

Fasi del processo

In difesa del dibattimento penale

di Maria Lucia Di Bitonto e Paulo Pinto de Albuquerque (*)

Il contributo prende spunto dalla recente giurisprudenza innovativa della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite della Corte di cassazione in materia di principio di immediatezza, anche alla luce dei precedenti della Corte di Strasburgo, per ribadire i tratti del giudizio penale indispensabili ad assicurare una fisionomia autenticamente cognitiva e garantista dell'esercizio della giurisdizione.

The paper deals with the recent ground-breaking jurisprudence of the both Italian Constitutional Court and Court of Cassazione, concerning the principle of immediacy, also in the light of Strasbourg's Court case law, and lists the traits of a criminal trial which are required to guarantee the fair functioning of jurisdiction and the fundamental rights of the defendant.

Vocazione cognitiva del processo penale e contraddittorio

Che alla deliberazione debba procedere il giudice dinanzi al quale sono state assunte le prove è un'ovvietà. L'accertamento della verità in funzione della tutela della libertà rappresenta la primaria fonte di legittimazione del giudice penale (1): il giudice per decidere deve conoscere ed è scontato che egli, per conoscere, debba partecipare all'attività di formazione delle conoscenze sulla cui base pronunciare la sentenza. Del resto, non è un caso che la parola inglese "hearing" significhi sia udienza che udito e che la parola udienza, derivando dal latino *audientia*, mutui il suo significato dal participio presente del verbo *audio*, che significa - per l'appunto - ascoltare: ciò attesta come sia universale l'idea che implicito al giudizio sia il previo ascolto dei fatti sulla cui base il giudice pronuncia la sua decisione (2).

Questa concezione del giudizio assume particolare pregnanza in ambito penale. Senza un'adeguata verifica gnoseologica dei presupposti della punizione,

l'intero sistema delle garanzie penali risulterebbe costruito sulla sabbia (3). All'effettiva tutela delle persone non è sufficiente il solo principio di legalità, ma occorre altresì che la decisione tragga la sua forza persuasiva dal rispetto di canoni che assicurino la bontà del risultato (4). Per garantire l'immunità del cittadino incolpevole da punizioni arbitrarie (5) la giurisdizione penale deve essere "cognitiva" (6): deve, cioè, essere il luogo della verifica o falsificazione empirica della ipotesi accusatoria, non essendo ammessi né lo spontaneo assoggettamento alla pena, né una punizione inflitta *ex abrupto* (*nulla poena sine iudicio*). Con la precisazione, però, che la vocazione cognitiva della giurisdizione penale non implica che all'apice della gerarchia dei valori in gioco vi sia solo l'accertamento della verità, poiché un'ossessione del genere conduce alla tortura (7).

La necessità che il processo pervenga a esiti conoscitivi il più possibile aderenti al vero e che la qualità delle conoscenze acquisite sia garantita dalla piena salvaguardia dei diritti di difesa (8), già implicita alla

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a procedura di revisione a doppio cieco (*double blind*).

(1) L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, III ed., Roma-Bari, 1996, 19; P. Ferrua, *Il giudizio di diritto nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2000, 1829. Nel senso che "la giustizia senza verità è *merum imperium*" v. E. Zappalà, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale e di ricerca della prova*, in AA.VV., *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, Milano, 1995, 53.

(2) Nel senso che il contraddittorio consista "nell'ascolto reciproco" v. M. Chiavario, *Il diritto al contraddittorio nell'art. 111 Cost. e nell'attuazione legislativa*, in AA.VV., *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, 39.

(3) L. Ferrajoli, *loc. cit.* Volendo v. anche M.L. Di Bitonto, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino, 2004, 54.

(4) G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 79.

(5) L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 553.

(6) D. Pulitanò, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 954 ss.; L. Ferrajoli, *L'etica della giurisdizione penale (contributi per una definizione della deontologia dei magistrati)*, in *Quest. giust.*, 1999, 486; M.L. Di Bitonto, *Profili dispositivi*, cit., 54 ss.

(7) F. Cordero, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 1987, 18.

(8) Indipendentemente dal modello adottato e dalle opzioni ideologiche sottese nei diversi ordinamenti il dialogo che ha per posta la pena tende sempre ad assumere la forma naturale del contraddittorio: in questi termini v. F. Cordero, *Procedura penale*, *ult. cit.*, 5.

presunzione d'innocenza (9), risulta da vent'anni ribadita a livello costituzionale nella solenne affermazione che "il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova" e che "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" (art. 111, comma 4, Cost.).

Tali regole sottintendono precise e inequivoche opzioni di enorme rilievo.

Verificare l'ipotesi accusatoria in contraddittorio con l'imputato e sulla base di conoscenze assunte dialetticamente significa scegliere il metodo di approssimazione alla verità più affidabile (10) e, al contempo, rimediare all'intrinseca asimmetria del processo penale (11), in sintonia con l'assunto che le regole di procedura rivestono una funzione compensativa delle ineguaglianze radicate nella natura delle cose - com'è ad esempio quella derivante dalla superiorità dell'accusa sulla difesa (12). Sul piano politico, quindi, il primato del contraddittorio esprime, fra l'altro, l'aspirazione a "neutralizzare l'ineguaglianza tra imputato e organo dell'accusa, il quale cronologicamente e storicamente precede la difesa e, proprio per questo, la sovrasta" (13).

Non è tutto. Assumere la prova in contraddittorio privilegia il dibattimento quale luogo di elezione per la costruzione delle conoscenze destinate a orientare la decisione del giudice e ciò risponde ad altre esigenze eminentemente politiche: da un lato, assicura alla funzione giurisdizionale il grado di trasparenza coesistente a un sistema democratico, consentendo

il controllo pubblico sul percorso conoscitivo che ha giustificato la sentenza; dall'altro, rende palese il decisivo condizionamento che la società civile infonde sull'accertamento penale, poiché nessun giudice potrà mai essere in grado di accertare alcunché se non vi sono uomini e donne pronti ad assumersi la responsabilità di narrare quanto sanno in ordine ai fatti oggetto del processo.

La necessaria corralità dell'accertamento penale

Quanto precede spiega la ragione per cui l'escussione orale della fonte di prova davanti al giudice in contraddittorio rappresenti l'archetipo di ciò che è e non può non essere il processo; la sintesi in cui si compendiano i tratti imprescindibili della giurisdizione penale.

La giurisdizionalità del processo, infatti, si esprime proprio nella sua natura di giudizio corale (14) cui partecipano "le parti, giudicando su loro stesse" e il giudice (15).

Per questo il processo è una "liturgia", in cui ogni elemento del rito è funzionale a vagliare l'ineffabile problematicità della ricostruzione dei fatti storici e a ridurre nei limiti del possibile l'insopprimibile soggettività del giudicante (16).

Credere a una persona che riferisce quanto ha percepito davanti al giudice, pubblicamente e compulsata dalle domande formulate dalle parti è sempre un atto di fede controvertibile e fallace (17). Proprio in considerazione di ciò, non essendo concretamente possibile conoscere come si sia sviluppata la

(9) Volendo M.L. Di Bitonto, *Profili dispositivi*, cit., 55 ss.

(10) F. Cordero, *Intervento*, in AA.VV., *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Milano, 1965, 191; G. Giostra, *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. dir.*, 1986, 17 s.; Id., *Quale contraddittorio dopo la sentenza 361/1998 della Corte costituzionale?*, in *Quest. giust.*, 1999, 203 ss.; Id., *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Quest. giust.*, 2001, 1128 ss.; Id., *Indagine e prova: dalla non dispersione a nuovi scenari cognitivi*, in AA.VV., *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Milano, 2003, 49 ss.; Id., *Prima lezione sulla giustizia penale*, Roma-Bari, 2020, 44 ss.; M. Chiavario, *Il diritto al contraddittorio*, cit., 24; G. Spangher, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino, 2015, 33.

(11) Su questo punto, per tutti, G. Conso, *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 405 ss.; G. Giostra, *Contraddittorio (principio del)*, *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 2001, 2.

(12) A. Giuliani - N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, Ristampa aggiornata, Milano, 1995, 10.

(13) Sono fedelmente riportate nel testo le considerazioni di G. De Luca, *Cultura della prova e nuovo costume giudiziario*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale dalla codificazione all'attuazione*, Milano, 1991, 23. Nondimeno, "era congeniale al codice Rocco ... un potere diseguale a pubblico ministero e imputato": F. Cordero, *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986, 296.

(14) F. Cordero, *Intervento*, cit., 189.

(15) G. Foschini, *Giudicare ed essere giudicati*, 1960, Milano, 13.

(16) Nel senso che "il contraddittorio fra le parti - nei molteplici aspetti e nelle diverse modalità di attuazione normativa - offre lo schema metodologico per neutralizzare il pericolo insito in ogni giudizio: la inevitabile soggettività del giudicante" v. R. Orlandi, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in P. Ferrua - F. M. Grifantini - G. Illuminati - R. Orlandi, *La prova nel dibattimento penale*, IV ed., Torino, 2010, 9. In effetti, le decisioni di tutti gli uomini dipendono da una molteplicità di fattori e non c'è dubbio che "le maree che coinvolgono gli uomini non deviano dal loro corso sol perché incontrano sulla propria strada un giudice". Quest'ultima frase, attribuita a B.N. Cardozo, giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti nominato nel 1932 dal presidente Herbert Hoover, è riferita da M. Nobili, *Qualche riflessione sul 1994*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 110.

(17) Illuminanti, al riguardo, le parole di F. Cordero, *Procedura penale*, cit., 964: "L'intera vita sociale si svolge nel filo della fiducia nelle esperienze altrui e nella veridicità delle descrizioni con cui sono comunicate. Il processo non fa eccezione. Questione di 'fiducia'. La parola coglie il nucleo emotivo e perciò logicamente indefinibile di ogni scelta con la quale il giudice risolve di credere o meno al testimoniaio".

formazione del giudizio nella mente del giudice (18), gli ordinamenti si affidano alle regole di procedura. Soltanto il giudizio pronunciato sulla base di conoscenze costruite dialetticamente rende socialmente accettabile sul piano politico l'enorme potere esercitato dal giudice penale quando pronuncia la sentenza (19).

La necessaria coraltà del processo conoscitivo e valutativo il cui esito finale è la sentenza è dimostrato dal fatto che la disciplina vigente esclude che il giudice penale sia mero recettore dell'attività di elaborazione dialettica della prova condotta dalle parti. Al contrario, sono previste tante occasioni di attiva partecipazione del giudice alla ricostruzione del fatto: egli non solo interviene sull'ammissione e nell'assunzione delle prove, ma assume per di più una molteplicità di iniziative probatorie officiose (artt. 195, comma 2, 210, comma 1, 224, comma 1, 237, 468, comma 5, 506, comma 2, 507, 511, comma 1, c.p.p.). Tali prerogative del giudicante testimoniano, più e meglio di qualsivoglia considerazione, l'unità teleologica che accomuna l'attività di parte e quella del giudice, entrambe volte a propiziare l'emanazione della sentenza.

La funzione del giudice, insomma, non si esprime solo nel propiziare la dialettica processuale, ma si estrinseca nell'indissolubile legame che lega tale dialettica alla deliberazione della sentenza. Il contraddittorio, infatti, non è mera contrapposizione paritetica di opposte posizioni davanti a un terzo; al contrario, l'antagonismo fra i poli dialettici è finalizzato alla persuasione di un terzo, sicché non c'è giudice senza parti e non si sono parti senza un giudice da persuadere.

Detto in altri termini, è indubitabile che la presenza di un organo estraneo alle parti, il giudice, realizzi le condizioni fattuali indispensabili per l'esistenza della contrapposizione fra gli antagonisti. Tuttavia, lo schema triadico assicurato dalla presenza del giudice non è fine a sé stesso; il contraddittorio serve alla decisione, ma può servire alla decisione solo se a decidere è il giudice che ha partecipato all'assunzione della prova in contraddittorio.

In ciò consiste quanto suole definirsi oralità e immediatezza: la prima assicura che non ci sia intermediazione alcuna fra la prova che si forma ed il giudice dinanzi al quale essa è costruita con il contributo determinante delle parti; l'altra, esige che legittimato a pronunciare sentenza sia soltanto ed esclusivamente il giudice che ha preso parte all'attività di assunzione delle prove.

Ne discende che la costituzionalizzazione delle regole sul contraddittorio porti con sé la necessità dell'assunzione orale della prova (20), garantita dalla regola secondo cui "alla deliberazione della sentenza concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento" (art. 525, comma 2, c.p.p.). Pertanto, per evitare l'emanazione di una sentenza invalida, una volta venuta meno l'identità del giudice, occorre rinnovare il dibattimento e gli autori delle dichiarazioni acquisite davanti al diverso giudice devono essere sentiti nuovamente ogniqualevolta lo richieda una parte (21).

A conferma dell'importanza di tale precetto, vale considerare che esso è presidiato dall'unico caso codificato di nullità assoluta specificamente prevista in una singola disposizione di legge, in ossequio al canone fondamentale della immediatezza della deliberazione e della immutabilità del giudice, prevista già nell'art. 472, cpv., c.p.p. del 1930 quando, nonostante mancasse un'espressa previsione di invalidità alcuna, in caso di sentenza pronunciata da giudice diverso da quello che aveva preso parte al dibattimento, si riteneva integrata una nullità assoluta in ragione del vizio di capacità del giudice che colpiva l'organo che avesse pronunciato la sentenza senza prima aver partecipato al dibattimento (22).

Verso l'abolizione dell'oralità per via giudiziaria?

Quanto riferito nel paragrafo che precede pare essere divenuto "archeologia". Le sorti nuove e progressive della procedura penale contemporanea possono fare a meno di certe anticaglie (23). Nel giro di pochi mesi, dapprima la Corte costituzionale (24), poi le

(18) R.E. Kistoris, *Giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1997, 3.

(19) Nel senso che il contraddittorio che si realizza nel processo penale costituisce l'espressione di un principio essenzialmente politico v. R. Orlandi, *L'attività argomentativa*, cit., 9.

(20) P. Ferrua, *Oralità e contraddittorio nel quadro delle garanzie costituzionali: giurisprudenza delle Corti europee e fraintendimenti della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Milano, 2012, 163 s.

(21) F. Cordero, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, 1004.

(22) Per tutti v. A. Nappi, *Art. 472*, in G. Conso - V. Grevi (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 1987, 1245.

(23) A favore di queste prospettive v. R. Aprati, *Una diversa modulazione del principio di immediatezza: riflessioni sulla proposta Gratteri*, in *Cass. pen.*, 2016, 3533 ss.

(24) Corte cost. 29 maggio 2019, n. 132. In senso critico v. P. Ferrua, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Arch. pen.*, 2019; O. Mazza, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, *Ibidem*; D. Negri, *La*

Sezioni Unite della Corte di cassazione (25), si sono entrambe pronunciate a favore della possibilità che la deliberazione conclusiva del dibattimento sia emanata da un giudice persona fisica che non abbia assistito alla formazione delle prove in contraddittorio. Da un lato, il giudice delle leggi ha suggerito l'introduzione legislativa della previsione "di ragionevoli deroghe alla regola dell'identità fra giudice davanti al quale si forma la prova e giudice che decide". Dall'altro, la Corte di cassazione ha realizzato l'obiettivo prefigurato dai giudici della Consulta sulla base di un percorso esegetico più sofisticato, imperniato sulla moltiplicazione delle condizioni legittimanti il diritto delle parti di ottenere l'escusione orale delle prove, quando queste siano state in precedenza assunte davanti al giudice persona fisica poi sostituito da altro magistrato.

La tempistica delle due pronunce evidenzia come quella delle Sezioni Unite si saldi strettamente con l'altra "affine" (per non dire gemella) del giudice delle leggi. La Corte costituzionale, infatti, dopo aver udito la relazione del giudice relatore in data 3 aprile 2019, decide in udienza il 20 maggio e deposita la sentenza Corte cost. n. 132 del 2019 - vale a dire quella in cui si suggerisce l'introduzione legislativa della previsione "di ragionevoli deroghe alla regola dell'identità fra giudice davanti al quale si forma la prova e giudice che decide" - appena 9 giorni dopo, il 29 maggio, giusto in tempo per consentire alle Sezioni Unite, il 30 maggio, di "mettere in pratica" quanto stabilito a Palazzo della Consulta (26).

Che la vera *occasio* della pronuncia a Sezioni Unite sia stata non tanto la vicenda concreta su cui dovevano pronunciarsi i giudici di legittimità, quanto il proposito di dare seguito a quanto preconizzato dalla Corte costituzionale pare emergere proprio dalla motivazione della seconda pronuncia. In effetti, leggendo quest'ultima, la fattispecie concreta resta stranamente sottotraccia per ben 27 pagine e compare solo alla p. 28, nel par. 12 della sentenza, ove si legge che nel caso di specie l'istruzione dibattimentale aveva avuto avvio e conclusione nell'udienza nel 4 aprile 2017, mentre la deliberazione era stata assunta

il successivo 18 aprile 2017 dal medesimo collegio dinanzi al quale si era svolta l'istruzione dibattimentale del 4 aprile. Un simile resoconto evidenzia come nel processo di merito alla deliberazione avevano concorso gli stessi giudici che avevano partecipato al dibattimento, vale a dire proprio quelli che avevano fatto propria l'originaria ordinanza di ammissione delle prove, successivamente integrandola sulla scorta di una nuova richiesta proveniente dal difensore di uno degli imputati; gli stessi giudici, ancora, dinanzi ai quali aveva avuto luogo l'assunzione delle prove e la discussione.

Così stando le cose, *per tabulas*, non poteva dirsi integrata nessuna violazione dell'art. 525, comma 2, c.p.p. Il caso era tutt'altro che problematico, quindi.

In altre parole, nel caso sottoposto al vaglio dei giudici di piazza Cavour - come riferito dalla stessa ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite - si trattava di stabilire "l'esatta definizione dell'ambito applicativo del principio di immutabilità del giudice fissato nell'art. 525 comma 2 ... che, come noto, è regola funzionale al rispetto dei principi di oralità e immediatezza che costituiscono altrettanti cardini del sistema processuale accusatorio introdotto nel 1989" (27). Ebbene, proprio perché la Corte di cassazione, si dice, è giudice del fatto quando si tratti di verificare la ricorrenza dei presupposti per la declaratoria di una causa di invalidità (28), erano proprio i contenuti del fatto sottoposto al giudizio di legittimità a evidenziare che mancava nel caso di specie qualsivoglia evenienza tale da suggerire la necessità di modificare per via giudiziaria una consolidata regola della nostra tradizione giuridica. Pertanto, non pare lontano dal vero presumere che il ricorso nella causa Bajrami Klevis - ricorso di *routine*, di quelli relativi a fattispecie concreta banale, destinata a esiti interpretativi prevedibili oltre che pacifici - sia solo servito ad approfittare dell'*assist* offerto dal giudice delle leggi.

Siamo alle solite, si dirà: i giudici si fanno legislatori, non è una novità (29). Questa volta, però, la tendenza della giurisprudenza a costruire norme pare

Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti, *Ibidem*. V. anche A. De Caro, *La Corte costituzionale chiama, le Sezioni unite rispondono: il triste declino del principio di immediatezza*, retro, 293 ss.

(25) Cass. Pen., SS.UU., 30 maggio 2019, Bajrami Klevis, in CED, n. 266754 e in corso di pubblicazione su questa *Rivista*.

(26) Da una rapida scorsa dei tempi di deposito di tutte le pronunce della Corte costituzionale emesse negli anni 2018 e 2019 (comprese le ordinanze di scarso rilievo normativo e istituzionale) i soli nove giorni occorsi a scrivere la sentenza Corte cost. n. 132 del 2019 rappresentano un *unicum*.

(27) V. par. 3 ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite datata 15 gennaio 2019 (dep. il successivo 22 gennaio) della VI sezione della Corte di Cassazione.

(28) A. Nappi, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, II ed., Torino, 2011, 253.

(29) Da lungo tempo questo tema è al centro del dibattito. Si rimarca la frequente distonia tra principio di legalità penale sostanziale e applicazione giurisprudenziale; si aggiunge, altresì, che in un mondo sempre più globalizzato i soggetti istituzionali di riferimento diventano i giudici invece che i legislatori e che la regolamentazione del complessivo fenomeno processuale penale

assumere rilievo e valore più preoccupanti del solito perché la successione delle due sentenze ha l'effetto di travolgere e abbattere uno dei principali pilastri del processo penale moderno, ereditato dalla Rivoluzione francese dopo la caduta dell'*Ancien régime*, attraverso l'accoglimento da parte delle Sezioni Unite della Corte di cassazione di una soluzione esegetica apertamente *contra legem*.

Del resto, che la soluzione esegetica elaborata dal Supremo Collegio non compaia nel ventaglio di soluzioni interpretative consentite dal diritto vigente è inconfutabilmente attestato proprio dalla sentenza della Corte costituzionale, nella parte in cui si invita il Parlamento a introdurre per via legislativa "ragionevoli eccezioni al principio dell'identità tra giudice avanti al quale è assunta la prova e giudice che decide" (30).

Non resta che constatare che in tale frangente la motivazione delle Sezioni Unite costituisce un saggio di quel che una motivazione non deve essere, vale a dire "un mero *a posteriori*, in un intreccio di finzioni nel quale ciò che conta è districarsi con destrezza" (31). Non si parte dalle norme e dalla loro interpretazione - *in claris non fit interpretatio*, si dice, e in effetti, sulla base dell'interpretazione letterale e sistematica del diritto vigente, mai e poi mai si sarebbe potuti giungere agli esiti interpretativi cui sono pervenute le Sezioni Unite. Al contrario, si incentra tutto il percorso argomentativo cesellando la puntigliosa esegesi di una precedente e risalente pronuncia delle Sezioni Unite (32), tutt'altro che

ineccepibile; e sui limiti argomentativi di quella decisione si nega una regola elementare - quella cioè che il giudice che non ha partecipato all'assunzione della prova non può validamente emettere sentenza - e si statuisce che il giudice, quando non ha assistito all'assunzione della prova, può prescindere dalla sua escussione perfino quando una parte l'abbia richiesta.

Non c'è dubbio che la pronuncia a Sezioni Unite del 1999 fosse censurabile nella parte in cui aveva attenuato l'effettività della nullità assoluta prevista dall'art. 525, comma 2, c.p.p., rendendola in qualche modo "disponibile" dalle parti e dallo stesso giudice, nella misura in cui consentiva a quest'ultimo di non disporre d'ufficio l'escussione delle prove in mancanza della richiesta di parte. Nondimeno, quella decisione aveva avuto l'enorme merito di individuare un accettabile compromesso in un contesto generale segnato, da un lato, dalla giurisprudenza costituzionale del 1992 e dalla decretazione d'urgenza successiva alle stragi di Capaci e di via D'Amelio (33), che avevano trasformato l'indagine preliminare in una "gigantesca istruzione sommaria" (34); dall'altro, dall'ennesimo severo trattamento riservato dal giudice delle leggi ai timidi tentativi del legislatore di ripristinare più ampi spazi al contraddittorio (35).

Alla pronuncia emessa più di venti anni fa, quindi, al di là di alcune incongruenze, va riconosciuto il merito di avere ricordato a tutti, soprattutto ai pratici, che ciò che rende un giudice tale è la sua naturale vocazione ad assumere le prove dinanzi a sé ai fini della

risulta per lo più affidato a "pratiche giurisprudenziali devianti" (queste sono le parole testuali di O. Mazza, *I protagonisti del processo*, in AA.VV., *Procedura penale*, VI ed., Torino, 2018, 64 s.), piuttosto che all'attuazione rigorosa delle regole codificate. Per una bibliografia, senza pretesa di esaustività, si rinvia a: P. Nuvolone, *Legalità penale, legalità processuale e recenti riforme*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, 3 ss.; M. Nobili, *Principio di legalità e processo penale (In ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 648; V. Caianiello, *La legalità oggi*, in *Jus*, 1996, 263 ss.; N. Galantini, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, 1989 ss.; Giunta, *La giustizia penale tra crisi della legalità e supplenza giudiziaria*, in *Studium iuris*, 1999, 12 ss.; Padovani, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 527; Fiandaca, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, V, 137 ss.; Sgubbi, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 1193 ss.; E. Amodio, *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 432 ss.; R. Rampioni, "In nome della legge" (ovvero considerazioni a proposito di interpretazione creativa), in *Cass. pen.*, 2004, 310 ss.; G. Hirsch, *Verso uno Stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico*, in *Criminalia*, 2008, 107 ss.; M. Grondona, *Il giudice e le regole nella teoria e nella politica del diritto di Friedrich August Von Hayek*, in *Pol. dir.*, 2009, 341 ss.; G. Spangher, *Considerazioni*, cit., 40 s.; M. Ronco, *Introduzione*, in *Legalità penale*, in R.E. Kostoris (a cura di), *Percorsi giuridici delle postmodernità*, Bologna, 2016, 226 ss.; F. Palazzo, *Principio di legalità e*

giustizia penale, ivi, 229; E. Lupo, *Cassazione e legalità penale (convegno a Parma, 9-10 ottobre 2015)*, in *Cass. pen.*, 2016, 441 s.; P. Ferrua, *L'inammissibilità del ricorso: a proposito dei rapporti tra diritto "vigente" e "vivente"*, in *Cass. pen.*, 2017, 3006 ss.; D. Negri, *Splendori e miserie della legalità processuale*, in AA.VV., *Legge e potere nel processo penale. Pensando a Massimo Nobili*, Padova, 2017, 43 ss.; P. Ferrua, *Le sentenze "Taricco": brevi riflessioni sui giudici legislatori*, ivi, 2018, 1844 ss.; M.L. Di Bitonto, *Giudici e bugie*, in *Cass. pen.*, 2018, 4062 ss.

(30) Corte cost. 29 maggio 2019, n. 132, cit., considerato in diritto, par. 3.2.

(31) L'espressione è ripresa da M. Chiavario, *Garanzie individuali ed efficienza del processo*, in AA.VV., *Il giusto processo*, Milano, 1998, 74.

(32) Cass. Pen., SS.UU., 15 gennaio 1999, Iannasso, in *Cass. pen.*, 1999, 2494 ss., con nota di P.P. Paulesu, *Mutamento del giudice dibattimentale e diritto alla prova testimoniale*.

(33) In argomento v. G. Illuminati, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sentenza n. 155 del 1992*, in *Giur. cost.*, 1992, 1973 ss.; P. Ferrua, *La sentenza costituzionale n. 255 del 1992: declino del processo accusatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 1455 ss.; O. Dominioni, *Oralità, contraddittorio e principio di non dispersione della prova*, in AA.VV., *Il giusto processo*, Milano, 1998, 79 ss.

(34) L. Pepino, *Legalità e diritti di cittadinanza nella democrazia maggioritaria*, in *Quest. giust.*, 1999, 282.

(35) Corte cost. 2 novembre 1998, n. 361.

decisione. Abbandonare questa regola elementare significa trattare i processi come mere pratiche amministrative da sbrigare; decisioni routinarie da assumere meccanicamente, documentandosi sulle “carte” raccolte da altro funzionario (36).

Un mutamento di paradigma?

L'aspetto più inquietante dell'abolizione per via giudiziaria dell'oralità è che né la Corte costituzionale né la Corte di cassazione paiono essersi avvedute del mutamento di paradigma che le rispettive pronunce instillano nel sistema.

Consentire che un giudice decida sulla base di prove formatesi davanti a un collega equivale a rinunciare al processo; significa trattare i fatti di cui si occupa la giustizia penale come vicende di cui l'ordinamento giuridico si preoccupa tenendo conto esclusivamente dell'interesse organizzativo e gestionale.

Consentire che più giudici si avvicendino nella conduzione del dibattimento, tanto le prove utilizzabili sono quelle già assunte davanti all'altro giudice poi sostituito, “burocratizza” la funzione giurisdizionale e la spersonalizza. Diversamente, la funzione giurisdizionale, a differenza di quella di accusa, non può essere impersonale.

Il giudice è una persona in carne e ossa che giudica i suoi simili e che, per farlo, si inserisce in un sofisticato e complesso *iter* procedimentale e congegno relazionale perché giudicare se punire oppure no una persona - e dunque se assoggettarla oppure no alla forza coattiva in cui consiste la pena - è funzione “sovrana”, in quanto tale assoggettata a regole predeterminate, volte a salvaguardare non solo la qualità delle conoscenze acquisite e i diritti fondamentali delle diverse persone coinvolte nell'accertamento processuale, ma anche un insieme di altri interessi primari di rilievo pubblico.

È proprio la natura “sovrana” della funzione di giudizio che giustifica l'idea del processo come liturgia, come “mondo a sé stante” nel quale parti e giudice concorrono alla formazione della decisione secondo regole peculiari che talvolta sfuggono al senso comune, ma che attingono a esperienze storiche, costruzioni dogmatiche e categorie teoriche che si sono sedimentate nei secoli. Ammettere che il giudice che decide non sia quello che conosce, o meglio, ammettere che il giudice possa “conoscere” avvalendosi delle conoscenze del collega che lo ha proceduto nella conduzione del dibattimento, significa rompere sì con il passato, ma verso un futuro in cui la banalizzazione dell'attività conoscitiva del giudice rischia di mettere a rischio la stessa necessità che sia necessario un giudice per conoscere.

Detto in altre parole, non si tratta più - come nel 1992 - di scegliere fra due idee di processo penale, quella ricevuta in dote dalla tradizione continentale avviata con il *Code d'instruction criminelle* del 1808 (37) e quella, decisamente innovativa, di cui è stata espressione il codice di procedura penale promulgato nel 1988. Comune a entrambe le opposte concezioni, infatti, c'era la consapevolezza che la centralità della escussione dibattimentale della prova non fosse valore da mettere in discussione e che solo dalla partecipazione del giudice alla costruzione, in dibattimento, delle conoscenze da utilizzare per decidere sarebbe potuto derivare una sentenza giusta. Perfino i *laudatores* delle pronunce costituzionali n. 24, 254 e 255 del 1992, infatti, sottolineavano come la possibilità di utilizzare l'atto d'indagine ai fini della pronuncia dibattimentale implicasse la previa escussione orale e la centralità di quest'ultima, proprio in ragione della convinzione che solo il giudice dinanzi al quale si assumono le prove dialetticamente può deliberare nella maniera più corretta (38).

(36) Risalente e inascoltata la denuncia della deprecabile amministrativizzazione della procedura e della burocratizzazione del giudice (v. in questi termini G. Foschini, *La visione processuale del diritto*, in *Tornare alla giurisdizione. Saggi critici*, Milano, 1971, 11), vale a dire il rischio che si faccia passare per giurisdizione una funzione sostanzialmente di mera amministrazione, pur se caratterizzata dal lusso di complesse ma esteriori ritualità: in questo senso ancora G. Foschini, *Torniamo alla giurisdizione*, *Ibidem*, 5.

(37) Nel senso che il *Code d'instruction criminelle* rappresenti senz'altro il prototipo della maggior parte dei codici continentali del XIX e del XX secolo v. G. Alessi, *Il processo penale. Profilo storico*, Bari-Roma, 2000, 151, 159; P. Cipolla, *Dal Code Louis al Code Napoleon: un caso di ricorso storico?*, in *I codici napoleonici*, V, Milano, 2002, XLIII; A. Scella, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000, 62. Giova ricordare quanto riferiva un professore viennese con riguardo all'influenza del *code*: “L'importazione del codice penale di Francia e di quell'ordinamento processuale in molti e vari Paesi fu cosa del tutto meccanica: fu arrendevolezza usata alla forma e alla perfezione tecnica;

parve essere mezzo comodo” per rispondere al bisogno di codificazione “senza fatica di lotte legislative”: così S. Mayer, *Della legislazione penale comparata*, in *Riv. pen.*, 1879, XI, II-III (nov. e dic.), 113.

(38) Nel senso che la contestazione in dibattimento al dichiarante di quanto riferito in precedenza rappresentasse pur sempre una modalità di formazione della prova in dibattimento v. E. Lupo, *Intervento*, in AA.VV., *Il codice di procedura penale: Esperienze, valutazioni, prospettive*, Milano, 1994, 282; F. M. Iacoviello, *Prova e accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1992, 2028; G. Lattanzi, *Un processo riformato o rivoluzionato?*, in *Legisl. pen.*, 1993. Quest'ultimo, in particolare, riferisce che “il giudice non può limitarsi a raccogliere ... la conferma di dichiarazioni rese in precedenza, ma può solo, eventualmente, apprenderle nel corso del dibattimento attraverso le parole dei testimoni e l'esame incrociato condotto dalle parti”. Conformemente, nel senso che l'impiego a fini di prova del precedente difforme usato per le contestazioni non contrasta con il principio del contraddittorio v. A. Nappi, *Guida al nuovo*

Ora, invece, siamo al cospetto di un cambiamento di paradigma: se un giudice vale l'altro, a che cosa servirà mai il processo?

A nostro sommo avviso, i profili maggiormente discutibili della pronuncia della Sezioni Unite sono essenzialmente due. Il primo riguarda la possibilità che il nuovo giudice (giudice A) - vale a dire quello sopraggiunto in sostituzione di un altro - possa prendere in considerazione la deposizione resa da persona esaminata davanti al giudice sostituito (giudice B) anche quando una delle parti abbia chiesto al giudice A di esaminare quello stesso teste e il giudice A lo abbia esaminato. Il secondo aspetto problematico concerne la possibilità che il giudice A ritenga superfluo esaminare chi abbia già deposto in precedenza davanti al giudice B, nonostante questo teste sia disponibile, e rigetti la relativa richiesta presentata da una delle parti. Entrambi questi poteri giudiziari privano il principio di immediatezza della sua essenza; in altre parole, lo contraddicono e lo cancellano.

Necessità di superare le ragioni di Consulta e Suprema corte

A onor del vero, non si può fare a meno di sottolineare che le pronunce della Corte costituzionale e della Corte di cassazione a Sezioni Unite trovano la propria razionale (e insuperabile) giustificazione nell'inaccettabile *status quo* che caratterizza l'amministrazione della giustizia penale italiana, dove oralità e immediatezza non hanno davvero mai trovato attuazione. Infatti, non può esserci oralità-immediatezza senza concentrazione del dibattimento e, invece, lo svolgimento delle udienze dibattimentali non si conforma mai alla stregua della continuità imposta dall'art. 477, comma 1, c.p.p. - che esige di rinviare l'udienza al giorno successivo non festivo nei casi in cui il processo non può essere definito in un'unica udienza.

Le udienze di rinvio del dibattimento sono sempre fissate a notevole distanza l'una dall'altra e l'impossibilità di attuare la concentrazione, di fatto, nega ogni effettività all'immediatezza, che è così divenuto quello che a ragione le due Corti hanno definito "un mero simulacro". Sicché accade sempre che il giudice dibattimentale decida sulla base degli esiti

cartacei dell'escussione dibattimentale delle prove che ha avuto luogo, il più delle volte, a molto tempo di distanza da quello nel quale viene deliberata la sentenza (39). Non solo. In considerazione del fatto che spesso e volentieri l'escussione orale della fonte di prova ha luogo a molto tempo di distanza dai fatti, non di rado anche l'escussione dibattimentale si risolve in una "pantomima", in cui il dichiarante ammette la propria difficoltà a rammentare i fatti, cui la prassi supplisce utilizzando la lettura del verbale di dichiarazioni rese nelle indagini per "rinfrescare" la memoria, sulla base dell'applicazione analogica dell'art. 500, comma 2, c.p.p.

Si capisce, a questo punto, perché mai la Corte costituzionale prima, e la Cassazione poi, hanno ritenuto un'inutile formalità assicurare che lo stesso giudice dinanzi al quale è stata acquisita la prova sia pure quello che pronuncia la sentenza conclusiva del dibattimento. Se le conoscenze di cui si avvale il giudice sono quelle lette nel verbale del dibattimento - e non può essere altrimenti perché l'udienza della deliberazione ha luogo a molto tempo di distanza dalle udienze in cui le dichiarazioni dei testimoni o degli altri soggetti sono state acquisite; e se, non di rado, queste ultime sono pure quelle enunciate in dibattimento solo dopo che i fatti da narrare sono stati rievocati mediante la contestazione ex art. 500, comma 2, c.p.p., allora non ha senso invocare l'oralità e l'immediatezza. Se le cose stanno come sono state descritte - e nessuno può negarlo - non c'è ragione per strapparsi le vesti e gridare allo scandalo di fronte alla scelta del giudice delle leggi e di quello di legittimità di trarre le conclusioni più "logiche" da una disfunzione così radicata, diffusa e, a quanto pare, irrimediabile.

Nondimeno, gli argomenti usati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 132/2019 e quelli delle Sezioni Unite nel caso Bajrami Klevis vanno radicalmente avvertati nelle premesse culturali e pratiche.

La celebrazione di dibattimenti a molta distanza di tempo dal fatto oggetto del giudizio a causa di indagini protrattesi troppo a lungo (40) e la diluizione dei giudizi penali in una molteplicità di udienze, per lo

codice di procedura penale, X ed., Milano, 2007, 152 ss. Per una autorevole adesione a una concezione del contraddittorio tale da non considerare in contrasto con esso l'eventuale impiego dibattimentale della dichiarazione resa fuori dal dibattimento e poi contestata nel corso del suo svolgimento v., in dottrina, G. Foschini, *Intervento*, in AA.VV., *Criteri direttivi*, cit., 375 s.; V. Grevi, AA.VV., *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, 183 s.; D. Siracusano, *Il contraddittorio fra Costituzione e legge ordinaria*, in questa *Rivista*, 2000, 1426 s.; P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, XX ed., Milano, 2019, 739.

(39) G. Lozzi, *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in AA.VV., *Oralità e contraddittorio nei processi di criminalità organizzata*, Milano, 1999, 32 s.

(40) Nel senso che si registra una forte insofferenza da parte della giurisprudenza verso la contingentazione dei tempi delle indagini preliminari v. A. Camon, *Le indagini preliminari*, in A. Camon - C. Cesari - M. Daniele - M.L. Di Bitonto - D. Negri - P.P. Paulesu, *Fondamenti di procedura penale*, Padova, 2019, 396 s.

più alternate a intervalli temporali assai ampi, sono il frutto della generale perpetuazione dopo la riforma del 1988 di modalità di gestione dei procedimenti e del carico dibattimentale omogenee a quelle consolidate nella vigenza del codice di procedura penale del 1930. In effetti, il processo penale italiano continua ad essere fortemente condizionato in senso inquisitorio da una sorta di “architettura invisibile della giustizia penale”, che pregiudica “l’effettiva operatività degli istituti processuali” (41) sulla base di incrostazioni applicative ed *habitus* culturali risalenti alle regole processuali con cui la giustizia italiana è stata amministrata dall’Ottocento in poi; e dunque anche nel Novecento dell’età liberale, del ventennio fascista poi e del primo quarantennio repubblicano.

Come è stato detto, “il problema non è solo quale tipo di processo vogliamo, ma anche in quale tipo di potere ci troviamo” (42) ed è indiscutibile che la commistione tra tendenziale fisionomia accusatoria del sistema processuale e assetto istituzionale della magistratura tipico dei sistemi continentali (43) ha contribuito a determinare una linea di continuità fra disciplina previgente e quella del nuovo codice, disinnescando gran parte delle sue principali innovazioni. Viste in questa prospettiva, le pronunce volte ad “abolire” per via giudiziaria quanto stabilito nell’art. 525, comma 2, c.p.p. appaiono coerenti al consueto tratto culturale della magistratura italiana. Questa, per lo più, si è sempre presentata come irriducibile e ostinata paladina della necessità di ripudiare l’oralità e la dialettica del contraddittorio dibattimentale (44) quale veicolo di formazione della prova su cui fondare la decisione penale. Inoltre, essa ha sempre giustificato tale posizione sulla base della asserita (ma

indimostrata) inettitudine del sistema italiano a recepire moduli di costruzione delle prove tipiche di ordinamenti troppo distanti dal nostro.

Ma proprio queste sono le premesse culturali e pratiche che vanno contrastate.

Il nuovo codice di procedura penale ha rappresentato l’esito di una pluridecennale elaborazione pubblica, realizzata non solo e non tanto in sede politica, ma soprattutto grazie al prezioso contributo dei migliori settori della cultura giuridica, dell’avvocatura e della magistratura. Era un “rito osceno” quello consentito del codice Rocco “in cui ai testimoni si chiedeva solo e affrettatamente di confermare quanto avevano già dichiarato” (45). Ecco, sarebbe necessario che tutti si avvedessero che non sono poi così lontani da quel rito “i dibattimenti che si dipanano attraverso più udienze, spesso intervallati da rinvii di udienze o di anni” di cui parlano ora giudice delle leggi e Suprema Corte (46), e che sia l’uno che l’altra hanno ulteriormente legittimato con la loro discutibile recente giurisprudenza.

Da qui occorre ripartire, da questa consapevolezza. Sorprende che i magistrati non si rendano conto di quanto certe soluzioni all’apparenza efficientiste - come quella recente delle due Corti - siano in realtà scelte regressive, che smentiscono il profilo garantista dell’istituzione cui appartengono.

Senza una tale presa di coscienza, il futuro che ci aspetta può solo suscitare preoccupazione.

Garanzie interne e sistema C.e.d.u.: la prevalenza dell’art. 525, comma 2, c.p.p.

C’è da chiedersi, a questo punto, se il sistema di tutela dei diritti umani imperniato sul Consiglio d’Europa e

(41) E. Amodio, *Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea*, in AA.VV., *Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana*, a cura di D. Negri - M. Pifferi, Milano, 2010, 333 ss.

(42) M.R. Damaska, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991, 98.

(43) Come noto, nei sistemi dell’Europa continentale ha preso piede l’organizzazione burocratica degli uffici giudiziari: il giudice appartiene all’apparato statale e viene selezionato secondo procedure burocratico-amministrative, sulla base della sua qualificazione tecnico-giuridica. Nei sistemi di *common law*, invece, la figura del giudice è bicefala: da un lato, c’è un organo a composizione laica (la giuria, che è composta da persone comuni) che pronuncia un verdetto immotivato di colpevolezza o non colpevolezza dell’imputato; dall’altro, c’è un giudice professionale - reclutato, cioè, per la sua abilità tecnico-giuridica - che dirige lo svolgimento del giudizio, presiede all’attività di assunzione delle prove e risolve le questioni di diritto che eventualmente possano porsi. Volendo, v. M.L. Di Bitonto, *I soggetti*, in A. Camon - C. Cesari - M. Daniele - M.L. Di Bitonto - D. Negri - P.P. Paulesu, *Fondamenti*, cit., 162 ss.

(44) A voler partire da lontano, sempre istruttivo rileggere i tanti e diversi interventi di magistrati nel volume AA.VV., *Criteri direttivi*,

cit. Più di recente v. O. Lupacchini, *Intervento*, in AA.VV., *Il codice di procedura penale: Esperienze, valutazioni, prospettive*, cit., 245 ss.; E. Fassone, *Il processo che non c’è*, in *Quest. giust.*, 1994, 521; V. Zagrebelsky, in L. P. Comoglio - V. Zagrebelsky, *Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, 440 s.; G. Fidelbo, *Intervento* in AA.VV., *Il giusto processo*, Milano, 1998, 155; G. Salvi, *Intervento*, in AA.VV., *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, 2002, 146 ss. Sulla insofferenza dei giudici ad accettare sul piano culturale le diverse implicazioni del contraddittorio v. R. Magi, *Intervento*, in AA.VV., *Verso la riscoperta di un modello processuale. Convegno in memoria di A. Galati*, Milano, 2003, 172. Parla di “reazioni e motive”, “scontro ideologico”, “atteggiamenti di rifiuto” G. Lattanzi, *Un processo riformato o rivoluzionato?*, in *Legisl. pen.*, 1993, 353, che definisce “assai fragili se non incongruenti” gli argomenti usati dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 254 e 255 del 1992 (G. Lattanzi, *op. ult. cit.*, 355).

(45) G. Lattanzi, *Intervento*, in AA.VV., *Oralità e contraddittorio*, cit., 166.

(46) Corte cost. 29 maggio 2019, n. 132, par. 3.1. e Cass., SS. UU., 30 maggio 2019, Bajrami Klevis, cit., par. 8.

sulla Convenzione europea dei diritti umani possa rappresentare un argine adeguato a contrastare la tendenza italiana a svalutare il principio di immediatezza. Al riguardo sia la Corte costituzionale che la Corte di cassazione, in maniera netta e inequivoca, si fanno carico dell'esigenza di sgombrare il campo da ogni possibile obiezione circa la dubbia compatibilità della soluzione esecutiva prescelta con il quadro di garanzie assicurato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. La prima afferma che quest'ultima "riconosce ... che il principio dell'immediatezza può essere sottoposto a ragionevoli deroghe, purché siano adottate misure appropriate per assicurare che il nuovo giudice abbia una piena conoscenza del materiale probatorio" (47); l'altra precisa che pure nella prospettiva convenzionale "il processo non potrebbe essere ritenuto iniquo sol perché, in caso di mutamento della composizione del giudice non si sia proceduto alla riaudizione dei testimoni davanti al nuovo giudice, in quanto il diritto alla nuova audizione dei testimoni non è assoluto, ma può essere limitato, in presenza di circostanze particolari tali da giustificare un'eccezione al principio dell'oralità del dibattimento ed al principio dell'immutabilità del giudice del dibattimento, sempre che l'imputato abbia goduto di garanzie procedurali idonee a controbilanciare il fatto di non aver potuto esaminare nuovamente i testimoni nel corso del dibattimento svolto dinanzi al giudice nella nuova composizione, e nel complesso sufficienti a garantire che il processo sia stato equo" (48). Entrambe le pronunce, poi, richiamano diversi precedenti della Corte europea dei diritti dell'uomo, nei quali la mancata nuova audizione della persona già sentita in precedenza non è stata ritenuta motivo sufficiente per riconoscere l'avvenuta violazione dell'art. 6 C.e.d.u. (49). Diversamente da quanto lasciato supporre dal carattere assertivo dei passaggi argomentativi dedicati alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che la soluzione interpretativa suggerita dalla Corte costituzionale e adottata dalle Sezioni Unite sia senz'altro compatibile con la salvaguardia dei diritti fondamentali assicurati nel processo penale dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo è tutt'altro che scontato.

Occorre considerare, infatti, che la tutela multilivello dei diritti fondamentali della persona umana rafforza la protezione offerta a livello nazionale e vieta che a quest'ultima possano mai essere imposti limiti in ragione degli eventuali inferiori livelli di tutela stabiliti dalla Convenzione. Che sia questa la logica convenzionale è stabilito nell'art. 53 C.e.d.u., ove si legge che nessuna disposizione può essere interpretata "come recante pregiudizio o limitazione ai Diritti dell'uomo o alle libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base a leggi di qualunque Stato contraente".

Ciò significa che non è conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo fare leva sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo per limitare un diritto dell'imputato garantito nell'ordinamento italiano (50). Tanto più ove si consideri che il diritto a essere giudicati dal giudice persona fisica che ha partecipato all'assunzione delle prove in dibattimento è prerogativa riconosciuta in Italia alle persone accusate non solo dalla procedura penale vigente, ma perfino da quella in vigore durante il regime fascista, vale a dire da un codice che qualcuno definiva come un "temibile ordigno inquisitorio", un esempio di "crudo illiberalismo", un "codice talmente reazionario da non essere applicabile alla lettera" sì da richiedere interventi correttivi della Cassazione dell'epoca "notoriamente aliena da mosse libertarie" (51).

Saremmo al paradosso: per importare *sic et simpliciter* nell'ordinamento italiano le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo si finirebbe per negare, di fatto, le garanzie che tale sistema riconosceva agli imputati perfino quando, sotto la dittatura, l'unico obiettivo della procedura penale era la repressione del delitto, piuttosto che la salvaguardia delle prerogative difensive delle persone accusate di aver commesso un crimine (52).

In definitiva, la regola secondo cui "alla deliberazione della sentenza concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento" (art. 525, comma 2, c.p.p.) non può subire restrizioni facendo leva sul sistema di garanzie assicurate dalla Convenzione europea, perché tale

(47) Corte cost. 29 maggio 2019, n. 132, par. 3.2.

(48) Cass. Pen., SS.UU., 30 maggio 2019, Bajrami Klevis, cit., par. 10.

(49) Corte E.d.u., 4 dicembre 2003, *Milan c. Italia*, par. 1; Corte E.d.u., 10 febbraio 2005, *Graviano c. Italia*, par. 38 ss.; Corte E.d.u., 2 dicembre 2014, *Cutean c. Romania*, par. 1; Corte E.d.u., 6 dicembre 2016, *Skaro c. Croazia*, par. 28 ss.

(50) R. Pisillo Mazzeschi, *Preambolo*, in S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea*

per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Padova, 2012, 12.

(51) Tutti i virgolettati del testo sono tratti da F. Cordero, *Procedura penale*, cit., 2012, 87.

(52) Per una rassegna degli orientamenti culturali e politici prevalsi all'epoca in cui è stato scritto ed è entrato in vigore il codice di procedura penale del 1930 v., esaurientemente, M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, 227 ss.

strumento internazionale non può limitare i diritti stabiliti a livello interno dagli Stati e in Italia - è stato prima spiegato nel par. 2 - la costituzionalizzazione delle regole sul contraddittorio porta con sé la necessità dell'assunzione orale della prova davanti allo stesso giudice che deve pronunciare la sentenza (53).

Il principio di immediatezza nella prospettiva convenzionale

Ulteriori considerazioni, oltre a quelle fondate sull'art. 53 C.e.d.u., paiono minare l'assunto secondo cui il sistema di tutela dei diritti umani ammetta, in linea generale, soluzioni esegetiche come quelle fatte proprie dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione in materia di art. 525, comma 2, c.p.p. Al contrario, è la stessa idea di *fair trial* garantito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo a implicare il principio di immediatezza e a esigere che, di regola, le decisioni sul merito dell'imputazione siano assunte esclusivamente dal giudice davanti al quale sono state acquisite le prove.

L'art. 6 C.e.d.u. esclude, se non in casi eccezionali e correlati a specifiche e insuperabili esigenze, che la prova dichiarativa sia assunta al di fuori del dibattimento e, quando ciò è consentito, occorre comunque concedere all'accusato un'occasione adeguata e sufficiente per contestare la testimonianza a carico e interrogarne l'autore, nel momento della deposizione o più tardi (54). Inoltre, esso impone che le prove siano assunte davanti al Tribunale competente e, proprio in funzione di ciò, giustifica l'esercizio della forza per ottenere in giudizio la presenza di un testimone che sia rimasto assente in una precedente udienza (55). È ancora l'art. 6 C.e.d.u. a escludere che il vaglio di ammissibilità della prova possa essere effettuato sulla base dell'anticipata valutazione di quello che sarà il risultato dell'escussione probatoria (56), proprio perché una simile valutazione non potrebbe essere compiuta se non sulla base di elementi diversi da quelli assunti davanti al giudice che deve pronunciare la sentenza.

È pur vero che la Corte di Strasburgo ha indebolito la garanzia del principio di immediatezza in diverse recenti occasioni, la più eclatante delle quali è stata la pronuncia nel caso *Murtazaliyeva c. Russia* (57), che

ha aggirato il principio di immediatezza, implicitamente ammettendo che esso non sia tanto una componente essenziale del *fair trial* quanto, piuttosto, un elemento di cui si può fare a meno tutte le volte in cui la procedura risulti nel complesso equa, alla stregua di una valutazione globalmente effettuata. Senonché, vagliare la "complessiva equità" (*overall fairness*) di un procedimento penale è operazione altamente problematica, che desta perplessità per molteplici ragioni. La prima, intuibile, è che derogare all'immediatezza sulla base di una valutazione circa la "*overall fairness*" della procedura non pare commendevole perché tale valutazione è completamente disancorata a parametri oggettivi e, perciò estremamente opinabile.

Per di più - ed è questa la seconda ragione di disappunto - i margini di incertezza che ne derivano non offrono alcun riferimento ai tribunali nazionali, che restano così senza bussola in un ambito in cui, al contrario, essi dovrebbero poter distinguere chiaramente il confine fra quanto è vietato dalle regole di procedura e quanto, invece, è consentito. Solo per fare un esempio, nel caso *Ibrahim e altri c. Regno Unito* (58) la Corte di Strasburgo ha compilato un elenco di criteri sulla cui base compiere la valutazione circa la "*overall fairness*" della procedura, ma tali criteri sono talmente ampi e generici da comprendere tutto e il contrario di tutto: più che la mappa di un percorso sembrano la riproduzione dell'intero territorio entro cui quel percorso dovrebbe svolgersi. Il risultato è che tali criteri non offrono alcuna seria indicazione su ciò che è doveroso aspettarsi e cosa no in un'equa procedura svolta davanti a un giudice terzo e imparziale chiamato a pronunciarsi sulla fondatezza di un'accusa penale.

Last but not least, la valutazione globale in cui si risolve la "*overall fairness*" della procedura ha il difetto di risolversi in una valutazione caso per caso, condizionata dalle specificità concrete di ogni singola vicenda, e ciò la rende inadeguata ad assicurare effettività ai diritti "processuali" garantiti dalla Convenzione. L'effettività delle garanzie riconosciute alla persona accusata di un reato esige "certezze" e non può dipendere da valutazioni caso per caso. La funzione dei diritti fondamentali delle persone coinvolte in un procedimento penale è quella di offrire

(53) P. Ferrua, *Oralità e contraddittorio nel quadro delle garanzie costituzionali: giurisprudenza delle Corti europee e fraintendimenti della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Milano, 2012, 163 s.

(54) M. Chiavario, *Il diritto al contraddittorio*, cit., 30.

(55) Corte E.d.u. 19 dicembre 1990, *Delta c. France*, par. 37; Corte E.d.u. 12 aprile 2007, *Pello c. Estonia*, parr. 34 and 35; Corte

E.d.u. 25 settembre 2008, *Polufakin and Chernyshev c. Russia*, par. 207.

(56) *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, no. 19874/92, ECHR 1996-III.

(57) Corte E.d.u. 18 dicembre 2018, *Murtazaliyeva c. Russia*.

(58) Corte E.d.u. 13 settembre 2016, *Ibrahim e altro c. Regno Unito*.

una protezione strutturale idonea a prevenire le iniquità procedurali. Al contrario, far dipendere tali diritti da una ponderazione casistica sulla “complessiva equità” della procedura non offre loro alcuna protezione strutturale e ciò, di per sé, ne affievolisce il valore.

Per dirla altrimenti, il principio di immediatezza è una garanzia strutturale della procedura penale (*recitius* una pietra miliare delle diverse procedure penali dei Paesi europei (59)), mentre la “overall fairness” della procedura è solo un espediente retorico elaborato dalla giurisprudenza della Corte europea per calibrare le sue decisioni concernenti le garanzie tutelate dall’art. 6 C.e.d.u. secondo le convenienze del caso. Pertanto, non è giustificabile che un principio strutturale qual è l’immediatezza possa essere diluito nella vaghezza di un vaglio casistico e opportunistico dai contorni indefiniti.

Oltretutto - e nel contesto italiano la perentorietà di tale argomento toglie spazio a ogni ulteriore discussione - il giudizio sull’equità complessiva della procedura non può giustificare l’indebolimento, se non addirittura la violazione, di una norma codificata come l’art. 525, comma 2, c.p.p., perché tale articolo rende insuperabile la nullità che vizia la deliberazione assunta da giudici diversi da quelli che hanno partecipato all’escussione orale del dichiarante. Invero, la nullità assoluta sancita in tale previsione non offre alcun margine di disponibilità ed esclude qualsivoglia forma di bilanciamento fra immediatezza e complessiva equità della procedura.

L’art. 525, comma 2, c.p.p. vieta che sotto l’usbergo del *fair trial* convenzionale e del problematico giudizio sulla “overall fairness” si possano negoziare al ribasso le garanzie stabilite a livello interno e c’è da temere che la Suprema Corte abbia fatto esattamente questo.

Conclusioni

La pronuncia delle Sezioni Unite esprime un atteggiamento risalente, spesso diffuso tra i giudici di merito (60), consistente nella tendenziale avversione

a ripetere l’assunzione della prova dichiarativa ogniqualvolta, in dibattimento, muti la persona del giudice e manchi il consenso delle parti all’utilizzazione, mediante lettura, delle dichiarazioni formate dinanzi al precedente giudicante (61).

Pare prevedibile che tale precedente non chiuda definitivamente la *querelle* interpretativa concernente il diritto delle parti di esaminare il dichiarante davanti al giudice che deve emettere la sentenza.

Dopo due sentenze delle Sezioni Unite di tenore opposto, pronunciate non solo a distanza di vent’anni, ma anche in relazione a previsioni di legge che non sono state modificate, non sarebbe certo commendevole che l’interpretazione maggioritaria si consolidasse proprio nel senso meno garantista, oltre che in aperto contrasto con la limpida e insuperabile previsione di nullità assoluta - e dunque insanabile in ogni stato e grado - della deliberazione pronunciata da giudici diversi da quelli che hanno partecipato al dibattimento.

Anche alla luce della matrice convenzionale del principio di immediatezza, al fine di presidiare l’effettività della regola stabilita nell’art. 525, comma 2, c.p.p., occorre rigettare la diffusa idea che la deposizione resa davanti al giudice successivamente sostituito sia utilizzabile da quello che gli è succeduto sol perché essa si trova collocata nel fascicolo per il dibattimento. L’art. 511 c.p.p., infatti, subordina tale utilizzabilità alla previa lettura o indicazione, che tuttavia può avere luogo soltanto dopo che si sia svolto l’esame della persona che l’ha resa (art. 511 c.p.p.) (62).

In mancanza dell’esame e della lettura, quindi, il giudice non può utilizzare quella deposizione per vagliare l’ammissibilità della richiesta di prova formulata dalla parte che intende escutere oralmente la persona già sentita davanti al diverso giudice.

Inoltre, una volta avvenuta l’escussione dinanzi al nuovo giudice, deve essere quest’ultima deposizione a orientare l’esito del processo: le dichiarazioni precedenti possono, tutt’al più, offrire elementi per valutare i risultati probatori appena conseguiti, non certo

(59) Corte E.d.u. 18 dicembre 2018, Murtazaliyeva c. Russia, *Dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque, par. 57 ss.

(60) Trib. di Vibo Valentia 21 novembre 1995, Pititto, in *Cass. pen.*, 1996, 1994; Pret. Rieti, Sez. dist. Poggio Mirteto, 9 maggio 1996, e Pret. Siracusa, Sez. dist. Noto, 23 ottobre 1995, Iacono, entrambe in *Giur. mer.*, 1996, 719; Pret. S. Angelo dei Lombardi, Sez. dist. Montella, 19 aprile 1996, Falbo, in *Foro it.*, 1997, II, 131; Pret. Roma 27 febbraio 1997, Nencini, in *Cass. pen.*, 1997, 2882; Pret. Foggia, Sez. dist. Manfredonia, 7 dicembre 1999, *ivi*, 2000, 1801 ss., con nota critica di C. Riviezzo, *Mutamento del giudice e necessità di rinnovare l’esame delle persone*

già sentite: la ricerca di una soluzione tra garanzia ed efficienza. In argomento v. A. Marandola, *Mutamento del giudice dibattimentale e sopravvenuta impossibilità della prova*, in *Cass. pen.*, 1994, 1992 ss.; E. Gallucci, *Modalità di rinnovazione dell’istruzione dibattimentale in caso di mutamento del giudice*, *ivi.*, 1999, 185 ss.

(61) G. Spangher, *Immutabilità del giudice. La norma non è incostituzionale ma per la Corte va cambiata*, in *Il Penalista*, 11 giugno 2019, 1; L. Zilletti, *La linea del Piave e il duca di Mantova*, in *Arch. pen.*, 2019, 2.

(62) G. Galluccio Mezio, *Sezioni unite e ideale accusatorio: una relazione in crisi*, in *Cass. pen.*, 2020, 1056 ss.

sostituire questi ultimi con quanto acquisito davanti al giudice precedente (63).

Infine, pare utile suggerire per i procedimenti destinati ad articolarsi in un elevato numero di udienze, la generalizzazione di una regola attualmente valevole solo per i giudizi dinanzi alla Corte d'assise, per i quali

è prevista la nomina di giudici aggiunti (64), il cui compito è quello di seguire in tale qualità lo svolgimento del dibattimento al fine di poter sostituire, se del caso, i componenti del collegio nell'eventualità che non possano essere presenti fino alla conclusione del giudizio.

(63) Corte E.d.u. 18 dicembre 2018, Murtazaliyeva c. Russia, *Dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque, par. 57, linea guida n. 6.

(64) La nomina di giudici popolari aggiunti è stata introdotta quando il nostro ordinamento fronteggiava l'emergenza terroristica (art. 4, D.L. 14 febbraio 1978, n. 31, conv. in L. 24 marzo 1978,

n. 74); la nomina di giudici togati aggiunti, invece, è da far risalire alla instaurazione del primo maxi-processo istruito da Giovanni Falcone e Paolo Borsellino nei confronti di centinaia di persone accusate di appartenere all'organizzazione criminale Cosa Nostra (art. 1, D.L. 6 febbraio 1986, n. 18, conv. in L. 24 marzo 1986, n. 18).