

# ARCHIVIO PENALE

---

*Rivista europea di diritto, procedura penale,  
ordinamento giudiziario e leggi speciali  
fondata da Remo Pannain*

RIVISTA QUADRIMESTRALE

3/2009

ARACNE



## ARCHIVIO PENALE

*Rivista europea di diritto, procedura penale,  
ordinamento giudiziario e leggi speciali  
fondata da Remo Pannain*

RIVISTA QUADRIMESTRALE

### *Direttore responsabile*

GUSTAVO PANSINI  
Professore ordinario f.r. di Procedura penale  
nell'Università di Roma "Tor Vergata"

### *Codirettori*

ALFREDO MOLARI  
Professore ordinario f.r. di Procedura penale  
nell'Università di Padova

PIERO GUALTIERI  
Professore ordinario di Procedura penale  
nell'Università di Urbino

FABRIZIO RAMACCI  
Professore ordinario di Diritto penale  
nella "Sapienza" Università di Roma

ADOLFO SCALFATI  
Professore ordinario di Procedura penale  
nell'Università di Roma "Tor Vergata"

### *Comitato scientifico*

IVO CARACCIOLI  
Professore ordinario f.r. di Diritto penale  
nell'Università di Torino

MARIAVALERIA DEL TUFO  
Professore ordinario di Diritto penale  
nell'Università "Suor Orsola Benincasa"

GIULIANO BALBI  
Professore ordinario di Diritto penale  
nella II Università di Napoli

GIORGIO SPANGHER  
Professore ordinario di Procedura penale  
nella "Sapienza" Università di Roma

PAOLO TONINI  
Professore ordinario di Procedura penale  
nell'Università di Firenze

GIULIO GARUTI  
Professore ordinario di Procedura penale  
nell'Università di Modena

LEONARDO FILIPPI  
Professore ordinario di Procedura penale  
nell'Università di Cagliari

CARLO ANTONIO GUARNERI CALBO CROTTA  
Professore ordinario di Ordinamento giudiziario  
nell'Università di Bologna

MARIE-ELISABETH CARTIER  
Professore di Diritto penale  
nell'Università "Panthéon-Assas II" di Parigi

JOSÉ FRANCISCO DE FARIA COSTA  
Professore di Diritto penale e Preside della Facoltà  
di Giurisprudenza nell'Università di Coimbra

VICTOR MORENO CATENA  
Professore di Procedura penale  
nell'Università "Carlos III" di Madrid

JOSÉ ANTONIO BARREIROS  
Professore di Procedura penale  
nell'Università di Lisbona

JOHN A.E. VERVAELE  
Cattedratico di Diritto penale europeo  
nell'Università di Utrecht

### *Comitato di direzione*

TERESA BENE  
Professore associato di Procedura penale  
nella II Università di Napoli

FILIPPO DINACCI  
Professore associato di Procedura penale  
nell'Università di Bergamo

CARLA PANSINI  
Professore associato di Diritto processuale penale  
nell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

FABRIZIO SIRACUSANO  
Professore associato di Procedura penale  
nell'Università di Catania

CRISTIANA VALENTINI  
Professore associato di Procedura penale  
nell'Università di Ferrara

CRISTINA MAURO  
Professore di Procedura penale  
nell'Università "Panthéon-Assas II" di Parigi

IGNACIO FLORES PRADA  
Professore di Procedura penale  
nell'Università "Pablo de Olavide" di Siviglia

### *Comitato di redazione*

Remo Pannain, Antonietta Confalonieri,  
Flavio Argirò, Antonio Barba, Federico  
Bisceglia, Orietta Bruno, Daniele Cenci,  
Marco D'Agnolo, Alessandro Diddi, An-  
dreana Esposito, Alessandro Fabbri, Ada  
Famiglietti, Mauro Gualtieri, Rosa Maria  
Geraci, Alessandra Gualazzi, Antonio Ma-  
rino, Roberto Puglisi, Guido Picciotto, Ma-  
riaivana Romano, Diletta Servi

# ARCHIVIO PENALE

*Rivista europea di diritto, procedura penale,  
ordinamento giudiziario e leggi speciali  
fondata da Remo Pannain*

RIVISTA QUADRIMESTRALE

## **Direzione e redazione**

Università di Roma "Tor Vergata"  
Dipartimento di Diritto Pubblico  
via Bernardino Alimena, 5  
00173 Roma  
06 72592464

## **Condizioni di acquisto**

— 80,00 euro abbonamento  
— 30,00 euro fascicolo singolo

## **Per ordini**

telefax: 06 93781065  
e-mail: [info@aracneeditrice.it](mailto:info@aracneeditrice.it)  
online: [www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it)  
Skype: aracneeditrice

## **Modalità di pagamento**

c/c postale 40002388  
contrassegno postale  
carta di credito (acquisto online)

Autorizzazione n. 114  
del 7 settembre 1984  
Tribunale di Urbino

## **Editore**

Aracne editrice S.r.l.

[www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it)  
[info@aracneeditrice.it](mailto:info@aracneeditrice.it)

via Raffaele Garofalo, 133/A-B  
00173 Roma  
(06) 93781065

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento anche parziale, con qualsiasi mezzo, sono riservati e tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: marzo 2011

Archivio Penale è documentato nell'Archivio DoGi dell'Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica (ITIG) del Consiglio Nazionale delle Ricerche.

ISBN 978-88-548-3932-8  
ISSN 0004-0304-90003

# Indice

## 9 **Dottrina**

- 11 I principi del contraddittorio e dell'oralità. I vecchi stilemi sono funzionali al "giusto processo" moderno

*Antonio Barba*

- 93 Luci e ombre dell'inarrestabile espansione della parte speciale del diritto punitivo delle persone giuridiche

*Pierluigi Cipolla*

## 111 **Giurisprudenza annotata**

- 113 Corte Costituzionale, Sentenza 29 ottobre 2009, n. 274

*Pres. Amirante, Est. Frigo*

- 123 Incostituzionale l'inappellabilità del proscioglimento in abbreviato per vizio totale di mente: cronaca di una pronuncia annunciata

*Ada Famiglietti*

- 135 Cass., sez. I, 7 aprile 2010 (dep. 3 maggio 2010), n. 16765

*Pres. G. Silvestri; Rel. M. Barbarisi; Ric. P.M.*

- 137 L'estensione oggettiva del divieto di doppio giudizio

*Danilo Iacobacci*

147 **Convegni**

- 149 La bilancia e la clessidra quale emblema della Giustizia. Presentazione del Convegno "Il principio della durata ragionevole del processo e la sua applicazione ai giudizi di appello" Roma, 29-30 ottobre 2009

*Antonietta Confalonieri*

- 153 Strumenti per una tempestiva amministrazione della giustizia insieme ad un'efficace applicabilità della legge

*Jana Bajánková*

- 161 La base informativa e logica della sentenza (penale) di appello: modello legale, "stilus curiae" e tecniche della motivazione in fatto

*Giovanni Canzio*

- 171 Il "ragionevole" diritto all'impugnazione nella prospettiva europea

*Antonietta Confalonieri*

- 195 Durata ragionevole del processo e prove nuove disposte dal giudice in appello

*Piero De Crescenzo*

- 203 Efficienza e qualità della giustizia nel giudizio di secondo grado. Strumenti di monitoraggio. Il ruolo delle tecnologie

*Fausto De Sanctis*

- 211 L'amministrazione della giustizia nella corte di appello di Roma. Osservazioni e proposte per un giudizio di appello di qualità e di ragionevole durata

*Claudio Fancelli*

- 219 Se nel processo di appello si richiede che la Criminal Jury fornisca una motivazione

*Paul Gallagher*

- 227 Lo scopo di una corte di appello

*Sir Anthony Hughes*

- 233 L'utilizzazione della modellistica nel processo di appello: un formalismo a garanzia dell'efficacia dei diritti della difesa e della qualità delle decisioni  
*M. Jean Claude Magendie*
- 241 Il diritto all'appello come parte integrale del diritto costituzionale di rivolgersi al tribunale  
*Vytas Milius*
- 247 Il diritto di appello: la prospettiva della Corte di appello d'Inghilterra e Galles (sezione civile)  
*Lord Neuberger di Abbotsbury*
- 255 Giusto processo e oggetto del giudizio di appello  
*Roberto Poli*
- 273 La ragionevole durata dei procedimenti  
*Vladimiro Zagrebelsky*
- 279 **Rassegna bibliografica**
- 281 Ammissione della prova e contraddittorio nelle giurisdizioni penali internazionali  
*Antonio Barba*





**DOTTRINA**



# I principi del contraddittorio e dell'oralità

I vecchi stilemi sono funzionali  
al "giusto processo" moderno

Antonio Barba

SOMMARIO: 1. Oralità e contraddittorio nel processo della πόλις attica e della Roma repubblicana, 11 - 2. Il sistema accusatorio moderno: i principi del contraddittorio e dell'oralità come espressione di "garantismo", 14 - 3. I principi del contraddittorio e dell'oralità dal Codice Rocco al sistema vigente: in particolare, la novità del principio dispositivo nella formazione della prova, 16 - 4. Il contraddittorio e l'oralità nel "giusto processo" a livello internazionale, 19 - 5. Art. 111 Cost: nozione di "giusto processo" e duplice natura del contraddittorio, 26 - 6. Nozione di contraddittorio: il valore processuale e di metodo di ricerca della verità, 39 - 7. Nozione di oralità, 46 - 8. Oralità nel diritto positivo, 51 - 9. L'attuazione del contraddittorio e dell'oralità nella formazione della prova mediante l'esame incrociato tipico di un *adversary system*. Il sistema accolto dall'art. 498 c.p.p. e dal diritto alla "controprova" ex art. 495, 2° comma, c.p.p., 55 - 10. Le deroghe al contraddittorio nella formazione della prova previste dal comma 5 dell'art. 111 Cost., 66 - 11. Il codice accoglie anche un sistema di eccezioni al principio di oralità nella formazione della prova. Letture consentite e letture vietate, 80.

---

## 1. Oralità e contraddittorio nel processo della πόλις attica e della Roma repubblicana

L'aspetto del processo penale che ha come oggetto i principi che lo regolano risponde, probabilmente, molto di più alla sua essenza che alla sua natura.<sup>1</sup>

Questa riflessione era stata già avanzata, *mutatis mutandis*, nel processo dell'antica Grecia, in cui l'orazione giudiziaria aveva come scopo fondamentale di "far presa sulla passionalità e sul senso estetico del pubblico" (Von Humboldt). Se, da un lato, questo ha favorito il sorgere di due pregiudizi di fondo: uno riferito allo schematismo di tipo cicero-niano dell'*ego huic causae patronus extiti* con l'affermazione della lettera-

1. F. CARNELUTTI, *La pubblicità del processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, p. 1.

tura avvocatessa d'autore e l'altro riferito al concetto di retorica articolata a teoria generale dello stile; dall'altro lato, non si può non osservare che l'orazione giudiziaria antica ha rappresentato un vero e proprio *humus* per l'elaborazione di valori, prima ancora che principi, determinanti nel processo penale.

Il processo attico secondo Troilo<sup>2</sup> era articolato in tre momenti principali: *προοίμιον, αγών, επίλογος*. La pratica processuale greca era caratterizzata da due coordinate di fondo:<sup>3</sup> la laicità dei giudici, sprovvisti quindi di cultura giuridica, e il νόμος (legge) ridotto alla pari di qualsiasi elemento di prova.

In tale contesto il "proemio" aveva lo scopo di far breccia sul δέμος (nel senso di pubblico) con discorsi ossequiosi e adulatori mediante l'uso dei c.d. τόποι aristotelici. Il sofista Alcidamante ritenne che per carpire meglio la condizione psicologica in cui versava il pubblico era opportuno<sup>4</sup> cogliere il καιρός (momento favorevole) mediante l'orazione improvvisata così da dare al discorso un valore psicagogico.

Il canone dell'oralità diventa quindi determinante in questo procedimento di persuasione del δέμος contro qualsiasi tipo di modello predefinito.

Il momento nel quale l'attività locutoria acquista maggiore ampiezza è quello dell'αγών.

Tecnicamente si può dire che l'agone del processo greco corrisponderebbe all'attuale dibattito e probabilmente c'è una ragione alla base.

Infatti, il celebre oratore siculo Corace tenne a precisare che nell'ambito dell'αγών il discorso dev'essere simpatetico e agogico, deve cioè cercare un legame col punto di vista del pubblico. Il termine αγών, in senso etimologico, ha come primo significato "assemblea", poi "lite" o "duello", e ciò evidenzia l'importanza che gli antichi Greci davano al momento partecipativo anche nella dinamica processuale.

L'assemblea era espressione di παρρησία (libertà di parola) e di ισονομία (eguaglianza democratica), e dall'incontro di entrambe scaturiva l'ισεγογία (la libertà di intervenire mediante la parola).

Nel momento centrale del processo, per così dire assembleare, fa il suo ingresso la διάλεξις, e cioè l'abilità di discutere in pieno contraddittorio

2. G. AVEZZÙ, *L'oratoria giudiziaria*, in *Lo spazio letterario della Grecia antica*, vol. I, Tomo I, *La polis*, a cura di G. CAMBIANO - L. CANFORA - D. LANZA, 1992, p. 397-417.

3. TROILO, (V sec. d.C.), *Prolegomena*, p. 52, in *Rhetores Gr.*, VI, Walz, p. 48.

4. ALCIDAMANTE, *Orazioni e frammenti*, in G. AVEZZÙ, *op. ult. cit.*, p. 400.

esponendo argomentazioni che tendono a dimostrare la colpevolezza o meno dell'imputato.

La Tetralogia antifonetea è la dimostrazione del valore di tale momento in virtù di una paventata dilatazione delle repliche delle parti in causa.

Il contraddittorio greco è, quindi, espressione non soltanto di valori che risiedono nell'universo della πόλις, ma anche un metodo di ricerca della verità, certo una verità processuale, colta attraverso l'uso<sup>5</sup> di strumenti retorici, ma comunque rispondente a quel modello dialogico di tipo platonico che ha ispirato la nascita del principio dialettico, alla base di ogni moderna scelta di tipo accusatorio.

Nella Roma repubblicana<sup>6</sup> si passò dal vecchio istituto della *provocatio ad populum*, che attribuiva all'imputato la facoltà di ricorrere all'assemblea, alle *quaestiones perpetuae*, ovvero tribunali stabili per la repressione criminale, istituiti per legge e presieduti da un magistrato (ognuno deputato al giudizio dei casi attinenti ad una sola specifica imputazione).

La pratica processuale era caratterizzata essenzialmente da tre momenti: *accusatio*, *controversia forensis*, *sententia*. L'accusa<sup>7</sup> era presentata da un cittadino privato di pieni diritti che assumeva la funzione di pubblico ministero con poteri inquisitori. L'imputato (*reus*) era rappresentato da un collegio di difensori, alcuni dei quali esperti nell'*ars oratoria*, altri *iurisperiti*, esperti di diritto. La giuria era composta da membri del senato e da cavalieri, scelti a sorte da una lista di persone disponibili.

La fase centrale del processo, corrispondente all'attuale dibattimento, era la *controversia forensis* nella quale l'*oratio* dell'accusa precedeva quella della difesa: seguivano l'escussione dei testimoni e l'esame delle prove con le relative discussioni. In questa fase gli avvocati difensori, c.d. *patroni*, cercavano di esprimere il meglio della loro esperienza grazie all'uso delle c.d. *virtutes dicendi*.<sup>8</sup>

L'oralità è canone tipico della dinamica processuale come testimonia lo stesso Cicerone nelle sue orazioni, a partire dalla *Pro Cluentio*. Se, da un lato, l'oralità risponde all'esigenza elocutiva forense, dall'altro lato, il termine *controversia*, a cui si fa riferimento, fa sì che il contraddittorio faccia il suo ingresso grazie all'esigenza epidittica o dimostrativa che è alla base dell'orazione per confermare (*confirmatio*) i propri argomenti o per confu-

5. R. BARTHES, *L'ancienne rhétorique*, in *Communications*, a. XVI 1970, 1988.

6. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, 1998, p.165 e ss.

7. M. BETTINI, (a cura di), *Storia della letteratura latina*, p. 224 e ss.

8. M. T. CICERONE, *De oratore*, in *Classici latini e greci*, III, 1994, in cui sono indicate tre nell'ambito dell'elocutio: *elegantia*, *compositio*, *ornatus*. Cicerone osserva per bocca di Crasso che quest'ultima necessita di una grande ricchezza interiore procurata dalla filosofia.

tare (*confutatio*) gli argomenti dell'avversario.<sup>9</sup> Cicerone considerò necessario trasporre il metodo dialettico dalla filosofia alla oratoria giudiziaria (*oratio iudicialis*) proprio allo scopo di raggiungere una *cognitio ac ratio* (qui nel senso di verità processuale) limitatamente alla praticità del caso.

La chiara forma di tipo accusatorio del processo dinanzi alle *quaestiones perpetuae* è confermata dal valore "scenico" della controversia. Cicerone ci parla della "torbida curiosità" della folla nei processi per veneficio ad esempio. Il processo penale era un *iudicium publicum* perché il reato era qualcosa che interessava l'intera comunità, si diceva "*crimen interest rei publicae*";<sup>10</sup> la *controversia forensis* era nominata così perché si svolgeva *coram populi*, dinanzi ad un pubblico vivo e numeroso.

Insieme all'oralità il valore della pubblicità è sempre più coesistente alla natura del processo, ma c'è di più: durante l'età repubblicana la presenza del pubblico rispondeva anche ad una esigenza politica, infatti non erano rari i casi in cui le cause penali assumevano la veste di veri e propri attacchi o vendette, in realtà, di natura politica. Nondimeno tutto ciò favoriva l'aspetto spettacolare della competizione forense e il carattere declamatorio dell'oratoria giudiziaria dell'epoca.

## 2. Il sistema accusatorio moderno: i principi del contraddittorio e dell'oralità come espressione di "garantismo"

Il sistema accusatorio moderno è caratterizzato dal principio dialettico: la verità processuale si può meglio accertare se la scelta operata dal "vertice", il giudice, è stimolata dalle argomentazioni svolte, in posizione contrapposta, dall'accusa e dalla difesa, "due lati" poggianti su un piano paritario di facoltà e diritti.

Questa ideale configurazione triangolare presenta al suo fondamento principi come la pubblicità, l'oralità ed il contraddittorio che, nel processo penale greco-romano, avevano già assunto un carattere di metodo e coesistenzialità alla stessa natura processuale, ma dal XVIII sec. in poi acquisteranno un *quid pluris* determinante nell'essere le regole logico-strutturali, e dommaticamente confermate, di ogni tipo di garanzia processuale. Se per "garantismo" s'intende la concezione basata sull'affermazione di una serie di garanzie a tutela dei diritti del singolo cittadino e sulla limitazione della possibilità di abusi da parte dello Stato, di certo

9. Cicerone affronta il problema della *confirmatio-confutatio* prima nel *Brutus* e nell'*Orator*, poi in ordine all'orazione giudiziaria nella *Rhetorica ad Herennium*.

10. F. CARNELUTTI, *La pubblicità nel processo penale*, op. cit., p. 1.

il moderno sistema accusatorio risponde a questa esigenza, soddisfatta in concreto dalla "separazione delle funzioni processuali", quale trasposizione del principio della "separazione dei poteri dello Stato" in virtù del quale si tende ad evitare, per il Montesquieu,<sup>11</sup> che l'uso di un potere possa pregiudizialmente degenerare nel suo abuso: lo Stato di diritto presenta come suo fondamento questo determinante pilastro. I principi del dibattimento rispondono all'esigenza garantistica del sistema accusatorio proprio perché costituiscono la fonte di diritti all'interno del processo.

Questa correlazione tra principio, garanzia e diritto è riassumibile in forma sillogistica: la premessa maggiore consta dell'esistenza di un principio generale e regolatore (ci si riferisce ai principi del dibattimento); la premessa minore dell'esistenza di una garanzia che rientra nella categoria di quelle ipotizzate dal principio; infine, la conclusione consiste nel fatto che in concreto (nel processo) è sorto un diritto che il principio generale ricollega alla garanzia da esso prospettata.

Se tutto ciò sembra valido sul piano della teoria generale, dal punto di vista dommatico è confermato dalla struttura del sistema accusatorio: a) il processo è pubblico (principio) e si svolge dinanzi ad un giudice indipendente ed imparziale che vigila sul rispetto delle regole processuali; b) le prove a carico sono fornite dall'accusa (pubblico ministero) oralmente nel pubblico dibattimento, incombando su di essa l'onere della prova (*actore non probante reus absolvitur* è la garanzia della presunzione di non colpevolezza sancita anche nell'art. 27 Cost.); c) l'accusato ha il diritto di sindacare le prove dell'accusa in dibattimento, mediante il contraddittorio che si svolge durante l'esame diretto della fonte di prova.

La nostra Costituzione, in generale, agli artt. 2-3-24 e, in particolare, agli artt. 27-101-111, come riformato quest'ultimo nel '99, conferisce rilievo positivo alla correlazione di cui si è detto prima e che nel dibattimento penale trova la sua piena attuazione.

11. C. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, in *Protagonisti e Testi della filosofia*, paragr. "I tre poteri dello Stato", a cura di G. ABBAGNANO - G. FORNERO, B, n. 2, p. 573.