

## Ingiusta detenzione: diritto alla pubblicità dell'udienza

Mario Antinucci

1. È stato evidenziato a buon diritto il carattere innovativo della recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo adottata il 10 aprile 2012 nel caso Lorenzetti c. Italia (ric. n. 32075/09) con la quale l'Italia ha subito l'ennesima condanna per violazione dell'art. 6, § 1, Cedu, nella parte in cui sancisce il diritto di ogni persona ad avere un'equa e pubblica udienza nel procedimento di riparazione per ingiusta detenzione<sup>1</sup>.

I connotati di sicura giurisdizionalità che caratterizzano tanto il processo di riparazione per ingiusta detenzione quanto, in specie, il processo di prevenzione, si sono venuti ulteriormente ad esaltare alla luce dei più recenti apporti che hanno contrassegnato la giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>2</sup> e, di riflesso, quella costituzionale in materia in ossequio ai fondamentali principi di legalità processuale e di presunzione d'innocenza in applicazione dell'art. 27 Cost.<sup>3</sup>.

Posto che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge» (art. III, 1° co, Cost), non dovrebbe sorprendere l'attualità e la forza dirompente, in chiave di effettività delle regole del giusto processo europeo, dell'esegesi posta a base delle Sezioni Unite Racco<sup>4</sup> in tema di inutilizzabilità delle intercettazioni nel procedimento di riparazione per ingiusta detenzione, il cui principio di diritto deve ritenersi senz'altro valido anche sul versante del processo di prevenzione<sup>5</sup>.

1. Cfr sul punto M. MONTAGNA, *Processo contumaciale e pubblicità dell'udienza nella prospettiva del dialogo tra corti*, in questa Rivista, 2012, I, 127; In materia di procedimento di riparazione per ingiusta detenzione si veda PERONI, *Precedenti penali e quantum della riparazione per ingiusta detenzione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 3, 310; FIORIO, *Sovraffollamento carcerario e tensione detentiva*, *ivi*, 2012, 4, 409; SANTORIELLO, *La riparazione per l'ingiusta detenzione*, in SPANGHER, SANTORIELLO (a cura di), *Le misure cautelari personali*, 2009, I, 615.

2. *Ex plurimis* cfr. sentenza 15 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia; sentenza 8 luglio 2008, Pierre ed altri c. Italia; sentenza 5 gennaio 2010, Buongiorno c. Italia.

3. In questo senso autorevolmente GAITO, CHIAVARIO, *Interventi*, in *Spunti di riflessione processual-penalistica su alcuni orientamenti della Corte europea dei diritti umani*, in Convegno "Diritto penale e Processo nello spazio comune europeo", Roma, Sapienza, 19 giugno 2012.

4. Cass., Sez. Un. 30 ottobre 2008, Racco, in *Mass. Uff.*, 293754.

5. Cass., Sez. Un., 9 aprile 2010, Cagnazzo, in *Mass. Uff.*, 273149. PIRACCINI, *Gli standard probatori per l'applicazione del sequestro e della confisca tra modelli di prevenzione e di repressione – coordinamento tra*

Si è a buon diritto osservato<sup>6</sup> che nonostante l'« arroccamento su un'insostenibile distinzione tra norme Cedu, Trattato di Lisbona e diritto comunitario », tanto la sentenza n. 93 del 2010, quanto la n. 80 del 2011, proprio in tema di rilevanza della pubblicità dell'udienza nelle fasi di merito del giudizio di prevenzione hanno proposto conclusioni che, incentrate sul confronto tra il concetto di pubblicità dell'udienza e l'impianto codicistico del dibattimento penale, rappresentano tuttavia punti fermi per l'interprete.

In particolare, la decisione n. 93 del 2010, dopo avere sottolineato come « l'assenza di un esplicito richiamo in Costituzione non scalfisce [...] il valore costituzionale del principio di pubblicità delle udienze giudiziarie » in quanto « la pubblicità del giudizio, specie di quello penale, costituisce principio connaturato ad un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, cui deve conformarsi l'amministrazione della giustizia, la quale — in forza dell'art. 101, primo comma, Cost. — trova in quella sovranità la sua legittimazione », è pervenuta alla nota conclusione di illegittimità costituzionale delle norme sul procedimento di prevenzione nella parte in cui non consentono che su istanza degli interessati esso si svolga « nelle forme dell'udienza pubblica », utilizzando tale espressione dopo il richiamo esplicito della norma di cui all'art. 472 c.p.p. e, implicitamente, all'altro, relativo al successivo art. 473, che concerne ovviamente la distribuzione di competenze tra presidente del collegio e giudice in merito alla decisione sull'esclusione della pubblicità.

Sul terreno della giustizia patrimoniale penale, ove la tendenza legislativa alla estensione in chiave emergenziale delle misure patrimoniali e soprattutto della confisca obbligatoria viene stigmatizzata in negativo dalla letteratura<sup>7</sup> che ne evidenzia il nuovo volto come effetto della progressiva creazione di un sottosistema penale della pericolosità personale e patrimoniale contrario ai principi del giusto processo europeo, non può sottacersi che l'art. 7, 1° co. del c.d. Codice Antimafia approvato con d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 preveda espressamente che il procedimento di prevenzione « si svolga in pubblica udienza quando l'interessato ne faccia richiesta ».

Nel merito, già prima della citata riforma, gli Autori più sensibili evidenziavano l'inadeguatezza della sistematica tradizionale, segnalando l'utilità di decifrare questo fenomeno in espansione sotto la piegatura dei riti speciali, stante l'obiettivo dichiarato di conseguire una risposta di giustizia differen-

*procedimento di prevenzione e processo penale, Interventi*, Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 19 gennaio 2011).

6. FURFARO, *Pubblicità dell'udienza in Cassazione e regole europee: incongruenze sistematiche e ripensamenti inopportuni*, (a proposito di Corte cost., sent. n. 80 del 2011) in questa rivista, 2011, 210; ID., *La pubblicità dell'udienza nel sistema del « giusto processo »: un problema da risolvere*, in DINACCI, *Processo penale e Costituzione*, Milano 2010, 377.

7. BARGI, « *Processo al patrimonio* » e principi del Giusto processo: regole probatorie e regole decisorie nella confisca penale, in BARGI, CISTERNA (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, I, Torino, 2011, 3; ANTINUCCI, (a cura di) *Merci illecite o contraffatte: tra parassi operative e garanzie europee*, Roma, 2012.

ziata, nel cui alveo riportare anche le forme di giustizia di prevenzione, atteso il particolare significato assunto dalla "specialità" del rito nella nuova cornice culturale e della particolare dimensione assunta dalla giustizia patrimoniale di prevenzione<sup>8</sup>.

L'analisi in chiave diacronica tanto del procedimento per ingiusta detenzione quanto di quello di prevenzione, dimostra che entrambi, pur mantenendo le proprie peculiari connotazioni, siano ormai pervenuti ad una compiuta giurisdizionalizzazione e ad una piena assimilazione al processo ordinario di cognizione, essendo caratterizzati, al pari di quest'ultimo, dai principi coesenziali al giusto processo, identificati dal novellato art. III Cost. nella presenza di un giudice terzo e imparziale e nel contraddittorio delle parti in posizione di parità in udienza pubblica. Va sottolineato, del resto, che la spinta verso tale equiparazione corrisponde ad una necessità logica e giuridica dettata dalla natura dei beni giuridici sui quali incidono tanto le misure cautelari *de libertate* quanto le misure *praeter delictum*, il cui contenuto si traduce, nella sostanza, in rilevanti limitazioni di diritti costituzionalmente protetti, primo tra tutti quello della libertà personale proclamata inviolabile dal primo comma dell'art. 13 Cost.: di talché l'esercizio ed il controllo tanto di poteri cautelari quanto della potestà di prevenzione non può prescindere dall'osservanza delle garanzie che sono proprie del processo e di riflesso, per quanto concerne le impugnazioni, deve essere assicurato il controllo effettivo e reale delle decisioni limitative della libertà personale in proiezione rispetto alla ricaduta in sede di garanzia avverso l'ingiusta detenzione della persona.

2. Sembra ragionevole soffermarsi sulla circostanza che attraverso l'attribuzione al giudice di un potere di esclusione della pubblicità negli specifici casi previsti dalla disposizione del Codice di procedura penale e il richiamo al valore del controllo pubblico nell'assunzione delle prove nel processo penale, la Corte costituzionale abbia, non solo riempito di contenuto l'espressione « nelle forme dell'udienza pubblica » da Essa utilizzata nella decisione n. 93 del 2010, ma, così facendo, abbia soprattutto individuato nel modello dibattimentale disciplinato dal libro VII del codice di procedura penale la forma del procedere dei giudizi di merito per l'applicazione delle misure di prevenzione.

In questo senso già all'indomani dell'importante sentenza additiva di principio della Corte costituzionale « nel segno di un'autentica rivoluzione copernicana », si osservava<sup>9</sup> che proprio in punto di concreta rilevanza dell'effettiva volontà delle parti, della incidenza delle stesse sulle forme delle

8. GAITO, *Sequestro e confisca per equivalente. Prospettive d'indagine*, in *Giur. it.*, 2009, 8-9, 673; FURFARO, *La confisca per equivalente tra norma e prassi*, *ivi*, 701.

9. ANTINUCCI, *Tipologie atipiche di giudizio direttissimo e immediato*, in GAITO, SPANGHER, *La Giustizia penale differenziata, I procedimenti speciali* coordinato da GIUNCHEDI, Torino, 2010, 848; CONSO, ESPOSITO, *Interventi*, in *Ruolo e funzione del giudizio di cassazione*, al Seminario "I mercoledì della Procedura penale", Roma, Università Sapienza, 2 marzo 2011.

rito in funzione dell'esercizio effettivo dei diritti fondamentali, fosse in atto una svolta epocale, espressione di una nuova marcia dei tempi della giustizia penale imposta dalle garanzie europee.

L'assenza di un formale richiamo in Costituzione non scalfisce, in effetti, il profondo valore costituzionale del principio di pubblicità delle udienze giudiziarie<sup>10</sup>: principio che — consacrato anche in altri strumenti internazionali, quale, in particolare, il Patto internazionale di New York relativo ai diritti civili e politici, adottato il 16 dicembre 1966 e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881 (art. 14) — trova oggi ulteriore conferma — oltretutto esplicito riconoscimento nella sentenza n. 93 del 2010 della Corte Costituzionale — nell'art. 47, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cosiddetta Carta di Nizza), recepita dall'art. 6, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea, nella versione consolidata derivante dalle modifiche ad esso apportate dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 ed entrata in vigore il 1° dicembre 2009<sup>11</sup>.

In questo senso si registrano puntuali interventi in seno alla comunità scientifica, con l'importante sottolineatura riguardante lo stesso Giudice delle leggi al quale « è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve »<sup>12</sup>.

Si afferma con senso di responsabilità che al canone dell'interpretazione “convenzionalmente” conforme non si sottrae nessun territorio della giurisdizione nazionale, ove la stessa Corte costituzionale si deve riconoscere destinataria di un potere conformante della giurisprudenza di Strasburgo, principio assunto a *ius receptum*, ad esempio, nelle motivazioni del ben note sentenze della Corte costituzionale n. 93 del 2010<sup>13</sup>, n. 187 del 2010, n. 196 del 2010<sup>14</sup>, n. 113 del 2011.

L'assunto di fondo che alla conformità ai diritti fondamentali debba soggiacere la legge processuale nazionale deve essere condiviso<sup>15</sup> ed è alla base

10. In questo senso autorevolmente CARNELUTTI, *La pubblicità nel processo penale*, Riv. Dir. Proc., 1955; VOENA, *Mezzi audiovisivi e pubblicità delle udienze penali*, Milano, 1984, 2). Cfr sul punto BOCCHINI, voce *Pubblicità delle udienze*, in *Dig. Disc. Pen.*, V Agg., 2010, IV, 700.

11. GAETA, *Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva della Corte costituzionale*, Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dal CSM sul tema “I giudici e la globalizzazione: il dialogo tra le Corti nazionali e sopranazionali”, Roma, 22-24 giugno 2010.

12. Così Corte cost., sent. n. 311 del 2009, § 6 del Considerato. Sulla sentenza n. 311, v. M. MASSA, *La giurisprudenza Cedu sulle leggi retroattive e la sua sostanza*, in *Giur. cost.*, 2009, 318; cfr anche RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU* (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009), in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

13. GAITO, FURFARO, *Consensi e dissensi sul ruolo e sulla funzione della pubblicità delle udienze penali*, in *Giur. cost.*, 2010, 2, 1065; LICATA, *Il rito camerale di prevenzione di fronte ai diritti fondamentali*, *ivi*, 1077; GUAZZAROTTI, *Bilanciamenti e fraintendimenti: ancora su Corte costituzionale e CEDU*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

14. TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di “sanzione”*, in *Giur. cost.*, 2010, 3, 2323.

15. IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*,

della esegesi a fondamento di non meno importanti arresti della giurisprudenza di legittimità che, spingendosi addirittura oltre i *dicta* della Consulta, giungono al punto di ritenere non più revocabile in dubbio « che sia patrimonio comune della scienza giuridica, della giurisprudenza costituzionale e di legittimità la “forza vincolante” delle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo »<sup>16</sup>.

3. Se, dunque, « la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge » (art. III, 1° co, Cost), gli effetti dell'interpretazione conforme alla Cedu sulla nozione di contraddittorio senz'altro si estendono *ipso iure* al principio di pubblicità dell'udienza giudiziaria, quale presupposto indefettibile del dibattimento penale.

È fin troppo nota, sul punto, la posizione della Corte europea: l'art. 6 § 3 lett. d) nel prevedere che « ogni accusato ha in particolare il diritto di interrogare o far interrogare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'interrogatorio dei testimoni a discarico nelle medesime condizioni dei testimoni a carico » sancisce il diritto dell'imputato di confrontarsi con il suo accusatore, garanzia, questa, cardine assoluto dell'equità del processo. Il principio fondamentale è che la prova dichiarativa (al pari di ogni altra prova), per poter essere utilizzata ai fine dell'affermazione della responsabilità penale dell'imputato, deve essere assunta necessariamente in contraddittorio<sup>17</sup>.

Ed è indubbio che l'imputato, secondo la prescrizione della citata norma della Convenzione, deve poter partecipare all'assunzione della fonte testimoniale in un pubblico dibattimento<sup>18</sup>, *regola iuris* operante quale vera e propria *ratio decidendi* nella esegesi delle Sezioni Unite De Francesco, recente importante arresto giurisprudenziale in tema di utilizzazione dibattimentale delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari<sup>19</sup>.

Vero che la pubblicità non è direttamente correlata al contraddittorio, né alla terzietà e all'indipendenza del giudice; parimenti vero, però, che il controllo che essa garantisce ha ad oggetto attività processuale che, a mente della formula costituzionale, non può che svilupparsi nel contraddittorio davanti al giudice terzo ed imparziale. L'“equità” di ogni procedimento di

2011, 794.

16. Si legge nelle motivazioni di Cass., Sez. VI, 12 novembre 2008, Drassich, in *Mass. Uff.*, n. 241753.

17. Per quanto riguarda le pronunce in cui è stata parte lo Stato italiano, si vedano le note sentenze Corte eur. dir. uomo, Lucà c. Italia, 27 febbraio 2001; Id., Bracci c. Italia, 13 ottobre 2005; Id., Majadallah c. Italia, 19 ottobre 2006.

18. « Les éléments de preuve doivent en principe être produits devant l'accusé en audience publique, en vue d'un débat contradictoire »: Corte eur. dir. uomo, Taxquet c. Belgique, 13 gennaio 2009, § 58.

19. Cass. Sez. Un., 25 novembre 2010, De Francesco, in *Mass. Uff.*, n. 250197; PAGLIANO, *Le discrasie del sistema processuale penale italiano in tema di letture e contestazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1527.

accertamento — quale ne sia l'oggetto — ha, ormai, il proprio paradigma nella forma rassegnata dall'art. III, 2° co., Cost., ed è su tale modello, dunque, che ogni procedura deve essere livellata<sup>20</sup>.

In chiave di sistema, dunque, sembra parimenti indubitabile *rebus sic stantibus* che l'espressione “nelle forme dell'udienza pubblica” — utilizzata nella decisione della Corte costituzionale n. 93 del 2010 quale garanzia dell'imputato nel processo — abbia individuato nel modello dibattimentale disciplinato dal libro VII del Codice di procedura penale la forma del procedere in ogni giudizio regolato dal *contraddittorio*.

In aderenza alla direttiva generale dettata dall'art. 2,1° co, prima parte, l. 16.02.1987, n. 81 la quale esige l'applicazione al processo penale dei principi costituzionali e l'adeguamento alle Carte internazionali dei diritti dell'uomo, nonché l'attuazione dei caratteri del sistema accusatorio, il Legislatore delegato ha affermato *expressis verbis*, l'imperativo per cui l'udienza è pubblica a pena di nullità (art. 471, 1° co., c.p.p.).

Che la pubblicità vada riferita all'udienza dibattimentale è dato inequivocabile così come altrettanto certo è che l'arco temporale coperto dal dato normativo va dal momento iniziale dell'udienza, coincidente con l'ingresso in aula del Giudice, a quello finale, avente ad oggetto la chiusura del dibattimento, la pubblicazione della sentenza *ex art. 545 c.p.p.*, oppure la sospensione del dibattimento, nelle ipotesi contemplate dall'art. 477 c.p.p., od, ancora la lettura dell'ordinanza che fissa l'udienza di rinvio (art. 586, 4° co., c.p.p.)<sup>21</sup>.

In sede operativa, ove la *ratio* della pubblicità coincida effettivamente con la pienezza del contraddittorio tra le parti — indefettibile in ogni singolo procedimento connotato da piena giurisdizionalità — la presenza-assenza di tale requisito dell'azione rispetto al momento di costituzione del rapporto processuale dovrebbe auspicabilmente seguire il regime di controllo di ogni altro *presupposto processuale*<sup>22</sup>.

Posto che sul piano dogmatico ogni vicenda processuale implica sempre due accertamenti, « uno che si riferisce alla esistenza ed alla validità del rapporto processuale nella sua instaurazione e nel suo sviluppo e l'altro che riguarda la decisione del merito »<sup>23</sup> deve esser vero che l'inammissibilità dell'atto di parte o del Giudice determini un vizio di nullità assoluta della

20. FURFARO, *Il diritto alla pubblicità dell'udienza tra sistema interno e giusto processo europeo*, in *Giur. it.* 2008, 649.

21. Sul punto cfr. BOCCHINI, voce *Pubblicità delle udienze* cit., 702; CORDERO, *Procedura penale*, IV, Milano, 2001, 900; VOENA, *Udienza penale*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 513.

22. ABBATI, *Condizioni di procedibilità e presupposti processuali*, in *Dig. Disc. Pen.*, III Agg., 2005, Torino, 2005, 194; GAITO, « *Electa una via* ». I rapporti fra azione civile e azione penale nei reati perseguibili a querela, Milano, 1984, 45.

23. GAITO, voce “*Procedibilità (caratteri generali)*”, in *Enc. Dir.*, II Agg., Milano, 1998, 735; C. MASSA, *Considerazioni in tema di procedimento direttissimo*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1957, 250.

decisione per violazione dei diritti della difesa deducibile in ogni stato e grado del giudizio senza possibilità di sanatoria (artt. 178,179 c.p.p.).

Si pensi, in prospettiva di sistema, al tema degli effetti di errori del pm sui presupposti del rito e del relativo controllo, dovendosi intendere l'inammissibilità<sup>24</sup> quale categoria logico-giuridica connaturata al fatto che nel diritto processuale penale nessuna parte può fare più di quanto le è attribuito né, specificamente, proporre domande esorbitanti dalla sfera di poteri ad essa riconosciuti; onde l'attuazione dei poteri di iniziativa del p.m. nell'esercizio dell'azione penale è vincolata al rispetto delle forme e condizioni stabilite dalla legge, non potendo *ad libitum* instaurare un giudizio speciale al di fuori dei presupposti processuali<sup>25</sup>.

Giova solo precisare<sup>26</sup> che se il codice accusatorio e garantista oggi vigente, in epoca di giusto processo, fosse letto ed applicato nel senso di lasciare, invece, al p.m. (al Giudice e ad ogni altra parte processuale) l'attribuzione di sacche di arbitrio incontrollabile, ne risulterebbe scardinato il sistema processuale penale nella sua interezza, che è deve rimanere vincolato sempre e in ogni caso al rispetto delle regole.

Può piacere o meno (non possono essere trascurate le somiglianze con quelle traversie oramai superate che resero necessario il reiterato intervento della Consulta per garantire il controllo sul dissenso del p.m. e/o del G.u.p. sulla domanda di giudizio abbreviato ed ancora prima sulla pretesa — e smentita — insindacabilità delle scelte del p.m. nella vecchia istruttoria sommaria e nel vecchio giudizio direttissimo, in epilogo di una annosa contrapposizione tra Corte di cassazione e Corte costituzionale)<sup>27</sup>, ma non sembra che la violazione delle regole dell'*ordo judicarium*, e segnatamente di quel complesso di norme costituenti il minimo etico del processo penale (scelta del rito, pubblicità dell'udienza, individuazione del giudice competente, ecc.), possa essere relegata al margine della mera *irregolarità*.

Ed è certo che in tempi di giusto processo europeo la legalità dell'udienza è *in re ipsa* il necessario presupposto del procedimento probatorio, in specie per riguardo alla formazione della prova in contraddittorio secondo le regole dettate dall'art. III, Cost.: in un modello probatorio ancorato

24. GAITO, *Il giudizio direttissimo*, Milano, 1980, 220.

25. Invero, per un verso bisogna pur sempre fare i conti con il rigore formale del processo penale, che alle parti non consente ripensamenti o spazi di recupero rispetto a scelte e/o valutazioni errate (salva specifica previsione in deroga), per la ragione semplice ma essenziale che i c.d. vizi della volontà nella procedura penale non hanno rilievo. Cfr sul punto GAITO, *I vizi della volontà dell'estradata a proposito della rinuncia al principio di specialità*, in *Giur. di Merito*, 2004, 5; GUARNERI, *Irrilevanza dei vizi della volontà negli atti processuali*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1957, 615; LEONE, *Il problema dei vizi della volontà nel diritto processuale penale*, in *Scritti in onore di C. Jemolo*, III, 1963, 369; PETROCELLI, *Il problema dei vizi della volontà nel processo penale*, in *Saggi di diritto penale*, 1952, 535.

26. In questo senso autorevolmente GAITO, *Presupposti del giudizio immediato e processo equo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 5, 525.

27. GAITO, *Presupposti del giudizio immediato e processo equo*, cit., 525.

all'iniziativa di parte<sup>28</sup>, ove i poteri di intervento del giudice risultano residuali ed eccezionali,<sup>29</sup> la purezza dei *materialia iudicii* costituisce l'essenza della decisione, ove il libero convincimento del Giudice è depurato da tutto quanto non rispondente ai canoni di legalità richiesti dalla legge<sup>30</sup>.

Dunque non integra gli estremi oggettivi del presupposto processuale di pubblicità dell'udienza l'accertamento di singoli coefficienti di accusatorietà del rito, quali la formale partecipazione del pubblico, ovvero il riconoscimento di singole regole-base dell'istruttoria dibattimentale celebrata nell'udienza pubblica [ad esempio il rinvio dell'udienza per legittimo impedimento (art. 420-ter, c.p.p.) ovvero la verbalizzazione non riassuntiva del processo (art. 481, 2° co., c.p.p.)]<sup>31</sup>: cosa resta della *oralità* ed *immediatezza* quali predicati essenziali del *contraddittorio* se, ad esempio, l'instaurando giudizio — una volta manifestata la volontà di procedere in udienza pubblica — non viene assegnato d'*ufficio* in applicazione delle ben note regole tabellari del Consiglio giudiziario al ruolo delle udienze pubbliche?

Argomentando dalle stesse premesse, per coerenza sistematica con le regole dell'udienza dibattimentale disciplinate nel libro VII del codice di rito, una volta richiesta l'udienza pubblica, dovrà essere ammessa, ad esempio, la ricusazione del giudice in applicazione dell'art. 37 c.p.p., potrà essere affetto da nullità assoluta e di ordine generale l'omesso avviso all'interessato della data di udienza pubblica e il sindacato di legittimità sulle decisioni assunte in udienza pubblica non sarà limitato alla sola violazione di legge (estendendosi al controllo sulle motivazioni e correttezza del procedimento probatorio della decisione stessa), potendosi fisiologicamente configurare il vizio di mancata assunzione di una prova decisiva nel giudizio dibattimentale (art. 545, 546, 606 c.p.p.).

Corollario ne è che, se si affida la scelta del rito alla parte, non si vedrebbe perché la pubblicità dell'udienza possa essere richiesta solo nei gradi di merito e non, anche per la prima volta, davanti alla Corte di cassazione, ove la fondamentale garanzia di *presunzione d'innocenza* dovrebbe trovare il massimo grado di tutela in relazione alla gradualità dei giudizi interni<sup>32</sup>.

In seno al dibattito in tema di riforma delle impugnazioni penali<sup>33</sup>, un profilo di rilievo pertiene proprio al sacrificio della pubblicità dell'udienza in

28. GAITO, *Accusa e difesa di fronte ai nuovi istituti: problemi di scelta e strategia processuale*, in GAITO (a cura di), *I giudizi semplificati*, Padova, 1989, 9.

29. GAITO, *Il procedimento probatorio (tra vischiosità della tradizione e prospettive europee)*, in *La prova penale*, Trattato diretto da GAITO, Torino, 2008, I, 117.

30. NOBILI, *Cosa si può rispondere all'invettiva di Robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del Re: "Voi invocate le forme perché non avete i principi"?*, in *Critica del diritto*, 1994, 67.

31. PIRACCINI, *Gli standard probatori*, cit.

32. In questo senso autorevolmente GAITO, CHIAVARIO, *Interventi*, in *Spunti di riflessione processualpenalistica su alcuni orientamenti della Corte europea dei diritti umani*, cit.

33. GAITO, *Riformiamo le impugnazioni senza rinunciare al giusto processo*, Editoriale, in questa Rivista, 2012, 3, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

cassazione sull'altare dell'anacronistico principio di tassatività delle impugnazioni (correlato, nella sistematica del Codice di procedura penale del 1988, al principio di tassatività delle nullità<sup>34</sup>, non meno ingessato nelle ferree paratie stagne del passato). In questo senso la stessa difficoltà di controllo in sede di legittimità dell'atto abnorme — nonostante il nuovo filone culturale che (dopo la legge Pecorella) lega indissolubilmente il diritto delle impugnazioni con il diritto delle prove — sconta il cumulo del ritardo culturale e della resistenza all'applicazione delle regole sopranazionali tanto nei gradi di merito che in sede di legittimità<sup>35</sup>.

Anche su questo versante, occorre rivoluzionare il tradizionale modo di impostare le questioni, evidenziando che il confronto di idee si sviluppa su entrambi i classici terreni penalistici, sostanziale e processuale.

Il principio di legalità processuale<sup>36</sup> è sancito anche dalla stessa Cedu, quale *pendant* della legalità del diritto penale, allo scopo di proteggere l'imputato dagli abusi del potere che si annidano in ogni carenza di regole processuali certe. Nell'ottica europea, la legalità, sostanziale e processuale, non è però necessariamente correlata alla presenza di una legge formale, ben potendo essere garantita anche da fonti giurisprudenziali, purché sufficientemente certe e "prevedibili".

Sul fronte interno della giurisdizione nazionale, l'assenza di contraddittorio nel processo celebrato senza pubblicità delle udienze, impedisce alle parti non solo il controllo sulla motivazione del procedimento probatorio di merito ma — per quel che più conta quale effetto sulla cittadinanza — revoca in dubbio la *omogeneità* del giudizio in cassazione minando la *prevedibilità* del giudizio stesso quale connotato democratico essenziale della funzione nomofilattica del Supremo Collegio<sup>37</sup>.

Nel contempo gli interventi della Consulta e del Supremo Collegio sull'impianto del Codice penale e di Procedura penale si susseguono a ritmo serrato; da un lato si registrano le recenti pronunce della Corte costituzionale<sup>38</sup> e delle Sezioni Unite della cassazione<sup>39</sup> orientate verso una sostanziale revisione dei minimi edittali di pena previsti dal Codice penale del 1930 per

34. Da ultimo cfr Cass., Sez. II, 8 giugno 2012, A.S.+I, in *www.cassazione.net*. In argomento LEO, *Rigetto "de plano" della richiesta di abbreviato dopo il decreto di giudizio immediato: per la Cassazione si tratta di nullità "intermedia" (e quindi sanabile)*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2012, n. 3, in corso di pubblicazione, in *www.penalecontemporaneo.it*.

35. GAITO, *Gli scrupoli del legislatore per l'effettività dei controlli sulla correttezza de metodo decisorio*, in GAITO (a cura di) *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la « Legge Pecorella »*, Torino, 2006, 265; Id., *Un presente mortificante ed un futuro incerto*, in *Osservatorio del processo penale*, Torino, 2, 2009, VIII.; BELLOCCHI, *L'atto abnorme nel processo penale*, Torino, 2012.

36. MAZZA, *Giustizia penale in trasformazione: profili d'indagine*, in questa Rivista, 2012, I, 17.

37. CONSO, ESPOSITO, *Interventi*, in *Ruolo e funzione del giudizio di cassazione*, cit.

38. Corte cost., 23 marzo 2012, n. 68, in *Osservatorio Corte Cost.*, *Arch. Pen.*, *www.archiviopenale.it*.

39. Cass. Sez. un., 8 giugno 2012, Micheli, in *Osservatorio Cass.*, *Arch. Pen.*, *www.archiviopenale.it*; Cass., Sez. un., 29 marzo 2012, Alberti, *ivi*.

reati di grave allarme sociale, per contrasto con le fonti sovranazionali in punto di funzione della pena in applicazione dell'art. 3 e 7 Cedu, in direzione di una sempre maggiore effettività dei controlli di merito e legittimità.

Dall'altro lato non sembra potersi prescindere dai non meno recenti e significativi interventi additivi della Consulta e la conseguente censura delle norme che ponevano una presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare inframuraria rispetto a determinate ipotesi di reato<sup>40</sup> con ogni effetto in sede di controllo effettivo sulla *efficienza e completezza* delle indagini rispetto alla formulazione del capo d'imputazione nella fase di costituzione del rapporto processuale ed eventuali scelte di accelerazione della *regiudicanda* attraverso la determinazione del pm di procedere con giudizi speciali.

Nè può sottacersi — soprattutto per l'impatto sulle forme del rito — della crisi evolutiva in atto del processo d'appello all'indomani dei recenti arresti della giurisprudenza europea<sup>41</sup>.

In tale contesto d'ipotesi di tentata giustizia e recupero della legalità nelle forme del rito, la pubblicità dell'udienza quale presupposto processuale suscettibile di revocare in dubbio il principio di legalità del giudizio nei diversi gradi di merito e legittimità, resta un importante "problema da risolvere"<sup>42</sup> con urgenza indifferibile.

4. Nel confronto di idee in materia di pubblicità alla luce dei recenti arresti della giurisprudenza europea e costituzionale in materia, in riferimento al rinnovato quadro europeo, torna di bruciante attualità la lettura di sistema illustrata dalla difesa della parte privata nella sentenza n. 80 del 2011<sup>43</sup> sintetizzata dalla Corte costituzionale al punto 5 del "considerato in diritto" della pronuncia, secondo la quale: «Le innovazioni recate dal Trattato di Lisbona [...] avrebbero comportato un mutamento della collocazione delle disposizioni della Cedu nel sistema delle fonti, tale da rendere ormai inattuale la ricordata concezione delle "norme interposte". Alla luce del nuovo testo dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, dette disposizioni sarebbero divenute, infatti, parte integrante del diritto dell'Unione: con la conseguenza che — almeno in fattispecie quale quella di cui al presente si discute — i giudici comuni (ivi compreso, dunque, il giudice a quo) risulterebbero abilitati a non applicare le norme interne ritenute incompatibili con le norme della Convenzione, senza dover attivare il sindacato di costitu-

40. Corte cost., sent. 3 maggio 2012, n. 110, in Osservatorio Corte Cost., *Arch. Pen.*, [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

41. GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello. L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il pm impugna l'assoluzione*, in questa Rivista, 2012, I, 349.

42. FURFARO, *La pubblicità dell'udienza nel sistema del "giusto processo": un problema da risolvere*, in Dinacci, *Processo penale e Costituzione*, Milano 2010, 377.

43. ROMOLI, *Sistema europeo e ordinamento interno nell'elaborazione della corte costituzionale*, in questa Rivista, 2012, I, 181.

zionalità [...] Un effetto diretto non potrebbe essere d'altronde, negato alle norme della Cedu, segnatamente allorché — come nell'ipotesi in esame — sia già intervenuta una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbia riconosciuto una violazione da parte dell'Italia, riconducibile a uno specifico difetto “strutturale” del sistema normativo interno ».

Nella specie, nell'ambito del procedimento di prevenzione, il decreto del giudice d'appello veniva impugnato con ricorso per cassazione dai difensori<sup>44</sup> dell'interessato onde, facendo leva sui principi affermati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza contro Italia<sup>45</sup>, si eccepeva tra l'altro ai sensi dell'art. 609, 2° co., c.p.p., la violazione del principio di pubblicità delle procedure giudiziarie, sancito dall'art. 6 Cedu chiedendo che il ricorso venisse trattato in udienza pubblica in applicazione estensiva dell'art. 441, 2° co., c.p.p., attribuendo a tale istanza conseguenze invalidanti per le decisioni di merito, in quanto ambedue scaturite all'esito di procedure da ritenere illegali ora per allora.

Autorevolmente in letteratura si osserva<sup>46</sup> come e perché circoscrivere la declaratoria di illegittimità costituzionale ai soli gradi di merito equivarrebbe, in effetti, a creare “pericolosi vuoti di tutela” in tutti quei casi in cui non siano previsti « meccanismi correttivi che consentano di recuperare, ora per allora, la pubblicità, dapprima negata o semplicemente non richiesta, sollevando la questione per la prima volta solo dinanzi alla Corte di cassazione ».

In ogni caso, una volta che si affidi la scelta del rito alla parte, non si vedrebbe perché la pubblicità dell'udienza possa essere richiesta solo nei gradi di merito e non, anche per la prima volta, davanti alla Corte di cassazione. Posto che l'equità può essere apprezzata in base ad una valutazione globale della procedura, ogni qualvolta e nella misura in cui nel giudizio di fronte alla Corte di cassazione risulti in concreto negato il riesame del ragionamento probatorio fondante la decisione di merito, si realizza il rischio che non sia possibile porre rimedio alle iniquità precedentemente verificatesi. Al contrario trattandosi dell'atto conclusivo del processo, la procedura terminale di cassazione deve essere capace di porre rimedio all'ingiustizia della decisione impugnata.

Al riguardo si osserva<sup>47</sup> che le “incongruenze sistematiche” cui è pervenu-

44. Esemplarmente sul punto GAITO, *De profundis per le udienze camerali?*, in *Osservatorio del processo penale*, 2007, 2,37; Id. *L'Europa impone l'abbandono delle procedure camerali nel processo penale: verso una crisi operativa per la Corte di cassazione?*, in *www.foro.europa.it*, 6, 2007.

45. Cui hanno fatto seguito, in senso conforme, le sentenze 8 luglio 2008, Perre e altri contro Italia; 5 gennaio 2010, Bongiorno contro Italia, e 2 febbraio 2010, Leone contro Italia.

46. GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, Relazione illustrata al Convegno “La prova penale nello specchio del diritto vivente” organizzato dall'Associazione tra gli studiosi del processo penale (Siracusa, 30 settembre–2 ottobre 2011).

47. FURFARO, *Pubblicità dell'udienza in Cassazione e regole europee*, cit., 212.

ta la Corte costituzionale con la nota sentenza n. 80 del 2011 non convincono in primo luogo sotto il profilo del coordinamento con il disposto dell'art. 611 c.p.p.; Quest'ultima norma, infatti, prevedendo in via generale che la Corte procede con le forme del rito camerale « quando deve decidere su ogni ricorso contro provvedimenti non emessi nel dibattimento, fatta eccezione delle sentenze pronunciate a norma dell'art. 442 », fissa un principio di *inderogabilità dell'udienza pubblica* ogni qualvolta si discuta della legittimità di qualsivoglia provvedimento (e non solo, quindi, delle sentenze) emesso a seguito del confronto tra le parti in sede di pubblica udienza (con l'unica specifica aggiunta concernente la sentenza emessa in abbreviato a seguito di procedimento camerale).

In questo senso, tanto nel grado di merito che di legittimità, in prospettiva di operatività effettiva delle garanzie, non dovrebbero sfuggire al vaglio di legittimità costituzionale le singole norme di rito che regolano i giudizi caratterizzati dai connotati di piena giurisdizionalità (ad esempio, quello di riparazione per ingiusta detenzione e di prevenzione) nella parte in cui non prevedono i necessari avvertimenti all'interessato/ indagato/imputato in merito alla facoltà di chiedere che il giudizio venga trattato in udienza pubblica per contrasto con gli artt. 24, III Cost.; *a fortiori* non potrà disconoscersi la rilevanza — sebbene non direttamente attinente al principio della pubblicità dell'udienza giudiziaria — della recente Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 maggio 2012 sul diritto all'informazione nei procedimenti penali con cui si assume a *ius receptum* l'indefettibile garanzia del cittadino europeo pienamente consapevole dei propri diritti e doveri innanzi alla Giustizia penale.

Sul terreno della coerenza sistematica, corre l'obbligo di osservare che in materia di avvertimenti all'imputato, la giurisprudenza costituzionale (e di legittimità) in un recente passato si è mostrata particolarmente sensibile<sup>48</sup> con interventi additivi di principio sull'impianto originario del codice di rito chiarendo che l'effettivo esercizio della facoltà di chiedere i riti alternativi costituisce una delle più incisive forme di "intervento" dell'imputato, cioè di partecipazione "attiva" alle vicende processuali, con la conseguenza che ogni illegittima menomazione di tale facoltà, ivi incluso l'avviso ex art. 466, 2° co., c.p.p., risolvendosi nella violazione del diritto sancito dall'art. 24 Cost., integra la nullità di ordine generale sanzionata dall'art. 178,1° co., lett. c), c.p.p.<sup>49</sup>.

A questo proposito, è peraltro consolidata, nella più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo, l'affermazione in forza della quale, « quando

48. ANTINUCCI, *Requisiti minimi per gli avvertimenti all'imputato e decreto di giudizio immediato*, *Giur. it.*, 2012, II, 702.

49. Corte cost., 25 maggio 2004, n. 148, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2004, 7, 809, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); Id., 16 aprile 2002, n. 120, in *Giur. Cost.*, 2002, 3017 con nota di FIORIO, *Scelta del rito, giudizio immediato e garanzie difensive*.

la Corte constata una violazione, lo Stato convenuto ha l'obbligo giuridico, non solo di versare agli interessati le somme attribuite a titolo di equa soddisfazione, ma anche di adottare le misure generali e/o, se del caso, individuali necessarie »<sup>50</sup>. In quest'ottica, lo Stato convenuto è chiamato anche a rimuovere gli impedimenti che, a livello di legislazione nazionale, si frappongono al conseguimento dell'obiettivo: "ratificando la Convenzione", difatti, « gli Stati contraenti si impegnano a far sì che il loro diritto interno sia compatibile con quest'ultima » e, dunque, anche ad « eliminare, nel proprio ordinamento giuridico interno, ogni eventuale ostacolo a un adeguato ripristino della situazione del ricorrente »<sup>51</sup>.

Tirando le somme, in tema di procedimento per ingiusta detenzione, ove non si volesse ragionare in termini di applicabilità diretta della "norma reale" sovranazionale rimanendo così arroccati su posizioni di retroguardia, sarebbe addirittura inevitabile la conclusione che le norme in questione (artt. 314 e 646 c.p.p.) siano in contrasto con l'art. 117,1° co., Cost., nella parte in cui non accordano all'interessato la garanzia "minimale" richiesta dalla Corte europea, ossia la facoltà di chiedere che il procedimento si svolga in udienza pubblica, tanto nel giudizio innanzi alla Corte d'Appello quanto in sede di controllo in cassazione.

Detta facoltà andrebbe riconosciuta, peraltro, non soltanto in relazione ai giudizi di merito, ma anche con riguardo al giudizio di cassazione, senza che rilevi, in senso contrario, la circostanza che di quest'ultimo non venga fatta menzione nelle citate sentenze della giurisprudenza europea. Se pure è vero, infatti, che la Corte di Strasburgo ha affermato in più occasioni che il diritto a un'udienza pubblica può essere escluso quando debbano trattarsi esclusivamente questioni di diritto, essa ha, tuttavia, anche precisato che l'assenza dell'udienza pubblica, nei gradi successivi al primo, può giustificarsi solo se in primo grado la pubblicità sia stata garantita.

D'altro canto, una volta che la scelta del rito venga affidata alla parte, non si vedrebbe perché la relativa opzione possa essere effettuata solo in limine, e non anche in successivi gradi di giudizio.

Inevitabilmente, allora, l'alternativa tra interpretazione conforme, disapplicazione della norma interna contrastante o prevalenza della norma interna attraverso operazioni ermeneutiche che si muovono sul versante della disposizione domestica e che dunque sembrano estranee all'obbligo di rispetto della norma sovranazionale per come interpretata dalla Corte di Giustizia costituiscono il vero banco di prova sul quale misurare il significato

50. *Ex plurimis* cfr., Grande Camera, sentenza 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia, punto 147; Grande Camera, sentenza 1° marzo 2006, Sejdovic contro Italia, punto 119; Grande Camera, sentenza 8 aprile 2004, Assanidzé contro Georgia, punto 198.

51. Grande Camera, sentenza 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia, punto 152; Grande Camera, sentenza 8 aprile 2004, Assanidzé contro Georgia, punto 198.

del rinvio pregiudiziale<sup>52</sup>.

Lo stesso Giudice delle leggi<sup>53</sup> non ha mancato di sottolineare, in un'affermazione incidentale, che la non applicazione del diritto interno presuppone il contrasto con «[...] un altro puntuale precetto comunitario, che dovrebbe essere applicato al posto della norma interna incompatibile con esso».

Non si tratterebbe infatti di “non applicare” la norma italiana per applicare al suo posto la puntuale norma comunitaria incompatibile, bensì in sostanza di, per così dire, disapplicare o eliminare la norma interna per la non conformità con un principio generale dell'ordinamento comunitario».

Ed allora, in attesa che gli eventi si compiano, cosa si può rispondere all'invettiva di Robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del Re: « Voi invocate le forme perché non avete i principi? »<sup>54</sup>.

52. CELOTTO, PISTORIO, *Interpretazioni comunitariamente e convenzionalmente conformi*, in *Giur. it.*, 2010, 8–9, 1979; NUCERA, *Sentenze pregiudiziali della Corte di Giustizia ed ordinamento tributario interno*, Padova, 2010, 68.

53. Cass. Sez. III, 16 maggio 2012, Ferraro, in *Mass. Uff.* n. 274562 con nota di PARODI, VIGANÒ, *Una (problematica) sentenza della Cassazione in tema di raccolta abusiva di scommesse e di rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2012, n. 3, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it).

54. NOBILI, *Cosa si può rispondere all'invettiva di Robespierre*, cit.