

PROFILI CRITICI DELLA DISPONIBILITÀ NELLA GIURISDIZIONE PENALE

Antonietta Palomba *

Sintesi della tesi di laurea in Procedura Penale discussa presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Salerno, Scuola di Giurisprudenza, il giorno 05/02/2024 dal titolo "Il principio dispositivo in materia probatoria e la negoziabilità della giurisdizione". Relatore: Prof. Felice Pier Carlo Iovino.

Presentazione del lavoro:

La buona capacità espositiva e la fluidità del testo evidenziano la maturazione dello studio compiuto e la consapevolezza degli argomenti affrontati. La notevole e completa ricostruzione dei precedenti bibliografici e giurisprudenziali costituisce la base di partenza di un accurato e paziente lavoro di ricerca teso a seguire le evoluzioni e gli sviluppi di una disciplina non sempre agevole ed intuitiva.

I risultati della ricerca sono interessanti e analizzati con uno spiccato senso critico che permette di individuare tematiche che potranno essere oggetto di successivi approfondimenti scientifici.

Il lavoro appare, pertanto, degno di pubblicazione quale pezzo di esordio.

Prof. Felice Pier Carlo Iovino (Associato di Procedura Penale, DSG).

Dal lavoro "Il principio dispositivo in materia probatoria e la negoziabilità della giurisdizione". traspare come la ricerca intrapresa, si sia rivelata complessa, sia nelle tematiche sia nelle implicazioni, e gli obiettivi difficoltosi da perseguire, i risultati conseguiti dimostrano la significatività del tema proposto e sostengono la validità delle argomentazioni avanzate.

L'elaborato dimostra, inoltre, come in tale analisi si sia tenuto adeguatamente conto della vasta letteratura esistente, fino ai più recenti aggiornamenti per cui appare idoneo alla pubblicazione quale pezzo di esordio. L'impegno intellettuale di ricostruzione e di elaborazione di soluzioni richiesto dalla tesi, testimoniano l'interesse verso gli argomenti affrontati, ed evidenziano qualità che certamente troveranno adeguato riscontro in futuri impegni.

Prof. Angelo Alessandro Sammarco (Associato di Procedura Penale, DSG).

SOMMARIO: 1.- L'apertura alla disponibilità nella giurisdizione processualpenalistica; 2.- La madre di tutte le battaglie; 3.- Correlate prospettive *de iure condendo*; 4.- Le peculiarità della remissione di querela extraprocessuale; 5.- L'apertura della giurisprudenza alla remissione di querela extraprocessuale in caso di applicazione di pena su richiesta: analisi critica.

1.- L'apertura alla disponibilità nella giurisdizione processualpenalistica.

Il principio dispositivo in materia probatoria informa tutto l'ordinamento giuridico, infatti, dall'articolo 2697 del codice civile si evince l'ordine di distribuzione dell'onere probatorio, nel rispetto dell'antico brocardo "*onus probandi incumbit ei qui dicit*". La necessità che la

* Laureata in Giurisprudenza presso l'Università degli studi di Salerno. Tirocinante ex. art. 73 del d. l. 69/2013 presso il Tribunale di Torre Annunziata, praticante avvocato.

prova sia introdotta a richiesta di parte è l'essenza di questo fondamentale principio: la parte, dunque, dispone dell'iniziativa volta all'ammissione del mezzo di prova. L'art. 190 del codice di procedura penale, infatti, prevede proprio questo, mentre il vaglia di non ammissibilità riservato al giudice è relativo alle prove *contra legem*, manifestamente superflue o irrilevanti. Nel confronto tra processo civile e penale, emergono però delle differenze sostanziali. Anzitutto rispetto al *quantum* probatorio richiesto: nel primo lo standard probatorio segue la regola del "più probabile che no", uniforme per attore e convenuto. Diversamente, nel processo penale, l'accusa ha l'onere di dimostrare la colpevolezza dell'imputato in modo da superare la soglia del ragionevole dubbio¹, mentre l'imputato non ha alcun onere, potendo sia rimanere inerte, sia limitarsi, nell'esercizio del proprio diritto di difesa, a cercare di instillare nella mente del giudice il ragionevole dubbio, minando la ricostruzione proposta dal magistrato del pubblico ministero, senza doverne proporre una alternativa².

Per comprendere la portata del principio in esame, risulta necessario richiamare la legge delega per la redazione dell'attuale codice di rito³, nella quale il legislatore aveva espresso intenzioni chiare. L'art. 2 della delega prevedeva l'attuazione del modello processuale accusatorio⁴, nel rispetto della Costituzione. Vieppiù, la direttiva n.73 del citato articolo prevedeva, senza inserire alcun limite, il potere del giudice di disporre l'assunzione dei mezzi di prova⁵. Non è un caso che nell'articolazione del vigente codice, il libro VI, disciplinante i procedimenti speciali, preceda sistematicamente il libro VII, relativo invece al giudizio secondo il rito ordinario. Si è trattato di una scelta consapevole, basata su una precisa *ratio* finalizzata a rendere il rito speciale la scelta preferenziale e il rito ordinario, da un punto di vista quantitativo, l'eccezione: solo i procedimenti più complessi dovevano arrivare al giudizio ordinario. Questa scelta è confermata, oltre che dal richiamato assetto sistematico, dal dato letterale. La norma che disciplina l'inizio dell'azione penale⁶, infatti, prevede che il pubblico ministero, quando non ritiene di chiedere l'archiviazione, esercita l'azione penale formulando l'imputazione, nei casi previsti dai titoli II, III, IV, V e V-*bis* del libro VI: si tratta dei riti alternativi. Diversamente, prosegue la norma, il magistrato del pubblico ministero formula richiesta di rinvio a

¹ C.p.p., art. 533.1: «Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio. Con la sentenza il giudice applica la pena e le eventuali misure di sicurezza».

² Per l'imputato quello alla difesa è un diritto, che non si sostanzia nella configurazione, in capo allo stesso, di un onere probatorio. Per approfondimenti si rimanda a: F. Caporotundo, *Presunzioni legali e onere della prova nel processo penale*, in *Giurisprudenza Penale Web* 1 (2017) 1-10.

³ Peraltro, la L. n. 81/1987, rappresenta il risultato finale di un articolato dibattito, svoltosi allo scopo di superare le rigide impostazioni del Codice Rocco di stampo fascista, che ha visto contrapporsi l'*animus* accusatorio e quello inquisitorio: il risultato, neanche a dirlo, è stato un sistema processuale tendenzialmente accusatorio, in una articolazione materiale di pesi e contrappesi rispetto ai quali, come in questa sede, è possibile riscontrare punti deboli e criticità.

⁴ L. 81 del 16/02/1987, art. 2: «Il codice di procedura penale deve attuare i principi della Costituzione e adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale. Esso inoltre deve attuare nel processo penale i caratteri del sistema accusatorio, secondo i principi ed i criteri che seguono: (...)».

⁵ L. 81 del 16/02/1987, art. 2: « (...) esame diretto dell'imputato, dei testimoni e dei periti da parte del pubblico ministero e dei difensori, con garanzie idonee ad assicurare la lealtà dell'esame, la genuinità delle risposte, la pertinenza al giudizio e il rispetto della persona, sotto la direzione e la vigilanza del presidente del collegio o del pretore, che decidono immediatamente sulle eccezioni; previsione che l'esame dei testimoni minorenni possa essere effettuato in ogni momento dal giudice, tenute presenti le esigenze di tutela della personalità; potere del presidente, anche su richiesta di altro componente il collegio, o del pretore di indicare alle parti temi nuovi od incompleti utili alla ricerca della verità e di rivolgere domande dirette all'imputato, ai testimoni ed ai periti, salvo in ogni caso il diritto delle parti di concludere l'esame; potere del giudice di disporre l'assunzione di mezzi di prova».

⁶ Pre-riforma Cartabia: c.p.p., art. 405. Post-riforma Cartabia (vigente a decorrere dal 30 dicembre 2022, ai sensi del D. Lgs. 150 del 10.10.2022): art. 407-*bis*.1: «Il pubblico ministero, quando non deve richiedere l'archiviazione, esercita l'azione penale, formulando l'imputazione, nei casi previsti nei titoli II, III, IV, V e V- bis del libro VI ovvero con richiesta di rinvio a giudizio».

giudizio. Dal tenore della disciplina è pacifico desumere una preferenza sia quantitativa che qualitativa del legislatore, per i riti alternativi, che, infatti, sono svariati e variegati nell'ordinamento. Nonostante un'affermazione di tal guisa oggi potrebbe suscitare scalpore, alla luce delle evidenze, sembrerebbe pacifico il *favor* del legislatore delegante per la giurisdizione negoziata, in un'ottica finalizzata alla realizzazione di un sistema processuale accusatorio. Questo quadro non sembra, però, rispecchiare la situazione attuale, in cui il rito alternativo è visto e adottato in quanto eccezione rispetto al rito ordinario. Invero, il sistema processuale vigente è solo "tendenzialmente" accusatorio, essendo infatti riservato al giudice un certo potere di intervento in ambito probatorio, ai sensi dell'art. 507⁷ del codice di rito: previsione, questa, che ha fatto molto discutere.

Vero è che il giudice, in virtù del divieto di *non liquet*, non può denegare giustizia, anche in situazioni di particolare difficoltà decisionale, ma è pacifico domandarsi se questa previsione apra la strada alla possibilità di integrazione probatoria da parte del giudice anche in caso di totale inerzia delle parti.

2.- La madre di tutte le battaglie.

Rispetto a modalità e limiti di applicabilità dell'art. 507 nel sistema processuale vigente, si è svolta tra gli anni Novanta e il Duemiladieci quella che è passata alla storia come "la madre di tutte le battaglie"⁸: si è trattato di uno dei dibattiti più accesi e vibranti della storia processualpenalistica italiana, anche ricordato come "guerra di religione"⁹, di cui si cercherà di ricostruire i passaggi chiave del percorso evolutivo che hanno portato al consolidarsi dell'attuale prassi interpretativo-applicativa. All'esito dell'entrata in vigore della discussa normativa, si è assistito a molteplici tentativi di autocontenimento da parte della giurisprudenza. Era pressoché unanime il timore della magistratura italiana di vedere riaffacciarsi nell'ordinamento l'antica figura del giudice inquisitore; ragion per cui non mancarono pronunce che interpretavano in maniera eccessivamente restrittiva il potere di iniziativa probatoria del giudice, pur non avendo un convincente addentellato normativo a sostegno di questa tendenza¹⁰. In controtendenza intervennero, a partire dal 1992, una serie di pronunce delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale, che col passare del tempo riuscirono a rimettere al centro del sistema il cd "oracolo giurisdicente"¹¹. Le pronunce fondamentali sono state: la sentenza delle S.U. Martin del 1992, le S. U. Greco del 2006 e la sentenza n. 73 del 2010 della Corte Costituzionale¹².

⁷ C.p.p., art. 507, "Ammissione di nuove prove": «1. Terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova. 1 bis. Il giudice può disporre a norma del comma 1 anche l'assunzione di mezzi di prova relativi agli atti acquisiti al fascicolo per il dibattimento a norma degli articoli 431, comma 2, e 493, comma 3».

⁸ Cit. G. Spangher, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino 2015, 76.

⁹ Cit. F. M. Iacoviello, *Processo di parti e poteri probatori del giudice*, in *Cass. Pen.* (1993) 286.

¹⁰ Per approfondimenti si rimanda a: P. Tonini, *Iniziativa d'ufficio del giudice e onere della prova tra principio di imparzialità e funzione cognitiva del processo penale*, in *Cass. Pen.* 5 (2011) 2010 ss.; P. Bronzo, *Il 'principio dispositivo in tema di prova' nel processo penale*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, numero speciale, *I principi nell'esperienza giuridica*, Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, Roma, 14-15 novembre 2014.

¹¹ Come icasticamente definito da F. Cordero, in *Strutture di un codice*, Università degli Studi di Trieste, Celebrazioni del cinquantesimo anniversario dell'istituzione della facoltà di giurisprudenza scienza e tecnica della legislazione, Atti del convegno, Trieste, 28-29 ottobre 1988.

¹² Cass., Sez. Un., 06/11/1992, n. 11227, Martin; Cass. Sez. Un., 18/12/2006, n. 41281, Greco; Corte. Cost., 26/02/2010, n. 73. Per la trattazione storico-giuridica approfondita e l'analisi di ulteriori sentenze facenti parte dell'*excursus* giurisprudenziale in oggetto, si rimanda al testo integrale della tesi di laurea.

Nei casi di specie, il pubblico ministero non aveva depositato in modo tempestivo, nel rispetto dall'articolo 468 c.p.p., le liste testimoniali; di conseguenza, doveva considerarsi inammissibile la correlata istanza di ammissione formulata nelle richieste introduttive, conformemente all'articolo 493 c.p.p. Sorgevano, dunque, degli interrogativi: in primo luogo ci si chiedeva se la mancata o intempestiva allegazione di un mezzo di prova ad opera delle parti potesse precludere al giudice l'esercizio del potere ufficio di autonoma ammissione dei mezzi di prova, conferitogli dall'art. 507 c.p.p. In seconda istanza, se l'esercizio di questo potere fosse ammissibile anche in totale assenza di richieste istruttorie tempestive delle parti. La giurisprudenza è intervenuta chiarendo in che modo tale tipo di intervento del giudice andasse inquadrato, mettendo ordine tra le paure storicamente fondate circa un rischio di ritorno all'inquisitorialità. La valutazione della Suprema Corte è positiva: il potere del giudice di disporre anche d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova previsto dall'art. 507 c.p.p. può essere esercitato anche con riferimento a quelle prove che le parti avrebbero potuto richiedere e non hanno richiesto. La Cassazione ha precisato che ai fini di cui all'art. 507 c.p.p. per prova "nuova" deve intendersi la prova non disposta precedentemente, e non invece la prova sopravvenuta o scoperta, ed ha altresì sostenuto che all'ammissione di una prova "nuova" ai sensi del suddetto articolo il giudice non potrebbe non far seguire l'ammissione anche delle eventuali prove contrarie¹³. Tra i passaggi argomentativi fondamentali, rileva qui richiamare che nella pronuncia Martin del 1992 le S.U. hanno specificato che questo potere non è da declinarsi in quanto sanatoria, ricostruendolo sistematicamente in termini di confronto coi poteri di acquisizione probatoria del giudice d'appello ai sensi dell'art. 603 c.p.p.¹⁴. Questo confronto riveste particolare importanza, poiché non avrebbe senso riconoscere al giudice d'appello un potere di ammissione delle prove più esteso rispetto a quello conferito al giudice di primo grado. L'articolo 603 c.p.p., nell'ambito delle prove nuove, distingue tra prove sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado da quelle già conosciute: tale distinzione evidenzia che, per il legislatore, rientrano nella categoria generale tutte quelle ancora non assunte. Si ricorda, inoltre, che è sempre ammessa la prova contraria e permane il limite previsto dalla legge rispetto al requisito della assoluta necessità. Si richiama altresì, il divieto di esercizio del potere di iniziativa probatoria finalizzato all'esame di ipotesi ricostruttive autonome formulate dal giudice, il quale deve limitarsi a disporre d'ufficio l'assunzione di prove il cui valore dimostrativo in base agli atti si imponga con evidenza. Ultima ma fondamentale argomentazione si fonda sulla necessaria interpretazione sistematica delle norme 507 c.p.p., 50 c.p.p. e 112 della Costituzione: se è vero che l'esercizio dell'azione penale è obbligatorio secondo la Costituzione e irrinunciabile secondo il codice di rito, negare al giudice di acquisire la prova d'ufficio – in special modo laddove la provvista probatoria del Pubblico Ministero sia andata deserta – significherebbe rendere disponibile l'esercizio dell'azione penale, creando un sostanziale escamotage per bloccare l'iter processuale non fornendo al giudice alcun elemento su cui poter fondare la sua decisione, violando quindi la Costituzione. La sentenza Greco del 2006, dal canto suo, ha introdotto un importante chiarimento sulla questione dell'onere della prova nel processo penale. Questo aspetto è cruciale e rappresenta una significativa deviazione dalla dottrina tradizionale, la quale sosteneva che nel processo penale non esistesse un

¹³ Cass., Sez. Un., 06/11/1992, n. 11227, Rv. 191607 – 01.

¹⁴ C.p.p., art. 603. 2 e 3: «2. Se le nuove prove sono sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nei limiti previsti dall'articolo 495 comma 1. 3. La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale è disposta di ufficio se il giudice la ritiene assolutamente necessaria».

vero onere della prova o, al massimo, che si trattasse di un onere imperfetto¹⁵. Le S. U., al contrario, accettano e sottolineano la distinzione tra onere sostanziale e onere formale della prova. Quest'ultimo impone, alla parte che desidera usufruire un mezzo di prova, il dovere di richiederne l'ammissione, come stabilito dall'articolo 190 c.p.p.. È nell'onere formale che si sussume il potere di iniziativa d'ufficio del giudice, ai sensi dell'art. 507 c.p.p., il che non intacca in alcun modo l'onere sostanziale del pubblico ministero di provare il fondamento dell'accusa¹⁶, dimostrando la colpevolezza dell'imputato: proponendo cioè un'ipotesi accusatoria convincente oltre ogni ragionevole dubbio. A sua volta, la difesa ha l'onere di sollevare il ragionevole dubbio. L'esercizio dei poteri di accusa e difesa permane, dunque, nel perimetro dell'onere sostanziale, dal quale il giudice resta totalmente estraneo.

Alla luce di tali impattanti argomentazioni logico-giuridiche, che si sono gradualmente radicate nell'ordinamento, nel 2010 la Corte Costituzionale ha chiuso il cerchio, con la pronuncia n. 73, che ha ricostruito il potere del giudice in termini di doverosità. In particolare, secondo la Consulta se emerge la necessità assoluta di ammettere ulteriori prove, il giudice non dispone del potere discrezionale di decidere se ammettere la prova o basare la decisione sui risultati dell'istruzione probatoria condotta fino a quel momento. In tali circostanze, il giudice ha l'obbligo di ammetterla qualora rispetti il canone dell'assoluta necessità stabilito dall'art. 507 c.p.p.: si configura, quindi, come un dovere per il giudice, non essendo rimessa alla sua discrezionalità la scelta tra l'acquisizione della prova e il proscioglimento (o la condanna) dell'imputato. Tant'è, in giurisprudenza si è precisato che il giudice ha un obbligo di motivazione sul mancato esercizio del potere istruttorio sollecitato da una parte, e la decisione discrezionale sulla non assoluta necessità può essere sindacata in Cassazione nei limiti in cui la motivazione appaia difettosa¹⁷.

3.- Correlate prospettive *de iure condendo*.

Alla luce di quanto fin qui esposto, è possibile affermare pacificamente che in presenza di un quadro probatorio incompleto e suscettibile di essere integrato, il giudice non può applicare direttamente la regola del ragionevole dubbio, emanando sentenza di proscioglimento, bensì deve intervenire esercitando, per quanto possibile, i propri poteri di acquisizione probatoria d'ufficio.

In Italia vige, dunque, un modello accusatorio temperato, caratterizzato da una disponibilità attenuata, all'interno di un processo (a mezzo di rito ordinario) di tipo cognitivo.

Il dibattito costellato da scontri vivaci durati un ventennio è ancora aperto, tuttavia non mancano allarmi -o allarmismi- circa potenziali rischi di parzialità per il giudice che esercita i poteri riconosciutigli dall'art. 507 c.p.p.¹⁸

¹⁵ F. Cordero, *Procedura penale*, III ed., Milano 1955, 845, ritiene trattarsi di «onere imperfetto, perché l'interessato inerte non ha ancora perso». Per ulteriori approfondimenti si rimanda a: C. Quaglierini, *In tema di onere della prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* (1998) 1255-1272.

¹⁶ Cass., Sez. Un., 18/12/2006, n. 41281, Greco, in *Guida dir.* 2 (2007) 86: «superfluo sottolineare che (...) l'esercizio dei poteri in deroga al principio dispositivo non fa venir meno l'onere del pubblico ministero di provare il fondamento dell'accusa e, tanto meno, l'obbligo per il giudice di rispettare i divieti probatori esistenti».

¹⁷ Si veda Cass., Sez. V, 16/04/1998, Biacchi, in *Cass. Pen.* (1999) 2233.

¹⁸ Cfr. F. Giunchedi, *I poteri istruttori del giudice*, in *Archivio Penale* 2 (2014); G. Dean, *Il difficile equilibrio tra parti e giudice nell'assunzione della prova dibattimentale mediante l'esame*, in *Archivio Penale* 1 (2012); L. Tavassi, *Lista testi, diritto alla prova contraria e imparzialità del giudice: spunti per una coerente ricostruzione del sistema*, in *Riv. It. Dir. e proc. Pen.* 2 (2019) 859-880.

Per il giudice che esercita tali poteri si configura quindi il rischio essere, o apparire¹⁹, parziale, ragion per cui sarebbe opportuno, per garantire coerenza sistematica, introdurre un adeguato contrappeso volto a riportare il sistema in equilibrio.

Una strada potrebbe essere quella di introdurre un'ulteriore sanzione processuale in un'ipotesi di ricusazione *ad hoc*, nel caso in cui il giudice tradisca il limite fondamentale al potere di acquisizione probatoria d'ufficio, predisponendolo al fine di perseguire una propria tesi accusatoria, aliena da quella del magistrato del pubblico ministero, andando ad incidere sull'onere probatorio in senso sostanziale, che non gli compete e mai gli competerà. Questa potrebbe essere la soluzione giusta, essendo uno strumento previsto dal legislatore per assicurare il regolare andamento del procedimento sotto la guida di un giudice terzo ed imparziale, lasciando quindi alla parti la libertà di decidere se affidarsi alla sua terzietà, o sollevare la questione, sussistendo il presupposto della nuova fattispecie prospettata. Si ricordi, infatti, che la ricusazione può trovare applicazione solo rispetto alle casistiche tassativamente indicate dalla legge, e non anche in casi aperti alla valutazione dell'istante, come avviene invece nel caso dell'astensione per le gravi ragioni di convenienza²⁰.

La norma potrebbe essere integrata nel seguente modo:

«Art. 37. Ricusazione.

1. Il giudice può essere ricusato dalle parti:

a) nei casi previsti dall'articolo 36 comma 1 lettere a), b), c), d), e), f), g);

b) se nell'esercizio delle funzioni e prima che sia pronunciata sentenza, egli ha manifestato indebitamente il proprio convincimento sui fatti oggetto dell'imputazione;

c) se, nell'esercizio dei poteri riconosciutigli dall'art. 507, egli abbia disposto d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova, idonei a fondare una diversa ipotesi accusatoria.

2. Il giudice ricusato non può pronunciare né concorrere a pronunciare sentenza fino a che non sia intervenuta l'ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la ricusazione».

4.- Le peculiarità della remissione di querela extraprocessuale.

Oggi il problema della disponibilità della giurisdizione, si sposta in tutti quegli ambiti nei quali è possibile identificare una fattispecie di, effettiva, giustizia negoziata. Ci si riferisce chiaramente ai riti

¹⁹ Si ricordi che il giudice non deve solo essere imparziale, ma anche apparire tale. Si richiama, a tal proposito, unanime orientamento della Suprema Corte: «l'esercizio della funzione giurisdizionale impone al giudice il dovere non soltanto di "essere" imparziale, ma anche di "apparire" tale; gli impone non soltanto di essere esente da ogni "parzialità", ma anche di essere "al di sopra di ogni sospetto di parzialità". Mentre l'essere imparziale si declina in relazione al concreto processo, l'apparire imparziale costituisce, invece, un valore immanente alla posizione istituzionale del magistrato, indispensabile per legittimare, presso la pubblica opinione, l'esercizio della giurisdizione come funzione sovrana: l'essere magistrato implica una "immagine pubblica di imparzialità"» Cass. Civ., Sez. Un., 14/5/1998, n. 8906. Si veda anche Cass., Sez. Un. 27/01/2011, n. 23122, Tanzi, in *Guida dir.* 29 (2011) 57: «La imparzialità, insomma, è da intendersi connessa dal lato oggettivo all'indipendenza esterna e interna garantita al giudice e comporta sotto il profilo soggettivo assenza di condizionamenti e pregiudizi. Essa implica inoltre la necessità che il giudice sia anche riconoscibile, e appaia dunque, come imparziale (Corte cost., sent. n. 283 del 2000; sent. n. 131 del 2006), tale obiettiva apparenza essendo condizione di quella fiducia nella giustizia da cui dipende un ordinato vivere civile».

²⁰ C.p.p., art. 36.1, lett h).

alternativi²¹, ma non solo. Merita, infatti, una certa attenzione anche uno strumento del tutto peculiare, quale è la remissione extraprocessuale della querela. Si premette, che la remissione può essere processuale (art. 340 c.p.p.) o extra processuale (art. 152, comma 3, c.p.), e quest'ultima può essere esplicita o tacita. L'ordinamento non specifica quali siano gli atti o i comportamenti dai quali sia possibile ricavare una volontà di remissione tacita. L'art. 152, comma 2, terzo periodo, c.p. attribuisce valore di remissione al compimento da parte del querelante di fatti incompatibili con la volontà di persistere nella querela, a differenza di quanto previsto nell'art. 340 del c.p.p., il quale, con riferimento alle ipotesi di remissione espressa, distingue il caso di dichiarazione ricevuta dall'autorità giudiziaria precedente, da quello di dichiarazione ricevuta da un ufficiale di polizia giudiziaria e contempla sia una forma di remissione processuale che una forma di remissione extraprocessuale.

Un aspetto rilevante che è stato oggetto di dibattito acceso in dottrina e giurisprudenza²² è la controversa natura della remissione: il dettato normativo, infatti, prevede esplicitamente l'accettazione della stessa da parte del querelato²³, il che ha portato a domandarsi se sia da considerarsi come un atto giuridico unilaterale, ovvero un atto bilaterale, avente quindi una vocazione negoziale²⁴. Dottrina e giurisprudenza maggioritaria arrivano a concordare sulla natura unilaterale dell'atto giuridico, che si perfeziona con la sua manifestazione e non necessita di accettazione o adesione del querelato, il quale può solo rifiutare rendendo inefficace la remissione. In altre parole, è necessario e sufficiente il mero fatto giuridico del "non rifiuto", che però non è da confondere con una accettazione tacita²⁵.

A tutto concedere, non si può ignorare il substrato negoziale della remissione, dal cui esercizio si evidenzia una libera scelta della parte, che riversa e realizza concrete conseguenze nel processo. Si tratta di uno «strumento che determina un effetto-filtro causando la chiusura anticipata del procedimento, con contrazione dei tempi processuali, mediante l'estinzione del reato»²⁶. La remissione di querela, infatti, potendo essere anche extra processuale, ben potrebbe basarsi su di un accordo intercorso tra le parti, per quanto, si badi bene, non può essere sottoposta a termini o condizioni²⁷. Questa prospettiva, in effetti, porta ad inquadrare la giurisdizione come pieno appannaggio delle parti.

Dall'analisi delle ultime novelle legislative sembrerebbe, peraltro, pacifico, il *favor* del legislatore rispetto alla remissione, realizzabile anche mediante l'accordo sostanziale *inter partes*, per addivenire

²¹ Le mai soppite questioni sulla disponibilità della giurisdizione rispetto ai riti alternativi, sono state sollevate, soprattutto, in tema di applicazione di pena su richiesta delle parti, all'indomani dell'entrata in vigore del codice di procedura penale. Si veda: *Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni*, in GU n.250 del 24/10/1988 - Suppl. Ordinario n. 93, 189, secondo cui al giudice non andava riconosciuto alcun sindacato sulla congruità della pena richiesta, trattandosi di materia riservata alla determinazione esclusiva delle parti. In tema si veda anche F. Cordero, *Strutture d'un codice*, in *Indice pen.* (1989) 23, per gli spunti in tema di "negozio giuridico-penale" e "regressione dei poteri dell'oracolo giudicante".

²² Per ulteriori approfondimenti si rimanda a: D. Poretti, *Rimessione di querela, accettazione, non rifiuto: la soluzione delle Sezioni Unite e i problemi pratici che ne conseguono*, in *Cass. Pen.* 12 (2012) 4043-4052.

²³ C.p.p., art. 340.1: «La remissione della querela è fatta e accettata personalmente o a mezzo di procuratore speciale, con dichiarazione ricevuta dall'autorità precedente o da un ufficiale di polizia giudiziaria che deve trasmetterla immediatamente alla predetta autorità».

²⁴ Per ulteriori approfondimenti si rimanda a: D. Poretti, *Rimessione cit.*

²⁵ Cass., Sez. Un., 25/5/2011. n. 27610.

²⁶ Cass., Sez. IV, 11/11/2021, n. 45594, Vitucci, in C.E.D. Cass., n. 282301.

²⁷ C.p.p., art. 152.6.

all'estinzione del reato quanto prima possibile. A tal proposito, si tengano in considerazione le modifiche che hanno recentemente interessato l'art. 152 c.p.²⁸. Al primo comma la parola «delitti» è stata sostituita con «reati», il che ha consentito l'estensione della remissione anche alle contravvenzioni²⁹. Al terzo comma sono state introdotte ulteriori ipotesi di remissione extraprocessuale tacita³⁰. *In primis*, in caso di mancata comparizione del querelante senza giustificato motivo all'udienza per la quale sia stato citato a comparire come testimone³¹, facendo tuttavia salvi i casi di impedimento ed eccezioni disciplinati dal neo-introdotto comma 4³². *In secundis*, allorché il querelante abbia partecipato ad un programma di giustizia riparativa concluso con un esito positivo, nondimeno, quando l'esito riparativo comporta l'assunzione da parte dell'imputato di impegni comportamentali, la querela si intende rimessa solo quando gli impegni sono stati rispettati³³.

In questo sistema la rimessione di querela si presenta come un meccanismo di mera de-processualizzazione, che nella versione extraprocessuale vede nell'esclusione del giudice accentuare la sua attitudine efficientistica e deflattiva³⁴.

La questione che resta da analizzare è relativa all'eventualità di una remissione di querela che sopraggiunga dopo l'emanazione della sentenza. Il quinto comma dell'articolo 152 c.p.p. afferma che la remissione può intervenire solo prima della condanna, «salvo i casi per i quali la legge disponga altrimenti». È quindi lecito domandarsi quali siano i casi cui la norma allude. La risposta è complessa, perché, esplicitamente, non ci sono casi codificati. Invero, l'ordinamento italiano ha conosciuto due ipotesi codificate di remissione tardiva, dichiarate tuttavia incostituzionali dalla Consulta circa

²⁸ D.Lgs. 150/2022, art. 1.1, lett. h), n. 1.

²⁹ Nel codice di rito non si è reso necessario un analogo intervento correttivo, poiché le pertinenti disposizioni già si riferiscono ai «reati» in generale (si vedano, ad es. gli artt. 129 e 531 c.p.p. con riguardo alle formule di proscioglimento).

³⁰ C.p., art. 152.3, numeri 1) e 2).

³¹ D.L. 123/2021, art. 1.15, lett. d). Il legislatore si è uniformato ad una prassi deflattiva degli uffici giudicanti avallata dalla giurisprudenza, che ripetutamente si è attestata sul principio di diritto secondo cui costituisce un'ulteriore causa di remissione tacita, di ordine processuale – da affiancarsi a quella extraprocessuale prevista dall'art. 152, comma 2 c.p. – l'assenza del querelante all'udienza dibattimentale, purché previamente ed espressamente avvertito dal giudice che sarebbe derivata come fatto incompatibile con la volontà di persistere nella querela. Cfr. Cass., Sez. Un., 23/06/2016, n. 31668, Pastore, in *C.E.D. Cass.*, n. 267239; Cass., Sez. V, 20/11/2022, n. 42334, De Luca, in *C.E.D. Cass.*, non mass.; Cass., Sez. IV, 29/01/2021, n. 5801, Statuetta, in *C.E.D. Cass.*, n. 280484; Cass., Sez. V, 22/12/2015, n. 12186, D'Orazio, in *C.E.D. Cass.*, n. 266374-01. Come si spiega nella Relazione illustrativa, il riferimento al carattere ingiustificato della mancata comparizione all'udienza del querelante ha reso «superflua l'introduzione di clausole di salvaguardia assimilabili a quella dettata dall'art. 500, comma 4, cod. proc. pen.», avendo il giudice (di ufficio o su impulso di parte) il generale «potere/dovere di svolgere accertamenti sulla prova di un fatto processuale (laddove vi siano elementi suggestivi dell'esistenza di indebiti condizionamenti sul teste)», conseguentemente dovrà essere considerata «senza giustificato motivo» la mancata comparizione del querelante che si ritenga possa essere conseguenza di qualsivoglia forma di indebito condizionamento (violenza, minaccia, offerta o promessa di danaro o di altra utilità, diverse dal risarcimento del danno).

³² C.p., art. 152.4: «La disposizione di cui al terzo comma, numero 1), non si applica quando il querelante è persona incapace per ragioni, anche sopravvenute, di età o di infermità, ovvero persona in condizione di particolare vulnerabilità ai sensi dell'art. 90 quater del c.p.p.. La stessa disposizione non si applica altresì quando la persona che ha proposto querela ha agito nella qualità di esercente la responsabilità genitoriale su un minore, ovvero di rappresentante legale di una persona minore o incapace, ovvero di persona munita di poteri per proporre querela nell'interesse della persona offesa priva in tutto o in parte di autonomia, ovvero di curatore speciale nominato ai sensi dell'articolo 121».

³³ Basta leggere la norma con un approccio critico per rilevare l'evidenza, ovvero l'interesse a che la ricomposizione avvenga prima dell'avvio dei dispendiosi meccanismi della giustizia riparativa e senza l'aiuto di un mediatore, con la sola gestione in prima persona da parte dei protagonisti del fatto di reato.

³⁴ Si noti come la remissione di querela che dovesse intervenire a seguito di mediazione o addirittura a processo in stato avanzato non raggiunge le suddette finalità.

sessant'anni fa, e che non hanno lasciato ulteriori residuati nella disciplina positiva. Si trattava dei casi di adulterio e concubinato *ex artt.* 559 e 560 c.p., elisi dall'ordinamento, rispettivamente il 16/12/1968, con la sentenza n. 126 e il 27/11/1969, con la sentenza n. 147. Queste due norme vanno tuttavia calate nel loro tempo: il bene giuridico oggetto di tutela era la famiglia, ritenuta superiore anche rispetto alla giurisdizione. Quello della disponibilità della giurisdizione non era un problema né sentito né conosciuto dei giuristi dell'epoca, periodo storico in cui, si badi bene, il divorzio nemmeno esisteva, e i valori sociali gerarchicamente organizzati si riflettevano a pieno nell'ordinamento. Fermo, quindi, il divieto di remissione tardiva, la Suprema Corte si è pronunciata sulla possibilità di far valere, attraverso il ricorso per Cassazione, l'estinzione del reato per remissione di querela non tardiva: intervenuta, cioè, dopo l'emanazione della sentenza, ma prima del suo passaggio in giudicato.

Si sono alternati in più di vent'anni orientamenti diametralmente opposti in merito, che nell'assenza (tanto nel codice vigente, quanto nei precedenti) di una disciplina relativa al concorso tra le cause di inammissibilità delle impugnazioni e le cause di non punibilità che impongono l'immediata declaratoria con sentenza ai sensi dell'art. 129 c.p.p., hanno contribuito alla creazione di dubbi ed incertezze³⁵. Gli interpreti hanno, dunque, cercato di ricostruire il quadro, andando incontro a non poche contraddizioni³⁶. Pietra miliare di questo percorso evolutivo è stata la sentenza Chiasserini³⁷, secondo la quale la remissione di querela, intervenuta in pendenza del ricorso per Cassazione e ritualmente accettata, determina l'estinzione del reato, che prevale su eventuali cause di inammissibilità e va rilevata e dichiarata dal giudice di legittimità, purché il ricorso sia stato tempestivamente proposto. In linea con tale principio di diritto vivente, è oggi pacificamente ritenuto ammissibile il ricorso proposto al solo scopo di introdurre nel processo l'intervenuta remissione di querela, come infatti dimostrano le successive pronunce allineate all'orientamento. In tal senso si richiama la sentenza Bestente³⁸, secondo la quale è ammissibile il ricorso per Cassazione proposto al solo fine di introdurre nel processo la remissione della querela, ritualmente accettata, intervenuta dopo la sentenza impugnata e prima della scadenza del termine per la presentazione dell'impugnazione. La Corte ha altresì precisato che, nell'ammissibilità del ricorso, l'effettiva remissione della querela estingue il reato. Vieppiù che un'apertura di tale portata è stata estesa anche ai casi di applicazione di pena su richiesta delle parti (vedi *infra*).

³⁵ Per approfondimento si rimanda a: A. Bargi, *Inammissibilità dell'impugnazione ed immediata declaratoria di cause di non punibilità*, in *Giust. Pen.* 2 (2005) 171; G. Foschini, *Inammissibilità dell'impugnazione e obbligo di declaratoria di cause di non punibilità*, in *Arch. pen.* (1945) 156; A. A. Marandola, *Inammissibilità del ricorso per cassazione e declaratoria di determinate cause di non punibilità nella giurisprudenza delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.* (2000) 1544; A. Gaito, *In tema di confini tra inammissibilità e rigetto del ricorso per cassazione*, in *Giur. it.* 2 (1996) 129, secondo cui «la potestà giurisdizionale si esercita solo nei processi instaurati legalmente» e il controllo «si risolve in un vaglio giudiziale sulla regolarità dell'investitura del giudice rispetto al procedimento concreto».

³⁶ Per ulteriori approfondimenti si rimanda a: F. Lazzarini, *La remissione di querela intervenuta dopo la sentenza di patteggiamento: il rito negoziato non osta (più) alla declaratoria di non punibilità nel giudizio di cassazione*. Nota a *Cass. pen.*, sez. VI, 6 aprile 2022 n. 19853, in *Sistema penale*, Milano.

³⁷ *Cass.*, Sez. Un., 25/02/2004, n. 24246, Chiasserini, in *C.E.D. Cass.*, n. 227681.

³⁸ *Cass.*, Sez. IV, 19/10/2016, n.39226, Bestente, *Rv.* 268625 - 01; si vede anche *Cass.*, Sez. VI, 13/01/2011, n. 2248, Cagnazzo.

5.- L'apertura della giurisprudenza alla remissione di querela extraprocessuale in caso di applicazione di pena su richiesta: analisi critica.

Il tema dell'incidenza del rito sull'accogliibilità del ricorso relativo alla sopravvenuta remissione, è stato estremamente dibattuto e controverso in dottrina e giurisprudenza³⁹. Si consideri che, con la riforma Orlando, sono stati tipizzati in maniera stringente i vizi denunciabili davanti al giudice nomofilattico⁴⁰: in senso aderente al dettato letterale della norma si registra la pronuncia della V sez. pen. del 2018⁴¹ (Conti), con cui la Cassazione aveva sostenuto l'impossibilità di estendere la *ratio* della sentenza Chiasserini al patteggiamento. Decisiva era stata considerata l'incidenza del rito, preclusivo all'applicabilità del principio enunciato dalla richiamata sentenza. La pronuncia si riferiva proprio alla tassatività dei motivi di ricorso *ex art. 448, comma 2-bis, c.p.p.*, per negare che, nella fattispecie, ricorresse un'ipotesi di pena illegale, indi per cui la Cassazione aveva dichiarato l'inammissibilità del ricorso, sulla base della considerazione che l'imputato aveva proposto impugnazione per motivi non consentiti dalla legge processuale⁴².

Tuttavia dall'ultimo biennio 2022-2023 sembrerebbe star prendendo piede un orientamento differente in seno alla Suprema Corte, la quale, infatti, in più occasioni si è pronunciata positivamente circa l'accogliibilità del ricorso proposto avverso sentenza di patteggiamento, avente come unico motivo la sopravvenuta remissione di querela non tardiva, vale a dire successiva all'emanazione della decisione, ma precedente alla formazione del giudicato⁴³. Tale filone giurisprudenziale non pare tradire la visione negoziale del patteggiamento, che vede nell'accordo il suo fondamento; anzi, la possibilità di ricorrere per Cassazione per far valere l'intervenuta remissione di querela, sembra proprio sposare la genesi negoziale del rito. Le sezioni semplici stanno, infatti, pronunciandosi conformemente a questo innovativo orientamento, distaccandosi da quanto affermato nella sentenza Conti, pur dando contezza della sussistenza del differente filone giurisprudenziale⁴⁴. Dall'analisi delle ultime pronunce, appare costituire *ius receptum* il principio affermato dalla sentenza Chiasserini, applicabile anche nel caso di sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 444 c.p.p.. L'intervento della remissione, prima dell'irrevocabilità della sentenza -ha statuito la Suprema Corte- deve poter trovare ingresso nel processo, sulla base di un dato di rilievo sostanziale, che prevale sulla altrimenti ineluttabile declaratoria di inammissibilità del ricorso⁴⁵. Addirittura, la Cassazione ha affermato che non rileva

³⁹ Per approfondimenti si rimanda a F. Lazzarini, *La remissione cit.*; G. Leo, *Ricorso inammissibile e sopravvenuta remissione della querela: un passo indietro delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.* (2004) 3155.

⁴⁰ C.p.p., art. 448. 2-bis, come riformato dalla L. 103 del 23/06/2017: «Il pubblico ministero e l'imputato possono proporre ricorso per cassazione contro la sentenza solo per motivi attinenti all'espressione della volontà dell'imputato, al difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza, all'erronea qualificazione giuridica del fatto e all'illegalità della pena o della misura di sicurezza».

⁴¹ Cass., Sez. V, 04/12/2018, n. 11251, Conti, in C.E.D. Cass., n. 276036.

⁴² In adesione a: Cass., Sez. V, 7/4/2003, n. 39345, Silvestris, Rv. 227030, secondo la quale anche prima della riforma Orlando si era affermato che, in tema di patteggiamento, l'eventuale estinzione del reato intervenuta dopo la sentenza di applicazione della pena su richiesta per remissione della querela, non consentiva di modificare la relativa decisione adottata dal giudice ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen. allo stato degli atti, sicché l'eventuale ricorso per cassazione volto a far riconoscere la causa estintiva sopravvenuta doveva essere dichiarato inammissibile.

⁴³ In particolare si richiamano: Cass., Sez. IV, 08/06/2023, n.33392, Ciociano; Cass., Sez. VI, 06/04/2022, n. 19853, Pellegrino; Cass., Sez. VII, 07/11/2023, n. 49823, Hudorovic.

⁴⁴ Per un'attenta disamina degli orientamenti giurisprudenziali che si sono avvicinati, si rimanda a Cass., Sez. IV, 08/06/2023, n.33392, Ciociano, con particolare attenzione alle pagg. 3-6.

⁴⁵ La remissione di querela intervenuta nel corso del giudizio di cassazione opera come causa di estinzione del reato anche in presenza di ritenuta inammissibilità del ricorso, atteso che essa è validamente effettuabile sino a quando non sia

se la remissione della querela sia avvenuta prima o dopo la sentenza di patteggiamento. L'unico elemento da valutare è che il ricorso sia stato tempestivo e che, pertanto, la sentenza non sia già passata in giudicato⁴⁶.

Questo indirizzo oggi sembrerebbe consolidato: il ricorrente può, dunque, articolare un unico motivo di ricorso volto a introdurre nel procedimento l'intervenuta remissione di querela, in aperto contrasto letterale con il principio di tassatività dei motivi⁴⁷. Sarebbe tuttavia, auspicabile, almeno un intervento delle Sezioni Unite che cristallizzi questo orientamento.

Alla luce di quanto esposto emerge che la remissione di querela, potendo, in caso di sentenza patteggiata, dispiegare pieni effetti oltre l'emanazione della decisione, in sede di ricorso per Cassazione proposto con la suddetta motivazione, realizza una effettiva e piena disponibilità della giurisdizione. La parte diviene praticamente *dominus* dell'azione penale, potendo, di fatto, cancellare persino la decisione del giudice (dopo averne apprezzato il contenuto! Quasi come ad acquisire il potere di giudicare la sentenza) disponendo di uno strumento così impattante che incontra, come unico limite, l'inammissibilità di ricorso tardivo. In altre parole, un potentissimo strumento di revoca postuma del consenso⁴⁸, trasfuso in sede penale.

Volendo analizzare i potenziali futuri risvolti problematici di questo orientamento, si pensi al caso in cui, all'esito della sentenza di patteggiamento statuente condanna ad una pena pecuniaria, vi sia stato un adempimento spontaneo e celere, e che successivamente, il querelante abbia rimesso la querela. Sarebbe legittimo domandarsi quale possa essere la conseguente posizione giuridica dell'ex querelato. Potrebbe questi agire civilmente nei confronti del rimettente, per ottenere la rimessione di quello che si potrebbe pacificamente definire indebito⁴⁹? Potrebbe altresì, in special modo in caso di esito positivo della predetta istanza, chiedere un risarcimento del danno per l'indebito versato -e riacquisito-, qualificandolo in termini di danno emergente, ovvero lucro cessante?

In materia, oltre all'analisi delle ultime pronunce richiamate, non vi sono novità normative da commentare, il che lascia la trattazione ancora aperta ai prossimi sviluppi. L'auspicio per una situazione giuridica così singolare è un intervento del legislatore finalizzato ad ampliare formalmente i motivi di ricorso avverso sentenza di patteggiamento e, laddove vi fosse la puntuale inclusione della remissione di querela non tardiva a fronte di sentenza di patteggiamento, una possibile disciplina di raccordo in sede civilistica per questo verosimile inedito scenario.

INDICE

INTRODUZIONE

I. PREMESSA – IL GIUSTO PROCESSO

intervenuta una sentenza irrevocabile di condanna e quindi sino a quando, ai sensi dell'art. 648, co. 2, cod. proc. pen., non sia stata «pronunciata l'ordinanza o la sentenza che dichiara inammissibile o rigetta il ricorso» (cfr. Cass. Sez. V, 15/2/2002, n. 10637, Bartelloni, Rv. 221498; Cass. Sez. V, 12/3/2002, n. 24129, Santucci, Rv. 222006; Cass. Sez. II, 28/4/2010, n. 18680, Lo Conte, Rv. 247088; Cass. Sez. II, 8/7/2014, n. 37688, Gustinetti, Rv. 259989; Cass. Sez. IV, 11/11/2021, n. 45594, Vitucci, Rv. 282301).

⁴⁶ Cass., Sez. IV, 08/06/2023, n. 33392, Ciociano.

⁴⁷ C.p.p., art. 448.

⁴⁸ Cft. F. Peroni, *La sentenza di patteggiamento*, Padova 1999, 195.

⁴⁹ L'estinzione del reato travolge necessariamente anche le statuizioni civili collegate; sul punto si veda: Cass., Sez. II, 8/7/2014, n. 37688, Vitucci, in C.E.D. Cass., n. 259989.; A. Bargi, *Inammissibilità cit.*

- I.I Il giusto processo nella Cedu.
- I.I.I Diritto al processo .
- I.I.II Presunzione di innocenza: il diritto-cerniera.
- I.I.III Diritti nel processo.
- II.I Il giusto processo nella costituzione italiana .

1. IL PRINCIPIO DISPOSITIVO PROBATORIO E LA RICERCA DELLA VERITÀ

- 1.1 Il principio dispositivo in generale.
- 1.2 Sistemi processuali e principio dispositivo.
- 1.3 Dal giudice inquirente al giudice notaio.
- 1.4 Verità storica e verità processuale.
- 1.5 Lo scopo del processo: risoluzione di conflitti o ricerca della verità? Analisi critica di un falso dilemma.

2. IN MEDIO STAT VIRTUS: IL PROCESSO PENALE ALL'ITALIANA

- 2.1 Il principio dispositivo nel processo penale e nel processo civile: un breve confronto.
- 2.2 Principio dispositivo attenuato in un sistema accusatorio temperato.
- 2.3 La ricerca della verità nel processo penale cognitivo.
- 2.4 Principio di imparzialità tra rischi e garanzie.

3. LA MADRE DI TUTTE LE BATTAGLIE

- 3.1 La guerra di religione intorno all'art 507, tra autocontenimento e restaurazione dell'oracolo giurisdicente.
- 3.2 Le tappe dell'evoluzione giurisprudenziale.
 - 3.2.1 Sezioni Unite 11227/1992 Martin.
 - 3.2.2 Sentenze della corte costituzionale 1992-1993.
 - 3.2.3 Sezioni Unite 41281/2006 Greco.
 - 3.2.3 Corte costituzionale 73/2010.
- 3.3 Ordine dell'esame incrociato in caso di acquisizione probatoria d'ufficio: modalità applicative dell'art. 151 disp. att. c.p.p.
- 3.4 Principio di imparzialità ed iniziativa d'ufficio del giudice: prospettive de iure condendo.

4. DO UT DES. IL PROBLEMA DELLA NEGOZIABILITÀ DELLA GIURISDIZIONE

- 4.1 Il fenomeno volontaristico nel processo penale.
- 4.2 Nei riti speciali in generale.
- 4.3 Nel patteggiamento.
 - 4.3.1 Parallelismi e divergenze tra modello statunitense e italiano.
 - 4.3.2 Un progetto non andato in porto: l. 108 del 1974.
 - 4.3.3 Il ruolo del giudice nel disegno del legislatore del 1988: la nascita del negozio giuridico-penale.
 - 4.3.4 La sentenza C. Cost. 313 del 1990: restaurazione dell'oracolo giurisdicente.
 - 4.3.5 Nulla poena sine iudicio?
 - 4.3.6 Il problema di costituzionalità del patteggiamento.
 - 4.3.7 Il diritto di difendersi "negoziando" in modo consapevole.

4.4 Nella sospensione del processo con messa alla prova.

4.4.1 La presunzione d'innocenza messa alla prova.

4.5 Nella remissione della querela extra processuale.

4.5.1 La remissione di querela post sentenza.

4.6 Nel deferimento del giudizio ad un giuri d'onore.

CONCLUSIONI, *L'assolto* (A. Palazzeschi)

BIBLIOGRAFIA

DI STASI A., Diritto all'equo processo nella Cedu e nella Convenzione americana sui diritti umani, Torino, G. Giappichelli, 2012, 48-49; 97-111; 148-157; 164-189.

DI STASI A., Introduzione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Milano, Wolters Kluwer Italia, 2022, III edizione, 10, 44.

TONINI P., Manuale di procedura penale, XVIII ed., Giuffrè Editore, Milano, 2017, 40-48.

TONINI P., Manuale di procedura penale, XIX ed., Giuffrè Editore, Milano, 2018.

TONINI P., "Iniziativa d'ufficio del giudice e onere della prova tra principio di imparzialità e funzione cognitiva del processo penale", pp. 2010 – 2024, in "Cass. Pen.", n. 05, 2011.

FERRUA P., Il 'giusto processo', III ed., Zanichelli, Bologna, 2012, 1-24.

DAMASKA MIRJAN R., I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo [1986], trad. it., Il Mulino, Bologna, 1991.

DAMASKA M. R., Il diritto delle prove alla deriva, 2003, Bologna, Il Mulino.

ROMANO BAROCCI F. (Nota a sentenza delle S.U. n.11227 del 1992, di -), L'art. 507 c. p. p. nell'interpretazione delle Sezioni unite, in Giurisprudenza Italiana, n. 1, 1 gennaio 1994, p. PAG1206, Wolters Kluwer, One Legale.

BRONZO P., "Il 'principio dispositivo in tema di prova' nel processo penale", in "Rivista italiana per le scienze giuridiche", 2014, numero speciale, "I principi nell'esperienza giuridica", Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, Roma, 14-15 novembre 2014.

CORDERO F., Strutture d'un codice, in: Atti del Convegno, Aa Vv., Università degli studi di Trieste, Celebrazioni del cinquantesimo anniversario dell'istituzione della facoltà di giurisprudenza, Scienza e tecnica della legislazione, Trieste, 28-29 ottobre 1988.

CALAMANDREI P., Il giudice e lo storico, in Riv. dir. proc. civ., 1939, I, p. 110.

MANTOVANI G., RIVERDIT M., AMBROSINO L., BERTUCCI M., GILARDI M., MEZZOLLA V., MIGLIO A., TONI D. (Nota a sentenza della Corte costituzionale n.73 del 2010, di -), Nota in tema di terzietà ed imparzialità del giudice, in Legislazione penale, n. 1, 1 gennaio 2010, p. 84, Wolters Kluwer, One Legale.

LA ROCCA E. N., La scelta del rito da parte dell'imputato: sopravvenienze e vizi della volontà, in Archivio Penale 2015, n. 2., Par. 1, 2.

CALLARI F., L'applicazione della pena su richiesta delle parti: uno "speciale" paradigma processuale cognitivo, in *Archivio Penale* 2012, n. 3.

GAZZETTA UFFICIALE n. 250 del 24-10-1988. Suppl. Ordinario n. 93. Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni.

GAZZETTA UFFICIALE n.62 del 16 - 03 - 1987, Suppl. ord. Legge n. 81 del 1987. Delega legislativa al Governo del Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale.

MICHELE A., Nota a sent. C. Cost. N. 313 del 1990, Nota in tema di applicazione della pena su richiesta delle parti, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 11, 1 novembre 1992, p. PAG1112, Wolters Kluwer, One Legale.

CORTE COSTITUZIONALE, Sentenza n. 313 del 02/07/1990 (data ud. 26/06/1990), Wolters Kluwer, One Legale.

MAZZA O., La presunzione di innocenza messa alla prova, in *Diritto penale contemporaneo*. Testo della relazione svolta al Convegno "Nei limiti della Costituzione: il codice repubblicano e il processo penale contemporaneo" (Roma, 28-29 settembre 2018).

PORETTI D., Rimessione di querela, accettazione, non rifiuto: la soluzione delle Sezioni Unite e i problemi pratici che ne conseguono, in *Cass. Pen.* n. 12, 2012, pp 4043-4052.

LAZZARINI F., La remissione di querela intervenuta dopo la sentenza di patteggiamento: il rito negoziato non osta (più) alla declaratoria di non punibilità nel giudizio di cassazione. Nota a *Cass. pen.*, sez. VI, 6 aprile 2022 n. 19853, in *Sistema penale*, Editore Associazione "Progetto giustizia penale", Milano.

BARGI A., Inammissibilità dell'impugnazione ed immediata declaratoria di cause di non punibilità, in *Giust. Pen.*, 2005, 2, 171;

FOSCHINI G., Inammissibilità dell'impugnazione e obbligo di declaratoria di cause di non punibilità, in *Arch. pen.*, 1945, 156.

MARANDOLA A. A., Inammissibilità del ricorso per cassazione e declaratoria di determinate cause di non punibilità nella giurisprudenza delle Sezioni unite, in *Cass. pen.*, 2000, 1544.

GAITO A., In tema di confini tra inammissibilità e rigetto del ricorso per cassazione, in *Giur. it.*, 1996, II, 129.

PERONI F., *La sentenza di patteggiamento*, Padova, 1999.

QUAGLIERINI C., In tema di onere della prova nel processo penale, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998.

SITOGRAFIA

Consiglio d'Europa: <https://www.coe.int/it/web/portal/eu-accession-echr-questions-and-answers>.

FUSCO A., “Il superamento della revisione europea ad opera della riforma Cartabia : la vigente disciplina della restitutio in integrum nel sistema penale quale effetto di una sentenza della corte europea dei diritti dell’uomo.”, in *Ilprocessodigitale.it*, consultato il 01/08/23. <https://www.ilprocessodigitale.it/2023/02/21/il-superamento-della-revisione-europea-ad-opera-della-riforma-cartabia-la-vigente-disciplina-della-restitutio-in-integrum-nel-sistema-penale-quale-effetto-di-una-sentenza-della-corte-europea-dei-di/>.

GRIGIONI G. V., “La pubblicità dell’udienza”, *Questionegiustizia.it*, consultato il 03/08/23. https://www.questionegiustizia.it/speciale/articolo/la-pubblicita-dell-udienza_74.php.

DE FRANCO E., “La riforma c.d. “Cartabia” in tema di procedimento penale. Una pericolosa eterogenesi dei fini”, par.1, , in “*Questionegiustizia.it*”, 19/12/2022, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/cartabia-penale>

BORGNA P., “Verità storica e verità processuale”, in *Questionegiustizia.it*, 09/10/2019. https://www.questionegiustizia.it/articolo/verita-storica-e-verita-processuale-_09-10-2019.php

ROSONI, “Verità storica e verità processuale, lo storico diventa perito”, in *Acta Historiae*, 19-2011, 1-2.

Chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcgglefindmkaj/https://zdjp.si/wpcontent/uploads/2015/08/rosoni.pdf

COSTARELLI F., “Verità processuale o verità storica?”, *Treccani Magazine*, 02/07/2019. https://www.treccani.it/magazine/chiasmo/diritto_e_societa/Apprendimento/SGL_apprendimento_processuale.html

COSTARELLI F., Verità processuale o verità storica?, in *Treccani Megazine*, 02/07/2019. https://www.treccani.it/magazine/chiasmo/diritto_e_societa/Apprendimento/SGL_apprendimento_processuale.html

COLAO F., *Per una Storia del Processo Penale «all’Italiana». «Astratte Modellistiche» e «Abitudini Profondamente Radicate»*. pp. 262 ss. Pubblicato da: Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory (2016).

ACQUAVIVA M., Chi rimette la querela rinuncia al risarcimento?, in “*Laleggepertutti.it*” pubblicato il 9 Settembre 2023. https://www.laleggepertutti.it/637998_chi-rimette-la-querela-rinuncia-al-risarcimento#La_remissione_di_querela_esclude_il_risarcimento

CAPOROTUNDO F., “Presunzioni legali e onere della prova nel processo penale”, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 1.

Abstract. - Il presente lavoro parte dall’analisi del principio dispositivo in materia probatoria, con lo scopo di individuare, in proposito, i punti di forza e di debolezza del sistema processuale vigente, ricostruendoli partendo dalle intenzioni del legislatore del 1987. Rilevando una grande apertura alla disponibilità nella giurisdizione processualpenalistica, si passa ad analizzarne gli aspetti che nella recente storia giuridica italiana si sono rivelati maggiormente critici. *In primis*, si affronta l’annosa questione relativa al potere di acquisizione probatoria d’ufficio ai sensi dell’art. 507 c.p.p.,

ripercorrendone l'evoluzione giurisprudenziale dal 1992 al 2010. Esaminata quella che è stata ricordata da G. Spangher come “la madre di tutte le battaglie”, e preso atto del fatto che non vi è stata una presa di posizione del legislatore in merito, si propone una soluzione *de iure condendo*, individuata nella possibilità di introdurre una nuova ipotesi di ricusazione *ad hoc*, che disciplini il caso in cui il giudice, nell'esercizio dei poteri di cui all'art. 507 c.p.p., intacchi l'onore della prova in senso sostanziale, che è, e rimane, esclusivo appannaggio delle parti processuali. *In secundis*, l'elemento della disponibilità della giurisdizione viene poi esplorato nella sua dimensione problematica contemporanea, vale a dire quella dei “riti negoziali”. Si porta, quindi, il *focus*, sul tema della cosiddetta giustizia negoziata, analizzandone un peculiare strumento, quale è la remissione di querela extraprocessuale. Una volta individuati gli elementi problematici dello strumento, che determina, di fatto, un effetto-filtro, causando la chiusura anticipata del procedimento e l'estinzione del reato; si conclude, analizzando recentissime pronunce della Suprema Corte. In particolare, ci si sofferma sulla possibilità di proporre ricorso per Cassazione avverso sentenza di condanna pronunciata ai sensi dell'art. 444 c.p.p., fondando il ricorso solo sulla sopraggiunta remissione non tardiva di querela.

This paper starts from the analysis of the dispositive principle in evidentiary matters. The aim is to identify the strengths and weaknesses of the current procedural system and rebuild them basing on the legislator's purposes back in 1987. After an availability increase in criminal trial jurisdiction being stated, we might proceed and analyse the aspects proven to be the most critical in recent Italian legal history. Firstly, we shall discuss the longstanding issue on the power to acquire official evidence *ex art. 507* of the Code of Criminal Procedure, tracing its jurisprudential evolution from 1992 to 2010. Taking what has been called by G. Spangher as “the mother of all battles” into examination and acknowledging that no position by the substantive legislator has been taken, a *de iure condendo* solution is proposed, which includes the possibility of introducing a new *ad hoc* objection hypothesis that would regulate the case where a judge, whilst exercising the powers *ex art. 507* of the Code of Criminal Procedure, affects the honour of proof in a substantial sense, this being an exclusive prerogative of the trial parties. Secondly, the jurisdiction availability is then explored in its contemporary problematic dimension, i.e. the “negotiation rites”. Therefore, the focus is brought to the so-called “negotiated justice” topic, analysing a peculiar aspect of it: the lawsuit's extra-trial remission, which, in fact, determines a filter effect, causing the early closure of the process and the extinction of the offence. Once identified the problematic aspects, we can conclude, not without first consulting the Supreme Court's most recent pronouncements. In particular, we may consider appealing to the Court of Cassation against a conviction pronounced *ex art. 444* of the Code of Criminal Procedure, basing it on the non-late remission of the lawsuit only.