estremamente chiare in proposito le parole di MARCONI D., *Per la verità*, cit., p. 15: «Che le giustificazioni siano figlie del tempo non implica che lo sia la verità».

⁸⁵⁷ Così, TARUFFO M., *La verità nel processo*, cit., p. 194; LYNCH M. P., *True to life*, cit., p. 10 ss., 22, il quale descrive la verità come oggettiva in senso minimalista, ma sempre legata al mondo come questo è, e non come crediamo o vogliamo. In senso difforme, si può v. CAVALLONE B., *In difesa della veriphobia*, cit., p. 10.

convincimento, certezza, o accettabilità giustificata, ci sarebbe, per non dire altro, un camminare in circolo, o ritorno al punto di partenza, perché il valore della verità si diluirebbe nel procedimento, decorrerebbe o si costituirebbe attraverso lo sviluppo del metodo⁸⁵⁸. E, essendo così, la propria giustizia si riassumerebbe nella formalità del metodo: qualsiasi soluzione in seguito all'applicazione del metodo sarebbe giusta nei modi molto assimilati ad una giustizia processuale pura.

La verità può solamente sviluppare le sue capacità come garanzia e ideale regolativo nel processo quando è correlata agli eventi accaduti, ai fatti esterni al processo ai quali gli enunciati fattuali fanno riferimento. E anche se il processo penale ci consente solo di approssimarsi alla verità⁸⁵⁹, molto in ragione di limitazioni inerenti al proprio metodo⁸⁶⁰, ciò che è razionalizzato e pienamente ammesso quando si assume lo standard decisionale «*beyond any reasonable doubt*»⁸⁶¹, la verità nel suo senso unico di corrispondenza non può essere abbandonato, principalmente nel processo penale, nel quale il rischio di decisioni

⁸⁵⁸ Le parole di RESNICK D., *Due process*, cit., p. 210, sono precise a questo proposito: «*If we try to explain due process simply in terms of formal justice we are right back where we started from. How can the fact that an outcome is formally just make an unjust outcome less unjust?*». Nello stesso senso, v. TARUFFO M., *Metodo accusatorio*, cit., p. 169, secondo il quale assumere una nozione di verità che prescindere dal criterio dell'approssimazione alla realtà dispensa di riflettere sulla metodologia più appropriata a questo scopo, e dunque l'unico requisito sarebbe far funzionare nel modo più corretto, ad es., la c.d. «*fight theory of truth*».

⁸⁵⁹ Fra i tanti, v. FERRAJOLI L., *Guarantees and truth*, cit., pp. 305-6; D'AGOSTINI F., *L'uso scettico*, cit., p. 26; Al riguardo, PUTNAM H., *Realismo e senso*, cit., p. 14, spiega che: «Per essere realisti, per essere dei sani realisti, è necessario fare uso della nozione di "verità approssimativa"».

⁸⁶⁰ Come è stato menzionato nel capitolo precedente, molte regole processuali esistono per tutelare valori differenti, e molte volte contrari alla verità; il fattore tempo delimita la ricerca, anche per ragioni di efficienza; il metodo epistemico delimita l'accertamento dei fatti; il proprio standard probatorio «in dubio pro reo», secondo alcuni, inclina la soluzione a favore dell'accusato, a costo dell'accuratezza. Sul questo punto, in senso differente, si può dire, cfr. TARUFFO M., *Contro la veriphobia*, cit., p. 1008, che questa regola di giudizio si applica soltanto quando il fatto non è stato provato, e può, quindi, essere un incentivo alla produzione di prova per l'accusa. Sul tema della limitazione alla ricerca della verità nel processo, senza nessuna pretesa esaustiva, si può vedere: CAPRIOLI F., *Verità*, cit., p. 612; OTTONELLI V., *Giustizia procedurale*, cit., p. 103; FERRUA P., *Il giudizio penale*, cit., p. 348 ss.; CHIESA L. E., *Giustizia e fairness*, cit., pp. 135, 144, 155; UBERTIS G., *La ricerca*, cit., p. 31 ss.; DAMAŠKA M. R., *Il diritto delle prove*, cit., p. 24 ss.; SOLUM L. B., *Procedural justice*, cit., p. 311; DWORKIN R., *Principi, politiche*, p. 109; GALLIGAN D. J., *Due process*, cit., p. 7; FERRER BELTRÁN J., *Prueba y verdad*, cit., p. 40 ss, 57 ss.; WRÓBLEWSKI J., *La prueba jurídica*, cit., 179 ss; BULYGIN E., *Cognition*, cit., p. 21.

⁸⁶¹ Così TWINING W., *Some scepticism*, cit., p. 104. Criterio di origine anglosassone inserito nell'art. 533, comma 1 del c.p.p. italiano dall'art. 5, L. n. 46 del 2006. Fu a partire dalla sentenza *In re Winship*, Corte Suprema degli Stati Uniti, 397 U.S. 358 (1970) che la prerogativa fu stabilita come diritto costituzionale dell'accusato: «*we explicitly hold that the Due Process clause protects the accused against conviction except upon proof beyond a reasonable doubt of every facts necessary to constitute the crime with which he is charged*»; cfr. KADISH S. H.; SCHULHOFER S. J.; STEIKER C. S., *Criminal law and its processes: cases and materials*, 8. ed., Wolters Kluwer, 2007. p. 29-30. Sul tema, v., ad esempio, STELLA F., *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3. ed., Giuffrè, 2003. p. 189 ss.; D'ALESSANDRO F., *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella revisione del processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 682 ss; CANZIO G., «*L'oltre il ragionevole dubbio*» come regola probatoria e di giudizio nel processo penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 303 ss; CAPRIOLI F., *L'accertamento*, cit., p. 51 ss., p. 75; LAUDAN L., *Truth, error*, cit., p. 29 ss.; STELLA F., GALAVOTTI M. C., «*L'oltre il ragionevole dubbio*» come standard probatorio. *Le infondate divagazioni dell'epistemologo Laudan*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 883 ss.; MAZZA O. *Verità reale*, cit., p. 722 ss.; TARUFFO M., *Fatto, prova e verità*, cit., p. 306 ss.

basate su giudizi di moralità, efficienza, convenienza o utilità, anche se furtivi, porterebbero alla delegittimazione della giurisdizione penale stessa⁸⁶².

In questo modo, ciò che è importante evidenziare in tutta questa discussione è il ruolo o la funzione che la verità svolge nel processo, che risiede nel riconoscimento che l'unica giustificazione ammissibile delle decisioni penali passa per la verità dei suoi presupposti fattuali⁸⁶³, e anche se l'unica verità che può essere ottenuta nel processo è una verità relativa agli elementi di giudizio, la verità come corrispondenza deve permanere come valore regolativo e di garanzia⁸⁶⁴. Riprendendo l'analogia già menzionata, la verità è «il punto di riferimento che orienta la direzione del viaggio»⁸⁶⁵, e il meccanismo processuale, così come la dinamica concreta in giudizio, deve essere orientata in tale direzione, con l'obiettivo di avvicinarsi il più possibile al limite ideale di corrispondenza tra gli enunciati fattuali e i fatti effettivamente avvenuti.

Questa nozione del valore fondamentale intrinseco, inerente alla verità, è ciò che si pretendeva evidenziare in questo passaggio schematico⁸⁶⁶, estraendo dalla propria nozione di verità rinforzo alle idee sostenute, e sotto questo aspetto sembrava indispensabile indicare almeno i contorni dell'idea di verità alla quale si collega tale menzionato valore fondamentale, in modo da aggregare nell'argomentazione sviluppata nel senso che la nozione del giusto processo penale inserisce anche una preoccupazione con la ricerca della correttezza delle decisioni giudiziali attraverso l'aspetto del corretto accertamento fattuale.

3.5 Possibili punti di contatto con gli obblighi procedurali penali positivi riconosciuti dalle corti sovranazionali sui diritti umani

Secondo una comprensione che risulta dalla giurisprudenza della Corte EDU⁸⁶⁷ a tutela di alcuni beni giuridici particolarmente importanti, elevati a condizione di diritti umani

⁸⁶² Per questo orientamento v. CAPRIOLI F., *Verità*, cit., pp. 618-619. In senso analogo, GAROFOLI V., *Verità e processo*, cit., p. 50.

⁸⁶³ FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, cit., p. 43.

⁸⁶⁴ Sulla relazione tra il principio sostanziale di legalità, «un vincolo di realtà», «la funzione cognitiva del processo» e il «garantismo penale» v., ad es., PULITANÒ D., *Cura della verità*, cit., pp. 65-68.

⁸⁶⁵ TARUFFO M., *Fatto, prova e verità*, cit., p. 317; Id. *La verità nel processo*, cit., p. 193. All'indicare la distinzione tra accettabilità e verità, TARSKI A., *La concezione semantica*, cit., 62, riferisce che la verità può servire come un limite ideale per l'accettazione di una teoria. VOLPE G., *La verità*, cit., p. 121, in senso simile, menziona che la verità deve necessariamente governare l'esercizio della pratica epistemica, come una norma costitutiva di questa pratica. PECZENIK A., *Coherence, Truth*, cit., p. 309, dice che la funzione della concezione di verità è quella di determinare i propositi di pratiche come l'epistemologia e la scienza.

⁸⁶⁶ Indicando che la verità si costituisce in un valore, TARUFFO M., *La verità nel processo*, cit., p. 183; Id., *La prova dei fatti*, cit., p. 42.

⁸⁶⁷ La Corte interamericana dei diritti dell'uomo si incammina nello stesso senso.

convenzionalmente protetti, presuppone la presenza nel sistema giudiziario domestico non appena di norme incriminatorie idonee, ma anche di appropriati ed efficienti meccanismi di accertamento dei delitti. Si tratta dei denominati obblighi positivi di carattere processuale che incidono sulle istituzioni investigative nazionali, nonché sugli organi giurisdizionali. Il riconoscimento di tali esigenze di carattere procedurale è sempre più frequente nella giurisprudenza della Corte europea⁸⁶⁸.

La linea giurisprudenziale compilata dalla Corte di Strasburgo in materia di obblighi procedurali penali positivi, se è vero che non conferisce un orientamento elaborato come sopra sviluppato, nella forma di un corpo teorico affermato e con una proiezione estesa all'insieme del sistema giuridico-processuale penale, almeno fornisce indicazioni essenziali che sono in armonia con ciò che è stato sviluppato nel corso dell'esposizione. Questa versante della giurisprudenza transnazionale, già riconosciuta da prestigiosa dottrina come una delle elaborazioni più originali della Corte dei diritti umani⁸⁶⁹, può essere assunta come mera tendenza o, nel caso si preferisca, come segnale di una intuizione fondamentale della direzione da seguire⁸⁷⁰. Si ritiene, tuttavia, che molte delle nozioni sostenute nel corso dello studio sono state suggerite in modo implicito, ma contundente e sistematico, dalle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, in modo da permettere che tali indicazioni teoriche e metodologiche siano appropriati nella presente elaborazione, come rinforzo alla nozione principale.

In questo approccio rapido e incompleto agli obblighi procedurali penali positivi all'interno della Corte EDU, l'idea non è di proporre alcuna reinterpretazione, neanche di riformulare tale orientamento giurisprudenziale, l'intenzione è quella di indicare quale di queste intuizioni metodologiche possono essere più proficue alle idee qui presentate. A tal fine, saranno appena indicate in modo succinto alcune linee guida tratte dalle sentenze della Corte di Strasburgo attinenti alla qualità dell'accertamento fattuale nel processo penale, proiettandosi, successivamente, alcune ipotesi di estensione con la capacità di aggiungere nella linea espositiva assunta in questo studio.

⁸⁶⁸ Sul tema, in particolare, v., *amplius*, FISCHER D., PEREIRA F. P., *As obrigações processuais penais positivas*, Livraria do Advogado, 2018.

⁸⁶⁹ VIGANÒ F., *Obblighi convenzionali*, cit., p. 252; BALSAMO A., *L'art. 3 della CEDU*, cit., p. 3926.

⁸⁷⁰ Si tratta di cercare nelle Corti sovranazionali una conferma, anche se tenue, dell'importanza dei valori strumentali nella misurazione della giustizia del processo penale. Per una panoramica della rilevanza dei valori non strumentali di *procedural justice* nelle Corti di diritti umani, in particolare nella Corte EDU, v. BREMS E., LAVRYSEN L., *Procedural justice in human rights adjudication: the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 35, n. 1, 2013, p. 176 ss.

L'inserimento delle direttrici provenienti dalla Corte EDU sarebbe già importante, perlomeno, per evitare che si ricada in problemi comunemente relativi tanto alla epistemologia giuridica quanto alla filosofia giuridica, come avvertiva Haack, di mantenersi ad un livello di astrazione tale che non permetta di affrontare sensatamente qualsiasi sistema giuridico reale⁸⁷¹. Allo stesso tempo in cui si evita di incidere nel problema esattamente opposto, di eccessiva concentrazione nelle questioni di un dato sistema processuale a punto da ignorare pratiche giuridiche diverse, o snaturare il «dover essere» in modo da stravolgerlo nell'«essere», ovvero, comprendere cos'è il diritto in base alla sua pratica professionale⁸⁷².

Si aggiunge inoltre l'importanza, per questo effetto, della nozione sviluppata nel primo capitolo circa la necessità di riflettere sul processo penale e sull'ordinamento processuale in generale, a partire dall'interazione tra fonti normative provenienti dai livelli domestico e internazionale⁸⁷³. Solo per questi motivi, il riferimento, anche se contenuto, alle possibili influenze del sistema giuridico sovranazionale in materia di qualità dell'accertamento giuridico penale già sarebbe sufficientemente giustificato.

Sul piano internazionale di tutela dei diritti umani, con particolare attenzione al consistente corpo teorico proveniente dalla giurisprudenza della Corte europea, è più che possibile, è necessario riconoscere un vero dovere convenzionale per gli organismi nazionali di implementare una indagine adeguata e effettiva che permetta di chiarire i fatti praticati e i loro autori⁸⁷⁴. Nell'analisi delle sentenze della Corte europea che riguardano l'eventuale pratica di reati che attingono i beni giuridici più rilevanti protetti dalla Convenzione, è possibile indicare alcune idee di forza o linee guida relative alla necessità che i procedimenti di indagine e i processi giudiziari siano condotti in modo diligente e adeguato al chiarimento dei fatti e all'identificazione delle responsabilità⁸⁷⁵.

In questo senso della qualità strumentale del processo penale, o del miglior funzionamento della giustizia penale, alcuni attributi generalmente messi in discussione nella dottrina come la ricerca della verità, nel senso di un qualificato accertamento fattuale; la

⁸⁷¹ HAACK S., *Epistemologia e diritto*, cit., p. 14.

⁸⁷² HAACK S., *Epistemologia e diritto*, cit., p. 14.

⁸⁷³ V. *supra*, item 1.5.

⁸⁷⁴ Nella Corte Interamericana il riconoscimento di questo dovere degli stati di chiarire i reati sta prendendo piede, ed è già stato affermato che: «*Por otra parte, en casos como el presente, con arreglo en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, los familiares de la víctima fallecida tienen el derecho de conocer la verdad de lo ocurrido; derecho que exige la determinación procesal de la más completa verdad histórica posible*»; cfr. Corte IDU, *Kawas Fernández c. Honduras*, cit., § 117.

⁸⁷⁵ Queste linee guida possono essere trovate nei giudizi di Strasburgo in modo concentrato e schematico, ad esempio nelle sentenze dei seguenti casi: Corte Edu, sent. 13 dicembre 2012, *El-Masri c. Macedonia*, § 182 ss.; Corte Edu, sent. 23 febbraio 2016, *Nasr e Ghali c. Italia*, più riconosciuto come «caso Abu Omar», § 262 ss.

natura effettiva, e non meramente simbolica, delle sanzioni applicate; e l'esigenza di durata ragionevole come garanzia oggettiva di adeguato funzionamento della giurisdizione, pertanto come imposizione di efficienza della persecuzione penale⁸⁷⁶, è stato riconosciuto da successive sentenze della Corte EDU.

Indicativo di questa assimilazione relativa alla qualità complessiva dell'attuazione statale nell'ambito penale è l'esigenza rivolta agli organismi statali di avviare gli atti formali di indagine immediatamente dopo l'avvenuta conoscenza della possibile occorrenza di qualsiasi incidente che comporti una lesione ai diritti tutelati nelle clausole convenzionali⁸⁷⁷. L'adeguatezza e l'efficacia necessarie al chiarimento dei fatti criminali esige l'instaurazione d'ufficio dei procedimenti investigativi da parte dell'autorità competente⁸⁷⁸, e tale apertura delle procedure deve avvenire prontamente, ovvero, non appena gli agenti incaricati vengono a conoscenza della possibile violazione di un diritto fondamentale⁸⁷⁹.

Alla base di questo imperativo di attuazione celere delle autorità incaricate dell'appuramento dei fatti prevale la finalità di facilitare la localizzazione e la raccolta degli elementi atti al chiarimento degli eventi illeciti e all'identificazione e persecuzione dei responsabili⁸⁸⁰. Sembra ovvio che quanto prima le procedure di investigazione sono avviate, quanto più vicino all'avvenimento dell'illecito si promuova la ricerca ufficiale di dati e informazioni relative ai delitti, meno complicato sarà il compito di localizzare elementi idonei all'avanzamento delle indagini e al completo chiarimento delle circostanze relative al caso penale.

La Corte EDU ha ripetutamente affermato che gli obblighi processuali penali positivi incidono indipendentemente dal fatto che la supposta condotta lesiva sia stata praticata da

⁸⁷⁶ GRINOVER A. P., *Lineamentos gerais do novo processo penal na América Latina: Argentina, Brasil e Código-Modelo para Ibero-América*, in Id., *O processo em evolução*, 2a. ed., Forente Universitária, 1998, p. 208, riferendosi alle caratteristiche fondamentali assunte nel codice modello di procedura penale per Ibero-America, inserisce la ricerca dell'efficienza del processo, intesa da un lato come efficienza nella persecuzione penale, e, dall'altro, come l'effettività delle garanzie procedurali.

⁸⁷⁷ Anche nella Corte Interamericana sono affermati tali requisiti generali di effettività di appuramento di responsabilità, v., ad es., Corte IDH, *Garibaldi c. Brasile*, cit., § 115; Corte IDH, sent. 24 novembre 2010, *Gomez Lund e al. ("Guerrilha do Araguaia") c. Brasile*, serie c, n. 219, § 138.

⁸⁷⁸ Questa considerazione è costante nelle sentenze di Strasburgo, a titolo di esempio, v. *Giuliani e Gaggio c. Italia*, cit., § 301; Corte Edu, sent. 16 aprile 2013, *Meryem Çelik e al. c. Turchia*, n. 3598/03, § 73. In dottrina, nella stessa linea, v. CASSIBBA F., COLELLA A., *Art. 3 - Proibizione della tortura*, in UBERTIS, G., VIGANÒ, F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, G. Giappichelli, 2016, p. 86.

⁸⁷⁹ PARLATO L., *Effettività delle indagini, ed "equità processuale". Il punto su investigazioni scientifiche sulla persona e operazioni sotto copertura*, in GAITO A., CHINNICI D. (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Cedam, 2016, p. 74. V., ad es., Corte Edu, sent. 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, n. 6884/11, § 205; *Giuliani e Gaggio c. Italia*, cit., § 305.

⁸⁸⁰ V. Corte Edu, sent. 01 giugno 2010, *Gäffgen c. Germania*, n. 22978/05, § 121; *Cestaro c. Italia*, cit., § 205; *El-Masri c. Macedonia*, cit., § 183; Corte Edu, sent. 9 settembre 2014, *Carrella c. Italia*, n. 33955/07, § 80.

agenti pubblici o privati⁸⁸¹. È necessario sottolineare che le ipotesi di violazioni commesse direttamente da organi o agenti pubblici muove la giurisprudenza di protezione dei diritti umani a risaltare, con particolare enfasi, la necessità che le indagini siano condotte da organismi pubblici indipendenti e imparziali⁸⁸². I giudici di Strasburgo considerano che l'effettività del procedimento investigativo diretto ad appurare illeciti praticati da agenti pubblici raccomanda che le procedure non siano condotte dallo stesso corpo di polizia al quale appartengono i poliziotti sospetti della pratica delle infrazioni.

Come già indicato precedentemente⁸⁸³, l'imposizione di assicurare un livello ragionevole di celerità nella conduzione dell'insieme degli atti procedurali che permetta di raggiungere il risultato finale della giurisdizione penale in un tempo ragionevolmente accettabile è oggetto di grande attenzione nelle sentenze della Corte di Strasburgo⁸⁸⁴. Così, ci sono già stati casi in cui è stato riconosciuto l'adempimento generico degli obblighi procedurali nel condurre le indagini dal punto di vista della qualità delle misure realizzate, ma i giudici hanno riconosciuto la violazione della CEDU in ragioni della mancanza di effettività a causa degli smisurati ritardi nel corso dell'attuazione domestica⁸⁸⁵.

La celerità nella conduzione delle indagini nazionali si deve riflettere nel corso di tutto il procedimento⁸⁸⁶, nelle successive fasi del giudizio⁸⁸⁷, dovendo essere osservata

⁸⁸¹ In tal senso, CASSIBBA F.; COLELLA A., *Art. 3*, cit., p. 84; PARLATO L., *Effettività delle indagini*, cit., p. 75; MONTAGNA M., *Necessità della completezza*, cit., p. 349; GIALUZ M., *La protezione della vittima tra corte edu e corte di giustizia*, in: LUPARIA L. (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Cedam, 2016, p. 28. V. Corte Edu, sent. 5 marzo 2009, *Sandra Janković c. Croazia*, n. 38478/05, § 44-58, relativo all'art. 8 della CEDU; Corte Edu, sent. 17 dicembre 2009, *Denis Vasilyev c. Russia*, n. 32704/04, § 100; Corte Edu, sent. 26 giugno 2009, *Beganović c. Croazia*, n. 46423/06, § 69; Corte Edu, sent. 26 marzo 2013, *Valiuliene c. Lituania*, n. 33234/07, §s 73 ss.; Corte Edu, sent. 28 aprile 2015, *I.P. c. Moldavia*, n. 33708/12, § 30; Corte Edu, sent. 15 marzo 2016, *M.G.C. c. Romania*, n. 61495/11, § 54; Corte Edu, sent. 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*, n. 41237/14, § 104. Nella Corte IDU, v. *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, sent. 29 luglio 1988, serie C, n. 4, § 177; *Baldeón García c. Peru*, sent. 6 aprile 2006, serie C, n. 147, § 85.

⁸⁸² V. Corte Edu, sent. 15 maggio 1999, *Ramsahai e al. c. Paesi Bassi*, n. 52391/99, §s 333-341, nel quale si trova l'indicazione per cui l'indipendenza e l'imparzialità nell'indagine deve essere rispettata dall'inizio del procedimento, già negli atti preliminari di appuramento.

⁸⁸³ V. punto 3.1.2.

⁸⁸⁴ Cfr., ad es., caso *Giuliani e Gaggio c. Italia*, cit., § 305; *Carrella c. Italia*, cit., § 117; Corte Edu, sent. 31 maggio 2007, *Šečić c. Croazia*, n. 40116/02, § 54; Corte Edu, sent. 10 gennaio 2012, *Biser Kostov c. Bulgaria*, n. 32662/06, § 79; *C.N c. Regno Unito*, cit., § 69.

⁸⁸⁵ Questa situazione è molto chiara in *Gülen c. Turchia* cit., §s 44-46.

⁸⁸⁶ V. Corte Edu, *Gäffgen c. Germania*, cit., § 121; *El-Masri c. Macedonia*, cit., § 183; *Carrella c. Italia*, cit., § 80; Corte Edu, sent. 9 dicembre 2014, Corte Edu, sent. 9 dicembre 2014, *McDonnell c. Regno Unito*, n. 19563/11, §s. 86-90.

⁸⁸⁷ CASSIBBA F., COLELLA A., *Art. 3*, cit., p. 89. La Corte Edu afferma la necessità di diligenza e zelo nella conduzione del processo giudiziario, per esempio, nei casi *Cestaro c. Italia*, cit., §s 223-224; *Nasr e Ghali c. Italia*, cit., §s 263, 269; Corte Edu, sent. 8 aprile 2008, *Ali and Ayşe Duran c. Turchia*, n. 42942/02, de § 61-62; *Saba c. Italia*, cit., § 76. In altre situazioni, la Corte EDU ha riconosciuto carenze e lacune nella conduzione giudiziale negli Stati membri, cfr., ad. Es, *Bati e al. c. Turchia*, cit., § 141-144; Corte Edu, sent. 2 novembre 2004, *Abdülsamet Yaman c. Turchia*, n. 32446/96, § 57.

dall'apertura delle investigazione preliminare⁸⁸⁸, passando per la fase giudiziaria di primo grado⁸⁸⁹, e riflettendosi nei tribunali di appello⁸⁹⁰. Come risulta da quanto precede, l'effettività del processo penale non si restringe solo alla ricerca della correttezza delle decisioni, ma dipende anche dai tempi della prestazione giurisdizionale definitiva⁸⁹¹.

Un'altra insistenza della giurisprudenza europea dei diritti umani degna di attenzione, e che si riferisce più strettamente alla qualità strumentale del procedimento penale si riassume nel dovere che grava sugli organi statali, di fronte ad una possibile lesione di diritti fondamentali con elevata rilevanza, di implementare un'indagine che permetta di chiarire i fatti praticati e identificare i loro autori. Le autorità nazionali devono mettere in pratica, nella situazione concreta, tutte le misure ragionevolmente pertinenti per cercare un chiarimento sufficiente dei fatti indagati, attuando con diligenza e serietà in modo da raccogliere gli elementi investigativi e probatori adatti al chiarimento dei fatti⁸⁹². Il procedimento di indagine deve essere funzionalmente orientato al pieno chiarimento degli atti illeciti presumibilmente avvenuti e alla verifica delle responsabilità personali dei soggetti coinvolti nei delitti⁸⁹³.

La Corte europea realizza una valutazione concreta della qualità delle misure investigative svolte dalle autorità interne, nonché di eventuali misure che eventualmente sono state omesse, in modo da valutare se l'insieme delle attività coinvolte nella persecuzione dei fatti illeciti ha raggiunto il livello di adeguatezza richiesto dagli organi nazionali nell'appuramento dei delitti relativi ai diritti e alle libertà pubbliche tutelati nella Convenzione⁸⁹⁴. Si tratta di un «*significant flaw test*» volto a verificare se l'assenza di un'adeguata risposta penale sia dovuta a difetti o lacune nella conduzione delle indagini, e se

⁸⁸⁸ Il ritardo nell'inizio delle indagini fu oggetto di censura nella Corte EDU, ad es., nella sent. 6 aprile 2000, Labita c. Italia, n. 26772/95, § 133. Nella sent. *Cestaro c. Italia*, cit., § 205, è affermato che «*First of all, if an investigation is to be effective and capable of identifying and prosecuting those responsible it must be instigated promptly and conducted expeditiously*».

⁸⁸⁹ Nella decisione del caso *Nasr e Ghali c. Italia*, cit., § 263, è indicata l'importanza della celerità e dell'effettività nell'insieme dell'attuazione giudiziaria.

⁸⁹⁰ Come si nota in Corte Edu, sent. 9 giugno 2009, *Opuz c. Turchia*, n. 33401/02, §s 150 ss., la prima censura della Corte europea in questo giudizio avvenne per il fatto che la condanna criminale di primo grado era ancora pendente nel secondo grado di giurisdizione, rendendo inefficace il rimedio giurisdizionale interno.

⁸⁹¹ Come riconosciuto nella dottrina brasiliana da ZILLI M. A. C., *A iniziativa*, cit., p. 153.

⁸⁹² Cfr. TULKENS F., *The paradoxical relationship between criminal law and human rights*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, n. 3, 2011, p. 591: «*only a criminal investigation, by appropriate means, can lead to the identification of the perpetrators*».

⁸⁹³ CASSIBBA F.; COLELLA A., *Art. 3*, cit., p. 88, indicano che le indagini devono essere complete in relazione alle esigenze di individuare i responsabili.

⁸⁹⁴ V. sent. *Ramsahai e al. c. Paesi Bassi*, cit., § 324 Requisito che si applica anche nei casi di violenza o maltrattamenti che coinvolgono solo soggetti privati, cfr., ad es., *Šečić c. Croazia*, cit., Corte Edu, sent. 4 dicembre 2003, *M.C. c. Bulgaria*, n. 39272/98.

tali deficienze sono rilevanti al punto di rappresentare violazione della norma convenzionale⁸⁹⁵.

In sintesi, la Corte EDU sottolinea l'importanza della fase di indagine nel chiarimento dei fatti e nella preparazione della fase giudiziaria, tenendo conto che le diligenze e gli elementi probatori raccolti nella fase preliminare determineranno non solo la continuazione del processo, come anche il contesto nel quale l'infrazione sarà presentata nel giudizio penale⁸⁹⁶. Per queste ragioni, le autorità devono adottare tutte le misure necessarie e ragionevolmente appropriate per identificare adeguatamente i fatti del caso e per assicurare la raccolta delle prove, degli elementi indicativi e delle circostanze importanti per il proseguimento del processo giudiziario⁸⁹⁷.

I requisiti di cui sopra devono anche essere osservati lungo tutto il processo giudiziario, questo significa che le autorità nazionali devono mantenere la seria predisposizione a chiarire i fatti e, se del caso, punire gli eventuali responsabili in un processo con ragionevole durata e effettivo, che permetta di promuovere giudiziariamente l'accertamento dei fatti rilevanti. Come la stessa Corte europea ha già chiarito in diverse opportunità, il passaggio dalla fase preliminare di indagine all'accertamento giudiziario dei fatti non altera le esigenze decorrenti dagli obblighi processuali penali positivi estratti dai dispositivi convenzionali.

In una formula abbastanza frequente nella motivazione dei giudizi di Strasburgo, la procedura nel suo complesso, includendo la fase del giudizio, deve rispettare le linee guida che conferiscono effettività alla persecuzione penale nell'ambito interno degli Stati membri⁸⁹⁸. È necessario, così, che la fase giudiziaria sia anch'essa condotta in modo adeguato per il completo chiarimento dei fatti, e la Corte EDU ha esteso le esigenze generiche di effettività del processo giudiziario comunemente riconosciute per le situazioni che

⁸⁹⁵ In questi termini, v. GIALUZ M., *La protezione della vittima*, cit., p. 28. Queste considerazioni si trovano, ad es., in Corte Edu, sent. 20 maggio 1999, *Oğur c. Turchia*, n. 21594/93, §s 85 e ss.; Corte Edu, sent. 15 ottobre 2009, *Antipenkov c. Russia*, n. 33470/03, §s 62-72; Corte Edu, sent. 14 dicembre 2000, *Gül c. Turchia*, n. 22676/93, §s 88-95; *Šečić c. Croazia*, cit.; Corte Edu, sent. 30 aprile 2013, *Tymoshenko c. Ucraina*, n. 49872/11.

⁸⁹⁶ In questo senso, espressamente, v. Corte Edu, sent. 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*, n. 9154/10, § 104.

⁸⁹⁷ V. Corte Edu, sent. 8 aprile 2004, *Tahsin Acar c. Turchia*, n. 26307/97, § 223; *Alikaj e al. c. Italia*, cit., §s 61 e ss; Corte Edu, sent. 23 febbraio 2006, *Ognyanova e Choban c. Bulgaria*, n. 46317/99, § 108-113.

⁸⁹⁸ V., ad es., Corte Edu, sent. 17 ottobre 2006, *Okkali c. Turchia*, n. 52067/99, §s 65-66; Corte Edu, sent. 31 marzo 2009, *Wiktorko c. Polonia*, n. 14612/02, § 58; Corte Edu, sent. 17 settembre 2013, *Przemysk c. Polonia*, n. 22426/11, § 66.

coinvolgono maltrattamenti praticati da agenti pubblici, per eventi di violenza tra privati⁸⁹⁹. L'esigenza si traduce in un impegno volto all'accertamento giudiziario dei fatti⁹⁰⁰, che dipende dall'elaborazione di un sistema giudiziario efficiente⁹⁰¹, sommato ad un impegno concentrato dei soggetti processuali che renda possibile il chiarimento completo della materia fattuale, delle circostanze del reato e delle condotte perpetrate⁹⁰².

Si ritiene che sia possibile tradurre queste imposizioni di completezza nella chiarificazione di gravi offese ai diritti e libertà pubbliche tutelate internazionalmente come una esigenza di ricerca della verità nella ricostruzione giudiziaria dei fatti. Non a caso tale considerazione della ricerca della verità sia già stata espressamente inclusa nel ragionamento delle sentenze della Corte europea, la maggior parte delle quali riguardava situazioni di *extraordinary rendition*, in relazione ai quali la frustrazione nella ricerca dei fatti normalmente è una decorrenza non appena di lacune investigative o mancanza di qualità delle attività giudiziarie, ma degli ostacoli imposti dall'istituto del segreto di Stato in materia.

Paradigmatico in questo senso è la importante sentenza nel caso *Nasr e Ghali c. Italia*⁹⁰³. In sintesi, e alla luce di ciò che è rilevante qui, il riconoscimento da parte della Corte EDU di violazione degli obblighi processuali nei confronti dello stato italiano era basato sulla parziale effettività dei procedimenti penali nazionali, causati principalmente dalla condotta del potere esecutivo nazionale, che sollevò l'ostacolo del segreto di Stato per la tutela della sicurezza nazionale in relazione alle informazioni e agli elementi di prova, i quali sono stati scartate dal processo giudiziario, frustrando l'applicazione della legislazione penale relativa alla parte di coloro che sono coinvolti.

In alcune occasioni precedenti, nelle quali i giudici di Strasburgo avevano constatato l'assenza di effettività dei procedimenti penali nazionali in relazione a situazioni che riguardavano la *extraordinary rendition*, l'importanza della ricerca della verità nell'appuramento dei fatti era stata inserita quasi come una forma di argomento di

⁸⁹⁹ Corte Edu, *Beganović c. Croazia*, cit., § 77 e ss. V. Ancora Corte Edu, sent. 22 marzo 2005, *Ay c. Turchia*, n. 30951/96, §s 59 ss; *M.C. c. Bulgaria*, cit., §s 148 ss.; Corte Edu, sent. 17 luglio 2008, *Mehmet Ümit Erdem c. Turchia*, n. 42234/02, § 26; Corte Edu, sent. 31 luglio 2012, *caso M e al. c. Italia e Bulgaria*, n. 40020/03, § 100; Corte Edu, sent. 20 marzo 2012, *C.A.S e C.S. c. Romania*, n. 26692/95, §s 68-70; *I.P. c. Moldavia*, cit., § 31.

⁹⁰⁰ MONTAGNA M., *Necessità della completezza*, cit., p. 345. La Corte EDU, nella sent. del noto caso *Nasr e Ghali c. Italia*, cit., § 262, è estremamente chiara al riguardo, quando afferma che: «Tale inchiesta deve poter condurre all'identificazione e, se del caso, alla punizione dei responsabili e all'accertamento della verità».

⁹⁰¹ V. Corte Edu, sent. 17 gennaio 2002, *Calvelli e Ciglio c. Italia*, n. 32967, §s 49, 51.

⁹⁰² V., in particolare, *Opuz c. Turchia*, cit., § 150; *Cestaro c. Italia*, cit., § 206; Corte Edu, sent. 15 dicembre 2009, *Maiorano e al. c. Italia*, n. 28634/06, § 123; *Beganović c. Croazia*, cit., §s 69-71; *Alikaj e al. c. Italia*, cit., § 94-97.

⁹⁰³ Corte Edu, *Nasr e Ghali c. Italia*, cit.

opposizione al segreto di Stato. È possibile indicare che la rilevanza del chiarimento della verità veniva inglobata nei motivi per decidere citati dal tribunale nella sentenza più con il senso di un limite di compatibilità alle opposizioni di segreto delle informazioni, quando tale obiezione di riserva per ragioni di Stato per salvaguardare la sicurezza nazionale semplicemente impediva il chiarimento di gravi reati contro i diritti umani⁹⁰⁴. In altre parole, e in breve, il segreto di Stato si oppone alla ricerca della verità.

Tuttavia, nel caso *Nasr e Ghali c. Italia* l'argomento dell'impegno al chiarimento della verità nella ricostruzione fattuale è stato chiaramente inserito come obiettivo rilevante del processo penale, riguardante la qualità e l'efficienza nella attuazione della giurisdizione, che, al fine di raggiungere questi obiettivi, dipende da un appuramento completo e approfondito inserito in un procedimento penale orientato all'affettività nel chiarimento dei fatti e delle responsabilità⁹⁰⁵.

Sebbene il precedente sopracitato coinvolga anche un caso di *extraordinary rendition*, l'argomento dell'importanza dell'accertamento della verità nella ricerca dei fatti viene adottato, prima di tutto, come premessa dell'attuazione nazionale già nell'esposizione dei principi generali propri ad un appuramento penale effettivo⁹⁰⁶. Successivamente, è esposta l'analisi fatta dalla Corte circa la significativa qualità e approfondimento globale delle attività sviluppate dalle autorità investigative e giudiziarie, cui impegno ha permesso la ricostruzione dei fatti. E' stata espressa la soddisfazione con il lavoro dei giudici nazionali, per aver fatto del loro meglio nel tentativo di stabilire la verità in relazione alla complicata materia fattuale in questione⁹⁰⁷. Differentemente dalle situazioni precedenti, il segreto di Stato è stato, pertanto, una risorsa utilizzata per evitare la condanna e garantire l'impunità dei responsabili,

⁹⁰⁴ V., ad es., Corte Edu, *El-Masri c. Macedonia*, cit., § 191. Nonostante sia rilevante evidenziare che all'inizio del § 191 la Corte abbia menzionato espressamente «*the right to the truth regarding the relevant circumstances of the case*», e non appena per il richiedente e la sua famiglia, ma per le altre vittime di reati simili e per il pubblico in generale. V. anche Corte Edu, sent., 24 luglio 2014, *Al Nashiri c. Polonia*, n. 28761/11, in particolare §§ 464 e 495; Corte Edu, sent. 24 luglio 2014, *Husayn (Abu Zubaydah) c. Polonia*, n. 7511/13, §§ 489-490.

⁹⁰⁵ In un senso simile, v. RANALLI D., *Diritto alla verità e lotta all'impunità. Qualche riflessione sulla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Abu Omar*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 19, fasc. 2, 2015, p. 190 ss.

⁹⁰⁶ La decisione afferma quanto segue: «b) Merito. i. Principi generali. 262. La Corte rammenta che, quando un individuo sostiene in maniera difendibile di avere subito, da parte della polizia o di altri servizi analoghi dello Stato, o in conseguenza di atti commessi da agenti stranieri operanti con il consenso o la connivenza dello Stato, un trattamento contrario all'articolo 3, quest'ultima disposizione, in combinato disposto con il dovere generale imposto allo Stato dall'articolo 1 della Convenzione di «riconoscere a ogni persona sottoposta alla [sua] giurisdizione i diritti e le libertà enunciati (...) [nella] Convenzione», richiede, per implicazione, che vi sia una inchiesta ufficiale effettiva. Tale inchiesta deve poter condurre all'identificazione e, se del caso, alla punizione dei responsabili e all'accertamento della verità. [...]».

⁹⁰⁷ Nel § 265 della decisione è stato affermato: «Essa si complimenta per il lavoro dei giudici nazionali che hanno fatto il possibile per tentare di “stabilire la verità”».

e in tal modo si oppone non al chiarimento della verità, ma al dovere degli Stati membri di non mantenere impuni le gravi offese ai diritti convenzionali⁹⁰⁸.

Un'altra situazione in cui è stata trovata nella motivazione una esplicita correlazione tra gli obblighi processuali penali di condurre accertamento completo e effettivo in relazione a reati gravi e il valore della ricerca della verità è il caso Assenov c. Bulgaria⁹⁰⁹. La *ratio* adottata in questi precedenti segnalati sembra chiara e riguarda sia la necessità per gli stati nazionali di attuare un sistema giudiziario efficace e indipendente che consenta concretamente l'accertamento dei fatti delittuosi⁹¹⁰, sia il dovere delle autorità investigative e giudiziarie di condurre un appuramento diligente, serio, completo e effettivo, in grado di permettere l'identificazione e la punizione dei responsabili⁹¹¹.

3.5.1 Esigenze processuali come obblighi di mezzo e non di risultato

Forse la summenzionata indicazione del rilievo conferito dalla Corte EDU alla ricerca della verità come riflesso del dovere imposto agli stati nazionali di impegnarsi nell'adeguato accertamento giudiziario dei fatti diventa più chiara, incluso nell'estensione e nel significato, quando si aggiunge la nozione estratta da innumerevoli decisioni per la quale si tratta di un obbligo di mezzo, e non di risultato. Si tratta di una formula già consacrata nelle valutazioni condotte dalla Corte europea circa la conformità del procedimento penale condotto nell'ambito nazionale con le direttrici provenienti dal corpo teorico-giurisprudenziale identificato negli obblighi processuali penali positivi.

Tali imposizioni processuali si configurano come imperativi di mezzo, nel senso di una predisposizione dell'apparato statale a condurre efficienti meccanismi di indagine, dotati di idoneità per chiarire le circostanze dei fatti illeciti praticati e identificare i responsabili. Non si tratta di un obbligo di risultato, in quanto ciò che si esige è che le autorità mettano in

⁹⁰⁸ Tanto che nella motivazione è stato sottolineato che i fatti sono stati chiariti, anche con le informazioni divulgate ampiamente dalla stampa e da *internet*, essendo di dominio pubblico, motivo per il quale «la decisione del potere esecutivo di applicare il segreto di Stato a informazioni che erano già ampiamente note al pubblico abbia prodotto l'effetto di evitare la condanna degli agenti del SISMi», cfr. § 268. Nello stesso senso, RANALLI D., op. cit., p. 192, la quale indica come l'ostacolo imposto dal segreto di Stato sia in contrasto con il dovere delle autorità nazionali di impedire in ogni caso ai responsabili di beneficiare di una sostanziale impunità.

⁹⁰⁹ Corte Edu, sent. 28 ottobre 1998, n. 90/1997/874/1086, §s 102-103. V., anche, Corte Edu, sent. 6 luglio 2005, *Nachova e al. c. Bulgaria*, nn. 43577/98 e 43579/98, § 160: «*The authorities must do what is reasonable in the circumstances to collect and secure the evidence, explore all practical means of discovering the truth and deliver fully reasoned, impartial and objective decisions, without omitting suspicious facts that may be indicative of a racially induced violence*». V. anche *Tymoshenko c. Ucraina*, cit., § 233.

⁹¹⁰ ZIRULIA S., *Diritto alla vita*, in UBERTIS G., VIGANÒ F., (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, G. Giappichelli, 2016, p. 54; MONTAGNA M., *Necessità della completezza*, cit., p. 346.

⁹¹¹ Nella Corte EDU, ad es., *Gäfgen c. Germania*, cit., § 117; *Maiorano e al. c. Italia*, cit., § 123.

pratica il percorso necessario per la ricerca e raccolta della prova rilevante ai fini tracciati del chiarimento dei reati, anche se alla fine gli esiti di corretto chiarimento o di condanna dei responsabili non sia raggiunto⁹¹². Le autorità devono rispettare tutte le misure necessarie per assicurare l'ottenimento delle prove attinenti al delitto in questione, ma l'esito del chiarimento dei fatti o della punizione dei responsabili non può essere garantito⁹¹³.

Traducendo questa concezione sulla base delle nozioni indicate in questo studio, ciò che viene proiettato come imposizione degli obblighi processuali non è una garanzia di ottenimento della decisione giusta, tanto meno di condanna, una volta che nessun procedimento assicura o certifica la giustizia del risultato raggiunto⁹¹⁴. Ciò che si pretende è lo stabilimento di cognizioni cognitive ottimali perché si possano raggiungere risultati equi⁹¹⁵. In tal modo, come è stato menzionato precedentemente, l'imposizione di un adeguato chiarimento dei fatti può essere considerata come un valore e non propriamente come un risultato, traducendosi in un obbligo di mezzo.

Tuttavia, anche se non si tratta di un obbligo di risultato, la Corte di Strasburgo verifica l'effettività delle procedure realizzate tenendo anche come riferimento i propositi pretesi, il che significa che l'indagine condotta deve mostrarsi fedele e appropriata ai fini di chiarire adeguatamente i fatti e identificare gli autori⁹¹⁶. Ciò fa sì che gli appuramenti giudiziari devono essere completi e qualitativamente adeguati alla finalità di accertamento fattuale ampio e approfondito, comprensiva di tutti i possibili responsabili dei delitti perpetrati⁹¹⁷.

⁹¹² V. na Corte EDU, ad es., Corte Edu, *Giuliani e Gaggio c. Italia*, cit., § 301. V., ancora, *ŠILIH c. Slovenia*, cit., § 193; *Milanovic c. Italia*, cit., § 86. Più recente, caso *C.N c. Regno Unito*, cit., § 69. A questo proposito, PARLATO L., *Effettività delle indagini*, cit., p. 72 sottolinea l'incertezza sull'esito di qualsiasi procedura diretta all'applicazione e alla repressione dei reati, così da caratterizzarsi come «obbligo di mezzi».

⁹¹³ Nella dottrina, tale considerazione appare in MONTAGNA M., *Necessità della completezza*, cit., p. 349. Nella Corte Edu, v. *Denis Vasilyev c. Russia*, cit., § 100.

⁹¹⁴ In questo senso, nella Corte Edu, v., ad es., *Tymoshenko c. Ucraina*, cit., § 233.

⁹¹⁵ IACOVIELLO F., *Il quarto grado*, cit., p. 797; TORRES CHEDRAUI A.M., *Derechos humanos*, cit., p. 36. BESTAGNO F., *Diritti umani e impunità: obblighi positivi degli stati in materia penale*, Vita e Pensiero Università, 2003, p. 172, parla della necessità di sviluppare l'indagine dei reati con un livello di diligenza adeguata, dalla situazione concreta, al raggiungimento dell'obiettivo, anche se non è possibile imporre il raggiungimento del risultato.

⁹¹⁶ Cfr. LAVRYSEN L., *Positive obligations in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*, in *Inter-American and European Human Rights Journal*, 2014, p. 106: «Effectiveness, however, requires that a judicial remedy is capable of producing the result for which it was conceived». Cfr., *amplius* FISCHER D., PEREIRA F. P., *As obrigações processuais*, cit., p. 124 ss.

⁹¹⁷ La Corte EDU analizza inoltre la proporzionalità tra il risultato concreto decorrente dal processo giudiziario e la gravità dei fatti originali, come modo di verificare la effettività dell'attuazione statale, che non può essere meramente simbolica, cfr., ad es., *Gäfgen c. Germania*, cit., § 124.

3.5.1.1 Correlazione possibile tra le esigenze convenzionali di adeguato accertamento penale con la clausola del giusto processo

Non vi è dubbio che i tribunali regionali di salvaguardia dei diritti umani hanno identificato e continuano a richiedere l'osservanza delle direttrici nell'attuazione delle autorità nazionali, nei cosiddetti obblighi processuali penali positivi, in relazione ai diritti e alle libertà pubbliche di particolare rilevanza, in cui è possibile riconoscere la trascendenza dei beni giuridici tutelati nel senso di costituirsi in veri valori fondamentali delle società democratiche che sono componenti dei sistemi europeo e interamericano di protezione dei diritti umani. La considerazione congiunta delle circostanze relative all'entità dei diritti fondamentali coinvolti e alla serietà delle violazioni a tali valori hanno un ruolo determinante nel riconoscimento e nei contorni conferiti agli obblighi procedurali da parte delle Corti sovranazionali⁹¹⁸, evidenziandosi tali considerazioni come vere premesse nello sviluppo delle linee di forza esposte precedentemente.

Questa constatazione è importante per evitare rischi di incomprendimento sull'approccio che segue. Non si pretende inserire, nel corpo teorico proveniente dalla giurisprudenza dei tribunali componenti dei sistemi sovranazionali di protezione dei diritti umani, nozioni o proiezioni che superino il senso delle linee guida delineate da tali Corti, e neanche riconoscere contenuti che non si trovino nei giudizi di riferimento. In altre parole, fino ad ora lo scopo principale è stato quello di dire quello che dicono le Corti, nel limite in cui lo dicono. Da allora in poi l'attenzione si allarga, e trascende, almeno in parte, l'intento constattativo o essenzialmente descrittivo delle idee di forza della giurisprudenza dei diritti umani.

Si tratta di utilizzare l'indirizzi giurisprudenziali sovranazionali come base per ponderazioni critiche con qualche effetto di generalità, o, almeno, con una proiezione ampliata, quindi in grado di riverberare la materia fornita dalle Corti internazionali in relazione all'insieme dell'ordinamento giuridico processuale nazionale, sostanzialmente per quanto riguarda l'amministrazione nazionale della giustizia penale⁹¹⁹.

⁹¹⁸ BESTAGNO F., *Diritti umani*, cit., pp. 151, 204.

⁹¹⁹ A livello sovranazionale, perdono un poco di senso le distinzioni che decorrono dalla suddivisione interna di poteri e competenze negli Stati membri, per questo è più adeguato parlare di obblighi processuali penali positivi imposti all'«amministrazione nazionale della giustizia penale», al fine di comprendere tutti gli organi e le istituzioni che fanno parte del dell'ordinamento giuridico dei vari paesi, anche perché il fallimento domestico può derivare dall'insufficiente disciplina della procedura penale da parte del legislatore, da lacune o carenze nell'attuazione degli organi di indagine, dalla mancanza di efficienza o di celerità del sistema giudiziario, o di fallimenti nell'esecuzione delle sanzioni, cfr. BESTAGNO F., *Diritti umani e impunità*, cit., p. 18. Nel sistema

In questo contesto, la domanda-guida per comprendere il nucleo della questione qui proposta è se tale panorama e i concetti forniti dalle Corti di diritti umani non servirebbero a sostenere la conclusione per il riconoscimento di obblighi processuali di chiarimento dei delitti su un piano più allargato, in relazione alla quasi generalità dei reati previsti nell'ordinamento giuridico nazionale?⁹²⁰ L'interrogazione sorge, così, in un momento posteriore alla valutazione già effettuata dal legislatore interno di assumere il diritto o l'interesse non solo come degno di tutela, ma sì come un valore che deve essere protetto dallo strumento di *extrema ratio*⁹²¹.

È possibile proseguire in questa breve riflessione a partire dall'argomento nella direzione opposta, nel senso di indagare quali le ragioni per non ampliarsi molte delle conclusioni della Corte EDU, e anche della Corte IDU, ad altri settori della procedura penale e del sistema di appuramento di responsabilità, almeno nel senso di riverberare a livello nazionale le premesse assunte dai tribunali europeo e interamericano, ancor più trattandosi della sistematica affermazione di presupposti con un alto grado di generalità, che aiutano a conferire fondamento e contorni a questi obblighi processuali⁹²². I contorni della risposta sono già indicati dalla Corte IDU, quando esplicita che l'obbligo di chiarire i fatti delittuosi non decorre originariamente dalle norme convenzionali di diritto internazionale, ma dalla stessa legislazione interna⁹²³.

Interamericano, v. Corte IDU, *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, cit., in particolare il voto concorrente razonado del giudice Sergio Garcia Ramirez, § 27.

⁹²⁰ La domanda ha come obiettivo specifico gli obblighi processuali detti di mezzo, relativi al tentativo di chiarimento dei fatti illeciti sanciti negli ordinamenti nazionali, e non alla questione più complessa della diffusione di obblighi sostanziali in materia di adeguatezza dei diritti nazionali alle linee guida di diritto penale a livello internazionale. A tale riguardo, il riconoscimento di obblighi positivi in materia penale sembra dipendere da basi giuridiche più specifiche nelle disposizioni convenzionali. Va ricordato che le proprie corti sovranazionali accolgono esplicitamente il principio della *ultima ratio* del diritto penale, all'indicare l'intervento minimo della protezione penale, solo per le più intense situazioni di violazione degli interessi e dei diritti fondamentali, cfr. LAVRYSEN L., *Positive obligations*, cit. p. 103; TULKENS F., *The paradoxical relationship*, cit., pp. 580-582.

⁹²¹ Si basa, in parte, nella riflessione fatta da VIGANÒ F., *Obblighi convenzionali*, cit., p. 245. Ma nello stesso senso si può citare anche SCHÜNEMANN B., *Um olhar crítico*, cit., pp. 246-247. Più ampiamente sul punto, v. FISCHER D., PEREIRA F. P., *As obrigações processuais*, cit., p. 134 ss.

⁹²² Come sostiene MANACORDA S., *“Dovere di punire”? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1378, è necessaria prudenza quanto alla possibilità di generalizzare la *ratio* contenuta nelle sentenze, che hanno ad oggetto situazioni molto specifiche, e i loro effetti in relazione al diritto penale sostanziale sembrano molto ridotti, tuttavia «*gli obblighi di natura procedurale, riferiti alle indagini, all'esercizio dell'azione penale ed al dibattimento, tendono ad imporsi*». In questa direzione è possibile menzionare la nozione per cui i sistemi regionali di tutela dei diritti umani forniscono gli *standards* minimi di tutela, nel senso di garantire una effettività minima delle Convenzioni, che consente l'espansione nell'ambito interno, cfr. MAC-GREGOR E., *Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal*, in *Revista IIDH*, n° 59, 2014, p. 116.

⁹²³ V. sent. *Garibaldi c. Brasile*, cit., § 118; *Kawas Fernández c. Honduras*, cit., § 77; Corte Idu, sent. 24 novembre 2010, *Gomes Lund e al. ("Guerrilha do Araguaia") c. Brasile*, serie c, n. 219, § 139.

Sembra sia ovvio che intuitivo concludere che esiste solamente un sistema nazionale di giustizia, il quale tenderà a conformarsi, o no, genericamente, alle linee guida affermate dalle Corti sovranazionali di diritti, se non altro perché la conformità dell'attuazione non dipende appena dal puntuale interesse delle autorità coinvolte nella persecuzione, ma sì dall'insieme della struttura normativa, dai parametri di diligenza previamente determinati, di controlli interni, di perfezionamento tecnico, del meccanismo giudiziario, dei sistemi di ricorso, dalla cultura e dalle pratiche usuali di tutti i coinvolti nella giustizia penale⁹²⁴. Per dire in poche parole, le carenze o le qualità presentate dal sistema nazionale di giustizia penale tendono a riprodursi⁹²⁵.

Nel senso indicato sopra, al fine di identificare postulati generici e di proiezione ampliata, è possibile menzionare l'insistenza sulla dimensione dell'efficacia nella protezione dei diritti e delle libertà pubbliche, diversamente da una funzione meramente simbolica-repressiva dell'intero sistema penale⁹²⁶; la necessità di protezione delle vittime dei delitti, e dalla collettività in generale, che dipende dal meccanismo penale di appuramento delle responsabilità⁹²⁷; il fatto che il diritto penale non ha attuazione senza processo⁹²⁸; l'imperativo di legalità nell'attuazione degli organi e agenti pubblici nella persecuzione dei reati, come riflesso della preservazione dello Stato di diritto⁹²⁹, al quale si aggiunge

⁹²⁴ Cfr. attesta LAVRYSEN L., *Protection by the law: the positive obligation to develop a legal framework to adequately protect ECHR rights*, in HAECK, Yves; BREMS, Eva (eds.), *Human Rights and Civil Liberties in the 21 st Century*, Springer, 2014, p. 111, l'imposizione di implementare un sistema di giustizia che funzioni come auspicato è possibilmente l'obbligo con maggior portata nell'ambito della Convenzione europea.

⁹²⁵ La prospettiva più adeguata è quella di concepire le linee guida stabilite dalle Corti di diritti umani in un panorama ampliato, e non di concentrarsi solo sulle specifiche circostanze del caso, solamente così sarà possibile appurare le carenze sistemiche dell'intero sistema giudiziario che ha portato alla violazione in questione. Tutti gli Stati membri devono sforzarsi per offrire protezione adeguata, in accordo con gli standard delle Convenzioni. Come menziona LAVRYSEN L., op. cit., p. 128, le offese in un caso specifico sono l'aggancio per identificare i fallimenti domestici generali.

⁹²⁶ Cfr., ad es., *Cestaro c. Italia*, cit., § 204; Corte Edu, sent. 3 novembre 2015, *Myumyun c. Bulgaria*, n. 67258/13, §§ 28, 31-34, 40-41, 77-78; *Giuliani e Gaggio c. Italia*, cit., § 298; *Valiulienė c. Lituania*, cit., § 85. In dottrina, sul punto BALSAMO A., *L'art. 3 della CEDU*, cit., p. 3926; LA ROCCA, E. N., *La tutela della vittima*, in: GAITO A., CHINNICI D. (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Cedam, 2016, p. 121; TULKENS F., *The paradoxical relationship*, cit., p. 584; MONTAGNA M., *Necessità della completezza*, cit., p. 345.

⁹²⁷ V., ad es., *Schatschaschwili c. Germania*, cit., § 101; *Gäfgen c. Germania*, cit., § 175; Corte Edu, sent. 8 luglio 1999, *Çakici c. Turchia*, n. 23657/94, § 87; *Labita c. Italia*, cit., § 131. In dottrina, MONTAGNA M., *I diritti minimi*, cit., p. 316 ss.; GIALUZ M., *La protezione della vittima*, cit., p. 27; TULKENS F., *The paradoxical relationship*, cit., p. 578; VIGANÒ F., *Obblighi convenzionali*, cit., p. 254.

⁹²⁸ BALSAMO A., *L'art. 3 della CEDU*, cit., p. 3926; MONTAGNA M., *Necessità della completezza*, cit., p. 351. Nella Corte Edu, v. sent. 5 gennaio 2010, *Railean c. Moldavia*, n. 23401/04, § 27; *Valiulienė c. Lituania*, cit., § 75.

⁹²⁹ La correlazione tra il principio dello Stato di diritto e lo scopo del processo penale di adeguata chiarificazione della verità dei fatti per consentire la realizzazione del diritto materiale e la protezione dei beni giuridici appare espressamente in SCHÜNEMANN B., *Um olhar crítico*, cit., p. 244.

l'osservanza del principio di obbligatorietà della risposta penale⁹³⁰. L'importanza dell'effetto dissuasivo e deterrente del sistema penale⁹³¹; la preservazione della fiducia dei cittadini in generale nelle loro istituzioni⁹³², finanche come un modo per dimostrare l'adesione degli organi di giustizia all'ordinamento giuridico, e allontanare qualsiasi impressione di tolleranza con la pratica di crimini⁹³³.

Come si può vedere, molti dei principi inseriti nella *ratio* che supporta l'affermazione degli obblighi processuali positivi hanno una proiezione ampia che va oltre la considerazione ristretta della rilevanza dei valori tutelati. Vale a dire, sono fondamenti che vengono aggiunte, che si associano e rafforzano l'argomento della rilevanza fondamentale dei diritti e interessi tutelati dalle convenzioni regionali, come vere e proprie ragioni aggiuntive con forza e proiezione proprie, che non sono al seguito, o nella pura e semplice dipendenza dell'affermazione della magnitudine dei beni protetti dalle norme convenzionali.

Nell'assumere questi postulati nella sua base argomentativa, come ragioni per decidere, le Corti di diritti umani attestano non solo la validità di tali premesse, ma attribuiscono anche una certa primazia a tali fondamenti, per la stima ad essi attribuita. Il fatto che la giurisprudenza internazionale sui diritti umani tratti della correttezza della attività statale nell'ambito penale, con una chiara indicazione dell'importanza dell'efficacia del processo penale, tanto per l'aspetto della ragionevole durata, quanto dell'accertamento fattuale, aggiungendo nei suoi fondamenti argomenti che vanno aldilà delle mera identificazione della rilevanza dei beni giuridici tutelati nelle Convenzioni sovranazionali rivela un'altra importante linea di argomentazione esattamente nella direzione che è stata sostenuta nel corso di questo studio.

In sintesi, è possibile estrarre dal corpo teorico del sistema europeo e interamericano di diritti umani rinforzo non solo all'inserimento dell'efficacia dell'insieme della attuazione

⁹³⁰ PARLATO L., *Effettività delle indagini*, cit., p. 95.

⁹³¹ Come è stato già detto dalla stessa Corte IDU, l'impunità favorisce la recidiva di comportamenti illeciti, v., ad es., sent. 8 marzo 1998, "*Panel Blanca*" (*Paniagua Morales y otros*) c. *Guatemala*, serie C, n. 37, § 173. In dottrina, LAVRYSEN L., *Positive obligations*, cit., p. 106; BESTAGNO F., *Diritti umani e impunità*, cit., pp. 14, 56, 200 ss; CASSIBBA F., COLELLA A., *Art. 3*, cit., p. 86; TULKENS F., *The paradoxical relationship*, cit., p. 591. Nella Corte Edu, v., ad es., sent. 20 marzo 2012, *C.A.S e C.S. c. Romania*, n. 26692/95, § 71; *M.C. c. Bulgaria*, cit., § 150; *Saba c. Italia*, cit., § 76; sent. 8 aprile 2008, *Ali e Ayşe Duran c. Turchia*, n. 42942/02. Nella Corte IDU, v. sent. *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, cit., § 176; sent. 27 novembre 1998, *Loayza Tamayo*, serie C, n. 42, § 170.

⁹³² V., nella Corte Edu, sent. 23 febbraio 2006, *Ognyanova e Choban c. Bulgaria*, n. 46319/99, § 103; ed ancora i principi generali riassunti in *Nasr e Ghali c. Italia*, cit., § 263. Nella Corte IDU, v. *Baldeón García c. Peru*, cit., § 91. In dottrina, v. MONTAGNA M., *Necessità della completezza*, cit., pp. 346 e 349.

⁹³³ LAVRYSEN L., *Protection by the law*, cit., pp. 108 e 123 collega l'esigenza di «*accountability*» e di «*fight against impunity*» con la funzione strumentale del processo che si traduce, brevemente, nella qualità dei risultati e nell'effettiva protezione consentita dallo strumento ai titolari dei diritti tutelati dalla norma sostanziale.

penale interna in quanto uno degli aspetti di giustizia del processo, ma anche al riconoscimento del valore rilevante della ricerca della verità nel senso di una finalità idonea a orientare la concreta disciplina dei procedimenti penali domestici. Solo in questo modo l'ordinamento giuridico-processuale degli Stati membri potrà accogliere integralmente le chiare indicazioni derivanti dal sistema sovranazionale di protezione dei diritti, che richiede la salvaguardia delle garanzie di difesa e della dignità degli imputati, allo stesso tempo in cui richiede effettività e diligenza nel compito di indagare sui reati, imponendo anche una riduzione sensibile nei tempi di consegna della risposta giurisdizionale.

Ad ogni modo, anche se si assume l'orientamento giurisprudenziale menzionato nel presente studio come una mera intuizione, o un indizio dell'importanza di conferire valore strumentale all'insieme del sistema giuridico-penale, nel senso di ricercare l'efficacia nel chiarimento dei reati, anche così non sarebbe un argomento da sottovalutare, principalmente per la nozione presentata nel corso dell'esposizione, legata alla necessità inderogabile di riflettere sul processo penale con attenzione ai multilivelli normativi rappresentati dalla norma costituzionale e dalle norme convenzionali.

Si può persino assumere l'elaborazione giurisprudenziale, le cui caratteristiche essenziali sono state delineate in questa impostazione non propriamente come un incitamento all'accettazione di una particolare concezione, ma appena come un segno della rilevanza del valore di efficacia e di adeguatezza della risposta penale da parte delle istituzioni statali, cioè, come un sintomo, nel senso di una manifestazione delle idee sostenute. In ogni caso, per quanto riguarda la frazione della manifestazione di criminalità non toccata direttamente dalle sentenze delle Corti europea e interamericana di diritti umani⁹³⁴, si considera che si tratta di un segnale rilevante, quasi come un principio generale proveniente da fonti normative autorizzate, per cui le idee avanzate nel corso dello studio mirano nella direzione corretta⁹³⁵.

Si completa così il circolo avviato da una delle premesse affermate nel primo capitolo, basata nel superamento della disciplina puramente interna del sistema giudiziario. Gli schemi processuali nazionali hanno smesso di essere guidati appena da direttrici interne e

⁹³⁴ In relazione ai diritti e libertà pubbliche esplicitamente ospitate dalle Convenzioni, è certo che le linee guida di cui sopra, che riflettono il contenuto degli obblighi procedurali penali positivi imposti agli Stati membri, si applicano direttamente, indipendentemente dal fatto che le violazioni siano state commesse da soggetti pubblici o privati. Si tratta di richieste minime già riconosciute per quanto riguarda i diritti alla vita; all'integrità fisica, psichica e morale, compreso il divieto di ogni tipo di trattamento o punizione crudele, inumana o degradante; alla vita privata e familiare, alla libertà sessuale; alla libertà di lavoro; al divieto di traffico di esseri umani.

⁹³⁵ Costatazione la cui validità è rafforzata quando non si tratta di manifestazioni di criminalità bagatellare, o di ridotta potenza lesiva. Questo stesso ragionamento è stato sviluppato in FISCHER D., PEREIRA F. P., *As obrigações processuais*, cit., p. 140 ss.

autosufficienti, e la nozione di equità processuale che viene tratteggiata in modo molto chiaro dal quadro sovranazionale sui diritti umani comprende una esplicita preoccupazione per la qualità strumentale dei procedimenti penali, incluso dal punto di vista della ricerca di accertamento giudiziario dei fatti come condizione per il raggiungimento di risultati giusti.

Allo stesso modo nel quale è stato affermato in relazione al piano nazionale di regolazione costituzionale del giusto processo, la disposizione sovranazionale dell'equo processo é anche una clausola di compendio in grado di coordinare l'insieme dei diritti e degli interessi relativi all'esercizio della funzione giurisdizionale che sono esplicitamente riconosciuti dalle corti di diritti umani. Tale formula di sintesi indicativa dell'equità processuale non si esaurisce nella mera agglutinazione delle disposizioni singolarmente enumerate nell'art.6 della CEDU, o nell'art. 8 della CIDU, in modo che che il suo significato comprende l'insieme delle norme e delle linee guida giurisprudenziali specificatamente orientate ad implementare l'ideale auspicato di giustizia processuale⁹³⁶.

L'espressione dell'equo processo convenzionale, nei modi in cui è applicato e interpretato dalle Corti sovranazionali, raccomanda che si riportino al precetto conglobante anzidetto le altre direttrici esplicitamente riconosciute e riaffermate dalla giurisprudenza consolidata di questi tribunali e che si relazionano in modo contiguo e immanente alla corretta amministrazione della giustizia⁹³⁷. A questo proposito, è sempre importante ricordare la nozione per cui il diritto proveniente dal sistema regionale per la protezione dei diritti umani è conferito non solo dal testo della Convenzione, ma anche dalla giurisprudenza delle Corti : «La funzione normativa si divide tra legislatore e giudice»⁹³⁸.

Da questa naturale percezione, l'equo processo convenzionale può facilmente essere inteso come una formula nel quale si ricompilano i principi e le linee guida che la struttura sovranazionale per la protezione dei diritti umani esplicita in relazione tanto alle caratteristiche della giurisdizione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, quanto alle qualità che i procedimenti penali devono osservare per essere conformi ai parametri consolidati nel sistema internazionale di tutela dei diritti. In altre parole, il paradigma internazionale

⁹³⁶ Per un'efficace sintesi sul tema, è opportuno trascrivere le parole di le parole di IACOVIELLO F. M., *Il quarto grado*, cit., p. 808: «[...] il diritto della Convenzione non è dato solo del texto CEDU, ma anche del *case law* della Corte», aggiungendo che la funzione normativa all'interno della CEDU è condivisa tra legislatore e giudice.

⁹³⁷ In analogia con l'idea espressa da CECCHETTI M., *voce Giusto processo*, cit., p. 607, in riferimento al giusto processo, il paradigma dell'equo equo processo convenzionale deve essere interpretato come se contenesse un richiamo a tutte le proiezioni stabilizzate nelle corti sovranazionali di applicazione dei dispositivi convenzionali che riguardano la giustizia dei procedimenti penali.

⁹³⁸ IACOVIELLO F. M., op. loc. cit., p. 808, il quale aggiunge che «la Convenzione obbligatoria è quella che vive nell'interpretazione della Corte».

dell'equo processo esprime e condensa l'idea di giustizia processuale proiettata dalla giurisprudenza delle Corti europea e interamericana dei diritti umani, e in tale nozione è chiaramente compreso l'esigenza di un'adeguato accertamento giudiziario dei fatti e delle responsabilità.

Questa nozione non è del tutto originale, soprattutto tenendo in conto il piano costituzionale interno e la riconosciuta interrelazione tra le garanzie e i principi della giurisdizione sul piano domestico del giusto processo⁹³⁹, il quale è inteso come un principio «a tessitura aperta»⁹⁴⁰ con idoneità a racchiudere altre garanzie e imposizioni consensualmente condizionanti della loro concreta attuazione⁹⁴¹. Ad ogni modo, una chiara indicazione di questa intuizione appare già in decisioni della stessa Corte EDU, nel riconoscere che la principale precauzione della Corte, basata sull'art. 6, n. 1 della Convenzione, è di apprezzare l'equità complessiva del procedimento penale concretamente realizzato, tenendo conto, in tale analisi, dei diritti di difesa, nonché dell'interesse del pubblico in generale e delle vittime nel vedere il crimine adeguatamente perseguito⁹⁴². In breve sintesi, è possibile percepire come la concezione dell'equo processo convenzionale include l'ideale di giustizia e di correttezza della decisione, che dipende da uno sforzo serio nel tentativo di chiarimento dei fatti nel giudizio penale.

Essendo già stato sufficientemente indicato il necessario intreccio tra i paradigmi interno del giusto processo e esterno del *procès équitable*⁹⁴³, è più facile percepire l'idea ora sostenuta per la quale nelle proprie sentenze della Corte europea e interamericana si trovano chiari indicativi dell'importanza dei valori strumentali di giustizia processuale, tra i quali si inserisce l'intenzione di accertamento, il miglior possibile, dei fatti della causa. Le ripercussioni indirette della giurisprudenza di Strasburgo nel tema degli obblighi processuali penali positivi relativamente al paradigma nazionale del giusto processo sono già state segnalate dalla dottrina⁹⁴⁴, e nel caso non si voglia intravedere questa segnalazione nelle

⁹³⁹ Come discusso nella sezione 1.6 del cap. 1. In dottrina, v. CECCHETTI M., *Il principio del "giusto"*, cit., p. 72; Id., voce *Giusto processo*, cit., pp. 598 e 606; TROCKER N., *Il valore costituzionale*, cit., p. 49; DI CHIARA G., *Diritto processuale penale*, cit., p. 333; COMOGLIO L.P., *I modelli di garanzia*, cit., p. 679; ÁVILA H., *O que é "devido processo legal"?*, cit., p. 57.

⁹⁴⁰ CECCHETTI M., voce *Giusto processo*, cit., p. 606. Anche in relazione al equo processo, l'enumerazione contenuta nell'art. 6 CEDU, con particolare riferimento alla sfera penale, è considerato «non esaustivo», cfr. UBERTIS G., *Principi di procedura*, cit., p. 12.

⁹⁴¹ Cfr., ad es., BALSAMO A., *Il contenuto dei diritti*, cit., p. 110; CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 13.

⁹⁴² V. *Schatschaschwili c. Germania*, cit., § 101. KOSTORIS R.E., *Diritto europeo e giustizia*, cit., p. 71, si riferisce ad una legalità dinamica, «di tipo "teleologico"», in grado di produrre in concreto una decisione giusta.

⁹⁴³ Cfr., per tutti, KOSTORIS R.E., *Diritto europeo e giustizia*, cit., p. 4; Id., *La tutela dei diritti*, cit., p. 85.

⁹⁴⁴ Cfr. CASSIBBA F., COLELLA A., *Art. 3*, cit., p. 87, fra i requisiti del concetto di giusto processo *ex art. 111 Cost.* può rientrare, anche se indirettamente, l'esigenza «di un'indagine tempestiva, indipendente e completa».

direttrici concrete provenienti dal riconoscimento dei menzionati obblighi processuali penali, sembra incontestabile tale indicazione a partire dai numerosi fondamenti assunti dai tribunali per i diritti umani per sostenere tali obblighi.

Conforme esposto nel corso dell'approccio, tra le finalità primordiali del processo penale c'è lo scopo di produrre una decisione sul tema principale oggetto dell'imputazione, in modo che il processo deve essere anche funzionalmente orientato verso la conformazione dell'atto che normalmente lo chiude, ovvero, diretto alla formulazione del giudizio quanto al merito della colpevolezza⁹⁴⁵. Pertanto, la conclusione che sembra tanto intuitiva quanto ovvia è che la struttura e la dinamica procedurali devono essere adeguate e efficientemente modellate in accordo con la decisione che si pretende raggiungere⁹⁴⁶. Lasciandosi guidare dallo scopo di sintesi, è possibile riassumere dicendo che tale risoluzione si propone, o si dovrebbe puntare, alla corretta attuazione del diritto sostanziale⁹⁴⁷, che sarà direttamente dipendente, anche se non unicamente, dal corretto accertamento dei fatti rilevanti della causa.

Avendo già dedicato almeno due capitoli per sostenere la rilevanza del valore dell'accertamento della verità dei fatti nel giudizio penale come una delle condizioni imposte dalla clausola costituzionale del giusto processo, è il momento di fare un passo avanti e trattare della dimensione epistemica, ossia, delle questioni attinenti alla specifica disciplina procedurale che consenta di promuovere adeguatamente il valore processuale identificato nella ricerca del corretto accertamento della verità dei fatti rilevanti della causa. Certo è che il processo penale deve consentire l'adempimento di richieste e di valori che spesso sono in conflitto con la ricerca della verità e possono condizionare o restringere la sua funzione epistemica. In molte altre situazioni è possibile trovare punti convergenti, di soddisfazione reciproca o di equilibrio tra questi diversi poli valoriali⁹⁴⁸.

V., in senso simile, UBERTIS G., voce *Giusto processo*, cit., p. 432; PARLATO L., *Effettività delle indagini*, cit., p.94 ss.

⁹⁴⁵ In tal senso, TARUFFO M., *Giudizio: processo*, cit., p. 158 ss., secondo il quale «il processo serve a preparare la decisione finale» (corsivo nell'originale).

⁹⁴⁶ La natura della proprietà alla quale le nostre ricerche sono destinate fomenta il metodo delle ricerche, il che si ripete per evidenziare l'importanza di tale nozione nello sviluppo del capitolo.

⁹⁴⁷ Chiaro che si può negare questa premessa, come, secondo TARUFFO M., *Contro la veriphobia*, cit., p. 1007, fa il buon verifobico, ossia negare che il giudizio penale debba anche tendere ad accertare la verità dei fatti, per correttamente applicare il diritto sostanziale, e così viene anche negata la conseguenza: «ossia che il processo abbia anche una funzione epistemica».

⁹⁴⁸ Estremamente appropriate in proposito le parole di ZUCKERMAN A. A. S., *Justice in crisis*, cit., p. 3: «*Compromise, therefore, is an inescapable feature of any system of justice*».

Diverse linee di riflessione sarebbero possibili. Considerando primariamente la fase giudiziaria del processo penale⁹⁴⁹, le più importanti sembrano riguardare, da un lato, con il diritto probatorio, che implicherebbe l'esame delle norme giuridiche di ammissibilità, e di esclusione delle prove, gli *standards* e oneri probatori e la valutazione delle prove; e, d'altra parte, con i procedimenti e le pratiche che conferiscono struttura agli sforzi giuridici per approssimarsi della correzione nella ricostruzione fattuale, cioè della verità⁹⁵⁰, che passa, inizialmente, per le tecniche investigative, e successivamente per la dinamica concreta dell'acquisizione probatoria in giudizio, nonché dal controllo da parte dei tribunali. Potrebbe riferirsi ancora, in una prospettiva ampliata, alle regole deontologiche e ai divieti di comportamenti procedurali alle parti e agli avvocati.

Questo inventario molto sintetico e incompleto delle possibili proiezioni nella disciplina processuale della preoccupazione con la verità, allo stesso tempo in cui indica la rilevanza del tema, dimostra la sua portata. Per questo motivo, non è possibile pretendere un'ampia riflessione sui requisiti di un processo epistemicamente efficiente, dotato di condizioni cognitive ottimali, o vicino ad esso, per la realizzazione equilibrata del valore della qualità della decisione finale, sulla base di un accertamento veritiero dei fatti, congiuntamente con la preservazione degli altri diritti e interessi degni di tutela nel giudizio penale. Ad ogni modo non vi è dubbio che le norme che regolano il processo, e in particolare la disciplina concreta dell'accertamento dei fatti, tanto per l'aspetto dei limiti all'ammissione della prova, quanto per i metodi particolari di formazione e acquisizione delle prove, influenzano direttamente la ricerca della verità in giudizio.

Così, nel capitolo seguente l'attenzione sarà concentrata su una frazione ridotta di tutte queste questioni, più precisamente sulla dinamica di inserimento delle prove nel giudizio penale che permetta di approssimare il risultato del processo ai fatti effettivamente avvenuti, a partire da una preoccupazione con l'accuratezza e la veridicità degli enunciati fattuali nel meccanismo decisorio. In questo senso, si assume, alla luce di quanto esposto fino ad ora, che il processo penale deve essere orientato verso un'adeguata ricostruzione dei fatti nella misura necessaria, e possibile, per la correzione dei giudizi, e non totalmente

⁹⁴⁹ Ciò non significa ignorare l'importanza persino decisiva che la fase investigativa può avere nella formazione del sostrato cognitivo diretto all'accertamento dei fatti; come ricorda IACOVIELLO F. M., *Giusto processo?*, cit., p. 1461, sarà spesso nella fase preliminare che verrà scaricata la maggior parte delle informazioni che determineranno la sequenza della procedura. Riconoscimento già fatto inoltre dalla Corte Edu, *Schatschaschwili c. Germania*, cit., § 104.

⁹⁵⁰ Distinzione, in termini molto simili, menzionata da HAACK S., *Legalizzare l'epistemologia*, cit., p. 41.

dipendente dai desideri, inadeguatezze o influenze delle parti interessate⁹⁵¹. Questa assimilazione dell'importanza del metodo di preparazione della decisione finale, nel senso di una ricerca seria e appropriata nella ricostruzione fattuale, come è stato sufficientemente esposto, è differente dalla questione relativa al buon risultato di tale ricerca, cioè se ci sarà l'esito nel chiarimento dei fatti, in quanto si tratta sempre di una imposizione di mezzo, e non di risultato.

⁹⁵¹ Così WEIGEND T., *Is the criminal*, cit., p.170, che qualifica questo archetipo procedurale soggiogato dalle parti come «*party-oriented process*». CHIARLONI S., *Giusto processo, garanzie*, cit., p. 150 suggerisce specificamente che il giusto processo richiede, attinente all'accertamento dei fatti, «l'attribuzione di un potere sussidiario di ammissione *ex officio* dei mezzi di prova» Analogamente, questa correlazione appare in DI CHIARA G., «*Giusto processo*», cit., pp. 229-230. In senso simile, SCHÜNEMANN B., *Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio*, in SCHÜNEMANN B., *Estudos de direito*, cit., p. 228 ss, il quale riferisce, in relazione al modello del giudice passivo nell'udienza dibattimentale, i tre livelli di disorientamento e conseguente pregiudizio alla ricerca della verità: «il dilemma tra strategia e scoperta della verità»; «il dilemma ermeneutico» e «il dilemma de Lohengrin», traduzione nostra, questioni che saranno riprese più avanti, punto 4.4.

CAPITOLO IV

Riflessioni microcomparative sui poteri di acquisizione *ex officio* della prova in giudizio: un confronto tra le normative di Italia e Brasile.

4.1 Introduzione

Fino ad ora l'approccio è stato principalmente volto a sostenere l'obiettivo generale di questo studio che è quello di verificare l'inserimento della giustizia della decisione nell'ambito del giusto processo, con enfasi sulla ricerca della verità nella ricostruzione fattuale.

Da quanto precede, la conclusione parziale a cui si perviene è che il valore della verità deve riflettersi con rilevanza nell'elaborazione della struttura procedurale di accertamento dei fatti, e nei modi in cui questa è concretamente sviluppata⁹⁵², trattandosi di un obiettivo importante e degno di essere salvaguardato nel corso della procedura insieme ad altri valori meritevoli di tutela⁹⁵³.

Si tratta di una sequenza naturale della prospettiva assunta nella seconda parte del capitolo precedente⁹⁵⁴: il metodo più appropriato per la ricerca di una determinata proprietà dipende in primo luogo dal tracciare in un modo minimo, ma sufficiente, le caratteristiche di questa proprietà che si vuole raggiungere⁹⁵⁵. Come è stato constatato espressamente da autorevole dottrina, finché non si definiscono i contorni della concezione di verità che è assunta come obiettivo della giurisdizione, non ha molto senso mettere in discussione il

⁹⁵² Cfr. LYNCH M. P., *True to life*, cit., p. 14, considerare la verità un obiettivo meritorio presuppone l'adozione di precauzioni con la qualità delle prove, fornire e esigere ragioni, implementare una ricerca adeguata, ovvero, adottare metodi e strategie che siano affidabili, che verosimilmente permettano di chiarire la verità.

⁹⁵³ A livello scientifico, sembra preponderante la concezione del processo penale come strumento che deve coniugare il valore relativo al chiarimento della colpevolezza con il valore relativo ai diritti dell'imputato alla libertà e alla dignità, cfr., tra i molti, ILLUMINATI G., *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur. Treccani* vol. I, agg., 2007, p. 2 ss.; DI BITONTO M. L., *Profili dispositivi*, cit., p. 2.

⁹⁵⁴ V. *supra*, capitolo III, §s 3.4 e 3.5.

⁹⁵⁵ Come menzionato nel capitolo precedente, gli obiettivi assunti dall'attuazione giurisdizionale sono equivalenti a una specie «di *prius* logico» riguardo alle caratteristiche del meccanismo procedurale, v. DI CHIARA G., *Diritto processuale penale*, cit., p. 336: «la configurazione del fine modella la fisionomia e le dinamiche del mezzo destinato a perseguirlo». Così, CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 62. Nello stesso senso, SCHÜNEMANN B., *Um olhar crítico*, cit., p. 244, si tratta di accettare il metodo giuridico della riduzione mezzo-fine, attraverso il quale è possibile dedurre da una norma astratta (obiettivi della procedura penale) le regole concrete, cioè la struttura della procedura penale più adeguata a preservare gli obiettivi.

problema della funzionalità delle concrete dinamiche procedurali come meccanismo per la ricerca della verità⁹⁵⁶.

In altre parole, lo scopo assunto dal meccanismo di accertamento viene logicamente prima, e condiziona il metodo adottato. È solo partendo da una nozione definita di verità che si potrà riflettere sul metodo, nella ricerca di comprendere ciò che è più appropriato per l'obiettivo delineato⁹⁵⁷. Si assume, così, che la ricerca giudiziale della verità ha a che fare con i criteri necessari per poter considerare in giudizio una determinata proposizione come veritiera, e questo non dipende esclusivamente dalla coerenza, dal consenso o dall'utilità pragmatica, ma da un metodo razionale, basato su un'attività istruttoria adeguata, su ragioni obiettive, su elementi probatori consistenti, su un qualificato accertamento fattuale, su un raziocinio inferenziale, su probabilità induttiva e controllo successivo intersoggettivo della decisione da parte dei tribunali.

Schematizzando, se si dovesse assumere una nozione di verità consensuale, la preoccupazione sarebbe solo quella di stabilire le condizioni per lo sviluppo processuale del discorso razionale, in termini simili a quello dell'agire comunicativo habermasiano⁹⁵⁸; qualora invece si assumesse un'idea coerentista di verità, lo sforzo nella concezione del metodo si riassumerebbe nel permettere che le parti interessate esponessero le loro prove e ragioni in modo congruente con la tesi sostenuta⁹⁵⁹, in modo finalizzato ad ottenere il convincimento del giudice.

Tuttavia, siccome l'idea di verità che deve condurre all'elaborazione delle norme procedurali destinate alla ricerca del corretto accertamento fattuale è quella della verità come corrispondenza, nel senso, cioè che l'asserzione sui fatti rilevanti attinenti al mondo reale contenuta nella sentenza raggiunga il più elevato grado di approssimazione possibile con gli

⁹⁵⁶ TARUFFO M., *Metodo accusatorio*, cit., p. 169, il quale aggiunge che soltanto la nozione corrispondentista di verità come obiettivo che si cerca di approssimarsi il più possibile è che permette di servire come parametro per stabilire quale tecnica istruttoria sia superiore «come metodologia conoscitiva». Un altro concetto di verità sarebbe stato risolto soltanto nel metodo, e quindi il ravvicinamento con i fatti effettivamente avvenuto sarebbe irrilevante.

⁹⁵⁷ In senso molto simile, DEAN G., *L'escussione ex officio delle fonti di prova dichiarative nel giudizio penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 135, ha avuto l'opportunità di esplicitare che «[...] il fine designa quel mezzo [l'attribuzione di poteri istruttori suppletivi al giudice del dibattimento] come il più efficace in chiave epistemica».

⁹⁵⁸ È, infatti, considerato che Habermas ha elaborato una teoria della verità più sofisticata: «*a proposition, p, is true if and only if people participating in the ideal discourse (literally located in the ideal speech-situation) would agree that p*», cfr. PECZENIK A., *Coherence, Truth*, cit., p. 307.

⁹⁵⁹ La teoria coerentista della verità nella versione più elaborata indica che «*a true statement must be included in a coherent world-picture*», in modo che la coerenza dell'insieme di enunciati che consente di conferire l'attributo di verità a una proposizione, deve comprendere «*all fields of life*», cfr. PECZENIK A., op. loc. cit.

eventi effettivamente avvenuti⁹⁶⁰, tale constatazione deve, o dovrebbe, avere riflessi importanti nella definizione della dinamica di inserimento delle prove nel giudizio penale⁹⁶¹.

Questi possono essere considerati fattori importanti, tale da giustificare l'opzione fatta di concludere lo studio con considerazioni sulla necessità di inserire, in qualche misura, il giudice quale soggetto terzo e imparziale nello sviluppo o nelle cadenze dell'istruzione probatoria in giudizio⁹⁶². Anche se, come non potrebbe essere altrimenti, l'esposizione fatta finora è servita, in qualche modo, anche per preparare tale esito, funzionando, in questo modo, come un substrato di premessa necessario, almeno, per una migliore contestualizzazione di questo epilogo.

In aggiunta, è necessario chiarire, nella linea già indicata nei capitoli precedenti, e per evitare equivoci, che l'importanza della ricerca di accuratezza dell'accertamento fattuale nel processo penale, nella prospettiva cognitiva identificata nel secondo capitolo come valore strumentale nella struttura processuale, non assume rilevanza soltanto nella prospettiva della ricerca della verità⁹⁶³. L'esigenza di pervenire a giuste decisioni si riconnette, infatti, anche ad altri valori fondamentali, rappresentati dall'imperativo dello Stato di diritto, dalla necessità di giustificazione delle decisioni, e dall'idea stessa di legittimità e di realizzazione della giustizia attraverso il processo, contenuta nella formula costituzionale del giusto processo o del dovuto processo legale.

Se in precedenza l'inserzione di un sistema di amministrazione della giustizia a partire dalle categorie *adversarial* e *inquisitorial* aiutavano a indicare la posizione riservata al

⁹⁶⁰ COMOGLIO L. P., *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo C.P.P.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 131-132; FERRUA P., *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1083; RIVELLO P. P., *Il dibattimento nel*, cit. p. 60.

⁹⁶¹ Così CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 38. È interessante notare la diversa prospettiva assunta da BELLUTA H., *Imparzialità del giudice*, cit., pp. 70-74, il quale identifica come equivoci tanto l'avvicinamento tra poteri d'ufficio e ricerca del vero, come propugnare un risultato (verità) per giustificare il metodo, e dopo concorda che la verità, nel senso di approssimazione al fatto storico, è «uno degli scopi istituzionale del processo», aggiungendo che «tutto sta a capire in che modo tale fine sia perseguito e come “esso si coordin[i], strumentalmente, con gli altri principi fondamentali del processo». Molto probabilmente questo modo di affrontare il tema sia in ragione della già menzionata diffidenza dei processualisti penali in materia di verità, come indicato da CAPRIOLI F., *Verità e giustificazione*, cit., p. 609, cfr. *supra*, nt. 749, anche perché l'Autore concorda che «uno dei metodi idonei a stimolare la produzione di conoscenze rilevanti per il giudizio consiste proprio nell'iniziativa probatoria giudiziale».

⁹⁶² L'opzione sembra già in qualche misura giustificata dai termini della propria legge-delega al nuovo c.p.p. (L. 16 febbraio 1987, n. 81. Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale), poiché l'unico riferimento esplicito alla ricerca della verità nel processo è fatta nel n. 73 dell'art. 2, che tratta esattamente dei poteri del giudice sulla prova nel dibattimento.

⁹⁶³ Come ha già affermato la Cass., Sez. Un., 17 ottobre 2016, n. 41281, Greco, in *Cass. pen.*, 2007, p. 952 ss, con osservazione di VESSICHELLI M., non sarebbe necessario neppure ricorrere ai grandi principi come la ricerca della verità; poiché lo scopo è quello di «salvaguardare la completezza dell'accertamento probatorio», al fine di aumentare la probabilità che la decisione sia giusta.

giudice nel corso dell'istruzione probatoria dibattimentale⁹⁶⁴, i nuovi paradigmi di amministrazione della giustizia, stimolati dalla mutazione nel sistema delle fonti del processo penale, come già accennato nel capitolo iniziale, e, come è stato lucidamente rilevato, indicano un cambiamento «epocale»⁹⁶⁵, hanno offuscato un po' queste differenze. Si tratta di una trasformazione ancora in corso, il che lascia delle incertezze sulla portata delle sue implicazioni, ma anche in relazione ad alcuni indicatori molto consistenti provenienti dai blocchi sovraregionali è possibile notare non solo indecisioni, ma molte riluttanze tanto nella concezione nei sistemi giuridici interni, quanto nell'accoglimento ampio di questi influssi da parte dei giuristi⁹⁶⁶.

Queste considerazioni preliminari sono dirette a giustificare l'opzione fatta per complementare l'esposizione riflettendo su alcuni aspetti che riguardano i particolari metodi di formazione e acquisizione delle prove⁹⁶⁷, con particolare attenzione ai profili relativi all'intervento del giudice in questa dinamica, in modo da non lasciare l'istruzione probatoria interamente nella piena disponibilità dell'attuazione delle parti contrapposte⁹⁶⁸. L'inerzia probatoria totale dell'organo giudicante non è la migliore soluzione cognitiva e di preservazione del valore della verità nel processo⁹⁶⁹, in particolare nei sistemi procedurali penali come l'italiano e il brasiliano, in cui la qualità del metodo epistemologico

⁹⁶⁴ Per conformarsi al sistema accusatorio, auspicato dall'art. 2 comma 1° della Legge 16 febbraio 1987, cit., non sarebbe indispensabile arrivare al punto di plasmare un processo di parti in senso stretto, nello stile *adversary*, come sostenuto da ILLUMINATI G., *Giudizio*, cit., p. 693. In senso simile, TONINI P., *Manuale di procedura penale*, 16a. ed., Giuffrè, 2015, p. 663; CORDERO F., *Procedura penale*, 8. ed., Giuffrè, 2006, p. 949; FASSONE E., *Giudice-arbitro*, cit., p. 591; ZILLI M. A. C., *A iniziativa*, cit., p. 70 ss.

⁹⁶⁵ MAZZA O., *Cedu e diritto*, cit., p. 5.

⁹⁶⁶ A tale proposito, è interessante menzionare la Direttiva 2016/343/UE del 9 marzo 2016, del Parlamento europeo e del Consiglio, che si occupa di due garanzie essenziali del «giusto processo penale europeo» cf. menziona CAMALDO L., *Presunzione di innocenza e diritto di partecipare al giudizio: due garanzie fondamentali del giusto processo in un'unica Direttiva dell'Unione europea*, reperibile in: «<https://www.penalecontemporaneo.it/d/4584-presunzione-di-innocenza-e-diritto-di-partecipare-al-giudizio-due-garanzie-fondamentali-del-giusto>». Sebbene l'obiettivo sia quello di rafforzare alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo, viene espresso nell'art. 6, § 1° che «*this shall be without prejudice to any obligation on the judge or the competent court to seek both inculpatory and exculpatory evidence*». V. CALLARI F., *L'abuso del processo penale tra diritto alla prova delle parti e poteri probatori del giudice*, in *Riv. it. dir. proc.*, 2018, p. 185, nt. 15.

⁹⁶⁷ La questione di fornire i mezzi di prova necessari per la fondamento della decisione penale è sempre stata considerata cruciale negli studi del processo, cfr. DI BITONTO M. L., *Profili dispositivi*, cit., p. 83.

⁹⁶⁸ Cfr. TARUFFO M., *Metodo accusatorio*, cit., p. 159, per molti anni che il monopolio delle parti circa le iniziative probatorie e l'assunzione dei mezzi di prova è tra gli aspetti discussi dalla dottrina nordamericana, soprattutto a causa della sua possibile incapacità di consentire una ricostruzione veritiera dei fatti controversi. Per una breve panoramica dell'influenza della ricerca della verità sui poteri del giudice nei sistemi inglese e nordamericano v. MARAFIOTI L., *L'art. 507 c.p.p. al vaglio delle Sezioni unite: un addio al processo accusatorio e all'imparzialità del giudice dibattimentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, pp. 833-835. Su alcuni dei motivi della differenza di priorità rispetto alla ricerca della verità in entrambi i sistemi giuridici comparati, v. GARAPON A., PAPAPOPOULOS I., *Julgar nos Estados*, cit., p. 86 ss., e *passim*.

⁹⁶⁹ Così CARACENI L., *Istruzione dibattimentale e poteri del giudice sulla prova*, in *Giurisprudenza di Merito*, supplemento al vol. 1, n. 12, 2009, p. 154.

concretamente impiegato in giudizio di solito non è tutelata, almeno non effettivamente, con tecniche tipiche di *common law* come la *contempt of court* o gli obblighi di verità delle parti⁹⁷⁰, i quali condizionano anche le dichiarazioni in giudizio dell'imputato.

Si tratta, come è stato osservato, di deroghe al principio dispositivo in materia di assunzione delle prove⁹⁷¹. In questa prospettiva, l'attenzione sarà focalizzata sulla concreta disciplina processuale all'interno dei sistemi italiano e brasiliano, lasciandosi guidare da un'ottica essenzialmente descrittivo-esplicativa dello stato dell'arte sul tema, senza escludere considerazioni comparative, al fine di aggiungere, in relazione al semplice modello di descrizione, alcune riflessioni critiche alle luce delle premesse stabilite nei precedenti capitoli, anche come modo per consentire una verifica critica della possibile armonizzazione tra i sistemi e l'emersione di eventuali punti positivi o vantaggi nelle soluzioni adottate in un sistema in relazione a quello corrispondente.

4.2 Preliminari considerazioni in tema di poteri officiosi del giudice in materia probatoria nel processo penale italiano

Nella sezione 3.2.1 è stato ricordato come l'imposizione della struttura dialettica del procedimento si qualifica come un criterio metodologico orientato anche alla preservazione della finalità cognitiva del processo. Così, il principio del contraddittorio viene accolto come il metodo giurisdizionale funzionalmente appropriato allo sviluppo della dinamica della conoscenza in giudizio, consentendo il protagonismo delle parti interessate nell'impulso della dinamica probatoria; allo stesso tempo esso funziona come garanzia al servizio dell'interesse pubblico al corretto funzionamento della giurisdizione, nella qualità di un canone oggettivo del giusto processo indispensabile nella ricerca di assicurare la correttezza dell'accertamento processuale nel giudizio penale⁹⁷².

⁹⁷⁰ In senso simile, v. CHIARLONI S., *Riflessioni microcomparative*, cit., p. 101; Id., CHIARLONI S., *voce Giusto processo*, cit., p. 408. Nel processo di *common law*, l'imputato può, come regola, scegliere di sottomettersi all'interrogatorio o meno. Ma se lo fa, diventa una fonte di informazioni e viene trattato come un testimone ordinario, cioè, finisce per essere uno strumento importante per la ricerca della verità, basta vedere la seria minaccia di punizione per spergiuuro; contrariamente a quanto avviene comunemente nei paesi del sistema di giustizia continentale, cfr., pur con varietà di accenti, DAMAŠKA M. R., *I volti della giustizia*, cit., p. 220 ss.

⁹⁷¹ LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, 10a. ed, G. Giappichelli, 2015, p. 551 ss.; BELLUTA H., *Premesse per uno studio*, cit., p. 1223. Secondo MARAFIOTI L., op. cit., p. 838, si tratta di un ragionevole correttivo del principio dispositivo, dal momento che sarebbe esagerato ostacolare al giudice di acquisire le prove necessarie alla decisione sui fatti oggetto della prova.

⁹⁷² GREVI V., *Ancora su contraddittorio*, cit., p. 1288 ss., Id., *Garanzie soggettive*, cit., p. 730; CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 75.

Nonostante si tratti di una condizione necessaria nella ricerca della verità, nonché elemento essenziale per la correttezza dell'attuazione giurisdizionale⁹⁷³, l'esercizio dialettico tra coloro che sono interessati all'esito dell'azione giudiziale non può essere considerato di per sé come metodo sufficiente per la conservazione, in tutti i casi, del valore relativo alla ricerca della accuratezza della decisione finale relativamente ai fatti della causa⁹⁷⁴. Proprio per questo motivo, nella dinamica dell'istruzione probatoria sono previsti determinati meccanismi procedurali diretti ad assicurare interventi *officio iudicis* nella formazione della prova, in modo da evitare che il momento cruciale dell'istruzione giudiziale⁹⁷⁵ rimanga interamente sottomesso alla volontà o alla disponibilità delle parti processuali. L'idea-chiave è che la natura dei valori compresi nel processo penale «non consente di deresponsabilizzare l'organo giudicante in ordine alla qualità dell'accertamento»⁹⁷⁶.

Si tratta, genericamente, di manifestazioni possibili dei poteri di iniziativa probatoria del giudice nella fase di formazione della prova previsti nella disciplina legale della procedura, e che si basano proprio sul riconoscimento dell'importanza della ricerca della verità nel processo penale. In particolare, sotto questo aspetto è possibile riconoscere che il contraddittorio e i poteri d'ufficio del giudice nell'integrazione probatoria convergono per lo stesso fine, ossia quello di tutelare la accuratezza dell'accertamento fattuale, cioè di preservare la funzione cognitiva del processo penale⁹⁷⁷.

Gli strumenti essenziali degli interventi del giudice dibattimentale nell'assunzione delle prove, che costituiscono delle vere eccezioni a ciò che rappresenterebbe una disponibilità di accusa e difesa nell'inserimento dei mezzi di prova nel processo⁹⁷⁸, si rivelano mediante la previsione di regole concrete che autorizzano il terzo imparziale a

⁹⁷³ ORLANDI R., *L'attività argomentativa*, cit., p. 9, concepisce il contraddittorio come schema metodologico volto a realizzare l'imparzialità del giudice.

⁹⁷⁴ CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 37; CALLARI F., *L'abuso del processo*, cit., p. 185.

⁹⁷⁵ L'identificazione del momento di acquisizione delle prove come «fase centrale del dibattimento» appare in ORLANDI R., *L'attività argomentativa*, cit., p. 44; COMOGLIO L. P., *Prove ed accertamento*, cit., p. 120. La caratterizzazione del dibattimento come la fase centrale nella formazione della prova nel giudizio ordinario, e anche come momento centrale del processo, è fatta anche da BELLUTA H., *Imparzialità del giudice*, cit., p. 93; ILLUMINATI G., *Giudizio*, cit., p. 764.

⁹⁷⁶ PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., p. 260; Id., *Iniziativa probatorie del giudice dibattimentale e «giusto processo»*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 845. Analogamente, ILLUMINATI G., *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento*, cit., p. 96 ss; ZILLI M. A. C., *A iniziativa*, cit., p. 117.

⁹⁷⁷ CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 38; BELLUTA H., *Riflessioni sui poteri*, cit., p. 1534; Id., *Imparzialità del giudice*, cit., p. 73; TONINI P., *Manuale di procedura penale*, 2015, cit., p. 731; TONINI P., CONTI C., *Il diritto delle prove*, cit., p. 139.

⁹⁷⁸ Secondo BELLUTA H., *Riflessioni sui poteri*, cit., p. 1531, una concezione di disponibilità delle parti sulle fonti del conoscere potrebbe essere ricevuta solo come indicazione di prevalenza, e non di esclusività. In senso analogo, v. DALIA A. A., FERRAIOLI M., *Manuale di diritto*, cit., pp. 168-169; PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., p. 23

sollecitare iniziative delle parti per complementare gli esami orali, che danno l'opportunità al giudice di integrare la prova orale con ulteriori domande, e che ammettono l'assunzione *ex officio* di nuovi mezzi di prova. Si ritiene che tali poteri, anche se suppletivi, si inseriscono in un sistema progressivo di interventi giurisdizionali, che diventano gradualmente più incisivi nel tentativo di promozione della ricerca della verità⁹⁷⁹.

Riprendendo solo in parte delle idee sostenute nei capitoli precedenti, va detto che il processo di attuazione della giurisdizione penale non è concepito nella forma di uno strumento di risoluzione di conflitti⁹⁸⁰, e il giudice non compare nella dinamica probatoria come un semplice arbitro di una disputa, le cui funzioni si riassumerebbero nell'assicurare le condizioni di parità dello scontro⁹⁸¹, e nel quale il risultato finale rimarrebbe interamente sottomesso alla volontà o alle abilità dei contendenti⁹⁸². Le esigenze di ricerca della verità in giudizio, sufficientemente indicate nell'approccio sopra sviluppato, giustificano l'interferenze dell'organo giurisdizionale nell'assunzione degli strumenti probatori, confermando l'assunto per cui le finalità del processo e la funzione del giudice sono temi strettamente correlati⁹⁸³.

In questa direzione, l'intenzione di questa prima parte del capitolo è di esporre brevemente in che modo il meccanismo giudiziale italiano concepisce i poteri d'ufficio in materia di prova penale, indicando le possibilità, il perimetro attuativo ed i limiti delle funzioni del giudice che dirige l'istruzione probatoria nell'udienza dibattimentale, con particolare attenzione all'attività di direzione materiale, ovvero, quella idonea ad influire sull'esito della causa⁹⁸⁴. Pur mantenendosi sul piano delle considerazioni generali, sarà possibile iniziare a specificare i riferimenti normativi, la dinamica e le caratteristiche delle interferenze del giudice nella formazione della prova in giudizio, con particolare attenzione alle manifestazioni di impulso probatorio d'ufficio.

⁹⁷⁹ In tal senso si esprimeva DEAN G., *L'escussione ex officio*, cit., p. 135. Sulla progressività nelle interferenze del giudice, v. VALENTINI E., *Così esteso*, cit., p. 2896.

⁹⁸⁰ V. DAMAŠKA M. R., *I volti della giustizia*, cit., p. 39 ss., 180 ss., COMOGLIO L. P., *Prove ed accertamento*, cit., p. 130.

⁹⁸¹ Il che non vuol dire che non abbia anche queste funzioni.

⁹⁸² CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., pp. 37, 45-46; SOLUM L. B., *Procedural justice*, op. cit., p. 260; PIZZI W. T., *Trials without*, cit., p. 21 ss.

⁹⁸³ In questi termini, MANZIONE D., *Commento artt. 506-507 C.p.p.*, in *Commento al nuovo Codice di procedura penale*, coord. da CHIAVARIO M., vol. V, UTET, 1990, p. 378; NAPPI A., *Guida al codice di procedura penale*, 10a ed., Giuffrè, 2007, p. 530 ss.; ZILLI M. A. C., *A iniziativa*, cit., p. 116 ss.

⁹⁸⁴ La distinzione tra «direzione formale» e «direzione materiale» nell'istruzione probatoria viene menzionata da ORLANDI R., *L'attività argomentativa*, cit., p. 24, essendo il segno della differenza la capacità della seconda di influenzare sulla formazione della prova e, così, contribuire all'esito del risultato della causa.

È necessario chiarire che il controllo del giudice sull'attività probatoria delle parti è più ampio nel corso della regolamentazione normativa del procedimento⁹⁸⁵, una volta che si manifesta durante il primo segmento della fase destinata alla formazione delle prove nel giudizio penale, direzionato alla richiesta di prove da parte dei soggetti interessati, e che ha come finalità arrivare ad una decisione processuale sull'ammissibilità dei mezzi di prova. Ad ogni modo, la previsione di interferenza giudiziale nella fase dell'ammissione delle prove dedotte dalle parti è funzionalmente orientata più a rispettare i divieti legali ed evitare estenuanti attività procedurali non necessarie al chiarimento dei fatti⁹⁸⁶, piuttosto che a scongiurare limitazioni cognitive quanto alla materia fattuale che possano pregiudicare l'esito finale auspicato di giustizia delesito processuale.

Così come il principio del contraddittorio deve essere essenzialmente assicurato al momento della formazione probatoria mediante l'attribuzione alle parti dell'ordinario compito di promuovere l'esame diretto e il contro esame dei mezzi orali di prova inseriti nella dinamica istruttoria⁹⁸⁷, la garanzia del diritto alla prova attribuito all'accusa e alla difesa si realizza soprattutto nella fase destinata alla richiesta⁹⁸⁸ e all'ammissione dei mezzi istruttori⁹⁸⁹. Inoltre, una delle manifestazioni primordiali del diritto di difesa, rappresentata dalla prerogativa di difendersi provando⁹⁹⁰, si realizza esattamente attraverso l'esercizio delle garanzie del contraddittorio e del diritto alla prova⁹⁹¹. Di conseguenza, il dominio basilare

⁹⁸⁵ Come verrà indicato infra, anche in sede di udienza preliminare è possibile un intervento *officio iudicis*.

⁹⁸⁶ Secondo la legge processuale, art. 190, 1° comma, e art. 468, 2° comma, spetta al giudice escludere le testimonianze vietate dalla legge e anche quelle manifestamente sovrabbondanti. Cfr. CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., pp 100-101, 129 ss., spetta al giudice controllare i parametri di legalità e di «utilità-idoneità dimostrativa», su un ragionamento di rilevanza e non superfluità, quando delle richieste istruttorie. Sul tema v., ad es., FANUELE C., *Un difficile punto di equilibrio tra il diritto alla prova delle parti e il controllo di legalità del giudice nel procedimento probatorio*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 908 ss; ILLUMINATI G., *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 84 ss. PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., p. 32, ritiene che il giudizio di «rilevanza probatoria» svolge l'importante funzione di mediazione tra le legittime istanze delle parti ed il principio di economia processuale.

⁹⁸⁷ Cfr. DI BITONTO M. L., *Profili dispositivi*, cit., p. 5 ss., l'attuale fisionomia del processo penale ha ritirato dal giudice il protagonismo nell'impulso probatorio e lo ha attribuito all'accusa e alla difesa.

⁹⁸⁸ Ai sensi dell'art. 468 comma 1 del CPP, le parti che desiderano produrre prova orale in udienza dibattimentale, devono rendere disponibile l'elenco delle persone da esaminare almeno sette giorni prima della data fissata per il dibattimento, con l'indicazione delle circostanze su cui deve vertere l'esame.

⁹⁸⁹ Secondo CHIAVARIO M., *Considerazioni sul diritto alla prova nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2014, il nucleo essenziale della garanzia, oltre il diritto di non vedere arbitrariamente esclusi mezzi di prova correttamente richiesti, coprirebbe la prerogativa di vedere le prove raccolte utilizzate e valutate

⁹⁹⁰ Come spiegato da VASSALLI G., *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 12: «[...] e cioè del diritto di non veder menomata la propria possibilità di difesa attraverso una arbitraria restrizione dei mezzi di prova [...]».

⁹⁹¹ NOBILI M., *Commento all'art. 190 – Diritto alla prova*, in CHIAVARIO M., (coord. da), *Commento al nuovo Codice di procedura penale*, vol. II, UTET, 1990, p. 401.

delle parti sulle iniziative probatorie non può essere oggetto di restrizione al di là dello strettamente necessario, e nei termini esatti della disciplina legale del procedimento⁹⁹².

Il giudice è inserito nel sistema di ricostruzione giudiziaria dei fatti in una posizione abituale di destinatario dell'operosità istruttoria degli antagonisti, con la funzione primordiale di agire come garante dell'attività di formazione del sostrato probatorio attribuita, di regola, al pubblico ministero e al difensore⁹⁹³. La struttura del metodo giudiziale di produzione probatoria è ancorata ai principi generali del contraddittorio e del diritto delle parti ai mezzi di prova⁹⁹⁴. Tuttavia, la circostanza che la produzione delle prove compete principalmente alle parti non esclude la previsione legale di interferenze probatorie d'ufficio, che trova fondamento nei motivi già menzionati in precedenza, ossia di impedire che il giudizio sulla colpevolezza sia basato su una precaria ricostruzione fattuale, a causa di lacune e omissioni nell'azione degli interessati⁹⁹⁵.

La riconosciuta indisponibilità della *res iudicanda* permette di condensare molte delle ragioni sopra menzionate. Esse segnalano l'importanza delle attribuzioni probatorie riservate al giudice⁹⁹⁶ come strumento per garantire l'indisponibilità dell'accertamento penale⁹⁹⁷ nella

⁹⁹² Secondo l'art. 190, comma 1° c.p.p. il giudice può escludere le prove richieste dalle parti solamente quando siano vietate dalla legge oppure quando siano manifestamente superflue o irrilevanti. Cfr. LOZZI G., *Lezioni di procedura*, cit., p. 552, il giudice deve disporre l'assunzione delle prove non vietate dalla legge sempre che la superfluità o l'irrelevanza non siano manifeste. Sul diritto costituzionale della prova, v. FERRUA P., *La prova nel processo*, cit., p. 98 ss. CHIAVARIO M., *Considerazioni sul*, cit., p. 2019, riconosce una «presunzione (relativa) di ammissibilità delle richieste probatorie di parte», così come CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 130 ss., la quale riferisce, tuttavia, che non si tratta di un diritto ad introdurre nel processo ogni elemento di conoscenza, «ma come diritto all'acquisizione degli elementi rilevanti per la pronuncia sulla *quaestio facti*».

⁹⁹³ Sul carattere suppletivo dell'iniziativa del giudice in dibattimento, v. NOBILI M., *Commento all'art. 190*, cit., p. 402; BELLUTA H., *Imparzialità del giudice*, cit., p. 110, il quale parla di una funzione regolativa del giudice. Sulla visione del giudice come garante del rispetto delle regole e destinatario dell'attività istruttoria delle parti, v., ad es., CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 77; MARAFIOTI L., *L'art. 507 c.p.p. al vaglio*, cit., p. 838; ZAGREBELSKY V., *Sul ruolo del giudice nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 918. Più in generale, MILIONE G. G., *I poteri ex officio del giudice penale*, 2a. ed, Youcanprint, 2014 espone che il ruolo di garanzia del giudice nell'istruzione probatoria è più ampio e comprende tre aspetti: garanzia della prova, garanzia del dichiarante e garanzia della sentenza, l'ultimo dei quali è destinato a garantire «la completezza dell'acquisizione del material probatorio, fino alla pronuncia di una sentenza "giusta"».

⁹⁹⁴ CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 92.

⁹⁹⁵ Cfr. NAPPI A., *Guida al codice*, cit., p. 549, è manifesto l'intento del sistema di cercare un'appropriata integrazione tra le singole prospettive delle parti e la visione complessiva del giudice.

⁹⁹⁶ BELLUTA H., *Riflessioni sui poteri*, cit., p. 1535; Id., *Imparzialità del giudice*, cit., p. 64; CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., pp. 43 ss, 107; FASSONE E., *Giudice-arbitro*, cit., p. 591; ORLANDI R., *L'attività argomentativa*, cit., p. 18, nt. 38; TONINI P., *Manuale di procedura penale*, 2015, cit., p. 736; RENON P., *Mutamento*, cit., p. 38. V. Cass. Sez. Un., 6 novembre 1992, n. 11227, Martin, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 829, ed anche in Cass. pen., 1993, p. 280, con nota di IACOVIELLO F. M., *Processo di parti e poteri probatori del giudice*. Secondo CORDERO F., *Procedura penale*, cit., pp. 621-622, 949, «[...] i delitti non sono materia disponibile: e le parti ne disporrebbero se fossero monopoliste della prova». Per un'autorevole opinione di segno contrario v. VALENTINI REUTER C., *La Corte costituzionale*, cit., p. 933. MENNA M., *Poteri probatori d'ufficio e terzietà del giudice tra attività deduttiva o sintetica a priori dell'organo giudicante e salvaguardia delle esigenze accertative del processo*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, p. 8, ritiene che l'indisponibilità dell'oggetto del processo possa essere tutelata dai doveri del pubblico ministero, essendo

fase dibattimentale⁹⁹⁸, alla quale si devono aggiungere anche aspetti rilevanti come la legittimità della funzione giurisdizionale, e l'importanza della componente cognitiva nel giudizio penale. L'indisponibilità della materia inserita nel processo penale non sarebbe preservata con semplici controlli o sanzioni extra processuali di natura amministrativo-funzionale eventualmente applicabili alle parti negligenti, ma richiede adeguati meccanismi processuali di applicazione del corretto accertamento fattuale⁹⁹⁹.

In questo senso, il principio dispositivo in tema di iniziativa probatoria solamente potrebbe essere compreso come strumento di espansione dei poteri attribuiti alle parti, ma non come un limite preclusivo dell'accertamento fattuale, una volta che non inibisce l'interferenza giudiziale nella integrazione del sostrato necessario per la formazione del

sufficiente, a tal fine, concedere al giudice il potere di sollecitare ulteriori temi a fini argomentativi al pubblico ministero.

⁹⁹⁷ Espressione usata da DI BITONTO M. L., *Profili dispositivi*, cit., p. 39 ss., 54 ss., 90 ss., la quale distingue il principio dispositivo, che indica la preminenza delle parti in relazione all'instaurazione del processo, alla conduzione ed selezione del materiale probatorio; di un assente fondamento disponibile dell'accertamento, che è contraddetto dall'inserimento di poteri *ex officio* in materia di prova, i quali si collegano alle esigenze cognitive e di garanzia della giurisdizione penale.

⁹⁹⁸ Questo non significa l'indisponibilità della fase dibattimentale, il che è permesso nelle seguenti procedure speciali: giudizio abbreviato; applicazione della pena su richiesta delle parti e procedimento per decreto, i quali si aggiungono agli altri due riti speciali: giudizio direttissimo e giudizio immediato. Questo secondo gruppo prevede il passaggio diretto all'udienza dibattimentale, senza la fase delle indagini preliminari, a causa della presenza di «situazioni di particolare evidenza probatoria (flagranza, confessione, prova evidente)». Il primo gruppo dipende della volontà dell'imputato, e tra i suoi fondamenti, si indica la necessità di deflazionare il dibattimento, anche per elevarne la qualità, restringendo la fase dibattimentale ai soli casi in cui il contraddittorio appaia indispensabile, inserendo una chiara connotazioni di premialità proprio per stimolare tale opzione, cfr. LOZZI G., *Giudizi speciali e deflazione del dibattimento*, in *Commento al nuovo Codice di procedura penale*, coord. da CHIAVARIO M., vol. IV, UTET, 1990, p. 757 ss., il quale aggiunge che sono opzioni opportune derivanti della necessità di fare l'istruzione e la formazione della prova prevalentemente in dibattimento, riducendo la durata e l'impegno nella fase preliminare. Così, l'istruzione dibattimentale è diventata più lunga e complessa, richiedendo misure per ridurre il suo utilizzo a quanto strettamente necessario. Nello stesso senso, DI BITONTO M. L., op. cit., pp. 113-115, la quale ricorda che le parti continuano a condizionare la decisione finale; così, cfr. UBERTIS G., *Giudizio di primo grado*, cit., p. 522, un rito speciali sarà giustificato per l'imputato quando ritenga che il materiale raccolto nella fase preliminare sarebbe confermato nel dibattimento.

⁹⁹⁹ IACOVIELLO F. M., *Processo di parti e poteri probatori del giudice*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 290. Per un'autorevole opinione di segno contrario v. tuttavia FERRUA P., *I poteri probatori*, cit., pp. 1081-1082.

giudizio¹⁰⁰⁰. Tuttavia, non è il caso di entrare in un *excursus* sul principio la cui nozione è oggetto di incessante disaccordo nella dottrina¹⁰⁰¹.

D'altra parte, l'esigenza di imparzialità non è compatibile con le incursioni sistematiche e illimitate del giudice nell'istruzione giudiziale¹⁰⁰². Tali constatazioni, con significati nitidamente antitetici, segnalano l'importanza di riflettere sui tempi e le modalità dell'intervento giudiziale nella procedura probatoria, come un modo per identificare i contorni legittimi dell'intromissione giudiziaria nella dinamica di chiarimento dei fatti nel processo penale¹⁰⁰³, cercando di trovare il punto di equilibrio nella relazione tra l'esigenza cognitiva del processo e la garanzia di imparzialità¹⁰⁰⁴.

A tal fine, e senza sminuire l'importanza che altre disposizioni legali possono avere prevedendo, in maggior o minore intensità, delle ingerenze da parte dell'organo giudicante nell'inserimento di materiale con forza probatoria¹⁰⁰⁵, o nella conduzione del procedimento probatorio in giudizio¹⁰⁰⁶, è ampiamente riconosciuto in dottrina come la disciplina centrale della questione che coinvolge l'iniziativa probatoria d'ufficio trovi spazio negli articoli 506 e 507 CPP¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁰ Posizione espressa da NAPPI A., *Guida al codice*, cit., p. 531. V., anche, DI BITONTO M. L., *Profili dispositivi*, cit., p. 91, che basa il principio dispositivo nella presunzione d'innocenza e nella finalità cognitiva del processo; CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 102; BELLUTA H., *Premesse per uno studio*, cit., pp. 1223-1224; Id., *Riflessioni sui poteri*, cit., p. 1531, segnala che il principio dispositivo in materia probatoria deve essere inteso come «prevalenza». Con diversa interpretazione sul significato del termine, NOBILI M., *Commento all'art. 190*, cit., p. 404, menziona che le eccezioni conferendo poteri suppletivi all'organo giudicante scartano veri e propri poteri dispositivi alle parti in materia di prova; e CHIAVARIO M., *Considerazioni sul*, cit., p. 2013, indica che non esiste relazione tra diritto alla prova e principio dispositivo. V., ancora, Corte Cost., 26 marzo 1993, n. 111, in *Giur. Cost.*, 1993, p. 916 ss; e la rispettiva confutazione fatta da VALENTINI REUTER C., *La Corte costituzionale*, cit., p. 932 ss.

¹⁰⁰¹ Sulla mancanza di una nozione condivisa del principio dispositivo anche nella scienza processual-civiltistica, v. PAULESU P. P., *Iniziativa probatorie*, cit., p. 849.

¹⁰⁰² Tra i molti, v., ad es., MANZIONE D., *Commento*, cit., p. 378; CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 31; MAGGIO P., *I poteri istruttori del giudice penale tra interpretazioni consolidate e nuovi limiti dettati dal principio della "parità delle armi"*, in *Proc. pen. giust.*, n. 6, 2015, p. 142 ss.

¹⁰⁰³ FERRUA P., *La prova nel processo*, cit., p. 103.

¹⁰⁰⁴ Così, CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 108, la quale parla propriamente della necessità di equilibrare il «dovere di accertamento» con il «dovere di imparzialità», condizioni fondamentali all'attuazione della giurisdizione.

¹⁰⁰⁵ Conf., ad es., artt. 195 comma 2; relativo alla testimonianza indiretta; 210 comma 1, attinente alle persone imputate in un procedimento connesso; 224 comma 1 (508.1), concernente alla perizia di ufficio; 237, relativo all'acquisizione di documento proveniente dall'imputato; 468 comma 5, riguardante al perito dell'incidente probatorio; 511 comma 1 attinente alle letture degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento; 511-bis permettendo la lettura di verbali di prove di altri procedimenti; 603, sui poteri di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello. Nella propria udienza preliminare, come previsto dell'art. 422. Per un breve catalogo, v. BELLUTA H., *Imparzialità del giudice*, cit., p. 57, nt. 9.

¹⁰⁰⁶ V., ad es., artt. 478, sulla decisione delle questioni incidentali; 499, sulle domande delle parti nell'esame testimoniale; 504, sulle opposizioni formulate nel corso dell'esame dei testimoni.

¹⁰⁰⁷ MANZIONE D., *Commento artt. 506-507*, cit., p. 377; CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 116.

L'importanza della considerazione dei poteri integrativi del giudice penale nel tema della ricostruzione fattuale avendo come riferimento il regolamento costante di queste norme cardinali, consente di indicare in modo sufficiente la soluzione adottata nel sistema italiano per quanto riguarda l'articolazione tra giudice e parti nella formazione probatoria, che è di evidenziare l'aspetto cognitivo del processo, basato principalmente sulle attività di accusa e di difesa, ma con aperture all'impulso giudiziale, esattamente nel tentativo di completare il quadro probatorio al fine di preservare il valore cognitivo della giurisdizione penale¹⁰⁰⁸.

Sono regole che portano a interpretazioni dissonanti nella dottrina, rafforzata da esegesi non ancora pienamente pacificate in ambito giurisprudenziale, pertanto l'esame della materia a partire di tale quadro di riferimento normativo si basa anche nel fatto che tali dispositivi si inseriscono in una logica di contraddizione. In questa congiuntura, il tentativo di identificare le funzioni e i limiti dei poteri istruttori integrativi nella struttura del procedimento probatorio passa in particolare attraverso la considerazione delle regole previste nei menzionati articoli della legislazione positiva italiana riguardante la fase dibattimentale.

In via preliminare, è inoltre necessario fare alcune considerazioni introduttive per una migliore comprensione dell'attività dell'organo giudicante in materia di interferenze probatorie nella fase destinata all'istruzione giudiziale nel processo penale italiano, in particolare per consentire, in seguito, il confronto con il trattamento della materia come stabilito dal sistema brasiliano.

È riconosciuto come il cosiddetto «sistema del doppio fascicolo», derivante dal principio della separazione funzionale delle fasi¹⁰⁰⁹, qualificato dalla Corte Cost. come «una delle scelte più significative e qualificanti del nuovo c.p.p.»¹⁰¹⁰, contribuisce all'attuazione effettiva del contraddittorio come metodo prioritario di produzione di conoscenza in

¹⁰⁰⁸ Cfr. BELLUTA H., *Riflessioni sui poteri*, cit., p. 1534, gli artt. 506 e 507 esprimono la necessità imposta dal sistema giuridico di giudicare conoscendo.

¹⁰⁰⁹ Separazione delle fasi procedurali che consente una maggiore protezione della funzione cognitiva del processo penale costituendo un metodo di ricostruzione dei fatti più attendibile a livello epistemologico, valorizzando la centralità del dibattimento, v. DI BITONTO M. L., *Profili dispositivi*, cit., pp. 101-2; 130. Si parla anche di una «rigida compartimentazione delle fasi», così MAGGIO P., *I poteri istruttori*, cit., p. 143.

¹⁰¹⁰ Cfr. Corte Cost., ord. 20 luglio 1999, n. 338, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1446 ss, con nota adesiva di GIARDA A. Sul tema, BELLUTA H., *Imparzialità del giudice*, cit., pp. 96-104, qualifica la separazione funzionale tra le fasi come l'asse portante del rito probatorio, guidata dall'aspirazione di preservare il giudice da indebite anticipazioni cognitive. Secondo ORLANDI R., *L'attività argomentativa*, cit., p. 13, l'ignoranza del giudice sugli atti investigativi è un valore protetto da diverse regole, tra le quale, ad es., il rinvio a giudizio per decreto non motivato (art. 429).

giudizio¹⁰¹¹. Il giudice possiede scarsa conoscenza degli elementi raccolti nella fase precedente, dal momento che dispone solamente del contenuto presente nel fascicolo per il dibattimento, ed eventualmente della deliberazione relativa alle misure cautelari in vigore, una volta che gli altri atti costituiscono il fascicolo del pubblico ministero, del quale i difensori hanno anche la facoltà di prendere visione¹⁰¹².

L'intenzione del legislatore è quella di evitare, in linea di principio, l'influenza degli elementi raccolti nella fase di indagine preliminare, mediante una definizione dell'ambito delle conoscenze giudiziali relativamente alle attività di indagine realizzate¹⁰¹³. Ciò viene attuato al termine dell'udienza preliminare mediante la separazione dei dati gnoseologici comuni, legittimamente conoscibili dal giudice e che circoscrivono l'iniziativa giudiziale, delle fonti di conoscenza ristretta soltanto ai litiganti¹⁰¹⁴. Le eccezioni al principio della formazione giudiziale della prova sono esplicite nella regolamentazione formale del procedimento¹⁰¹⁵.

Ma a tal fine è indispensabile ridurre significativamente la distanza temporale che separa l'evento fattuale oggetto del giudizio penale dagli sforzi inerenti al tentativo della sua ricostruzione cognitiva nella fase di istruzione giudiziale. Senza questo, il risultato sarebbe quello di associare la maggiore complessità, i tempi e i costi della fase destinata alla formazione in contraddittorio della prova, con le estensioni, i costi e le difficoltà di una fase investigativa allargata, o che si tradurrebbe, come risultato, in un'amministrazione della giustizia penale marcatamente inefficiente. Inefficienza non solamente in ragione della tendenziale irrazionalità dell'insieme del sistema penale, ma a causa del ritardo nell'apprezzamento del caso, che avrebbe comunque l'effetto di impedire che la conoscenza si realizzi prevalentemente in forma orale, una volta che il distanziamento tra l'esame

¹⁰¹¹ Cfr., tra i molti, BELLUTA H., *Riflessioni sui poteri*, cit., p. 1531; MARAFIOTI L., *L'art. 507 C.p.p.: illusione e realtà, passato e futuro*, in *Arch. nuova proc. pen.*, n. 5, 2011, p. 494. Più ampiamente, sulla dinamica del sistema dell'imparzialità del giudice dibattimentale nella struttura del c.p.p., v. BELLUTA H., *Imparzialità del giudice*, cit., p. 93 ss. Per alcune considerazioni critiche sul «giudice vergine» nel dibattimento, v. FASSONE E., *Giudice-arbitro*, cit., pp. 597-598.

¹⁰¹² V. artt. 431, 432 e 433 c.p.p.

¹⁰¹³ UBERTIS G., *Giudizio di primo grado*, cit., pp. 530, 535, il quale menziona che la acquisizione formale della conoscenza degli elementi del fascicolo del dibattimento è fatta attraverso la lettura o l'indicazione.

¹⁰¹⁴ Così, BELLUTA H., *Imparzialità del giudice*, cit., p. 147. V. Corte Cost., ord. 14-20 luglio 1999, n. 338, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1446 ss, con nota adesiva di GIARDA A., altresì in *Cass. pen.*, 1999, p. 3357 ss., la quale si è manifestata in questo senso, considerando il sistema del «doppio fascicolo» una delle scelte più significative del nuovo c.p.p.

¹⁰¹⁵ V. artt. 512 e 513 c.p.p.

probatorio giudiziario e il fatto avvenuto finirebbe per ridurre sensibilmente la capacità dei testimoni di indicare con sicurezza e attendibilità minime i loro contributi cognitivi¹⁰¹⁶.

Il menzionato primato delle parti nell'introduzione e nella formazione dei mezzi di prova nella fase dibattimentale, permettendo di potenziare l'operatività del metodo dialettico della conoscenza giudiziaria dei fatti rilevanti al giudizio, è incrementata dalla condizione di originaria ignoranza del giudice sui fatti della causa penale. La circostanza per cui solo l'accusa e la difesa hanno maggiore vicinanza con il caso penale, visto che l'organo giurisdizionale è in una posizione cognitivamente subalterna quanto alla materia fattuale, colloca naturalmente nel dominio delle parti il ruolo di protagonismo nei compiti di acquisizione probatoria, assicurando così il predominio dell'impulso cognitivo ai soggetti interessati, oltre ad allontanare qualsiasi dubbio circa la piena realizzazione della funzione epistemologica del contraddittorio¹⁰¹⁷.

La verifica istruttoria a carico delle parti sarà integrata dagli inserimenti *ex officio judicis* normativamente consentiti¹⁰¹⁸, sia per completare l'escussione orale mediante l'indicazione ai soggetti processuali di temi di prova nuovi o più ampi (art. 506 comma 1), sia per rivolgere direttamente domande alle persone esaminate, a seguito dell'esame incrociato condotto dalle parti (art. 506 comma 2); o persino per disporre, *motu proprio*, l'assunzione di nuovi mezzi di prova quando risulti assolutamente necessario per integrare la ricostruzione dei fatti (art. 507 comma 1).

In questa breve indicazione del repertorio normativo di acquisizione probatoria acconsentito al giudice, è evidente come l'attività giudiziale in materia di prove si intreccia con l'attuazione dei protagonisti, integrando l'accertamento dei fatti a cui le parti hanno contribuito in modo predominante dalle parti. Nonostante la priorità nella selezione e nella dinamica di formazione del materiale probatorio sul quale va a ricadere la decisione finale della causa sia attribuita alle parti, è possibile percepire come il ruolo conferito al giudice è tutt'altro che insignificante, o di subalterna passività¹⁰¹⁹, senza che, con questo, si disprezzi i

¹⁰¹⁶ In questi termini, DI BITONTO M. L., *Profili dispositivi*, cit., pp. 105-106. Cfr. ricorda FERRUA P., *La formazione delle prove nel nuovo dibattimento: limiti all'oralità e al contraddittorio*, in *Studi sul processo penale*, G. Giappichelli, 1990, p. 93, l'esperienza indica che tra due dichiarazioni difformi, la tendenza è quella di far prevalere «l'originaria versione dei fatti, resa in momento più vicino alla commissione del reato».

¹⁰¹⁷ In tal senso, v. DI BITONTO M. L., *Profili dispositivi*, cit., p. 131.

¹⁰¹⁸ Come sottolinea BELLUTA H., *Riflessioni sui poteri*, cit., p. 1531, è la legge, tassativamente, a stabilire i casi in cui le prove sono ammesse d'ufficio.

¹⁰¹⁹ DI BITONTO M. L., *Profili dispositivi*, cit., p. 148; MANZIONE D., *Commento*, cit., pp. 377 e 383, in particolare nt. 6, il quale aggiunge che il ruolo del giudice penale nel codice non è di mero notaio. Ancora FASSONE E., *Giudice-arbitro*, cit., p. 599, che considera il nuovo processo come un processo di parti, in cui «il giudice non è soltanto un notaio».

pilastri vitali del diritto delle parti alla prova e al contraddittorio come motori del dibattimento.

Spetta in primo luogo alle parti escutere le persone chiamate a deporre in giudizio, esplorando gli apporti cognitivi dei testimoni mediante domande formulate in modo diretto, senza interposizioni o interferenze dell'organo imparziale¹⁰²⁰, salvo per assicurare l'osservanza delle prescrizioni tracciate dalle norme procedurali¹⁰²¹, che non possono essere trascurate in ragione delle conseguenze che possono esserci nel caso di ammissione di domande vietate, o l'esclusione di questioni ammissibili¹⁰²².

È in questi termini che viene generalmente riconosciuto il ruolo preponderante attribuito al giudice in questa fase procedurale, che è quello di servire come garante della legittima attuazione del contraddittorio tra le parti, una funzione che si aggiunge al potere concesso ai protagonisti di ugualmente formulare opposizione alle domande effettuate dal contendente¹⁰²³, e di contestare le dichiarazioni dei testimoni, utilizzando, per questo fine, gli elementi inseriti nel fascicolo del pubblico ministero¹⁰²⁴. Così, la funzione del giudice è quella di supervisionare la correttezza della dialettica istruttoria, escludendo le domande vietate anche d'ufficio¹⁰²⁵, oltre ad assicurare la disciplina dell'udienza dibattimentale e la direzione della dinamica probatoria¹⁰²⁶.

¹⁰²⁰ UBERTIS G., *Giudizio di primo grado*, cit., p. 531.

¹⁰²¹ Domande che tendono a suggerire la risposta, che orientano l'interrogato sulla risposta da fornire (artt. 499 comma 2, 3; 194 comma 2); che non siano pertinenti sia con il *thema probandum*, con le circostanze in relazione alle quali è stata ammessa la prova, (artt. 187, 194, 468 commi 1 e 4, 493, 495 comma 2), o ancora quelle il cui chiarimento è necessario per permettere verifica della credibilità del testimone. Spetta anche al giudice avvertire il testimone circa l'obbligo legale di dire la verità, nei casi in cui il dichiarante si rifiuta di testimoniare, al di fuori dei casi consentiti, rende dichiarazioni contraddittorie, incomplete o dissonanti con le prove già acquisite (207 comma 1). Compete ancora al giudice, nella funzione di presiedere l'audienza, di avvertire l'accusato e, se necessario, togliere la parola, quando le sue dichiarazioni non abbiano a riferimento l'oggetto dell'imputazione (494 comma 1).

¹⁰²² Tollerare audizioni non autorizzate può condurre al riconoscimento dell'inutilizzabilità di parte delle deposizioni; e l'esclusione di domande legittime e pertinenti, può condurre alla ripetizione dell'atto probatorio con un nuovo esame del testimone. In prospettiva simile, ver DI BITONTO M. L., *Profili dispositivi*, cit., p. 146; PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., pp. 211 ss., 246; MENNA M., *Gli interventi del giudice dibattimentale sull'acquisizione della prova*, in *Dir. pen. proc.*, n. 6, 2007, p. 709.

¹⁰²³ I protagonisti possono richiedere l'intervento del giudice ex art. 499 comma 6; possono presentare opposizione ex art. 504; o possono ancora presentare questioni incidentali ex art. 478.

¹⁰²⁴ Le contestazioni sono consentite solo se riguardano dichiarazioni precedentemente eseguite dal depoente stesso, e concernono ciò su cui la persona esaminata abbia deposto. Va anche osservato che le dichiarazioni utilizzate per la contestazione servono soltanto per valutare la credibilità del teste; cfr. UBERTIS G., *Giudizio di primo grado*, cit., p. 532; FERRUA P., *La formazione delle*, cit., p. 91 ss. Ver, ancora, artt. 500 e 503, comma 3 c.p.p. it.

¹⁰²⁵ Ai sensi dell'art. 499, commi 4 e 6.

¹⁰²⁶ Secondo quanto stabilito nell'art. 470 comma 1.

4.3 L'art. 506 c.p.p. italiano: gli spazi di intervento del giudice in sede di esame dei testimoni e delle parti private

Forse l'ingerenza più significativa consentita al giudice nell'attività naturalmente partigiana di condurre gli esami orali in giudizio è la possibilità di integrare gli apporti gnoseologici provenienti dalle persone esaminate nell'istruzione dibattimentale¹⁰²⁷, al fine di ottenere ulteriori chiarimenti sui fatti rilevanti per il giudizio al di là di quelli che sono stati effettuati dai testimoni a seguito dell'indagine diretta condotta dalle parti.

Anche se i contorni dell'intervento giudiziale *ex art. 506* non sono equiparabili all'iniziativa probatoria d'ufficio in senso stretto, una volta che l'organo giudicante non assume un particolare mezzo di prova in assenza di impulsi esterni, ma insiste su una fonte probatoria già inserita in giudizio ed esaminata dalle parti¹⁰²⁸, non cessa di essere, genericamente, un intervento d'ufficio destinato a complementare la piattaforma probatoria sulla quale si va a basare la decisione finale.

L'art. 506 c.p.p. it. rappresenta per il singolo mezzo di prova assunto in giudizio lo stesso che l'art. 507 significa per l'insieme dell'attività istruttoria dibattimentale, dispositivi normativi che consentono all'organo giudicante di cercare di estrarre tutte le potenzialità probatorie degli elementi cognitivi nel contraddittorio giudiziario¹⁰²⁹, al fine di integrare l'accertamento fattuale¹⁰³⁰. Per questo motivo, è importante fare alcuni riferimenti approssimativi sui poteri previsti dai commi dell'art. 506 c.p.p.

Il primo presupposto per l'esercizio dei poteri giudiziari con riguardo agli esami orali in giudizio è il requisito temporale, che indica che le prove richieste dall'accusa e dalla difesa siano già state prodotte nel procedimento. Pertanto, a differenza dell'art. 507, il cui scopo è di inserire nel dibattimento una prova non postulata dalle parti, il carattere di originalità offerto dall'art. 506 è quello di ampliare gli apporti cognitivi in relazione agli esami orali già effettuati dai soggetti interessati, sia indicando all'accusa e alla difesa temi di prova nuovi o più ampi, utili per completare l'esame (art. 506 comma 1 c.p.p.), sia ponendo domande

¹⁰²⁷ Secondo PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., p. 239, l'attività del giudice nell'esame dei testimoni è articolata in tre diversi tipi di attività: una preliminare di «avvertimenti», una concomitante di «controllo sul rispetto delle regole» e una successiva di «impulso probatorio».

¹⁰²⁸ BELLUTA H., *Imparzialità del giudice*, cit., p. 148 ss; SPANGHER G., *La pratica del processo penale*, vol. II, Cedam, 2012, p. 498.

¹⁰²⁹ CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 116; Id., *Istruzione dibattimentale*, cit., pp. 156, 167, la quale mette in evidenza la differenza che l'art. 506 agisce solo su uno specifico mezzo di prova: la prova orale.

¹⁰³⁰ PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., p. 247.

direttamente ai testimoni, ai periti, agli assistenti tecnici, e alle parti esaminate (art. 506 comma 2 c.p.p.)¹⁰³¹.

Le coordinate conferite dalla norma dell'art.506 portano a interpretazioni divergenti quanto ai presupposti dell'intervento giudiziario. Così, in relazione al requisito temporale attinente alla prerogativa giudiziale di indicare alle parti temi di prova nuovi o più ampi, secondo una comprensione che può essere considerata come più restrittiva, lo stimolo del giudice all'integrazione probatoria sarebbe ammissibile solamente dopo che il quadro probatorio richiesto dalle parti fosse concretamente elaborato¹⁰³². Sarebbe quindi indispensabile attendere la chiusura dell'impulso probatorio condotto dalle parti interessate.

Sembra, tuttavia, più consonante con l'obiettivo legale di completare l'esame delle fonti orali¹⁰³³ ritenere che l'indicazione giudiziaria possa manifestarsi anche alla fine della verifica condotta dalle parti, e non solo al termine dell'istruttoria, permettendo al presidente di suggerire l'integrazione degli apporti cognitivi del dichiarante già nella stessa udienza nella quale è stata raccolta la testimonianza, cercando di evitare la riedizione dell'esame orale in un momento posteriore¹⁰³⁴, a scapito della ragionevole durata del procedimento.

Per quanto riguarda i limiti materiali di indicazione alle parti di temi di prova nuovi o più ampi utili per l'integrazione dell'esame, autorevole dottrina ritiene che il giudice debba essere vincolato dalle circostanze indicate nella lista di cui all'art. 468¹⁰³⁵, in modo da incentivare il chiarimento dei punti non affrontati, o non sufficientemente chiariti al termine degli esami orali. Sulla base dell'assunto secondo cui il giudice non può eccedere l'ambito delle ipotesi ricostruttive dei fatti presentati dalle parti in causa, i limiti della sua attuazione

¹⁰³¹ Sul requisito temporale per la formulazione di domande d'ufficio, prevale ancora l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale non ci sono conseguenze procedurali nella non conformità con la regola, cfr., ad es., Cass., sez. VI, 18 novembre 1999, n. 909 in Riv. pen., 2001, p. 200; Cass., sez. II, 8 luglio 2002, Natalotto, in C.E.D., Cass. n. 227360.

¹⁰³² Cfr., ad es., MANZIONE D., *Commento*, cit., p. 381.

¹⁰³³ La prerogativa prevista dall'art. 306 comma 1 consente di completare almeno tutte le fonti orali di prova, nello stesso modo in cui disciplinato nel comma successivo, cfr. VALENTINI E., *Così esteso*, cit., p. 2897.

¹⁰³⁴ BELLUTA H., *Imparzialità del giudice*, cit., p. 151; CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 196.

¹⁰³⁵ Considerata la funzione necessaria della fase degli atti preliminari al dibattimento, l'art. 468 stabilisce che ciascuna parte deve depositare una lista contenente i nomi delle persone che intende indagare e le circostanze sulle quali deve vertere l'esame, permettendo così la *discovery*, cfr., per tutti, TONINI P., *Manuale di procedura penale*, 16a. ed., cit., p. 664 ss. Secondo UBERTIS G., *Giudizio di primo grado*, cit., p. 523, il termine "circostanze" indica i fatti semplici, cioè gli elementi corrispondenti ai vari casi della vita inseriti dalle parti come base per la ricostruzione desiderata. GRILLI L., *Il dibattimento penale: guida pratica*, Giuffrè, 2015, p. 29, chiarisce che la giurisprudenza tende verso un'interpretazione ampia, o meno rigorosa, del requisito della capitolazione delle prove, ammettendo sia l'indicazione *per relationem* agli atti processuali, sia un semplice riferimento ai «fatti del processo».

sarebbero circoscritti dalle specificazioni di prova indicate nei termini della lista disciplinata nell'art. 468 c.p.p.¹⁰³⁶.

In un senso più ampio, d'altra parte, si ritiene che i poteri del giudice ex art. 506 comma 1 possono essere esercitati anche avendo come riferimento i limiti tematici derivanti dai risultati probatori effettivamente conseguiti dall'attività delle parti¹⁰³⁷. Ad ogni modo, qualsiasi ampliamento del margine di intervento del giudice ex art. 506 comma 1 spinto dalla finalità di integrare il quadro probatorio, che sembra essere una conseguenza della previsione normativa esplicita di consentire l'indicazione di temi di prova nuovi, pertanto con relativa autonomia in relazione al risultato dell'istruttoria condotta dagli interessati, sarebbe sempre subordinata all'iniziativa delle parti, dal momento che l'interferenza è solo un suggerimento per le parti in causa¹⁰³⁸.

Rispetto alla prerogativa dell'organo giudicante di formulare domande alle persone già esaminate¹⁰³⁹, la questione principale riguarda anche i limiti oggettivi dell'integrazione probatoria consentita al giudice, ossia, e più chiaramente, l'oggetto dei quesiti che possono essere formulati d'ufficio. In questo senso, la costante discussione nella dottrina è se la possibilità di formulazione diretta di domande da parte del giudice conservi stretta corrispondenza con l'autorizzazione legale di indicare alle parti l'ampliamento dei temi di prova.

Una delle posizioni rilevanti nella dottrina è quella di limitare le domande direttamente fatte dal giudice all'ambito delle circostanze indicate dalle parti al momento della presentazione della lista con l'indicazione delle materie sulle quali devono vertere gli

¹⁰³⁶ V., in particolare, MENNA M., *Gli interventi*, cit., p. 709.

¹⁰³⁷ Cfr., ad es., LOZZI G., *Lezioni di procedura*, cit., p. 554; CARACENI L., *Istruzione dibattimentale*, cit., p. 167, la quale ritiene che la necessità di integrare l'escussione della fonte orale può essere derivata sia dall'art. 468; sia dall'art. 493, «sia dagli esiti delle acquisizioni dibattimentali (ivi comprese letture e prove documentali)». Secondo TONINI P., *Manuale di procedura penale*, 2015, cit., p.732, questo potere di suggerimento non può oltrepassare i limiti stabiliti dall'imputazione formulata dal pubblico ministero. La Corte Cost. ha dichiarato manifestamente inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 506 co. 1° nella parte in cui non prevede che il giudice possa conoscere i fascicoli del pubblico ministero al fine di indicare temi di prova nuovi o più ampi, cfr. Corte Cost., ord. 20 luglio 1999, n. 338, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1446 ss, con nota adesiva di GIARDA A.

¹⁰³⁸ Cfr. PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., p. 248, secondo il quale, in relazione alla proposizione di temi di prova nuovi, spetterebbe solo alle parti scegliere tra riesaminare i testimoni già escussi, ovvero richiedere l'introduzione di nuovi mezzi istruttori. Sul tema, contrariamente alla possibilità per il giudice di indicare nuove prove nell'applicazione dell'art. 506 comma 1, v. VALENTINI E., *Così esteso*, cit., p. 2897 ss.

¹⁰³⁹ Anche se la formulazione dell'art. 506 co. 2 non si riferisca al riesame, resta inteso che l'opportunità per il giudice di porre domande sorge solo dopo l'esame, il controesame e il riesame consentito a chi ha chiesto l'esame (art. 498 comma 3). È una soluzione di coerenza del sistema, quella di preservare il diritto al riesame, che consente anche un ulteriore approfondimento della fonte esaminata, cfr. BELLUTA H., *Imparzialità del giudice*, cit., p. 155; PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., p. 250.

esami orali nell'istruzione dibattimentale¹⁰⁴⁰, vale a dire, l'intervento dovrebbe tenere in conto i temi di prova che siano già stati, in qualche modo, inseriti nel dibattimento dalle parti¹⁰⁴¹. Tenendo presente che tra le regole per l'esame dei testimoni c'è l'esplicito avvertimento secondo cui il giudice interviene, anche d'ufficio, per assicurare la pertinenza delle domande fatte dai protagonisti¹⁰⁴², che si traduce nella necessità di collegare le domande delle parti con il *thema probandum* previamente indicato nella richiesta di prove ex art. 468¹⁰⁴³, si conclude che sarebbe altrettanto logico che il giudice dovesse anche attenersi a tale delimitazione normativa nell'esercitare il potere consentito dal comma 2 dell'art. 506¹⁰⁴⁴.

Lo scopo dell'attribuzione all'organo giudicante del potere di rivolgere direttamente domande alle persone esaminate dalle parti, oltre alla finalità molto chiara di integrare la verifica delle fonti cognitive orali, è anche quello di consentire al giudice di cercare di scoprire qualsiasi testimonianza inaffidabile, o di cercare di chiarire informazioni confuse, dubbie o inverosimili¹⁰⁴⁵.

Non sembra esserci alcun dubbio che le inclinazioni ideologiche dell'interprete influiscano nella considerazione circa i limiti oggettivi del potere giurisdizionale di formulare domande¹⁰⁴⁶. Ad ogni modo sembra più confacente alla funzionalità euristica dell'inserimento di questo espediente la posizione di non restringere troppo la prerogativa del giudice, in modo da non confinare l'organo giudicante solo alle circostanze indicate

¹⁰⁴⁰ Così, UBERTIS G., *Giudizio di primo grado*, cit., p. 537. Contro, limitando le domande del giudice soltanto alle questioni lasciate aperte attraverso le precedenti domande dai contendenti, e non ai riferimenti tematici dell'art. 468, MENNA M., *Gli interventi*, cit., p. 709.

¹⁰⁴¹ Questo copre le circostanze indicate nelle liste testimoniale, ed i temi emersi nel corso dell'esame e del controesame, cfr. CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 200; Id., *Istruzione dibattimentale*, cit., p. 170. Secondo SPANGHER G., *La pratica del*, cit., p. 499: «L'oggetto delle domande non dovrebbe superare l'area indicata per la prova».

¹⁰⁴² Ai sensi del comma 6, dell'art. 499 c.p.p.

¹⁰⁴³ Così, MENNA M., *Gli interventi*, cit., p. 705, il quale, tuttavia, e secondo una concezione euristico-cognitiva, aggiunge che le domande possono allargarsi a fatti secondari, collegati solo indirettamente con le circostanze indicate ai sensi dell'art. 468 c.p.p. In senso analogo, PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., p. 195 menziona che deve essere consentito alle parti proporre domande su circostanze non indicate nelle liste a patto che risultino «logicamente connesse con quelle oggetto della preventiva *discovery*», nonché sulle circostanze il cui accertamento sia necessario per verificare la credibilità del teste, conforme art. 194 comma 2 c.p.p.

¹⁰⁴⁴ PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., p. 249, in relazione logica con quanto menzionato nella nota precedente, considera che il campo dei quesiti ex art. 506 comma 2 sarebbe tracciato dalle domande formulate dalle parti: «non dovrebbe essere né più ampio né più ristretto».

¹⁰⁴⁵ Per questo motivo, MANZIONE D., *Commento*, cit., pp. 382-382, considera che, nonostante la soggezione del giudice alle esigenze di rispetto all'inquirente e di evitare domande che possano pregiudicare la sincerità delle risposte, sarebbero ammissibili quesiti di tipo suggestivo, nello stesso formato della *cross examination*, così come è previsto nel comma 3 dell'art. 499. In senso difforme PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., p. 251, dal momento che una posizione antagonista del giudice in relazione all'esaminato non si concilia con l'imparzialità. In giurisprudenza, sul potere del presidente di rivolgere domande suggestive, v. Cass., sez., III, 12 dicembre 2007, Muselli, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1555, con nota di Silvestre P., *Controesame, potere del presidente di rivolgere domande e divieto di domande suggestive*.

¹⁰⁴⁶ Così, DEAN G., *L'escussione ex officio*, cit., p. 142.

previamente nella lista indicata dall'art. 468 c.p.p.; altrimenti, si starebbe condizionando la finalità epistemica di questo strumento non ai fatti oggetto di prova¹⁰⁴⁷ o alla valutazione delle conoscenze e della credibilità dei testimoni, ma piuttosto alla prospettiva argomentativo-probatoria della persona che ha indicato il testimone¹⁰⁴⁸. È per questo che il potere di interrogazione conferito al presidente del collegio potrebbe raggiungere la totalità dell'area esplorata dalle parti durante l'esame e il controesame, essendo quindi vincolato non solo alle circostanze espressamente indicate secondo le liste di cui all'art. 468, ma alla concreta attività dialettico-probatoria condotta dalle parti.

Questa comprensione sembra decorrere dalla stessa norma dell'art. 506 comma 1, il quale attribuisce al presidente il potere di indicare temi di prova nuovi o più ampi avendo come riferimento i risultati delle prove realizzate su iniziativa delle parti (o a seguito delle letture). Come sostenuto da Illuminati, l'art. 506 comma 1 fornisce un'importante chiave di lettura, nel senso di un parametro generale da essere osservato nelle ulteriori previsioni di interferenze del giudice nella produzione probatoria¹⁰⁴⁹.

È riconosciuto dalla dottrina che il dialogo frontale e diretto tra l'esaminatore e il dichiarante, condotto dall'insieme ordinato delle interrogazioni solitamente predisposte a sostenere la tesi favorevole all'interrogante, e che vengono inserite nella strategia processuale assunta dai soggetti interessati, tende a canalizzare i contributi informativi inseriti nel processo, limitando, in una certa misura, l'ambito cognitivo del processo¹⁰⁵⁰. Come già affermato, consentire alle parti il primato nell'indicazione della prova e nell'esplorazione delle conoscenze dei testimoni nel corso dell'istruttoria in giudizio è pienamente compatibile con la previsione di poteri ufficiosi del giudice, sempre che tale attuazione sia volta a preservare la vocazione cognitiva del processo penale e non si converta in una ricerca di ipotesi autonome di ricostruzione dei fatti oltre a quelle indicate dai soggetti interessati nel corso dell'esercizio dialettico in giudizio¹⁰⁵¹.

4.4 L'art. 507 c.p.p. italiano: alcune premesse

¹⁰⁴⁷ Sull'oggetto della prova in giudizio, l'art. 187 identifica il *thema probandum*; sul tema, v., fra i tanti, CHIAVARIO M., *Diritto processuale penale*, cit., p. 352.

¹⁰⁴⁸ DEAN G., op. cit., p. 143.

¹⁰⁴⁹ ILLUMINATI G., *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 97.

¹⁰⁵⁰ DI BITONTO M. L., *Profili dispositivi*, cit., p. 140; PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., p. 192, il quale sostiene che il sistema domanda-risposta tra i contendenti «tende fisiologicamente a canalizzare la narrazione in una direzione», mettendo in evidenza soltanto alcuni aspetti rilevanti del fatto storico. Nello stesso senso, DAMAŠKA M. R., *Il diritto delle prove*, cit., pp. 135, 144.

¹⁰⁵¹ In tal senso, anche menzionando la «vocazione cognitiva del processo penale» e «l'indisponibilità dell'accertamento» penale, DI BITONTO M. L., *Profili dispositivi*, cit., pp. 38, 90-91.

Nella scala progressiva in cui l'interferenza dell'organo giudicante viene inserita nelle dinamiche probatorie, non vi è dubbio che il più intenso potere di ingerenza sia quello previsto dall'art. 507 c.p.p.¹⁰⁵², considerata la norma centrale di un sistema probatorio deliberatamente non disponibile, e precetto cruciale per comprendere la relazione stabilita tra i poteri delle parti e del giudice in materia di prove nel giudizio penale¹⁰⁵³.

È opportuno chiarire in via preliminare che il menzionato dispositivo non prevede soltanto l'intervento probatorio *motu proprio* del giudice, ma consente anche la disposizione di nuove prove a seguito della richiesta delle parti¹⁰⁵⁴ sulla base del criterio più restrittivo dell'assoluta necessità: in questo caso, ovverosia quando sono le parti a richiederlo non si avverte alcuna tensione con altri principi del sistema processuale come la garanzia del giudice imparziale¹⁰⁵⁵. Per questa ragione, per il focus proposto, saranno considerate, in seguito, solo le interferenze giudiziarie su iniziativa propria del giudice.

L'imparzialità giudiziaria identifica l'aporia di origine nel tema dell'iniziativa istruttoria d'ufficio nella dinamica di produzione probatoria nel giudizio penale, nel senso di una tendenziale relazione di tensione relativamente ai due estremi possibili della misura di interferenza dell'organo giudicante nel completamento del substrato probatorio sul quale si va a basare la decisione finale¹⁰⁵⁶. È indiscussa l'esigenza primaria di un giudizio penale indifferente agli interessi sostenuti dalle parti, ma è inconcepibile che questa indifferenza si traduca in negligenza o incuria relativamente alla qualità della decisione che deve assumere¹⁰⁵⁷.

L'organo giudicante non sarebbe più imparziale se proseguisse con la risoluzione della causa anche identificando un substrato probatorio incompleto, ma legale e prognosticamente integrabile¹⁰⁵⁸. Così, se da un lato l'imparzialità raccomanda moderazione

¹⁰⁵² Fra i tanti, v. MARAFIOTI L., *L'art. 507 C.p.p.: illusione*, cit., p. 495.

¹⁰⁵³ MARAFIOTI L., *L'art. 507 c.p.p. al vaglio*, cit., p. 829.

¹⁰⁵⁴ Ciò viene confermato dall'espressione «anche d'ufficio» inserita nella norma, e dalla regola dell'art. 151 comma 1 delle norme di attuazione del codice di procedura penale. Al riguardo, PAULESU P. P., *Iniziativa probatorie*, cit., p. 847.

¹⁰⁵⁵ Come è stato esplicitato dalla Cort Cost., sent. 22 febbraio 2010, n. 73, in *Giur. cost.*, 2010, p. 833 ss. In dottrina, sul punto TONINI P., *Manuale di procedura penale*, 2015, cit., p. 735.

¹⁰⁵⁶ Per questa opinione RAFARACI T., *I poteri delle parti e del giudice nella istruzione dibattimentale*, in *Indice penale*, 2010, p. 122.

¹⁰⁵⁷ Per analoghe considerazioni: BELLUTA H., *Imparzialità del giudice*, cit., p. 80; PAULESU P. P., *Iniziativa probatorie*, cit., p. 845; GIOSTRA G., *Valori ideali*, cit., p. 24; KOSTORIS R. E., voce *Giudizio*, cit., p. 4. Secondo CORDERO F., *Procedura penale*, cit., p. 948, non si desidera un giudice invadente, ma neanche un giudice «fatalisticamente immobile, fino a inghiottire premesse incomplete o false».

¹⁰⁵⁸ BELLUTA H., op., cit., pp. 82, 88, 192-193, secondo il quale: «se l'organo giudicante fosse tenuto ad emettere la sentenza, sapendo, però, di aver deciso su una piattaforma probatoria incompleta e legittimamente integrabile, non potrebbe dirsi rispettato il principio costituzionale di imparzialità, almeno dal punto di vista

nell'impulso probatorio d'ufficio da parte del giudice, d'altro lato la stessa esigenza di imparzialità non sembra essere compatibile con il disinteresse del giudice in relazione all'essenza stessa della funzione giurisdizionale¹⁰⁵⁹, che si rivela dal contenuto della sentenza penale, per le questioni di fatto assunte in dibattimento per conferire giustificazione al provvedimento giurisdizionale¹⁰⁶⁰. Questa dicotomia che pervade la relazione tra imparzialità e iniziativa giudiziale è ben illustrata da Haack, quando indica i due significati di parziale: «“fizioso” e “incompleto”»¹⁰⁶¹.

È possibile pensare che la completa passività del giudice rappresentata dal suo rifiuto o deliberata omissione ad integrare le lacune probatorie lasciate dalle parti può segnalare non solo una negligenza nel tentativo di ridurre errori in giudizio, ma anche rivelare interesse o preoccupazione per il contenuto della materia in discussione. L'organo giurisdizionale imparziale rispetto all'esito della causa può eseguire un'integrazione probatoria cercando di qualificare l'accertamento probatorio e ridurre gli errori nelle decisioni¹⁰⁶², così come un giudice genericamente interessato a non chiarire i fatti, per qualsiasi motivo incluso per scarso impegno o incuria nell'esercizio delle sue funzioni può essere guidato da parzialità¹⁰⁶³.

Infatti, come indicato da Belluta, il problema di quale delle parti potrebbe essere beneficiata con l'integrazione del materiale probatorio non può essere sollevato in questo momento¹⁰⁶⁴, altrimenti la decisione di intervenire o meno nell'integrazione delle prove¹⁰⁶⁵

cognitivo-decisionale». Dello stesso Autore, *Premesse per uno studio*, cit., p. 1243. Nel medesimo senso, PAULESU P. P., *Iniziativa probatorie*, cit., p. 845.

¹⁰⁵⁹ GIOSTRA G., *Valori ideali*, cit., p. 24, secondo il quale comprendere l'imparzialità nel senso di inerzia o di indifferenza del giudice rispetto alla formazione della verità rischierebbe di convertirlo di una garanzia di giustizia ad «un valore ad essa antagonistico».

¹⁰⁶⁰ DI BITONTO M. L., *Profili dispositivi*, cit., p. 98, secondo la quale, le conoscenze su cui si fonda l'emanazione della funzione giurisdizionale riguarda non solo alle parti, ma anche al giudice.

¹⁰⁶¹ HAACK S., *Legalizzare l'epistemologia*, cit., p. 45.

¹⁰⁶² Cfr., ad es., IACOVIELLO F. M., *Processo di parti*, cit., p. 291. Secondo PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., p. 258, sarebbe superficiale presumere che il giudice che esercita l'iniziativa probatoria rischia di identificarsi con la posizione di una delle parti: «tale soggetto non perderebbe la propria neutralità per il solo fatto di aver introdotto *ex officio* nel dibattimento una prova utile».

¹⁰⁶³ Sul tema, BELLUTA H., *Riflessioni sui poteri*, cit., pp. 1534-1536, indica che, in un ipotetico dilemma, il giudice può scegliere di salvaguardare una presunta imparzialità formale, rinunciando ai poteri d'ufficio, oppure intervenire, dedicando la propria imparzialità in senso sostanziale al carattere oggettivo della completezza dell'esame e alla funzione conoscitiva del processo.

¹⁰⁶⁴ BELLUTA H., *Riflessioni sui poteri*, cit., p. 1534: «Il progresso del sapere non può porsi il dilemma della destinazione qualitativa dell'intervento d'ufficio»; v., dello stesso Autore, *Imparzialità del giudice*, cit., p. 82; *Premesse per uno studio*, cit., p. 1243. V. DAMAŠKA M. R., *Il diritto delle prove*, cit., p. 122; CARACENI L., *Istruzione dibattimentale*, cit., pp. 155-156.

¹⁰⁶⁵ Secondo BELLUTA H., *Imparzialità del giudice*, cit., p. 255, il principio di imparzialità non è compatibile con una predisposizione unidirezionale del giudice basata sul tentativo di favorire una delle parti. Anche perché sarà possibile stabilire se una dichiarazione è accusatoria o liberatoria solo dopo che essa è stata acquisita e valutata, cfr. CONTI C., *voce Giusto*, cit., p. 625, nt. 58; GUERINI I., *L'iniziativa probatoria del giudice nel processo penale accusatorio: la Cassazione definisce i limiti all'esercizio del “potere di completamento istruttorio” di cui all'art. 507 c.p.p.*, in *Proc. pen. giust.*, n. 1, 2015, p. 48. Le domande sono: se il giudice

sarebbe stata consapevolmente fatta sulla base dei suoi possibili effetti sul merito del caso. Non è pertanto adeguato concepire l'iniziativa d'ufficio in materia di prova in termini integralmente suppletivi, o di mero appoggio all'insufficienza nell'operosità istruttoria delle parti, anche se asseritamente a favore dell'imputato, tenendo conto le diversità di natura, dello scopo e delle funzioni dei soggetti che si muovono nel giudizio penale¹⁰⁶⁶.

Va anche ricordato che l'art. 151 comma 2 delle norme di attuazione del c.p.p. italiano assicura alle parti il contraddittorio anche in relazione alle prove orali assunte d'ufficio, dal momento che spetta al giudice avviare l'esame in una specie di «pre-escussione», e in seguito, sulla base del risultato delle dichiarazioni, indicare la parte che deve proseguire con l'esame diretto¹⁰⁶⁷. Oltre a ciò, è necessario consentire ai litiganti la possibilità di dedurre nuove prove con la finalità di contrastare o integrare gli elementi di cognizione inseriti *ex officio iudicis* nel processo¹⁰⁶⁸. L'imparzialità giudiziaria va tutelata dal metodo del contraddittorio, dal controllo dialettico, e dalle possibilità d'impugnazione¹⁰⁶⁹, in questo modo il risultato della prova, anche se introdotta d'ufficio, sarà «un prodotto cognitivo plasmato dialetticamente», ovvero, decorrerà dalla verifica posta in essere in contraddittorio dai soggetti interessati al risultato del processo¹⁰⁷⁰, sempre soggetta al controllo.

dovesse concludere che le prove d'ufficio erano effettivamente vantaggiose, l'avrebbe tenuto nei fascicoli, invece se avesse concluso che le prove erano pregiudizievoli, avrebbe dovuto rimuoverle dal fascicolo? E dovrebbe fare tutta questa valutazione prima del momento della decisione?

¹⁰⁶⁶ CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., pp. 114, 144. Le parti agiscono per dimostrare le loro ragioni e falsificare quelle dell'avversario, mentre l'organo giudicante deve tendere a completare il quadro probatorio in vista del risultato dell'attività giurisdizionale, guidato dall'«esigenza di verità e di giustizia connaturali all'esercizio del potere giurisdizionale». In senso simile, v. Cass. Sez. Un., 17 ottobre 2006, n. 41281, p.m. in c. Greco, in *Cass. pen.*, 2007, p. 952 ss., con osservazione di VESSICHELLI M. Nella sentenza è affermato che «la norma mira esclusivamente a salvaguardare la completezza dell'accertamento probatorio», sulla premessa che con più informazioni probatorie «è più probabile che la sentenza sia equa e che il giudizio si mostri aderente ai fatti». In questo senso, TONINI P., *Manuale di procedura penale*, 2015, cit., p. 736; RENON P., *Mutamento*, cit., p. 29, in particolare nt. 76.

¹⁰⁶⁷ Cfr. ad es., PAULESU P. P., *Iniziativa probatorie*, cit., p. 847.

¹⁰⁶⁸ Cfr. Cass. sez. VI, 6 aprile 2000, n. 5401, La Vardera A. e altri [RV216143]; Cass. Sez. Un., 17 ottobre 2006, n. 41281, cit., p. 961. In dottrina, ad es., NAPPI A., *Guida al codice*, cit., p. 533.

¹⁰⁶⁹ Le decisioni giudiziarie sono tutte soggette a ricorso proprio per scongiurare eventuali deviazioni procedurali e di giudizi valoriali. La decisione della causa penale sarà quella emessa dall'ultima istanza di giudizio, in modo che alcun rischio di impropria interpretazione del risultato della prova d'ufficio, a causa di una presunta sopravvalutazione delle risultanze probatorie introdotte dal giudice, non sarebbe sufficiente per respingere il potere di integrazione *ope iudicis*. È già stato sottolineato che la struttura marcatamente gerarchica e il controllo post ricorsivo sono elementi distintivi del modello continentale di amministrazione della giustizia, cfr. DAMAŠKA M. R., *I volti della giustizia*, cit., capitoli 1 e 2 e pp. 98 ss. Secondo HAACK S., *Legalizzare l'epistemologia*, cit., p. 50, nt. 16, «un resoconto pieno [della procedura giudiziaria] dovrebbe includere i giudizi d'appello».

¹⁰⁷⁰ Così si esprime PAULESU P. P., *Iniziativa probatorie*, cit., p. 850, il quale sostiene, in altre parole, che «cambia l'input probatorio ma la tecnica cognitiva resta la stessa». Nello stesso senso le parole di DENTI V., *Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1884, p. 731. V., anche, GIOSTRA G., *Valori ideali*, cit., p. 24.

Come si è già avuto modo di sottolineare, il presente capitolo tratta dei poteri del giudice sulla prova nel dibattimento. L'approccio al tema viene inserito come risultato della riflessione precedentemente effettuata, motivata dalla comprensione che dallo sviluppo dettagliato delle regole vigenti nei due sistemi processuali menzionati sarà possibile indicare una delle concretizzazioni legislative più rilevanti derivata dell'influenza del valore della verità nella definizione dei metodi di accertamento giuridico, quasi come una conseguenza dell'inserimento della giustizia della decisione nell'ambito del giusto processo penale.

È sulla base di questa delimitazione che si intende condurre un'esposizione eminentemente comparativo-descrittiva delle dinamiche procedurali penali italiana e brasiliana, in una prospettiva metodologica che sconsiglia analisi di antagonismo tra i poli in tensione nel tema della prova *ex officio*, il che richiederebbe un maggior approfondimento sul valore effettivamente suscettibile di essere compromesso dall'iniziativa probatoria del giudice penale¹⁰⁷¹.

Tuttavia, alcuni chiarimenti già fatti, oltre a ulteriori indicazioni, vengono inseriti più come sfondo per la comprensione dei contorni della disciplina legale e dei dissidi dottrinali e giurisprudenziali che contraddistinguono lo studio della materia¹⁰⁷², assente così qualsiasi pretesa di esporre le interminabili controversie e le varie prospettive di avvicinamento di questi orientamenti assiologici con sensi contraddittori. Secondo precisa sintesi fatta da autorevole dottrina, la premessa che si assume è che l'unica soluzione possibile consiste nel

¹⁰⁷¹ Cfr. PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., p. 258, 273 ss., il quale parla di «due valori suscettibili di essere realmente compromessi», aggiungendo la presunzione di non colpevolezza. L'Autore riconosce che quest'ultimo principio riguarda la valutazione della prova, funzionando come regola di giudizio, oltre a incidere soltanto dopo la conclusione dell'istruzione probatoria, su un quadro probatorio statico, mentre l'art. 507 si riferisce alla situazione dinamica dell'istruzione del processo. Conclude, tuttavia, che l'iniziativa *ex officio* comprime «l'area del dubbio». Il fatto è che la presunzione di innocenza e l'onere probatorio non delimitano l'attività di produzione probatoria, sono regole di valutazione delle prove, linee guida decisionali che incidono alla fine sulla valutazione di tutte le prove e degli argomenti presentati. In dottrina, sul punto FERRUA P., *I poteri probatori*, cit., p. 1071; CORDERO F., *Procedura penale*, cit., p. 949, 994; RIVELLO P. P., *Il dibattimento nel*, cit. p. 262. DÍAZ CABIALE J. A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Colmares, 1996. p. 307; FERNÁNDEZ LÓPEZ M., *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, 2005. p. 94-95. In senso difforme VALENTINI REUTER C., *La Corte costituzionale*, cit., p. 935; GALANTINI N., *I poteri di acquisizione ex officio della prova e l'art. 507 C.p.p.*, in GALANTINI N., RUGGIERI F., *Scritti inediti di procedura penale*, Università degli Studi di Trento, 1998, p. 29; TONINI P., *Manuale di procedura penale*, 2015, cit., p. 737, il quale parla di onere della prova in senso formale, per distinguere dell'onere sostanziale. V., ancora, Direttiva 2016/343/UE del 9 marzo 2016, del Parlamento europeo e del Consiglio, ed indicazione nella nota 366.

¹⁰⁷² IACOVIELLO F. M., *Processo di parti*, cit., p. 286, qualifica i dissidi intorno all'art. 507 come qualcosa di simile ad una «guerra di religione».

«preservarne l'imparzialità con il minor coefficiente di rischio per la completezza dell'istruttoria dibattimentale»¹⁰⁷³.

Ad ogni modo, il tema della relazione tra i poteri delle parti e del giudice dibattimentale in materia di prova non può essere risolta esclusivamente sulla base di una lettura strettamente tecnica delle disposizioni legali che regolano la materia, in particolare per quanto riguarda la questione dei limiti oggettivi di ammissione di nuove prove da parte dell'organo giudicante¹⁰⁷⁴. L'idea per cui una visione prettamente normativo-interpretativa, basata sull'analisi puntuale di specifici precetti della disciplina legale della procedura penale possa dare una risposta precisa e definitiva al problema apparentemente insolubile dell'impulso probatorio d'ufficio nel giudizio penale starebbe, in verità, sforzandosi per nascondere l'insieme delle premesse previamente assunte dall'interprete non solo per quanto riguarda i valori ideali di ispirazione del sistema di giustizia penale, ma della possibile correlazione operativa tra questi stessi valori all'interno della dinamica processuale¹⁰⁷⁵. E la questione sembra ancora più profonda, perché proprio nel tentativo di tradurre quali sarebbero i valori basilari del modello di processo penale delineato dal legislatore, si riflettono già predisposizioni ideologiche che superano il mero tecnicismo processuale¹⁰⁷⁶.

È altrettanto vero che la questione dell'iniziativa *ex officio* sul tema della prova non può essere affrontata trascurando il dato normativo determinante del sistema assunto dal Codice. Il punto di partenza deve continuare ad essere le regole emanate dal legislatore processuale penale, e non qualche metodo aprioristico di accertamento probatorio stimato o contemplato come ideale, che alla fine verrà trasmutato in chiave di lettura delle regole singolari disposte positivamente da legislatore¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷³ PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., p. 260; Id., *Iniziative probatorie*, p. 845. Analogamente, FERRUA P., *I poteri probatori*, cit., p. 1072.

¹⁰⁷⁴ In questo preciso senso, MARAFIOTI L., *L'art. 507 C.p.p.: illusione*, cit., p. 493. per decreto non motivato. Secondo ORLANDI R., *L'attività argomentativa*, cit., p. 17, era prevedibile lo scontro tra concezioni opposte in relazione all'art. 507.

¹⁰⁷⁵ Una delle principali critiche formulate da VALENTINI REUTER C., *La Corte costituzionale*, cit., p. 927 alla lettura dell'articolo 507 fatta dalla Corte costituzionale va in tal senso, nel considerare le premesse assunte nel ragionamento formulate dalla Corte di apparente carattere tecnico, essendo infatti guidata ideologicamente da «un retroscena culturale».

¹⁰⁷⁶ È sufficiente esemplificare con l'irrisolutezza dottrinale circa la ricezione o meno del principio dispositivo nel tema probatorio, così come del significato e dell'ampiezza di questo postulato in materia di prova. MARAFIOTI L., *L'art. 507.: illusione*, cit., p. 494, per es., sostiene che il codice ha assunto il principio dispositivo come canone fondamentale del processo, insieme all'imparzialità. L'Autore aggiunge, tuttavia, che le numerose previsioni di intervento giurisdizionale nel Codice indicano una preoccupazione per la completezza dell'accertamento.

¹⁰⁷⁷ L'avvertimento in questi termini è fatta da PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., p. 261; IACOVIELLO F. M., *Processo di parti*, cit., p. 287.

Il percorso deve proseguire con la comprensione di questo insieme di norme così come conferito dalle Corti incaricate di definire la corretta interpretazione della legge e di affermare la compatibilità costituzionale dell'ordinamento. Da questo riferimento possono essere esposte alcune delle infinite controversie, approcci critici o dubbi ermeneutici riguardanti sia le disposizioni legali che il panorama giurisprudenziale preponderante.

4.4.1 I contorni dell'iniziativa probatoria del giudice ex art. 507 c.p.p. italiano

Sembra opportuno iniziare menzionando alcune indicazioni legislative generalmente accettate quando si tratta del potere di inserimento da parte del giudice di nuovi mezzi di prova nel dibattimento come consentito dall'art. 507 c.p.p. Così, si conviene che l'iniziativa probatoria sia assegnata inizialmente alle parti; spetta al pubblico ministero e al difensore selezionare e indicare, con priorità, il materiale che servirà come base per la decisione¹⁰⁷⁸. La desiderata predominanza dei litiganti nella formazione del materiale probatorio è già assicurata nella fase preliminare di ammissione delle prove mediante la presentazione previa delle liste *ex art. 468 c.p.p.*¹⁰⁷⁹, proseguendo nel momento di postulare l'acquisizione dei mezzi di prova nell'apertura del dibattimento, conforme disciplinato nell'art. 493¹⁰⁸⁰.

Le interferenze del giudice rimangono confinate all'aspetto sussidiario, guidate dalla finalità residuale di integrare le lacune o le omissioni probatorie verificate dopo l'attuazione dei protagonisti¹⁰⁸¹. Si tratta del potere giudiziale di ampliare la piattaforma cognitiva necessaria per qualificare la performance della funzione giurisdizionale di decidere il merito della causa penale, il che presuppone la presenza di temi probatori insufficientemente esplorati dai contendenti nella dinamica istruttoria, per questo l'iniziativa d'ufficio è vista

¹⁰⁷⁸ Secondo BELLUTA H., *Imparzialità del giudice*, cit., pp. 55 ss., 67, 161; Id., *Premesse per uno studio*, cit., p. 1213 ss, l'art. 190 c.p.p.; contiene un'affermazione di principio, nel senso di una direttiva del sistema procedurale in materia di titolarità dell'iniziativa probatoria. In modo simile, RAFARACI T., *I poteri delle parti*, cit., p. 113, parla dell'art. 190 c.p.p. come un canone interpretativo.

¹⁰⁷⁹ Secondo PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., pp. 7, 50 ss., il deposito delle liste *ex art. 468 comma 1* è una fase preliminare di carattere introduttivo del procedimento probatorio testimoniale, che si completa con l'ammissione e l'assunzione della testimonianza, la *ratio della discovery* mira a tutelare sia il diritto alla controprova, sia l'effettività del diritto alla *cross examination*.

¹⁰⁸⁰ BELLUTA H., *Imparzialità del giudice*, cit., p. 162.

¹⁰⁸¹ Per questo orientamento v. MARAFIOTI L., *L'art. 507.: illusione*, cit., p. 493 ss.; CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 57; BELLUTA H., *Imparzialità del giudice*, cit., pp. 87, 113, 161, il quale menziona «residualità, sussidiarietà, efficacia integrativa o suppletiva» come le qualifiche normalmente attribuite all'iniziativa d'ufficio. CHIAVARIO M., *Diritto processuale penale*, cit., p. 410, parla di un rapporto tra regola ed eccezione in relazione alle iniziative probatorie. La Corte costituzionale ha chiarito che si tratta di un potere suppletivo, «ma non eccezionali», Corte Cost., 26 marzo 1993, n. 111, cit., p. 918.

come «una norma di chiusura», essenziale per assicurare la funzione cognitiva nel processo¹⁰⁸².

Si conviene inoltre che spetti al legislatore stabilire la disciplina dell'intervento giudiziario in materia di prova, definendo il “quando” e il “come” dell'impulso probatorio *ope judicis*. Negli esatti termini della norma con connotazione di principio generale inserita nell'art. 190 c.p.p., è la legge che stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse d' ufficio, pertanto è stata tolta dal giudice la facoltà di decidere non solo le condizioni e le modalità della sua attuazione, ma anche il momento in cui è legittima la sua interferenza nella dinamica istruttoria in giudizio¹⁰⁸³.

Il potere consentito al giudice di disporre nuove prove d'ufficio sorge soltanto dopo la fine del momento giudiziario destinato all'acquisizione delle prove dalle parti¹⁰⁸⁴. E, essendo soddisfatto il carattere della decisività, poiché «altrimenti non sarebbe “assolutamente necessaria”»¹⁰⁸⁵, comprende qualsiasi prova non disposta precedentemente, indipendentemente dal trattarsi di prove preesistenti o sopravvenute, conosciute o sconosciute dai soggetti processuali¹⁰⁸⁶. La decadenza del diritto della parte in conseguenza della sanzione d'inammissibilità del mezzo di prova non postulato nel termine previsto

¹⁰⁸² CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 170; VALENTINI REUTER C., *La Corte costituzionale*, cit., p. 922, 934.

¹⁰⁸³ Così si esprimono BELLUTA H., *Imparzialità del giudice*, cit., p. 68; CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 120.

¹⁰⁸⁴ Nonostante la giurisprudenza sia nel senso che l'inosservanza del limite temporale è una causa di mera irregolarità, v. Cass. sez. II, 22 novembre 1994, Raciti, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2243; Cass. sez. IV, Serluca, *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1207; Cass. sez. VI, 17 gennaio 1994, Tigani, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1877; Cass. Sez I, 14 aprile 1997, n. 8259, Nerla, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2633; Cass. sez. I, 4 ottobre 2000, n. 12081, Pietrostefani ed a., in *Arch. n. proc. pen.*, 2001, p. 429; Cass., sez. VI, 17 giugno 2004, De Masi, in *Cass. pen.*, 2006, p. 183; Cass. sez. V, 4 maggio 2005, n. 19511, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 475, con commento di LA REGINA K.; Cass. sez. V, 11 maggio 2010, n. 26163, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2199. In dottrina, per tutti, SPANGHER G., *La pratica del*, cit., p. 502.

¹⁰⁸⁵ V. Cass. Sez. Un., 17 ottobre 2006, n. 41281, cit., p. 961. Sul presupposto dell'assoluta necessità, v. CARACENI L., *Istruzione dibattimentale*, cit., p. 161; MAGGIO P., *I poteri istruttori*, cit., p. 145 ss. La Corte di Cassazione ha già ammesso una specie di giustificazione implicita della presenza dell'assoluta necessità, la quale sarebbe stata integrata dalla motivazione *ex post* nella sentenza di merito, Cass. sez. VI, 17 gennaio 1994, Tigani, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1877, con nota adesiva di FORNELLI R., *La dimostrazione implicita della «necessarietà assoluta» dell'esercizio del potere probatorio giudiziale di cui all'art. 507 c.p.p.: verso un'incontrollabile discrezionalità del giudice dibattimentale*; Cass. sez. VI, 14 ottobre 1997, n. 9104, Arena, in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, p. 83. Sull'esigenza di motivazione, v. anche *infra*, nt. 1087.

¹⁰⁸⁶ Per questa opinione, v. Cass. Sez. Un., 6 novembre 1992, n. 11227, Martin, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 822 ss., dove si chiarisce che la decadenza delle parti ai sensi degli artt. 468 e 493 diventa inammissibile la richiesta e non la prova. Ancora Cass. sez. I, 5 maggio 1994, Martinucci, in *Giust. pen.*, 1995, III, p. 106. Così si esprime NAPPI A., *L'art. 507 c.p.p.: un eccessivo self restraint giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 775; CORDERO F., *Procedura penale*, cit., pp. 948-948.

dall'art. 468 c.p.p. nuoce la richiesta come atto di esercizio del diritto alla prova e non la prova in sé¹⁰⁸⁷.

In altre parole, il soggetto interessato nel processo, e sul quale incideva l'onere di postulare gli esami orali, perde la titolarità del diritto alla prova, ma tale conseguenza negativa non si estende allo specifico mezzo di prova, per questo si dice che tale sanzione presenta un carattere soggettivo e non oggettivo¹⁰⁸⁸. Il potere istruttorio del giudice regolato nell'art. 507 e il diritto delle parti alla prova previsto negli artt. 190 e 468 operano su piani distinti.

A partire da questo, il tema si inserisce in un terreno segnato dall'assenza di consenso¹⁰⁸⁹, raccomandando, nel contesto di un approccio prevalentemente descrittivo a fini comparativi, soltanto l'indicazione dei grandi tratti delle principali linee interpretative nella materia. In un primo sforzo di schematizzazione del ricco e a volte acceso dibattito che sembra solo essersi intensificato in questi quasi trenta anni di vigenza dell'attuale c.p.p. it., è forse possibile focalizzare il dissenso sulle diverse considerazioni riguardanti i margini che delimitano l'impulso probatorio del giudice.

Partendo dalla concezione che si può qualificare come più estensiva del potere attribuito al giudice dall'art. 507, un primo orientamento considera che l'iniziativa dell'organo giudicante in materia di inserimento probatorio è vincolata al *thema probandum* delineato dalle parti. In modo che, una volta conclusa l'acquisizione delle prove da parte dei protagonisti, il giudice penale, considerando assolutamente necessario il chiarimento del tema decisionale precedentemente definito dagli interessati, e orientato dalla ricerca di

¹⁰⁸⁷ Così si è espresso la Cass. Sez. Un., 6 novembre 1992, cit., p. 826. Analogamente, IACOVIELLO F. M., *Processo di parti*, cit., p. 289; FERRUA P., *I poteri probatori*, cit., p. 1068; NAPPI A., *Guida al codice*, cit., p. 532; PAULESU P. P., *Iniziative probatorie*, cit., p. 848, il quale sottolinea che il principio della ragionevole durata del processo deve limitare la durata dell'esercizio del diritto delle parti alla prova. Per alcune considerazioni critiche sulla motivazione della Corte, v. GALANTINI N., *I poteri di acquisizione*, cit., p. 21 ss.

¹⁰⁸⁸ Altrimenti, sarebbe sufficiente per l'individuo che non vuole una produzione probatoria elencare il testimone dopo il termine legale, e quindi sostenere l'inammissibilità di questa prova anche nel caso dell'articolo 507, cfr. avverte FERRUA P., *I poteri probatori*, cit., p. 1068; RIVELLO P. P., *Il dibattito nel*, cit. p. 260. In senso conforme si è espresso ILLUMINATI G., *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 99; PAULESU P. P., *Iniziative probatorie*, cit., p. 849, il quale ha fatto notare come non si può «sovrapporre l'inammissibilità all'inutilizzabilità».

¹⁰⁸⁹ Le significative divergenze dottrinali e giurisprudenziali sono identificati dalla dottrina, cfr., ad. es., BELLUTA H., *Imparzialità del giudice*, cit., p. 164; MARAFIOTI L., *L'art. 507 c.p.p. al vaglio*, cit., p. 840 ss.; VALENTINI REUTER C., *La Corte costituzionale*, cit., p. 934. Per una panoramica giurisprudenziale sul tema, v. BOSCO V., *Art. 507*, in CONSO G., ILLUMINATI G., *Commentario breve al codice di procedura penale*, complemento giurisprudenziale 9. ed., Wolters Kluwer, CEDAM, 2015, p. 2274 ss.

preservare la qualità dell'accertamento fattuale, potrà¹⁰⁹⁰ disporre l'assunzione di nuovi mezzi di prova¹⁰⁹¹ con la finalità di completare il sostrato probatorio sul quale ricadrà la decisione.

In una esegesi discordante, identificata come più restrittiva della disposizione di cui si tratta, si argomenta che il perimetro di attuazione del giudice nella dinamica probatoria d'ufficio dovrebbe essere più circoscritto, essendo delimitato non solo dal *thema probandum*, ma anche dal risultato dei mezzi probatori esplicitati dalle parti nello svolgimento delle attività di impulso giudiziario delle loro ipotesi argomentative attinenti alla ricostruzione dei fatti¹⁰⁹².

Questa seconda interpretazione dei limiti dell'operatività giudiziaria oscilla anche tra una lettura che ammette l'integrazione istruttoria avendo come riferimento le ipotesi ricostruttive argomentate dagli interessati, e una visione ancor più limitativa dell'iniziativa *ex*

¹⁰⁹⁰ Secondi alcune decisioni giurisprudenziali, il giudice ha un potere-dovere di avvalersi di quanto previsto nell'art. 507 per disporre nuovi mezzi di prova indispensabili alla decisione, cfr. Cass. sez. VI, 8 novembre 1993, p.m., Capizzi, in *Cass. pen.*, 1995, p. 308; Cass. sez. V, 20 aprile 2001, n. 23436, Tomasella, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2417, in modo che il giudice ha l'obbligo di ricorrere al potere di acquisizione d'ufficio ex art. 507, quando ci sia indispensabile per decidere, cfr., ad es., Cass. sez. VI, 11 ottobre 2005, n. 38674, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1007, con commento di Giordano P.; Cass. sez. VI, 11 giugno 2010, n. 25157, Di Girolamo, in *Cass. pen.*, n. 12, 2011, p. 4382; Cass. sez. I, 27 giugno 2013, p.m. in c. Liu ed a., in *Giust. pen.*, 2013, III, p. 672. In senso parzialmente difforme, anche se non costituisce un vero obbligo, il potere del giudice di assumere nuove prove non sarebbe un esercizio di mera discrezionalità, a causa della esigenza di un'adeguata motivazione sulla presenza del requisito di assoluta necessità, cfr. Cass. sez. III, 6 febbraio 1995, Spinelli, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1202; Cass. sez. V, 16 aprile 1998, Biacchi, in *Rev. pen.*, 1998, p. 808. Il requisito di motivazione sulla necessità della prova è rafforzato davanti ad una espressa sollecitazione di parti perché il giudice si avvalga del potere di cui all'art. 507, cfr., ad es., Corte cost., sentenza 22 febbraio 2010, n. 73, cit.; Cass. sez. IV, 20 settembre 2005, Di Carlantonio, in *Arch. n. proc. pen.*, 2206, p. 31; Cass. sez. III, 25 ottobre 2007, n. 44955, Seclì ed a., in *Arch. n. proc. pen.*, 2008, p. 747. Sull'esigenza di motivazione, v. anche *supra*, nt. 131. In senso contrario, che l'art. 507 prevede solo una facoltà, no un obbligo del giudice, v. ad es., sez. I, 30 gennaio 1995, Rizzo, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2243; sez. III, 23 gennaio 1997, n. 2542, Volpe, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1130; sez. III, 10 dicembre 1996, n. 1235, p.m. in c. Adragna, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 1133, nella quale è affermato che se l'art. 507 fosse configurato come un dovere «ne risulterebbe stravolto lo stesso carattere accusatorio» previsto dalla legge-delega n. 81, 11 febbraio 1987. In dottrina, ad es., TONINI P., *Manuale di procedura penale*, 2015, cit., p. 736, sostiene che si risulta assolutamente necessario, il giudice ha il dovere di ammettere altre prove, specialmente se la prova è richiesta dalle parti. Questa è anche la posizione di NAPPI A., *Guida al codice*, cit., p. 391, essendo presenti le condizioni legali, il giudice deve completare la prova dell'ufficio. Sul tema, v. ancora GRILLI L., *Il dibattito penale*, 3a. ed., Cedam, 2007, p. 415.

¹⁰⁹¹ Anche in questo punto, nonostante l'esplicito riferimento ai soli mezzi di prova, vi sono dissensi, con posizioni contrastanti in merito all'ammissione d'ufficio dei mezzi di ricerca delle prove, cfr. ILLUMINATI G., *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 103; GRILLI L., *Il dibattito*, cit., p. 415; CARACENI L., *Istruzione dibattimentale*, cit., p. 161. SPANGHER G., *La pratica del*, cit., p. 503, ritiene, ad es., che la sfera di intervento includerebbe anche i mezzi di ricerca della prova. NAPPI A., *Guida al codice*, cit., p. 533, sostiene che l'acquisizione d'ufficio dei mezzi di ricerca della prova sarebbe ammissibile soltanto «quando tendono alla ricerca di una cosa o di un documento la cui acquisizione sia per legge obbligatoria o la cui esistenza e collocazione risultino, comunque, dagli atti». In giurisprudenza, accogliendo l'iniziativa *ex officio* riguardante i mezzi di ricerca delle prove Cass. sez. IV, 12 luglio 2004, n. 44481, *Improta*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3395. V. bibliografia indicata *infra*, nt. n. 1091.

¹⁰⁹² V., ad es., MARAFIOTI L., *L'art. 507.: illusione*, cit., p. 494. Secondo PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., p. 269, sarebbe possibile valorizzare i limiti stabiliti dall'art. 506 comma 1, in modo a vincolare l'attuazione giudiziale ai temi «tracciati delle parti» ovvero «posti alle parti» dal giudice ai sensi dell'art. 506 comma 1.

ufficio, la quale sarebbe circoscritta in termini quasi oggettivi, avendo come possibile campo di attuazione solo i contorni conferiti dagli impulsi probatori concretamente effettuati dai litiganti, i quali, in molti casi, possono non identificarsi, almeno completamente, con le ipotesi di ricostruzione fattuale esposte in modo argomentato dalle parti nelle opportunità processuali consentite. In altre parole, in questa ultima assimilazione, maggiormente limitativa dell'iniziativa d'ufficio, la possibilità giudiziaria di integrare la dinamica di chiarimento dei fatti sarebbe demarcata dall'area effettivamente esplorata dagli specifici mezzi di prova utilizzati dalle parti¹⁰⁹³.

Lasciandosi guidare da uno sforzo di semplificazione, è possibile condensare una buona parte delle antinomie interpretative nella nitida diversità di comprensione rispetto al senso dell'espressione inaugurale dell'art. 507, che intendeva, secondo parte della dottrina, esattamente identificare il presupposto dell'attuazione giudiziaria di integrazione probatoria con la seguente epigrafe: «Terminata l'acquisizione della prova»¹⁰⁹⁴. La questione centrale che rimane è se l'istruzione probatoria a carico dei protagonisti dovrebbe servire come un precedente indispensabile per l'aggiunta probatoria d'ufficio, in modo tale da impedire il suo esercizio quando non realizzata¹⁰⁹⁵, oppure se il riferimento testuale è inteso a indicare il punto cronologico di esclusiva precedenza dei litiganti, ultimato il quale l'intervento giudiziario diventa legittimo, indipendentemente dall'effettiva esistenza del contributo istruttorio delle parti¹⁰⁹⁶.

È chiaro che, in considerazione della notevole rilevanza della materia, non solo dal punto di vista dogmatico e ideologico, ma anche dall'intensità delle conseguenze della divergenza giurisprudenziale nella concreta metodologia del meccanismo penale¹⁰⁹⁷, tanto la

¹⁰⁹³ BELLUTA H., *Imparzialità del giudice*, cit., p. 163.

¹⁰⁹⁴ Conformemente a IACOVIELLO F. M., *Processo di parti*, cit., p. 288, l'art. 507 non è un testo chiaro, quindi, l'interpretazione letterale non è sufficiente. In effetti, le divergenze sono più ampie e sembrano coprire tutti i criteri di cui all'art. 507, incluso il riferimento normativo ai «mezzi di prova». Secondo alcuni, questo escluderebbe i mezzi di ricerca, cfr. CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 159; in senso contrario, v. MANZIONE D., *Commento*, cit., pp. 387-388. In senso parzialmente discordante, e sebbene critica a ciò che considera un infondata mancanza di chiarezza nel testo legale, VALENTINI REUTER C., *La Corte costituzionale*, cit., pp. 934-935, riconosce il dubbio interpretativo dell'espressione «terminata l'acquisizione delle prove». V. bibliografia indicata sopra, nt. n. 1088.

¹⁰⁹⁵ Posizione sostenuta, fra i tanti, da SIRACUSANO D., *Le prove*, cit., p. 336.

¹⁰⁹⁶ Secondo MANZIONE D., *Commento*, cit., p. 388, nt. 12, queste condizioni per l'esercizio delle prove a seguito di una decisione giudiziale non si applicherebbero in relazione ai poteri previsti dagli artt. 195.2 (testimonianza *de relato*) e 508 (perizia). Nello stesso senso, NAPPI A., *Guida al codice*, cit., p. 533. Vale la pena menzionare il riferimento di GRILLI L., *Il dibattimento penale*, 3a. ed., cit., p. 216 ss nel senso che anche il condizionamento temporale presenta un'importanza minimale, perché non si riconosce la nullità nell'esercizio di questo potere prima che sia ultimata la prova richiesta dalle parti.

¹⁰⁹⁷ Come viene ampiamente riconosciuto dalla dottrina, v., tra i molti, BELLUTA H., *Imparzialità del giudice*, cit., p. 166.

Suprema Corte di Cassazione, nell'esercizio della sua funzione nomofilattica di precisare la corretta interpretazione della legge, e di assicurare l'uniformità dell'applicazione del diritto¹⁰⁹⁸, come la Corte costituzionale nel definire la compatibilità dell'iniziativa istruttoria *ex officio* con le norme costituzionali, non tardarono in definire i contorni applicativi dell'art. 507 c.p.p. L'espressione «terminata l'acquisizione delle prove» è stata interpretata nel senso di un mero limite temporale e non come presupposto logico condizionante dell'intervento d'ufficio¹⁰⁹⁹.

In questo modo, l'intervento delle Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione, così come della Corte costituzionale, come è già stato ampiamente evidenziato dalla dottrina, hanno rimosso qualsiasi relazione di sostanziale dipendenza tra l'effettivo esercizio del diritto alla prova delle parti e il potere suppletivo del giudice. La riconosciuta autonomia di presupposti tra il diritto probatorio dei litiganti e l'iniziativa istruttoria d'ufficio ha tolto l'intera relazione discussa di possibile complementarietà dell'impulso giudiziale rispetto al risultato istruttorio portato dalle parti.

Il condizionamento tracciato dal giudice di legittimità per l'assunzione di nuovi mezzi di prova nella fase dell'istruzione dibattimentale attribuito all'organo giudicante risiede nell'impossibilità di esplorare ipotesi ricostruttive autonome¹¹⁰⁰. La Corte costituzionale, d'altro canto, sembra aver esteso ancor più i confini dell'iniziativa *ex officio judicis*, in una specie di interpretazione conforme a Costituzione della prerogativa conferita dall'art. 507

¹⁰⁹⁸ Sulla «funzione di nomofilachia» attribuita a corti speciali storicamente denominate Conservatori delle leggi, v. CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, a cura di CAPPELLETTI M., vol VI, *La Cassazione civile*, Morano, 1976, p. 196. Sui contorni delle funzioni della Corte di Cassazione italiana di mantenere l'esatta osservanza delle leggi e di fomentare l'unificazione giurisprudenziale, a partire da un'interpretazione uniforme del diritto oggettivo, e dell'importanza nella definizione e nel controllo dell'interpretazione della legge per preservare l'unità del diritto positivo e l'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, a partire da un'idea di precedenti provenienti dalla Corte di vertice, v. CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, a cura di CAPPELLETTI M., vol. VII, *La Cassazione civile*, Morano, 1976, pp. 56-77; 82-90 e 91 ss. V. ancora CALAMANDREI P., FURNO C., *Cassazione civile*, in *Novissimo Digesto Italiano*, II, UTET, 1958, p. 1053-1104. Nel Supremo Tribunal Federal brasiliano, Rcl 4335, Pleno, Dje de 21.10.2014, voto do Min. Teori Zavascki: «entendida a nomofilaquia no sentido que lhe atribuiu Calamandrei, destinada a aclarar e integrar o sistema normativo, propiciando-lhe uma aplicação uniforme». La giurisprudenza della Suprema Corte brasiliana è reperibile in: «<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>».

¹⁰⁹⁹ PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., p. 265; MARAFIOTI L., *L'art. 507 c.p.p. al vaglio*, cit., p. 841; GUERINI I., *L'iniziativa*, cit., p. 50 ss. CORDERO F., *Procedura penale*, cit., p. menziona che è «ovvio il riferimento ai tempi». V., in particolare, Cass. sez. un., 6 novembre 1992, cit., p. 827 ss; Corte Cost., 26 marzo 1993, n. 111, in *Giur. cost.*, 1993, p. 901 ss. V. ancora Cass., sez. I, 28 dicembre 1999, n. 5549, Paternò, in *Riv. pen.*, 2000, p. 511; Cass. sez. III, 9 giugno 2006, n. 19816, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1224. Contro, v., ad es., Cass., sez. III, 3 dicembre 1990, Ventura, in *Cass. pen.*, 1991, II, p. 495; Cass. sez. I, 22 novembre 1991, in *Giust. pen.*, III, 1992, pp. 642-643. La Corte Cost. ha ribadito un indirizzo giurisprudenziale analogo dopo la riforma dell'art. 111 Cost., cfr. sentenza 22 febbraio 2010, n. 73, cit, p. 836. In senso parzialmente differente v. Cass. sez. I, 30 gennaio 1995, Rizzo, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2243; Cass., sez. I, 8 giugno 2000, n. 8566, p.m in c. Fiderno, in *Riv. pen.*, 2001, p. 199.

¹¹⁰⁰ Cass. sez. un., 6 novembre 1992, cit., p. 827 ss. V., ancora, BELLUTA H., *Imparzialità del giudice*, cit., p. 168 ss.; SIRACUSANO D., *Le prove*, cit., p. 337.

c.p.p.¹¹⁰¹, la quale deve ricevere lettura compatibile non appena con la direttiva n. 73 della legge delega¹¹⁰², ma, soprattutto, con i principi costituzionali individuati nella menzionata decisione¹¹⁰³, che sono, fondamentalmente, quello di obbligatorietà dell'azione penale, quello di legalità e quello di ricerca della verità¹¹⁰⁴.

Il problema che forse può condurre a un maggiore disaccordo sull'estensione e sui limiti dell'interferenze probatorie dell'organo giudicante nell'introduzione dei mezzi di prova in giudizio sorge, come già segnalato, quando le parti sono rimaste (quasi) completamente inerti, e principalmente, per motivi evidenti, quando il soggetto inattivo è l'organo d'accusa¹¹⁰⁵. In questo senso, una delle questioni primordiali nel tema dei poteri d'ufficio di integrazione probatoria è se tale attuazione possa essere realizzata ancora quando si verifica la preclusione del diritto all'acquisizione di prove *ex art. 468*, non avvenendo l'assunzione probatoria per impulso degli interessati.

Parte della dottrina più vicina al secondo polo indicato sopra considera che la lettura conferita dalle corti superiori sul rapporto tra i poteri delle parti e quelli del giudice porta in pratica allo svuotamento dell'esigenza legale per la quale il giudice potrebbe attivarsi solo quando sia «terminata l'acquisizione della prova»¹¹⁰⁶, un'indicazione testuale che, di presupposto dell'attuazione probatoria *ex officio*, passò ad indicare, in consonanza con la posizione giurisprudenziale preponderante, una mera tappa processuale prima della quale il giudice non può agire. Si attesta una sensibile sovversione del delicato equilibrio preteso dal legislatore tra l'impulso istruttorio a carico degli interessati e l'integrazione probatoria per impulso ufficiale, distinguendosi una vera e propria rottura del sistema come conseguenza della lettura implementata dalla giurisprudenza di vertice¹¹⁰⁷.

¹¹⁰¹ Anche se non formalmente vincolante, secondo FERRUA P., *I poteri probatori*, cit., p. 1066. SPANGHER G., *L'art. 507 c.p.p. davanti alla Corte costituzionale: ulteriore momento nella definizione del «sistema accusatorio» compatibile con la Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 921, menziona che la Corte costituzionale ha costruito l'interpretazione possibile dell'art. 507 c.p.p. in conformità ai principi costituzionali.

¹¹⁰² Legge 16 febbraio 1987, n. 81, Delega legislativa, cit.

¹¹⁰³ Corte Cost., 26 marzo 1993, cit., p. 914 ss, dove si legge: «la considerazione dell'ordinamento processuale-penale italiano va condotta [...] sulla base del tessuto normativo positivo, la cui interpretazione [...] non può che derivare da un'attenta lettura dei principi e criteri direttivi enunciati nella legge delega e dei principi costituzionali [...]»

¹¹⁰⁴ La Corte cost. ha menzionato un corollario consistente in «un principio di non dispersione degli elementi di prova».

¹¹⁰⁵ Per questo motivo, TONINI P., *Manuale di procedura penale*, 2015, cit., p. 732 ss., ad es., analizza l'iniziativa officiosa sotto due distinti profili: «l'iniziativa del giudice dopo che sono state acquisite le prove richieste di parte» e «l'iniziativa del giudice quando non si è svolta l'istruzione a richiesta di parte».

¹¹⁰⁶ Parla di «svuotamento di significato» della formulazione legale, ad es., MARAFIOTI L., *L'art. 507 c.p.p. al vaglio*, cit., p. 841.

¹¹⁰⁷ MARAFIOTI L., *L'art. 507.: illusione*, cit., p. 495; GAETA P., *Il «sapere per la verità»: inerzia probatoria delle parti e poteri del giudice del dibattimento*, in *Quest. giust.*, n. 3, 1993, p. 570 ss.

Da una prospettiva diversa, si osserva che le forti critiche alla soluzione interpretativa di ammettere l'attività giudiziaria in situazione di inattività processuale delle parti non siano del tutto corrette¹¹⁰⁸, una volta che la posizione preponderante è quella di impedire l'iniziativa *ex officio* con una proiezione ricostruttiva autonoma, condizionando, al contrario, la legittimità dell'interferenza dell'organo giudicante solo nell'inserimento delle prove il cui valore dimostrativo in relazione agli atti si imponga con chiarezza¹¹⁰⁹. L'importante nella delimitazione dei confini dell'attuazione legittima del giudice è che l'intervento si inserisca nell'itinerario rivelato dalla dialettica in contraddittorio¹¹¹⁰, traducendosi più propriamente l'iniziativa giudiziaria in una prerogativa di integrazione del contraddittorio e non di sostituzione di fronte alla sua assenza¹¹¹¹, e tale circostanza non è scartata, sempre e in ogni caso, per la semplice omissione nell'indicazione di testimoni da parte delle parti¹¹¹².

È persino possibile pensare una situazione limite nella quale il pubblico ministero non abbia presentato istanza nei termini dell'art. 468 comma 1 CPP¹¹¹³, e non esista nel fascicolo per il dibattimento qualsiasi documento o altri elementi o riferimenti la cui lettura o l'indicazione nei termini dell'art. 511 possa significare un'effettiva attività di acquisizione probatoria¹¹¹⁴. In questa ipotetica situazione «di scuola», l'unica via d'uscita possibile sarebbe la chiusura della istruzione e l'emissione di giudizio di proscioglimento per mancanza di prove¹¹¹⁵.

¹¹⁰⁸ DI BITONTO M. L., *Profili dispositivi*, cit., p. 135 ss. Parte della dottrina è molto più incisiva, considerando l'argomento sopra menzionato come assurdo, perché impedirebbe l'attuazione del giudice esattamente quando è più necessaria a causa dell'inerzia delle parti, cfr. NAPPI A., *Guida al codice*, cit., p. 530; Id., *L'art. 507 c.p.p.: un eccessivo*, cit., p. 774.

¹¹⁰⁹ In senso difforme PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., p. 269, secondo il quale il parametro segnalato dalla Cass. sez. un., 6 novembre 1992, cit., secondo cui il valore della testimonianza *ex officio* dovrebbe imporsi con evidenza «in base agli atti», sarebbe insufficiente ed equivoco.

¹¹¹⁰ Cfr. esplicita BELLUTA H., *Imparzialità del giudice*, cit., p. 171, in termini più precisi il concetto di acquisizione utilizzato all'inizio dell'art. 507 include non appena impulsi probatori decorrenti dal contraddittorio in senso stretto, ma include anche la lettura di atti precostituiti, presenti nel fascicolo destinato all'organo giudicante ex art. 431 c.p.p. Secondo CARACENI L., *Istruzione dibattimentale*, cit., p. 156, il limite logico del potere *officio iudicis* sulla prova è segnato dalla proposizione della domanda, e il limite normativo è stabilito dal contraddittorio.

¹¹¹¹ Così si esprime MARAFIOTI L., *L'art. 507 c.p.p. al vaglio*, cit., p. 839.

¹¹¹² DI BITONTO M. L., *Profili dispositivi*, cit., p. 137, la quale considera tale prerogativa coesistente all'esercizio della funzione giurisdizionale.

¹¹¹³ E non sia nemmeno il caso dell'incidenza dell'eccezione prevista all'art. 493.2 c.p.p.: «È ammessa l'acquisizione di prove non comprese nella lista prevista dall'articolo 468 quando la parte che le richiede dimostra di non averle potute indicare tempestivamente».

¹¹¹⁴ Ciò che è acconsentito da una parte dottrinale contraria all'interpretazione prevalente nella Corte di Cassazione e nella Corte Cost., cfr. MARAFIOTI L., *L'art. 507 c.p.p. al vaglio*, cit., p. 847: «Il problema non si pone dunque qualora il fascicolo dibattimentale contenga atti dei quali può essere data lettura, o che siano suscettibili della indicazione di utilizzabilità contemplata dall'art. 511, comma 5, c.p.p.». V. analogamente, pur con varietà di accenti, FERRUA P., *I poteri probatori*, cit., p. 1070; PAULESU P. P., *Iniziativa probatorie*, cit., p. 846; ILLUMINATI G., *Giudizio*, cit., p. 833; CARACENI L., *Istruzione dibattimentale*, cit., p. 163.

¹¹¹⁵ In questi esatti termini, DI BITONTO M. L., *Profili dispositivi*, cit., p. 137.

Ad ogni modo, ci sarebbe ancora la possibilità per il pubblico ministero di invocare istanze probatorie subito dopo la dichiarazione di apertura del dibattimento, in quello che potrebbe essere seguito dalla parte avversa. Questa evocazione di temi di prova da parte dei soggetti interessati nell'opportunità consentita all'esposizione introduttiva¹¹¹⁶ demarcherebbe anche uno spazio per l'esercizio di iniziativa complementare da parte del giudice, che rimarrebbe sempre limitato agli argomenti di prova sollevati dalle parti¹¹¹⁷. Conformemente a quanto esplicitato, il limite risiede nell'impossibilità per il giudice di formulare autonomamente ipotesi ricostruttive in relazione ai fatti della causa¹¹¹⁸, che, nella comprensione esposta, non sarebbe ammessi dalla regolamentazione positiva adottata nel sistema italiano¹¹¹⁹.

Forse un tentativo di coniugare le due concezioni, realizzando in modo migliore l'intenzione del sistema, è quello di collocare i confini sul tema decisionale, o più precisamente, sull'itinerario rivelato dal contraddittorio¹¹²⁰, ma condizionando l'interferenza giudiziaria all'effettiva esistenza di un impulso probatorio da parte degli interessati, anche se in modo incipiente, o nel modo in cui è consentito dall'art. 511¹¹²¹, così da evitare un input probatorio *ex officio* in situazione di manifesta tabula rasa probatoria¹¹²². I confini potrebbero, quindi, derivare non solo dall'indirizzo dell'approccio manifestato nel momento degli esami orali condotti dai litiganti, ma dall'insieme dei momenti e atti processuali nei

¹¹¹⁶ La legge 16 dicembre 1999, n. 479, ha modificato la redazione dell'art. 493, sostituendo l'espressione «esposizione introduttiva» che precede la richiesta di prova, per il semplice riferimento all'«indicazione dei fatti da provare». Le ragioni sono note, cfr. GRILLI L., *Il dibattimento penale*, 3a. ed., cit., p. 216 ss.; ILLUMINATI G., *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 76, nt. 3. Nonostante, la denominazione rimane nell'art. 494, quindi «la fase di cui andiamo ad occuparci continua a chiamarsi esposizione introduttiva», cfr. ILLUMINATI G., *Giudizio*, cit., p. 799.

¹¹¹⁷ È l'opinione di DI BITONTO M. L., *Profili dispositivi*, cit., p. 138, secondo la quale un inizio di allegazione probatoria per sostenere l'accusa sarebbe già presente nel decreto che dispone il giudizio, come previsto dall'art. 429 comma lett. d c.p.p. In senso difforme sulla possibilità che il giudice faccia leva sull'esposizione introduttiva del pubblico ministero o dei difensori, MARAFIOTI L., *L'art. 507 c.p.p. al vaglio*, cit., p. 847. V. anche RAFARACI T., *I poteri delle parti*, cit., p. 116 ss, 124, il quale ha ritenuto che la semplice esplicitazione del tema non accompagnata dall'indicazione del mezzo rende l'argomentazione, nella sua concezione di attività già probatoria, priva di credibilità persuasiva

¹¹¹⁸ Secondo la Corte di Cass., Sez. un., de 17 de ottobre de 2016, n. 41821, Greco, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1078, il giudice deve mirare l'assunzione di prove decisive e deve muoversi circoscritto «nell'ambito delle prospettazioni delle stesse parti». V. anche nota di BELLUTA H., *Irripetibilità congenita degli atti d'indagine e poteri istruttori del giudice dibattimentale: dalle Sezioni Unite un intervento (non proprio) chiarificatore*.

¹¹¹⁹ Posizione espressa da DI BITONTO M. L., *Profili dispositivi*, cit., p. 139.

¹¹²⁰ CARACENI L., *Istruzione dibattimentale*, cit., p. 162, parla di «temi di prova posti dai contraddittori» e di «temi di prova emersi nel corso dell'istruttoria dibattimentale».

¹¹²¹ Disposizione che prevede le letture consentite, anche di ufficio degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento.

¹¹²² L'espressione appare in MARAFIOTI L., *L'art. 507.: illusione*, cit., p. 498; Id., MARAFIOTI L., *L'art. 507 c.p.p. al vaglio*, cit., p. 842; PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., p. 266. Nello stesso senso critico della lettura estensiva dell'art. 507 operata dalla Corte Cass., v. CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 146 ss.; MARAFIOTI L., *L'art. 507 c.p.p. al vaglio*, cit., p. 841 ss.; ILLUMINATI G., *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 99.

quali le parti rivelano le loro ipotesi di ricostruzione dei fatti, perché non si può confinare l'esercizio dialettico in giudizio solo all'esame orale dei testimoni condotto prioritariamente dalle parti nel dibattimento¹¹²³.

Considerato che il presupposto dell'ammissione di prove da parte del giudice non sia solo l'acquisizione della prova orale esposta dai contendenti, ma anche le manifestazioni del contraddittorio¹¹²⁴, e che il giudice non formuli ipotesi ricostruttive autonome¹¹²⁵, non sarebbe compatibile con l'esigenza di imparzialità una supplenza probatoria completa, posta in essere dall'organo giudicante nel vuoto dell'attività dialettica delle parti. Il perimetro oltre il quale si configura questa indesiderata autonomia del giudice viene tracciato dall'insieme degli impulsi probatori delle parti, ovvero, dalle opportunità, dagli strumenti e dalle chance che gli interessati hanno utilizzato per esprimere le loro ragioni relativamente al merito della causa penale.

La presenza, seppur ridotta, di un impulso argomentativo-probatorio indicato dai litiganti rimuove già la condizione del giudice di precursore di un campo probatorio completamente inesplorato¹¹²⁶, e in tal modo riconduce «all'attività di parte lo stimolo per l'accertamento dei fatti»¹¹²⁷. E in questo aspetto, le manifestazioni di attività argomentativa dalle parti, perfino quella nell'esposizione introduttiva ex art. 493¹¹²⁸, anche se non si tratta di

¹¹²³ In senso relativamente analogo, anche se con una portata più limitata, MARAFIOTI L., *L'art. 507.: illusione*, cit., p. 498, nell'indicare il materiale di riferimento che delimita il supplemento istruttorio, menziona dei verbali o documenti che possono essere nel fascicolo per il dibattimento, o che siano suscettibili della indicazione di utilizzabilità ex art. 511 comma 5 c.p.p. V. *supra*, nt. 1089. Ricordando sempre, nella linea chiarita dalla Corte costituzionale, che alla fine dell'esercizio dei poteri di cui agli artt. 506 e 507, il giudice non può conoscere il contenuto degli atti del fascicolo del pubblico ministero, cfr. Corte Cost., ord. 20 luglio 1999, n. 338, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1446 ss, con nota adesiva di GIARDA A.

¹¹²⁴ CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., pp. 104, 113; DI BITONTO M. L., *Profili dispositivi*, cit., p. 137. Conformemente a BELLUTA H., *Imparzialità del giudice*, cit., p. 179, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno indicato correttamente la dinamica metodologica di genesi della conoscenza giudiziali che deve essere preservata: il contraddittorio, anche se senza rinunciare alla propensione al vero.

¹¹²⁵ Cfr. PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., p. 259; RENON P., *Mutamento*, cit., p. 27 e nt. 72.

¹¹²⁶ Questa ingerenza argomentativa-probatoria delle parti in qualsiasi dei momenti processuali in cui si può manifestare l'esercizio dialettico di convincimento del giudice, anche se ridotta, già indicherebbe un passaggio dal *thema probandum* al *thema decidendum* in ragione propriamente dell'attività euristica dibattimentale dei contendenti. V. CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., pp. 53-54; 112-113; Id., *Istruzione dibattimentale*, cit., p. 155. Sulla distinzione tra il *thema probandum*, che è definito prima dell'assunzione delle prove, ed il *thema decidendum*, il quale è collegato al risultato della dialettica probatoria, v. RAFARACI T., *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Giuffrè, 1996, pp. 110-102; TARUFFO M., *Studi sulla rilevanza della prova*, Cedam, 1970, p. 248.

¹¹²⁷ GIARDA A., *I giudice della consulta recuperano qualche carattere del sistema acusatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1451.

¹¹²⁸ Si tratta di un momento processuale importante per le parti di fornire al giudice le rispettive «versioni dei fatti», cfr. PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., p. 165; GRILLI L., *Il dibattimento penale: guida pratica*, cit., p. 203. Gli interessati possono anche utilizzare memorie scritte (regola generale art. 121), soprattutto in processi di maggiore complessità, con abbondante prova documentale, cfr. ILLUMINATI G., *Giudizio*, cit., p. 800, riferendosi all'art. 493, e NAPPI A., *Guida al codice*, cit., p. 505, riferendosi all'art. 468; a condizione che non si riferiscano a elementi non acquisibili, o non ancora acquisiti.

un mezzo di prova o di attività probatoria *stricto sensu*, rappresentano «inizio di attività *lato sensu* probatoria»¹¹²⁹ volta ad influenzare la decisione finale sul merito della causa penale, e in quanto tale in grado di individuare i temi di prova sollevati e argomentati da accusa e difesa, pertanto conferendo elementi suscettibili di essere completati dal giudice ex art. 507¹¹³⁰.

Infatti, davanti alla completa assenza di un'effettiva attività di acquisizione probatoria, anche se iniziale e finanche di tipo solamente argomentativo, le critiche rivolte alla comprensione preponderante nella Suprema Corte di Cassazione¹¹³¹ e nella Corte costituzionale¹¹³² sembrano più pertinenti con un meccanismo che deve coniugare il valore della ricerca della verità con gli altri principi ugualmente fondamentali dell'esercizio giurisdizionale, come l'imparzialità, e che, pertanto, non sarebbe compatibile con l'eccessiva ipertrofia delle interferenze d'ufficio nel tema dell'istruzione probatoria ordinariamente attribuita ai soggetti processuali interessati al risultato del processo¹¹³³.

È funzione propria dell'organo giudicante attribuire significato all'insieme degli elementi relativi alle ipotesi di ricostruzione dei fatti in giudizio¹¹³⁴, in modo che divenga non solo logico, ma anche razionale consentire al giudice di verificare se la dialettica processuale abbia effettivamente dato le basi sufficienti per la decisione sul merito della causa penale, con la quale dichiara chiusa l'istruzione, o se, al contrario, è necessario disporre anche d'ufficio l'acquisizione di nuovi mezzi di prova¹¹³⁵. Il problema sorge quando viene ammessa una situazione di completa autonomia tra l'attività di ricostruzione fattuale e l'iniziativa istruttoria delle parti, non a causa di un'inesistente esigenza di inerzia del giudice, ma perché la garanzia di imparzialità viene assicurata quando sono presenti tracce di impulso dialettico-probatorio consistente nell'effettiva manifestazione del contraddittorio da parte dei soggetti

¹¹²⁹ ORLANDI R., *L'attività argomentativa*, cit., pp. 12, 14, 18-19, 30, 37, 54. Nell'esposizione introduttiva le parti enunciano al giudice le ipotesi di ricostruzione fattuale che prospettano e intendano verificare, cfr. NAPPI A., *Guida al codice*, cit., p. 524.

¹¹³⁰ ORLANDI R., *L'attività argomentativa*, cit., p. 19.

¹¹³¹ V. ancora, ad es., Cass. pen., sez. III, 22 novembre 1995, n. 363, Causerano, in *Riv. Pen.*, 1996, p. 1013; Cass. pen., sez. VI, n. 208201, 21 marzo 1997, Falchi, in *Cass. pen.*, 1998, p. 133; Cass. pen., sez. VI, n. 17651, 11 marzo 2003, Morrone, in *Arch. n. proc. pen.*, 2004, p. 116; Cass. Sez. Un., 17 ottobre 2006, n. 41281, p.m. in c. Greco, in *Cass. pen.*, 2007, p. 952 ss., con osservazione di VESSICHELLI M.

¹¹³² V. ancora Cort cost., sentenza 22 febbraio 2010, cit.

¹¹³³ Sembra essere questa la posizione di BELLUTA H., *Imparzialità del giudice*, cit., p. 191, che considera l'espressione inaugurale dell'art. 507 c.p.p. non solo come indicativa del momento iniziale per l'intervento del giudice, ma anche come delimitatrice del «perimetro dal quale ricavare le prove nuove». Si veda, inoltre, CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 148; PAULESU P. P., *Iniziativa probatorie*, cit., p. 846 ss; ILLUMINATI G., *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 99; GAETA P., *Il «sapere per*, cit., p. 570 ss.

¹¹³⁴ Costatazione che, ovviamente, non esclude le interferenze e il controllo delle parti nella formazione del materiale conoscitivo, cfr. ORLANDI R., *L'attività argomentativa*, cit., p. 10.

¹¹³⁵ KOSTORIS R. E., voce *Giudizio*, cit., p. 4; ZAGREBELSKY V., *Sul ruolo del giudice*, cit., p. 918.

interessati¹¹³⁶. E questa acquisizione di materiale probatorio nel processo non si restringe soltanto agli esami orali in dibattimento.

Come accennato in precedenza, le maggiori divergenze dottrinali relativamente ai criteri prevalenti nella giurisprudenza risiedono soprattutto nella definizione dei confini che delimitano l'impulso probatorio del giudice. È necessario considerare che il valore della ricerca della verità raccomanda la previsione normativa di iniziativa istruttoria dell'organo giurisdizionale, ma non può servire come misura per demarcare i contorni dell'impulso *ex officio*, a pena di confondere «le pretese con i risultati»¹¹³⁷. Non è eccessivo ricordare, in linea con la statuizione della Suprema Corte di Cassazione, che «la ricerca della verità deve comunque avvenire nei modi e con le forme stabilite dal codice»¹¹³⁸; vale a dire, trattasi di un valore fondamentale, ma condizionato da regole disciplinate nel meccanismo processuale per la protezione di altre garanzie essenziali¹¹³⁹, che si costituiscono ugualmente in valori degni di realizzazione nel procedimento¹¹⁴⁰.

È necessario, pertanto, identificare parametri di riferimento più effettivi per delimitare l'iniziativa *ex officio*, soprattutto per verificare se l'impulso giudiziario non è fuoriuscito dai limiti tracciati dalle parti, cioè se il giudice non pretende di scrutare ipotesi ricostruttive autonome in affronto all'imparzialità¹¹⁴¹. In altre parole, l'intervento del giudice deve essere

¹¹³⁶ V. in tal senso pur con varietà di accenti, MARAFIOTI L., L'art. 507 c.p.p. al vaglio, cit., p. 845. Nella già nota formulazione fatta da DENTI V., *Il ruolo del giudice*, cit., p. 731: è «nella effettività del contraddittorio, e non nella inerzia del giudice (il processo penale ce lo conferma) vada ricercata la garanzia della sua imparzialità al momento di rendere la decisione».

¹¹³⁷ GAETA P., *Il «sapere per*, cit., p. 570 ss.; FERRUA P., *I poteri probatori*, cit., p. 1083; PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., p. 266. Equivoco comunemente segnalato dalla dottrina in relazione alla menzionata decisione della Corte Cost., 24 marzo 1993, n° 111, a differenza, in parte, della linea interpretativa seguita dalle Sezioni Unite. Secondo, ad es., VALENTINI REUTER C., *La Corte costituzionale*, cit., p. 929, la ricerca incondizionata della verità «non conosce compromessi né vincoli formali».

¹¹³⁸ Cfr. Cass. Sez. Un., 6 novembre 1992, cit., p. 828. È questa la *ratio* della decisione che impedisce l'esercizio del potere d'ufficio in relazione a prove dichiarate inutilizzabili a causa del suo omesso deposito ai sensi degli artt. 415-bis e 416 C.p.p., cfr. Cass., sez. I, 12 marzo 2014, n. 27879, in *Proc. pen. giust.*, n. 1, 2015, p. 35 ss., con nota di GUERINI I., *L'iniziativa*, cit., p. 42 ss. Sul tema, v. ancora MAGGIO P., *I poteri istruttori*, cit., p. 147 ss. Ossia, la verità come finalità irrinunciabile del processo penale deve realizzarsi con «scrupoloso rispetto delle regole probatorie», cfr. RIVELLO P. P., *Il dibattimento nel*, cit. p. 60. In senso analogo, GIARDA A., *I giudice della consulta*, cit., p. 1452; perché «il processo non è caratterizzato da un dinamismo o da uno scopo, ma da un metodo», cfr. FASSONE E., *Giudice-arbitro*, cit., p. 583.

¹¹³⁹ IACOVIELLO F. M., *Processo di parti*, cit., p. 287. Cfr. KOSTORIS R. E., voce *Giudizio*, cit., p. 8, l'accertamento della verità è l'obiettivo naturale del procedimento probatorio, del processo penale, ma questi sono disciplinati dalla legge «attraverso una serie di vincoli posti a tutela di esigenze diversificate, non sempre finalizzate ad un obiettivo di verità». In senso analogo, GALANTINI N., *I poteri di acquisizione*, cit., p. 27; MAGGIO P., op. cit., p. 153.

¹¹⁴⁰ GIOSTRA G., *Valori ideali*, cit., p. 21.

¹¹⁴¹ Anche riconoscendo che l'iniziativa del giudice deve essere circoscritta ai temi di prova introdotti dalle parti, in quello che UBERTIS G., *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 20 ss., ha qualificato come funzione euristica del principio di acquisizione processuale, relativo agli oggetti di prova generati dalla verifica probatoria o dalla allegazione di parti; ciò «non

finalizzato ad integrare un accertamento in qualunque modo avviato dall'attività dialettica dei litiganti, deve agire per completare i risultati raggiunti nell'istruzione dibattimentale. Da ciò l'importanza di avanzare nel questionamento sulla piattaforma cognitiva che deve demarcare l'impulso probatorio *ex officio*¹¹⁴².

L'iniziativa di integrazione probatoria del giudice deve muoversi nei contorni conferiti dall'attività istruttoria realizzata dalle parti, ma non solo per verificare le ipotesi dirette ed esplicitamente postulate dai litiganti. L'importante è che l'ipotesi sondata dal giudice derivi dal materiale probatorio presentato dai soggetti protagonisti del processo e dall'illustrazione dialettica a causa del contraddittorio tra le parti¹¹⁴³, ma non obbligatoriamente «*ai petita partibus*», ossia che debba attenersi alla versione o al punto di vista formalmente pronunciato dalle parti rispetto al materiale istruttorio inserito nel processo¹¹⁴⁴. L'ipotesi ricostruttiva sviluppata dal giudice deve constare già della istruzione cognitiva, ovvero, dell'opposta ricostruzione fattuale postulata dall'attività accusatoria e/o difensiva, con la riferita ipotesi essendo stata innescata dalle parti con la loro attività nella dialettica istruttoria¹¹⁴⁵, anche se in un impulso di tipo argomentativo¹¹⁴⁶, e in questo modo il giudice è guidato dal tentativo di integrare l'accertamento dei fatti insufficientemente esplorato nel contraddittorio dibattimentale¹¹⁴⁷.

sempre basta a scongiurare i possibili abusi» nell'uso dei poteri *ex art. 507*, cfr. RAFARACI T., *I poteri delle parti*, cit., p. 123 ss.

¹¹⁴² PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., p. 268; ILLUMINATI G., *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 100.

¹¹⁴³ Al riguardo, secondo PAULESU P. P., *Iniziativa probatorie*, cit., p. 845, nell'esercitare apporti probatori per implementare il sostrato cognitivo inserito dalle parti, il giudice «non si discosta dagli “itinerari suggeriti dal dibattito intercorso in contraddittorio”, perché è costretto a battere sentieri cognitivi già tracciati». In senso analogo, GIOSTRA G., *Valori ideali*, cit., p. 25; Id., *Contraddittorio*, cit., p. 3; CARACENI L., *Istruzione dibattimentale*, cit., p. 155.

¹¹⁴⁴ Con questi termini si esprime IACOVIELLO F. M., *Processo di parti*, cit., p. 292, secondo il quale il giudice può disporre prove per verificare una ipotesi di ricostruzione che «nasce pur sempre dal materiale probatorio offerto dalle parti e dalla loro illustrazione dialettica», altrimenti la materia della causa penale diventerebbe, in qualche modo, disponibile.

¹¹⁴⁵ Come sottolinea DI DONATO F., *La costruzione giudiziaria*, cit., p. 152, è probabile che «la “storia” di un caso non si esaurisce nella narrazione [...]» delle parti, «le risultanze probatorie» derivate dalle testimonianze, e anche dalle prove documentali, ad es., possono contenere anche una «storia» o versione della questione *sub iudice*.

¹¹⁴⁶ Il limite consistente nell'impossibilità del giudice di esplorare ipotesi ricostruttive autonome può essere esplicito dalla disgiunzione delle regole contenute nella riconosciuta massima processuale civilistica «*secundum alligata et probata a partibus iudex iudicare debet*», e le sue possibilità di deroga. La prima parte circoscrive il giudice ai fatti allegati dalle parti, regola anche inderogabile nel processo penale e identificata dalla necessaria correlazione tra accusa e sentenza (art. 521 c.p.p.). D'altra parte l'iniziativa probatoria a carico degli interessati permette deroghe nei termini disciplinati negli artt. 506 e 507 c.p.p. V., in particolare, LOZZI G., *Lezioni di procedura*, cit., p. 552 ss.

¹¹⁴⁷ PAULESU P. P., *Iniziativa probatorie*, cit., p. 845. Il principio della correlazione menzionato nella nota precedente, e la nozione già riferita che il tema precipuo del processo penale, secondo FERRUA P., *La prova nel processo*, cit., p. 2, è la colpevolezza affermata dall'accusa, non l'innocenza, né l'alternativa tra l'una e l'altra, è già una restrizione immanente del meccanismo che si aggiunge all'impossibilità del giudice di esplorare ipotesi autonome di ricostruzione fattuale

È sempre importante ricordare, nella linea indicata da autorevole dottrina, che l'inserimento del requisito legale dell'assoluta necessità come guida nell'utilizzazione dell'iniziativa giudiziale di disporre prove officiosamente *ex art. 507* rappresenta un'indicazione legislativa chiara che il potere d'ufficio deve essere utilizzato con prudenza e moderazione, inserendosi in modo residuale nella dinamica probatoria¹¹⁴⁸. Cioè, deve essere utilizzato solo nei casi di istruzione cognitiva non esauriente.

Alla fine di questa parte, si dovrebbe ancora notare che l'inserimento del comma 1-bis nell'art. 507 c.p.p., ad opera della legge 16 dicembre 1999, n. 479, ha comportato un ampliamento della piattaforma cognitiva che informa l'iniziativa *ex officio*, tenendo conto che ha reso possibile per il giudice l'assunzione officiosa del mezzo di prova attinente agli atti di indagine acquisiti al fascicolo per il dibattimento in decorrenza di accordo tra le parti¹¹⁴⁹. Tuttavia, resta inteso che lo scopo principale di questa prerogativa è quello di compensare la ridotta affidabilità di una prova formata al di fuori dell'istruzione dibattimentale, riconducendo l'atto probante al criterio epistemico del contraddittorio¹¹⁵⁰.

4.5 Primi rilievi in tema di poteri officiosi del giudice in materia probatoria nel processo penale brasiliano

Lasciandoci guidare dallo spirito comparativo-esplicativo con il sistema italiano ai fini della comprensione delle ingerenze dell'organo giudicante nell'acquisizione probatoria all'interno della dinamica processuale penale brasiliana, è necessario prendere le mosse da alcuni chiarimenti sulle differenze e similitudini riguardo al contesto basilare di attuazione del giudice penale brasiliano.

È così che, a differenza del sistema italiano, che ha nella fase del dibattimento il momento privilegiato di formazione delle prove¹¹⁵¹, dovuto al fatto di essere basato sul

¹¹⁴⁸ NAPPI A., *Guida al codice*, cit., p. 389; Nello stesso senso, UBERTIS G., *Giudizio di primo grado*, cit., p. 537. Anche se la vaghezza del criterio dell'assoluta necessità è già stata affermata, cfr., d es., MAGGIO P., *I poteri istruttori*, cit., p. 147.

¹¹⁴⁹ Così si esprime PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., p. 270, il quale aggiunge che al giudice continuerebbe ad applicarsi il limite di non impegnarsi in ipotesi ricostruttive autonome in relazione all'impulso delle parti, nel caso identificato «dagli atti oggetto dell'accordo».

¹¹⁵⁰ Così si esprime CARACENI L., *Istruzione dibattimentale*, cit., p. 166.

¹¹⁵¹ Nel sistema italiano l'istruzione probatoria e il dibattimento qualificano la stessa esperienza, perciò il riferimento nel Codice all'«istruzione dibattimentale» (capo III del titolo II del libro settimo), come menziona GRILLI L., *Il dibattimento*, cit., p. 254. In tal senso si esprimeva SIRACUSANO D., *Il giudizio*, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, vol. II, Giuffrè, 2011, p. 351.

sistema del «doppio fascicolo»¹¹⁵², in Brasile non esiste una marcata segmentazione funzionale o organica tra la fase preliminare o pre-processuale, destinata all'investigazione dei reati, e la successiva fase processuale propriamente detta, di istruzione e giudizio del caso penale¹¹⁵³. Al contrario, e in conformità con le espresse disposizioni dal c.p.p. brasiliano, il fascicolo di indagini della polizia deve accompagnare la *denúncia*¹¹⁵⁴ formulata dall'organo di accusa¹¹⁵⁵, consentendo così al giudice l'accesso senza restrizioni agli elementi informativi raccolti nella fase investigativa¹¹⁵⁶.

È vero che nelle disposizioni generali sulla prova contenute nel c.p.p. brasiliano viene stabilito il principio generale secondo cui il giudice formerà la sua convinzione attraverso il libero apprezzamento della prova prodotta in contraddittorio giudiziario, non potendo basare la sua decisione esclusivamente sugli elementi informativi raccolti durante le indagini preliminari, fatta eccezione delle prove cautelari, non ripetibili e anticipate¹¹⁵⁷. Tuttavia, l'insieme degli elementi informativi accumulati durante le indagini, che formano l'«*inquérito policial*»¹¹⁵⁸, sono presentati al giudice all'inizio della fase giudiziaria, e la giurisprudenza delle corti superiori, nella maggior parte dei casi, ammette che gli elementi informativi raccolti nell'indagine, anche quando non rientrano nelle eccezioni prevista dalla legge (prove cautelari non ripetibili e anticipate), possono rafforzare il convincimento dell'organo giudicante se confermati da prove prodotte in contraddittorio giudiziale¹¹⁵⁹.

¹¹⁵² V. Corte Cost., 14-20 luglio 1999, n. 338, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1446-1449, con nota adesiva di GIARDA A. *I giudici della consulta recuperano qualche carattere del sistema accusatorio*, p. 1449-1452.

¹¹⁵³ Cfr., ad es., CHOUKR F. H., *Garantias constitucionais na investigação criminal*, 2a. ed, Lumen Juris, 2001, p. 138; LOPES Jr. A., *Direito processual*, cit., p. 167 ss.

¹¹⁵⁴ In Brasile l'equivalente della richiesta di rinvio di cui agli artt. 416 e 417 c.p.p. it. è la «*denúncia*» del pubblico ministero secondo gli art. 24 e 41 c.p.p. bras. Nei casi in cui l'azione penale può essere proposta dall'individuo, lo strumento è la «*queixa*». La comunicazione di reati all'autorità di polizia viene comunemente indicata come «*comunicação*» oppure dall'espressione latina «*notitia criminis*».

¹¹⁵⁵ Come stabilito all'art. 12 c.p.p.: «*O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra*».

¹¹⁵⁶ Secondo CHOUKR F. H., *Garantias constitucionais*, cit., p. 133, questa sarebbe la «*mais séria distorção*» riscontrata nella realizzazione del sistema di giustizia penale brasiliano.

¹¹⁵⁷ È la redazione dell'art. 155, nella redazione conferita dalle legge 11.690, 9.6.2008. Il c.p.p. bras., Decreto-legge 3.689, del 3 ottobre del 1941, è entrato in vigore nel gennaio 1942, e ha subito alcuni importanti cambiamenti legislativi nel corso degli anni, ma merita comunque una rilettura di molte delle sue disposizioni con base nelle norme della Costituzione del 1988. Sul punto, v. GOMES FILHO A. M., *Provas- Lei 11.690, de 09.06.2008*, in ASSIS MOURA M. T. de (coord.), *As Reformas no Processo Penal: as novas leis de 2008 e os Projetos de Reforma*, RT, 2008, p. 249 ss; FERNANDES A. S., *Processo penal constitucional*, 7a. ed., Revista dos Tribunais, 2012, p. 73 ss. Per quanto riguarda le prove cautelari, non ripetibili ed anticipati di cui all'art. 155, comma I c.p.p., v. MENDONÇA A. B. de, *Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo*, Método, 2008, p. 157 ss.

¹¹⁵⁸ L'«*inquérito policial*», procedimento amministrativo per la conduzione delle indagini penali da parte degli organi di polizia è regolato nel titolo II del c.p.p., e è presieduto dal «*Delegado de Polícia*» civile o federale, cfr. art. 144 della Costituzione della Repubblica e Legge n. 12.830, del 20 di giugno del 2013.

¹¹⁵⁹ Nella giurisprudenza è comune il riferimento al fatto che il giudice non può formulare condanne con base esclusivamente in elementi informativi presenti nel fascicolo investigativo, nel quale non si applicano i principi

Inoltre, sebbene siano state identificate nitide distinzioni strutturali e di principio tra la fase preliminare di indagine, eminentemente inquisitoria, il cui scopo è quello di fornire una base per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale¹¹⁶⁰, e che si conclude con la formalizzazione dell'imputazione da parte dell'organo dell'accusa¹¹⁶¹, o con l'archiviazione della indagine da parte del giudice, e la successiva fase giudiziaria, destinata all'istruzione e al giudizio del caso penale, il fatto è che la disciplina brasiliana non solo non accoglie il principio della separazione funzionale delle fasi, ma contiene anche regole che fissano la prevenzione del giudice che abbia autorizzato atti invasivi di indagine o misure cautelari prima che sia instaurata la fase processuale¹¹⁶². Così, a differenza di quanto previsto nell'art. 34 commi 2 e 2-bis del c.p.p. italiano, il giudice che abbia praticato un atto decisivo nella fase di indagine preliminare diventa competente per condurre il giudizio dibattimentale¹¹⁶³, vincolandosi alla causa in decorrenza della conoscenza anteriore sul fatto oggetto della futura azione penale¹¹⁶⁴.

del contraddittorio e dell'ampia difesa cfr. Supremo Tribunal Federal, HC 103660, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1a. Turma, Dje-066, 7.4.2011. Tuttavia, è possibile avvalersi di tali elementi inquisitori come rafforzamento della convinzione, «*desde que eles sejam repetidos em juízo ou corroborados por provas produzidas durante a instrução processual*», cfr. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 609.760/MG, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5a. Turma, julgado em 21/03/2017, DJe 29/03/2017; STJ, RHC 47.938/CE, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 14/11/2017, DJe 21/11/2017. La giurisprudenza del STJ è reperibile in: «<http://www.stj.jus.br/SCON/>». In dottrina, sul punto, MENDONÇA A. B. de, *Nova reforma*, cit., p. 155; GOMES FILHO A. M., BADARÓ G. H. R. I., *Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro*, in RBCrim, n. 65, 2007, p. 193 ss.; FERNANDES A. S., *Tipicidade e sucedâneos de prova*, in FERNANDES A. S., ALMEIDA J. R. G. de, MORAES M. Z. de (coord.), *Provas no processo penal, estudo comparado*, Saraiva, 2011, pp. 34 ss., 42, il quale designa come «*sucedâneos de prova*» l'uso anomalo nella decisione delle prove raccolte nelle fasi precedenti non comprese dalle eccezioni legali.

¹¹⁶⁰ Come regolato dall'art. 4 do c.p.p. brasileiro. Secondo PACELLI E., FISCHER D., *Comentários ao Código de processo penal e sua jurisprudência*, 10a. ed., Atlas, 2017, p. 333, la fase investigativa preliminare «*é destinada à formação do convencimento do órgão da acusação*» e non del organo giudiziario.

¹¹⁶¹ Preferibile utilizzare l'espressione «*esercizio dell'azione penale*» alla locuzione «*formalizzazione dell'imputazione penale*», poiché la prima consente di includere atti quali l'offerta di transizione penale, che non è ancora l'atto tipico di imputazione del reato a qualcuno, ma non smette d'essere una delle forme più legali di indirizzamento dell'imputazione.

¹¹⁶² È quello che si trova negli artt. 75 e 83 do c.p.p. bras. La costituzionalità dell'art. 75 do c.p.p. è stato riconosciuta dal Supremo Tribunal Federal, cfr. ad es., HC 92893, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Dje-236, 11.12.2008. In Brasile non esiste la figura del giudice per le indagini preliminari, ed il ruolo basilare del giudice nella fase di indagine è quello di valutare le richieste degli organi investigativi di limitare i diritti fondamentali degli indagati e di decidere sulle misure cautelari; cioè, non può essere confuso nemmeno con la figura del giudice istruttore. Per un'efficace sintesi sul tema, v. ANDRADE M. F., *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*, Juruá, 2012, p. 197.

¹¹⁶³ Come sostiene PACELLI E., *Curso de processo penal*, 22ª ed., Atlas, 2018, p. 278, la prevenzione è un criterio sussidiario per determinare la competenza applicabile ogni volta che vi sia più di un giudice con la stessa competenza giurisdizionale. V. KARAM M. L., *Competência no processo penal*, 4a. ed., Revista dos Tribunais, 2005, p. 147 ss.; MAYA A. M., *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*, Lumen Juris, 2011, p. 130 ss. Nella giurisprudenza, per questo orientamento, v. Superior Tribunal de Justiça, RHC 83.938/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5a. Turma, julgado em 14/11/2017, DJe 22/11/2017.

¹¹⁶⁴ Sul punto, v. LOPES Jr. A., *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, 3a. ed, Lumen Juris, 2005, p. 77 ss.; Id., *Direito processual*, cit., p. 62 ss.; SILVA D. S. de A. e, *A atuação do juiz no processo penal*

La distinzione sistematica di cui sopra non può essere sottovalutata¹¹⁶⁵, poiché, contrariamente a quanto indicato al precedente punto 4.1 riguardante la procedura italiana, non vi è una originale inconsapevolezza del giudice quanto ai fatti in causa, circostanza questa che può attenuare il protagonismo delle parti nell'acquisizione probatoria, limitando così la funzione epistemologica del contraddittorio nel corso della dinamica probatoria¹¹⁶⁶. Tale scenario raccomanda una lettura restrittiva delle norme che concedono poteri di intervento *ex officio* nell'accertamento fattuale in giudizio¹¹⁶⁷.

In questa direzione, e anche per le ragioni sopra esposte, ovvero, a causa delle differenze strutturali tra i sistemi, una prima importante limitazione nell'ingerenze giudiziarie nell'insieme della *persecutio criminis* nel modello brasiliano in relazione a quello italiano è l'assenza di poteri analoghi a quelli concessi al giudice per le indagini preliminari ex art. 409 c.p.p. it., comma 2 e comma 5, il quale controlla la richiesta di archiviazione del pubblico ministero, sia indicando ulteriori indagini che considera necessarie, sia determinando che il pubblico ministero formuli l'accusa¹¹⁶⁸.

Allo stesso modo, il giudice del sistema brasiliano non dispone di attribuzione equivalente al giudice per l'udienza preliminare della procedura italiana, il quale, ai sensi degli artt. 421-bis¹¹⁶⁹ e 422¹¹⁷⁰, può anche fungere da garante della completezza delle

acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988, Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 114 ss.; MAYA A. M., *Imparcialidade e processo*, cit., p. 118 ss; secondo i quali la prevenzione dovrebbe essere considerata come causa di esclusione piuttosto che di fissazione di competenza. In diversa prospettiva, con considerazioni critiche sull'argomento delle opere appena citate, v. ANDRADE M. F., *Juiz das garantias*, 2a. ed., Juruá, 2015, p. 19 ss, il quale si basa sulla giurisprudenza della Corte EDU.

¹¹⁶⁵ Cfr., per tutti, ARAÚJO D. F. de O., *O olhar cruzado entre a busca pela verdade e a imparcialidade do juiz no cenário luso-brasileiro*, in *RBCCrim.*, 2018, vol. 140, fev. 2018, p. 273 ss.

¹¹⁶⁶ L'assenza di separazione funzionale tra le fasi nel sistema processuale penale brasiliano si riflette anche nell'assenza di un passaggio formale intermediario nelle forme dell'udienza preliminare, in modo che il giudice che valuti la denuncia del pubblico ministero, atto processuale equivalente alla richiesta di rinvio a giudizio prevista negli artt. 416 e 417 c.p.p. it., e che indica l'esercizio dell'azione penale, sarà lo stesso giudice competente per la continuazione del processo, ovvero, non c'è in Brasile l'udienza preliminare, e neanche la figura del giudice omologo. Per questa opinione LOPES Jr. A., *Direito processual*, cit., p. 166 ss.

¹¹⁶⁷ Più ampiamente, sui problemi derivanti dalla conoscenza da parte del giudice dell'udienza dibattimentale del fascicolo delle indagini preliminari, sulla base della teoria della dissonanza cognitiva, v. SCHÜNEMANN B., *O juiz como*, cit., p. 208 ss.

¹¹⁶⁸ V. CAPRIOLI F., *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in CONSO G., GREVI V., BARGIS M., (a cura di), *Compendio di*, cit., p. 627 ss; SIRACUSANO F., *La completezza delle indagini nel processo penale*, G. Giappichelli, 2005, p. 211 ss., FERRAIOLI M., *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*, 4a. ed., Cedam, 2014, p. 137 ss.; MILIONE G. G., *I poteri*, cit., p. 110 ss. Secondo le linee guida generali indicate nella direttiva n. 50 della Legge 16 febbraio 1987, n. 81, Delega legislativa, cit.

¹¹⁶⁹ Secondo BELLUTA H., *Imparzialità del giudice*, cit., p. 249, il potere giudiziario di intervenire si basa sull'esigenza di completezza dell'indagine. Come chiarisce SIRACUSANO F., *La completezza*, cit., p. 298 ss., ha quindi la natura di un'integrazione investigativa extraprocessuale, «quale fase incidentale al processo»

¹¹⁷⁰ Possibilità di interferenza che può essere tradotta in un vero e proprio potere istruttorio d'ufficio, cfr. BELLUTA H., op. cit., p. 249 ss. Secondo SIRACUSANO F., op. loc. cit., come una vera integrazione probatoria necessaria ai fini della sentenza di non luogo a procedere.

indagini preliminari anche se questo non è lo scopo principale di questa fase intermedia¹¹⁷¹, e neanche il GUP può assumere un ruolo di investigatore¹¹⁷². Sebbene non faccia propriamente riferimento all'argomento dello studio comparativo proposto, vale la pena esplicitare che al giudice brasiliano non è consentita la prerogativa di indicare indagini aggiuntive, o di disporre d'ufficio l'assunzione di elementi probatori destinati ad integrare il materiale prodotto nella fase preliminare¹¹⁷³.

Questo significativo contesto identifica, probabilmente, la principale differenza della struttura procedurale penale brasiliana rispetto all'omologa italiana; alla quale si può aggiungere, ancora, l'assenza di una disciplina dettagliata di molti aspetti della dinamica probatoria nel giudizio penale brasiliano¹¹⁷⁴, che contrasta con l'eccessiva formalizzazione della procedura penale italiana, che è in gran parte dovuta tanto all'accentuazione dell'oralità come strumento della formazione della prova nell'udienza dibattimentale italiana¹¹⁷⁵, quanto all'arretratezza della disciplina legislativa del processo penale in Brasile¹¹⁷⁶. Per il resto, e a grandi linee, in relazione all'oggetto di studio, si può ritenere che vi sia una relativa somiglianza nei due sistemi nella disciplina degli interventi istruttori d'ufficio concessi all'organo giudicante al fine di colmare eventuali lacune o carenze in questioni probatorie nel giudizio penale.

¹¹⁷¹ Fase che, a norma dell'art. 416 del c.p.p. Italiano, è destinata a decidere sull'ammissibilità dell'accusa, vale a dire, è la fase destinata a svolgere un controllo sull'esercizio dell'azione penale, cfr. BELLUTA H., *Imparzialità del giudice*, cit., p. 233. V. ancora SIRACUSANO F., *La completezza*, cit., in particolare p. 291 ss.

¹¹⁷² Così BELLUTA H., op. cit., p. 248, il quale riconosce che la possibilità di indicare «le ulteriori indagini» racchiude un potere che si presta a numerose attuazioni.

¹¹⁷³ Va chiarito che in Brasile, ad eccezione della procedura relativa ai reati di competenza della giuria, che presenta alcune peculiarità, non c'è una fase intermedia di controllo sull'accusa, in questo senso, GOMES FILHO A. M., BADARÓ G. H. R. I., *Prova e sucedâneos*, cit., p. 196. D'altra parte, la concessione al giudice, ex art. 156, comma I c.p.p., dell'attribuzione di ordinare, ancor prima dell'inizio dell'azione penale, la produzione anticipata di prove considerate urgenti e rilevanti, sebbene di discutibile costituzionalità, cfr., per tutti, PACELLI E., *Curso de processo*, cit., pp. 11, 346, poiché non spetta al giudice del processo tutelare la solidità dell'indagine, pena la violazione della garanzia dell'imparzialità, è una misura eccezionale prevista per situazioni di rischio di sparizione o deterioramento di fonti d'informazione, cfr. GRINOVER A. P., GOMES FILHO A. M., FERNANDES A. S., *As nulidades no processo penal*, 11a. ed. São Paulo, 2009, p. 124. Ancora nel senso dell'incostituzionalità dell'art. 156, I c.p.p., v. GIACOMOLLI N. J., *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*, Lumen Juris, 2008; p. 35; LIMA R. B. de, *Manual de*, cit., p. 819 ss; MENDONÇA, Andrey Borges de, *Nova reforma*, cit., 2008, p. 164.

¹¹⁷⁴ Conf. ARANTES FILHO M. G. B., *A disciplina da prova no código de processo penal italiano*, in FERNANDES A. S., ALMEIDA J. R. G. de, MORAES M. Z. de (coord.), *Provas no*, cit., pp. 223, 226, nel sistema italiano in vigore esiste una disciplina normativa dettagliata della produzione probatoria.

¹¹⁷⁵ Il principio della formazione delle prove in udienza adottato dal nuovo codice italiano, con la conseguente insistenza nell'oralità, cfr. GRILLI L., *Il dibattimento*, cit., pp. 253 ss., 417, oltre a richiedere una maggiore minuziosità delle regole di assunzione delle prove, ha, in qualche modo, avvicinato le dinamiche italiane al modello *adversarial* anglo-americano, cfr. GARAPON A., PAPADOPOULOS I., *Julgar nos Estados*, cit., p. 123.

¹¹⁷⁶ Nel vigente c.p.p. bras., l'istruzione probatoria è più ampia della mera «*audiência de instrução e julgamento*», la quale è destinata esclusivamente alla raccolta delle deposizioni orali in contraddittorio, in modo simile al codice italiano abrogato, anche perché nella pratica, nella stragrande maggioranza dei casi, la decisione non viene emessa alla fine dell'udienza istruttoria.

Sebbene nell'ordinamento brasiliano non vi sia alcuna disposizione normativa analoga a quella prevista nell'art.190 del c.p.p.it., nel senso che solo la legge stabilisce i casi nei quali la prova è ammessa d'ufficio, il sistema processuale brasiliano assicura il diritto delle parti alla prova, essendo riconosciuto che sono le parti interessate a detenere l'impulso primordiale nella produzione probatoria¹¹⁷⁷. Il metodo di accertamento giudiziario dei fatti si basa sul confronto dialettico tra accusa e difesa, ossia sul libero esercizio del contraddittorio e sulla prerogativa di produzione probatoria delle parti¹¹⁷⁸, il che non impedisce la attuazione sussidiaria o supplementare del giudice al fine di integrare l'acquisizione del materiale probatorio che si rivela indispensabile nel tentativo di ricostruzione dei fatti rilevanti per il giudizio¹¹⁷⁹. Così, la circostanza che la produzione delle prove compete principalmente alle parti non esclude la previsione legale di interferenze probatorie d'ufficio, con fondamento nei motivi già menzionati di impedire che il giudizio sulla colpevolezza rimanga basato in una precaria ricostruzione fattuale, a causa di lacune o omissioni nelle attività delle parti interessate¹¹⁸⁰.

Così come è stato sottolineato in relazione al processo penale italiano, è possibile distinguere un ordine progressivo di intervento giudiziario nell'integrazione probatoria nel sistema brasiliano. La prima fase è rappresentata dalla funzione direttiva del giudice sull'assunzione della prova, alla quale segue la possibilità del giudice di completare gli esami orali con ulteriori domande. La fase più incisiva dell'azione giudiziaria è rappresentata dall'iniziativa d'ufficio in senso proprio, consistente nella possibilità di inserire nuovi mezzi di prova nel giudizio penale. In questo breve inventario, si nota l'assenza, nella disciplina processuale penale brasiliana, di una norma equivalente a quella contenuta nell'art.506, comma 1 del c.p.p. italiano, in modo che il giudice penale in Brasile non dispone della

¹¹⁷⁷ Cfr., tra i molti, ARANHA A. J. Q. T. de C., *Da prova no processo penal*, 7a. ed., Saraiva, 2006, pp. 16, 35; TUCCI R. L., *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, 4a. ed., Revista dos Tribunais, 2011, p. 172. Così si applica al processo brasiliano la stessa constatazione per cui il riconoscimento alle parti del diritto primordiale alla prova indica «un vero e proprio capovolgimento di prospettiva rispetto al modello processuale del passato», nel quale predominava l'iniziativa probatoria officiosa, cf. CALLARI F., *L'abuso del processo*, cit., p. 185.

¹¹⁷⁸ Per tutti, FERNANDES A. S., *Processo penal*, cit., pp. 65 ss, 79 ss.

¹¹⁷⁹ In questi termini, ZILLI M. A. C., *O poder instrutório do juiz no processo penal*, in RASCOVSKI L. (coord.), *Temas relevantes de direito penal e processo penal*, Saraiva, 2012, p. 158 ss.; BADARÓ G. H., *Processo penal*, cit., pp. 89-90; ARANHA A. J. Q. T. de C., op. cit., p. 16. Come osservato sopra in relazione al sistema italiano, il diritto alla prova implica la prerogativa delle parti interessate di produrre prove senza subire ostacoli ingiustificati, ma non esclude la previsione legale di interferenze probatorie d'ufficio, come affermato da TUCCI R. L., *Direitos e garantias*, cit., p. 173.

¹¹⁸⁰ Come menzionato sopra in relazione al sistema italiano, nel processo penale non si può riconoscere la piena disponibilità delle parti in materia di prova, cfr. GRINOVER A. P., *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório* in Id., *A marcha do processo*, Forense Universitária, 2000, p. 80.

prerogativa di indicare ai soggetti interessati temi di prova nuovi o più ampi che si siano dimostrati utili per completare gli apporti probatori provenienti dalle fonti di prova orale.

In seguito, l'obiettivo è esporre in che modo il meccanismo giudiziario brasiliano concepisce i poteri d'ufficio in materia di prova nel giudizio penale, focalizzando l'attenzione sull'attività di direzione materiale, ossia, quella idonea a influire sull'esito della causa. Questo perché, in modo analogo al sistema italiano, il controllo del giudice brasiliano sull'attività probatoria delle parti è più ampio nella disciplina normativa del procedimento giudiziale. Si manifesta nella fase introduttiva della richiesta di prove da parte dei soggetti interessati, e che ha come finalità quella di provocare una decisione processuale sull'ammissibilità dei mezzi di prova¹¹⁸¹. Come è già stato stabilito, l'intervento del giudice nella fase di ammissibilità delle prove è principalmente orientato ad evitare attività processuali manifestamente prescindibili¹¹⁸², pertanto senza alcun impatto diretto sull'esito finale del processo.

In questa prospettiva, e anche riconoscendo l'importanza di altre disposizioni normative che consentono interventi officiosi nell'istruzione processuale¹¹⁸³, alcune di dubbia costituzionalità¹¹⁸⁴, o nella conduzione del procedimento probatorio in giudizio¹¹⁸⁵, è ampiamente riconosciuto nella dottrina che la disciplina centrale della materia coinvolgendo l'iniziativa probatoria d'ufficio nel corso dell'istruzione giudiziaria è inserita negli articoli 156, comma II; 209, *caput* e § 1°, e 212, § unico del c.p.p. L'approccio degli impulsi giudiziari nel tentativo di ricostruzione fattuale in giudizio a partire da tale riferimento legale

¹¹⁸¹ Nella redazione dell'art. 400, § 1°, c.p.p. bras., conferito dalla Legge 20 giugno 2008, n. 11.719, «*As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias*»; nella dottrina, sul tema, v. MENDONÇA, A. B. de, *Nova reforma*, p. 289 ss. Questo dispositivo è completato dall'art. 157, che afferma l'inammissibilità delle prove illecite.

¹¹⁸² Per questo motivo il giudizio previo di ammissibilità non è necessario quando si tratta di prove pre-costituite, come, ad es., la prova documentale, che non è soggetta a valutazione anticipata di ammissibilità, cfr. BADARÓ G. H., *Processo penal*, cit., p. 400

¹¹⁸³ Cfr., ad es., artt. 147, attinente alla verifica d'ufficio dell'autenticità del documento; 156, comma I, il quale permette di ordinare, anche prima dell'inizio del giudizio, la produzione anticipata di prove considerate urgenti e rilevanti; 168, 176 e 181 § unico, riguardanti alla perizia; 196, concernente al nuovo interrogatorio dell'imputato; 234, relativo all'acquisizione di documento rilevante. Per un elenco delle interferenze concesse al giudice nel c.p.p. bras., v. BASTOS, M. L., *Processo penal e gestão da prova*, Lumen Juris, 2011, pp. 229-231.

¹¹⁸⁴ Vizio identificato da parte rilevante della dottrina nella redazione del comma I dell'art. 156, che consente al giudice la prerogativa di ordinare la produzione di prove anche prima che sia iniziata l'azione penale, sempre che siano considerate urgenti e rilevanti, in base a criteri di necessità, adeguatezza e proporzionalità della misura, cfr., ad es., BASTOS, M. L., *Processo penal*, cit., p. 223; MAYA A. M., *Imparcialidade e processo*, cit., p. 196; LIMA, R. B. de, *Manual de processo penal*, 4a. ed., JusPodivm, 2016, p. 819 ss.; NUCCI G. S., *Curso de direito processual penal*, 15a. ed., Forense, 2018, p. 516. V. più bibliografia nella nota 1170. In senso parzialmente differente, GOMES FILHO A. M., *Provas*, cit., p. 261.

¹¹⁸⁵ V., ad es., artt. 212, *caput*, sul controllo da parte del giudice delle domande delle parti nell'esame testimoniale; 213, sulle valutazioni personali eventualmente fatte dai testimoni; 214, sulla contraddizione delle parti ai testimoni.

è sufficiente per indicare i contorni della soluzione adottata nel sistema brasiliano per quanto riguarda l'articolazione tra giudice e parti nella formazione probatoria, che è, in sintesi, di impedire che le parti dispongano dei fatti rilevanti e delle prove necessarie nel corso dell'istruzione probatoria in giudizio¹¹⁸⁶.

In sintesi, la verifica istruttoria a carico preferibilmente delle parti¹¹⁸⁷ sarà integrata dagli inserimenti *ex officio judicis* normativamente consentiti, sia per completare gli esami orali mediante la formulazione di domande ai soggetti esaminati a seguito dell'esame condotto dalle parti (art. 212 § unico); sia per ordinare, *motu proprio*, l'assunzione di nuovi mezzi di prova quando risulti necessario per integrare la ricostruzione dei fatti (156, comma II; 209, *caput* e § 1°).

4.6 L'articolo 212, § unico c.p.p. brasiliano: gli spazi di intervento del giudice in sede di esame dei testimoni

In relazione agli esami dei testimoni, l'art. 212, *caput* del c.p.p. brasiliano stabilisce che le domande saranno formulate direttamente dalle parti ai soggetti dichiaranti, iniziando dalla parte che ha chiesto l'esame del testimone, in seguito, dalla parte avversa¹¹⁸⁸. Nel paragrafo unico dello stesso dispositivo è prevista la possibilità per il giudice di complementare l'esame del testimone sui punti non chiariti dall'escussione delle parti¹¹⁸⁹. Si osserva come l'art. 212, § un. consenta all'organo giudicante l'iniziativa di cercare di estrarre tutte le potenzialità probatorie dall'esplorazione delle testimonianze, con il proposito di integrare i contributi cognitivi degli esami testimoniali, in modo simile all'art. 506 comma 2 c.p.p. italiano.

Come risulta chiaro dalla redazione dell'art. 212 c.p.p. conferita dalla Legge 9 giugno 2008, n. 11.690, presupposto per l'esercizio dei poteri integrativi del giudice è che venga ad integrare l'attività dei protagonisti dell'istruzione, potendo il giudice attuare soltanto

¹¹⁸⁶ Cfr. ANDRADE M. F., *Sistemas processuais*, cit., p. 219.

¹¹⁸⁷ Secondo l'art. 156, *caput*, «a prova da alegação incumbirá a quem a fizer».

¹¹⁸⁸ BADARÓ G. H., *Processo penal*, cit., p. 470. Per quanto riguarda i procedimenti nel tribunale «do júri», la cui giurisdizione comprende i reati intenzionali contro la vita, come disciplinato nella Costituzione, art. 5°, comma XXXVIII, d, è il giudice-presidente che inizialmente pone le domande ai testimoni, e solo dopo ha luogo l'esame diretto e il controesame delle parti, v., sul punto, l'art. 473 c.p.p. bras.

¹¹⁸⁹ È già stato sostenuto nella dottrina che lo stesso ordine di esame orale dovrebbe essere osservato nell'esame della vittima, dei periti e dei consulenti tecnici, e che le prime due fonti di prove dovrebbero essere trattate come se fossero testimoni dell'accusa, e i consulenti tecnici sarebbero prima esaminati da coloro che li hanno indicati, cfr. GOMES FILHO A. M., *Provas*, cit., p. 288. Tuttavia, in relazione alla persona offesa, la posizione diversa prevale, anche perché il codice non prevede la possibilità di domande delle parti alla vittima, cfr. BADARÓ G. H., *Processo penal*, cit., p. 462, il quale sostiene che tale opportunità dovrebbe essere consentita, ma soltanto dopo le domande del giudice.

dopo la realizzazione dell'esame incrociato delle parti¹¹⁹⁰. Tuttavia, non è insolito vedere nella prassi - anche oggi - la non conformità con questa disciplina normativa, mediante una pura e semplice inversione dell'ordine legale di audizione dei testimoni, con i giudici che iniziano la formulazione delle domande, e solo successivamente consentono all'accusa e alla difesa l'opportunità di esaminare la conoscenza dei testimoni¹¹⁹¹.

Per un lungo periodo, il difetto decorrente dall'inversione di questo ordine legale di esame dei testimoni è stato trattato dalla giurisprudenza maggioritaria come causa di nullità relativa, dipendendo, per il suo riconoscimento, da opportuna allegazione ancora nel verbale dell'udienza di istruzione, dovendo essere dimostrato inoltre il presunto danno subito da una delle parti come conseguenza del fatto che il giudice ha avviato l'esame dei testimoni¹¹⁹². Tuttavia, pur trattando la questione formalmente come nullità relativa, a richiedere che l'insoddisfazione della parte con l'alterazione della sequenza normativa prevista nell'art. 212 c.p.p. sia stata sollevata sin dall'inizio, ossia ancora nell'udienza di istruzione, nell'opportunità delle discussioni orali¹¹⁹³, il fatto è che recentemente il «*Supremo Tribunal Federal*» ha deciso di annullare l'esame dei testimoni in caso di ribaltamento dell'ordine legale, determinando che avvenisse una nuova audizione orale, nella quale si dovrebbe osservare la dinamica prescritta dalla normativa processuale¹¹⁹⁴. Quello che si vuole sottolineare nel precedente a cui si fa riferimento è che non si è effettivamente svolta una discussione sull'esistenza del pregiudizio nel caso specifico, il quale è stato ritenuto come

¹¹⁹⁰ Così, ZILLI M. A. C., *O poder instrutório*, cit., p. 161; LOPES Jr. A., *Direito processual*, cit., p. 459. Per un'autorevole opinione di segno contrario v. tuttavia NUCCI G. S., *Curso de direito*, cit., pp. 613 ss., il quale critica ciò che sarebbe una copia del sistema adottato nel procedimento penale italiano, sostenendo che il giudice dovrebbe continuare ad avviare l'esame testimoniale.

¹¹⁹¹ In un'evidente distorsione della prassi ampiamente riconosciuta nella dottrina, come menziona, ad es., PACELLI E., FISCHER D., *Comentários ao Código*, cit., p. 465; LIMA, R. B. de, *Manual de*, cit., p. 947; LOPES Jr. A., *Direito processual*, cit., pp. 459-460. Per un'analisi critica di questa distorsione ermeneutica dell'art. 212, v. BUSATO P. C., *De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório*, in COUTINHO J. N. de M.; CARVALHO L. G. G. C. de., (org), *O novo processo penal à luz da constituição (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)*, Lumen Juris, 2010, p. 111 ss.

¹¹⁹² È la norma di cui all'art. 563 del c.p.p. in materia di nullità degli atti procedurali. V., ad es., no Superior Tribunal de Justiça, HC 412.097/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, decisione emessa il 28.11.2017, DJe 01.12.2017; AgRg no REsp 1669722/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, decisione emessa il 22.08.2017, DJe 31.08.2017. Per una critica a questa impostazione, v., ad es., LOPES Jr. A., *Direito processual*, cit., pp. 459-460. In senso difforme, considerando l'inversione dell'ordine delle domande, una mera irregolarità, v. MENDONÇA A., *Nova reforma*, cit., p. 196.

¹¹⁹³ Oppure, al massimo, nelle conclusioni finali scritte, cfr. artt. 571, II, 404, § unico c.p.p. Vale per l'udienza di istruzioni in Brasile lo stesso già espresso in relazione al dibattimento italiano, «la presenza delle parti in dibattimento non è una presenza meramente passiva», cfr. GRILLI L., *Il dibattimento penale: guida pratica*, cit., pp. 220-221, è compito delle parti procedurali far valere i propri interessi; il silenzio sui punti rilevanti è significativo.

¹¹⁹⁴ V. STF, HC 111815, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, 1ª Turma, decisione emessa il 14.11.017, Processo Eletrônico, DJe-025 divulg 9.02.2018, public 14.02.2018. In dottrina, sul tema, v. LIMA, R. B. de, *Manual de*, cit., p. 949

avvenuto in conseguenza della semplice inosservanza dell'ordine delle domande stabilito nell'art. 212 c.p.p.¹¹⁹⁵.

Un'altra situazione non del tutto infrequente nella pratica, in un Paese di dimensioni continentali e con problemi strutturali manifesti come nel caso del Brasile, è quella dell'assenza del membro del pubblico ministero durante l'udienza di esame dei testimoni dell'accusa. Dati i limiti dell'esposizione, non è il caso di esaminare le varie cause di questa dissonanza tra la disciplina legale e la realtà, e neanche di soffermarsi sull'analisi di critiche e possibili soluzioni alternative. L'obiettivo esplicativo-comparativo richiede tuttavia l'indicazione del problema e il modo in cui viene trattato dai tribunali, principalmente in relazione alla posizione del giudice in merito alla regola dell'art. 212 c.p.p.

In relazione a questo punto, il Superior Tribunal de Justiça ha generalmente affermato che la semplice assenza dell'organo accusatorio all'udienza realizzata per l'audizione dei testimoni non provoca la nullità dell'atto, aggiungendo che l'organo giudicante, per la conservazione della ricerca della verità nel processo, ha la facoltà di formulare le domande ai fini di ottenere ulteriori chiarimenti¹¹⁹⁶. Nella dottrina, si trova posizione contraria, considerando che il giudice non può assumere una funzione sostitutiva dell'organo di accusa, altrimenti sarebbe un affronto al principio di imparzialità¹¹⁹⁷.

Nella normale situazione di presenza delle parti in udienza, e anche se non previsto dalla norma processuale, sembra ragionevole ammettere che, dopo l'attuazione giudiziaria con l'obiettivo di integrazione dell'esame testimoniale, le parti dovrebbero essere autorizzate a formulare nuove domande con la finalità di sanare eventuali dubbi o questioni

¹¹⁹⁵ In dottrina contrariamente alla comprensione di presunzione di pregiudizio con la semplice inversione dell'ordine legale, v. PACELLI E., FISCHER D., *Comentários ao Código*, cit., p. 466; NUCCI G. S., *Curso de direito*, cit., p. 617.

¹¹⁹⁶ Tra i tanti, v. STJ, AgRg no REsp 1688051/RO, Rel. Min. Jorge Mussi, 5a Turma, decisione emessa il 06/02/2018, DJe 16/02/2018; AgRg no AREsp 1069810/RS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5a Turma, decisione emessa il 14/09/2017, DJe 22/09/2017; REsp 1493227/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6a Turma, decisione emessa il 13/09/2016, DJe 20/09/2016. In senso difforme, v. Resp 1259482, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5a.Turma, decisione emessa il 04/10/2011, DJe 27/10/2011. D'altra parte, si trova nel Superior Tribunal de Justiça precedenti che annullano l'istruzione nel caso in cui l'organo accusatorio fosse assente durante l'intera istruzione giudiziale, che alla fine è stata eseguita dal giudice, contrariamente al significato meramente complementare consentito dalla legislazione, cfr., ad es., AgRg nos EDcl no AREsp 528.020/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6a Turma, decisione emessa il 15/09/2015, DJe 05/10/2015; decisão monocrática no AResp 674 285, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, decisione emessa il 11/5/2015, Dje 13/5/2015. In questo particolare, più recentemente, nella direzione opposta, v. REsp 1348978/SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Rel. p/ Acórdão Ministro Nefi Cordeiro, 6a Turma, decisione emessa il 17/12/2015, DJe 17/02/2016.

¹¹⁹⁷ Cfr. LOPES Jr. A., *Direito processual*, cit., p. 460.

eventualmente sorte a partire dall'interferenza dell'organo giudicante¹¹⁹⁸. L'accusa e la difesa devono rimanere come i protagonisti dell'attività probatoria in giudizio; così, tanto per il diritto alla prova, quanto per il principio del contraddittorio, spetta alle parti l'impulso originario nell'istruzione giudiziaria, ed è appropriato consentire loro di concludere l'esame orale.

4.7 I contorni dell'iniziativa probatoria del giudice ex artt. 156, II e 209 c.p.p. brasiliano

Come affermato in precedenza riguardo al sistema italiano, è anche generalmente accettato nel sistema processuale penale brasiliano che l'iniziativa probatoria è stata attribuita principalmente all'accusa e alla difesa, alle quali compete, nei termini dell'art.156, *caput*, la prova delle loro allegazioni. Incombe alle parti selezionare e indicare, con priorità, il materiale che sarà utile ai fini della decisione.

La predominanza dei soggetti interessati alla formazione del materiale probatorio viene già stabilita nella fase preliminare delle richieste. Per la disciplina normativa della procedura, incombe al pubblico ministero, in conformità all'art. 41 c.p.p., fare l'esposizione del fatto contestato con tutte le sue circostanze, e elencare i testimoni nella «*denúncia*»¹¹⁹⁹; così come compete alla difesa, nella risposta scritta all'atto d'accusa *ex art.* 396-A c.p.p., specificare le prove pretese e enumerare i testimoni.

Nelle disposizioni generali relative alla prova, l'art. 156, comma II del c.p.p. autorizza il giudice, d'ufficio, a determinare, nel corso dell'istruzione, o prima di proferire sentenza, la realizzazione di iniziative per dirimere dubbi su punti rilevanti. In aggiunta, nella specifica disciplina dell'assunzione della prova testimoniale, da realizzare nell'udienza di istruzione e decisione, l'art. 209, *caput*, e primo paragrafo, prevede la possibilità per il giudice, qualora lo ritenga necessario, di ascoltare altri testimoni oltre a quelli già indicati dalle parti, nonché determinare che siano ascoltate le persone citate dai testimoni nel corso dell'udienza.

¹¹⁹⁸ KERR V. K. S., *A disciplina da prova no direito processual penal brasileiro*, in FERNANDES A. S., ALMEIDA J. R. G. de, MORAES M. Z. de (coord.), *Provas no*, cit., p. 62; GOMES FILHO A. M., *Provas*, cit., p. 288. In senso difforme NUCCI G. S., *Curso de direito*, cit., p. 616.

¹¹⁹⁹ La «*denúncia*» è l'equivalente brasiliano della richiesta di rinvio a giudizio del sistema processual italiano, ossia l'atto con cui il pubblico ministero esercita l'azione penale e che segna il passaggio dall'indagine preliminare alla fase processuale. È da segnalare ancora la differenza sistematica importante; la «*denúncia*» del PM brasiliano viene presentata direttamente al giudice di merito, mentre nel sistema italiano la richiesta di rinvio è diretta al giudice dell'udienza preliminare, ai sensi dell'art. 416 c.p.p. it.

In questo modo, non compete al giudice ricercare le fonti di prova, nitido compito investigativo partigiano direttamente correlato all'onere probatorio delle parti. Il potere consentito all'organo giudicante di disporre nuove prove d'ufficio sorge soltanto dopo la fine del momento giudiziario destinato all'acquisizione delle prove delle parti¹²⁰⁰, e pertanto deve essere basato sul materiale cognitivo derivante dall'attività probatoria dei litiganti¹²⁰¹, servendo per integrare lacune o omissioni lasciate dalle parti nell'attività di ricostruzione dei fatti in giudizio.

È importante sottolineare, tuttavia, che la disciplina attualmente in vigore non circoscrive sufficientemente, e in modo esplicito, il momento per l'esercizio dei poteri *ex officio iudicis*, dando margine che l'iniziativa avvenga prima della chiusura dell'esame probatorio primario a carico degli interessati¹²⁰². A questo proposito, in una recente decisione il Superior Tribunal de Justiça ha ritenuto incompatibile con i limiti della complementarietà e dell'impulso probatorio residuale la condotta del giudice che ha determinato *ex officio* l'audizione di testimoni ancor prima dell'inizio dell'udienza di istruzione, indicando chiaramente che tale iniziativa giudiziaria dovrebbe essere di natura supplementare rispetto alle prestazioni delle parti¹²⁰³.

Come rilevato da autorevole dottrina, di fronte alla notizia di una fonte di prova originata dagli apporti probatori inseriti dai protagonisti dell'istruzione, al giudice è consentito determinare la produzione del mezzo di prova corrispondente, incorporando, così, nel processo, le informazioni contenute nella fonte di prova¹²⁰⁴. Viene privilegiata, in questo modo, e conformemente a quanto già menzionato, una dinamica più efficiente nella

¹²⁰⁰ Per questo orientamento v. SOUZA S. R de, *Manual da prova penal constitucional*, 2a. ed., Juruá, 2014, pp. 100, 116 ss.; BASTOS, M. L., *Processo penal*, cit., p. 227 ss.; NUCCI G. S., *Curso de direito*, cit., p. 611. Per una distinzione tra iniziativa investigativa, la quale non è consentita al giudice, e l'iniziativa istruttoria, di accertamento del fatto in giudizio, v. ZILLI M. A. C., *A iniciativa*, cit., p. 117.

¹²⁰¹ V. STJ, RHC 58.186/RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6a Turma, decisione emessa il 06/08/2015, DJe 15/09/2015. In dottrina, in senso analogo, ANDRADE M. F., *Sistemas processuais*, cit., p. 227.

¹²⁰² Con questi termini si esprime ZILLI M. A. C., *O poder instrutório*, cit., p. 161.

¹²⁰³ V. STJ, RHC 58.186/RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, decisione emessa il 06/08/2015, DJe 15/09/2015

¹²⁰⁴ BADARÓ G. H., *Processo penal*, cit., p. 90, il quale sostiene che l'imparzialità giudiziale soltanto sarebbe in pericolo quando il giudice diventa un ricercatore di fonti di prova, che non si verifica quando la notizia della fonte di prova proviene dall'istruzione probatoria in giudizio. In senso simile, v. PICÓ Y JUNOY J., *Nuevas reflexiones sobre la regla «quien instruye no puede juzgar»*, in Id. (coord.), *Problemas actuales de la justicia penal*, Bosch, 2001, p. 50; SOUZA S. R de, *Manual da prova*, cit., pp. 100, 117; ZILLI M. A. C., *O poder instrutório*, cit., p. 157; PACELLI E., FISCHER D., *Comentários ao Código*, cit., p. 459.

ricostruzione dei fatti, in modo da preservare il valore cognitivo del giudizio penale¹²⁰⁵, senza entrare in considerazioni su quale delle parti possa, eventualmente, esserne beneficiata¹²⁰⁶.

È importante menzionare, tuttavia, che il Codice di Procedura Penale contiene espressamente una norma che concede all'organo giudicante l'iniziativa di determinare d'ufficio la realizzazione di un mezzo di ricerca o di ottenimento della prova nel processo, in conformità al disposto dell'art. 242, attinente alla possibilità di determinazione *ex officio* della misura di ricerca. Sembra necessario restringere l'applicabilità di questa concessione normativa solamente alla fase giudiziaria, guidata dalla finalità eccezionale di integrare alcuna linea probatoria espressamente avanzate dai soggetti interessati¹²⁰⁷. In questo senso, il giudice non potrebbe utilizzare questa facoltà per la ricerca di fonti di prova sconosciute, ma solo per permettere l'inserimento nel processo degli elementi di informazione derivanti da una fonte di prova la cui esistenza è già stata segnalata attraverso l'attività istruttoria delle parti¹²⁰⁸.

La prerogativa del giudice di indicare l'audizione di altri testimoni, o la realizzazione di ulteriori diligenze complementari, include qualsiasi elemento probatorio non precedentemente disposto dai soggetti interessati, indipendentemente dal fatto che siano prove conosciute o sconosciute dalle parti. Come è stato affermato in relazione all'ordinamento italiano, la perdita del diritto delle parti all'ammissione probatoria, a causa della mancata osservanza del termine stabilito dalla legge, incide sulla richiesta come un atto di esercizio del diritto alla prova, e non sulla prova di per sé¹²⁰⁹.

A tale riguardo è importante sottolineare come le interferenze del giudice rimangano confinate all'aspetto sussidiario, animate dall'intento suppletivo di riempire lacune o

¹²⁰⁵ BADARÓ G. H., *Processo penal*, cit., p. 90, nt. 180. Nella giurisprudenza del STJ v., ad es., RHC 87.764/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6a Turma, decisione emessa il 03/10/2017, DJe 06/11/2017.

¹²⁰⁶ NUCCI G. S., *Curso de direito*, cit., p. 516; GOMES FILHO A. M., *Provas*, cit., p. 259; ZILLI M. A. C., *O poder instrutório*, cit., p. 149; PICÓ Y JUNOY J., *Nuevas reflexiones*, cit., p. 48. Per un'autorevole prospettiva di segno contrario v. PRADO G., *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*, 4a. ed., Lumen Juris, 2006, p. 137 ss., per il quale l'intervento del giudice dovrebbe essere ammesso soltanto a beneficio dell'imputato. Per alcune considerazioni critiche su questo ultimo argomento, v. ANDRADE M. F., *Sistemas processuais*, cit., p. 219 ss; PEREIRA F. V., *Iniciativa probatória de ofício e o direito ao juiz imparcial no processo penal*, Livraria do Advogado, 2014, p. 147.

¹²⁰⁷ Sembra essere la posizione di ZILLI M. A. C., *A iniciativa*, cit., p. 200 ss.

¹²⁰⁸ Contro la possibilità di essere determinata la perquisizione locale *ex officio judicis*, anche se in un riferimento in *obiter dictum*, riconoscendo che la legislazione autorizza tale potere, RHC 93.498/SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6a Turma, decisione emessa il 08/05/2018, DJe 21/05/2018.

¹²⁰⁹ In tal senso, NUCCI G. S., *Curso de direito*, cit., p. 611; GRINOVER A. P., *A iniciativa instrutória*, cit., p. 80.

omissioni probatorie verificatesi dopo l'azione dei protagonisti¹²¹⁰. Si tratta del potere giudiziario con la funzionalità di aggiungere negli apporti cognitivi necessari per qualificare l'adempimento della funzione giurisdizionale di decidere il merito della causa penale¹²¹¹, il che presuppone la presenza di temi probatori non sufficientemente esplorati dai contendenti nella dinamica istruttoria.

In relazione ai limiti che circoscrivono l'iniziativa giudiziaria in materia di prova, il dissenso è fondamentalmente limitato alle comprensioni esposte nella dottrina processuale penalistica, che oscilla da una concezione prevalente¹²¹² che vincola l'inserimento probatorio *ex officio* al *thema probandum* così come delineato dalla narrativa accusatoria contenuta nella denuncia¹²¹³, e da una prospettiva marcatamente opposta¹²¹⁴, che identifica le incompatibilità tra la dinamica probatoria d'ufficio e i principi costituzionali tali come l'imparzialità giudiziaria e il sistema accusatorio¹²¹⁵.

Nella giurisprudenza ampiamente maggioritaria tale disaccordo non viene identificato, al contrario, è generalmente accettato che l'iniziativa istruttoria del giudice penale abbia la funzione di preservare il valore cognitivo del processo, essendo un'attività necessaria tanto per la formazione del libero convincimento giudiziale, quanto per qualificare la ricerca dell'accertamento fattuale.

Quantunque nei tribunali si trova qualche circoscritta risonanza della comprensione dottrinarie ostile a qualsiasi iniziativa giudiziaria in materia di prova, tanto il Superior

¹²¹⁰ ARANHA A. J. Q. T. de C., *Da prova*, cit., p. 15 ss; ZILLI M. A. C., *A iniziativa*, cit., pp. 144, 181, 189; LIMA M. P., *Curso de processo penal*, 8a ed., Gazeta Jurídica, 2014, p. 429

¹²¹¹ ZILLI M. A. C., *A iniziativa*, cit., p. 116 ss.

¹²¹² Constatazione fatta, ad es., da LIMA, R. B. de, *Manual de*, cit., p. 821.

¹²¹³ Cfr., ad es., ZILLI M. A. C., *A iniziativa*, cit., p. 121.

¹²¹⁴ C'è anche una posizione dottrinale intermedia che ammette l'iniziativa del giudice soltanto per dissipare i dubbi lasciati sui materiali probatori che sono stati esplorati dalle parti, cfr. SILVA D. S. de A. e., *A atuação do juiz*, cit., pp. 127, 135, la quale sostiene che l'art. 156 consente al giudice supplire i dubbi sulle prove prodotte.

¹²¹⁵ Fra i tanti, v. PRADO G., *Sistema acusatório*, cit., p. 136 ss.; GIACOMOLLI N. J., *Reformas (?)*, cit., p. 36; LOPES Jr. A., *Direito processual*, cit., pp. 47, 63 ss. 93 ss.; WEDY M. T., LINHARES R. M., *O juiz e a gestão da prova no processo penal: entre a imparcialidade, a presunção de inocência e a busca pela verdade*, in *RBCCrim.*, vol. 119, 2016, p. 205 ss, i quali sostengono, in stretta sintesi, che solo la figura del «giudice-spettatore» consente di preservare l'imparzialità e il sistema accusatorio. Uno degli argomenti comunemente menzionati è della dissonanza cognitiva utilizzato da SCHÜNEMANN B., *O juiz como*, cit., p. 205 ss., il quale, tuttavia, non difende l'istituzionalizzazione del giudice passivo in udienza dibattimentale, ma sostiene l'importanza di un giudice senza conoscenza dei registri dell'indagine preliminare, principalmente in una dinamica probatoria come quella tedesca in cui la funzione supplementare è delle parti, essendo il giudice il protagonista della produzione probatoria nell'udienza dibattimentale, come si può vedere nell'articolo sopra citato, specialmente nelle premesse, cfr. p. 207, ed è stato esplicitamente osservato da Luís Greco nell'introduzione del lavoro appena citato: Bernd Schünemann, *penalista e professor. A propósito desta coletânea*, p. 16. Secondo il proprio SCHÜNEMANN B., *Audiência de instrução*, cit., pp. 225, 233, nell'udienza dibattimentale tedesca prevale il principio della concentrazione dei poteri o delle forze procedurali nelle mani del giudice. Questo approccio e le conclusioni di Schünemann saranno riprese più avanti, punto 4.9.

Tribunal de Justiça, corte nazionale che esercita la funzione nomofilattica per quanto riguarda la corretta interpretazione delle leggi, quanto il Supremo Tribunal Federal, organo giudiziari incaricato di esercitare il controllo sulla costituzionalità delle leggi in Brasile, hanno già affermato non solo la compatibilità dell'iniziativa istruttoria *ex officio* con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico domestico, ma riconoscono anche l'importanza di questa dinamica di integrazione del materiale probatorio nella preservazione del valore della ricerca della verità nel giudizio penale¹²¹⁶.

In gran parte dovuto al fatto che i dibattiti si concentrano sull' "an" dell'impulso probatorio complementare dell'organo giudicante, ossia, se l'iniziativa *ex officio judicis* può essere ammessa nel sistema giuridico processuale penale brasiliano, e ancor più nello specifico, se sia compatibile con principi costituzionali quali l'imparzialità, o con le proiezioni dell'ideale accusatorio, le discussioni, in generale, hanno finito per riassumersi in tali domande, lasciando da parte la riflessione sui limiti dell'intervento giudiziario, cioè sul "come di tale attuazione". Contrariamente ai lunghi e incessanti dibattiti verificatisi nell'ambito italiano, le elaborazioni dottrinali e la giurisprudenza in Brasile fanno pochi progressi nell'apprezzamento dei contorni effettivi dell'attività del giudice in materia di prova, essendo ancora scarsi i tentativi di delimitare con certa precisione cosa si intende per attuazione supplementare e attività residuale nella dinamica probatoria nel giudizio penale.

Un altro fattore che probabilmente contribuisce a questa insufficienza analitica nel tema è la già menzionata semplificazione della procedura giudiziale penale brasiliana, che conserva ancora i contorni generali di un modello elaborato dal Decreto-legge 3 ottobre 1941, n. 3.689, e che, nonostante abbia subito importanti modifiche legislative, ha mantenuto le linee generali del sistema originale, in una situazione che, in qualche modo, come non potrebbe essere altrimenti, si riflette nelle interpretazioni dei suoi istituti e delle sue pratiche. Tenendo in conto questa realtà, si può affermare, ad esempio, che il meccanismo brasiliano non viene strutturato in un metodo esclusivo di assunzione orale della prova in dibattimento, così come avviene nel rito criminale italiano, in modo che tutto il passaggio dell'indicazione delle liste (*ex art. 468*), dell'esposizione introduttiva (*ex art. 493*) e del sistema di letture

¹²¹⁶ Nel Superior Tribunal de Justiça, ad es., v. HC 192.410/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5a. Turma, decisione emessa il 11.09.2012, DJe 18.09.2012; RHC 87.764/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogério Schietti Cruz, 6a. Turma, decisione emessa il 03/10/2017, DJe 06/11/2017. Nel Supremo Tribunal Federal, v. HC 121689, Rel. Min. Luiz Fux, 1a. Turma, decisione emessa il 13/05/2014, processo eletrônico Dje-105, public. 02.6.2014; decisão monocrática no ARE 1047578, Rel. Min. Celso de Mello, decisione emessa il 19/06/2017, publicado em DJe-139 public 26/06/2017.

consentite¹²¹⁷ non si presentano nel vigente codice processuale penale bras., eliminando così molti aspetti della discussione sui limiti dell'integrazione probatoria da parte dell'organo giudicante.

Ad ogni modo, e tenendo in conto la dinamica della delimitazione del *thema decidendum* e di produzione probatoria vigente in Brasile, in breve sintesi è possibile affermare che, superata la fase dell'inaugurazione del giudizio penale, identificata dalla formulazione dell'accusa e della conseguente risposta dell'imputato, una serie di elementi informativi, argomentativi e persino probatori sono già resi disponibili al giudice, i quali si traducono in un effettivo inizio di attività probatoria *stricto sensu* volti ad influenzare la decisione finale sul merito della causa penale e, come tali, in grado di individuare i temi di prova sollevati e argomentati da accusa e difesa, pertanto conferiscono elementi suscettibili di essere completati dal giudice ai sensi degli artt. 156 II e 209 del c.p.p.

Anche se si cerca di definire limiti più precisi riguardo all'iniziativa supplementare del giudice in materia di prova, come quello di restringere la prerogativa *ex officio* a integrare gli apporti probatori effettivamente esplorati dai litiganti, confinando l'iniziativa giudiziaria al contraddittorio e alle prove già prodotte da accusa e difesa, in modo da impedire al giudice di agire come il precursore di un campo probatorio completamente inesplorato, anche così lo spazio di attuazione tenderà ad essere ampio. Ciò è dovuto al fatto che i temi di prova sollevati da accusa e difesa sarebbero già, di solito, presenti nel processo, tanto dalla delimitazione del *thema probandum* realizzata nella fase delle richieste, quanto dagli impulsi argomentativi-probatori derivante non solo dall'esposizione dell'accusa e della difesa, ma principalmente da altri sussidi con natura di prova *stricto sensu*, come è il caso dell'insieme della prova documentale, e di eventuali perizie, perquisizioni e sequestri, ricerca e apprensione, arresti in flagranza di reato e ulteriori prove cautelari o non ripetibili effettuati durante la fase di indagine preliminare e che sono inserite nel processo¹²¹⁸, essendo, per questa ragione, a disposizione del giudice sin dall'inizio del procedimento.

¹²¹⁷ Non solo allo scopo di contestare e controllare gli esami orali della fase del dibattimento con quanto detto in precedenza dal deponente nella indagine preliminare, in base all'articolo 500 c.p.p. it., che sono le «letture per le contestazioni», ma anche allo scopo di acquisire dichiarazioni precedentemente formulate da coloro che non si sono presentati al dibattimento, pertanto come un modo legittimo di formazione e acquisizione della prova, genericamente identificato come «letture in dibattimento», disciplinata negli artt. 511 a 513 c.p.p. it. Sul tema, v. GRILLI L., *Il dibattimento*, cit., pp. 290 ss., 345 ss, il quale ricorda, ai sensi dell'art. 511 comma 5, che la indicazione degli atti utilizzabili da parte del giudice «equivale a lettura dell'atto».

¹²¹⁸ Come afferma continuamente il STJ, le perizie e i documenti prodotti nella fase di indagine preliminare, perché sono prove anticipate e non ripetibili ai sensi dell'art. 155 c.p.p. brasiliano, hanno efficacia probatoria senza la necessità di essere ripetuti nel corso della istruzione processuale, essendo soggette al contraddittorio differito, cfr., tra i molti, AgRg no AREsp 1226987/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5a Turma,

In ogni caso, continua ad essere indispensabile lo sforzo di conferire un carattere suppletivo e complementare alla determinazione *ex officio* di prove, che sarà legittima solamente se effettuata alla fine della fase probatoria a carico dei soggetti processuali interessati. È necessario per prima cosa consentire ai protagonisti dell'istruzione in giudizio di esplorare le loro ipotesi ricostruttive dei fatti e le strategie procedurali più indicate per potenziare le loro versioni. Solo successivamente, se rimangono lacune o incertezze in relazione ai temi di prova sollevati e argomentati da accusa e difesa, il giudice potrà determinare la realizzazione di mezzi di prova per sanare dubbi su un punto rilevante, restringendosi, quindi, alle informazioni contenute nel processo e sottoposte, in qualche modo, al contraddittorio giudiziale. Come è stato esposto in relazione alla dinamica del sistema processuale italiano, il limite è, in ultima analisi, quello di impedire al giudice di formulare ed esplorare ipotesi ricostruttive autonome in relazione ai fatti della causa.

Inoltre, secondo i termini nei quali è prevista l'iniziativa d'ufficio del giudice in materia di prova nella legislazione brasiliana, sembra prevalere in dottrina l'idea per cui la legge ha stabilito una mera facoltà giudiziaria di impulso probatorio¹²¹⁹. Il giudice potrà ascoltare altri testimoni qualora lo ritenga necessario, o potrà determinare la realizzazione di ulteriori misure di chiarimento per dirimere dubbio su punti rilevanti.

Allo stesso modo si trova nella dottrina il riconoscimento del requisito secondo il quale l'effettivo esercizio dell'iniziativa giudiziaria di integrare prove deve essere debitamente motivata¹²²⁰, dal momento che, soltanto con l'obbligo di indicare i motivi

decisione emessa il 20/03/2018, DJe 02/04/2018; AgRg no REsp 1522716/SE, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6a Turma, decisione emessa il 20/03/2018, DJe 05/04/2018. In questo senso il punto 2 della edizione n. 105: *Prove nel Processo Penale*, della «*Jurisprudência em Teses*» del Superior Tribunal de Justiça, reperibile in: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>>. In dottrina, v. MENDONÇA A. B de, *Nova reforma*, cit., pp 157-161.

¹²¹⁹ In tal senso si esprimeva ARANHA A. J. Q. T. de8 C, *Da prova*, cit., p. 17; PEREIRA F. V., *Iniciativa probatória*, cit., p. 150 ss. In senso difforme ZILLI M. A. C., *O poder instrutório*, cit., pp. 167-168, considera l'iniziativa istruttoria come un dovere o un potere-dovere, cfr. Id., *A iniciativa*, cit., pp. 118 ss., 181, e ha persino censurato l'uso della parola «*facultado*» ossia «consentito» nel Progetto di Legge n. 156, secondo l'art. 156, art. 162, § un. Nella giurisprudenza non vi è alcuna indicazione sicura ed espressa in merito al fatto che si tratti di un'imposizione al giudice che deve integrare le lacune probatorie, o semplicemente una facoltà di colmare officiosamente il deficit probatorio

¹²²⁰ Così GRINOVER A. P., *A iniciativa instrutória*, cit., p. 81; ZILLI M. A. C., *A iniciativa*, cit., pp. 182, 189; Id., *O poder instrutório*, cit., p. 159. Nel Superior Tribunal de Justiça, v. RHC 87.764/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6a. Turma, julgado em 03/10/2017, DJe 06/11/2017, nel quale contiene il requisito che il giudice deve esprimere la «*motivação do ato judicial que determina a prova*».

dell'utilizzo dei poteri *officio iudicis* sarà possibile valutare se il giudice ha agito entro i limiti consentiti, di salvaguardia dell'imparzialità¹²²¹.

4.8 I poteri probatori officiosi nel disegno di legge per un nuovo codice di procedura penale brasiliano

La difficoltà di affrontare il terreno delle riforme legislative e delle proposte di modifica da discutere in Parlamento, specialmente in un contesto descrittivo-comparativo, quale è quello in esame, è esattamente l'incertezza inerente alla normale oscillazione verificata nel corso dei dibattiti legislativi.

Per illustrare tale indeterminazione è sufficiente menzionare che il Progetto di Legge del nuovo codice di procedura penale, PL n. 8.045, presentato il 2010¹²²², attualmente in esame alla Camera dei Deputati, e già approvato al Senato Federale, ha recentemente ricevuto un testo sostitutivo presentato dal relatore del progetto nella commissione speciale della Camera dei Deputati responsabile per analizzare la materia¹²²³. In ogni caso, sembra importante soffermarsi sulla proposta di modifica del sistema processuale penale brasiliano nel suo complesso, e indicare, a grandi linee, la disciplina relativa all'iniziativa probatoria *ex officio* nell'attuale riforma legislativa in corso.

In via di prima approssimazione, prendendo come comparazione il modello processuale attualmente in vigore, la più grande innovazione di sistema accolta nel progetto di riforma del c.p.p. è la previsione della figura del «*juiz das garantias*»¹²²⁴, come disciplinato nell'art. 14 del PL n. 8.045¹²²⁵. Secondo la formulazione di questa disposizione, il giudice delle garanzie sarebbe responsabile del controllo della legalità dell'indagine, e della salvaguardia dei diritti individuali¹²²⁶, in modo molto simile, pertanto, alle funzioni del

¹²²¹ In questi termini, v. ad es., GOMES FILHO A. M., *Provas*, cit., p. 259; LIMA, R. B. de, *Manual de*, cit., p. 822.

¹²²² L'origine della proposta è il disegno di legge n. 156 del 2009, approvato nel Senato Federale nella sessione straordinaria del 7 dicembre 2010.

¹²²³ Il termine «*sustitutivo*» è la designazione che viene data nel processo legislativo al testo che modifica formalmente o sostanzialmente il contenuto originale della proposta, così chiamato proprio perché sostituisce il progetto originale. Il «*sustitutivo*» è presentato dal relatore e ha la preferenza nella votazione sul progetto originale, ma può essere respinto a favore di questo; come chiarito sul sito web della Camera dei Deputati, reperibile in : «<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/70074.html>».

¹²²⁴ ZILLI M. A. C., *O poder instrutório*, cit., p. 166. Più ampiamente sul tema del «giudice delle garanzie» nel PL 8.045, v. ANDRADE M. F., *Juiz das*, cit., p. 61 ss.

¹²²⁵ Il tema è trattato in modo molto simile nel «*sustitutivo*» presentato al Pl n. 8.045 nella Camera dei Deputati, secondo il capitolo II, artt. 14-17.

¹²²⁶ Si può menzionare, in maniera approssimativa, che la competenza del «*juiz das garantias*» riguarda l'esame delle misure cautelari, l'apprezzamento della necessità dei mezzi invasivi di ricerca ed investigazione delle prove, come l'accesso a informazioni riservate ai fini investigativi, intercettazione telefonica, perquisizione e

giudice delle indagini preliminari dell'attuale modello italiano. L'attuazione del giudice delle garanzie includerebbe tutte le infrazioni penali, eccetto quelle di minore potenziale offensivo, e cesserebbe con l'esercizio dell'azione penale¹²²⁷. Esiste anche una espressa disposizione secondo cui il giudice operante nella fase di indagine, occupandosi di una delle materie incluse nelle competenze del giudice delle garanzie, non può essere lo stesso del processo¹²²⁸, in modo molto simile a quanto previsto dell'art. 34 comma 2-bis del c.p.p italiano.

Ancora a titolo di enunciazione delle premesse ora inserite nel progetto del nuovo c.p.p., e nonostante il rimodellamento risultante dalla prevista segmentazione tra il giudice che opera nell'indagine e il giudice del processo, è necessario menzionare il non accoglimento nella riforma del sistema del «doppio fascicolo», caratteristica identificativa importante del processo penale italiano. Questo perché, allo stesso modo del sistema attualmente in vigore, continua ad essere previsto, ai sensi degli artt. 15, § 3° e 36 del PL n° 8.045, che il fascicolo di indagine della polizia, così come i registri che compongono le materie sottoposte all'apprezzamento del giudice delle garanzie, dovranno accompagnare la denuncia formulata dall'organo dell'accusa.

In relazione alla dinamica probatoria in giudizio, e più specificamente ai poteri istruttori complementari dell'organo giudicante, la redazione del PL n. 8.045 pretende visibilmente rafforzare la condizione di protagonismo probatorio di accusa e difesa, che viene evidenziato dall'esplicitazione, ai sensi dell'art.165, caput e paragrafo 1°, per cui i mezzi di prova devono essere proposti dalle parti, essendo concesso al giudice, prima di proferire sentenza, il potere di determinare misure probatorie per chiarire eventuali dubbi sulla prova prodotta da qualsiasi delle parti¹²²⁹. È chiaro il proposito del legislatore riformista

sequestro; e, in generale, la risoluzione delle questioni relative alle indagini preliminari quando necessario il controllo giudiziario.

¹²²⁷ Secondo la formulazione dell'art. 15 del PL 8.045.

¹²²⁸ Impedimento che non si applicherebbe, secondo la formulazione originale del PL n. 8.045, artt. 16 e 748, in relazione a procedimenti pendenti nei distretti o sezioni giudiziarie in cui vi è un solo giudice, fino a quando non vengono previsti ulteriori incarichi giudiziari. Questa eccezione non compare nel sopra menzionato testo di sostituzione al PL del nuovo CPP. Il problema delle unità giudiziarie con un solo giudice nel molto vasto territorio nazionale brasiliano è menzionato, ad es., da ANDRADE M. F., *Juiz das*, cit., p. 69; FISCHER D., *O sistema acusatório brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988 e o PL 156*, in ALVES L. B. M., ARAÚJO F. R., (Coord.), *O projeto do novo código de processo penal*, JusPodium, 2012, p. 66. Questa preoccupazione è stata inserita nella nota tecnica del Consiglio Nazionale di Giustizia, emessa il 17.8.2010, n. 10, pubblicata nel *Diário da Justiça* n. 160, il 1 settembre 2010, reperibile in: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=225>>.

¹²²⁹ Una redazione normativa molto simile è stata mantenuta nell'art. 175 del testo sostitutivo presentato al PL n. 8.045 alla Camera dei Deputati, come segue: «Art. 175. As provas serão requeridas pelas partes. Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligência para esclarecer dúvida sobre prova requerida e produzida por qualquer das partes».

di permettere l'iniziativa probatoria complementare del giudice, ma in un modo più contenuto, o almeno più demarcato rispetto al modello attualmente in vigore¹²³⁰.

La formulazione della proposta di riforma in discussione in parlamento sottolinea la necessità, prima dell'impulso giudiziario, di assicurarsi che i protagonisti dell'istruzione in giudizio possano esplorare le loro ipotesi ricostruttive dei fatti e le strategie processuali più indicate per promuovere le loro versioni. Se il testo in discorso verrà approvato, verrebbe stabilito in modo più preciso e sicuro nella legislazione il limite temporale per l'esercizio delle facoltà dell'organo giudicante, che sarà ammissibile solo dopo la chiusura degli apporti probatori a carico di accusa e difesa. Inoltre, sembra evidente l'intenzione di contenere l'iniziativa probatoria del giudice, la quale, oltre ad essere solamente complementare e residuale, dovrebbe essere diretta allo scopo di chiarire la prova prodotta dai soggetti interessati¹²³¹.

Un'altra disposizione del progetto di legge del nuovo c.p.p. brasiliano che indica la caratteristica eminentemente secondaria dell'iniziativa probatoria *ex officio* è il riferimento contenuto nell'art. 4 del PL 8.045, rilevante perché inserito nella parte destinata ai principi fondamentali del codice processuale penale, in cui è preclusa l'iniziativa del giudice in «sostituzione dell'adempimento dell'onere probatorio dell'organo dell'accusa». Sembra quindi evidente l'intenzione del legislatore riformista di contenere i poteri istruttori dell'organo giudicante nel giudizio penale all'interno del perimetro precedentemente indicato dall'attività probatoria promossa dalle parti¹²³². Pertanto al giudice non sarebbe consentito disporre prove per verificare ipotesi autonome di ricostruzione dei fatti, cioè, non potrebbe agire al di là delle tesi e delle ipotesi che derivano dal materiale probatorio e dall'esercizio dialettico presentato da accusa e difesa.

Ad ogni modo, come menzionato in relazione alla disciplina procedurale penale attualmente in vigore in Brasile, il fatto che i contorni della prova *ex officio* siano delimitati dai contributi probatori effettivamente esplorati dai litiganti, il che decorre dall'esigenza che

¹²³⁰ ZILLI M. A. C., *O poder instrutório*, cit., p. 167; FISCHER D., *O sistema acusatório*, cit., pp. 67-68.

¹²³¹ ZILLI M. A. C., *O poder instrutório*, cit., p. 167; FISCHER D., *O sistema acusatório*, cit., p. 68. Di conseguenza, anche se non vi è alcun riferimento nel progetto di legge del nuovo c.p.p. brasiliano sulla possibilità per il giudice di determinare l'escussione delle persone cui si è fatto riferimento nell'istruzione giudiziaria, che è espressamente indicato nell'art. 209, § 1 del c.p.p. in vigore, sembra più corretto capire che questo potere giudiziario rimane ancora, tenendo conto della formulazione dell'art. 165 del PL 156. In senso apparentemente contrario, v. BERCLAZ M. S., ROLLO S. C., *Prova testemunhal*, in ALVES L. B. M., ARAÚJO F. R., (Coord.), *O projeto do novo*, cit., p. 243.

¹²³² Secondo COUTINHO J. N. de M., *Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*, in COUTINHO J. N. de M.; CARVALHO L. G. G. C. de., (org), *O novo processo*, cit., p. 14, l'art. 4 chiarisce che la gestione delle prove è al di fuori del comando diretto del giudice.

l'impulso giudiziario sia destinato a «chiarire dubbi sulla prova prodotta da qualsiasi delle parti», anche così non sembra implicare, in pratica, un'eccessiva restrizione nella possibilità di integrazione istruttoria officiosa. Questo perché l'assenza di un sistema limitato di articolazione tra la fase di indagine preliminare e la fase processuale probatoria sulla falsariga del sistema italiano del «doppio fascicolo» tenderebbe a mantenere ancora molto ampio il quadro probatorio sul quale il giudice potrebbe promuovere l'iniziativa istruttoria d'ufficio¹²³³.

Tale constatazione deriva dal fatto già precedentemente menzionato per cui le prove prodotte da ciascuna delle parti, di cui parla il paragrafo unico dell'art.165, permettono di includere non solo gli impulsi argomentativi-probatori decorrenti dalle esposizioni e dalle motivazioni svolti da accusa e difesa nel corso dell'istruzione probatoria, ma specialmente tutti gli altri sussidi con natura di prova *stricto sensu*. In quest'ultimo caso si include l'insieme delle prove documentali, le prove tecniche, gli elementi provenienti da perquisizioni e sequestri, gli elementi probatori risultanti da arresto in flagranza, e da ulteriori prove cautelari o non ripetibili realizzate nella fase preliminare di indagine e che sono naturalmente inserite nel processo da parte dell'organo di accusa, essendo, in ragione di ciò, a disposizione del giudice sin dall'inizio del procedimento.

Il fatto è che la funzione del legislatore è la più importante nello stabilire i contorni della cadenza processuale e della misura degli interventi giudiziari nella dinamica probatoria in giudizio. Per questo si ritiene che il legislatore brasiliano sta perdendo una preziosa opportunità per qualificare la disciplina dell'integrazione tra i contributi probatori delle parti e l'integrazione istruttoria da parte dell'organo giudicante. L'utilizzazione nella legge di formule generiche o equivoche, al limite dell'ovvietà, come la semplice affermazione che è precluso al giudice la «sostituzione probatoria dell'organo di accusa» non aggiunge molto in termini di delimitazione del potere d'ufficio in materia di prova¹²³⁴, indicando una proiezione importante, ma già necessariamente inerente al principio di imparzialità.

Il più grande passo avanti si verificherebbe nell'indicazione più chiara del momento procedurale per l'integrazione d'ufficio, soprattutto per l'utilizzo dell'espressione «prima di

¹²³³ Questa circostanza, che segna un'importante distinzione di sistema tra il processo penale italiano e la procedura penale brasiliana, impedisce che le discussioni e le riflessioni svolte nell'ambito della dottrina e della giurisprudenza italiane siano semplicemente recepite o accolte senza le ponderazioni e gli adeguamenti necessari in Brasile. Per illustrare, tutte le dinamiche intricate delle liste, delle letture nell'udienza dibattimentale e non sono riflesse nella procedura brasiliana.

¹²³⁴ In diversa prospettiva, FISCHER D., *O sistema acusatório*, cit., pp. 67-68 elogia la soluzione trovata nella proposta di riforma.

proferire la sentenza» nel § un. dell'art. 165, al quale si aggiunge il vincolo decorrente dalla finalità dell'iniziativa d'ufficio, che deve servire per chiarire i dubbi sulla prova prodotta da ciascuna delle parti, ovvero, è necessario che i protagonisti abbiano ultimato i loro contributi probatori, e in tal senso non ci sarebbero più dubbi.

Oltre a tale questione, sarebbe opportuna una regolamentazione legislativa più chiara per stabilire se vi sia o meno bisogno di una motivazione nell'indicazione probatoria d'ufficio; se le misure che possono essere determinate dal giudice per chiarire dubbi sulla prova prodotta si riferiscono solamente ai mezzi di prova, o includono anche i mezzi di ricerca o di ottenimento della prova; così come se si è di fronte ad una semplice facoltà, o di un potere-dovere di integrare lacune probatorie. Inoltre, un'altra soluzione legislativa che potrebbe determinare un progresso importante in questo coordinamento tra il protagonismo probatorio delle parti e la valutazione della qualità dell'accertamento fattuale nel giudizio penale sarebbe la previsione di poteri meramente suggestivi al giudice, nei modi in cui sono disciplinati nell'art. 506 comma I c.p.p. italiano, e non solo per complementare gli esami orali promossi dalle parti, ma anche per quanto concerne l'assunzione di nuovi mezzi di prova¹²³⁵, relegando, così, l'impulso probatorio d'ufficio propriamente detto a un'eccezionalità.

4.9 Note parzialmente conclusive. Il dilemma tra strategia e ricerca della verità: alcune osservazioni critiche rispetto all'acquisizione *ex officio* della prova nel giudizio penale

Non sarebbe possibile, e non è questa l'intenzione, inaugurare, nel momento stesso in cui ci si avvia alla conclusione dello studio, una indagine che richiederebbe un'estesa e complessa discussione teorico-astratta sui contorni ragionevoli dei poteri giudiziari in materia di prova nell'istruzione probatoria nel giudizio penale. È certamente vero che molto è già stato inserito nelle sezioni precedenti, e nel corso di tutto il testo si trovano tematiche che riguardano l'indispensabile punto di partenza nella trattazione dell'argomento. Ma è altrettanto vero che diverse altre riflessioni sarebbero necessarie per l'adeguato approfondimento della materia, volto, da un punto di vista astratto, al chiarimento dei concetti generali.

¹²³⁵ Si riconosce che il carattere meramente sollecitatorio dell'interferenza giudiziale conserva di più il protagonismo delle parti e certamente non tocca l'imparzialità, come menziona BELLUTA H., *Imparzialità del giudice*, cit., p. 154, 250.

Per questo motivo, in questo breve riassunto critico, a titolo di conclusione, saranno fatte alcune allusioni a partire da influssi provenienti dal trattamento del tema nei due sistemi giuridici comparati, tenendo conto, inoltre, delle attuali istanze di riforma della legislazione brasiliana presumibilmente dirette a contrarre l'iniziativa dell'organo giudicante nell'integrazione delle prove nella fase dell'istruzione giudiziaria. Tali riferimenti di chiusura mirano anche a coniugare l'obiettivo di sviluppo dei primi tre capitoli, che hanno individuato nella formula costituzionale del giusto processo, oltre ai cosiddetti valori non strumentali, il valore dell'accertamento fattuale nel giudizio penale, con l'importanza della dinamica probatoria *ex officio* nella preservazione della qualità della ricerca della verità.

Come è stato detto, i poteri d'ufficio in materia probatoria, nonostante i limiti e i gradi di interferenza trattati in precedenza facendo riferimento ai due sistemi processuali penali comparati, sono una delle concretizzazioni legislative più rilevanti discendente dall'influenza del valore della verità nella definizione dei metodi di accertamento giuridico. E al fine di concludere uno studio volto a far risaltare la presenza del valore strumentale della giustizia della decisione nell'ambito della clausola del giusto processo, sempre con la delimitazione conferita dalla necessità di una rigorosa osservanza del metodo normativamente disposto, la previsione legale di ingerenza supplementare dell'organo giudicante nella dinamica probatoria in giudizio dà sostanza alla accennata aspirazione strumentale alla giustizia processuale che si traduce nella ricerca di condizioni cognitive ottimali al fine di ottenere risultati equi¹²³⁶.

La completa inerzia o omissione dell'organo giudicante nella dinamica probatoria «è molto lontana da un modello epistemico ideale»¹²³⁷. È per questa ragione che molti ordinamenti giuridici di influenza europea-continentale, anche se mettono la gestione delle prove eminentemente nelle mani delle parti, che sono diventati i soggetti veramente protagonisti nella disposizione del sostrato probatorio in giudizio, persistono nel concedere all'organo giudicante non solo la prerogativa di formulare domande negli esami orali, ma anche di attivare impulsi probatori d'ufficio per completare l'opera di chiarificazione dei

¹²³⁶ V. sopra, in particolare l'inizio del capitolo 2.

¹²³⁷ CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 39; Id., *Istruzione dibattimentale*, cit., p. 154. RENON P., *Mutamento*, cit., p. 29, collega il potere probatorio ad opera dell'organo giudicante ad una «conoscenza più ricca e matura», dando luogo ad una sentenza più «giusta». DAMAŠKA M. R., *Il diritto delle prove*, cit., p. 132, sottolinea che la letargia di coloro che devono conoscere e decidere contrasta con il comportamento normale assunto non solo nei moderni sistemi procedurali europei, ma anche nella vita quotidiana. Sull'importanza di garantire uno spazio per un ricercatore indipendente di verità sui fatti, v. PULITANÒ D., *Cura della verità*, cit., p. 75.

fatti¹²³⁸, in un esercizio di tentativo di ricostruzione che, per sua stessa natura, è già imperfetta, nonostante tutti gli sforzi per svilupparla sulla base della metodologia più affidabile possibile¹²³⁹.

Per quanto riguarda gli esami orali condotti in dibattimento, non vi è alcun dubbio sulla possibilità di un'accentuata ingerenza argomentativa delle parti volte ad estrarre dal mezzo di prova dichiarazioni in grado di confermare le proprie tesi, in modo che l'acquisizione dei mezzi di prova orali non smetta d'essere influenzata e far parte della strategia di persuasione condotta dai soggetti interessati. Anche se la legislazione cerca di limitare gli eccessi, precludendo genericamente domande che possano pregiudicare la sincerità delle risposte¹²⁴⁰, oltre a non ammettere domande che possano indurre la risposta¹²⁴¹, o che tendano a suggerire le risposte¹²⁴², è certo che la dinamica di conduzione delle domande direttamente da parte del pubblico ministero e dei difensori consente alle parti l'opportunità di «costruire» la prova testimoniale», al fine di estrarre asserzioni e testimonianze adatte solo a corroborare le loro versioni dei fatti¹²⁴³.

Si tratta di riconoscere che il contributo del soggetto verbalmente esaminato sarà sempre condizionato in qualche modo dalla forma e dal contenuto delle domande formulate, in cui interferisce non solo il tipo e la disposizione di elaborazione delle domande, ma anche l'atteggiamento dell'agente inquirente. Per questo si ammette che gli apporti cognitivi forniti dai testimoni siano anche il risultato di una reciproca interazione costituita da chi esamina e da chi viene esaminato¹²⁴⁴.

¹²³⁸ Così, DAMAŠKA M. R., *Il diritto delle prove*, cit., p. 133, il quale esemplifica con l'Italia e la previsione degli artt. 506 e 507 del c.p.p.

¹²³⁹ BERTOLINO G., *Giusto processo*, cit., p. 87

¹²⁴⁰ Di cui all'art. 499 comma 2 del c.p.p. italiano. Per un'indicazione delle differenze tra «domande suggestive», che suggeriscono le risposte, e «domande nocive», le quali compromettono la sincerità e la genuinità delle risposte, anche con alcuni esempi di questo secondo tipo, v. GRILLI L., *Il dibattimento*, cit., pp. 279-281.

¹²⁴¹ Ai sensi dell'art. 212 caput do c.p.p. bras.

¹²⁴² Art. 499 comma 3 c.p.p. italiano, che tratta di una inibizione imposta soltanto alla parte che ha chiesto la citazione del teste, o che ha con questa un interesse comune. I limiti alla parte che conduce il controesame sono molto più ampi, cfr. ORLANDI R., *L'attività argomentativa*, cit., p. 49.

¹²⁴³ Così si esprime ORLANDI R., *L'attività argomentativa*, cit., p. 47, il quale aggiunge che anche il veto legale alle domande che potrebbero suggerire la risposta può essere aggirato attraverso l'uso di tecniche di interrogatorio sagaci, con l'uso di domande abilmente formulate, abbinando asserzioni e quesiti, in modo che il testimone confermi, anche se implicitamente oppure senza rendersi conto del risultato, la parte assertiva della questione, o anche la tesi inserita nelle domande. In senso conforme si è espresso TARUFFO M., *Involvement*, cit., p. 391, secondo il quale la narrazione del testimone può essere orientata «to build up, piece by piece, a story that corresponds to the story upon which the position of the party is founded». V., ancora, DAMAŠKA M. R., *Il diritto delle prove*, cit., p. 141.

¹²⁴⁴ In questo esatto senso, PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., p. 3; DI DONATO F., *La costruzione giudiziaria*, cit., pp. 139 ss., 167 ss. V. in tal senso pur con varietà di accenti, GIOSTRA G., *Analisi e prospettive*, cit., p. 1133, il quale precisava che: «differenti forme di interrogatorio, differenti verità». Sul tema,

Non sembra esserci dubbio che il rigoroso colloquio tra interrogatore e interrogato ha la propensione a condurre il resoconto nel senso auspicato dall'esaminatore, «evidenziando solo alcuni aspetti rilevanti del fatto storico»¹²⁴⁵. Tale constatazione, ovviamente, non può certo portare a negare l'importanza di garantire l'ampio intervento delle parti nella conduzione attiva dei loro interessi. Prerogativa, a proposito, che non è altro che il necessario riflesso dei diritti alla prova e alla difesa in giudizio, anche perché, come è già stato indicato al punto 3.4.1.1, l'intervento dei soggetti interessati nel processo non deve forzosamente confluire con la ricerca di verità o con l'aspirazione cognitiva dell'istruzione probatoria¹²⁴⁶.

Il contraddittorio attivo tra le parti si rivela come un prestigioso metodo normativo per frenare l'ascendenza che l'interesse del soggetto esaminatore può esercitare sulle informazioni “estratte” dalla fonte probatoria¹²⁴⁷, ma, come si è già accennato, il riconoscimento dell'esercizio del contraddittorio da parte dei soggetti interessati non è sufficiente a salvaguardare il valore cognitivo nel processo¹²⁴⁸, per il motivo ugualmente già segnalato per cui la natura dei valori compresi nel giudizio penale mal si concilia con la mancanza di intervento e con l'indifferenza dell'organo giudicante in relazione alla qualità dell'accertamento fattuale¹²⁴⁹. La preservazione della funzione cognitiva del processo penale non può dipendere unicamente dall'attività dei contendenti, fondamentalmente perché la attività svolta da questi ultimi non ha necessariamente di mira tale proposito¹²⁵⁰.

Non è necessaria una dettagliata esposizione per affermare che le richieste di prove dalle parti in giudizio sono anche guidate dalla strategia precedentemente demarcata dai

DAMAŠKA M. R., *Il diritto delle prove*, cit., p. 35, riferendosi al sistema di *common law*, afferma che coloro che sono interessati possono interrompere il flusso delle deposizioni, cercando di estrarre dai deponenti solo le informazioni favorevoli alle loro posizioni.

¹²⁴⁵ PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., p. 192. In senso simile, TARUFFO M., *La semplice verità*, cit., p. 111; LANGBEIN J. H., *The origins*, cit., p. 332 ss., 338.

¹²⁴⁶ V., in particolare, FERRER BELTRÁN J., *La valutazione razionale*, cit., p. 25; DOMINIONI O., *L'imputato*, cit., p. 80. Secondo LANGBEIN J. H., op. loc. cit., in una intensa critica al modello avversario anglo-americano di raccolta ed esplorazione probatoria in giudizio, che si baserebbe su un semplice articolo di fede secondo cui il confronto tra le parti interessate sarebbe il metodo migliore per ricercare la verità, deresponsabilizzando il giudice per chiarire i fatti in tribunale, dogma che finisce per essere ampiamente contraddetto dalla pratica.

¹²⁴⁷ GIOSTRA G., *Analisi e prospettive*, cit., p. 1133; ORLANDI R., *L'attività argomentativa*, cit., p. 9.

¹²⁴⁸ CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 37. Al riguardo, CONSO G., “*Tempo e giustizia*”, cit., p. 158, che ha sottolineato l'importanza dell'integrazione da parte del giudice della *cross-examination* effettuata dalle parti, che sarebbe una tecnica di miglioramento della giustizia «da conservare nel processo di domani». Più ampiamente, v. SCHÜNEMANN B., *Audiência de instrução*, cit., p. 228 ss., il quale ragiona nel piano della teoria e della psicologia dell'informazione.

¹²⁴⁹ PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., p. 260; Id., *Iniziativa probatorie*, cit., p. 845. Analogamente, ILLUMINATI G., *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 96 ss; ZILLI M. A. C., *A iniziativa*, cit., p. 117

¹²⁵⁰ Secondo WRÓBLEWSKI J., *La prueba jurídica*, cit., pp. 177-178, le parti sono guidate dall'interesse a far prevalere «*la version de los hechos más favorable para ellos*». Secondo GIOSTRA G., *Stop and go*, cit., p. 169, l'inquirente ha una propensione a flettere la fonte della prova ai propri scopi: «cioè non verso la verità, ma verso la tesi che sosteniamo».

soggetti interessati, e che queste tattiche hanno come obiettivo primordiale l'ottenimento di una sentenza favorevole¹²⁵¹. Al fine di illustrare in modo semplice ciò che definisce come «dilemma tra strategia e scoperta della verità» nell'attuazione giudiziaria delle parti, Schünemann fa il caso di un testimone rilevante, ma ambiguo (essendo incerto il contenuto della sua deposizione) il cui esame in dibattimento non venga richiesto né dall'accusa né dalla difesa, a causa del rischio che le rispettive ragioni possano essere pregiudicate dal risultato dell'escussione¹²⁵². Lo stesso esempio può essere esteso in relazione alle informazioni di un documento, al risultato di una perizia¹²⁵³.

Le parti sono naturalmente incentivate a disporre soltanto degli elementi di prova che supportano le loro posizioni¹²⁵⁴, in uno stimolo unilaterale di attuazione che può portare a che non entrino nel processo alcune fonti di conoscenza utili alla ricerca di verità. A questo riguardo, Damaška utilizza una metafora per definire questo metodo *adversary* di produzione probatoria basato unicamente su due punti di vista unilaterali, tendenzialmente partigiani, il quale presenta al giudice una realtà «illuminata da due sottili fasci di luce» lasciando

¹²⁵¹ Sebbene l'art. 358 c.p.p. italiano imponga al pubblico ministero l'esecuzione di compiti investigativi su fatti e circostanze a favore della persona indagata, dovendo anche vegliare all'osservanza delle leggi e alla regolare amministrazione della giustizia, ai sensi del Regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12 «ordinamento giudiziario», art. 73, e in Brasile Costituzione della Repubblica, art. 129 e c.p.p. bras., art. 257, II, che ha indotto qualcuno in passato a attribuirgli l'etichetta paradossale di «parte imparziale», la sua attività rimane pur sempre attività di investigazione, e il suo ruolo è di parte, cfr. TRANCHINA G., *I soggetti*, in AA.VV., *Diritto processuale*, cit., p. 130. Tra i molti, v. LOZZI G., *Lezioni di procedura*, cit., p. 113 ss.; LOPES Jr. A., *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, vol II, Lumen Juris, 2009, p. 1 ss.; BADARÓ G. H., *Processo penal*, cit., p. 284 ss, i quali sottolineano, in stretta sintesi, che sia il principio accusatorio come la funzione cognitiva del contraddittorio richiedono una vera e propria parte nella funzione di accusa nell'istruzione probatoria in giudizio. Questa prospettiva accusatoria, anche se idealmente non elimina l'esigenza che il PM tuteli anche la correttezza dell'accertamento penale, avvicinandosi ad un atteggiamento imparziale e non partigiano, in pratica genera una predisposizione per il PM a rimanere fedele, nell'istruzione probatoria, alla tesi accusatoria. GIOSTRA G., *Contraddittorio*, cit., p. 3, stabilisce una differenza tra «l'imparzialità istituzionale» del PM e la sua «parzialità funzionale».

¹²⁵² SCHÜNEMANN B., *Audiência de instrução*, cit., p. 229, anche in un'intensa critica al modello statunitense *adversarial* di produzione probatoria. Dopo aver indicato le strategie che possono disturbare l'approssimazione alla verità, HAACK S., *Legalizzare l'epistemologia*, cit., p. 57, ricorda come la prassi adottata sia molto lontana dall'ottimo. Da un'altra prospettiva, GAETA P., *Il «sapere per»*, cit., p. 561, sostiene il carattere residuale ed eccezionale degli interventi giudiziari proprio perché l'inoperosità della difesa «è spesso cosciente aspettativa tattica». Al punto 2.5 sopra è già stata indicata la differenza tracciata da Habermas tra l'azione teleologica trasformata in azione strategica e quella comunicativa e le sue esigenze tradotte nelle pretese di validità: «verdad, rectitud y veracidad», cfr. HABERMAS J., *Teoría de la acción*, cit., pp. 122 ss., 137 ss, 144, 367 ss.

¹²⁵³ L'epistemologia distingue la ricerca dalla pseudo-ricerca; mentre la ricerca è il tentativo di cercare la verità, e quindi sarà spinta ad acquisire tutte le prove possibili, la seconda si sforza di presentare il caso migliore per sostenere la conclusione anticipatamente voluta, concentrandosi solo su prove favorevoli; cfr. HAACK S., *Epistemologia e diritto*, cit., p. 17.

¹²⁵⁴ Più ampiamente sull'argomento, v. DI DONATO F., *La costruzione giudiziaria*, cit., pp. 119 ss.; 151 ss. e 183 ss.

nell'ombra altri aspetti che possono avere importanza nel tentativo di chiarire i fatti in giudizio¹²⁵⁵.

Questa lacunosità interessata delle parti nella formazione del materiale probatorio sul quale deve ricadere la decisione¹²⁵⁶, in un legittimo tentativo di modellare i contributi cognitivi ai propri interessi, consente ai soggetti interessati, in qualche modo, una manipolazione del materiale probatorio, non nel senso illegittimo di adulterare i mezzi di prova, ma per mezzo della pura e semplice omissione nella richiesta di mezzi di prova che potrebbero rivelarsi pregiudizievoli, incerti o neutrali, agli interessi affermati giudizialmente¹²⁵⁷, in esplicito contrasto con l'importanza della ricerca di qualificazione dell'accertamento fattuale nel giudizio penale¹²⁵⁸.

E qui non si sta parlando solamente di una questione di insufficienza, o carenza, premeditata nella disposizione dei mezzi di prova in giudizio, nel senso che la probabilità di un deficit gnoseologico possa provenire unicamente da una riflessione ponderata, deliberata, sui rischi dell'escussione di determinata fonte di prova sulla versione sostenuta, che già sembra l'effetto naturale di un metodo marcatamente *partisan* di formazione probatoria. Oltre a questo scenario, il soggetto interessato può genuinamente credere di aver fornito tutti gli elementi sufficienti al chiarimento dei fatti, e anche così il giudice può coltivare le proprie carenze, a causa dell'assenza di una esplorazione completa di una determinata fonte probatoria o dell'insufficiente approfondimento di una linea specifica di ricostruzione dei

¹²⁵⁵ DAMAŠKA M. R., *Il diritto delle prove*, cit., p. 145. In senso conforme WEIGEND T., *Is the criminal*, cit., p. 164, asserisce che la tecnica della ricerca della verità «*by partisan presentation and mutual challenge of the evidence*» conduce spesso a giudizi basati solo su una piccola parte dei fatti rilevanti. In stesso simile, CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 40; TARUFFO M., *La semplice verità*, cit., pp. 49, 111; BAYLES M. D., *Procedural justice*, cit., p. 166.

¹²⁵⁶ L'espressione «lacunosità "interessate"» è utilizzata da CARACENI L., *Poteri d'ufficio*, cit., p. 39; Id., *Istruzione dibattimentale*, cit., p. 154.

¹²⁵⁷ Al riguardo, FERRER BELTRÁN J., *La valutazione razionale*, cit., pp. 25-26, il quale distingue la manipolazione diretta che riguarda l'adulterazione, dalla manipolazione indiretta, che è la mera omissione della richiesta di prove rilevanti. TWINING W., *Taking facts seriously*, in Id., *Rethinking evidence*, cit., p. 24, riferendosi a molte tecniche impiegate da «*effective advocate*». Dal punto di vista epistemologico, HAACK S., *Epistemology legalized: or, truth, justice, and the american way*, in *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 49, n. 1, 2004, p. 49 ss., Id., *Of truth*, cit. p. 986, indica che gli avvocati delle parti non sono impegnati «*in inquiry, but in advocacy*», cosicché tenderanno a selezionare e enfatizzare solo le prove che supportano la versione sostenuta, ignorando o sminuendo il resto.

¹²⁵⁸ Sulle possibilità di manipolazione, interessante il riferimento di D'AGOSTINI F., *L'uso scettico*, cit., pp. 54-55, al «*spinning processuale*», cioè la tecnica di sostenere una versione dei fatti che non è del tutto vera, ma spesso si avvale di elementi veri, quasi veri, oppure omette soltanto ciò che può danneggiare la versione sostenuta, dando risalto soltanto a fatti o circostanze favorevoli. Non è esattamente una falsità, ma nel risultato è una distorsione della realtà «al limite del quasi-falso».

fatti, in una chiara situazione di effettiva scarsità cognitiva involontaria che può essere chiarita soltanto ad opera dell'organo giudicante¹²⁵⁹.

Come è già stato detto, l'attività probatoria delle parti non deve essere condizionata dal valore cognitivo del processo né dal punto di vista funzionale, in ragione delle possibili strategie tracciate, né dal punto di vista teleologico, in ragione dei propositi anticipatamente assunti nello schema processuale. In altre parole, non spetta ai soggetti interessati subordinare la loro performance processuale a causa della preservazione del valore strumentale del meccanismo penale. Essi, al contrario, in molte situazioni, potrebbero preferire agire nella direzione opposta. Ecco perché la figura di un organo giudicante passivo, senza alcun impegno finalizzato alla qualità dell'accertamento fattuale nel giudizio penale, ed il conseguente totale controllo delle parti sulla selezione, l'esame e la raccolta delle prove, significherebbe, in ultima analisi, trascurare il valore strumentale o l'aspetto cognitivo del processo penale.

Nel capitolo precedente, sono già stati sottolineati, in termini meramente approssimativi, i contorni delle diverse concezioni teoriche sulla produzione probatoria in giudizio e la loro finalità nella dinamica giudiziaria di verifica fattuale: il modello narrativo o persuasivo, da un lato, e il paradigma conoscitivo o dimostrativo dell'attività probatoria dall'altro¹²⁶⁰. La parziale ripresa di tali questioni in questo momento serve soltanto a segnalare che l'importanza di riconoscere alle parti strumenti di persuasione e di convincimento del giudice, che costituiscono una vera espressione dei diritti procedurali fondamentali delle parti alla prova, all'ampia difesa e al contraddittorio, non impedisce che, in concomitanza, o come complemento, si riconosca nell'attività probatoria in giudizio un prezioso strumento per salvaguardare la qualità dell'accertamento penale, ovvero, della ricerca della verità in giudizio¹²⁶¹.

¹²⁵⁹ Cfr. DAMAŠKA M. R., *Il diritto delle prove*, cit., p. 140, il processo di chiarimento suggerisce che chi constata o deve decidere su un fatto può aver bisogno «di un punto fermo al quale pervenire da un angolo particolare e che deve essere chiarito»; la verità è che il disprezzo di questa esigenza cognitiva può compromettere seriamente la prova e la decisione giudiziaria. Nello stesso senso, SCHÜNEMANN B., *Audiência de instrução*, cit., p. 230, che indica l'impossibilità di una ricerca seria della verità se il giudice deve lasciare aperti i punti di vista considerati da lui come rilevanti.

¹²⁶⁰ Dicotomia identificata anche da altre espressioni, HAACK S., *Epistemology legalized*, cit., p. 51, parla di «*fact-based*» and «*story-based*» approaches» nella teorie delle prove. Vedi sopra, punto 3.3.2, in particolare la bibliografia citata. Per un approccio di sintesi all'opposizione v. GASCÓN ABELLÁN M., *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, 3a ed., Marcial Pons, 2010, pp. 50-67.

¹²⁶¹ È l'assunzione della prova non solo come uno strumento retorico inteso a persuadere, ma anche come strumento conoscitivo diretto a fornire le base per una decisione razionale il più prossimo possibile alla verità dei fatti; cfr., per tutti, TARUFFO M., *La prova dei fatti*, cit., p. 65. ZAGREBELSKY V., *Sul ruolo del giudice*,

La necessità di coniugare le pretese dialettiche delle parti, orientate verso la persuasione e il convincimento dell'organo giudicante, con la concezione cognitiva del processo non può tradursi in soluzioni drastiche e unilaterali. In altre parole, una non pregiudica o blocca l'altra, al contrario¹²⁶². Ciò che si pretende è esattamente combinare la salvaguardia dello spazio al pieno esercizio da opere delle parti del loro diritto alla prova, con la possibilità di salvaguardare l'ideale cognitivo nel processo penale. In ultima analisi, l'esigenza di ricerca dell'accertamento della verità può perfettamente conciliarsi con la necessità di concedere alle parti opportunità di argomentare e di promuovere dialetticamente le loro pretese probatorie¹²⁶³. E questo sembra essere l'unico cammino quando il presupposto assunto è di favorire l'elaborazione di un meccanismo processuale con condizioni cognitive ottimali per la ricerca di risultati equi.

In questo momento cruciale di formazione delle prove necessarie per la decisione, l'organo giudicante può figurare come un «istituzionale portatore di un'autonoma esigenza cognitiva», con la possibilità di dare un ulteriore impulso probatorio supplementare all'influenza autarchica rappresentata dall'esercizio argomentativo dei protagonisti, in senso contrario, pertanto, a una prima disponibilità istruttoria, possibile causa di atrofia epistemica¹²⁶⁴. È esattamente verso casi di insufficiente ricostruzione fattuale in giudizio che il dovere di imparzialità del giudice, nel senso dell'assenza di impegno dell'organo giudicante a favore di una delle tesi sostenute, orienta l'esercizio di poteri istruttore officiosi da considerarsi come un modo per cercare di garantire la completezza del contributo cognitivo delle fonti di prova e, così, di evitare che l'imperfezione di un esame probatorio lacunoso condizioni il contenuto della deliberazione penale¹²⁶⁵.

cit., p. 920, riconosce l'importanza che il giudice sia abilitato a supplire all'insufficiente diligenza delle parti nella produzione probatoria.

¹²⁶² A meno che non si assuma la postura del «*Hard-nosed Practitioner*» indicata da TWINING W., *Some scepticism*, cit., p. 105, figura che, dal punto di vista dell'avvocato nei procedimenti *adversary*, rifiuta la tradizione razionalista sulla base di un presunto conflitto tra «*winning and truth-seeking*».

¹²⁶³ In questi termini, MENNA M., *Gli interventi*, cit., p. 706. NAPPI A., *Guida al codice*, cit., p. 549, riconosce nella disciplina codicistica l'intenzione di assicurare un coordinamento adeguato tra la prospettiva delle parti e il punto di vista del giudice.

¹²⁶⁴ Con questi termini si esprime BELLUTA H., *Riflessioni sui poteri*, cit., p. 1532, aggiungendo che l'iniziativa *ex officio* e il contraddittorio sono in relazione di complementarietà, e non di antinomia. Dello stesso Autore, v. *Premesse per uno studio*, cit., pp. 1236-1237. Persino gli autori che contestano con veemenza l'ampia lettura dei poteri probatori del giudice dibattimentale, ammettono che la verità è uno degli scopi istituzionali del processo penale, cfr. MARAFIOTI L., *L'art. 507.: illusione*, cit., p. 496.

¹²⁶⁵ BELLUTA H., *Riflessioni sui poteri*, cit., p. 1534. Secondo PAULESU P. P., *Giudice e parti*, cit., p. 266: «la natura dei valori coinvolti nel processo penale non consente di “deresponsabilizzare l'organo giudicante in ordine alla “qualità” dell'accertamento(...)»». Sulla funzione di garanzia dei poteri d'ufficio in merito alla formazione del materiale probatorio per la pronuncia della decisione penale, v. MILIONE G. G., *I poteri*, cit., p. 58.

Tuttavia, non è inutile ribadire che, se l'ideale cognitivo nel processo penale identificato dal valore della ricerca della verità costituisce la ragione d'essere dell'iniziativa probatoria d'ufficio, indirizzando in una certa direzione la conformazione della disciplina procedurale, siffatta iniziativa deve rimanere entro i limiti definiti dal legislatore. L'impegno di avvicinamento alla verità, in ogni caso, può avvenire solamente nei modi e nelle forme stabilite dal codice, ed è compito del legislatore delimitare, con la massima precisione possibile, il metodo legittimo di condurre la procedura, oltre il quale qualsiasi manifestazione di volontarismo, anche se in buona fede motivato dal tentativo ricerca della verità, sarà non solo ingiustificato ma anche un segno di abuso per l'inosservanza del giusto processo penale.

In altre parole, la clausola del giusto processo penale comprende la finalità di raggiungimento di decisioni giuste, che si traduce in un ideale di accertamento della verità, che deve essere sempre ricercato con l'osservanza delle garanzie processuali, e nelle forme e modalità disciplinate dalla legislazione. Di qui la rilevanza che il meccanismo procedurale sia concretamente regolato tenendo in considerazione l'obiettivo del raggiungimento di decisioni giuste.

Conclusioni

Le formule affini del giusto processo e dell'equo processo, o la versione latinoamericana del '*debido* – o *devido* (art. 5, LIV della vigente Costituzione brasiliana) – *proceso legal*', tutte strettamente connesse all'esercizio giurisdizionale per mezzo del processo, sono clausole che compendiano norme con le relative linee guida giurisprudenziali che attengono alla corretta amministrazione della giustizia, e che vengono estratte tanto dalla Carta costituzionale quanto dalle Convenzioni sovranazionali sui diritti umani. Questa prospettiva conglobante dei parametri legittimante dell'attuazione giudiziaria, riunendo nell'único concetto di giustizia processuale le idee di forza della giurisdizione, indica che un passaggio importante nella soluzione della questione attinente al valore da attribuire alla qualità del risultato, o alla giustizia della decisione, nel contesto del giusto processo, passa attraverso gli studi di *procedural justice*.

Le teorie di giustizia procedurale che trattano dei valori necessari alla legittimità degli schemi procedurali mediante i quali le regole sono applicate a casi concreti propongono chiaramente due ordini valoriali, uno di questi che non prende in considerazione la qualità dei risultati raggiunti, e l'altro che analizza il procedimento essenzialmente a partire dalla sua capacità di produrre risultati giusti. Tali assetti assiologici procedurali vengono solitamente distinti tra non-strumentali o non-epistemici, in quanto non si basano sull'esito della procedura, e strumentali o epistemici, proprio perché, al contrario, tengono conto della qualità del metodo cognitivo intrapreso in relazione al risultato desiderato. È importante evidenziare che entrambi sono basate su aspetti eminentemente procedurali, differenziandosi precisamente sulla base della valenza epistemologica, assente nel primo e determinante nel secondo.

La percezione non-strumentale può essere accolta solamente quando non sono riconosciuti criteri sostanziali di giustizia esterni al procedimento, o nell'ipotesi che tali parametri siano talmente equivoci al punto da raccomandare l'assimilazione del rispetto della procedura con la funzione di definire integralmente la giustizia del fenomeno in questione. Tuttavia, il fatto è che nel processo penale esiste un criterio di giustizia esterno e indipendente al procedimento. Tale constatazione è, o dovrebbe essere, sufficiente per includere il processo penale nella sfera della *procedural justice* che prende in considerazione l'accuratezza del metodo gnoseologico.

È ugualmente certo che il sistema di giudizio deve attribuire importanza anche ai costi generali derivanti dalla istaurazione dei procedimenti nonché alla salvaguardia dei valori non strumentali relativi ai diritti e alle garanzie fondamentali delle persone coinvolte. A questi fattori, che sarebbero già di per sé determinanti per l'accoglimento di un modello di bilanciamento, si aggiunge la fallibilità di qualsiasi struttura decisionale, non in grado di per sé, di certificare la correttezza dei risultati emanati. Questo è il motivo per cui il processo penale è considerato come un archetipo di giustizia procedurale imperfetta.

Da quanto esposto nel corso della trattazione, si manifesta come naturale la constatazione che gli studi di giustizia processuale forniscono una risposta positiva alla domanda originaria se la giustizia o la qualità della decisione debba essere inclusa nel concetto agglutinante del giusto processo penale. Non appare azzardato aggiungere che le categorie valoriali contemplate negli apprezzamenti di giustizia processuale, e nella formula del giusto processo, debbano influenzare in modo decisivo lo schema procedurale mediante la positivizzazione legale di regole e di dinamiche concretamente orientate alla realizzazione di questi valori. In breve, se i valori procedurali contemplati dall'ordinamento giuridico devono essere tradotti in norme procedurali positive, la questione che resta aperta è quella di trovare una possibile coesistenza, all'interno della struttura processuale penale, di questi aspetti assiologici dai quali dipende la giustizia del procedimento.

In aggiunta, questi stessi valori e pratiche processuali identificati dalle due categorie basiche enunciate sopra sono importanti anche perché conferiscono legittimità normativa ai processi decisionali, allo stesso tempo che queste assiologie procedurali trovano il loro fondamento normativo precipuo nell'idea di legittimità. In questo contesto, si ritiene che solamente processi giusti possono conferire legittimità normativa ai procedimenti decisionali e ai loro risultati.

Una volta stabilito che la giustizia procedurale si basa su due categorie valoriali basiche, sembra più chiaro percepire come la legittimazione del processo penale passi non solo dalla preservazione dei valori attinenti ai diritti e alle garanzie dei processati, ma anche dalla capacità del processo di promuovere il raggiungimento di decisioni giuste.

Una appropriata comprensione dei principi e delle garanzie processuali elementari, che trovano fondamento nella clausola costituzionale del giusto processo, corrobora il punto di vista secondo cui il concetto di giusto processo non si basa solo sull'idea di preservazione delle garanzie dei soggetti sottoposti alla giurisdizione, ma va oltre tutelando la funzione giurisdizionale e la qualità della decisione finale. Questa bipartizione in senso oggettivo e

soggettivo dei canoni essenziali della formula di giustizia processuale presuppone una relazione di coesistenza e complementarità tra i due ordini di valori, che deriva proprio dalla complessità di interessi coinvolti nel meccanismo penale.

In aggiunta, l'ideale cognitivo e di ricerca dell'accertamento fattuale nel giudizio sulla responsabilità, valorizza la verifica razionale ed empirica, e trova corrispondenza nell'esigenza di giustificazione delle decisioni. In altre parole, la verità ha un valore intrinseco e deve influenzare con evidenza le regole procedurali, allo stesso modo in cui il metodo di accertamento è un valore di giustizia, facendo sì che la ricerca della verità sia solamente legittima se condotta nel rispetto delle forme imposte dal codice.

Spetta al legislatore, in ultima analisi, determinare la possibile convivenza dei valori processuali nello schema procedurale. Essendo stato sin dall'inizio riconosciuto le difficoltà o forse addirittura l'impossibilità di attestare il raggiungimento dell'esito preteso, quello che si pretende è lo stabilimento di condizioni cognitive ottimali al fine di rendere possibile ottenere risultati giusti. Si tratta di individuare condizioni epistemologiche vicine all'ideale.

Dal momento che il diritto, come sistema, pretende di funzionare come un insieme unitario di ragioni, è fondamentale che il meccanismo giudiziario si faccia conto della preoccupazione non solo di pervenire ad una decisione, ma anche del contenuto della decisione. L'orientamento si traduce in un impegno diretto a far sì che la decisione giudiziaria sia giustificata tanto proceduralmente, dall'aspetto interno, come decisione-atto, come anche esternamente, nella qualità di decisione-norma.

Per questo motivo si ritiene che il carattere dei valori compresi nel processo penale non si confà con la totale passività della corte giudicante, che rimarrebbe così interamente dipendente delle pratiche o delle inattività delle parti, soluzione questa molto lontana da un modello epistemico ideale. In vista di questa constatazione, parallelamente alla necessità di preservare altri principi come il contraddittorio e l'imparzialità, molti sistemi giuridici di influenza europeo-continentale, pur riconoscendo il protagonismo delle parti nella dinamica probatoria, ammettono poteri istruttori d'ufficio, dando sostanza ai valori epistemici compresi nella clausola di giustizia del processo.

L'idea che si ricava dagli ordinamenti giuridici comparati nel corso dell'ultimo capitolo, principalmente, per il maggior sviluppo, dal processo penale italiano, è che l'iniziativa di integrazione probatoria del giudice deve operare nel perimetro degli apporti probatori e del contraddittorio concretamente promossi dai litiganti nel corso dell'istruzione

processuale. I limiti dell'intervento del giudice in tema di prova sono contrassegnati dalle ipotesi di ricostruzione fattuale direttamente originate dal materiale probatorio e dal contraddittorio svolti dai protagonisti. Con una precisazione. I confini dell'iniziativa giudiziale sono dati non tanto dalle diverse visioni date dalle parti con riguardo alla ricostruzione del fatto, ma dall'insieme degli elementi probatori disponibili agli atti.

Al termine del lavoro sin qui condotto appare trovare quindi conferma l'ipotesi iniziale secondo cui la clausola del giusto processo penale comprende la giustizia della decisione, che va assunta a scopo del processo. Esso a sua volta trova giustificazione in un parametro o criterio esterno al processo: condannare i colpevoli e assolvere gli innocenti. È necessario che le norme procedurali siano concepite ed applicate nel miglior modo possibile per rendere la decisione corretta. Solamente attraverso il rispetto di tale esigenza, che non può andare disgiunto della osservanza delle garanzie e delle regole processuali, potrà dirsi soddisfatta la clausola del giusto processo penale.

Bibliografia

- AIMONETTO M. G., *La «durata ragionevole» del processo penale*, G. Giappichelli, Torino, 1997.
- AIUTI V., *Poteri d'ufficio della Cassazione e diritto all'equo processo*, in *Cassazione penale*, 2016, n. 9, p. 3214 ss.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- ALEXY, R., *Constitucionalismo discursivo*, 2. ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.
- ALLISON J. R., *Ideology, prejudgment and process values*, in *New England Law Review*, vol. 28, n. 3, 1994, p. 657 ss.
- AMODIO E., *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, p. 93 ss.
- AMODIO E., *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cassazione penale*, 2003, p. 1419 ss.
- AMODIO E., *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*, Giuffrè, Milano, 2003.
- AMODIO E., *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in *Diritto penale e processo*, n. 7, 2003, p. 797 ss.
- AMODIO E., *Le fonti della procedura penale europea*, in CORSO P., ZANETTI E. (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, CELT, Piacenza, 2010, p. 3 ss.
- AMODIO E., *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale*, in *Cassazione penale*, 2010, p. 17 ss.
- ANDRADE M. F., *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*, Juruá, Curitiba, 2012.
- ANDRADE M. F., *Juiz das garantias*, 2a. ed., Juruá, Curitiba, 2015.
- APRILE, E., *I meccanismi di adeguamento del sistema penale nella giurisprudenza della corte di cassazione*, in MANES, V., ZAGREBELSKY, V., (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 509 ss.
- ARAGONESES ALONSO P., *Proceso y derecho procesal: introducción*, 2. ed. Edersa, Madrid, 1997.

- ARAGÜENA FANEGO C., *Primera aproximación al derecho a un proceso equitativo y a las exigencias contenidas en el artículo 6.1 CEDH; en particular, el derecho de acceso a un tribunal*, in: GARCÍA ROCA J.; SANTOLAYA P. (Coord.), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2. ed, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009. p. 259 ss.
- ARANHA A. J. Q. T. de C., *Da prova no processo penal*, 7a. ed., Saraiva, São Paulo, 2006.
- ARANTES FILHO M. G B., *A disciplina da prova no código de processo penal italiano*, in FERNANDES A. S., ALMEIDA J. R. G. de, MORAES M. Z. de (coord.), *Provas no processo penal, estudo comparado*, Saraiva, São Paulo, 2011, p. 222 ss.
- ARAÚJO D. F. de O., *O olhar cruzado entre a busca pela verdade e a imparcialidade do juiz no cenário luso-brasileiro*, in *Revista brasileira de ciências criminais*, ano 26, vol. 140, fev. 2018, p. 247 ss.
- ARENDRT H., *Verità e politica, seguito da La conquista dell spazio e la statura dell'uomo*, a cura di Vincenzo Sorrentino, Bollati Boringhieri, Torino, 1995.
- ASCARELLI T., *Processo e democrazia*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958, p. 844 ss.
- ÁVILA H., *O que é “devido processo legal”?*, in *Revista de processo*, vol. 163, 2008, p. 50 ss.
- BACHMAIER WINTER, L., *Acusatorio versus inquisitivo: reflexiones acerca del processo penal*, in: BACHMAIER WINTER, L. (Coord.), *Processo penal y sistemas acusatórios*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 11 ss.
- BACIGALUPO E., *El debido proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.
- BADARÓ G. H., *Processo penal*, 3ª ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.
- BALSAMO, A., *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in: KOSTORIS, R.E. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 109 ss.
- BALSAMO A., *L'art. 3 della CEDU e il sistema italiano della prescrizione: una riforma necessaria*, in *Cassazione penale*, n° 11, 2014, p. 3925 ss.
- BARGIS M., *Commento all'art. 16 L. 1° marzo 2001 n. 63, Legislazione penale*, 2002, p. 279 ss.
- BARTOLE, S.; DE SENA, P; ZAGREBELSKY, V., *Commentario breve alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012.

- BASTOS, M. L., *Processo penal e gestão da prova: a questão da iniciativa instrutória do juiz em face do sistema acusatório e da natureza da ação penal*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.
- BAYLES M. D., *Procedural justice: allocating to individual*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1990.
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, 20^a ed., Feltrinelli, Milano, 2016.
- BEDÊ JÚNIOR A., SENNA, G., *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.
- BELLUTA H., *Riflessioni sui poteri del giudice dibattimentale in materia probatoria*, in *Giurisprudenza italiana*, vol. 7, 2000, 1531 ss.
- BELLUTA H., *Premesse per uno studio sui poteri istruttori dell'organo giudicante*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, p. 1213 ss.
- BELLUTA H., *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, G. Giappichelli, Torino, 2006.
- BELLUTA H., *Irripetibilità congenita degli atti d'indagine e poteri istruttori del giudice dibattimentale: dalle Sezioni Unite un intervento (non proprio) chiarificatore*, in *Cassazione penale*, 2008, p. 1079 ss.
- BERCLAZ M. S., ROLLO S. C., *Prova testimonial*, in: ALVES, L. B. M., ARAÚJO F. R. (Coord.), *O projeto do novo código de processo penal*, JusPodium, Salvador, 2012, p. 233 ss.
- BERTOLINO G., *Giusto processo civile e verità: contributo allo studio della relazione tra garanzie processuali e accertamento dei fatti nel processo civile*, Giappichelli, Torino, 2010.
- BESTAGNO F., *Diritti umani e impunità: obblighi positivi degli stati in materia penale*, Vita e Pensiero Università, Milano, 2003.
- BONE R., *Rethinking the "day in court" ideal and nonparty preclusion*, in *New York University Law Review*, n. 67, 1992, p. 193 ss.
- BONE R. G., *Statistical adjudication: rights, justice, and utility in a world of process scarcity*, in *Vanderbilt Law Review*, n. 46, 1993, p. 561 ss.
- BONE R. G., *Agreeing to fair process: the problem with contractarian theories of procedural fairness*, in *Boston University Law Review*, v. 83, 2003, p. 485 ss.
- BONE R., *Procedure, participation, rights*, in *Boston University Law Review*, vol. 90, n. 2, 2010, p. 1011 ss.
- BORA A., *Procedural justice as a contested concept: sociological remarks on the group value model*, in RÖHL F. K., MACHURA S. (eds.), *Procedural justice*, Dartmouth, Ashgate, Aldershot, 1997, p. 81 ss.

- BORNSTEIN B. H.; DIETRICH H., *Fair procedures, yes. But we dare not lose sight of fair outcomes*, in *Court Review*, vol. 44, issue 1 e 2, 2007-2008, p. 72 ss.
- BOSCO V., *Art. 507*, in CONSO G., ILLUMINATI G., *Commentario breve al codice di procedura penale*, complemento giurisprudenziale 9. ed., Wolters Kluwer, CEDAM, 2015, p. 2274 ss.
- BOUDON R. *Il vero e il giusto*, Il Mulino, Bologna, 1997.
- BRACCIALINI R., *Garanti o no del risultato sostanziale? Spunti tardivi sul giusto processo*, in *Questione giustizia*, 2005, n. 6, p. 1208 ss.
- BREMS E., LAVRYSEN L., *Procedural justice in human rights adjudication: the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 35, n. 1, 2013, p. 176 ss.
- BULYGIN E., *Cognition and interpretation of law*, in GIANFORMAGGIO L., PAULSON S. L (eds), *Cognition and interpretation of law*, G. Giappichelli, Torino, 1995, p. 11 ss.
- BUSATO P. C., *De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias. Um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório*, in COUTINHO J. N. de M.; CARVALHO L. G. G. C. de., (org), *O novo processo penal à luz da constituição (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 103 ss.
- BUSSMANN K.-D., *The procedural justice approach in the context of systems theory: the theoretical impact of law as a symbolic generalized medium of communication*, in RÖHL F. K., MACHURA S. (eds.), *Procedural justice*, Dartmouth, Ashgate, Aldershot, 1997, p. 59 ss.
- BUZZELLI, S., *voce Giusto processo*, in *Digesto delle discipline penali*, II aggiornamento, Utet, Torino, 2004, p. 342 ss.
- CAIANIELLO M., *La riapertura del processo ex art. 625-bis C.p.p. a seguito di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cassazione penale*, 2009, p. 1465 ss.
- CAIANIELLO, M., *Profili critici e ipotesi di sviluppo nell'adeguamento del sistema interno alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in MANES, V., ZAGREBELSKY, V., (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 547 ss.
- CAIANIELLO M., *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, n. 2, p. 216 ss.
- CALAMANDREI P., *Il processo come giuoco*, in *Rivista di diritto processuale*, 1950, vol. V, parte 1, p. 23 ss.
- CALAMANDREI P., *Processo e democrazia*, Cedam, Padova, 1954.

- CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, a cura di CAPPELLETTI M., voll. VI e VII, *La Cassazione civile*, Morano, 1976.
- CALAMANDREI P., FURNO C., *Cassazione civile*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. II, UTET, 1958, p. 1053 ss.
- CALLARI F., *L'abuso del processo penale tra diritto alla prova delle parti e poteri probatori del giudice*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, p. 177 ss.
- CAMALDO L., *Presunzione di innocenza e diritto di partecipare al giudizio: due garanzie fondamentali del giusto processo in un'unica Direttiva dell'Unione europea*, reperibile in: «<https://www.penalecontemporaneo.it/d/4584-presunzione-di-innocenza-e-diritto-di-partecipare-al-giudizio-due-garanzie-fondamentali-del-giusto>».
- CANOTILHO J. J. G., *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 4. ed., Almedina, Coimbra, 2000.
- CANZIO G., “L’Oltre il ragionevole dubbio” come regola probatoria e di giudizio nel processo penale, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, p. 303 ss.
- CANZIO G., *Ragioni, verità e dubbio nel labirinto del processo penale*, in *La giustizia penale*, 2015, fasc. 4, parte 3, p. 1193 ss.
- CANZIO G., TARUFFO M., UBERTIS G., “Opinioni a confronto”, *Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell’oltre ogni ragionevole dubbio)*, in *Criminalia*, 2009, p. 305 ss.
- CAPPELLETTI, M., *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale. (Art. 24 Costituzione e “due process clause”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1961, p. 1284 ss.
- CAPPELLETTI M., *Giustizia costituzionale soprannazionale*, in *Rivista di diritto processuale*, 1978, p. 1 ss.
- CAPRIOLI F., *L'accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, p. 51 ss.
- CAPRIOLI F., *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, p. 608 ss.
- CAPRIOLI F., *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in CONSO G., GREVI V., BARGIS M., *Compendio di procedura penale*, 8^a ed., Wolters Kluwer, Cedam, Milanofiori Assago, 2016, p. 493 ss.
- CARACCILOLO R., *Justificación normativa y pertenencia. Modelos de decisión judicial*, in *El derecho desde la filosofía: ensayos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 37 ss.

- CARACCIOLO R., *El problema de los hechos en la justificación de sentencias*, in *Isonomía*, n. 38, 2013, p. 13 ss.
- CARACENI L., *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, Giuffrè, Milano, 2007.
- CARACENI L., *Istruzione dibattimentale e poteri del giudice sulla prova*, in *Giurisprudenza di Merito*, supplemento al vol. 41, n. 12, 2009, p. 153 ss.
- CARDONE, A, voce *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enciclopedia del diritto*, annali IV, Giuffrè, 2011, p. 335 ss.
- CARNEVALE S., *L'idoneità dei rimedi individuati dalla giurisprudenza*, in *Diritto penale e processo*, 2007, p. 1234 ss.
- CARRATTA A., *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, in *Rivista di diritto processuale*, 2001, p. 73 ss.
- CARRATTA A., *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 2003, p. 25 ss.
- CARRATTA A., *Il diritto come discorso e la funzione dimostrativa della prova: a proposito del libro di Aurelio Gentili*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 14, 2014, p. 169 ss.
- CARTABIA M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in BALSAMO A., KOSTORIS R. E (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, G. Giappichelli, Torino, 2008, p. 33 ss.
- CARVALHO, L. G. G. C. de, *Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal*, 4a. ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.
- CASSIBBA F., COLELLA A., *Art. 3 - Proibizione della tortura*, in UBERTIS, G., VIGANÒ, F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, G. Giappichelli, Torino, 2016, p. 64 ss.
- CAVALLONE B., *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Rivista di diritto processuale*, 2010, p. 1 ss.
- CECCHETTI, M., voce *Giusto processo*, a) diritto costituzionale, in *Enc. Dir, agg.*, vol. V, Giuffrè, 2001, p. 595 ss.
- CECCHETTI M., *Il principio del "giusto processo" nel nuovo art. 111 della costituzione. Origini e contenuti normativi generali*, in TONINI P., (a cura di), *Giusto processo: nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n. 63)*, Cedam, Padova, 2001, p. 49 ss.
- CEVA E., *Giustizia e conflitti di valore: una proposta procedurale*, Bruno Mondadori, Milano, 2008.

CHIARLONI S., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in CIVININI M.G., VERARDI C.M (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile: atti del convegno dell'elba (9-10 giugno 2000)*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 13 ss.

CHIARLONI S., voce *Giusto processo (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, annali II, tomo 1, Giuffrè, Milano, 2008, p. 403 ss.

CHIARLONI S., *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2008, p. 129 ss..

CHIARLONI S., *Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità*, in *Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 12, 2009, (*Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*), p. 101 ss.

CHIAVARIO M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Giuffrè, Milano, 1969.

CHIAVARIO M., *Le garanzie fondamentali del processo nel Patto Internazionale sui diritti civili e politici*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1978, p. 465 ss.

CHIAVARIO M., *Il "dopo-riforma" del processo penale italiano nel tempo delle riforme in Europa*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, p. 787 ss.

CHIAVARIO M., *Considerazioni sul diritto alla prova nel processo penale*, in *Cassazione penale*, 1996, p. 2009 ss.

CHIAVARIO M., *Garanzie individuale ed efficienze del processo*, in *Cassazione penale*, 1998, p. 1515 ss.

CHIAVARIO M., *Le Garanzie della giurisdizione e il processo penale*, in AA.VV., *Le garanzie della giurisdizione e del processo nel progetto della commissione bicamerale: atti del Convegno di Courmayeur*, promosso dalla Fondazione Centro internazionale su diritto società e economia, Giuffrè, Milano, 1999, p. 117 ss.

CHIAVARIO M., *Appunti sul processo penale*, raccolti di GIORGIS B. e QUATTROCOLO S., Giappichelli, Torino, 2000.

CHIAVARIO, M., voce *Giusto processo: II) processo penale*, in *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, Roma, vol. XVII, 2001, p. 1 ss.

CHIAVARIO, M., *Diritto ad un processo equo*, in BARTOLE, S.; CONFORTI, B.; RAIMONDI, G., (Coord.). *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle liberta fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, p. 153 ss.

CHIAVARIO M., *Giustizia penale, carta dei diritti e Corte europea dei diritti umani*, in *Rivista di diritto processuale*, 2002, p. 21 ss.

CHIAVARIO M., *Os direitos do acusado e da vítima*, in DELMAS-MARTY M. (Org.). *Processos penais da Europa*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005. p. 563 ss.

CHIAVARIO, M., *La “lunga marcia” dei diritti dell’uomo nel processo penale*, in BALSAMO A., KOSTORIS R. E (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, G. Giappichelli, Torino, 2008, p. 11 ss.

CHIAVARIO, M., *Giustizia europea e processo penale: nuovi scenari e nuovi problemi*, in *Legislazione penale*, 2008, p. 461 ss.

CHIAVARIO M., *“Ragionevole durata” del processo penale e criteri di valutazione nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in BARGIS M. (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 27 ss.

CHIAVARIO M., *Diritto processuale penale*, 6ª ed., Utet, Torino, 2015.

CHIESA L. E., *Giustizia e fairness nel processo penale*, in *Criminalia*, 2009, p. 135 ss.

CHOUKR F. H., *Garantias constitucionais na investigação criminal*, 2a. ed, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001.

CIGLIONI A., *La ragionevole durata del processo penale*, in DEAN G. (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, G. Giappichelli, Torino, 2007, p. 197 ss.

CIVININI G., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “giusto processo civile”. Le garanzie*, in CIVININI M.G., VERARDI C.M (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile: atti del convegno dell’elba (9-10 giugno 2000)*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 271 ss.

CLARO, D. R., *Devido processo substancial?*, in MARINONI, L. G. (Coord.), *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, p. 192 ss.

COMOGLIO, L. P., *La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*, Cedam, Padova, 1970.

COMOGLIO L. P., *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo C.P.P.*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, p. 113 ss.

COMOGLIO, L.P., *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1991, p. 673 ss.

COMOGLIO L. P., *Regole deontologiche e doveri di verità nel processo*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, anno XIV, 2. parte, 1998, p. 128 ss.

COMOGLIO L. P., *Etica e tecnica del “giusto processo”*, G. Giappichelli, Torino, 2004.

COMOGLIO L. P.; ZAGREBELSKY V., *Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica*, in *Rivista Italiana di Diritto e*

- Procedura Penale*, 1993, p. 435 ss.
- CONSO G., “*Tempo e giustizia*” nel processo penale, in *Giurisprudenza italiana*, parte IV, 1967, p. 153 ss.
- CONSO G., *Conclusioni*, in AA. VV., *Il giusto processo: atti del convegno*, Salerno (11-13 ottobre 1996), Giuffrè, Milano, 1998, p. 261 ss.
- CONTI C., *Le due “anime” del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Diritto penale e processo*, n. 2, 2000, p. 197 ss.
- CONTI, C., voce *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, agg. V, Giuffrè, Milano, 2001, p. 627 ss.
- CONTI, C., voce *Giusto processo (proc. pen.)*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol III, Giuffrè, Milano, 2006, p. 2815 ss.
- CONTI, C., *La giurisprudenza costituzionale sul giusto processo penale: riflessioni a un lustro dall’entrata in vigore del “nuovo art. 111 Cost.*, in FILIPPI, L., (a cura di), *Equo processo: normativa italiana ed europea a confronto*, Cedam, Padova, 2006, p. 105 ss.
- CORDERO F., *Diatribes sul processo accusatorio*, in Id., *Ideologie del processo penale*, La Sapienza, Roma, 1997, p. 189 ss.
- CORDERO F., *Procedura penale*, 8. ed., Giuffrè, Milano, 2006.
- COUTINHO J. N. de M., *Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*, in COUTINHO J. N. de M.; CARVALHO L. G. G. C. de., (org), *O novo processo penal à luz da constituição: (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 1 ss.
- COUTURE, E. J., La garanzia costituzionale del “dovuto processo legale”, in *Rivista di diritto processuale*, vol. IX, parte 1, 1954, p. 81 ss.
- CUPELLI C., *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo ‘certo’*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 6, 2018, p. 227 ss.
- D’AGOSTINI F., *Introduzione alla verità*, Bollati Boringhieri, Torino, 2011.
- D’AGOSTINI F., *Verità avvelenata*, Bollati Boringhieri, Torino, 2010.
- D’AGOSTINI F., *L’uso scettico della verità*, in FORTI G., VARRASO G., CAPUTO M. (a cura di), «*Verità*» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, Jovene, Napoli, 2014, p. 25 ss.
- D’ALESSANDRO F., *L’oltre ogni ragionevole dubbio nella revisione del processo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, p. 682 ss.

- DALEY R. M., *Il plea bargaining: uno strumento di giustizia senza dibattimento*, in AMODIO E., BASSIOUNI M. C. (a cura di), *Il processo negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1988. p. 151 ss.
- DALIA A. A., FERRAIOLI M., *Manuale di diritto processuale penale*, 8° ed, Cedam, Padova, 2013.
- DAMAŠKA M. R., *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*, Yale University, New Haven, 1986.
- DAMAŠKA M. R., *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, Bologna, 1991.
- DAMAŠKA M. R., *Il diritto delle prove alla deriva*, Il Mulino, Bologna, 2003.
- DEAN G., *L'escussione ex officio delle fonti di prova dichiarative nel giudizio penale*, in *Rivista di diritto processuale*, 2001, p. 134 ss.
- DEAN G., *Retrospectiva del "nuovo" art. 111 Cost.: anamnesi del giusto processo penale*, in Id. (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 155 ss.
- DE CARO M., *La duplicità del realismo*, in DE CARO M., FERRARIS M. (a cura di), *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, Einaudi, Torino, 2012, p. 21 ss.
- DENTI, V., *Valori costituzionali e cultura processuale*, in *Rivista di diritto processuale*, n° 3, Cedam, 1984, p. 443.
- DENTI V., *Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1884, p. 726 ss.
- DE SALVIA M., *L'obbligo degli Stati di conformarsi alle decisioni della Corte europea e del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa*, in BALSAMO A., KOSTORIS R. E. (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, G. Giappichelli, Torino, 2008, p. 67 ss.
- DE SENA P., *Caratteri e prospettive del Protocollo 16 nel prisma dell'esperienza del sistema interamericano di protezione dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, vol. 8, n. 3, p. 593 ss.
- DIAS J. F., *Direito processual penal*, Coimbra, Coimbra, 1974.
- DÍAZ CABIALE J. A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Colmares, Granada, 1996.
- DI BITONTO M. L., *Profili dispositivo dell'accertamento penale*, G. Giappichelli, Torino, 2004.

- DI CHIARA G., «*Giusto processo*», «*giusta decisione*» e riti «*a prova contratta*», in AA. VV., *Il giusto processo: atti del convegno*, Salerno (11-13 ottobre 1996), Giuffrè, 1998, p. 227 ss.
- DI CHIARA G., *Diritto processuale penale*, in FIANDACA G., DI CHIARA G., Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata, Jovene, Napoli, 2003, p. 189 ss.
- DI DONATO F., *La costruzione giudiziaria del fatto: il ruolo della narrazione nel "processo"*, Franco Angeli, Milano, 2008.
- DINACCI F. R., *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Cedam, Padova, 2003.
- DOMINIONI O., *L'imputato fra protagonismo dell'accusa e subalternità della difesa*, in *Archivio penale*, 1982, p. 73 ss.
- DOMINIONI O., *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, p. 736 ss.
- DWORKIN R., *Principi, politiche, procedure*, in *Questioni di principio*, a cura di Sebastiano Maffettone, Il Saggiatore, Milano, 1990, p. 87 ss.
- ESPARZA LEIBAR I., *El principio del proceso debido*, J.M. Bosch, Barcelona, 1995.
- ESPOSITO, V., "Fair trial" anglosassone, "process equitable" europeo, "processo giusto" italiano, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 1-2, Roma, 1982, p. 1 ss.
- FANUELE C., *Un difficile punto di equilibrio tra il diritto alla prova delle parti e il controllo di legalità del giudice nel procedimento probatorio*, in *Cassazione penale*, 2001, p. 908 ss.
- FASSONE E., *Giudice-arbitro, giudice-notaio o semplicemente giudice?*, in *Questione giustizia*, n. 1, 1989, p. 582 ss.
- FAZZALARI E., *Processo (teoria generale)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVIII, UTET, Torino, 1966, pp. 1067 ss.
- FAZZALARI E., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, Roma, vol. XXVII, 1991, p. 1 ss.
- FAZZALARI E., *Istituzioni di diritto processuale*, 8^a ed., Cedam, Padova, 1996.
- FERNANDES A. S., *Tipicidade e sucedâneos de prova*, in FERNANDES A. S., ALMEIDA J. R. G. de, MORAES M. Z. de (coord.), *Provas no processo penal, estudo comparado*, Saraiva, São Paulo, 2011, p. 13 ss.
- FERNANDES A. S., *Processo penal constitucional*, 7a. ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.

- FERNÁNDEZ LÓPEZ M., *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, 2005.
- FERRAJOLI L., *Guarantees and truth in criminal law*, in FARALLI C, PATTARO E. (edited by), *Reason in law: proceedings of the Conference held in Bologna, 12-15 December 1984*, vol. 1, Giuffrè, Milano, 1987, p. 310 ss.
- FERRAJOLI L., *L'etica della giurisdizione penale*, in *Questione giustizia*, n. 3, 1999, p. 483 ss.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, 8. ed., Laterza, Bari, 2004.
- FERRAIOLI M., *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*, 4a. ed., Cedam, Padova, 2014.
- FERRARA, G., *Garanzie processuali dei diritti costituzionali e “giusto processo”*, in *Rassegna parlamentare*, 1999, Giuffrè, p. 539 ss.
- FERRARIS M., *Esistere è resistere*, in DE CARO M., FERRARIS M (a cura di), *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, Einaudi, Torino, 2012, p. 139 ss.
- FERRER BELTRÁN J., *Diritto alla prova e razionalità delle decisioni giudiziali*, in *Ragion Pratica*, n. 1, 2003, p. 149 ss.
- FERRER BELTRÁN J., *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005.
- FERRER BELTRÁN J., *La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión*, in Id., et al., *Estudios sobre la prueba*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 1 ss.
- FERRER BELTRÁN J., *La valutazione razionale della prova*, Giuffrè, Milano, 2012.
- FERRUA P., *La formazione delle prove nel nuovo dibattimento: limiti all'oralità e al contraddittorio*, in Id., *Studi sul processo penale*, G. Giappichelli, Torino, 1990, p. 79 ss.
- FERRUA P., *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in Id., *Studi sul processo penale, II, Anamorfosi del processo accusatorio*, G. Giappichelli, Torino, 1992, p. 44 ss.
- FERRUA P., *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, p. 1065 ss.
- FERRUA P., *Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione*, in *Questione giustizia*, 2000, n. 1, p. 49 ss.
- FERRUA, P., *Garanzie formali e garanzie sostanziali nel processo penale*, in *Questione giustizia*, n. 6, 2001, p. 1114 ss.
- FERRUA, P., *Il “giusto” processo tra modelli, regole e principi*, in *Diritto penale e processo*, n. 4, 2004, p. 401 ss.

- FERRUA P., *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in FERRUA P., et al. (orgs.). *La prova nel dibattimento penale*. 4^a ed. G. Giappichelli: Torino, 2010. p. 315 ss.
- FERRUA P., *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Processo penale e giustizia.*, 2011, n. 4, p. 116 ss.
- FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, 3^a ed., Zanichelli, Bologna, 2012.
- FERRUA P., *Giustizia del processo e giustizia della decisione*, in *Diritto penale e processo*, 2015, p. 1201 ss.
- FERRUA P., *La prova nel processo penale, vol. 1: struttura e procedimento*, G. Giappichelli, Torino, 2015.
- FINKELSTEIN M. O., *A statistical analysis of guilty plea practices in the Federal Courts*, in *Harvard Law Review*, v. 89, n. 2, dec. 1975, p. 293 ss.
- FISCHER D., *O sistema acusatório brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988 e o PL 156*, in ALVES L. B. M., ARAÚJO F. R., (Coord.), *O projeto do novo código de processo penal*, JusPodium, Salvador, 2012, p. 45 ss.
- FISCHER D., PEREIRA F. P., *As obrigações processuais penais positivas*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2018.
- FOIS, S., *Il modello costituzionale del "giusto processo"*, in *Rassegna parlamentare*, 2000, p. 569 ss.
- FORTI G., *Introduzione*, in FORTI G., VARRASO G., CAPUTO M. (a cura di), *«Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Jovene, Napoli, 2014, p. 3 ss.
- GAETA P., *Il «sapere per la verità»: inerzia probatoria delle parti e poteri del giudice del dibattimento*, in *Questione giustizia*, n. 3, 1993, p. 557 ss.
- GAETA, P., *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, in *Archivio Penale*, fasc. 1, 2012, p. 73 ss.
- GALANTINI N., *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1981, p. 97 ss.
- GALANTINI N., *I poteri di acquisizione ex officio della prova e l'art. 507 C.p.p.*, in GALANTINI N., RUGGIERI F., *Scritti inediti di procedura penale*, Università degli Studi di Trento, Trento, 1998, p. 17 ss.
- GALEANO E., *Las palabras andantes*, Siglo XXI, Madrid, 2015.
- GALLIGAN D. J., *Due process and fair procedures: a study of administrative procedures*, Clarendon press, Oxford, 1996.

- GARAPON A., PAPADOPOULOS I., *Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.
- GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- GAROFOLI V., *Verità e processo penale: l'improponibile endiadi in un processo virtualmente accusatorio*, in GAROFOLI V., INCAMPO A. (a cura di), *Verità e proceso penale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 43-50.
- GASCÓN ABELLÁN M., *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, 3a ed., Marcial Pons, Madrid, 2010.
- GARUTI G., *Il contraddittorio nelle dinamiche dell'accertamento penale*, in DEAN G. (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 179 ss.
- GERACI, R. M., *Sentenze delle Corte E.D.U e revisione del processo penale*, v. 1: *dall'autarquia giudiziaria al rimedio straordinario*, Dike, Roma, 2012.
- GIACOMOLLI N. J., *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.
- GIACOMOLLI N. J., *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*, Atlas, São Paulo, 2014.
- GIALUZ M., *La protezione della vittima tra corte edu e corte di giustizia*, in: LUPARIA L. (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Cedam, Padova, 2016, p. 19 ss.
- GIARDA A., *I giudice della consulta recuperano qualche carattere del sistema acusatorio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, p. 1449 ss.
- GIARDA A., «*Verità del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*». *Relazione conclusiva*, in FORTI G., VARRASO G., CAPUTO M. (a cura di), «*Verità*» *del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Jovene, Napoli, 2014, p. 237 ss.
- GIOSTRA G., *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Politica del diritto*, 1986, p. 13 ss.
- GIOSTRA G., *Contraddittorio (principio del)*, II) *Diritto processuale penale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. IX, agg. 2001, Roma, p. 1 ss.
- GIOSTRA G., *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Questione giustizia*, n. 6, 2001, p. 1128 ss.

- GIOSTRA G., *Stop and go nella lunga marcia verso il contraddittorio*, in *Processo penale e valori costituzionali nell'insegnamento di Vittorio Grevi a un anno dalla sua scomparsa – Atti del convegno*, Pavia, 2-4 dicembre 2011, a cura di GIULIANI L., Cedam, Assago, 2013, p. 157 ss.
- GIULIANI A., *Il concetto classico di prova: la prova come “argumentum”*, in *Recueils de la Societe Jean Bodin Pour L'Histoire Comparative des Institutions, La preuve, premiere partie*, Antiquité, Librairie Encyclopedique, Bruxelles, 1964. p. 357 ss.
- GIULIANI A., *Prova in generale*: a) filosofia del diritto, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, Giuffrè, 1988, p. 519 ss.
- GOMES FILHO A. M., BADARÓ G. H. R. I., *Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro*, in *Revista brasileira de ciências criminais*, ano 15, n. 65, mar.-abr. 2007, p. 75 ss.
- GOMES FILHO A. M., *Provas- Lei 11.690, de 09.06.2008*, in ASSIS MOURA M. T. de (coord.), *As Reformas no Processo Penal: as novas leis de 2008 e os Projetos de Reforma*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, p. 246 ss.
- GÖSSEL K. H., *El principio de Estado de Derecho en su significado para el procedimiento penal*, in Id., *El derecho procesal penal en el Estado de Derecho. Obras completas*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 15 ss.
- GOZAÍNÍ O. A., *Derecho procesal constitucional: el debido proceso*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004.
- GRECO L., *Bernd Schünemann, penalista e professor. A propósito desta coletânea*, in SCHÜNEMANN B, *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, GRECO L. (coord.), Marcial Pons, São Paulo, 2013, p. 5 ss.
- GREVI V., *Garanzie soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il progetto di revisione costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, p. 726 ss.
- GREVI V., *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di «giusto processo» penale (tra «ragionevole durata», diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio*, in *Politica del diritto*, 2000, n. 3, p. 423 ss.
- GREVI V., *Alla ricerca di un processo penale “giusto”, itinerari e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2000.
- GREVI V., *Prescrizione del reato ed effettività del processo tra sistema delle impugnazioni e prospettive di riforma*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena: in ricordo di Adolfo Beria di Argentine*, [organizzato da] Centro studi giuridici Michele de Pietro, Giuffrè, Milano, 2002, p. 189 ss.

- GREVI V., *Il principio della «ragionevole durata» come garanzia oggettiva del «giusto processo» penale*, in *Cassazione penale*, 2003, p. 3204 ss.
- GREVI V., *Basta il solo «consenso dell'imputato» per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?*, in *Cassazione penale*, 2009, p. 3671 ss.
- GREVI V., *Ancora su contraddittorio e investigazioni difensive nel giudizio abbreviato*, in *Cassazione penale*, 2010, p. 1287 ss.
- GRILLI L., *Il dibattimento penale*, 3a. ed., Cedam, Padova, 2007.
- GRILLI L., *Il dibattimento penale: guida pratica*, Giuffrè, Milano, 2015.
- GRINOVER A. P., *Lineamentos gerais do novo processo penal na América Latina: Argentina, Brasil e código-modelo para Ibero-América*, in Id., *O processo em evolução*, 2a. ed., Forente Universitária, Rio de Janeiro, 1998, p. 202 ss.
- GRINOVER A. P., *A iniciativa do juiz no processo penal acusatório*, in *Revista brasileira de ciências criminais*, ano 7, n. 27, 1999, p. 71 ss.
- GRINOVER A. P., *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório* in Id., *A marcha do processo*, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2000, p. 77 ss.
- GRINOVER A. P., GOMES FILHO A. M., FERNANDES A. S., *As nulidades no processo penal*, 11a. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.
- GUAZZAROTTI A., *L'autoapplicabilità delle norme: un percorso costituzionale*, Jovene, Napoli, 2011.
- GUERINI I., *L'iniziativa probatoria del giudice nel processo penale accusatorio: la Cassazione definisce i limite all'esercizio del "potere di completamento istruttorio" di cui all'art. 507 c.p.p.*, in *Processo penale e giustizia*, n. 1, 2015, p. 42 ss.
- HAACK S., *Epistemology legalized: or, truth, justice, and the american way*, in *The American Journal of Jurisprudence*, 2004, vol 49, n. 1, p. 43 ss.
- HAACK S., *Of truth, in science and in law*, in *Brooklyn law review*, 2008, vol. 73, n. 3, p. 985 ss.
- HAACK S., *Epistemologia e diritto probatorio: problemi e progetti*, in Id., *Legalizzare l'epistemologia: prova, probabilità e causa nel diritto*, Università Bocconi, Milano, 2015, p. 1 ss.
- HAACK S., *Legalizzare l'epistemologia: o, verità e giustizia all'americana*, in Id., *Legalizzare l'epistemologia: prova, probabilità e causa nel diritto*, Università Bocconi, Milano, 2015, p. 39 ss.

- HAACK S., *Probabilismo giuridico: un dissenso epistemologico*, in Id., *Legalizzare l'epistemologia: prova, probabilità e causa nel diritto*, Università Bocconi, Milano, 2015, p. 69 ss.
- HABERMAS J., *Conciencia moral y acción comunicativa*, Península, Barcelona, 1985.
- HABERMAS J., *Teoría de la acción comunicativa*, tomo 1: *racionalidad de la acción y racionalización social*. Taurus, Madrid, 1987.
- HABERMAS J., *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di Leonardo Ceppa, Guerini, Milano, 1996.
- HAY B. L., *Procedural justice – ex ante vs. ex post*, in *UCLA Law Review*, 1997, vol. 44, p. 1803 ss.
- IACOVIELLO F. M., *Processo di parti e poteri probatori del giudice*, in *Cassazione penale*, 1993, p. 286 ss.
- IACOVIELLO F. M., *Giusto processo? Alcune domande...*, in *Cassazione penale*, 2003, p. 1458 ss.
- IACOVIELLO F. M., *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cassazione penale*, 2011, p. 794 ss.
- ILLUMINATI G., *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, Roma, vol. I, agg., 2007, p. 1 ss.
- ILLUMINATI G., *El sistema acusatorio en Italia*, in: BACHMAIER WINTER, L. (Coord.), *Proceso penal y sistemas acusatórios*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 135 ss.
- ILLUMINATI G., *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, 4a ed., Torino, G. Giappichelli, 2010, p.75 ss.
- ILLUMINATI G., *Giudizio*, in CONSO G., GREVI V., BARGIS M., *Compendio di procedura penale*, 8^a ed., Wolters Kluwer, Cedam, Milanofiori Assago, 2016, p. 689 ss.
- JIMÉNEZ ASENSIO R., *Imparcialidad judicialy derecho al juez imparcial*, Aranzadi, Elcano, 2002.
- KADISH S. H.; SCHULHOFER S. J.; STEIKER C. S., *Criminal law and its processes: cases and materials*, 8. ed., Wolters Kluwer, Austin, 2007.
- KARAM M. L., *Competência no processo penal*, 4a. ed., Revista dos Tribunais, São Paulo. 2005.
- KERR V. K. S., *A disciplina da prova no direito processual penal brasileiro*, in FERNANDES A. S., ALMEIDA J. R. G. de, MORAES M. Z. de (coord.), *Provas no processo penal, estudo comparado*, Saraiva, São Paulo, 2011, p. 46 ss.

- KOSTORIS R. E., voce *Giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, Roma, vol. XV, 2001, p. 1 ss.
- KOSTORIS, R. E., *La ragionevole durata del processo nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nell'art. 111 Cost.*, in Id. (a cura di) *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, G. Giappichelli, Torino, 2005, p. 3 ss.
- KOSTORIS, R.E., *Diritto europeo e giustizia penale*, in: KOSTORIS, R.E. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 1 ss.
- KOSTORIS R.E., *La tutela dei diritti fondamentali*, in: KOSTORIS, R.E. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2015, p.63 ss.
- LAFAVE W. R.; ISRAEL J. H.; KING N. J, *Criminal procedure*, 4. ed., Thomson/West, St. Paul, 2004.
- LAMARQUE E., VIGANÒ F., *Sulle ricadute della sentenza Scopolla (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo)*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 2, 2014, p. 392 ss.
- LANGBEIN J. H., *The origins of adversary criminal trial*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- LA ROCCA E N., *La tutela della vittima*, in GAITO A., CHINNICI D. (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Cedam, Padova, 2016, p. 105 ss.
- LAUDAN L., *Truth, error and criminal law: an essay in legal epistemology*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- LAVRYSEN L., *Positive obligations in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*, in *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. 7, nn. 1-2, 2014, p. 94 ss.
- LAVRYSEN L., *Protection by the law: the positive obligation to develop a legal framework to adequately protect ECHR rights*, in HAECK, Yves; BREMS, Eva (eds.), *Human Rights and Civil Liberties in the 21 st Century*, Springer, Dordrecht, 2014, p. 69 ss.
- LEADER S., *Procedure e risultati*, in *Ragion pratica*, 1997, n. 9, p. 119 ss.
- LEVENTHAL G. S., *What should be done with equity theory? New approaches to the study of fairness in social relationships*, in GERGEN K. J., GREENBERG M. S., WILLIS R. H. (edited by), *Social Exchange: advances in theory and research*, Plenum, New York, 1980, p. 27 ss.
- LIMA, R. B. de, *Manual de processo penal*, 4a. ed., JusPodivm, Salvador, 2016.
- LIMA M. P., *Curso de processo penal*, 8a ed., Gazeta Jurídica, Brasília 2014.

- LIND E. A., *Procedural justice, disputing, and reactions to legal authorities*, in *Everyday practices and trouble cases*, edited by Austin Sarat [et al.], Northwestern University Press, Evanston, 1998, p. 177 ss.
- LIND E. A., TYLER T. R., *The social psychology of procedural justice*, Plenum, New York, 1988.
- LOPES Jr. A., *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, 3a. ed, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.
- LOPES Jr A., *Direito ao processo penal no prazo razoável*, in *Revista brasileira de ciências criminais*, ano 15, n. 65, 2007, p. 209 ss.
- LOPES Jr. A., *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, vol II, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.
- LOPES Jr. A., *Direito processual penal*, 15a. ed., Saraiva, São Paulo, 2018.
- LOZZI G., *Giudizi speciali e deflazione del dibattimento*, in *Commento al nuovo Codice di procedura penale*, coord. da CHIAVARIO M., vol. IV, UTET, Torino, 1990, p. 757 ss.
- LOZZI, G., *La realtà del processo penale, ovvero il “modello perduto”*, in *Questione giustizia*, n. 6, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 1097 ss.
- LOZZI G., *Il contraddittorio in senso oggettivo e il giudizio abbreviato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, p. 2055 ss.
- LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, 10a. ed., G. Giappichelli, Torino, 2015.
- LUHMANN N., *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, trad. it a cura di Alberto Febbrajo, Giuffrè, Milano, 1995.
- LYNCH M. P., *True to life: why truth matters*, The MIT Press, Cambridge, 2004.
- MAC-GREGOR E., *Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal*, in *Revista IIDH- Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n° 59, 2014, p. 29 ss.
- MACHURA S., *Introduction: procedural justice, law and policy*, in *Law & Policy*, vol. 20, n. 1, 1998, p. 1 ss.
- MACHURA S., *The individual in the shadow of powerful institutions: Niklas Luhmann's legitimation by procedure as seen by critics*, in RÖHL F. K., MACHURA S. (eds.), *Procedural justice*, Dartmouth, Ashgate, Aldershot, 1997, p. 181 ss.
- MAGGIO P., *I poteri istruttori del giudice penale tra interpretazioni consolidate e nuovi limiti dettati dal principio della “parità delle armi”*, in *Processo penale e giustizia.*, n. 6, 2015, p. 139 ss.

MANACORDA S., *“Dovere du punire”?* Gli obblighi di tutela penale nell’era della internazionalizzazione del diritto, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2012, p. 1364 ss.

MANES V., *Metodo e limiti dell’interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Archivio Penale*, n. 1, 2012, p. 29 ss.

MANES, V., *La lunga marcia della convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in: MANES, V., ZAGREBELSKY, V., (a cura di) , *La convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1 ss.

MANTOVANI F., *La criminalità: il vero limite all’effettività dei diritti e libertà nello stato di diritto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, p. 707 ss.

MANZINI V., *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol II, 6. ed., UTET, Torino, 1968.

MANZIONE D., *Commento artt. 506-507 C.p.p.*, in *Commento al nuovo Codice di procedura penale*, coord. da CHIAVARIO M., vol. V, UTET, Torino, 1990, p. 376 ss.

MARAFIOTI L., *L’art. 507 c.p.p. al vaglio delle Sezioni unite: un addio al processo accusatorio e all’imparzialità del giudice dibattimentale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1993, p. 829 ss.

MARAFIOTI L., *L’art. 507 C.p.p.: illusione e realtà, passato e futuro*, in *Archivio della nuova procedura penale*, n. 5, 2011, p. 493 ss.

MARCONI D., *Per la verità: relativismo e filosofia*, Einaudi, Torino, 2007.

MARCONI D., *Realismo minimale*, in DE CARO M., FERRARIS M (a cura di), *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, Einaudi, Torino, 2012, p. 113 ss.

MARINELLI C., *Ragionevole durata e prescrizione del processo penale*, G. Giappichelli, Torino, 2016.

MARINELLI V., *I dadi del giudice Bridoye*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 32, n. 2, 2002, p. 529 ss.

MARZADURI, E., *Commento all’art. 1, l. cost. 23 novembre 1999 n. 2 – Inserimento dei principi del giusto processo nell’art. 111 della Costituzione*, in *La legislazione penale*, 2000, p. 762 ss.

MASHAW J. L., *Administrative due process: the quest for a dignitary theory*, in *Boston University Law Review*, vol. 61, n. 4, 1981, p. 885 ss.

MASHAW J. L., *Due process in the administrative state*, Yale University Press, New Haven, 1985.

- MATTOS, S. L. W. de, *Devido processo legal e proteção de direitos*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009.
- MAYA A. M., *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.
- MAZZA O., *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Giuffrè, Milano, 2011.
- MAZZA, O., *La procedura penale*, in VIGANÒ, F.; MAZZA. O. (a cura di), *Europa e giustizia penale, gli speciali di Diritto penale e processo*, 2011, Wolters Kluwer, Milanofiori [Assago], p. 33 ss.
- MAZZA O. *Verità reale e verità processuale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, aggiornamento, 2014, Utet, Torino, p. 713 ss.
- MAZZA O., *Cedu e diritto interno*, in GAITO A., (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Dike, Roma, 2016, p. 3 ss.
- MCCARTHY T., *The critical theory of Jürgen Habermas*, The MIT Press, Cambridge, 1981.
- MENDONÇA A. B. de, *Nova reforma do Código de processo penal: comentada artigo por artigo*, Método, São Paulo, 2008.
- MENNA M., *Gli interventi del giudice dibattimentale sull'acquisizione della prova*, in *Diritto penale e processo*, n. 6, 2007, p. 705 ss.
- MENNA M., *Poteri probatori d'ufficio e terzietà del giudice tra attività deduttiva o sintetica a priori dell'organo giudicante e salvaguardia delle esigenze accertative del processo*, in *Processo penale e giustizia.*, n. 6, 2011, p. 1 ss.
- MICHELMAN F. I., *Formal and associational aims in procedural due process*, in PENNOCK J. R., CHAPMAN J. W., (eds.), *Due process*, Nomos XVIII, New York University Press, New York, 1977, p. 126 ss.
- MILIONE G. G., *I poteri ex officio del giudice penale*, 2a. ed, Youcanprint, Tricase, 2014.
- MILLER C. A., *The forest of due process of law: the american constitutional tradition*, in PENNOCK J. R., CHAPMAN J. W. (eds.), *Due process*, Nomos XVIII, New York University Press, New York, 1977, p. 3 ss.
- MITIDIERO D., *Direito fundamental ao processo justo*, in *Revista magister de direito civil e processual civil*, v. 45, nov.-dez. 2011, p. 22 ss.
- MOLE, N.; HARBY, C., *The right to a fair trial: a guide to the implementation of article 6 of the European Convention on Human Rights*, in *Human rights handbook*, n. 3, 2^a ed., Council of Europe, Strasbourg, 2006.
- MONTAGNA M., *I diritti minimi della vittima*, in GAITO A. (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Dike, Roma, 2016, p. 299 ss.

MONTAGNA M., *Necessità della completezza delle indagini*, in GAITO A. (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Dike, Roma, 2016, p. 345 ss.

NAPPI A., *L'art. 507 c.p.p.: un eccessivo self restraint giurisprudenziale*, in *Cassazione penale*, 1991, p. 773 ss.

NAPPI A., *La ragionevole durata del giusto processo*, in *Cassazione penale*, 2002, p. 1540 ss.

NAPPI A., *Guida al codice di procedura penale*, 8a ed., Giuffrè, Milano, 2007.

NAPPI A., *L'abuso del processo: principio di ragionevole durata e impugnazioni*, in GIULIANI L. (a cura di), *Processo penale e valori costituzionali nell'insegnamento di Vittorio Grevi a un anno dalla sua scomparsa – Atti del convegno*, Pavia, 2-4 dicembre 2011, Cedam, Assago, 2013, p. 201 ss.

NEGRI D., *Corte europea e iniquità del giudicato penale*, in *Diritto penale e processo*, 2007, p. 1229 ss.

NELSON W., *The very idea of pure procedural justice*, in *Ethics*, vol. 90, n. 4, 1980, p. 502 ss.

NESSON C., *The evidence or the event? On judicial proof and the acceptability of verdicts*, in *Harvard Law Review*, vol. 98, n° 7, 1985, p. 1357 ss.

NOBILI M., *Il “diritto delle prove” ed un rinnovato concetto di prova*, in *Commento al nuovo Codice di procedura penale*, coord. da CHIAVARIO M., vol. II, UTET, Torino, 1990, p. 381 ss.

NOBILI M., *Commento all'art. 190 – Diritto alla prova*, in CHIAVARIO M. (coord. Da), *Commento al nuovo Codice di procedura penale*, vol. II, UTET, Torino, 1990, p. 400 ss.

NUCCI G. S., *Curso de direito processual penal*, 15a. ed., Forense, Rio de Janeiro, 2018.

ORLANDI R., *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, 4a ed., Torino, G. Giappichelli, 2010, p. 3 ss.

OTTONELLI V., *Giustizia procedurale*, in *Ragion pratica*, n. 7, 1996, p. 99 ss.

OTTONELLI V., *Due tipi di giustizia procedurale pura*, in *Ragion pratica*, n. 9, 1997, p. 35 ss.

PACELLI E., *Curso de processo penal*, 22^a ed., Atlas, São Paulo, 2018.

PACELLI E., FISCHER D., *Comentários ao Código de processo penal e sua jurisprudência*, 10a. ed., Atlas, São Paulo, 2017.

PARLATO L., *Effettività delle indagini ed “equità processuale”. Il punto su investigazioni scientifiche sulla persona e operazioni sotto copertura*, in GAITO A., CHINNICI D. (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Cedam, Padova, 2016, p. 69 ss.

PASTOR D. R., *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.

PASTORE B., *Giudizio, prova, ragion pratica: un approccio ermeneutico*, Giuffrè, Milano, 1996.

PASTORE B., “Giusto processo” e verità giudiziale, 2012-2013, *Filosofia del diritto*, materiale didattico. Ferrara, reperibile in <http://m.docente.unife.it/orsetta.giolo/Percorsi%20di%20Genere%20-%20Testi%20seminario%20I%20dicembre.doc>.

PATRONE I., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in CIVININI M.G., VERARDI C.M. (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile: atti del convegno dell'elba (9-10 giugno 2000)*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 153 ss.

PAULESU P. P., *Giudice e parti nella “dialettica” della prova testimoniale*, G. Giappichelli, Torino, 2002.

PAULESU P. P., *Iniziativa probatorie del giudice dibattimentale e «giusto processo»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 842 ss.

PECES-BARBA G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986.

PECZENIK A., *Coherence, Truth and rightness in the law*, in NERHOT P. (edited by), *Law, Interpretation and reality: essays in epistemology, hermeneutics and jurisprudence*, Kluwer, Dordrecht, 1990, p. 275 ss.

PENNOCK, J. Roland., Introduction, in PENNOCK J. R., CHAPMAN J. W. (eds.), *Due process, Nomos XVIII*, New York University Press, New York: 1977, p. XV-XXXIII.

PEREIRA F. V., *Iniciativa probatória de ofício e o direito ao juiz imparcial no processo penal*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014.

PICÓ Y JUNOY J., *Nuevas reflexiones sobre la regla «quien instruye no puede juzgar»*, in Id. (coord.), *Problemas actuales de la justicia penal: los juicios paralelos, la protección de los testigos, la imparcialidad de los jueces, la criminalidad organizada, los juicios rápidos, la pena de multas*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 39 ss.

PINCOFFS E. L., *Due process, fraternity, and a Kantian injunction*, in PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (eds.), *Due process, Nomos XVIII*, New York University Press, New York: 1977, p. 172 ss.

- PINTORE A., *Problemi di etica procedurale*, in Artosi A., Buongiovanni G., Vida S. (a cura di), *Problemi della produzione e dell'attuazione normativa*, Gedit, Bologna, 2001, p. 39 ss.
- PISANI, A.P., *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Il Foro Italiano*, vol. 123, n. 10, 2000, p. 241 ss.
- PISAPIA G. D., *Appunti di procedura penale, I*, La Goliardica, Milano, 1971.
- PIVETTI M., *Per un processo civile giusto e ragionevole*, in CIVININI M.G., VERARDI C.M (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile: atti del convegno dell'elba (9-10 giugno 2000)*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 55 ss.
- PIZZI W. T., *Trials without truth: why our system of criminal trials has become an expensive failure and what we need to do to rebuild it*, New York University Press, New York, 1999.
- PRADO G., *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*, 4a. ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.
- PULITANÒ D., *La giustizia penale alla prova del fuoco*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1997, p. 3 ss.
- PULITANÒ D., *Cura della verità e diritto penale*, in FORTI G., VARRASO G., CAPUTO M. (a cura di), *«Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Jovene, Napoli, 2014, p. 63 ss.
- PUTNAM H., *Realismo e senso comune*, in DE CARO M., FERRARIS M (a cura di), *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, Einaudi, Torino, 2012, p. 5 ss.
- RADBRUCH G., *Lo spirito del diritto inglese*; a cura di Alessandro Baratta, Giuffrè, Milano, 1962.
- RAFARACI T., *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996.
- RAFARACI T., *I poteri delle parti e del giudice nella istruzione dibattimentale*, in *Indice penale*, 2010, n. 1-2, p. 107 ss.
- RANALLI D., *Diritto alla verità e lotta all'impunità. Qualche riflessione sulla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Abu Omar*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 19, fasc. 2, 2015, p. 179 ss.
- RANDAZZO B., *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. 1, G. Giappichelli, Torino, 2016, p. 1894 ss.
- RAWLS J., *Una teoria della giustizia*, 4 ed., Feltrinelli, Milano, 1991.
- RASILLA DEL MORAL I. de la, *The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine*, in *German Law Journal*, 2006, p. 611 ss.

- REDISH M. H.; MARSHALL L. C., *Adjudicatory independence and the values of procedural due process*, in *The Yale Law Journal*, vol. 95, n. 3, 1986, p. 455 ss.
- RENNIG C., *Subjective procedural justice and civil procedure*, in RÖHL F. K., MACHURA S. (eds.), *Procedural justice*, Dartmouth, Ashgate, Aldershot, 1997, p. 207 ss.
- RENON P., *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, G. Giappichelli, Torino, 2008.
- RESNICK, D., *Due process and procedural justice*, in PENNOCK, J. R.; CHAPMAN, J. W. (eds.), *Due process*, Nomos XVIII, New York University Press, New York, 1977, p. 206 ss.
- RICCIO G., *Note sulla ragionevole durata del processo penale*, in *Cassazione penale*, n. 12, 2011, p. 4525 ss.
- RIVELLO P. P., *Il dibattimento nel processo penale*, UTET, Torino, 1997.
- RÖHL K. F., *Procedural justice: introduction and overview*, in: RÖHL F. K., MACHURA S. (eds.), *Procedural justice*, Ashgate, Dartmouth, 1997, p. 1 ss.
- RÖHL K. F., MACHURA S., *Preface*, in RÖHL F. K., MACHURA S. (eds.), *Procedural justice*, Dartmouth, Ashgate, Aldershot, 1997, p. IX ss.
- ROMANÒ C., *Processo alla verità*, in GAROFOLI V., INCAMPO A. (a cura di), *Verità e processo penale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 139 ss.
- ROSATI M., *Diritto e democrazia deliberativa nella filosofia politica di J. Habermas*, in *Ragion pratica*, 1997, n. 9, p. 233 ss.
- ROSS A., *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1965.
- SACCUCI A., *La riapertura del processo penale quale misura individuale per ottemperare alle sentenze della Corte europea*, in BALSAMO A., KOSTORIS R. E. (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, G. Giappichelli, Torino, 2008, p. 81 ss.
- SAMAHA J., *Criminal procedure*, 9^a ed., Cengage Learning, Stamford, 2015.
- SÁNCHEZ BRIGIDO R., SELEME H. O., *Justificación sin verdad*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (a cura di), *Analisi e diritto 2001: ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 285 ss.
- SCHMIDT V. H., *Procedural aspects of distributive justice*, in RÖHL F. K., MACHURA S. (eds.), *Procedural justice*, Dartmouth, Ashgate, Aldershot, 1997, p. 161 ss.
- SCHÜNEMANN B., *O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança*, in SCHÜNEMANN B., *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, Luís Greco (coord.), Marcial Pons, São Paulo, 2013, p. 205 ss.

SCHÜNEMANN B., *Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio*, in SCHÜNEMANN B., *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, Luís Greco (coord.), Marcial Pons, São Paulo, 2013, p. 222 ss.

SCHÜNEMANN B., *Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano*, in SCHÜNEMANN B., *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, Luís Greco (coord.), Marcial Pons, São Paulo, 2013, p. 240 ss.

SERIO, M., *Brevi note sul due process of law nell'esperienza del common law inglese*, in *Europa e diritto privato*, nº 1, 2000, p. 205 ss.

SHAPIRO M., *Il due process of law in stile americano: un modello di confusione*, in GUARNIERI C., ZANNOTTI F. (a cura di), *Giusto processo? Introduzioni di diritti fondamentali dei cittadini o creazione di canoni processuali di rango costituzionale?*, Cedam, Padova, 2006, p. 3 ss.

SILVA D. S. de A., *A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988*, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2005.

SIMON W. H., *The ideology of advocacy: procedural justice and professional ethics*, in *Wisconsin Law Review*, n. 1, 1978, p. 29 ss.

SIRACUSANO D., *Le prove, il procedimento probatorio e il processo*, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, 3a ed., Giuffrè, Milano, 2011, p. 307 ss.

SIRACUSANO D., *Il giudizio*, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2011, p. 290 ss.

SIRACUSANO F., *La durata ragionevole del processo quale "metodo" della giurisdizione*, in *Diritto penale e processo*, n. 6, 2003, p. 757 ss.

SIRACUSANO F., *La completezza delle indagini nel processo penale*, G. Giappichelli, Torino, 2005.

SOLUM L. B., *Procedural justice*, in *Southern California Law Review*, n. 78, 2004, p. 181 ss.

SOLUM L.; MARZEN S., *Truth and uncertainty: legal control of the destruction of evidence*, in *Emory Law Journal*, n. 36, 1987, p. 1085 ss.

SOUZA S. R de, *Manual da prova penal constitucional*, 2a. ed., Juruá, Curitiba, 2014.

SPANGHER G., *L'art. 507 c.p.p. davanti alla Corte costituzionale: ulteriore momento nella definizione del «sistema accusatorio» compatibile con la Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, p. 919 ss.

- SPANGHER G., *La pratica del processo penale*, vol. II, Cedam, Padova, 2012.
- STELLA F., *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3. ed., Giuffrè, Milano, 2003.
- STELLA F., GALAVOTTI M. C., "L'oltre il ragionevole dubbio" come standard probatorio. Le infondate divagazioni dell'epistemologo Laudan, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 883 ss.
- SUMMERS R. S., *Evaluating and improving legal processes – a plea for "process values"*, in *Cornell Law Review*, vol 60, n. 1, 1974, p. 1 ss.
- SUMMERS R. S., *Formal legal truth and substantive truth in judicial fact-finding- their justified divergence in some particular cases*, in *Law and Philosophy*, 1999, vol. 18, n. 5 p. 497 ss.
- TARSKI A., *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica*, in Linsky L. (a cura di), *Semantica e filosofia del linguaggio*, Il Saggiatore, Milano, 1969, p. 25 ss.
- TARUFFO M., *Studi sulla rilevanza della prova*, Cedam, Padova, 1970.
- TARUFFO M., *Metodo accusatorio, metodo inquisitorio e ricerca della verità in alcune indagini empiriche nordamericane*, in *Sociologia del Diritto*, 1976, n. 1, 159 ss.
- TARUFFO M., *Introduzione*, in THIBAUT J; WALKER L., *Il giusto processo: un'analisi psicologica dei modelli processuali*, Giuffrè, Milano, 1981, p. V ss.
- TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1992.
- TARUFFO M., *Note sulla verità dei fatti nel processo civile*, in GIANFORMAGGIO L (a cura di), *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 340 ss.
- TARUFFO M., *Involvement and detachment in the presentation of evidence*, in Krawietz W., MacCormick N., von Wright G. H. (eds.), *Perspective formality and normative rationality in modern legal systems. Festschrift for Robert S. Summer*, Dunker & Humblot, Berlin, 1994, p. 385 ss.
- TARUFFO M., *Giustizia, procedure e processo*, in *Ragion pratica*, 1997, n. 9, p. 145 ss.
- TARUFFO M., *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in BESSONE M. (a cura di), *L'attività del giudice: mediazione degli interessi e controllo delle attività*, G. Giappichelli, Torino, 1997, p. 139 ss.
- TARUFFO M., *Giudizio: processo, decisione*, in Id., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 157 ss.
- TARUFFO M., *Idee per una teoria della decisione giusta*, in Id., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 219 ss.

- TARUFFO M., *Considerazioni su prova e verità*, in Id., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 277 ss.
- TARUFFO M., *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, in Id., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 305 ss.
- TARUFFO M., *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2006, n. 2, p. 451 ss.
- TARUFFO M., *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- TARUFFO M., *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Bari, 2009.
- TARUFFO M., *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Rivista di diritto processuale*, 2010, n. 5, p. 995 ss.
- TARUFFO M., *La verità nel processo*, in FORTI G., VARRASO G., CAPUTO M. (a cura di), *«Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Jovene, Napoli, 2014, p.181 ss.
- TARZIA G., *Le garanzie generali del processo nel progetto di rivisone costituzionale*, in AA.VV., *Le garanzie della giurisdizione e del processo nel progetto della commissione bicamerale: atti del Convegno di Courmayeur*, promosso dalla Fondazione Centro internazionale su diritto società e economia, Giuffrè, Milano, 1999, p. 87 ss.
- TEGA, D., *L'ordinamento costituzionale italiano e il "sistema" CEDU: accordi e disaccordi*, in MANES, V., ZAGREBELSKY, V., (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 193 ss.
- TESORIERO S., *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, n. 3-4, p. 239 ss.
- THIBAUT J; WALKER L., *Il giusto processo: un'analisi psicologica dei modelli processuali*, Giuffrè, Milano, 1981.
- THIBAUT J., WALKER L., LATOUR S., HOULDEN P., *Procedural justice as fairness*, in *Stanford Law Review*, vol. 26, n. 6, 1974, p. 1273.
- TOMMASEO F., *Revisone della seconda parte della costituzione. Norme sulla giurisdizione*, in AA.VV., *Le garanzie della giurisdizione e del processo nel progetto della commissione bicamerale: atti del Convegno di Courmayeur*, promosso dalla Fondazione Centro internazionale su diritto società e economia, Giuffrè, Milano, 1999, p. 177 ss.
- TONINI P., *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Diritto penale e processo*, n. 10, 2000, p. 1388 ss.
- TONINI P., *Riforma del sistema probatorio: un'attuazione parziale del "giusto processo"*, in *Diritto penale e processo*, n. 3, 2001, p. 269 ss.

- TONINI, P., *Manuale di procedura penale*, 8^a ed., Giuffrè, Milano, 2007.
- TONINI P., *Manuale di procedura penale*, 16a. ed., Giuffrè, Milano, 2015.
- TONINI P., CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, Giuffrè, Milano 2012.
- TORRES CHEDRAUI A. M., *Derechos humanos y búsqueda de la verdad en el proceso penal: una propuesta de armonización*, Comares, Granada, 2015.
- TRANCHINA G., *I soggetti*, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, 3a ed., Giuffrè, Milano, 2001, p. 45 ss.
- TRIBE L. H., *American constitutional law*, 2 ed., The Foundation Press, Mineola, 1988.
- TROCKER, N., *Il valore costituzionale del “giusto processo”*, in CIVININI M. G., VERARDI C. M. (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile: atti del convegno dell’elba (9-10 giugno 2000)*, Franco Angeli, Milano, 2001, p. 36 ss.
- TROCKER N., *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il ‘giusto processo’ in materia civile: profili generali*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, p. 381 ss.
- TSCHENTSCHER A., *The function of procedural justice in theories of justice*, in RÖHL F. K., MACHURA S. (eds.), *Procedural justice*, Dartmouth, Ashgate, Aldershot, 1997, p. 105 ss.
- TUCCI R. L., *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, 4a. ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- TULKENS F., *The paradoxical relationship between criminal law and human rights*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, n. 3, July 2011, p. 577 ss.
- TWINING W., *Taking facts seriously*, in Id., *Rethinking evidence: exploratory essays*, 2^a ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 12 ss.
- TWINING W., *Some scepticism about some scepticisms*, in Id., *Rethinking evidence: exploratory essays*, 2^a ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 99 ss.
- TWINING W., *Lawyer’s stories*, in Id., *Rethinking evidence: exploratory essays*, 2^a ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 286 ss.
- TYLER T. R., *The psychology of legitimacy: a relational perspective on voluntary deference to authorities*, in *Personality and social Psychology review*, 1997, vol. 1, n. 4, p. 323 ss.
- TYLER T. R., *Why people obey the law*, Princeton University Press, Princeton, 2006.
- TYLER T. R., *Procedural justice and the courts*, in *Court Review*, vol. 44, issue 1 e 2, 2007-2008, p. 26 ss.
- TYLER T. R., ALLAN LIND E., *A relational model of authority in groups*, in *Advances in experimental social psychology*, vol. 25, 1992, p. 115 ss.

UBERTIS G., voce *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. V, Utet, Torino, 1991, p. 521 ss.

UBERTIS G., *La ricerca della verità giudiziale*, in UBERTIS G., (a cura di), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 1-38.

UBERTIS G., voce *Prova (in generale)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. X, Utet, Torino, 1995, p. 296 ss.

UBERTIS G., *Verso un "giusto processo" penale*, G. Giappichelli, Torino, 1997.

UBERTIS G., *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cassazione penale*, 2003, p. 2096 ss.

UBERTIS G., *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 16 ss.

UBERTIS, G., voce *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, annali II, tomo 1, Giuffrè, Milano, 2008, p 419 ss.

UBERTIS G., *Principi di procedura penale europea: le regole del giusto processo*, 2 ed., Raffaello Cortina, Milano, 2009.

UBERTIS G., *Corte europea dei diritti dell'uomo e «processo equo»: riflessi sul processo penale italiano*, in *Rivista di diritto processuale*, 2009, p. 33 ss.

UBERTIS, G., *Sistema di procedura penale I: principi generali*, 3^a ed., Torino: Utet, 2013.

UBERTIS G., *Ancora sull'efficacia della giurisprudenza di Strasburgo*, in *Diritto penale e processo*, 2013, p. 863 ss.

UBERTIS G., *La tutela dei diritti dell'uomo davanti alla Corte di Strasburgo*, in UBERTIS G., VIGANÒ F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, G. Giappichelli, Torino, 2016, p. 1 ss.

VALENTINI E., *Così esteso l'ambito applicativo dell'art 506 comma 1 c.p.p.?*, in *Cassazione penale*, 2006, n. 7/8, p. 2885 ss.

VALENTINI REUTER C., *La Corte costituzionale alle prese con l'art. 507 c.p.p., ovvero: ritorno al futuro*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, p. 922 ss.

VASSALLI G., *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1968, p. 3 ss.

VATTIMO G., *Verità e interpretazione*, in MARINI A. M. (a cura di), *Processo e verità*, Plus, Pisa, 2005, p. 11 ss.

VECA S., *Sull'idea di giustizia procedurale*, in *Rivista di Filosofia*, 2001, n. 2, p. 219 ss.

VECA S., *La bellezza e gli oppressi. Dieci lezioni sull'idea di giustizia*, Feltrinelli, Milano, 2010.

- VELU J., ERGEC R., *La Convention Européenne des Droits de L'Homme: extrait du Répertoire pratique du droit belge*, complément, Bruylant, Bruxelles, 1990. t. 7.
- VIDMAR N., *The origins and consequences of procedural fairness*, in *Law and social inquiry*, 1990, vol. 15, n. 4, p. 877 ss.
- VIDMAR N., *Procedural justice and alternative dispute resolution*, in RÖHL F. K., MACHURA S. (eds.), *Procedural justice*, Dartmouth, Ashgate, Aldershot, 1997, p. 121 ss.
- VIGANÒ F., *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme convenzionali*, in CORSO P., ZANETTI E. (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, CELT, Piacenza, 2010, p. 617 ss.
- VIGANÒ F., *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in MANES V., ZAGREBELSKY V., (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 243 ss.
- VIGANÒ F., *Fonti europee e ordinamento italiano*, in VIGANÒ F., MAZZA O., (a cura di), *Europa e diritto penale*, numero speciale di *Diritto penale e processo*, 2011, p. 4 ss.
- VIGANÒ F., *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale. Piccolo vademecum per giudici e avvocati penalisti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, n. 2, p. 167 ss.
- VIGORITI V., voce "Due process of law", in *Digesto delle discipline privatistiche*, (sezione civile), vol. VII, Utet, 1991, p. 228-233.
- VIOLA F., *The judicial truth: the conception of truth in judicial decision*, in GIANFORMAGGIO L., PAULSON S. L. (eds), *Cognition and interpretation of law*, G. Giappichelli, Torino, 1995, p. 203 ss.
- VOLPE G., *La verità*, Carocci, Roma, 2012.
- WASSERMAN D., *The procedural turn: social heuristics and neutral values*, in RÖHL F. K., MACHURA S. (eds.), *Procedural justice*, Dartmouth, Ashgate, Aldershot, 1997, p. 37 ss.
- WEDY M. T., LINHARES R. M., *O juiz e a gestão da prova no processo penal: entre a imparcialidade, a presunção de inocência e a busca pela verdade*, in *Revista brasileira de ciências criminais*, ano 26, vol. 119, 2016, p. 201 ss.
- WELSH N A., *Remembering the role of justice in resolution: insights from procedural and social justice theories*, in *Journal of Legal Education*, vol. 54, n. 1, 2004, p. 49 ss.
- WILLIAMS B., *Genealogia della verità: storia e virtù del dire il vero*, Fazi, Roma, 2005.
- WEIGEND T., *Is the criminal process about truth?: a german perspective*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 26, n. 1, 2003, p. 157 ss.

- WRÓBLEWSKI J., *Justification of legal decisions*, in *Revue internationale de Philosophie*, vol. 33, n. 127-128, 1979, *La Nouvelle rhétorique = The new rhetoric: essais en hommage à Chaim Perelman*, p. 277 ss.
- WRÓBLEWSKI J., *Legal decision and its justification*, in Id., *Meaning and truth in judicial decision*, Juridica, Helsinki, 1979, p. 59 ss.
- WRÓBLEWSKI J., *Justification through principles and justification through consequences*, in FARALLI C, PATTARO E. (edited by), *Reason in law: proceedings of the Conference held in Bologna, 12-15 December 1984*, vol. 1, Giuffrè, Milano, 1987, p. 129 ss.
- WRÓBLEWSKI J., *Ideologia de la aplicacion judicial del derecho*, in Id., «Sentido» y «hecho» en el derecho, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, p. 51 ss.
- WRÓBLEWSKI J., *La prueba juridica: axiologia, logica y argumentacion*, in Id., «Sentido» y «hecho» en el derecho, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, p. 171 ss.
- WRÓBLEWSKI J., *Los hechos en el derecho*, in Id., «Sentido» y «hecho» en el derecho, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, p. 191 ss.
- WRÓBLEWSKI J., *Problemas teoricos e ideologicos en el control de la decision judicial*, in Id., «Sentido» y «hecho» en el derecho, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, p. 231 ss.
- ZACCHÈ F., *Brevi osservazioni su Drassich (n. 2) e diritto alla prova*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 3, 2018, p. 298 ss.
- ZAGREBELSKY G., *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 8. ed., Trotta, Madrid, 2008.
- ZAGREBELSKI G., *Il «crucifige» e la democrazia*, Einaudi, Torino, 2007.
- ZAGREBELSKY V., *Sul ruolo del giudice nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cassazione penale*, 1989, p. 913 ss.
- ZAGREBELSKY V., *Corte europea dei diritti dell'uomo e "processo equo"*, in *Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso: atti del Convegno (Torino 26-27 settembre 2008)*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 247 ss.
- ZAGREBELSKY, V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in MANES, V., ZAGREBELSKY, V., (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 70 ss.
- ZILLI M. A. C., *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.
- ZILLI M. A. C., *O poder instrutório do juiz no processo penal*, in RASCOVSKI L. (coord.), *Temas relevantes de direito penal e processo penal*, Saraiva, São Paulo, 2012, p. 149 ss.

ZIRULIA S., *Diritto alla vita*, in UBERTIS G., VIGANÒ F., (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, G. Giappichelli, Torino, 2016, p. 39 ss.

ZUCKERMAN A. A. S., *Justice in crisis: comparative dimensions of civil procedure*, in

ZUCKERMAN A. A. S. (edited by), *Civil Justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 3 ss.