

Convidado

IL CONTRADDITTORIO, IL GIUDICE E I FASCICOLI NEI SISTEMI PROCESSUALI PENALI DEL BRASILE E D'ITALIA

Bruno Cunha Souza¹

Emanuele Toma²

Resumo: O Código de Processo Penal brasileiro de 1941, inspirado no Codice Rocco, apesar das reformas parciais que sofreu, segue sendo essencialmente inquisitório. A doutrina brasileira ainda diverge sobre qual seria o critério diferenciador preponderante dos sistemas processuais. O julgamento das ADIs nº. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 levantou a discussão sobre os adjetivos acusatório e inquisitório. Atualmente, a Itália possui um Código de Processo Penal acusatório. Por isso, através de uma análise comparada entre Brasil e Itália, por meio de fontes documentais, o artigo relaciona o processo penal brasileiro ao italiano e descreve o modelo italiano, avaliando as características do juiz, da prova e dos autos nos distintos sistemas processuais.

Sumário: 0. Premissa – 1. Os sistemas – 2. As características do juiz nos modelos – 3. Reflexos no estatuto da prova: entre a conservação dos atos de investigação e a preservação do princípio do contraditório perfeito (o juiz e a prova) – 4. Os duplos autos como guardião do modelo acusatório – 5. Considerações finais – Referências.

Riassunto: Il Codice di procedura penale Brasiliano del 1941, ispirato nel Codice Rocco, nonostante le riforme parziali che ha subito, segue essendo essenzialmente inquisitorio. La dottrina Brasiliana ancora diverge su quale sarebbe il criterio distintivo preponderante dei sistemi processuali. Il giudizio delle questioni di Incostituzionalità n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 ha provocato la nascita di una discussione sul significato degli aggettivi accusatorio e inquisitorio. Oggi, l'Italia ha un Codice di procedura penale accusatorio. Perciò, attraverso un'analisi comparata tra Brasile e Italia, da fonti documentali, l'articolo mette in relazione il processo penale brasiliano e quello italiano e descrive il modello italiano, valutando i caratteri del giudice, della prova e dei fascicoli nei diversi sistemi processuali.

Sommario: 0. Premessa – 1. I sistemi – 2. I caratteri del giudice nei modelli – 3. Riflessi nello statuto della prova: tra conservazione degli atti di indagine e la preservazione del principio del contraddittorio perfetto (il giudice e la prova) – 4. Il doppio fascicolo come presidio del modello accusatorio – 5. Considerazioni conclusive – Referenze.

¹ Doutorando de pesquisa em Direito público, curriculum Direito e procedura penale, presso Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Mestre e Bacharel em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro do Observatório da Mentalidade Inquisitória.

² Doutorando de pesquisa em Direito público, curriculum Direito e procedura penale, presso Università degli Studi di Roma "La Sapienza". Già assegnista di ricerca presso l'università degli studi di Roma "La Sapienza".

0. Premessa

Entrava in vigore il 1° gennaio 1942 il decreto-legge n. 3.689 del 3 ottobre 1941, il Codice del processo penale brasiliano. Francisco Campos, esponendo i motivi, partiva dalla premessa che «[...] le nostre leggi vigenti di procedura penale assicurano ai rei, [...], un tanto esteso catalogo di garanzie e favori, che la repressione diviene, necessariamente, difettosa e tardiva, causando così uno stimolo indiretto all'espansione della criminalità», identificando come doverosa l'abolizione «[...] [del]l'ingiustificabile primazia dell'interesse dell'individuo sulla tutela sociale» e presenta, come obiettivo del testo legislativo, «[...] maggior efficienza e forza dell'azione repressiva dello Stato contro coloro che delinquono».

Ispirato dal Ministro di Giustizia italiano Alfredo Rocco, per cui «[...] la democrazia corrompe le strutture della società e genera il quietismo pacifistico, due fenomeni egualmente perversi; nell'ordinamento conforme a natura lo Stato si configura come una trama di rapporti gerarchici; tra gli Stati, invece, regna la contesa e perciò le costituzioni autoritarie implicano una politica imperialistica; bisogna quindi sostituire una sintesi organica, basata sul principio d'autorità, al meccanismo disarticolato dell'analisi illuministica; in politica estera la misura del giusto sta nella potenza e segni indubbi rivelano il destino di dominatrice dell'Italia»³, e nella sua riforma del processo penale, che rappresentò «Un documento di pensiero regressivo a impronta spiccatamente fobica; più che ad affermare qualcosa mira a negare qualcos'altro: i suoi bersagli sono «le dottrine demo-liberali» che contrappongono l'individuo allo Stato e vedono nell'autorità un'«insidiosa sopraffattrice dei singoli» e presumono innocente l'imputato, «insieme a quella generica tendenza favorevole ai delinquenti, frutto di un sentimentalismo aberrante e morboso, che ha tanto indebolito la repressione e favorito il dilagare della criminalità», i lasciti della Rivoluzione francese, che «portano ai più esasperati e incoerenti eccessi le garanzie individuali», «le trovate del 'libero pensiero'... di infelice memoria», e via seguitando»⁴, Francisco Campos redasse un codice che riduceva le nullità al minimo, in quanto altro non erano che «un meandro tecnico ove si nasconde la sostanza del processo

³ CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 9 ed. Milano: Giuffrè, 1987. p. 1109-1110.

⁴ CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 9 ed. Milano: Giuffrè, 1987. p. 1111.

e si perde il tempo e la serietà della giustizia»⁵, che restringeva l'applicazione dell'*in dubio pro reo*, che imponeva al giudice, in certi casi, il dovere di decretare la carcerazione preventiva e che non consacrava l'assoluto divieto di giudizio *ultra petitem*. Comunque, il codice del 1941, nonostante le 60 modifiche legislative che lo hanno interessato⁶ e il succedersi di ben quattro costituzioni⁷, continua ad essere, nella sua essenza, vigente.

Essenza, intesa come ciò che è preponderante per qualificarne la struttura come accusatoria o inquisitoria. In Brasile - tanto quando si occupa della fase investigativa, quanto in primo grado, e anche nei casi in cui giudici diversi si occupano della fase investigativa e di quella processuale - il giudice dell'ultima fase ha accesso pieno agli atti investigativi; la prevenzione costituisce il criterio fondante della competenza; è possibile basare le decisioni sulle indagini di polizia, nel momento in cui queste abbiano un riscontro ottenuto dalle prove ottenute in contraddittorio (art. 155); il giudice ha "facoltà" - *rectius* dovere⁸ - di produrre prove d'ufficio (art. 156), sia ordinando, sin da prima dell'esercizio dell'azione penale, la produzione anticipata di prove considerate urgenti e rilevanti, sempre che sia necessario, adeguato e proporzionale (art. 156, I), sia decidendo, dall'inizio dell'istruzione alla pronuncia della sentenza, sia ordinando la realizzazione di atti volti a dirimere dubbi su questioni rilevanti (art. 156, II). Restano, tuttavia, controversi i criteri per qualificare un modello come accusatorio o inquisitorio.

In dottrina, per comprendere il dibattito, si vedano le posizioni dei Professori che componevano la commissione per l'elaborazione del progetto del CCP (PL 156/09; PL 8.045/2010)⁹: (i) per Eugenio Pacelli de Oliveira: se accusatorio, il processo inizia con lo

⁵ Exposição de Motivos do CPP, p. 1.

⁶ Informazione disponibile su:

<<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEL&numero=3689&ano=1941&ato=cba0zZE5kMnRkT5ee>>

. Acesso em: 20 de julho de 2023.

⁷ Per una sintesi storica sulle Costituzioni: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras>

⁸ Considerando che il giudice è un funzionario pubblico e, di conseguenza, agisce in regime di legalità, la situazione soggettiva tecnicamente adeguata non è la facoltà, tipica dei soggetti privati, ma il dovere. Sulle situazioni soggettive nel processo penale, cfr. CORDERO, Franco. *Le situazioni soggettive nel processo penale*. Ristampa anastatica con prefazione di Paolo Ferrua. Torino: G. Giappichelli, 2022.

⁹ PL 8. 045/ 2010, originario del PLS 156/ 2019, che attualmente transita nella Camera dei Deputati. La commissione di giuristi era coordinata dal Ministro Hamilton Carvalhido e integrata da Eugenio Pacelli (relatore), Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Félix Valois Coelho Júnior, Antônio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Tito de Souza Amaral, Antonio Corrêa e Sandro Torres Avelar. BRASILE. Senado. *Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, 2009. Per una descrizione

sporgimento di una denuncia, se inquisitorio, con la *notitia criminis*; un ridotto margine di iniziativa probatoria al giudice nella fase processuale non è determinante per qualificare il modello processuale penale adottato; il processo penale brasiliano è, oggi, accusatorio, perché la definizione di un sistema processuale deve limitarsi all'esame del processo e, siccome le indagini di polizia non sono processo, il processo brasiliano non può considerarsi misto; il processo penale brasiliano deve passare per una riforma globale, poiché è estemporaneo, carente di unicità e sistematicità; (ii) per Antonio Magalhães Gomes Filho ciò che differenzia accusatorio e inquisitorio è il trattamento dato all'attività probatoria; il processo penale brasiliano è concepito come inquisitorio; non è ragionevole che un giudice sia un mero spettatore passivo dell'attività probatoria delle parti, lasciando a loro il compito di chiarire eventuali dubbi o omissioni; (iii) per Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: un sistema processuale è concepito come un'unione di temi collocati in relazione da un principio unificatore - quando accusatorio, dispositivo; quando inquisitorio, intivo; identifica la gestione della prova come criterio differenziatore dei sistemi processuali; il sistema processuale penale brasiliano è, oggi, essenzialmente inquisitorio.

Recentemente, il giudizio dell'ADIs n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, che metteva in questione la costituzionalità degli artt. 3°-A, 3°-B, 3°-C, 3°-D, 3°-D, 3°-E, 3°-F, 28, *caput*, e 310, §4°, inclusi nel CPP dalla Legge n. 13.964 del 24 dicembre 2019, che sarebbe entrata in vigore il 23 gennaio 2020, il ministro Luiz Fux (relatore), il 22 gennaio 2020, sospese temporaneamente l'efficacia delle disposizioni fino alla decisione in Plenaria. Dopo tre anni e quattro mesi, il Ministro Fux inizia la lettura del suo voto alla Plenaria del Tribunale Federale Supremo, prendendo una posizione simile a quella di Eugenio Pacelli - sul criterio preponderante per distinguere i sistemi processuali e sull'affermazione che il processo penale brasiliano sarebbe attualmente accusatorio. Il Ministro, nel voto, tocca tre punti importanti.

1) In relazione all'art.3°-C, §§ 3° e 4°, il Ministro Fux afferma che debba essere dichiarata l'incostituzionalità della “[...] **previsione di che gli atti delle indagini non possono essere aggiunti all'azione penale e rimarranno depositati** in segreteria, senza

più dettagliata rispetto a tali posizioni, Cfr. CUNHA SOUZA, Bruno. *Escassez, Eficiência e Ação Penal Pública: entre a obrigatoriedade e a oportunidade no exercício da ação*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023. p. 83 e ss.

venire a conoscenza da parte del giudice competente per il processo e per il giudizio sull'azione penale" (sottolineato nel voto originale, pp. 74-75), perchè "[...] si rivela **irragionevole il deposito del fascicolo delle indagini nella segreteria del juiz de garantias**, giacché il fondamento della norma risiede soltanto nella **presunzione che il giudice dell'azione penale, nel venire a conoscenza dei fascicoli delle indagini, resterebbe contaminato e sarebbe compromesso nella sua imparzialità per il giudizio del merito**. L'irragionevolezza è conseguenza della stessa impossibilità del giudice dell'azione penale di pronunciare decisioni motivate senza avere accesso alla totalità degli elementi prodotti negli fascicoli delle indagini" (si veda l'originale, p. 74).

2) con riguardo all'art. 3°-D - "Il giudice che, nella fase di indagine, compie qualunque atto incluso nei poteri di cui agli artt. 4° e 5° di questo Codice sarà incompatibile con il ruolo di giudice nel processo." -, il Min. Fux giudica trattarsi di una disposizione formale e sostanzialmente incostituzionale, perché "[...] **il juiz das garantias non è più che un bel nome** dato ad una clausola che danneggerà la realizzazione della garanzia costituzionale alla ragionevole durata dei processi, dell'accesso alla giustizia e all'attuazione dei diritti fondamentali, che dipende dal miglioramento e dall'efficienza della tutela giurisdizionale. Il sistema brasiliano **già possiede** la figura del *juiz das garantias*, tenendo conto del **disegno delle attribuzioni del magistrato** nella fase delle indagini. La funzione di "*juiz de garantias*" è della natura del nostro processo penale, alla luce dei principi cardine della Costituzione di 1988" (si veda l'originale, p. 81). Allo stesso tempo sostiene: "deve essere, dunque, riconosciuto che ogni unità giudiziaria disciplini la materia e crei, se considerato utile e possibile, sue proprie garanzie o giudizi di garanzia, **senza che si impedisca la permanenza del medesimo giudice dell'indagine nella fase successiva dell'azione penale e senza che l'inosservanza della divisione interna delle competenze giudiziali generi qualsiasi tipo di nullità processuale.**" (si veda l'originale, p. 85).

3°) anche nei ragionamenti che il Ministro Fux presenta per giustificare l'incostituzionalità dell'art. 3°-D, egli afferma che il *juiz das garantias* sia misura: "[...] assolutamente innecessaria alla tutela dell'imparzialità giudiziaria nel diritto processuale brasiliano, il quale - diversamente dagli ordinamenti stranieri invocati come modello - ha una marcata fattura accusatoria, essendoci chiara divisione delle funzioni di accusare e

giudicare, e prevede innumerevoli ricorsi e strumenti applicabili nella fase delle indagini, tutti diretti alla correzione di eventuali sospensioni e impedimenti, senza causare i pregiudizi che la legge 13.964/2019 causa per una giusta prestazione giurisdizionale finale” (p. 83).

Cioè, il Ministro Fux ha detto di considerare che il processo penale brasiliano, in cui gli atti di investigazione preliminare sono accessibili al giudice del processo - qualcosa che, oltre che possibile, nella sua visione è necessario - (1° punto) e ove lo stesso giudice che opera nelle indagini possa attuare nel processo (2° punto), possegga carattere accusatoria, siccome vi è chiara divisione delle funzioni di accusare e giudicare (3° punto). Con tale posizione non può concordarsi.

Alla luce di ciò, si giustifica un’indagine al fine di chiarire ciò che vi è di essenziale per differenziare i sistemi processuali. Attraverso una prospettiva comparata Brasile-Italia, si vorrà discutere le possibilità e i limiti che le caratteristiche del principio del contraddittorio, del giudice e dell’accessibilità agli atti delle indagini preliminari presentano per distinguere i sistemi processuali penali.

1. I sistemi

Transitando Considerando la dichiarata ispirazione del codice brasiliano al Codice Rocco (1930) e le strade che le discussioni sulla riforma del processo penale hanno preso in Brasile, conviene, nuovamente, dirigere lo sguardo all’Italia, poiché le discussioni e le opzioni svolte dagli italiani possono aiutare nel chiarimento delle questioni sollevate.

Gli italiani sanno, dal 1964, grazie a Francesco Carnelutti, che il problema principale da affrontare era «[...] il pregiudizio spesso irreparabile arrecato dall’istruzione all’accertamento dibattimentale, declassato da luogo elettivo dell’oralità a desolante ripetizione dei risultati probatori provenienti per osmosi dalla fase anteriore»¹⁰. Partendo dessa idea, Franco Cordero, enquadrando o problema nos termos da antítese entre processo acusatório e inquisitório, sustentou a necessidade «[...] di interdire al giudice la

¹⁰ NEGRI, Daniele (et al). *Fondamenti di procedura penale*. 2 ed. Milano: CEDAM, 2020. p. 36.

conoscenza del fascicolo degli atti istruttori, privandoli di valore probatorio ai fini della sentenza finale»¹¹.

Nel 1964, durante i congressi di Lecce e Bellagio, Franco Cordero¹² presentò le linee di un processo accusatorio “all’italiana” - con struttura e fondamenti propri, che lo allontanano sotto diversi aspetti dall’idea che si ha di processo accusatorio negli Stati Uniti. In sintesi «La riforma che si suggerisce consiste nel declassare tali prodromi a un’attività *preprocessuale* di parte: di qui la conseguenza che le informazioni raccolte dal pubblico ministero siano prive d’efficacia probatoria; esse sono lo strumento di cui l’organo dell’accusa si serve per saggiare il probabile fondamento di un’eventuale domanda: altra cosa sono le prove, che si formano nel dibattimento secondo la regola del contraddittorio»¹³.

La proposta, poi accolta dalla legislazione, era estremamente coerente e lasciava chiaro lo sfondo ideologico dietro alle scelte effettuate dall’autore, che chiarisce essere sua premessa: «[...] che il contraddittorio nella formazione delle prove sia necessario perché un processo degno di gente civile non può farne a meno, e anche perché costituisce una garanzia di veridicità»¹⁴. Nonostante non sia la formula del processo perfetto, presenta meno difetti delle altre.

2. I caratteri del giudice nei modelli

Vale, dunque, la pena di distinguere le caratteristiche principali dei due sistemi analizzando con particolare cura la figura e il ruolo del giudice.

Il giudice-inquisitore, tipico del sistema attualmente in vigore in Brasile e del sistema italiano antecedente al codice, era innanzitutto una figura rappresentativa del **principio di autorità**, estremamente significativo del modello.

¹¹ NEGRI, Daniele (et al). *Fondamenti di procedura penale*. 2 ed. Milano: CEDAM, 2020. p. 37.

¹² CORDERO, Franco. Linee di un processo di parti, in: CORDERO, Franco. *Ideologie del processo penale*. Roma: Università “La Sapienza”, 1997. p. 159-187.

¹³ CORDERO, Franco. Linee di un processo di parti, in: CORDERO, Franco. *Ideologie del processo penale*. Roma: Università “La Sapienza”, 1997. p. 166.

¹⁴ CORDERO, Franco. Diatribe sul processo accusatorio, in: CORDERO, Franco. *Ideologie del processo penale*. Roma: Università “La Sapienza”, 1997. p. 189-215. p. 196.

Egli, infatti, tenderà ad accentrare in sé tutti i poteri necessari all'accertamento della verità, parallelamente privandone le altre parti: egli svolgerà contemporaneamente il ruolo di magistrato decisore, di organo investigativo e d'accusa, nonché di difesa dell'imputato.

Egli, quindi, seppure potrebbe mantenere una imparzialità nel senso di non propendere a priori per la soluzione del procedimento in un senso piuttosto che nell'altro, sempre e per definizione non sarà mai soggetto terzo.

Si tratta del modello caratteristico della cultura giuridica latina¹⁵. In tale sistema si presuppone l'esistenza di una verità che esiste in senso ontologico, oggettivo, che come tale sia precisamente accertabile grazie all'attività istruttoria svolta dal giudice inquisitore che, quindi, deve subire il minor numero di limitazioni e intromissioni: egli, infatti, durante la fase dell'istruzione, opera in segreto ed è libero di decidere quali prove assumere.

Un contraddittorio, invece, quando lo si ha, lo si ha solamente nella successiva fase del giudizio, ove il giudice resta il medesimo e l'interlocuzione con le parti ha il solo scopo di vagliare, verificare ed eventualmente correggere l'attività istruttoria ormai già svolta. Questo è, nella dottrina italiana, definito come **contraddittorio sulla prova**¹⁶.

Nel modello accusatorio cambia molto, se non tutto. Questo, per prima cosa, smette di fondarsi sul principio di autorità, cedendo - invece - il posto alla supremazia che viene concessa al **principio del contraddittorio**. Infatti, abbandonata l'idea della rintracciabilità di una verità in senso ontologico o oggettivo, riconosciutosi - cioè - che l'unico obiettivo cui il procedimento può giungere è quello di passare dalla "*res iudicanda*" alla "*res iudicata pro veritate habetur*"¹⁷, smettono di sussistere le ragioni che giustificano l'attribuzione di poteri tanto invasivi e pregnanti alla figura del giudice.

Se gli strumenti a disposizione del processo penale sono, infatti, fondamentalmente imperfetti, il modo per avvicinarsi il più possibile ad una verità accettabile come tale non è più quello di impedire le interferenze con l'attività istruttoria

¹⁵ Sul tema si veda PACIOTTI, Elena. *Modelli processuali e costituzione*, in *Questione giustizia*, 1999, 2, pp. 209 ss.

¹⁶ Sul tema, meglio approfondito al successivo paragrafo, è stato fondamentale il contributo di SIRACUSANO, Delfino. *Dal processo inquisitorio al processo accusatorio. Luci ed ombre di una svolta epocale*, Torino 25 luglio 2013, richiamato anche da GIOSTRA, Glauco. *Prima lezione sulla giustizia penale*. Roma: Laterza, 2020, pp. 43-49.

¹⁷ Cioè alla cosa giudicata "come se fosse verità", in sua sostituzione e nella consapevolezza che una verità "sicura" non potrà mai essere raggiunta. Sul tema si veda anche, GIOSTRA, G. *Prima lezione*, cit., pp. 6-7.

ma, all'opposto, quello di favorire e potenziare il dialogo tra parti dagli interessi contrapposti¹⁸.

Le conseguenze di tale presa di coscienza sono plurime.

In primo luogo, si affianca al carattere di imparzialità il carattere di necessaria terzietà del giudice rispetto alle parti. Egli deve essere un soggetto istituzionalmente diverso rispetto alle parti, con compiti e poteri diversi da queste.

In secondo luogo, diviene fondamentale la rigida separazione in fasi del procedimento, destinando ad ognuna di esse un giudice diverso: in tal modo si tutela la verginità cognitiva di ognuno di essi, restando certi che la loro decisione non potrà essere condizionata da atti realizzati in fasi precedenti, di cui questi non avranno (o, almeno, non dovrebbero avere) conoscenza.

Infine, il contraddittorio, raggiunge un livello di quasi totale assolutezza, realizzandosi non solo sul valore della prova, ma anche **per l'assunzione della stessa**, vale a dire nella sua forma più piena e tollerando solo limitatissime eccezioni.

Il processo nel modello accusatorio, tipico della tradizione anglosassone, è governato, dunque, dalla figura del giudice-arbitro che non solo decide sulla responsabilità dell'imputato, ma altresì gestisce il gioco delle parti, garantendo che nessuna delle due possa prevalere e sottomettere l'altra. Terzietà ed imparzialità sono, infatti, caratteristiche strumentali ad assicurare la massima realizzazione del principio del contraddittorio, assieme al principio di parità delle armi.

Ma questo giudice-arbitro non è una figura unitaria. Esso si dovrebbe presentare come figura necessariamente frammentaria, con funzioni e poteri diversi a seconda della fase procedimentale in cui interviene, al fine di garantire la verginità cognitiva di colui che è arbitro per ogni fase e, soprattutto, per assicurare che colui che gestirà la fase del contraddittorio più pieno, il dibattimento, non abbia partecipato né assistito alle operazioni investigative o istruttorie delle fasi precedenti.

¹⁸ Non per nulla, seppure ad altri fini, sin dai tempi del diritto romano e poi medioevale si riconosceva il valore dell'affermazione *in ore duorum vel trium stat omne veritas/omne verbum* (nella bocca di due o di tre sta ogni verità/ogni parola). In relazione alla prova testimoniale, con il menzionato brocardo si sottolineava come dal contributo conoscitivo portato dal confronto tra due o più persone (anche se notoriamente disoneste) si ricavano più verità che dalla bocca di uno solo, per quanto *probo sia*.

Si concepisce in tal modo la figura del Giudice per le Indagini preliminari, un giudice *ad acta* responsabile di prendere le decisioni riservate all'organo giudicante nella fase in cui l'azione penale non è stata ancora esercitata. Egli non è un vero e proprio giudice della fase, dovendo intervenire solo per atti specifici laddove la particolare attività del Pubblico Ministero richieda l'adozione di atti particolarmente garantiti e ben potendo non dover mai intervenire nell'intero corso delle investigazioni¹⁹.

Per lo stesso motivo, nasce il distinto ruolo di Giudice dell'Udienza preliminare che (laddove questa sia prevista) sarà chiamato a decidere sull'eventuale rinvio a giudizio dell'imputato, potendo prendere visione di tutti gli atti delle indagini preliminari e dovendo poi operare la separazione fra gli atti di cui potrà prendere immediata conoscenza il giudice del dibattimento (che formeranno il fascicolo del dibattimento) e quelli di cui potrà prendere conoscenza solo dopo la loro formazione in contraddittorio di fronte a lui (che andranno a comporre il fascicolo del Pubblico Ministero).

3. Riflessi nello statuto della prova: tra conservazione degli atti di indagine e la preservazione del principio del contraddittorio perfetto (il giudice e la prova)

Abbiamo avuto, dunque, modo di capire come la scelta del modello, tra accusatorio e inquisitorio, abbia immediate ripercussioni sullo statuto della prova.

In origine, infatti, la convinzione che il processo penale inquisitorio potesse portare all'accertamento di una verità oggettiva, aveva indotto la dottrina e la giurisprudenza dominante a ritenere la vigenza nell'ordinamento italiano di un principio di non dispersione della prova, vale a dire un principio per cui l'utilizzabilità di queste ai fini della decisione non potesse essere limitato per ragioni troppo generali quali l'assenza di un contraddittorio tra le parti.

Così si riteneva che l'unico contraddittorio possibile fosse il contraddittorio "sulla prova": alle parti non si concede il diritto di controvertire in ordine a quali prove

¹⁹ Si veda, per una proposta - nella dottrina italiana - di configurare il Giudice per le Indagini Preliminari quale giudice della fase e non giudice dei singoli atti AMODIO, Ennio. *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2003, 4, pp. 1419 e ss.

ammettere, ma solo in ordine al contributo che queste aggiungono al patrimonio conoscitivo del giudice.

Tanto è vero che quando l'Italia passò dal modello inquisitorio a quello accusatorio, la stessa Corte costituzionale²⁰ mostrò forti resistenze a riconoscere la legittimità di un sistema che implicava la possibile dispersione in blocco degli elementi di prova raccolti durante le indagini preliminari in ragione della loro mancata assunzione in contraddittorio.

A radicare così profondamente l'idea che vigesse tale principio contribuì anche, bisogna ricordarlo, il teso clima politico sociale che vigeva in Italia all'epoca dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale: gli «anni di piombo»²¹ si erano appena conclusi e l'Italia si stava iniziando a fronteggiare, per la prima volta seriamente, con il problema della mafia, che avrebbe di lì a poco ordinato e realizzato uno degli attentati terroristici che più ha scosso l'intero paese, vale a dire l'attentato di via D'Amelio²².

Il risultato fu un forte sentimento di paura nel negare alla lotta contro tali gruppi l'utilizzabilità di ogni elemento di prova e i dubbi sulla legittimità del nuovo sistema furono superati solo con l'introduzione nella Costituzione italiana del principio del contraddittorio all'art. 111, che oggi regola l'equo processo²³.

²⁰ Corte cost., 3 giugno 1992, n. 255, in *Giur. cost.*, 1992, pp. 1961-1971, a p. 1967. Tra i numerosi commenti si segnalano: ILLUMINATI, Giulio. *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sentenza n. 255 del 1992*, in *Giur. cost.*, 1992, pp. 1973-1979; TONINI, Paolo. *Cade la concezione massimalistica del principio di immediatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 1137-1141; FERRUA, Paolo. *La sentenza costituzionale n. 255 del 1992: declino del processo accusatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, pp. 1455-1467.

²¹ Gli «anni di piombo» identificano in Italia un periodo storico compreso tra la fine degli anni 1960 e gli inizi degli anni 1980, in cui si verificò un'estremizzazione della dialettica politica che produsse violenze di piazza, lotta armata e terrorismo. In tale periodo furono numerosi gli attentati a sfondo politico dei gruppi estremisti sia di sinistra che di destra, convinti che la lotta armata fosse la strada per assicurare la prevalenza della propria ideologia.

²² La strage di via D'Amelio fu un attentato di stampo terroristico-mafioso avvenuto domenica 19 luglio 1992, in via Mariano D'Amelio a Palermo, in Italia, in cui persero la vita il magistrato italiano Paolo Borsellino, tra i più impegnati nella lotta alla mafia, di cui diventerà simbolo, e cinque agenti della sua scorta.

²³ Di seguito il testo integrale dell'articolo:

“La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo.

Ad oggi, dunque, lo statuto della prova penale in Italia è quello di seguito esposto.

Nel corso delle indagini preliminari la Pubblica accusa svolge l'attività investigativa e raccoglie gli elementi di prova necessari all'accertamento sulla responsabilità penale dell'indagato in quasi assoluta libertà.

Il Giudice delle indagini preliminari sarà, invece, chiamato a intervenire solo in due possibili situazioni:

Nella prima, egli ha l'importante compito di anticipare le garanzie del contraddittorio in una fase che fisiologicamente ne sarebbe sprovvista. In particolare, nei casi in cui non sia possibile attendere i tempi del dibattimento, si procederà a quello chiamato incidente probatorio, una sorta di mini udienza dibattimentale a soli fini istruttori. In questo caso, la presenza del Giudice per le Indagini Preliminari ha lo scopo di assicurare il corretto svolgimento del contraddittorio per poter attribuire sin da subito valore di piena prova all'atto istruttorio realizzato di fronte a lui;

Nella seconda, egli ricopre una funzione di garanzia nel caso in cui il Pubblico ministero intenda procedere al compimento di un atto potenzialmente lesivo di un diritto particolarmente garantito. Il Giudice per le Indagini Preliminari ha, dunque, un ruolo meramente autorizzatorio, nel senso di decidere in positivamente o negativamente relativamente alla richiesta del pubblico ministero di procedere a determinate attività investigative (è il caso delle intercettazioni).

Se, però, non vi è stata anticipazione delle garanzie dibattimentali, allora il materiale probatorio raccolto durante le fasi antecedenti dovrà attraversare una nuova procedura istruttoria che osservi il principio del contraddittorio, che stavolta non è solo un "contraddittorio sulla prova", ma un pieno "contraddittorio **per la prova**".

Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.

La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita.

Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.

Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.

Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione."

Così, il procedimento istruttorio dibattimentale si articola in quattro fasi:

La **richiesta**. per l'art. 190 c.p.p. il diritto di richiedere le prove è rimesso, innanzitutto, al gioco delle parti, che potranno liberamente scegliere quale parte del materiale precedentemente raccolto introdurre nel dibattimento e, quindi, permettere al giudice di utilizzare per la sua decisione. Al contrario, l'iniziativa probatoria ufficiosa è ipotesi eccezionale come chiarito dal comma 2 del citato art. 190, che specifica che i casi in cui essa sia possibile sono stabiliti per legge;

L'**ammissione**. Una volta richiesta, la prova deve essere anzitutto ammessa in base ad una valutazione in astratto del contributo conoscitivo che questa potrebbe apportare. La regola generale è posta sempre dallo stesso art. 190, che prevede che il giudice ammetta senza ritardo le prove non vietate dalla legge e non manifestamente superflue o irrilevanti, ma questa regola viene diversamente modulata a seconda della fase in cui ci si trova²⁴;

L'**assunzione**. Ammessa la prova bisognerà seguire la procedura per la sua assunzione, di fronte al giudice, con osservanza del principio del contraddittorio (questo è il contraddittorio per la prova). In questo caso non vi è una regola generale ma dovrà seguirsi la disciplina dettata per lo specifico mezzo di prova;

Infine, la **valutazione**. Il giudice, terminata l'istruzione, dovrà decidere sul valore che intende dare alle prove legittimamente assunte di fronte a lui. Su tale valore avranno, di nuovo, diritto di contraddittorio (qui, sulla prova) le parti.

Ad assicurare che questo *iter* sia sempre seguito nel corso di ogni procedimento è posto l'art. 526 c.p.p., che stabilisce che il giudice non può utilizzare ai fini della decisione prove diverse da quelle da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento²⁵.

L'articolo mira a fornire un'ulteriore assicurazione contro l'inquinamento della *virgin mind* del giudice della decisione, impedendo il libero transito di elementi raccolti durante le indagini preliminari al patrimonio conoscitivo del giudice.

Tuttavia, vi sono dei casi in cui la prova raccolta prima del dibattimento (o meglio, senza contraddittorio) può essere utilizzata, comunque, dal giudice nella sua decisione. Le

²⁴ Si possono confrontare, ad esempio, gli artt. 495, 603 o 438 del c.p.p. italiano.

²⁵ Si tratta dell'invalidità nota nell'ordinamento italiano con il nome di "inutilizzabilità fisiologica".

tre eccezioni, che essendo poste ad un principio di rango costituzionale non potevano che essere dettate dalla stessa Costituzione, sono tipizzate nello stesso articolo 111, comma 5, Cost., che stabilisce che la prova si assuma fuori dal contraddittorio solo nei casi, previsti dalla legge, di consenso dell'imputato, impossibilità sopravvenuta [e imprevedibile] di natura oggettiva e di provata condotta illecita.

4. Il doppio fascicolo come presidio del modello accusatorio

La strada che il legislatore italiano del'88 ha scelto di seguire per garantire la separazione delle fasi, l'effettività del contraddittorio e la *virgin mind* del giudice-arbitro, è stata semplice eppure efficace: ha introdotto il sistema del doppio fascicolo²⁶.

Come si diceva nei paragrafi precedenti, infatti, il giudice dell'Udienza Preliminari ha - almeno - due importanti ruoli.

In primo luogo, ma non interessa questa trattazione, egli decide sulla astratta prevedibilità di una punizione per l'imputato, fungendo da filtro delle azioni penali avventate.

In secondo luogo, qualora egli decida di rinviare a giudizio l'imputato, egli avrà il ruolo di suddividere il fascicolo delle indagini preliminari, contenente tutto il materiale probatorio raccolto fino a quel momento (e, tutto, utilizzabile ai fini del rinvio a giudizio) nei due fascicoli che andranno rispettivamente al Giudice del dibattimento e al Pubblico Ministero.

Al primo, che nell'idea del legislatore era destinato a restare molto leggero, potranno accedere solo gli atti che eccezionalmente siano stati già assunti nel contraddittorio tra le parti²⁷, ovvero quegli atti rientranti in una delle tre eccezioni costituzionali al principio del contraddittorio²⁸.

Nel secondo, invece, andranno a finire tutti gli altri elementi investigativi, che potranno essere utilizzati esclusivamente dalle parti al solo fine di intaccare la credibilità

²⁶ Sul tema del doppio fascicolo, Cfr. BRONZO, Pasquale. *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*. Padova: CEDAM, 2017.

²⁷ Si è già detto, *supra*, dell'istituto dell'incidente probatorio.

²⁸ Così, potranno eccezionalmente accedere al fascicolo del dibattimento le prove concordate dalle parti (consenso dell'imputato) o i verbali degli atti non ripetibili già compiuti (impossibilità).

dei testimoni. Da questo, tuttavia, avranno la possibilità di transitare al primo a mano a mano che l'istruttoria procederà e che gli stessi elementi saranno riassunti nel contraddittorio tra le parti, ovvero si realizzeranno le condizioni di eccezione già menzionati.

Il doppio fascicolo, dunque, rappresenta un “tratto qualificante dell'architettura del codice di rito penale del 1989”²⁹ e, secondo una interessante dottrina³⁰, esso non sarebbe solo un riflesso della volontà di tenere distinte le fasi o di assicurare l'imparzialità del giudice, ma, altresì, quella di garantire la neutralità metodologica del giudice del dibattimento nella ricostruzione del fatto.

Vi è, tuttavia, da riconoscere che l'originale idea che il fascicolo del dibattimento avrebbe dovuto essere una cartella “leggera” costituita dai pochi atti che *eccezionalmente* si fossero formati in contraddittorio o che siano ammessi al di fuori di questo, si è presto sgretolata.

Infatti, sempre più frequenti interventi hanno ampliato enormemente la varietà degli atti destinati ad essere immediatamente inseriti nel fascicolo del giudice.

5. Considerazioni conclusive

Prima conclusione: sostenere la separazione tra le funzioni di accusa e di giudicare come criterio distintivo principale tra processo accusatorio e inquisitorio maschera la realtà del processo penale brasiliano, legittimando lo *status quo*.

Se il CPP/41 è stato ispirato nel Codice Rocco, il testo originale del Codice brasiliano struttura un processo di natura essenzialmente inquisitoria, la forza del contraddittorio nella formazione della prova è l'aspetto essenziale per qualificare un processo come accusatorio o inquisitorio, le riforme parziali non hanno cambiato sostanzialmente il CPP con riguardo alla forza del contraddittorio nella formazione della prova, quindi, il processo penale brasiliano è essenzialmente inquisitorio.

²⁹ GABRIELLI, Chiara. *Sull'incompatibilità a celebrare il dibattimento del giudice che ha rigettato la richiesta di messa alla prova, una pronuncia nel solco della tradizione che lascia aperti i problemi*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2022, 2, pp. 883 e ss.

³⁰ UBERTIS, Giulio. *Neutralità metodologica e principio di acquisizione processuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 2007, pp.16 e ss.

Per concludere in maniera diversa, l'argomento dovrebbe articolarsi da altre premesse. Sarebbe necessario o considerare che il testo originale del CPP non strutturava un processo essenzialmente inquisitorio, e ciò direziona la divergenza ai criteri di utilizzazione degli aggettivi accusatorio/inquisitorio; o che le riforme parziali sono state sufficienti per cambiare la natura preesistente del Codice, e ciò presuppone la divergenza su come impiegare i termini accusatorio e inquisitorio; o che la semplice separazione di funzioni tra accusare e giudicare è il criterio determinante per definire un processo penale come inquisitorio o accusatorio.

Il problema è che, sul criterio determinante di qualificazione dei sistemi processuali, questo si presta alla legittimazione discorsiva dello *status quo* del processo penale brasiliano: definire *accusatorio* un processo in cui il contraddittorio è debole maschera la realtà. Se il contraddittorio rappresenta il metodo meno imperfetto per portare al presente conoscenza su un fatto passato, si mostra necessario rinforzarlo, perchè accrescere l'affidabilità della conoscenza sulla quale il giudice accerterà la verità processuale aiuta a meglio garantire i cittadini in nome dei quali la giustizia penale viene (o dovrebbe venire) amministrata.

Ad essere realmente dirimente, quando si tratta di capire se un sistema processuale sia di stampo inquisitorio o accusatorio, non è tanto la formale distinzione tra chi svolge il ruolo di decisore e chi quella di investigatore, quanto la sostanziale equiparazione delle parti che si contrappongono all'interno del processo penale.

Perde, allora, rilevanza anche la posizione di chi liquida la questione dicendo che assume rilevanza solo la porzione del procedimento che si svolge dopo l'esercizio dell'azione penale essendo irrilevante ciò che avviene nella fase delle indagini. Come dimostrato parlando del sistema del doppio fascicolo, non impedire la contaminazione della *virgin mind* di chi svolge la funzione decisoria all'interno del procedimento penale, ammettendo esplicitamente che i ruoli non siano incompatibili, riporta ci che avviene durante le indagini ad avere valore nel processo vero e proprio: non può essere questo, quindi, in criterio dirimente.

A decidere se un sistema possa definirsi accusatorio piuttosto che inquisitorio dovrebbe invece essere la situazione processuale delle parti dal punto di vista della

titolarità del diritto a chiedere le prove e da quello delle modalità del suo esercizio. Ciò ha un fondamento anche etimologico: se *accusare*, infatti, deriva dal latino e significa semplicemente “attribuire a taluno una causa”, *inquisire* (dal latino *inquirere*) significa più strettamente sottoporre (qualcuno) a indagine, evocando l’immagine di un’evidente sottomissione di colui che viene indagato rispetto a colui che indaga.

La formale ripartizione tra il soggetto che esercita le funzioni di indagante e chi quelle di decidente dovrebbe essere, invece, ridotta a previsione meramente strumentale, necessaria (ma non sufficiente) a garantire che non vi sia inferiorità di una parte rispetto all’altra. Questa, tuttavia, dovrebbe essere accompagnata da altre previsioni e tutele che assicurino che le parti contribuiscano al raggiungimento della verità processuale in maniera equa: effettiva terzietà ed imparzialità del giudice rispetto ai fatti di causa; parità delle armi (cioè che poteri e facoltà processuali siano simmetricamente distribuite); effettività del contraddittorio; distinzione in fasi.

Tutto il resto è inquisizione!

Referenze

AMODIO, Ennio. *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2003, 4, pp. 1419 e ss.

BRASIL. Senado. *Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, 2009.

BRONZO, Pasquale. *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*. Padova: CEDAM, 2017

Constituições brasileiras, disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras>

Sobre as reformas parciais do CPP, informação disponível em: < <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEL&numero=3689&ano=1941&ato=cba0zZE5kMnRkT5ee> >. Acesso em: 20 de julho de 2023.

Corte cost., 3 giugno 1992, n. 255, in *Giur. cost.*, 1992, pp. 1961-1971, a p. 1967.

CORDERO, Franco. Diatribe sul processo accusatorio, in: CORDERO, Franco. *Ideologie del processo penale*. Roma: Università “La Sapienza”, 1997. p. 189-215.

_____. *Le situazioni soggettive nel processo penale*. Ristampa anastatica con prefazione di Paolo Ferrua. Torino: G. Giappichelli, 2022.

_____. Linee di un processo di parti, in: CORDERO, Franco. *Ideologie del processo penale*. Roma: Università "La Sapienza", 1997. p. 159-187.

_____. *Procedura penale*. 9 ed. Milano: Giuffrè, 1987.

CUNHA SOUZA, Bruno. *Escassez, Eficiência e Ação Penal Pública: entre a obrigatoriedade e a oportunidade no exercício da ação*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

Exposição de Motivos do CPP.

FERRUUA, Paolo *La sentenza costituzionale n. 255 del 1992: declino del processo accusatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, pp. 1455-1467

GABRIELLI, Chiara. *Sull'incompatibilità a celebrare il dibattimento del giudice che ha rigettato la richiesta di messa alla prova, una pronuncia nel solco della tradizione che lascia aperti i problemi*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2022, 2, pp. 883 e ss.

GIOSTRA, Glauco. *Prima lezione sulla giustizia penale*. Roma: Laterza, 2020.

ILLUMINATI, Giulio. *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sentenza n. 255 del 1999*, in *Giur. cost.*, 1992, pp. 1973-1979.

NEGRI, Daniele (et al). *Fondamenti di procedura penale*. 2 ed. Milano: CEDAM, 2020.

PACIOTTI, Elena. *Modelli processuali e costituzione*, in *Questione giustizia*, 1999, 2, pp. 209 ss.

SIRACUSANO, Delfino. *Dal processo inquisitorio al processo accusatorio. Luci ed ombre di una svolta epocale*, Torino 25 luglio 2013

TONINI, Paolo. *Cade la concezione massimalistica del principio di immediatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 1137-1141

UBERTIS, Giulio. *Neutralità metodologica e principio di acquisizione processuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 2007, pp.16 e ss..