

ANTICIPAZIONI

FILIPPO RAFFAELE DINACCI ALESSANDRO PASTA

Il dibattimento tra organizzazione ed euristica processuale*

Parte II - Euristica

La c.d. riforma Cartabia ha apportato alla disciplina del dibattimento poche, ma significative, modifiche, dichiaratamente nel segno di una miglior attuazione del principio di concentrazione. Gli autori, analizzate le aree tematiche sulle quali la novella ha inciso, formulano delle considerazioni critiche.

The trial hearing between organization and heuristics procedure

The so-called Cartabia reform has made few but significant changes to the trial phase discipline, admittedly for a better implementation of the principle of concentration. The authors, having analyzed the thematic areas on which these innovations have had an impact, put forward some critical considerations.

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'«alternativa» ai riti «alternativi». 2. Nuove contestazioni e diritti. 3. Il calendario delle udienze quale strumento organizzativo. 4. L'obbligo di illustrare le ragioni di ammissibilità delle prove. 5. Perizia e consulenze tecniche: la necessaria *discovery*. 6. La rinnovazione dibattimentale per mutamento del giudice: una questione trascurata, un quadro confuso. 6.1 Un intervento legislativo molto atteso. 6.2 Un quadro destinato a rimanere confuso: il produttore di nullità assolute. 6.3 Alla ricerca di un correttivo. 6.4 Principi, cause e rimedi. 7. Conclusioni: l'alternativa alla rinuncia ai diritti.

6. *La rinnovazione dibattimentale per mutamento del giudice: una questione trascurata, un quadro confuso.* Terminata l'analisi dei profili organizzativi, è necessario ora valutare quelli più strettamente connessi alle modalità del conoscere giudiziario. Viene qui in rilievo la scelta legislativa con cui è stata risolta, o meglio, con cui si è tentato di risolvere, una delle questioni più dibattute degli ultimi trent'anni, ossia quella che si pone quando il giudice dibattimentale innanzi al quale si è svolta l'attività istruttoria viene sostituito.

Nel 1988 il legislatore non aveva previsto alcuna regola di disciplina oltre a quella enunciata nell'art. 525, comma 2 c.p.p.. L'omissione era all'epoca parzialmente scusabile: l'eventualità di una sostituzione del giudice nel corso del dibattimento era stata probabilmente considerata un'evenienza infrequente (come si è visto, l'art. 477 c.p.p. assumeva come ipotesi tipica un dibattimento che si esaurisse in un'udienza¹). Già dopo pochi anni di vigenza del codice

* Il presente contributo è destinato alla pubblicazione nel volume *Il processo penale dopo la riforma Cartabia*, volume II. *Giudizio, impugnazioni, esecuzione, giustizia riparativa*, a cura di Bricchetti e Varasò. L'elaborato costituisce il frutto di un lavoro congiunto tra gli autori: sono comunque attribuibili a F. R. Dinacci i §§ 1, 3, 5 e 6 e ad A. Pasta i §§ 2, 4, 6.1, 6.2, 6.3, 6.4 e 7.

non era però difficile rendersi conto dell'importanza che la questione stava assumendo. Eppure, nonostante le novelle legislative si siano susseguite con sempre maggior frequenza, la lacuna non è stata colmata. Oggi, con la riforma Cartabia, il legislatore ha affrontato il problema; tuttavia, non pare possibile dire che lo abbia risolto.

Per valutare la portata della novella è necessario ricostruire il quadro in cui si inserisce.

È opportuno iniziare da una sentenza della Corte costituzionale del 1993², che era stata un riferimento per la prima pronuncia della stessa Corte sul tema, dell'anno successivo: a proposito del caso dell'imputato restituito nel termine per proporre la richiesta di patteggiamento, il Giudice delle leggi doveva pronunciarsi sulla sorte degli atti compiuti fino a quel momento. Fissando un principio che sarebbe stato poi costantemente richiamato, la Corte stabiliva che quegli atti non dovevano essere considerati invalidi poiché «la possibilità di “rinnovazione” di alcuni atti [...] certamente non implica invalidamento di quelli già compiuti»³; pertanto, si prosegue, in nessun modo la rinnovazione può «comportare alcuna sorta di annullamento dell'attività legittimamente compiuta»⁴.

L'anno seguente questa enunciazione veniva utilizzata per affrontare la questione della possibilità di utilizzare i verbali dell'attività istruttoria che si era svolta in dibattimento innanzi a un giudice differente⁵.

Il rimettente dubitava della legittimità costituzionale degli artt. 238 e 512 c.p.p. poiché - a suo giudizio - le due norme non prevedevano la possibilità di acquisire i verbali dell'attività probatoria realizzata nell'ambito dello stesso procedimento innanzi a un giudice diverso⁶, nel caso di sopravvenuta impossibilità di ripetizione⁷, e non esisteva - secondo il giudice - alcuna norma che consentisse l'acquisizione di tali verbali. Veniva quindi posto all'attenzione

¹ Sul punto v. § 3.

² Corte cost., 19 marzo 1993, n. 101, in *Giur. cost.* 1993, 821, con nota di P. MOSCARINI, *Sulla richiesta di «patteggiamento» da parte dell'imputato tardivamente comparso al dibattimento*.

³ Corte cost., 19 marzo 1993, n. 101, cit..

⁴ Corte cost., 19 marzo 1993, n. 101, cit..

⁵ Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 17, cit..

⁶ Secondo il pretore di Trani, sezione distaccata di Corato, non potevano trovare applicazione gli artt. 512 e 238, terzo comma, c.p.p. poiché la prima norma faceva espressamente riferimento agli atti assunti dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero o, ancora, dal giudice nel corso dell'udienza preliminare «quando per fatti o circostanze imprevedibili ne è divenuta impossibile la ripetizione», ma non dal giudice del dibattimento; la seconda faceva invece riferimento alla possibilità di acquisire la documentazione di atti di altri procedimenti, «che anche per cause sopravvenute non sono ripetibili».

⁷ Si trattava del verbale dell'esame del coimputato che era stato sentito in dibattimento innanzi al giudice al quale si era poi sostituito a causa di normali avvicendamenti nella gestione degli uffici giudiziari.

della Corte il problema dell'utilizzabilità dei verbali formati innanzi al giudice sostituito (non invece quella relativa ai criteri di ammissione del nuovo esame del soggetto già sentito nel corso del primo dibattimento, poiché in quel caso l'esame non era più possibile).

La Corte osservava che «il rispetto del principio sancito nell'art. 525, secondo comma, c.p.p. (secondo cui «alla deliberazione concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento»), impon[eva] che, in caso di mutamento del giudice, si proced[esse] alla integrale rinnovazione del dibattimento»⁸.

Questo principio non è stato più posto in discussione, né in dottrina, né in giurisprudenza⁹. Sarebbe del resto stato sorprendente il contrario: l'art. 525, comma 2, c.p.p. non lascia spazio ad altra lettura. Giunti a questo punto, però, si è solo, per così dire, alla soglia della questione. Ciò che creava problemi riguardava infatti la sorte dei verbali dell'istruttoria svolta¹⁰.

Secondo il Giudice delle leggi l'assunto alla base del dubbio di costituzionalità era da respingere: nemmeno ci si doveva interrogare sulla compatibilità costituzionale degli artt. 238 e 512 c.p.p., poiché una norma che dava ingresso nel nuovo fascicolo ai verbali esisteva: «la disciplina relativa alla utilizzabilità dei verbali dei mezzi di prova assunti nella precedente fase dibattimentale dal diverso giudice non può che essere rinvenuta nell'art. 511 c.p.p.»¹¹. Quei verbali - aggiungeva la Corte richiamando la propria enunciazione dell'anno prima - «fanno già parte del contenuto del fascicolo per il dibattimento a disposizione del nuovo giudice; tale contenuto, infatti, non è cristallizzato in quello indicato nell'art. 431 c.p.p., ma è soggetto a notevoli variazioni, sia nella fase degli atti preliminari al dibattimento, sia, soprattutto, nel corso del dibattimento medesimo, e certamente si arricchisce del verbale delle prove assunte nella pregressa fase dibattimentale, la quale, pur soggetta a rinnovazione per i moti-

⁸ Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 17, cit.. La Corte non forniva però alcuna indicazione su cosa intendesse per rinnovazione del dibattimento. Secondo POTETTI, *Note brevi*, cit., 1733 ciò implicava lo svolgimento di tutte le formalità «introdotte del dibattimento (a cominciare da quelle di cui all'art. 484)». Ciò, secondo l'autore, rendeva «possibile sollevare questioni preliminari ai sensi dell'art. 491 c.p.p.».

⁹ Sulla conciliabilità di questo principio con quanto previsto dalla riforma Cartabia si rinvia al prossimo paragrafo.

¹⁰ Sul tema con diverse prospettive cfr. DE LUCA, *Se cambia il collegio è sufficiente rileggere i verbali o è necessario innovare l'istruttoria dibattimentale?* In *Dir. pen. proc.*, 1998, 1131; GATTO, *Quali limiti alla rinnovazione della prova dopo il mutamento del giudice dibattimentale?* *Ivi*, 1998, 1286; SCELLA, *Sul valore probatorio delle deposizioni assunte anteriormente al mutamento di composizione del collegio giudicante*, in *Cass. pen.*, 1994, 1304.

¹¹ Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 17, cit..

vi anzidetti, conserva comunque il carattere di attività legittimamente compiuta»¹². Con un'affermazione disinvolta (ma che non veniva avvertita come tale, se non da pochissimi commentatori¹³), si precisava che i verbali dell'attività probatoria già svolta non solo erano ammissibili, ma che nemmeno era necessario ammetterli e acquisirli, perché già presenti nel fascicolo del dibattimento. Infine - concludeva la Corte con una puntualizzazione non necessaria nella fattispecie concreta, ma che avrebbe contribuito ad alimentare i dubbi¹⁴ - l'art. 511 c.p.p. non poteva essere applicato solo in modo parziale: «quando trattasi di verbali di dichiarazioni, è previsto che la lettura debba seguire l'esame della persona che le ha rese, a meno che l'esame non abbia luogo»¹⁵. Con questa sintetica motivazione venivano enunciati due principi: 1) si deve procedere alla rinnovazione del dibattimento, 2) i verbali dell'attività probatoria svolta innanzi al giudice sostituito sono già nel nuovo fascicolo e sono utilizzabili ai sensi dell'art. 511 c.p.p. mediante lettura. La Corte precisava infine che «quando trattasi di verbali di dichiarazioni, è previsto che la lettura debba seguire l'esame della persona che le ha rese, a meno che l'esame non abbia luogo». La precisazione era in realtà ambigua ed infatticonsentiva due diverse letture. Nel caso in cui nel nuovo dibattimento venga formulata richiesta di nuova audizione, la frase può significare: a) il giudice, prima di dare lettura dei verbali dell'attività istruttoria del precedente dibattimento, *deve necessariamente* esaminare le persone già sentite innanzi al primo giudice; b) il giudice deve valutare l'ammissibilità delle richieste in base ai criteri previsti dall'art. 190 c.p.p., tenendo conto che nel fascicolo già sono presenti i verbali del precedente dibattimento, e disporre l'audizione solo nei casi in cui dovesse ammettere il nuovo esame (l'affermazione della Corte vorrebbe quindi dire che *solo nel caso in cui venisse disposto il nuovo esame*, la lettura dei verbali sarebbe possibile unicamente dopo l'escussione; nel momento in cui la richie-

¹² Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 17, cit..

¹³ V. il commento alla sentenza di TREMOLADA, *Utilizzabilità della prova orale dopo il mutamento del giudice*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 745, il quale aveva osservato come la Corte non avesse chiarito «il titolo giuridico, sulla base del quale detti verbali integrino il contenuto del fascicolo del dibattimento. La Corte costituzionale crea, infatti, una “pregressa fase dibattimentale”, che non ha appiglio normativo. In realtà, ci si trova di fronte a prove raccolte, sì nello stesso procedimento, ma in altro dibattimento, posto che il cambiamento del giudice - persona fisica- impone la rinnovazione *ab initio*, cioè a partire dagli atti preliminari al dibattimento, comportando, così, la creazione di un nuovo e diverso dibattimento. Gli atti compiuti in questo “altro” e sicuramente “pregresso” dibattimento finiscono per trovarsi solo materialmente nel fascicolo del nuovo dibattimento, senza avere un preciso titolo giuridico per occupare quella posizione». La questione è fondamentale; sarà affrontata nei prossimi paragrafi.

¹⁴ La precisazione non era necessaria perché nella fattispecie la persona che aveva reso le dichiarazioni non avrebbe certo potuto rendere esame, essendo deceduta.

¹⁵ Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 17, cit..

sta di prova fosse rigettata - ad esempio perché manifestamente superflua, essendo già nel fascicolo la precedente dichiarazione del testimone - si sarebbe data lettura al precedente verbale).

In assenza di indicazioni legislative e di una chiara presa di posizione della Corte costituzionale, era quasi inevitabile che in giurisprudenza continuassero ad alternarsi pronunce di segno opposto: secondo alcune, qualora le parti avessero chiesto il nuovo esame dei testi, affinché i verbali potessero essere utilizzati, il giudice avrebbe dovuto disporre l'esame¹⁶; per altre il giudice avrebbe invece potuto valutare l'utilità della nuova escussione¹⁷.

La rimessione alle Sezioni unite, avvenuta nel 1999, era quasi inevitabile¹⁸. Il quesito, purtroppo, era posto in modo fuorviante: si doveva stabilire «se la lettura dei verbali delle dichiarazioni rese davanti a giudice diversamente composto [fosse] sempre consentita - per essere i verbali entrati legittimamente a far parte degli atti del dibattimento - anche *in mancanza del consenso delle parti* e senza necessità di riesame della persona che ha reso le dichiarazioni, ovvero se soltanto l'impossibilità di ripetere l'esame *o il consenso delle parti* rend[evano] utilizzabili le dichiarazioni di cui è data lettura».

Anziché chiedersi - come aveva fatto il pretore di Trani, rimettente in Corte costituzionale n. 17/1994¹⁹ - se esistesse una norma che consentisse l'acquisizione dei verbali del dibattimento svolto innanzi al giudice sostituito e, in caso di risposta affermativa, se avessero le parti il diritto di esaminare i testimoni già sentiti, e a quali condizioni, veniva evocata la «regola del consenso», del tutto estranea alla questione. È vero che se una parte avesse deciso di non chiedere la nuova escussione, la lettura sarebbe stata legittima²⁰ (giacché in quella situazione «l'esame non [ha] luogo»: art. 511, comma 2 c.p.p.). Ma in quel caso non vi era «consenso all'utilizzazione delle dichiarazioni precedentemente rese». Semplicemente non interveniva una richiesta di prova. Parlare di «consenso» era fuorviante, come correttamente all'epoca fu rilevato²¹.

¹⁶ Ad es. Cass., sez. II, 8 luglio 1998, n. 9815, in *Giust. pen.* 1999, III, 530.

¹⁷ V. ad es. Cass., sez. V, 17 dicembre 1997, n. 2414, in *Cass. pen.* 1999, 185, con nota di GALLUCCI, *Modalità di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in caso di mutamento del giudice*.

¹⁸ Cass., sez. un., 15 gennaio 1999, n. 2, Iamasso, in *Cass. pen.*, 1999, 2494, con nota di PAULESU, *Mutamento del giudice dibattimentale e diritto alla prova testimoniale*.

¹⁹ Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 17, in *Cass. pen.*, 1995, 1733, con nota di POTETTI, *Note brevi in tema di immutabilità del giudice dibattimentale dopo la sentenza n. 17 del 1994 della Corte costituzionale*; in *Cass. pen.*, 1994, 1992, con nota di MARANDOLA, *Mutamento del giudice dibattimentale e sopravvenuta irripetibilità della prova*.

²⁰ Se si presume, come fa la Corte, che i verbali sono già presenti nel fascicolo del nuovo dibattimento.

²¹ V. le considerazioni di POTETTI, *Corte costituzionale e Sezioni unite in tema di mutamento della*

La Corte costituzionale, fin dalla prima pronuncia sul tema, aveva dato per acquisito che esistesse una norma che non esisteva²². La giurisprudenza di legittimità ne stava per creare un'altra, la cui interpretazione avrebbe poi dato vita ad altre questioni che nemmeno meritavano di essere formulate: ad esempio, sulla forma del consenso (espreso o anche tacito), sulla legittimazione a prestarlo (del solo imputato o anche del difensore), sulla sua revocabilità. Rotto l'argine della legalità, si sono riversate nelle aule di giustizia le creazioni più strane.

In linea con la giurisprudenza costituzionale, le Sezioni unite affermavano che nel caso di mutamento del giudice il secondo comma dell'art. 525 c.p.p. imponeva l'integrale rinnovazione del dibattimento²³, e che era «ormai indiscussa [...] la legittimità dell'allegazione al fascicolo per il dibattimento dei verbali delle prove acquisite nel corso dell'istruttoria dibattimentale, svoltasi dinanzi al giudice poi sostituito». Sempre in linea con il Giudice delle leggi, aggiungevano che questi due principi dovevano essere coordinati con il secondo comma dell'art. 511 c.p.p., la cui interpretazione aveva portato al contrasto. Al riguardo «le Sezioni unite osservano che la norma in esame tende ad assegnare alla lettura una funzione integrativa dell'escussione della prova orale che sia stata ammessa su richiesta delle parti. Nel corso del dibattimento rinnovato a causa del mutamento del giudice *può accadere che nessuna delle parti riproponga la richiesta di ammissione della prova assunta in precedenza*. In tal caso si deve ritenere che, non avendo alcuna parte esercitato la facoltà

persona del giudice e rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, in *Cass. pen.*, 2003, 802: «È errato valorizzare, quale elemento decisivo in ordine alla rinnovazione materiale della prova già assunta dal precedente diverso giudice-persona fisica, la volontà delle parti, ricorrendo ai concetti di consenso, acquiescenza, sanatoria e simili. Infatti, detto come sopra che l'art. 511 comma 2 c.p.p. è mera norma di rinvio (nonostante quanto vedremo affermato dalle Sezioni unite), e premesso che l'art. 525 comma 2 c.p.p. (è questa la disposizione di riferimento) prevede in particolare che «alla deliberazione concorrente, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento», non si vede come la volontà delle parti possa condizionare gli effetti di tale nullità (assoluta), posto che l'art. 179 comma 2 c.p.p. prevede che «sono [...] insanabili e sono rilevate di ufficio in ogni stato e grado del procedimento le nullità definite assolute da specifiche disposizioni di legge».

Diversamente, la volontà delle parti assume valore decisivo quando prende la forma di richiesta di prove nel dibattimento rinnovato.

²² Quella secondo cui i verbali dell'istruttoria svolta innanzi al giudice sostituito sono presenti nel fascicolo del dibattimento rinnovato, pur dovendo il dibattimento essere - appunto - rinnovato.

²³ Fornendo però indicazioni più precise rispetto al Giudice delle leggi sul concetto di «rinnovazione del dibattimento», il quale secondo *Cass.*, sez. un., 15 gennaio 1999, n. 2, Iannasso, cit., implica la «ripetizione della sequenza procedimentale costituita dalla dichiarazione di apertura del dibattimento (art. 492), dall'esposizione introduttiva e dalle richieste di ammissione delle prove (art. 493), dai provvedimenti relativi all'ammissione (art. 495), dall'assunzione delle prove secondo le regole stabilite negli artt. 496 ss. c.p.p.».

di nuova richiesta di prove, il giudice possa d'ufficio disporre la lettura delle dichiarazioni precedentemente raccolte nel contraddittorio delle parti e inserite legittimamente negli atti dibattimentali. Tali dichiarazioni, in sostanza, sono trattate alla stessa stregua delle dichiarazioni rese nell'incidente probatorio. L'ultimo inciso del secondo comma dell'art. 511, "a meno che l'esame non abbia luogo", postula infatti che l'esame non si compia o per volontà delle parti, espressamente manifestata ovvero implicita nella mancata richiesta di riudizione del dichiarante, o per sopravvenuta impossibilità della riudizione. È invero da escludere (all'infuori dell'ipotesi eccezionale di cui all'art. 190 *bis* c.p.p.) che quando l'ammissione della prova sia nuovamente richiesta, *il giudice che la ammetta ai sensi degli articoli 190 e 495 c.p.p.* abbia il potere di disporre la lettura delle dichiarazioni raccolte nel dibattimento precedente, alla quale non consentano entrambe le parti, senza previo riesame del dichiarante»²⁴.

Con questa motivazione i dubbi non venivano dissolti. Da una parte la Corte era limpida nel fornire indicazioni *per la situazione non problematica* in cui non ci fossero state richieste probatorie. Dall'altra, nel caso in cui queste richieste ci fossero state, escludeva sì, con chiarezza, la possibilità che potesse essere disposta la lettura delle dichiarazioni precedentemente rese (altra questione non problematica). Ma non spiegava se il giudice, in presenza della richiesta, *dovesse* disporre il nuovo esame ovvero *potesse sindacarne l'ammissibilità* e, in questo secondo caso, in base a quali criteri e tenendo conto di quali atti²⁵.

A questa seconda lettura sembrava potersi giungere valorizzando la proposizione che faceva riferimento agli artt. 190 e 495 c.p.p.²⁶. Ma, in tale evenienza, la Corte si sarebbe dovuta far carico di precisare se, con riferimento al giudizio di manifesta superfluità, il giudice dovesse tenere conto di quanto presente nel fascicolo del dibattimento. E, soprattutto, se questa fosse stata l'interpretazione, avrebbero avuto poco senso le considerazioni sul «carattere

²⁴ Si aggiungeva altresì che «tale interpretazione - confortata, per desunzione a contrario, dalla speciale disciplina prevista in tema d'incompatibilità dei magistrati dall'art. 1.2 d.l. n. 553/1996 conv. in l. n. 652/1996 - è imposta dal carattere eccezionale delle norme che, deviando dai principi di oralità e immediatezza del processo, derogano al generale divieto di lettura (art. 514 c.p.p.) dei verbali delle dichiarazioni non raccolte dal giudice stesso che deve deliberare».

²⁵ Gli atti contenuti nel fascicolo *compresi* i verbali dell'attività svolta ovvero gli atti contenuti nel fascicolo *esclusi* questi verbali.

²⁶ È «da escludere [che] quando l'ammissione della prova sia nuovamente richiesta, *il giudice che la ammetta ai sensi degli articoli 190 e 495 c.p.p.* abbia il potere di disporre la lettura delle dichiarazioni raccolte nel dibattimento precedente»: la Corte non sembra configurare un automatismo tra richiesta e ammissione.

eccezionale delle norme che, deviando dai principi di oralità e immediatezza del processo, derogano al generale divieto di lettura (art. 514 c.p.p.) dei verbali delle dichiarazioni non raccolte dal giudice stesso che deve deliberare»; e così anche quelle sull'istituto della lettura, che ha «funzione integrativa dell'escussione della prova orale che sia stata ammessa su richiesta delle parti».

L'ambiguità della motivazione faceva sì che la pronuncia del consesso nomofilattico venisse considerata da opposti schieramenti come un'autorevole conferma della propria tesi: da una parte si sosteneva²⁷ che secondo la Corte fosse «ovvio [che] il giudice [dovesse] valutare le richieste probatorie secondo i consueti parametri di cui agli artt. 190 e 190 *bis* c.p.p.», e che «il giudizio di non manifesta superfluità o irrilevanza riguarda[ss]e il mezzo istruttorio valutato non in astratto (cioè isolatamente, di per se stesso), ma in concreto, e cioè in relazione a tutti gli altri elementi conoscitivi dei quali il giudice legittimamente [disponeva]»²⁸; dall'altra parte si osservava come la Corte nomofilattica avesse chiarito che «l'esatta interpretazione dell'inciso "a meno che l'esame non abbia luogo" [non dovesse essere interpretato] - come pretendeva l'indirizzo adesso respinto dalle Sezioni unite - [...] nel senso di un indiscriminato potere, da parte del giudice, di decidere sull'ammissione della prova richiesta dalle parti in sede di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale»²⁹. Al giudice quindi era preclusa la possibilità di «ritenere superflua la riassunzione del contributo rappresentativo orale, e far uso, pertanto, della lettura»³⁰.

L'anno dopo l'intervento delle Sezioni unite il tribunale di Asti, evidentemente convinto della non equivocità della pronuncia, facendo leva sul «principio di non dispersione delle prove» e sulla disparità di trattamento rispetto all'art. 238 c.p.p., sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 511, comma 2, c.p.p., «nella parte in cui, secondo l'interpretazione delle Sezioni unite della Corte di cassazione, "prevede che il giudice, a fronte di un'istanza di parte con la quale si chiede la rinnovazione dell'esame dei testimoni già escussi nello stesso procedimento davanti a giudice-persona fisica diversa, deve disporre la ripetizione degli atti già compiuti non potendo valutare la irrile-

²⁷ Richiamando la proposizione ambigua sopra menzionata: «È invero da escludere [...] che quando l'ammissione della prova sia nuovamente richiesta, il giudice che la ammetta ai sensi degli articoli 190 e 495 c.p.p. abbia il potere di disporre la lettura delle dichiarazioni raccolte nel dibattimento precedente [...] senza previo riesame del dichiarante».

²⁸ Così POTETTI, *Corte costituzionale e Sezioni unite*, cit., 805-806.

²⁹ In tal senso cfr. DI CHIARA, *nota* a Cass., sez. un., 15 gennaio 1999, n. 2, Iannasso, in *Foro it.*, 1999, II, c. 145.

³⁰ Così ancora DI CHIARA, *nota*, cit., c. 145.

vanza o manifesta superfluità del mezzo istruttorio richiesto”³¹.

In questa occasione la Corte, oltre ad affrontare in modo convincente punti che nel decennio successivo verranno inopportunamente posti in discussione, finalmente forniva alcune indicazioni chiare (sebbene non complete) sul punto centrale della questione³².

Contrariamente a quanto aveva sostenuto il rimettente, osservava innanzitutto che la disciplina la quale consentiva il nuovo esame del dichiarante non avrebbe affatto «vanificato il principio di non dispersione della prova riconosciuto dalla Corte costituzionale e sacrificato “il bene dell’efficienza del processo, enucleabile dai principi costituzionali che regolano l’esercizio della funzione giurisdizionale (artt. 25, comma 1, e 101, comma 2, Cost.)”³³ poiché «la rinnovazione della prova [è] imposta solo nell’ipotesi in cui sia possibile disporre l’esame e la parte ne abbia fatto espressa richiesta, mentre la prova medesima potrà comunque essere recuperata, attraverso il meccanismo della lettura, qualora il nuovo esame non abbia luogo per sopravvenuta impossibilità o per mancata richiesta delle parti»³⁴.

Quanto alla seconda questione posta dal rimettente, relativa alla disparità di trattamento tra la disciplina censurata e quella dettata per le dichiarazioni rese in altro procedimento e acquisite *ex art. 238 c.p.p.*, la Corte, contestando l’assunto³⁵, osservava come apparisse «erroneo il richiamo, come *tertium*, alla disciplina dettata dall’art. 238 (ed a quella relativa agli atti assunti mediante

³¹ Così riferisce Corte cost., 11 dicembre 2001, n. 399, in *Giur. cost.*, 2001, 6 in relazione alle cinque ordinanze emesse il 13 novembre 2000 dal Tribunale di Asti.

³² Purtroppo, però, ometteva di sottolineare con il necessario vigore un punto importante: il rimettente moveva da un presupposto sbagliato, le Sezioni unite non avevano affermato quanto il tribunale di Asti aveva creduto avessero affermato (in effetti, come si è visto, non era possibile stabilire cosa avessero realmente inteso dire le Sezioni unite).

Il «considerato in diritto» inizia in questo modo: «entrambi i rimettenti lamentano che, in caso di rinnovazione del dibattimento per essere il giudice persona fisica diversa da quella davanti alla quale si era svolta l’istruttoria dibattimentale, *le norme censurate impongono*, alla luce dell’interpretazione delle Sezioni unite della Corte di cassazione, *di disporre la rinnovazione dell’esame dei testimoni senza che il giudice possa valutarne la irrilevanza o manifesta superfluità in quanto la prova era già stata assunta dal primo giudice*».

La Corte avrebbe immediatamente potuto dire che questo assunto era errato; e invece, pur dimostrando di credere questo assunto errato, non lo diceva espressamente.

³³ Corte cost., 11 dicembre 2001, n. 399, cit..

³⁴ Corte cost., 11 dicembre 2001, n. 399, cit. (per la verità, in questa proposizione la Corte sembrerebbe accogliere la linea interpretativa del rimettente: dire che la rinnovazione è «imposta solo nell’ipotesi in cui sia possibile disporre l’esame e la parte ne abbia fatto espressa richiesta» fa ipotizzare che esista un automatismo tra richiesta e esame; come si vedrà a breve, non era questo il pensiero della Corte).

³⁵ Secondo il quale il giudice ai sensi dell’art. 238 c.p.p. avrebbe «potuto rigettare la richiesta di nuovo esame del dichiarante proposta da una delle parti, ove l’[avesse ritenuta] manifestamente superflua o irrilevante, e sostituire con la lettura “una (pur possibile) escussione”».

incidente probatorio e versati nel fascicolo per il dibattimento a norma dell'art. 431 c.p.p.)», poiché «la acquisizione dei verbali di prova di altri procedimenti, come di quelli versati nel fascicolo per il dibattimento *ex art.* 431 c.p.p., non esclude affatto – salva l'ipotesi di cui all'art. 190 *bis* c.p.p. – che *anche* in tali situazioni trovino applicazione le regole generali dettate dagli artt. 190, 493 e 495 c.p.p. in tema di ammissione della prova»³⁶.

Sgombrato il campo da questi dubbi si giungeva a un importantissimo punto della questione, osservando che «la disciplina sull'ammissione della prova va mantenuta distinta da quella sulle modalità di assunzione dei mezzi di prova, tra cui rientra appunto la regola, contenuta nell'art. 511, comma 2, c.p.p., che prescrive che sia data lettura di verbali di dichiarazioni solo dopo l'esame del dichiarante, ma *non priva il giudice del potere di deliberazione in ordine all'ammissione delle prove*», e «che pertanto il giudice, *ove abbia ammesso la prova richiesta in quanto non manifestamente superflua o irrilevante*, è poi tenuto ad assumerla secondo le modalità prescritte dalla legge e, cioè, nel caso di specie, disponendo la lettura dei verbali delle precedenti dichiarazioni solo dopo l'esame»³⁷.

Con queste parole la Corte faceva finalmente chiarezza, puntualizzando quello che sembra quasi un'ovvietà, ma che non sempre era stato compreso: l'art. 511 c.p.p. «non disciplina il momento della ammissione delle prove nel giudizio. Al contrario, la considera già avvenuta. [...] la norma detta una regola relativa ad una fase logicamente successiva all'ammissione, quella dell'acquisizione delle prove; in particolare, di quelle fonti costituite dagli atti contenuti nel fascicolo dibattimentale. Dunque l'art. 511 comma 2 si limita a dettare una modalità acquisitiva: la lettura deve essere successiva all'esame. [...] il problema dell'ammissione delle prove è dato dalla norma già per risolto: per meglio chiarire, l'art. 511 c.p.p. opera per le prove ammesse»³⁸.

Se così stavano le cose, l'interpretazione dell'espressione contenuta nel secondo comma dell'art. 511 c.p.p. «a meno che non abbia luogo» posta dopo «la lettura dei verbali di dichiarazioni è disposta solo dopo l'esame» non poneva alcun problema, e non era il punto essenziale della questione.

Quando nei singoli processi ci si interroga sull'applicabilità del secondo comma dell'art. 511 c.p.p., già si ha la soluzione: se è stato ammesso il nuovo esame del dichiarante che ha già reso dichiarazioni nel dibattimento prece-

³⁶ Corte cost., 11 dicembre 2001, n. 399, cit..

³⁷ Corte cost., 11 dicembre 2001, n. 399, cit..

³⁸ Così, prima della Corte, CAIANIELLO, *Mutamento del giudice dibattimentale e rinnovazione del giudizio*, in *Cass. pen.*, 1998, 1401.

dente, allora la lettura non è consentita finché l'esame non è avvenuto; se invece non è stato ammesso, la lettura è possibile. È invece sbagliato credere che si debba ammettere o escludere l'esame di una persona in ragione di quanto previsto dal secondo comma dell'art. 511 c.p.p.

In quell'occasione la Corte affermava dunque in modo non equivoco che nel nuovo dibattimento il giudice avesse il potere di valutare se ammettere le prove richieste dalle parti, e che non esisteva alcun automatismo tra richiesta e ammissione. Insomma, la soluzione del quesito non passava per l'art. 511, comma 2 c.p.p. (disposizione la cui applicazione può venire in rilievo, eventualmente, dopo la fase di ammissione delle prove), ma per l'art. 190 c.p.p.

Purtroppo, però, nonostante si fosse fatta chiarezza su questo punto, si era omesso di dare indicazioni su un tema connesso, ma diverso: non si spiegava, infatti, se nel formulare il giudizio di ammissione il giudice avesse dovuto tenere conto dei verbali già presenti nel nuovo fascicolo³⁹.

Nel decennio successivo il Giudice delle leggi trattava la questione ancora svariate volte (di regola ogni pronuncia era sollecitata da numerosi rimettenti).

I dubbi di legittimità costituzionale della disciplina facevano leva sempre sugli stessi argomenti: oltre al principio di non dispersione dei mezzi di prova⁴⁰ e alla disparità di trattamento rispetto alla disciplina dettata dall'art. 238 c.p.p.⁴¹, si faceva riferimento alla ragionevole durata del processo⁴² e all'irragionevole esclusione dell'applicazione nei processi ordinari della disciplina prevista dall'art. 190 *bis* c.p.p.⁴³. In alcuni casi i rimettenti adducevano argomenti particolarmente stravaganti. In un caso veniva evocato persino il principio di parità delle parti⁴⁴ e, in due occasioni, si sosteneva che la disciplina violasse «l'art.

³⁹ Se si accettasse l'interpretazione fornita dalla prima pronuncia sul punto, secondo la quale i verbali si trovano fisicamente già nel fascicolo (come si vedrà questa lettura non è condivisibile), al quesito sembrerebbe potersi dare risposta positiva.

⁴⁰ Corte cost., 21 dicembre 2001, n. 431, in *Giur. cost.*, 2002, 6; Corte cost., 15 marzo 2002, n. 59, in *Giur. cost.*, 2002, 655; Corte cost., 9 marzo 2007, n. 67, in *Cass. pen.*, 2007, 3177; Corte cost., 30 luglio 2008, n. 318, in *Giur. cost.*, 2008, 3411.

⁴¹ Corte cost., 21 dicembre 2001, n. 431, cit.; Corte cost., 10 giugno 2010, n. 205, in *Giur. cost.*, 2010, 2392.

⁴² Corte cost., 14 marzo 2003, n. 73, in *Giur. cost.*, 2003, 2; Corte cost., 23 dicembre 2004, n. 418, in *Giur. cost.*, 2004, 4449; Corte cost., 9 marzo 2007, n. 67, cit., Corte cost., 30 luglio 2008, n. 318, cit..

⁴³ Corte cost., 14 marzo 2003, n. 73, cit.; Corte cost., 23 dicembre 2004, n. 418, cit.; Corte cost., 9 marzo 2007, n. 67, cit.; Corte cost., 30 luglio 2008, n. 318, cit..

⁴⁴ La singolare posizione è della Corte di appello di Roma (uno dei giudici rimettenti in Corte cost., 23 dicembre 2004, n. 418, cit., 6), secondo la quale il secondo comma dell'art. 511 c.p.p. sarebbe contrario all'art. 111 Cost. nella parte in cui, «in caso di rinnovazione del dibattimento per mutamento della persona fisica del giudice, fa dipendere la possibilità di utilizzazione mediante lettura dell'attività istruttoria dibattimentale già compiuta dal consenso di ciascuna delle parti»; secondo il rimettente, infatti «il consenso di ciascuna delle parti, necessario per evitare un "nuovo" esame del teste, si atterrebbe

101 Cost., non comprendendosi le ragioni per le quali “il giudice persona fisica che è chiamato a sostituire, nell’ipotesi di un mutamento fisiologico delle funzioni, il precedente giudice persona fisica, debba per qualche motivo non essere considerato uguale al collega visto che i giudici sono tutti uguali dinanzi alla legge[...]”⁴⁵.

La frequenza con la quale la disciplina veniva portata innanzi al Giudice delle leggi, oltre a mostrare l’insofferenza della giurisprudenza verso la disciplina che si riteneva essere in vigore⁴⁶, rivelava lo smarrimento dei soggetti che devono applicare la legge quando la legge manca.

Dopo la pronuncia del 2001, la Corte costituzionale non ha mai fatto chiarezza e, anzi, con le proprie motivazioni oscillanti, ha contribuito ad aumentare la confusione: anziché limitarsi a dichiarare la manifesta infondatezza delle questioni via via sollevate con una motivazione succinta⁴⁷, ha introdotto argomentazioni poco coerenti con l’interpretazione precedentemente offerta (che, come si è visto, sembrerebbe escludere automatismi in fase di ammissione delle prove⁴⁸), e anzi, formulavano asserzioni implicite che la contraddicevano.

Nel 2004, per esempio, replicando a uno dei rimettenti più creativi, la Corte affermava che «circa la lamentata *violazione del principio di parità delle parti*, è sufficiente rilevare che la parte che chiede la rinnovazione della prova esercita il proprio diritto, garantito dai principi di oralità e immediatezza che connotano il codice di rito, all’assunzione della prova davanti al giudice chiamato

come una mera facoltà, come “una condizione meramente potestativa”, che, proprio in quanto tale, contrasta con i principi di ragionevole durata del processo e di parità delle parti».

⁴⁵ Così riferiscono sia Corte cost., 11 dicembre 2001, n. 399, cit., che Corte cost., 10 giugno 2010, n. 205, cit..

Quanto alle argomentazioni particolarmente discutibili, si potrebbero ricordare quella del tribunale di Palmi, rimettente in Corte cost., 21 dicembre 2001, n. 431, cit., secondo il quale «le norme censurate si porrebbero in contrasto con l’art. 97 Cost., in quanto imporre “sterili ripetizioni di prove” potrebbe determinare l’impossibilità di definire i processi “nei brevi tempi di vigenza di un medesimo collegio”», e quella del tribunale di Roma, rimettente in Corte cost., 10 giugno 2010, n. 205, cit., che osservava come «l’eccessiva durata dei processi sia stata causa di reiterate condanne dello Stato italiano da parte della Corte europea dei diritti dell’uomo, e perciò fonte di “notevoli esborsi per l’Erario”: fenomeno che, colorandosi dei tratti di una vera e propria “emergenza per il paese”, imporrebbe il “ripudio di ogni attività ripetitiva eliminabile senza arrecare pregiudizio ai diritti fondamentali delle parti”, legittimando, così, la convinzione che i tempi siano ormai “maturi” per la declaratoria di illegittimità costituzionale dell’art. 525, comma 2, cod. proc. pen. nei sensi auspicati».

⁴⁶ In tal senso sia consentito il rinvio a DINACCI, *Il contraddittorio per la prova*, Padova, 2012, 217.

⁴⁷ Come ha pure fatto in alcune occasioni: Corte cost., 21 dicembre 2001, n. 431, cit., Corte cost., 15 marzo 2002, n. 59, cit.; Corte cost., 14 marzo 2003, n. 73, cit..

⁴⁸ Automatismo che consisterebbe nel ritenere obbligatorio il nuovo esame del dichiarante nel caso di richiesta nel secondo dibattimento.

a decidere»⁴⁹. Aniché dire che il tema della parità delle parti era del tutto estraneo alla questione, enunciava un argomento totalmente privo di nessi logici con il principio di parità delle parti, facendo sorgere il dubbio che in fase di ammissione delle prove un automatismo ci fosse: se - come diceva la Corte - l'imputato ha il diritto all'assunzione della prova innanzi al giudice chiamato a decidere, e se questo diritto è «garantito dai principi di oralità e di immediatezza», era ragionevole pensare che il giudice *dovesse* ammettere la testimonianza dei dichiaranti già sentiti⁵⁰.

È chiaro che questa affermazione può anche essere sostenuta, e senza troppe difficoltà. A patto però di dire che non ci si pone su una linea di continuità con la sentenza n. 399 del 2001⁵¹. E invece la Corte non solo non dice di abbandonarla, ma la richiama come se fosse un precedente conforme.

Il rilievo sul diritto all'assunzione della prova innanzi al giudice chiamato a decidere era ribadito, senza molta enfasi, in due pronunce successive⁵², ed è stata invece sviluppata con particolare vigore nella sentenza n. 205 del 2010, una delle più note.

Con questa pronuncia la Corte - sembrerebbe senza avvedersene⁵³ - giungeva al capovolgimento dei principi enunciati con la sentenza n. 399 del 2001.

Senza mezzi termini affermava che «ogni mutamento di composizione dell'organo giudicante *deve* comportare, di norma, una nuova audizione del testimone»⁵⁴, e che «il riesame del dichiarante, in presenza di una richiesta di

⁴⁹ Corte cost., 23 dicembre 2004, n. 418, cit..

⁵⁰ È vero che in un certo senso si ha «assunzione» di prova anche quando si acquisisce il verbale, ma se così fosse, non avrebbe alcun senso introdurre nella stessa proposizione un riferimento all'oralità e all'immediatezza: il riferimento ai due principi consente di comprendere nella sua esatta portata l'espressione.

⁵¹ Anche in Corte cost., 11 dicembre 2001, n. 399, cit., 6 c'è un riferimento al principio di immediatezza, ma è collocato in un ambito diverso: è fatto non quando si parla della fase di ammissione delle prove nel secondo dibattimento, ma quando si parla dell'art. 525 comma 2 Cost. (il quale, disponendo che «i giudici chiamati a decidere debbono essere i medesimi che hanno partecipato al dibattimento, conferma la tradizionale regola della immutabilità del giudice (v. anche art. 472, secondo comma, c.p.p. del 1930), attraverso la quale trova attuazione il principio di immediatezza, connaturale alla stessa essenza del processo, che esige, salve le deroghe espressamente previste dalla legge, l'identità tra il giudice che acquisisce le prove e quello che decide»).

⁵² Corte cost., 9 marzo 2007, n. 67, cit.: «la parte che chiede la rinnovazione dell'esame del dichiarante esercita difatti — nella cornice della soluzione ermeneutica in discorso — il proprio diritto, garantito dal principio di immediatezza, “all'assunzione della prova davanti al giudice chiamato a decidere” (ordinanza n. 418 del 2004); rimanendo affidata alle scelte discrezionali del legislatore l'eventuale individuazione di presidi normativi volti a prevenire il possibile uso strumentale e dilatorio di siffatto diritto, che i rimettenti lamentano» (lo stesso principio è ribadito da Corte cost., 30 luglio 2008, n. 318, cit.).

⁵³ Di nuovo Corte cost., 11 dicembre 2001, n. 399, cit., è richiamata come se fosse un precedente conforme.

⁵⁴ Corte cost., 10 giugno 2010, n. 205, cit..

parte, [...] rappresenta [...] la regola»⁵⁵.

Per formulare queste conclusioni, più che sulla base di un'interpretazione letterale delle disposizioni del codice, ci si fondava su richiami alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁵⁶ e, soprattutto, sul terzo comma dell'art. 111 Cost. interpretato - per la prima volta nella giurisprudenza costituzionale - come solido appiglio per il principio di oralità⁵⁷. Secondo il Giudice delle leggi infatti «il diritto “all’assunzione della prova davanti al giudice chiamato a decidere” - diritto che, in base alla [...] giurisprudenza di questa Corte, la parte esercita nel chiedere la rinnovazione dell’esame del dichiarante - si raccorda, almeno per quanto attiene all’imputato, anche alla garanzia prevista dall’art. 111, terzo comma, Cost., nella parte in cui riconosce alla “persona accusata di un reato [...] la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico” e “di ottenere la convocazione e l’interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell’accusa”»⁵⁸.

Assumendo che le precedenti pronunce sulla questione fossero in linea con quanto stava sostenendo, sempre il Giudice delle leggi aggiungeva che «la *ratio* giustificatrice della rinnovazione della prova non si richiama [...] ad una presunta incompletezza o inadeguatezza della originaria escussione, ma si fonda sulla opportunità di mantenere un diverso e diretto rapporto tra giudice e prova, particolarmente quella dichiarativa, non garantito dalla semplice lettura dei verbali: vale a dire la diretta percezione, da parte del giudice deliberante, della prova stessa nel momento della sua formazione, così da poterne

⁵⁵ Corte cost., 10 giugno 2010, n. 205, cit..

⁵⁶ Secondo la Corte viene in rilievo «quanto reiteratamente affermato proprio dalla Corte europea dei diritti dell'uomo - dalle cui censure, secondo il rimettente, l'accoglimento della questione dovrebbe mettere l'Italia al riparo - in relazione all'omologa previsione dell'art. 6, paragrafo 3, lettera d), della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata con legge 4 agosto 1955, n. 848 (previsione che è servita da modello a quella dell'art. 111 Cost., dianzi ricordata): e, cioè, che la possibilità, per l'imputato, di confrontarsi con i testimoni in presenza del giudice che dovrà poi decidere sul merito delle accuse costituisce una garanzia del processo equo, in quanto permette a quest'ultimo di formarsi un'opinione circa la credibilità dei testimoni fondata su un'osservazione diretta del loro comportamento; con la conseguenza che ogni mutamento di composizione dell'organo giudicante deve comportare, di norma, una nuova audizione del testimone le cui dichiarazioni possano apparire determinanti per l'esito del processo (sentenza 27 settembre 2007, Reiner e altri contro Romania; sentenza 30 novembre 2006, Grecu contro Romania; sentenza 10 febbraio 2005, Graviano contro Italia; sentenza 4 dicembre 2003, Milan contro Italia; sentenza 9 luglio 2002, P. K. contro Finlandia)».

⁵⁷ Sul punto sia consentito il rinvio alle considerazioni di DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, 169. Aderisce a questa interpretazione MAZZA, voce *Contraddittorio (principio del) (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir., Ann.*, VII, 2014, Milano, 247.

⁵⁸ Corte cost., 10 giugno 2010, n. 205, cit..

cogliere tutti i connotati espressivi, anche quelli di carattere non verbale, particolarmente prodotti dal metodo dialettico dell'esame e del controesame»⁵⁹.

Non veniva fatto alcun cenno alla distinzione - sottolineata nell'ordinanza n. 399 del 2001 - tra momento di ammissione e momento di assunzione della prova, né al fatto che il secondo comma dell'art. 511 c.p.p. «non priva il giudice del potere di deliberazione in ordine all'ammissione delle prove⁶⁰» poiché regola le modalità di assunzione delle medesime, e non l'ammissione. Al contrario, assumendo che la questione sollevata dal rimettente fosse stata posta in termini corretti (mentre non lo era⁶¹), dimostrava di non avere bene inteso la propria precedente pronuncia, la quale (correttamente) non configurava l'art. 511, comma 2 c.p.p. come una norma che imponesse la nuova escussione.

E così non solo si hanno pronunce contrastanti sullo stesso tema, ma queste stesse decisioni dicono - contrariamente al vero - di continuare a enunciare gli stessi principi.

Non ha sorpreso dunque che nel decennio successivo, quando nelle aule di

⁵⁹ La Corte aggiungeva però «che è ben vero che l'anzidetto diritto della parte alla nuova audizione non è assoluto, ma "modulabile" (entro limiti di ragionevolezza) dal legislatore: nei ricordati precedenti, questa Corte ha fatto, in effetti, riferimento alla possibilità che il legislatore introduca "presidi normativi volti a prevenire il possibile uso strumentale e dilatorio" del diritto in questione (ordinanze n. 318 del 2008 e n. 67 del 2007); mentre la stessa Corte di Strasburgo ha riconosciuto che esso ammette eccezioni; [...] ciò non toglie, tuttavia, che il riesame del dichiarante, in presenza di una richiesta di parte, continui a rappresentare la regola: il che priva di ogni validità la ricordata convinzione del rimettente, riguardo al fatto che "i tempi [siano] maturi" per l'accoglimento della questione di costituzionalità proposta».

⁶⁰ Corte cost., 11 dicembre 2001, n. 399, cit..

⁶¹ Secondo il rimettente, nel caso di rinnovazione del dibattimento dopo il mutamento del giudice-persona fisica, «conformemente a quanto già affermato da questa Corte con la sentenza n. 17 del 1994 - i verbali delle prove assunte dal precedente giudice, in quanto documentativi di un'attività legittimamente compiuta, confluiscono nel fascicolo per il dibattimento a disposizione del nuovo giudice e, quindi, possono essere utilizzati per la decisione attraverso lo strumento della lettura; [...] siffatta conclusione va tuttavia coordinata con quanto previsto dell'art. 511, comma 2, c.p.p., secondo cui "la lettura dei verbali di dichiarazioni è disposta solo dopo l'esame della persona che le ha rese, a meno che l'esame non abbia luogo": *dal che si desume come* - al di fuori dell'ipotesi eccezionale regolata dall'art. 190 bis c.p.p. - *il nuovo giudice sia legittimato ad utilizzare le prove dichiarative precedentemente assunte, tramite semplice lettura, solo qualora detto esame non si compia, o per volontà delle parti - manifestata anche implicitamente, con la mancata richiesta di una nuova escussione del dichiarante - ovvero per sopravvenuta impossibilità di essa; [...]* in sostanza, dunque, il nuovo giudice *deve procedere alla riassunzione della prova dichiarativa ove una parte ne faccia richiesta*, sempre che l'atto non risulti impossibile: e proprio da *siffatto "vincolo"* scaturirebbe - secondo il giudice *a quo* - la lesione dei parametri costituzionali evocati» (corsivo aggiunto).

La Corte, anziché replicare che la sentenza n. 399 del 2001 aveva escluso che esistesse «siffatto "vincolo"», e che, al contrario, aveva chiaramente detto che il giudice non dovesse «procedere alla riassunzione della prova dichiarativa ove una parte ne [avesse fatto] richiesta», dovendo invece valutare l'istanza ai sensi dell'art. 190 c.p.p., assumeva che quanto detto dal rimettente fosse corretto.

giustizia è mutato il giudice dibattimentale, abbia regnato la più totale confusione, alimentata da contrastanti massime della Corte di cassazione.

Talvolta il giudice di legittimità ha sostenuto che l'art. 190 *bis* c.p.p. si applica «anche nell'ipotesi in cui debba procedersi a rinnovazione dell'istruzione dibattimentale per sopravvenuto mutamento della persona del giudice»⁶². In altre occasioni, facendo ricorso alla categoria del consenso, ha ritenuto che possano essere sanate le nullità assolute (pur riconosciute come tali), giacché «la consolidata giurisprudenza afferma che “in caso di rinnovazione del dibattimento a causa del mutamento della composizione del collegio giudicante, il consenso della difesa alla rinnovazione degli atti esclude la nullità assoluta di cui all'art. 525 comma 2 c.p.p.»⁶³. In altri casi, per giungere alla medesima conclusione ed evitare di parlare di «sanatoria di nullità assolute», se ne è esclusa l'esistenza, con diverse formulazioni. Secondo una versione che sembra adottare una visione del processo come contesa quasi fisica, «la nullità assoluta e insanabile, sancita dall'art. 525, comma 2, può ritenersi sussistente solo quando, intervenuto un mutamento nella composizione del giudice, risulti dagli atti di causa che *sia stato impedito alle parti* di celebrare un nuovo dibattimento e che, quindi, la rinnovazione del dibattimento medesimo sia stata deliberatamente rifiutata»⁶⁴. Meno evocativa è la massima espressione dell'orientamento prevalente, che ha escluso la nullità quando «le parti presenti non si siano opposte né abbiano esplicitamente richiesto di procedere alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, in quanto, in tal caso, si deve intendere che esse abbiano prestato consenso, sia pure implicitamente, alla lettura degli atti suddetti»⁶⁵. Non sono però mancate pronunce di segno esattamente opposto, le quali hanno ritenuto «affetta da nullità assoluta e rilevabile d'ufficio, per violazione del principio di immutabilità del giudice, a norma degli art. 525 e 179 c.p.p., la sentenza emessa da giudici diversi da quelli che hanno partecipato al dibattimento, in difetto della rinnovazione di questo e degli atti già compiuti, anche se le parti non ne abbiano formulato esplicita

⁶² Cass., sez. I, 14 giugno 2016, n. 48710, Rv 268455; Cass., sez. V, 30 novembre 2011, n. 11616, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2012, 402. In senso analogo Cass., sez. VI, 20 aprile 2005, n. 6221, Aglieri, in *Cass. pen.*, 2007, 2573; Cass., sez. VI, 9 maggio 2003, n. 26119, Cottone, in *Cass. pen.* 2005, 906; Cass., sez. III, 4 febbraio 2003, n. 21730, Cavaliere, in C.E.D. Cass., n. 225431; Cass., sez. I, 8 maggio 2002, n. 42876, Madonia, in C.E.D. Cass., n. 222797; Cass., sez. I, 15 febbraio 2002, n. 11174, Armilieri, in C.E.D. Cass., n. 221094; Cass., sez. V, 4 aprile 2001, n. 31072, Carta, in *Cass. pen.* 2003, 227.

⁶³ Cass., sez. IV, 13 marzo 2014, n. 27716, in *Dir. e giust. on line*, 2014, 27 giugno.

⁶⁴ Cass., sez. V, 7 maggio 2013, n. 28645, in *Dir. giust.*, 2013, 4 luglio.

⁶⁵ Cass., sez. V, 9 marzo 2015, n. 14227, in *Cass. pen.*, 2016, 649; Cass., Sez. V, 30 settembre 2013, n. 5581, in C.E.D. Cass., n. 259518.

richiesta»⁶⁶.

A fronte di un così composito quadro giurisprudenziale, quando è stata nuovamente posta la questione di costituzionalità degli artt. 511, 525, comma 2, 526 comma 1, c.p.p., il Giudice delle leggi ha affermato che «secondo l'interpretazione [...] offerta dal diritto vivente» sussisterebbe «l'obbligo, per il giudice del dibattimento, di ripetere l'assunzione della prova dichiarativa ogni qualvolta muti la composizione del collegio giudicante, laddove le parti processuali non acconsentano alla lettura delle dichiarazioni rese dai testimoni innanzi al precedente organo giudicante»⁶⁷; tale interpretazione sarebbe «stata ripetutamente fatta propria anche dalla giurisprudenza di questa Corte, che peraltro ha, finora, sempre escluso l'illegittimità costituzionale della disciplina oggi nuovamente censurata, così come interpretata dal diritto vivente»⁶⁸.

Come si è visto, il quadro non era così lineare, anzi. Né la giurisprudenza di legittimità, né quella costituzionale avevano affermato in modo univoco quella regola, che non era affatto espressione del «diritto vivente», inteso come «il “sistema giurisprudenziale” formatosi, nel difetto di espresse disposizioni»⁶⁹ legislative.

La sentenza è stata molto commentata per altri motivi⁷⁰. Dichiarata la questione inammissibile, la Corte, rivolgendosi al legislatore, ha ritenuto «doveroso sollecitare l'adozione di rimedi strutturali» per ovviare agli inconvenienti che questa regola comporta, «il che potrebbe avvenire non solo favorendo la concentrazione temporale dei dibattimenti, sì da assicurarne idealmente la con-

⁶⁶ Cass., sez. III, 4 febbraio 2014, n. 12234, in C.E.D. Cass., n. 258703; Cass., sez. V, 7 gennaio 2015, n. 6432, in C.E.D. Cass., n. 263424 (la cui massima è infedele al testo della motivazione, nella quale si legge: «non si tratta solo di una questione di utilizzabilità o inutilizzabilità delle prove acquisite o di un eventuale consenso delle parti, [...], nè si tratta di una questione di nullità o inutilizzabilità che potrebbe ritenersi sanata perchè non eccepita con l'appello, come invece è stato fatto in concreto, bensì, ai sensi dell'art. 525 c.p.p., comma 2 e art. 179 c.p.p., comma 2, di una nullità assoluta, insanabile e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento che investe sia la deliberazione finale adottata nel giudizio di primo grado, in quanto la stessa è stata presa da un Giudice diverso da quello che ha partecipato all'istruttoria dibattimentale»).

⁶⁷ Corte cost., 29 maggio 2019, n. 132, cit., 1543.

⁶⁸ Corte cost., 29 maggio 2019, n. 132, cit.. La Corte cita la sentenza n. 17 del 1994; ordinanze n. 205 del 2010, n. 318 del 2008, n. 67 del 2007, n. 418 del 2004, n. 73 del 2003, n. 59 del 2002, n. 431 e n. 399 del 2001.

⁶⁹ Corte cost. 11 dicembre 1974, n. 276, in *Giur. cost.*, 1974, 2939.

⁷⁰ Tra i vari, v. FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Arch. pen. web*, n. 2, 2019; MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in *Arch. pen. web*, n. 2, 2019, 1; NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il “giusto processo” sulla giostra dei bilanciamenti*, in *Arch. pen. web*, n. 2, 2019; SCACCIANOCE, *Mutamento del giudice e rinnovazione della prova: la Corte costituzionale esorbita dai confini accusatori*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 1.

clusione in un'unica udienza o in udienze immediatamente consecutive, come avviene di regola in molti ordinamenti stranieri; ma anche, ove ciò non sia possibile, attraverso la previsione legislativa di ragionevoli deroghe alla regola dell'identità tra giudice avanti al quale si forma la prova e giudice che decide»⁷¹.

Posto che, secondo questa pronuncia, tanto per la giurisprudenza costituzionale che per quella europea 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»⁷², è stata indicata al «legislatore la possibilità di introdurre ragionevoli eccezioni al principio dell'identità tra giudice avanti al quale è assunta la prova e giudice che decide, [...] - come, ad esempio, la videoregistrazione delle prove dichiarative, quanto meno nei dibattimenti più articolati -, e ferma restando la possibilità [...] per il giudice di disporre, su istanza di parte o d'ufficio, la riconvocazione del testimone avanti a sé per la richiesta di ulteriori chiarimenti o l'indicazione di nuovi temi di prova, ai sensi dell'art. 506 c.p.p.»⁷³.

Il giorno successivo al deposito della sentenza della Corte costituzionale veniva pronunciata un altrettanto nota sentenza delle Sezioni unite⁷⁴, convocate proprio perché il quadro giurisprudenziale era meno pacifico di quanto sostenuto dal Giudice delle leggi.

La Corte di cassazione, con una sentenza molto articolata e priva delle ambiguità che avevano caratterizzato le pronunce giurisprudenziali precedenti, enunciava tre massime: a) il principio d'immutabilità del giudice, previsto dal secondo comma dell'art. 525 c.p.p., impone che il giudice il quale provvede alla deliberazione della sentenza sia non solo lo stesso giudice davanti al quale la prova è assunta, ma anche quello che ha disposto l'ammissione della prova, fermo restando che i provvedimenti sull'ammissione della prova emessi dal giudice diversamente composto devono intendersi confermati, se non espressamente modificati o revocati; b) l'avvenuto mutamento della composizione del giudice attribuisce alle parti il diritto di chiedere, ai sensi degli artt. 468 e 493 c.p.p., sia prove nuove sia la rinnovazione di quelle assunte dal giudice diversamente composto, dovendo però, in questa seconda ipotesi, indicare

⁷¹ Corte cost., 29 maggio 2019, n. 132, cit..

⁷² Corte cost., 29 maggio 2019, n. 132, cit..

⁷³ Corte cost., 29 maggio 2019, n. 132, cit..

⁷⁴ Cass., sez. un., 30 maggio 2019, n. 41736, in *Cass. pen.*, 2020, 1030, con nota di CALIGARIS, *Quando l'immediatezza soccombe all'efficienza: un discutibile (ma annunciato) sviluppo giurisprudenziale in tema di rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice.*

specificamente le ragioni che impongano tale rinnovazione, ferma restando la valutazione del giudice, ai sensi degli artt. 190 e 495 c.p.p., anche sulla non manifesta superfluità della rinnovazione (giudizio quest'ultimo - come si vedrà a breve - che dovrà tener conto della presenza nel fascicolo dei verbali del precedente dibattimento); c) il consenso delle parti alla lettura ex art. 511 c.p.p., comma 2, degli atti assunti dal collegio in diversa composizione, a seguito della rinnovazione del dibattimento, non è necessario con riguardo agli esami testimoniali la cui ripetizione non abbia avuto luogo perché non chiesta, non ammessa o non più possibile⁷⁵.

Sebbene le Sezioni unite si fossero ampiamente servite della motivazione della sentenza del Giudice delle leggi⁷⁶, l'hanno contraddetta nel punto nevralgico, capovolgendo la premessa da cui la Corte costituzionale aveva iniziato il proprio percorso argomentativo. Questo prendeva le mosse dalla considerazione che «secondo l'interpretazione [...] offerta dal diritto vivente» sussiste «l'obbligo, per il giudice del dibattimento, di ripetere l'assunzione della prova dichiarativa ogni qualvolta muti la composizione del collegio giudicante, *laddove le parti processuali non acconsentano* alla lettura delle dichiarazioni rese dai testimoni innanzi al precedente organo giudicante»; l'organo nomofilattico, con una motivazione - per quanto riguarda questo aspetto - ineccepibile, ha sgombrato il campo da un pluridecennale equivoco affermando che «il comportamento processuale delle parti» andava certamente «valorizzato»; ma non in relazione alla questione del «consenso eventualmente prestato» in quanto ai sensi del combinato disposto dell'art. 525 c.p.p., comma 2, prima parte, ed art. 179 c.p.p., in caso di «violazione del principio d'immutabilità del giudice si ha una «nullità assoluta, e quindi insanabile». La volontà delle parti rileva per un diverso motivo: va «valorizza[ta] l'inerzia delle parti che non si siano attivate nei modi di rito, ovvero che non abbiano formulato la richiesta ex art. 493 c.p.p., oppure non abbiano compiuto le attività preliminari alla richiesta di ammissione/rinnovazione degli esami di testimoni, periti o consulenti tecnici, nonché delle persone indicate dall'art. 210 c.p.p., non deposi-

⁷⁵ Per un commento critico sia consentito il rinvio a DINACCI, *L'immutabilità del giudice quale valore euristico da preservare attraverso ortodossie interpretative*, in *Dir. dif.*, 6 luglio 2022, 7; sul punto v. altresì GALGANI, *Istanze di deflazione, principio di immediatezza e [...] smaterializzazione del processo penale*, in *Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia*, a cura di De Francesco, Gargani, Marzaduri, Torino, 2019, 213; IASEVOLI, *Il giudizio e la crisi*, cit., 1; MANGIARACINA, *Immutabilità del giudice versus efficienza del sistema: il dictum delle Sezioni unite*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 1, 151.

⁷⁶ Il punto 8 della sentenza, in cui si illustra come «la giurisprudenza costituzionale [abbia] recentemente sottolineato le incongruità dell'attuale disciplina», è omologo per due terzi della motivazione alla sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2019.

tando la prescritta lista»⁷⁷. La questione del «consenso» non era pertinente. Quello che era il «diritto vivente» il 29 maggio 2019, non lo era più il 30 maggio 2019⁷⁸, e anzi a ben vedere non lo era mai stato.

6.1 Un intervento legislativo molto atteso. Diverse nel contenuto, le due sentenze sono state accomunate dalle aspre critiche. Hanno ravvivato un dibattito mai sopito, a cui avrebbe potuto porre fine l'unico soggetto titolato a prevedere le regole del processo.

Dopo quasi trentacinque anni, finalmente, il legislatore ha deciso di prevedere una disciplina per una questione che s'è rivelata essere refrattaria a ogni tentativo di regolamentazione, innanzitutto per la mancata comprensione dei singoli nodi problematici. Quello del consenso è solo uno, forse il più clamoroso, degli equivoci che hanno alimentato il dibattito, caratterizzato da inesatti richiami a pronunce precedenti e da rimandi a massime mai enunciate.

Nell'art. 495 c.p.p. è stato introdotto il comma 4 *ter*⁷⁹. La collocazione della norma è dovuta al convincimento che «la nuova regola attiene all'ammissione delle prove, seppure a seguito di istanza di rinnovazione dell'esame a seguito dal mutamento di almeno uno dei giudici che compongono il collegio»⁸⁰. Si prevede che in caso di mutamento del giudice nel corso del dibattimento «la parte che vi ha interesse ha diritto di ottenere l'esame delle persone che hanno già reso dichiarazioni nel medesimo dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate, salvo che il precedente esame sia stato documentato integralmente mediante mezzi di riproduzione audiovisiva. In ogni caso, la rinnovazione dell'esame può essere disposta quando il giudice la ritenga necessaria sulla base di specifiche esigenze».

La disciplina non sembrerebbe troppo complessa. È spiegata nella *Relazione illustrativa*: si dispone che «in caso di mutamento di almeno uno dei compo-

⁷⁷ Cass., sez. un., 30 maggio 2019, n. 41736, cit., (punto 6).

⁷⁸ L'articolata motivazione delle Sezioni unite non ometteva di trattare un'altra questione fondamentale, spesso trascurata, sulla quale si tornerà a breve: «i verbali di dichiarazioni rese dai testimoni in dibattimento dinanzi a giudice in composizione successivamente mutata, fanno legittimamente parte del fascicolo del dibattimento (dove non "confluiscono", bensì "permangono")» (Cass., sez. un., 30 maggio 2019, n. 41736, cit., punto 9).

⁷⁹ La l. 30 dicembre 2022, n. 199, che ha convertito il d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, ha previsto con l'art. 93 bis, rubricato «Disposizioni transitorie in materia di mutamento del giudice nel corso del dibattimento» una regola di diritto transitorio per l'entrata in vigore dell'art. 495, comma 4-ter, c.p.p.. Tale disposizione, «come introdotta dal presente decreto, non si applica quando è chiesta la rinnovazione dell'esame di una persona che ha reso le precedenti dichiarazioni in data anteriore al 1° gennaio 2023».

⁸⁰ *Relazione illustrativa*, cit., 144.

nenti del collegio (e, quindi, in caso di rito monocratico, dell'unico giudice), a richiesta della parte che vi ha interesse, debba sempre essere disposta la riassunzione della prova dichiarativa già assunta». Nei casi in cui, però, «la prova dichiarativa sia stata verbalizzata tramite videoregistrazione, il giudice non disporrà la riassunzione della prova, salvo che lo ritenga necessario sulla base di specifiche esigenze. Quest'ultima disposizione deve essere letta in sintonia con le disposizioni di attuazione del criterio di legge delega enunciato dall'art. 2-*quater* comma 1, lett. a), destinato a introdurre la registrazione audiovisiva delle prove dichiarative come forma ulteriore e tendenzialmente elettiva di documentazione dell'atto»⁸¹.

Proprio quest'ultima precisazione rivela un po' di malizia. Posto che il regime ordinario di documentazione delle prove dichiarative è, con le innovazioni della riforma Cartabia, la registrazione audiovisiva, sarebbe stato corretto enunciare la nuova regola assumendo come presupposto la vigenza della nuova normativa. Dunque la formulazione corretta non avrebbe dovuto essere: «è previsto il diritto a esaminare i dichiaranti già sentiti, salvo che il precedente esame sia stato registrato», ma «è escluso il diritto a ottenere il nuovo esame dei dichiaranti, salvo che il precedente esame non sia stato registrato». Tutto sommato però quello della formulazione della disposizione è l'ultimo dei problemi; la norma che si ricava dal testo legislativo è identica. I limiti della disciplina sono ben altri.

Nonostante alcuni abbiano ritenuto che il legislatore sia stato in grado di effettuare «un bilanciamento ragionevole tra diversi valori in gioco, attraverso la valorizzazione dello strumento della videoregistrazione»⁸², «dando vita a una soluzione equilibrata, idonea ad assicurare, allo stesso tempo, un adeguato standard di tutela del principio di immediatezza e una gestione più oculata del fattore tempo, evitando la ripetizione di attività processuali che potrebbero risultare in concreto del tutto inutili»⁸³, altri - sin dai primi commenti sulla legge delega, poi fedelmente seguita sulla questione del mutamento del giudice - hanno rilevato come fosse evidente che «la mancata riassunzione della prova dichiarativa, nel caso della videoregistrazione, impedisce l'interazione tra il giudice, le parti e le fonti di prova»⁸⁴; «mentre si vede un filmato potrebbe ve-

⁸¹ *Relazione illustrativa*, cit., 144.

⁸² GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente*, cit., 62, il quale ricorda l'abbandono della «impostazione l'«estremista» contenuta nella versione originaria della «bozza Bonafede» la quale era incentrata su un'estensione pressoché generalizzata dell'ambito di applicazione dell'art. 190-*bis* c.p.p., al contesto in esame».

⁸³ GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente*, cit., 62.

⁸⁴ RANALDI, *Il dibattito che verrà*, cit., 216.

nire in mente una domanda che non è stata fatta»⁸⁵; «se è pur vero che la videoregistrazione offre all'utente elementi di osservazione e dunque di conoscenza superiori a quelli del semplice verbale, è altrettanto vero che si tratta pur sempre di un sucedaneo dell'ascolto diretto della prova dichiarativa: un ascoltatore attento può cogliere taluni tratti prosodici del dichiarante, ma certamente resta il limite della mediazione data dal video»⁸⁶; «l'atto del giudicare è complesso come lo è l'ascolto del dichiarante, dovendosi determinare la sua attendibilità e poi motivare sulla stessa. È un gesto umano che necessita di un confronto diretto, visivo tra giudicante e dichiarante»⁸⁷.

Quando è poi stato emanato il decreto delegato, preso definitivamente atto che «ci si accontenta di un filmato; si rinuncia alla interazione con la prova»⁸⁸, rinnovata la critica alla ritenuta «equivalenza fra assistere alla formazione della prova e alla sua videoripresa [che] non appare epistemologicamente plausibile in quanto l'immediatezza postula la presenza fisica non surrogabile dal "film del processo"»⁸⁹, si è aggiunto che quanto meno «la presa di contatto con le prove videoregistrate sarebbe dovuta avvenire in un contesto formalizzato, un'udienza dedicata, mentre il vuoto normativo sottende un inammissibile "dar per visto" da parte del giudice che non garantisce in alcun modo nemmeno quel sucedaneo dell'immediatezza consentito dalla nuova previsione»⁹⁰.

Senza soffermarsi su temi di prosaica natura, quali quelli relativi all'acquisto e alla messa in funzione degli strumenti necessari per attuare la riforma, che hanno comunque un relevantissimo impatto sulla vita degli imputati (i quali dovranno augurarsi di essere accusati in un'aula di tribunale disorganizzata e inefficiente, per non vedersi sottratto il diritto all'immediatezza⁹¹), non si può che concordare con i rilievi critici mossi alla riforma, attenendo alla fondamentale questione della diretta percezione delle prove da parte del soggetto

⁸⁵ DINACCI, *L'immutabilità del giudice*, cit., 7.

⁸⁶ MONTAGNA, *La razionalizzazione del dibattimento*, cit., 141.

⁸⁷ MONTAGNA, *La razionalizzazione del dibattimento*, cit., 141.

⁸⁸ MANCUSO, *Le nuove dinamiche del giudizio*, cit., 825.

⁸⁹ MAZZA, *L'efficientismo*, cit., 503.

⁹⁰ MAZZA, *L'efficientismo*, cit., 503.

⁹¹ Nemmeno troppo tempo fa si affermava che «va realisticamente archiviata l'utopica prospettiva di operare una sistematica videoregistrazione dei dibattimenti [...] ed anche l'ipotesi (pur astrattamente possibile) di far partecipare giudici supplenti (per cui opererebbe il regime di cui all'art. 525 c.p.p.) [...] Prospettive entrambe che devono ritenersi di ardua praticabilità per le note carenze di risorse che affliggono la giustizia» (AGHINA, *Gli effetti del mutamento dell'organo giudicante*, cit., 100). Evidentemente Corte costituzionale e legislatore sono al corrente di una diversa realtà, altrimenti il principio di uguaglianza non vivrà tempi felici.

chiamato a decidere sulla responsabilità penale - e sulla libertà - degli individui. A questi si vuole aggiungere un auspicio: che svanisca dai discorsi sul tema del mutamento del giudice l'espressione «immediatezza differita» che sta purtroppo prendendo piede per indicare la visione della videoregistrazione delle udienze istruttorie tenutesi innanzi al giudice sostituito.

Al pari di «consenso differito/postumo/successivo», «risocializzazione degli accusati», «flagranza differita», è un'espressione con la quale si designa uno pseudoconcetto che può essere utilizzato solo in virtù dell'astrattezza dei discorsi giuridici. Si tratta di espressioni utilizzate nelle argomentazioni dei giuristi per sostenere le più varie tesi solo in ragione della loro inafferrabilità. Quando si parla di entità esistenti nella realtà (animali, frutti) o di concetti immateriali ben definiti (esagono, ventisette), questi imbrogli verbali non sono possibili⁹². Non riescono. Sfugge in questi casi ciò che non sfuggirebbe se si parlasse di «caffettiere quadrupedi» o di «circonferenza dei rettangoli». Il consenso è preventivo, o non è⁹³. La rieducazione ha come destinatario un colpevole⁹⁴, altrimenti non è. L'immediatezza è percezione diretta della formazione della prova, altrimenti non è.

Quando s'interpretano disposizioni, non si compongono sonetti, e i «grandi maestri di zecca, coniatori di termini»⁹⁵ dovrebbero procedere con circospe-

⁹² Sul tema ci si permette di rinviare a PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 150.

⁹³ Mentre si può certamente parlare di «consenso» quando la manifestazione di volontà dell'accusato è espressa prima dell'utilizzazione da parte del giudice degli elementi probatori, è impossibile parlare di «consenso» quando l'elemento unilateralmente formato è già stato utilizzato. Non si può acconsentire a quanto è già accaduto. Lo si potrà «approvare», «avallare», si potrà «prestare acquiescenza».

«Ratifica» o «convalida» guardano, per così dire, al passato, presupponendo un'attività già svolta. «Consenso», al pari di «autorizzazione», no. È rivolto al futuro, e chi ne parla assume che ci sia un'attività da compiere (Tizio si introduce in casa di Caia e, una volta all'interno, le chiede: posso entrare?). Sarebbe peraltro fuorviante parlare di «consenso antecedente» o «consenso preventivo», poiché si legittimerebbe l'idea che possa esistere un consenso che tale non sia. Sia permesso il rinvio a PASTA, *Costi e benefici della proliferazione dei riti alternativi. Il procedimento per decreto*, in *Cass. pen.*, 2021, 2617.

⁹⁴ Da anni per giustificare l'introduzione della sospensione del procedimento con messa alla prova si usano espressioni come «istituto che persegue scopi specialpreventivi in una fase anticipata», «risocializzazione dell'accusato». Ma «rieducazione», «risocializzazione» non possono essere avvicinati a qualunque altro termine. La parola «rieducato» presuppone che il soggetto al quale viene riferito sia «colpevole». Altrimenti non ha senso. Una persona che non ha commesso alcun reato non può - nemmeno se lo chiede - essere «rieducata». Dunque non si può qualificare come «procedimento rieducativo» un rito che non presuppone un accertamento della colpevolezza. Sul tema sia consentito il rinvio a PASTA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e "rieducazione degli imputati": commiato dalla semantica e dalla logica dualista del processo*, in *Cass. pen.*, 2019, 2238.

⁹⁵ L'espressione è di LOCKE, *Saggio sull'intelligenza umana* [1690], parte III, cap. X, Milano, 2008, 552. Riguardo all'abitudine a coniare espressioni osserva SARTORI, *La torre di Babele*, in *Logica, metodo e linguaggio nelle scienze sociali*, Id, Bologna, 2011, 94 che «fino a poco tempo fa, gli studiosi non sentivano la necessità di essere "nuovi" od originali a ogni costo. Ritenevano che il loro principale compito

zione⁹⁶. Altrimenti si finisce per credere che si abbia consenso alla formazione della prova in contraddittorio quando al più si ha acquiescenza (della quale l'art. 111 Cost. proprio non parla), che si possano «rieducare» gli accusati e non i colpevoli (ma ad optare per la sospensione del procedimento con messa alla prova sono gli imputati, non i rei), che sia rispettato il principio di immediatezza quando, come al cinema, si osserva un filmato.

La nuova disciplina incentrata sulla visione di una videoregistrazione non garantisce l'immediatezza, mentre la concentrazione - da ancella - ne diventa nemica: come si è visto⁹⁷, storicamente il principio di concentrazione è stato visto come servente rispetto ai principi di oralità immediatezza. Per quello è stato creato, per quello esiste. Doveva essere attuato affinché meglio potessero dispiegare i loro effetti gli altri due principi. Nella logica del legislatore entra in conflitto. Per avere concentrazione (in realtà «ragionevole durata del processo»), si devono limitare oralità-immediatezza. Un capovolgimento. Un imbroglio.

La nuova disciplina, comunque, è molto discutibile anche per altro.

6.2 Un quadro destinato a rimanere confuso: il produttore di nullità assolute. Secondo la *Relazione Illustrativa*, con l'introduzione del comma 4 *ter* nell'art. 495 c.p.p. il legislatore mirava a «regolare il delicatissimo tema

fosse quello di trasmettere sapere. È sempre meno così. Però, non è facile essere "originali". Il modo più semplice per sembrare innovativi è di "giocare ai quattro cantoni" con le parole. Si può benissimo apparire sia potentemente distruttivi (verso gli altri), sia fortemente innovativi, semplicemente riarrangiando in maniera differente, con l'aiuto di una manciata di definizioni stipulative, una sfilza di parole. Uno può facilmente dimostrare, ad esempio, che le società davvero "pluralistiche" sono quelle africane e non le società occidentali, magari stabilendo, da un lato, un significato ad hoc di "consenso" e, dall'altro, un significato ad hoc di "conflitto". Ed è anche possibile, alla stessa stregua, scrivere un libro in cui si dimostra il contrario, e poi il contrario del contrario. Così, alla fine della sarabanda, tutti i contendenti saranno premiati per la loro dose di pubblicazioni innovative e provocatorie; e un'altra contesa può dunque cominciare, ma non certo a beneficio della conoscenza».

⁹⁶ OLIPHANT, HEWITT, *Introduction a J. Rueff, From the Physical to Social Sciences*, Baltimora, 1929, pp. ix-xxxii, in AA.VV. *Il realismo giuridico scandinavo e americano*, a cura di Castignone, Bologna, 1981, pp. 185 hanno preso in considerazione «molte note controverse ad esempio nel campo dell'etica, dove le opposte correnti hanno sprecato anni di assiduo lavoro nel tentativo di individuare delle fallacie logiche nelle argomentazioni dei loro avversari. Una indagine approfondita rivela che, nella maggior parte dei casi, i contrasti erano dovuti alla mancanza di accordo sulla natura dei fenomeni da spiegare. I protagonisti delle dispute in realtà non stavano parlando delle medesime cose. Di conseguenza la logica impiegata da chi si riferiva ad una certa serie di fenomeni, appariva del tutto assurda all'interlocutore che invece mirava alla spiegazione di una serie di fenomeni completamente diversi; senza che peraltro nessuna delle due parti si rendesse conto della diversità dei fenomeni a cui ciascuna faceva riferimento ritenendoli addirittura identici».

⁹⁷ Cfr. § 1 (v. parte I).

dell'immediatezza della deliberazione»⁹⁸. L'obiettivo non è stato conseguito. Anzi, le incertezze sono destinate ad aumentare.

La nuova disciplina detta una regola che riconosce, a determinate condizioni, il diritto di esaminare un soggetto che ha già reso dichiarazioni in dibattimento, dando molto - troppo - per scontato, se solo si ha contezza della complessità del tema e delle oscillazioni della giurisprudenza.

Il più immediato interrogativo concerne la necessità della rinnovazione del dibattimento in caso di mutamento del giudice. Nei primi commenti la questione non viene trattata o è data per scontata («l'intervento di maggior impatto ideale, evocativo delle scelte di politica giudiziaria sottostanti alla riforma, è senz'altro quello che coinvolge l'art. 495 c.p.p., vale a dire la *disciplina della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale* in seguito al mutamento del giudice»⁹⁹). Era una delle questioni che più aveva diviso gli interpreti, non tanto in relazione alla necessità di una rinnovazione, sulla quale tutti concordavano, ma in ordine al significato da attribuire all'espressione «rinnovazione del dibattimento»¹⁰⁰, potendo essa implicare la regressione al momento dello svolgimento di tutte le formalità introduttive del dibattimento (a cominciare da quelle di cui all'art. 484 c.p.p. con possibilità di sollevare questioni preliminari ai sensi dell'art. 491 c.p.p.¹⁰¹), a quello di ammissione delle prove¹⁰², oppure a quello della sola assunzione delle medesime.

Il legislatore nulla ha detto al riguardo, almeno in modo espresso. Il comma 4 *ter* prevede che «se il giudice muta nel corso del dibattimento», la parte, sussistendo determinate condizioni, ha diritto di esaminare la persona che ha già reso dichiarazioni. Non prevede altro. Non che debba nuovamente svolgersi la costituzione delle parti, che debbano essere reiterate le richieste di prova, o che determinate attività debbano essere escluse. Non stabilisce nulla. Certamente non si dispone che ci debba essere la «rinnovazione del dibattimento»: nella nuova prescrizione l'unico termine abbinato a «rinnovazione» è «esame», non dibattimento. Dunque si regola la «rinnovazione dell'esame» e non - almeno espressamente - quella «del dibattimento».

La disposizione riconosce invece il diritto a «ottenere l'esame delle persone che hanno già reso dichiarazioni *nel medesimo dibattimento* nel contraddit-

⁹⁸ *Relazione Illustrativa*, cit., 144.

⁹⁹ MANCUSO, *Le nuove dinamiche del giudizio*, cit., 820 (il corsivo è aggiunto, come nella prossima citazione). Così anche BRONZO, *La «riforma Cartabia»*, cit., 1317: «la legge Cartabia dedica un criterio di delega al problema della *rinnovazione istruttoria*».

¹⁰⁰ V. § 6.

¹⁰¹ V. nota 8.

¹⁰² Cfr. nota 23.

torio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate», precisando che questo diritto non sussiste quando «il precedente esame [è] stato documentato integralmente mediante mezzi di riproduzione audiovisiva».

Ebbene, il «medesimo dibattimento» non è «il dibattimento che si è svolto innanzi al giudice sostituito», «il precedente dibattimento del medesimo processo». È «lo stesso dibattimento», «il dibattimento che si sta svolgendo innanzi al giudice innanzi al quale può essere fatto valere il diritto al nuovo esame del dichiarante». Se il legislatore avesse inteso disporre, sia pure in modo implicito, la «rinnovazione del dibattimento», avrebbe dovuto prevedere nel comma 4 *ter* una diversa espressione, non «medesimo dibattimento».

Quindi la rinnovazione del dibattimento non è prevista né in modo espresso, né in modo implicito. Dunque secondo la nuova disposizione «se il giudice muta nel corso del dibattimento», il dibattimento prosegue con un nuovo giudice come se nulla fosse accaduto.

La soluzione legislativa ha il pregio della chiarezza e della semplicità: nemmeno ci si deve interrogare sul significato dell'espressione «rinnovazione del dibattimento», decisamente problematica. Il dibattimento, momentaneamente interrotto per via del cambio di giudice, continua, con un eventuale supplemento istruttorio nel caso in cui non fossero state eseguite le videoregistrazioni. La logica del legislatore ricorda quella del già menzionato rimettente di venti anni fa¹⁰³, il quale si dichiarava perplesso «non comprendendosi le ragioni per le quali “il giudice persona fisica che è chiamato a sostituire, nell'ipotesi di un mutamento fisiologico delle funzioni, il precedente giudice persona fisica, debba per qualche motivo non essere considerato uguale al collega visto che i giudici sono tutti uguali dinanzi alla legge[...]”»¹⁰⁴.

La soluzione legislativa è chiara. Ed è anche molto economica. Purtroppo non è praticabile.

Il legislatore ha introdotto un comma nell'art. 495 c.p.p.. Non ne ha però abrogato uno nell'art. 525 c.p.p.

Come ebbe ad affermare la prima pronuncia della Corte costituzionale sul tema¹⁰⁵, «il rispetto del principio sancito nell'art. 525 c.p.p., secondo comma, c.p.p. (secondo cui “alla deliberazione concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento”), impone che, in caso

¹⁰³ Sul punto, cfr. § 6.

¹⁰⁴ Così riferiscono sia Corte cost., 11 dicembre 2001, n. 399, cit., che Corte cost., 10 giugno 2010, n. 205, cit..

¹⁰⁵ Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 17, cit..

di mutamento del giudice, si procede alla integrale rinnovazione del dibattimento». Il principio non è mai stato messo in discussione né dalla successiva giurisprudenza costituzionale, né da quella di legittimità¹⁰⁶, se non - contrariamente a quanto spesso si dice - dalla sentenza delle Sezioni 2019¹⁰⁷. Ed in effetti finché rimarrà la previsione secondo cui «alla deliberazione concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento» (art. 525, comma 2, c.p.p.), non si comprende come possa essere evitata la sanzione, nel momento in cui il nuovo giudice non ha partecipato «al dibattimento», ma a un «segmento di dibattimento», più o meno lungo a seconda del momento della sostituzione. Se, per esempio, il giudice sostituisse il collega poco prima dell'esame dell'ultimo testimone della difesa, non avrebbe partecipato non solo all'esame degli altri testimoni della difesa e dell'accusa (videoregistrati, se la nuova disciplina fosse stata rispettata), ma nemmeno alla fase di ammissione delle prove, della trattazione delle questio-

¹⁰⁶ Secondo Cass., sez. un., 15 gennaio 1999, n. 2, cit., «il principio di immutabilità del giudice posto dall'art. 525 comma 2 c.p.p. a pena di nullità assoluta, impone che quando muti la persona del giudice monocratico o la composizione del giudice collegiale il dibattimento sia integralmente rinnovato, con la ripetizione della sequenza procedimentale costituita dalla dichiarazione di apertura del dibattimento (art. 492), dall'esposizione introduttiva e dalle richieste di ammissione delle prove (art. 495), dall'assunzione delle prove secondo le regole stabilite negli art. 45 s. c.p.p.».

¹⁰⁷ Si veda ad esempio quanto riportato dall'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, *Relazione*, cit., 130-131: «le Sezioni unite hanno stabilito che, dopo il mutamento del giudice, si impone la riedizione della sequenza dibattimentale a partire dalla dichiarazione di apertura, con le medesime cadenze e secondo la disciplina regolativa di cui agli artt. 493 e ss. c.p.p.». È sufficiente leggere la motivazione di Cass., sez. un., 30 maggio 2019, n. 41736, cit. (punti 5.4 e 6), per avvedersi che le cose non stanno in questi termini: «il secondo comma dell'art. 525 c.p.p. non comporta la necessità, a pena di nullità assoluta, di rinnovare formalmente tutte le attività previste dagli artt. 492, 493 e 495 c.p.p., poiché i relativi provvedimenti in precedenza emessi dal giudice diversamente composto conservano efficacia se non espressamente modificati o revocati». Né, secondo la Corte, «può ritenersi che la rinnovazione del dibattimento debba essere espressamente disposta, poiché le parti, con l'insostituibile ausilio della difesa tecnica, sulla quale incombe il generale dovere di adempiere con diligenza il mandato professionale, sono certamente in grado, con quel minimum di diligenza che è legittimo richiedere, di rilevare il sopravvenuto mutamento della composizione del giudice ed attivarsi con la formulazione delle eventuali, conseguenti richieste, se ne abbiano, chiedendo altresì, ove necessario, la concessione di un breve termine (la cui fruizione può, ad esempio, rivelarsi ineludibile quando la necessità della rinnovazione del dibattimento non sia stata prevista ed anticipata, ma si sia palesata soltanto in udienza, senza preavviso alcuno, ed occorra quindi consentire l'eventuale presentazione di una nuova lista ai sensi dell'art. 468 c.p.p., senz'altro legittima e, peraltro, necessaria ai fini della altrettanto legittima formulazione di nuove richieste di prova ex art. 493 c.p.p., come sarà chiarito più ampiamente in seguito). L'ordinanza ammissiva delle prove resa ex art. 495 c.p.p. dal giudice nella precedente, e poi mutata, composizione non va, pertanto, formalmente rinnovata, se condivisa anche dal giudice nella composizione sopravvenuta, poiché conserva efficacia, se non espressamente modificata o revocata; peraltro, a seguito del mutamento della composizione del giudice, le parti possono esercitare nuovamente le facoltà attribuite loro dagli artt. 468 e 493 c.p.p., ovvero presentare nuove richieste di prova, che andranno ordinariamente valutate dal nuovo giudice prima di procedere».

ni preliminari, della costituzione delle parti. Il nuovo giudice, insomma, non avrebbe partecipato al dibattimento ma - appunto - a un suo minimo frammento.

Stabilire che se il giudice muta, il dibattimento prosegue con un nuovo giudice come se nulla fosse accaduto, è comodo e pratico. È la stessa soluzione che si ha quando un componente supplente di una corte d'assise, a fronte del decesso di un membro effettivo, subentra. Solo che in quel caso il supplente ha partecipato, sin dall'inizio, al dibattimento.

Finché il codice continuerà a prevedere che «alla deliberazione concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento» (art. 525 comma 2, c.p.p.), la soluzione legislativa dettata con il comma 4 *ter* dell'art. 495 c.p.p. non sarà possibile. Sempre che non si voglia congegnare un meccanismo che, in caso di sostituzione del giudice dibattimentale, produca in serie sentenze affette da nullità assoluta.

6.3 Alla ricerca di un correttivo. Esiste un solo modo per uscire dal *cul de sac*. L'uso dell'argomento apagogico, ossia quello secondo il quale «si deve escludere quell'interpretazione di un enunciato normativo che dia luogo ad una norma “assurda”»¹⁰⁸.

Servirsi di questo argomento ripugna: se si ha a cuore la legalità, l'interprete non può sostituire le parole che il legislatore ha previsto, per inserire quelle che aggradano, fingendo che un'espressione legislativa sia equivalente a un'altra. Non è raro che i giuristi si servano di questo argomento anche quando non ve ne è necessità, ma solo una preferenza ideologica¹⁰⁹. In questo caso, però, non ci sono davvero alternative e per immaginare una disciplina che non conduca, sempre e inevitabilmente, alla pronuncia di sentenze nulle, si deve ritenere che il legislatore non abbia ben compreso cosa stava dicendo: dove è scritto «medesimo dibattimento» si deve leggere «precedente dibattimento del medesimo processo».

La disposizione sarebbe dunque la seguente: «nei casi di mutamento del giudice dibattimentale, la parte che vi ha interesse ha diritto di ottenere l'esame delle persone che hanno già reso dichiarazioni nel [precedente] dibattimento [dello stesso processo] nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le

¹⁰⁸ TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 369.

¹⁰⁹ È il caso degli svariati interpreti i quali sostengono che il legislatore costituzionale sarebbe incorso in un «infortunio linguistico» nel prevedere come eccezione al contraddittorio il consenso dell'imputato anziché quello delle parti» (così, tra i tanti, MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, in, *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Conso, Napoli, 2006, 652).

dichiarazioni medesime saranno utilizzate».

Anche così riformulata, la disposizione lascia perplessi.

Consente di giungere alla conclusione che sia necessario procedere alla «rinovazione del dibattimento», evitando così la nullità assoluta prevista dall'art. 525 c.p.p.. Non avendo però il legislatore fornito alcuna indicazione, verrebbe rimesso agli interpreti - alla giurisprudenza - il compito di attribuire un significato all'espressione. Che il nuovo giudice debba iniziare dagli adempimenti relativi alla costituzione delle parti, o dall'ammissione delle prove, sarà - di nuovo - deciso dalle Corti. Non un grande risultato per uno stato in cui «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo *regolato dalla legge*».

Ci sono però anche altre espressioni oscure nella nuova disposizione.

Il diritto di procedere al nuovo esame, in caso di mancata videoregistrazione, può essere esercitato in relazione alle «persone che hanno già reso dichiarazioni nel [precedente] dibattimento *nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate*». La condizione per il nuovo esame non è individuata nell'aver reso dichiarazioni nel precedente dibattimento; è, almeno apparentemente, più selettiva. Il diritto è riconosciuto in relazione alle sole persone che hanno già reso dichiarazioni «nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate». L'orribile formulazione¹¹⁰ può essere intesa in più modi. Con l'espressione «dichiarazioni rese [...] nel contraddittorio» si potrebbe alludere sia ai dichiaranti che sono stati effettivamente esaminati dalla parte, sia ai dichiaranti a cui non sono state rivolte domande nonostante ve ne fosse la possibilità. La prima lettura, possibile, sarebbe ingiustamente limitativa, quindi sembra ragionevole credere valga la seconda.

Non pago però, il legislatore ha aggiunto una ulteriore condizione: il diritto sorge solo per la «*la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate*». Di nuovo: «utilizzate in concreto» o anche solo «valutate, ma poi in concreto non utilizzate»? Nel primo caso verrebbe richiesto un giudizio prognostico di non sempre agevole formulazione. Nel secondo no.

¹¹⁰ Pur limitandosi alla modalità di formulazione delle prescrizioni, il confronto con il disegno di legge approvato nel Consiglio dei Ministri del 5 aprile 2007 su proposta del Ministro della giustizia è mortificante. All'epoca si intendeva introdurre l'art. 493 *bis* «Mutamento della persona fisica del giudice» il quale prevedeva al comma 1 che «in caso di mutamento della persona fisica del giudice, le parti possono reiterare la richiesta di ammissione delle prove già indicate nella lista di cui all'articolo 468, ivi comprese le prove non ammesse nel dibattimento precedente e quelle in ordine alle quali vi è stata rinuncia, ovvero chiedere l'ammissione di prove nuove ai sensi dell'articolo 493, comma 2. Sulla richiesta il giudice provvede con ordinanza ai sensi degli articoli 190, 190 *bis* e 495» (nel comma 2 si stabiliva che «nel giudizio abbreviato o in caso di applicazione di pena su richiesta delle parti, le prove assunte nel dibattimento precedente sono utilizzabili ai fini della decisione»).

Il legislatore avrebbe potuto disporre che, in assenza di videoregistrazioni, la parte avrebbe avuto il diritto di esaminare nuovamente le «persone che hanno già reso dichiarazioni nel [precedente] dibattimento», senza nulla aggiungere. Ha invece preferito porre condizioni e requisiti di dubbia consistenza, i quali – per non condurre a una conclusione irragionevole – devono essere azzerati (ma allora perché non adottare la più breve formulazione?).

Non solo il diritto al nuovo esame sembra essere limitato in relazione all'oggetto del diritto alla prova; anche la legittimazione ad avanzare la richiesta istruttoria nel nuovo dibattimento rischia di risultare più circoscritta di quanto si pensi.

Il confronto con altre disposizioni che attribuiscono diritti aiuta.

L'art. 190 c.p.p. prevede che «le prove sono ammesse a richiesta di parte»; l'art. 493 c.p.p. stabilisce che «il pubblico ministero, i difensori della parte civile, del responsabile civile, della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria e dell'imputato nell'ordine indicano i fatti che intendono provare e chiedono l'ammissione delle prove, illustrandone esclusivamente l'ammissibilità ai sensi degli articoli 189 e 190, comma 1».

Il comma 4 *ter* dell'art. 495 c.p.p. riconosce il diritto al nuovo esame non «alla parte» o al «difensore e al pubblico ministero», ma «alla parte *che vi ha interesse*».

Alla formulazione che compare nelle norme sulle prove se ne è sostituita un'altra, che utilizza il concetto di «interesse», tradizionalmente estraneo alle disposizioni sulle prove, familiare invece in altri ambiti (impugnazioni, nullità).

Il quarto comma dell'art. 568 c.p.p. prevede che «per proporre impugnazione è necessario avervi interesse». L'individuazione dell'esatto significato del concetto di interesse può essere in alcuni casi facilissimo, in altri meno agevole. È comunque chiaro il nucleo del concetto, che richiede «concretezza» e «attualità»¹¹¹.

Non è scontato che nel nuovo comma 4 *ter* il termine vada inteso come nell'art. 568 c.p.p., avendo un oggetto del tutto differente¹¹². Non si può però

¹¹¹ Tra le ultime Cass., sez. III, 12 gennaio 2023, n. 6738, Rv 284357. Sul tema v. DIDI, *L'impugnazione per gli interessi civili*, Padova, 2011, 93 ss..

¹¹² Come ha scritto TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 111 «quando in un documento legislativo un vocabolo ricorre in una accezione tecnicizzata, non è consolidata la presunzione che anche in tutti gli altri documenti legislativi dello stesso sistema il vocabolo ricorra nella stessa accezione tecnicizzata. In altre parole, non è consolidata la presunzione della costanza terminologica del legislatore nella tecnicizzazione dei vocaboli impiegati. Si manifesta talvolta in dottrina la tendenza a presumere implicitamente la costanza terminologica del legislatore, ma questa tendenza dottrinale non si è mai potuta

escludere che qualche interprete sia incline a servirsi degli schemi più familiari. Ed è così possibile ipotizzare una duplice soluzione: legittimata alla richiesta del nuovo esame potrebbe essere la sola parte in grado di dimostrare l'effettiva utilità della nuova escussione, ossia la sua rilevanza e non superfluità (potendo dunque il giudice respingere l'istanza nel caso in cui non ritenesse assolto l'onere dimostrativo), oppure quella che rivendichi un'utilità meramente potenziale, ipotetica¹¹³. È però chiaro che questa seconda soluzione porta a dissolvere la condizione che sembra essere posta e, in tal caso, non si spiega la ragione per la quale il legislatore non abbia usato la consueta formula «parte».

Le ambiguità del legislatore, più o meno volute, non fanno altro che rimettere nelle mani della giurisprudenza la soluzione del problema. Ed è sufficiente leggere quanto riportato nella *Relazione del Massimario* per avvedersi che il problema sia tutt'altro che teorico e che il principio di legalità processuale – sinché l'attività legislativa procede in questo modo – sarà sempre più in pericolo: «bisognerà sul punto verificare come si orienterà la prassi giurisprudenziale e se vi siano ancora margini interpretativi per ritenere che, in una tale evenienza, un vaglio giudiziale sia pur sempre necessario e che la parte abbia l'onere di dimostrare di avere alla rinnovazione un effettivo “interesse”; se insomma, sia possibile non disperdere le indicazioni anche operative elaborate dal massimo organo di nomofilachia su come la rinnovazione debba avvenire»¹¹⁴.

Naturalmente il giudizio sull'«interesse», ossia sulla rilevanza e non superfluità dell'esame, dipende dal contenuto del fascicolo del dibattimento a disposizione del nuovo giudice. Che siano presenti, o meno, i verbali del precedente dibattimento non è certo irrilevante. Ma su questo punto il legislatore tace. Inevitabilmente, si potrebbe aggiungere. Come visto, aveva immaginato la prosecuzione del dibattimento innanzi al nuovo giudice con il fascicolo dibattimentale già formato, con i verbali del precedente dibattimento a disposizione, come se nulla fosse accaduto, come se il secondo comma dell'art. 525 c.p.p. non esistesse.

Per lo stesso motivo non ha in alcun modo regolato la questione del valore probatorio da attribuire ai verbali del dibattimento che si è svolto innanzi al

tradurre in prassi applicativa perché urta contro una barriera costituita da risultati di insensatezza che verrebbero attribuiti a taluni enunciati legislativi».

¹¹³ Si pone il problema APRATI, *Riforma Cartabia*, cit., 1206, la quale sembra propendere in «assenza di indicazioni sul punto», per la prima soluzione, ossia quella dell'«interesse concreto».

¹¹⁴ Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, *Relazione*, cit., 131.

giudice sostituito (né, fatalmente, della modalità con cui questi confluiscono – se confluiscono – nel nuovo fascicolo).

Oltre ad indicare il momento processuale dal quale riprendere (i.e. il significato del concetto di «rinnovazione del dibattimento»), la riforma avrebbe potuto interpolare la c.d. parte statica del codice, per esempio introducendo un nuovo comma nell’art. 238 c.p.p. che prevedesse il valore di prova di quei verbali. In alternativa, optando per una modifica alla parte dinamica, avrebbe potuto inserire alla lettera e) del primo comma dell’art. 431 c.p.p., la prescrizione secondo cui vanno inseriti nel fascicolo del dibattimento, oltre a «i verbali degli atti assunti nell’incidente probatorio», anche «i verbali degli atti assunti innanzi al giudice del dibattimento sostituito». Ma così non ha fatto.

Il presupposto della riforma Cartabia, probabilmente, è l’esegesi delle Sezioni unite del 2019, le quali avevano puntualizzato che «i verbali di dichiarazioni rese dai testimoni in dibattimento dinanzi a giudice in composizione successivamente mutata, fanno legittimamente parte del fascicolo del dibattimento (dove non “confluiscono”, bensì “permangono”)»¹¹⁵. Con questa pronuncia la Corte aveva infatti ricordato che «le Sezioni unite, con la sentenza Iannasso, hanno già rilevato che, secondo la giurisprudenza costituzionale (Corte Cost., n. 17 del 1994, e n. 99 del 1996), [...] i verbali delle prove assunte nella pregressa fase dibattimentale “fanno già parte del contenuto del fascicolo per il dibattimento a disposizione del nuovo giudice” e che quella fase “pur soggetta a rinnovazione conserva comunque il carattere di attività legittimamente compiuta”: di talché “non è irragionevole, né lesivo dei principi di oralità e immediatezza che la medesima, attraverso lo strumento della lettura (successivamente alla rinnovazione dell’istruzione dibattimentale) entri nel contraddittorio delle parti e venga recuperata ai fini della decisione”»¹¹⁶. Il duplice rinvio era corretto, la conclusione no.

Come si è visto¹¹⁷, la Corte costituzionale (a cui rinviavano le Sezioni unite Iannasso) aveva effettivamente sostenuto che i verbali dell’attività probatoria svolta innanzi al giudice sostituito fossero fisicamente presenti nel nuovo fascicolo del dibattimento, poiché il contenuto di questo fascicolo «non è cristallizzato in quello indicato nell’art. 431 del codice, ma è soggetto a notevoli variazioni, sia nella fase degli atti preliminari al dibattimento, sia, soprattutto, nel corso del dibattimento medesimo, e certamente si arricchisce del verbale delle prove assunte nella pregressa fase dibattimentale, la quale, pur soggetta a

¹¹⁵ Cass., sez. un., 30 maggio 2019, n. 41736, cit. (punto 9). Il corsivo è aggiunto.

¹¹⁶ Cass., sez. un., 30 maggio 2019, n. 41736, cit..

¹¹⁷ V. § 6.

rinnovazione per i motivi anzidetti, conserva comunque il carattere di attività legittimamente compiuta»¹¹⁸. Ma la conclusione non seguiva alle premesse.

È vero che il contenuto del fascicolo del dibattimento non è cristallizzato in quello indicato nell'art. 431 c.p.p., ma è soggetto a notevoli variazioni. Ma questa affermazione descrive *ciò che accade nell'ambito di un processo che si svolge secondo le modalità ordinarie*, ossia quello in cui il giudice che inizia il dibattimento coincide con quello che decide. Che valesse anche nella *non fisiologica* ipotesi - anzi, nella «evenienza meramente patologica», per usare le parole delle Sezioni unite del 2019¹¹⁹ - del nuovo dibattimento in cui il giudice è mutato, non era affatto scontato. Anzi. Tutte le norme previste per il dibattimento presuppongono che il giudice sia lo stesso¹²⁰. Il giudice che ammette le prove, quello che le assume, quello innanzi al quale si svolge la discussione, quello che decide è lo stesso giudice. Il secondo comma dell'art. 525 c.p.p. non fa altro che rendere manifesto questo assunto implicito, prevedendo una sanzione nei casi in cui questa presunzione non si sia concretizzata nella realtà del singolo processo.

L'affermazione secondo la quale «il fascicolo del dibattimento si forma progressivamente» è senz'altro corretta; ma si deve ricominciare dall'inizio quando «si deve procedere “alla integrale rinnovazione del dibattimento”», come la stessa Corte costituzionale, in osservanza dell'art. 525 c.p.p., espressamente prescriveva¹²¹: se si deve procedere all'integrale rinnovazione del dibattimento si deve tornare alla situazione originaria, e nel *nuovo* fascicolo del dibattimento ci potranno stare gli atti che possono essere inseriti in ogni fascicolo del dibattimento *prima* dell'inizio dell'istruttoria, ossia quelli indicati nell'art. 431 c.p.p.. Tra questi non c'erano prima della riforma Cartabia e non ci sono oggi i verbali del dibattimento che si è svolto innanzi al giudice sostituito.

È poi vero che col procedere dell'istruttoria questo fascicolo si arricchirà di altre prove, come ogni altro fascicolo del dibattimento. Ma affinché questa fisiologica attività possa avvenire, le parti dovranno indicare quali prove intendono acquisire. E prima ancora di argomentare sulla rilevanza e non superfluità, dovranno specificare a quale categoria del «catalogo legale dei mezzi di prova»¹²² appartiene la prova la cui ammissione viene chiesta: «testimonianza», «documento», «verbale di prove *di altri procedimenti*» etc.; i verbali di

¹¹⁸ Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 17, cit..

¹¹⁹ Cass., sez. un., 30 maggio 2019, n. 41736, cit. (§ 5.3).

¹²⁰ Salvo il nuovo comma 4 *ter* dell'art. 495 c.p.p., ovviamente all'epoca non in vigore.

¹²¹ Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 17, cit..

¹²² L'espressione è tratta da BONTEMPELLI, *L'efficacia della sentenza di assoluzione irrevocabile tra garanzie di autodifesa e "terzietà" del testimone*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 790.

prove *dello stesso procedimento* non sono menzionati da nessuna disposizione. La riforma Cartabia non ha mutato il quadro legislativo e anche oggi non esiste alcuna norma che legittimi l'acquisizione dei verbali di prove dello stesso procedimento, la cui ammissione è dunque preclusa. Nel caso in cui dovessero essere erroneamente introdotti, sarebbero inutilizzabili ex artt. 191, 526 c.p.p.¹²³.

Il discorso non cambia se si aggiunge che la «pregressa fase dibattimentale [...] conserva comunque il carattere di attività legittimamente compiuta»¹²⁴, come faceva la Corte nel 1994 sulla scorta di una pronuncia dell'anno precedente¹²⁵. Quell'attività è certamente legittima; ma un conto è dire che è legittima, altro è dire che quegli atti, in quanto legittimi, debbano stare nel fascicolo del nuovo dibattimento, che siano «prove», che siano utilizzabili per sovvertire la presunzione di non colpevolezza. Anche gli atti di indagine del pubblico ministero hanno il «carattere di attività legittimamente compiuta». Ma non per questo possono essere inseriti nel fascicolo del dibattimento ed essere utilizzati per la decisione. Affinché ciò sia possibile, serve una disposizione che consenta l'introduzione nel fascicolo dibattimentale. Ma questa disposizione non c'è.

Non è quindi corretto sostenere che i verbali dell'attività istruttoria che si è svolta innanzi al giudice sostituito debbano essere considerati presenti nel *nuovo* fascicolo del dibattimento, né che possano essere lì introdotti. Né ci si può servire degli argomenti formulati nel periodo antecedente alla riforma per sostenere il contrario.

S'era detto che, sebbene «né il Giudice delle leggi, né la Corte di cassazione abbiano chiarito il titolo giuridico con il quale i verbali in oggetto entrano a far parte del fascicolo per il nuovo dibattimento», è possibile ritenere che «la risposta più corretta, sul punto, pare quella che fa leva sull'art. 480 comma 2, in base al quale il verbale di udienza è inserito nel fascicolo per il dibattimento. È quindi attraverso il predetto verbale che l'attività dibattimentale svolta in precedenza entra nel fascicolo del rinnovato dibattimento ed è conoscibile dal giudice subentrato»¹²⁶. L'art. 480 c.p.p. – come ogni altra norma sul dibattimento – si riferisce infatti al fascicolo originario, e non al fascicolo con il qua-

¹²³ Sul legame tra i due articoli, v. DINACCI, *L'inutilizzabilità e il male captum bene retentum: vecchie superstizioni e nuove consapevolezza*, in *Arch. pen. web*, n. 2, 2023, 11. Sull'ambito di operatività del vizio, v. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2008, 48 ss..

¹²⁴ Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 17, cit..

¹²⁵ V. § 6.

¹²⁶ CONTI, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento: variazioni in tema di diritto alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 748 la quale riprende la posizione di POTETTI, *Note brevi*, cit., 1736. In senso analogo in giurisprudenza, Cass., sez. V, 17 dicembre 1997, n. 2414, cit..

le si inizia *ex novo* il dibattimento per evitare la sanzione prevista dal secondo comma dell'art. 525 c.p.p.

Per lo stesso motivo non si può sostenere che «soltanto una norma espressa potrebbe imporre di stralciare dal fascicolo i verbali della precedente escussione, che legittimamente vi sono stati inseriti. Tuttavia, come più volte si è detto, una disposizione del genere è assente nel codice che è del tutto ermetico in questa materia»¹²⁷. Vale il contrario: i verbali sono stati legittimamente inseriti nel fascicolo del dibattimento originario, non in quello formato *ex novo* in ragione del mutamento del giudice. E non è necessaria una «norma espressa» per estromettere i verbali dal fascicolo per l'ovvia ragione che i verbali nel nuovo fascicolo non devono esserci. Se si vuole far in modo che quei verbali siano inseriti nel nuovo fascicolo del dibattimento è necessario individuare una norma che ne consenta l'acquisizione. Ma questa norma non c'è.

Questa è la lettura corretta. È quella dalla quale si era iniziato prima dei giri di valzer della Corte costituzionale e delle Sezioni unite sin dagli anni Novanta: era l'interpretazione proposta dal tribunale di Trani, sezione distaccata di Corato, rimettente nel 1994¹²⁸. Dopo trent'anni, dopo il tanto atteso intervento del legislatore, si è ancora al punto di partenza.

Per intravedere qualcosa di nuovo ci si può solo rifare alla manipolazione con cui si è iniziato il paragrafo.

Servendosi dell'argomento apagogico si potrebbe sostenere che il comma 4 *ter* dell'art. 495 c.p.p. legittima – sia pure implicitamente – l'uso dei verbali del [precedente] dibattimento. Con questa (discutibile) operazione esegetica si potrebbe affermare che oggi, in caso di mutamento del giudice, il dibattimento debba essere rinnovato (così non fosse, la sentenza sarebbe affetta da nullità assoluta). Cosa debba intendersi per «rinnovazione del dibattimento», ossia quale segmento processuale dovrà essere nuovamente svolto, verrà deciso – come è stato per oltre trent'anni – dalla giurisprudenza. Quale che ne sia l'estensione, nel fascicolo del nuovo dibattimento non saranno inizialmente presenti atti diversi da quelli indicati nell'art. 431 c.p.p. Eventuali nuove prove

¹²⁷ CONTI, *Mutamento del giudice*, cit., 748.

¹²⁸ V. nota 6. Secondo questo giudice esistevano norme che permettevano l'introduzione sia di verbali di dichiarazioni rese in altri procedimenti, sia di verbali di dichiarazioni rese in incidente probatorio, ma non c'erano disposizioni che consentissero l'introduzione di verbali di dichiarazioni rese nello *stesso procedimento*. Da qui derivava l'incongruenza alla quale – secondo il rimettente – avrebbe dovuto porre rimedio la Corte costituzionale con una sentenza additiva (è il caso di notare che il rimettente non chiedeva alla Corte di prevedere la possibilità di acquisire al nuovo fascicolo i verbali delle dichiarazioni rese da tutte le persone sentite, ma solo *di quelle il cui esame non era più possibile*. L'accoglimento della questione così impostata avrebbe lasciato aperto il problema dell'acquisibilità dei verbali delle persone sentite innanzi al giudice sostituito il cui esame era possibile anche nel secondo dibattimento).

dovranno essere inserite su richiesta delle parti; tra queste ci potranno essere i verbali dell'istruttoria precedente. Nel caso (che dovrebbe essere ordinario) di videoregistrazione degli esami dibattimentali precedenti, le parti non avranno diritto a ottenere l'esame delle persone già sentite nel [precedente] dibattimento; il giudice¹²⁹, «sulla base di specifiche esigenze»¹³⁰, potrà però ritenere necessario un nuovo esame; nel caso (da ritenersi eccezionale) di omessa videoregistrazione, la parte che riuscirà a dimostrare di «avere interesse» potrà ottenere l'esame delle persone che hanno reso dichiarazioni nel precedente dibattimento «nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate». Anche in questo secondo caso il giudice, per le stesse ragioni di prima, potrà ritenere necessario un nuovo esame.

6.4 Principi, cause e rimedi. Anche dopo il tentativo di ricondurre a razionalità la nuova disciplina, restano forti perplessità.

Del nuovo comma 4 *ter* è stato detto che con esso il legislatore «accoglie, in buona sostanza, un suggerimento proveniente dalla Consulta. Il Giudice delle leggi - nella celebre sentenza n. 132 del 2019 (Corte cost. 132/2019) - ha, infatti, individuato nella videoregistrazione delle prove dichiarative uno strumento “compensativo” idoneo ad assicurare la correttezza della decisione, salvaguardando, contemporaneamente, l'efficienza dell'amministrazione della giustizia penale. Il che - è evidente - finisce per attribuire una sorta di “patente” di legittimità costituzionale *ex ante* al meccanismo ideato dal delegante - sulla base delle indicazioni maturate in seno alla Commissione Lattanzi - e ora sviluppato dal decreto legislativo in commento»¹³¹.

Fondatamente, è stato obiettato che la motivazione di quella sentenza non era certo vincolante¹³²; in ogni caso nella storia della giurisprudenza costituzionale

¹²⁹ Di regola quando si vuole consentire alle parti di sollecitare il giudice a esercitare un potere si usa la locuzione «anche d'ufficio» (si pensi, tra gli innumerevoli esempi, agli artt. 20, 21, 441, comma 5 o 507 c.p.p.). Nel comma 4 *ter* manca una simile espressione, come manca un inciso quale «anche su istanza di parte». Un'interpretazione letterale non pare lasciar spazio ad alternative, ma il risultato sembra essere davvero inaccettabile.

¹³⁰ Rileva DINACCI, *L'immutabilità del giudice*, cit., 7, che l'espressione evoca quella prevista «nel binario parallelo di cui all'art. 190 bis c.p.p. di cui sono ben note le limitazioni che ne derivano in termini di diritto alla prova e di difesa. [...] basti pensare che se il metro di giudizio della riassunzione della prova si parametrizza alla nozione di “specifiche esigenze” si costringe la parte che formula la richiesta ad anticipare temi di merito su cui deve vertere l'esame, esponendosi così al rischio processuale di vedere vanificata la stessa strategia. In sostanza, il diritto all'immediatezza passa attraverso il dovere di “esporre il fianco” alla controparte ed allo stesso dichiarante».

¹³¹ GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente*, cit., 62.

¹³² MANCUSO, *Le nuove dinamiche del giudizio*, cit., 826.

non sono mancate pronunce che, senza troppa difficoltà, e anzi dando fondo agli eufemismi, sono state «discutibili».

Per quanto riguarda lo specifico tema, la stessa Corte, nemmeno un decennio prima della sentenza del 2019, aveva ritenuto che «*il riesame del dichiarante, in presenza di una richiesta di parte, continui a rappresentare la regola [...] [la quale] nel processo penale costituisce uno dei profili del diritto alla prova, strumento necessario del diritto di azione e di difesa, da riconoscere lungo l'arco di tutto il complesso procedimento probatorio, quale diritto alla ricerca della prova, alla sua introduzione nel processo, alla partecipazione diretta alla sua acquisizione davanti al giudice terzo e imparziale, da ultimo alla sua valutazione ai fini della decisione da parte dello stesso giudice*»¹³³. E non si può certo affermare che i principi enunciati in questa sentenza siano stati, per così dire, superati dalla realtà, magari sostenendo che il Giudice delle leggi del 2019 argomentava in un mondo diverso rispetto a quello del 2010 – circostanza questa che potrebbe assumere rilievo¹³⁴: la possibilità di effettuare videoriprese non è frutto di una rivoluzione tecnologica degli ultimi quattro/cinque anni; già negli anni Novanta alcuni interpreti l'avevano proposta come soluzione al problema¹³⁵.

Ciò che sorprende è che le scelte legislative e le pronunce delle due più autorevoli Corti sono intervenute proprio negli anni in cui la giurisprudenza di legittimità ha mostrato una peculiare sensibilità per il principio di immediatezza.

Raramente si è assistito in un periodo tanto breve a così numerose pronunce del giudice nomofilattico sul principio di immediatezza, tanto valorizzato nel

¹³³ Corte cost., 10 giugno 2010, n. 205, cit..

¹³⁴ Come scrisse HOLMES, *La via del diritto*, in *Il diritto come profezia Il realismo americano: antologia di scritti*, a cura di Castignone, C. Faralli, M. Ripoli, Giappichelli, 2002, 70 «Attualmente, in moltissimi casi, se vogliamo sapere perché una regola giuridica ha assunto una forma determinata e, più o meno, se vogliamo addirittura sapere perché esiste, dobbiamo rivolgerci alla tradizione. La seguiamo negli *Year Books* e forse, al di là di essi, fin nelle consuetudini dei Franchi Sali; e in qualche luogo del passato, nelle foreste germaniche, nelle necessità dei re normanni, nelle pretese di una certa classe dominante, nell'assenza di idee generali, troviamo il motivo pratico di ciò che ora meglio si giustifica col semplice fatto della sua accettazione e con l'abitudine. Lo studio razionale del diritto è, in larga misura, studio della storia. La storia deve entrare in tale studio, poiché senza di ciò non potremmo comprendere l'esatta portata di norme che abbiamo il dovere di conoscere. Essa è parte dello studio razionale perché è il primo passo verso uno scetticismo illuminato, cioè verso un ponderato riesame del valore di quelle norme. [...] È rivoltante non poter dare ad una norma giustificazione migliore del fatto che è stata emanata al tempo di Enrico IV, ed è ancor più rivoltante che, sebbene i motivi per i quali è stata emanata siano svaniti nel tempo, sia ancora vigente per una cieca imitazione del passato».

¹³⁵ Si veda TREMOLADA, cit., 746, che nel 1995 anticipava la proposta della Corte costituzionale del 2019.

giudizio di appello. Le Sezioni unite sono state convocate per risolvere diverse questioni relative al ribaltamento di una sentenza di assoluzione in una di condanna¹³⁶, ma il presupposto di ogni argomentazione era comune: «“contraddittorio”, “oralità”, “immediatezza” nella formazione della prova e “motivazione” del giudice di merito sono entità strettamente correlate. Dal lato del giudice, la percezione diretta è il presupposto tendenzialmente indefettibile di una valutazione logica, razionale e completa. L'apporto informativo che deriva dalla diretta percezione della prova orale è condizione essenziale della correttezza e completezza del ragionamento sull'apprezzamento degli elementi di prova, tanto più in relazione all'accresciuto standard argomentativo imposto per la riforma di una sentenza assolutoria dalla regola del "ragionevole dubbio", che, come già osservato, si collega direttamente al principio della presunzione di innocenza»¹³⁷.

La circostanza che in quel caso già fosse stata emessa una sentenza di assoluzione non rende meno validi i principi enunciati: il giudice del dibattimento non è quello innanzi al quale l'imputato ha rinunciato al diritto alla formazione della prova, ma quello davanti al quale devono trovare la massima esplicitazione i diritti e le garanzie. Come ebbe a riconoscere persino una delle sentenze della Corte costituzionale degli anni Novanta che contribuì ad affossare l'impianto originario del codice Vassalli¹³⁸, ancor prima della riforma sul «giusto processo, «è manifestazione irrinunciabile del diritto di difesa che all'imputato sia assicurata la possibilità, salvo che egli stesso vi abbia rinunciato, di sottoporre al vaglio del contraddittorio le dichiarazioni che lo riguardano, in conformità al metodo di formazione dialettica della prova *davanti al giudice chiamato a decidere*»¹³⁹. D'altra parte, sotto il profilo sistematico, sarebbe sin-

¹³⁶ Come noto l'obbligo per il giudice dell'appello di procedere, anche d'ufficio, alla rinnovazione dibattimentale della prova dichiarativa nel caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un diverso apprezzamento dell'attendibilità di una dichiarazione ritenuta decisiva è stata prevista, in relazione a tutti i dichiaranti, a prescindere dalla loro qualità soggettiva; da Cass. sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, in *Cass. pen.*, 2016, 3203; tale obbligo è stato esteso anche in caso si fosse proceduto con rito abbreviato non condizionato da Cass., sez. un., 19 gennaio 2017, n.18620, in *Cass. pen.*, 2017, 2666 e anche nei casi in cui il dichiarante fosse un perito (Cass., sez. un. 28 gennaio 2019, n. 14426, in *Cass. pen.*, 2019, 3859) o la riforma concernesse le sole statuizioni civili Cass., sez. un., 28 gennaio 2021, n. 22065, in *Cass. pen.*, 2021, 4012.

È altrettanto noto che la riforma Cartabia ha interpolato l'art. 603 c.p.p. per limitare la regola della rinnovazione dell'istruttoria, introdotta dalla giurisprudenza e poi recepita dalla c.d. riforma Orlando, 4 luglio 2017, n. 103, escludendo l'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nei casi di rito abbreviato in cui non è stata svolta alcuna istruzione probatoria.

¹³⁷ Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, cit..

¹³⁸ Lo ricorda DINACCI, *Il contraddittorio per la prova*, cit., 97.

¹³⁹ Corte cost., 2 novembre n. 361, in *Cass. pen.*, 1999, 35 (il corsivo è aggiunto).

golare attribuire al giudice d'appello il potere di emettere una sentenza di condanna solo dopo aver percepito direttamente le parole della persona che ha reso dichiarazioni decisive, escludendo un analogo vincolo per il giudice di primo grado.

La squilibrio - ed anzi l'ingiustizia - è ancor più evidente se si analizza la causa del problema.

Nelle due pronunce della 2019 Corte costituzionale e Sezioni unite hanno concordato nel ritenere che fosse auspicabile l'introduzione di «presidi normativi volti a prevenire il possibile uso strumentale e dilatorio»¹⁴⁰ del diritto al nuovo esame del dichiarante. È sfuggito un punto. Il mutamento del giudice non è determinato dalla volontà dell'imputato, mentre è l'imputato a subirne le conseguenze. Non si verte nei casi in cui l'accusato, di propria iniziativa, crea una situazione la quale manda il sistema in corto circuito sfruttando in modo obliquo i meccanismi legislativi previsti, come accade nei casi di «reiterato avvicendamento di difensori - posto in essere in chiusura del dibattimento, secondo una strategia non giustificata da alcuna reale esigenza difensiva, ma con la sola funzione di ottenere una dilatazione dei tempi processuali con il conseguente effetto della declaratoria di estinzione dei reati per prescrizione»¹⁴¹. Nel caso del mutamento del giudice l'imputato *subisce* le conseguenze delle decisioni prese da - o dei fatti che riguardano - altri. Anziché individuare l'esatta causa del problema per poi indicare la ragionevole soluzione, le due Corti e il legislatore hanno rivolto l'attenzione su un tema inconferente (le «strategie difensive») per poi proporre un rimedio sbagliato (la sottrazione di diritti e garanzie).

Una disciplina che porta a ricominciare un dibattimento già iniziato innanzi ad un altro giudice non è un buon risultato per nessuno. Non lo è certamente per chi ha a cuore la «ragionevole durata del processo», l'efficienza della giustizia penale e le risorse pubbliche. Ma non lo è nemmeno per l'imputato e la difesa. Una volta mutato il giudice, anche la soluzione della nuova escussione avrebbe comunque rilevanti limiti strutturali.

La testimonianza è già, di per sé, prova infida e rischiosa, la cui previsione tra i mezzi di prova si basa su una serie di assunzioni sensate (la persona ha una

¹⁴⁰ Cass., sez. un., 30 maggio 2019, n. 41736, cit. (punto 8).

¹⁴¹ È la nota fattispecie decisa da Cass., sez. un., 29 settembre 2011, n.155, in *Cass. pen.*, 2012, 2410. La Corte, ravvisando un abuso delle facoltà processuali, inidoneo a legittimare ex post la proposizione di eccezioni di nullità, ha ritenuto che il diniego di termini a difesa, ovvero la concessione di termini ridotti rispetto a quelli previsti dall'art. 108, comma 1, c.p.p., non possono dar luogo ad alcuna nullità quando la relativa richiesta non risponda ad alcuna reale esigenza difensiva e l'effettivo esercizio del diritto alla difesa tecnica dell'imputato non abbia subito alcuna lesione o menomazione.

percezione corretta, una memoria ben funzionante, non intende ingannare), che nei singoli processi potrebbero non valere¹⁴². Procedere a un nuovo esame di una persona già escussa non limita i difetti del mezzo di prova. Anzi. La reiterata assunzione di informazioni dallo stesso soggetto rende la testimonianza ancor meno affidabile, per più motivi. Il primo è legato alla «logica della sorpresa»¹⁴³: «il vero è che ci si trova dinnanzi ad un atto per il quale valgono probabilmente rilievi in tutto analoghi a quelli prospettati da autorevole dottrina con riferimento alle ricognizioni: si tratta, nell'un caso come nell'altro, di operazioni il cui “autentico apporto cognitivo sta nell'originale”»¹⁴⁴: «l'atto ricognitorio psicologicamente autentico avviene una sola volta»¹⁴⁵. Si pensi «alla mimica che un confronto può assumere: quello che in un primo svolgimento dell'atto sarà segno di genuinità della prova, se mantenuto successivamente, trasformandosi in una riproduzione scenica, sarà piuttosto indice di scarsa attendibilità»¹⁴⁶. Il secondo è connesso alla «facilità con cui i ricordi possono essere distorti» e quella «con cui si possono creare ricordi falsi e illusori»¹⁴⁷. Uno dei fenomeni in grado di modificare il ricordo è «il cosiddetto effetto dell'informazione fuorviante (*misinformation effect*), per cui il ricordo di un avvenimento a cui si è realmente assistito viene modificato dal tipo di informazione verbale ricevuta successivamente, o dal tipo di domande che vengono rivolte al testimone. [...] Questo fenomeno è stato studiato [...] verificando il ruolo non solo dell'informazione fornita successivamente (*post-event information*) ma anche dell'informazione che può essere contenuta nelle domande che vengono fatte durante un colloquio o un interrogatorio (quella che in gergo viene chiamata intervista investigativa, *investigative interview*). Ed è stato visto che il contenuto delle domande può modificare in modo anche profondo il ricordo. Innanzitutto da tempo si sa che il contenuto delle domande può influenzare il resoconto di un testimone [...]. Si è visto poi che il contenuto delle domande modifica non solo il resoconto del momento, ma anche il ricordo successivo, ottenuto a distanza di tempo, in cui ciò a cui si è effettivamente assistito viene mescolato in memoria con quanto

¹⁴² Diritto alla partecipazione alla formazione della prova e oralità sono due strumenti che lo stato assicura all'innocente per tutelare la propria libertà. Il loro esercizio non fa però svanire i difetti di quella che rimane una prova insidiosa, il cui valore probatorio resta fondato sulla *fides*. Sul tema sia consentito il rinvio a PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 472.

¹⁴³ PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, Padova, 1995, 219.

¹⁴⁴ PERONI, *L'istruzione dibattimentale*, cit., 219.

¹⁴⁵ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 773.

¹⁴⁶ CALAMANDREI, voce *Immediatezza (principio di)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 150.

¹⁴⁷ MAZZONI, *Scienza cognitiva, memoria e psicologia della testimonianza: il loro contributo per la scienza e la prassi forense*, in *Sist. intell.*, agosto 2010, 189.

si è detto in seguito alle domande. Se uno ha assistito ad un incidente di auto, e nelle domande viene inserita la presenza di una persona che invece non c'era, è relativamente probabile che a distanza di tempo il testimone inserisca nel ricordo anche questa persona»¹⁴⁸.

Dopo l'introduzione del comma 4 *ter* nell'art. 495 c.p.p. «rinnovazione dell'esame» è un'espressione che appartiene al lessico del codice di procedura penale. Rischia di essere fuorviante, poiché non rappresenta fedelmente il fenomeno che vorrebbe regolare: come si è visto, «spesso l'esame incrociato di un dichiarante costituisce attività intrinsecamente irripetibile»¹⁴⁹ e non lo si può «rinnovare», come fosse un abbonamento dell'autobus.

L'irreparabile perdita di alcuni aspetti dell'immediatezza è il principale inconveniente, ma non è l'unico. Anche senza considerare il rapporto tra giudice e prove, la sostituzione del giudice implica la vanificazione di tutta una serie di attività già svolte. Tanto più complessa l'istruttoria, tanto più tardivo il momento della sostituzione, tanto maggiore sarà il lavoro disperso. Se anche si ipotizzasse la soluzione più discutibile - quella della sostituzione in corso di istruttoria senza rinnovazione - il nuovo giudice dovrebbe leggere svariate pagine o visionare i filmati delle precedenti udienze, attività che potrebbero richiedere giorni o settimane.

Il mutamento del giudice è, da tutti i punti di vista, un'evenienza che va assolutamente evitata.

Forse il legislatore nel 1988 ha omesso la regolamentazione della questione anche per questo: i casi di sostituzione sono stati ipotizzati come rarissimi e, quindi la soluzione poteva essere rimessa alla giurisprudenza la quale - comunque avesse risolto il problema - non avrebbe in concreto creato grandi inconvenienti, vista l'esiguità delle evenienze. Ed invece, già dai primi anni Novanta ci si è resi conto che «la prassi giudiziaria vede porsi, con maggior frequenza di quanto il legislatore non avesse, forse, pensato, il problema dell'utilizzabilità della prova orale, raccolta da giudici, i quali, per eventi naturali (malattia, morte) o a causa di provvedimenti amministrativi (trasferimento, pensionamento), vengono sostituiti da altri giudici - persone fisiche - differenti»¹⁵⁰. Quella che avrebbe dovuto essere una rara ipotesi patologica, non è più stata vista come un'eccezionalità. E anzi «dalla lettura della giurisprudenza si trae l'impressione che il mutamento del giudice sia un evento fisiologico e

¹⁴⁸ MAZZONI, *Scienza cognitiva*, cit., 183-184.

¹⁴⁹ CONTI, *Mutamento del giudice*, cit., 742.

¹⁵⁰ TREMOLADA, *Utilizzabilità della prova orale*, cit., 744.

privo di conseguenze pregiudizievoli»¹⁵¹. Ed in effetti non ne ha. Per il giudice sostituito. Ne ha per l'accusato e per l'interesse pubblico alla celere definizione dei processi. E qui stanno le ragioni per cui l'eccezione è diventata normalità. La salute dei giudici non è, tutto sommato, troppo diversa da quella degli altri esseri umani. La necessità di sostituzione in corso di dibattimento è solo in rari casi legata a ragioni imprevedibili (gravi malattie, decessi); le ipotesi di mutamento del giudice sono in larga parte dovute a cause, per così dire, dominabili dall'uomo. Il cambio di funzioni, lo spostamento di sezione o il trasferimento ad altra sede o ad altro ufficio non sono imprevedibili.

Ipotizzare i rimedi al problema non era difficile.

Anche in assenza di un intervento legislativo, sarebbe stato utile, adottare regole di matrice giurisprudenziale responsabilizzanti, diverse da quelle che si sono avute nei decenni: è chiaro che se si ritiene vigente una disciplina che permette di acquisire «il consenso preventivo» al cambio di giudice, una volta ottenuto - e talora le persone che emettono le sentenze sanno come ottenerlo¹⁵² - la questione della tutela dell'immediatezza svanisce. D'altra parte, se queste sollecitazioni non fossero andate a buon fine, la consapevolezza che nel nuovo dibattimento si potesse seguire la prassi del «conferma quanto precedentemente dichiarato?», una sorta di compiaciuta ritorsione per la difesa che aveva deciso di esercitare i propri diritti, avrebbe comunque alleggerito il peso della decisione di trasferirsi ad altra sezione o la scocciatura di prevedere un calendario di udienze plausibile.

L'eccezionalità è diventata normalità perché s'è percorsa - come è accaduto in altre occasioni¹⁵³ - la via della deresponsabilizzazione dei magistrati. I quali (*recte* i più avveduti dei quali) sanno benissimo che «la principale causa dell'inefficienza del sistema, e di tutte le diseconomie derivanti dalla ripetizione di acquisizioni testimoniali già acquisite, dipende da ragioni organizzative interne agli uffici giudiziari e, più in generale, dall'incapacità di gestire utilmente meccanismi gestionali certamente complessi, ma nei cui confronti il

¹⁵¹ CONTI, *Mutamento del giudice*, cit., 742.

¹⁵² Per questo motivo non sembrano irragionevoli i timori di chi stigmatizza la decisione del legislatore di consentire l'esame a distanza di periti, testimoni e consulenti sulla base del consenso (art. 496 comma 2 bis c.p.p.), soprattutto quando gli imputati sono assistiti da difensori d'ufficio (DEI CAS, *La partecipazione «parzialmente smaterializzata»: il grimaldello del consenso a favore dell'economia processuale*, in *Leg. pen.*, 24 aprile 2023, 29 e 32).

¹⁵³ Sotto questo aspetto, la questione ricorda il caso dell'omesso deposito della lista testimoniale da parte del pubblico ministero: la negligenza di una parte è fatta scontare all'altra. In un caso in termini di perdita di immediatezza; nell'altro di sacrificio dell'imparzialità del giudice. A fronte d'un ventaglio di soluzioni, si sceglie (la giurisprudenza sceglie) quella più deresponsabilizzante.

corpo magistratuale deve assumersi, senza alibi, adeguate responsabilità»¹⁵⁴.

Lì sta l'origine del problema e lì va ricercata la soluzione. Anche per i casi in cui il trasferimento non è legato alla volontà del magistrato, ma alla normativa.

Quanto al divieto per i magistrati giudicanti di permanere nella medesima posizione tabellare (o, per i pubblici ministeri, nello stesso gruppo di lavoro) per un periodo superiore a dieci anni, previsto dalla prima parte del primo comma dell'art. 19 del d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160, è lo stesso legislatore ad aver stabilito nella seconda parte della disposizione che «il Consiglio superiore può disporre la proroga dello svolgimento delle medesime funzioni limitatamente alle udienze preliminari già iniziate e per i procedimenti penali per i quali sia stato già dichiarato aperto il dibattimento, e per un periodo non superiore a due anni», aggiungendo al secondo comma dello stesso articolo che «nei due anni antecedenti la scadenza del termine di permanenza di cui al comma 1 ai magistrati non possono essere assegnati procedimenti la cui definizione non appare probabile entro il termine di permanenza nell'incarico». Purtroppo «la prassi evidenzia come le disposizioni summenzionate trovino una modesta, e sicuramente insufficiente applicazione»¹⁵⁵, e «così i problemi derivati dal trasferimento del giudice penale per i giudizi per cui sia stato già aperto il dibattimento (e disposto l'esame di testimoni), restano consegnati allo spontaneismo organizzativo dei dirigenti degli uffici»¹⁵⁶.

Anziché intervenire tanto goffamente sul codice di procedura penale, meglio avrebbe fatto il legislatore a modificare la normativa ordinamentale, mutando la «possibilità di proroga» in obbligo di permanenza. Si sarebbe certamente trattato di un'interpolazione complessa, ma almeno avrebbe affrontato una delle reali cause del problema.

Per quanto riguarda le volontarie richieste di trasferimento ad altra sezione, funzione, sede o ufficio, nomina ad incarico direttivo o semidirettivo o fuori ruolo, il problema si può porre drammaticamente, si può presentare, o può svanire, a seconda della sensibilità del singolo magistrato, più o meno incline a far prevalere l'interesse pubblico sul proprio, più o meno pronto a concludere i processi che gli sono stati assegnati prima dello spostamento. Capita così che, nell'ambito dello stesso distretto, anzi, dello stesso tribunale, un giudice si trasferisca: taluni lasciano al collega subentrante centinaia di fascicoli, altri una scrivania vuota. Purtroppo alla diversa laboriosità non corrisponde

¹⁵⁴ AGHINA, *Gli effetti del mutamento*, cit., 100.

¹⁵⁵ AGHINA, *Gli effetti del mutamento*, cit., 101.

¹⁵⁶ AGHINA, *Gli effetti del mutamento*, cit., 101.

una diversa valutazione professionale: i due magistrati, tanto diversi per indole e capacità, dedizione al lavoro ed etica professionale, saranno accomunati da una valutazione che celebra la mirabile «produttività superiore alla media»¹⁵⁷.

Ed il cuore del problema è, al fondo, lì. È lo stesso che si è tentato risolvere con la previsione dell'obbligo di calendarizzazione delle udienze: «la inefficienza dei controlli sulla professionalità, cui dovrebbero provvedere il Consiglio superiore della magistratura ed i Consigli giudiziari, ha prodotto un livellamento dei magistrati verso il basso»¹⁵⁸.

Si è visto come le due più autorevoli Corti, nel trattare quasi simultaneamente la questione del mutamento del giudice nel 2019, siano riuscite a stigmatizzare i comportamenti processuali dei difensori, troppo inclini a servirsi dell'«uso strumentale e dilatorio» del diritto all'immediatezza. Nessun *obiter dictum*, nessun monito al legislatore, nemmeno una parola, sulla necessità di intervenire sulle disposizioni e sulle interpretazioni che, quanto il diritto penale, si innestano nella disciplina del codice Vassalli, contribuendo a delineare il processo penale italiano. Ha poco senso trattare del principio del giudice naturale e delle regole per determinare la competenza, se si ignorano le disposizioni del «sistema tabellare». Ma agli occhi delle due Corti e del legislatore non è sembrato necessario rivolgere l'attenzione dove stava il cuore del problema. S'è evitato di evocare gli stereotipi sui magistrati, per poi non usare la stessa cortesia nei confronti dei difensori i quali non hanno alcuna parte nella genesi del problema. Dovrebbe invece essere chiaro che «sono i cattivi giudici che rendono efficaci le tattiche spregiudicate degli avvocati»¹⁵⁹, e «che per combattere le spregiudicatezze degli avvocati non occorre far deviare gli avvocati dai principi che reggono la loro professione, basta invece imporre ai giudici di non violare la prima norma della deontologia dei giudicanti [...]. L'incremento, e non la diminuzione dei controlli tecnici e deontologici sui magistrati, può rendere meno paganti le tattiche avvocatescche spregiudicate».

¹⁵⁷ V. le divertenti (per altri versi sconfortanti) osservazioni di ROMBOLI, *La professione del magistrato tra legislazione attuale e possibili riforme*, in *I magistrati e la sfida della professionalità*, a cura di Bruti Liberati, Milano, 2003, 15: «Pizzorusso mi ha ricordato recentemente la sua esperienza al Csm ed il fatto di essersi trovato spesso a leggere nei pareri sui magistrati espressi dai Consigli giudiziari, l'affermazione che ognuno dei magistrati valutati "era da ritenersi in assoluto il migliore di tutti gli altri" e Claudio Castelli ha rilevato come quasi tutti i pareri, contro ogni principio matematico, giudicano la produttività e la capacità del magistrato in questione "superiore alla media", osservando che "il magistrato medio deve essere un bel lavativo se tutti lo superano!"».

¹⁵⁸ FALCONE, *La professionalità e le professionalità* [1988], in Id., *Interventi (1982-1992)*, Firenze, 1994, 99. Più recentemente, v. VALENTINI, *Il Sistema e il processo penale*, in *Arch. pen web*, 2021, n. 1, 1.

¹⁵⁹ TARELLO, *Due interventi in tema di deontologia*, in *Mater. stor. cult. giur.*, 1982, 214.

Se quello che trent'anni fa appariva essere un modestissimo inconveniente è diventato oggi uno dei più accesi punti di scontro, è perché per tanti anni non si è voluto guardare alla causa del problema. Non è possibile risolvere una questione giuridica senza uno sguardo ideologico. Ma l'ideologia non deve offuscare la vista¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Viste le ragioni ispiratrici della riforma Cartabia, piuttosto mercantili (v. MAZZA, *Il processo che verrà*, cit., 2), è molto interessante lo sguardo d'un economista sulla questione del mutamento del giudice (come si vedrà, l'occhio prosaico dello studioso non indugia sulle sleali condotte degli avvocati, ma sulle cause del problema). Si riporta l'articolo di A. Ichino, *Misure per accelerare i processi a costo zero*, pubblicato sul *Sole 24 Ore* del 30 aprile 2010: nel mezzo di discussioni accese sui massimi sistemi per riformare la giustizia italiana, può essere utile soffermarsi anche su quei problemi tecnici urgenti le cui soluzioni avrebbero effetti positivi sensibili senza scatenare (almeno in un paese normale) contrapposizioni ideologiche "muro contro muro". Uno di questi problemi è il ritardo nei tempi della giustizia generato dai trasferimenti dei magistrati tra gli uffici. La durata dei processi che nella loro vita sono riassegnati a un giudice diverso da quello iniziale si allunga notevolmente fino a raddoppiare in alcuni tribunali italiani. [...] Quale azienda potrebbe permettersi che il trasferimento di un suo dipendente comporti ritardi di questa entità nei tempi di completamento dei compiti a lui affidati? L'effetto dei trasferimenti non ci sembra sia mai stato menzionato nell'acceso dibattito sul che cosa fare per ridurre l'abnorme durata dei processi in Italia. Eppure, una gestione migliore della mobilità dei giudici potrebbe arrivare a dimezzare il problema in modo molto più efficace e politicamente accettabile di altre proposte sul tappeto. Questa dovrebbe essere una priorità del nuovo Csm che tra breve i magistrati eleggeranno.

Ogni giudice italiano ha diritto a chiedere un trasferimento ogni tre anni. È ragionevole ipotizzare che questo "gioco delle sedie" abbia effetti tanto più indesiderabili quanto maggiore è il numero di giudici trasferiti ogni anno, quanto maggiore è il tempo necessario al giudice subentrante per chiudere ogni singolo processo rispetto al tempo che avrebbe impiegato il giudice originario e quanto maggiore è il carico pendente di ciascun magistrato trasferito. Per limitare i danni è quindi necessario agire su ciascuno di questi tre fronti.

Incominciando dall'ultimo, i nostri studi suggeriscono che una riduzione del carico pendente a parità di carico di lavoro complessivo si otterrebbe con un modo diverso di lavorare dei singoli giudici. Lavorando in modo sequenziale, ossia tenendo "meno pentole contemporaneamente sul fuoco", la durata media di tutti i processi si ridurrebbe per ogni giudice e il carico pendente trasferito a un eventuale sostituto sarebbe inferiore a parità di altre condizioni. Andrebbe poi valutata sperimentalmente la possibilità di ridurre le nuove assegnazioni a un giudice di cui sia certo il trasferimento in una data futura, in modo che questi possa concentrarsi sullo smaltimento dell'arretrato. Andrebbe anche presa in considerazione la possibilità di ritardare il suo trasferimento fino all'esaurimento del suo carico pendente.

Quand'anche, però, il carico pendente di un magistrato trasferito fosse ridotto al minimo possibile bisogna capire perché la durata di un singolo processo aumenti quando il suo giudice originario passa ad altro ufficio. Alcuni motivi di ritardo sono inevitabili in qualsiasi contesto organizzativo. Ma i "tempi morti" tra la partenza del giudice trasferito e l'arrivo del sostituto (i cosiddetti "ruoli congelati" a volte per più di un anno!) devono essere ridotti. Il problema deriva almeno in parte dal sistema concorsuale nazionale su cui è basato il reclutamento dei magistrati: un sistema che, oltre ad altri difetti, non assicura la possibilità di pianificare per tempo e con continuità la copertura dei posti divenuti vacanti per i pensionamenti. E questo ancor più negli anni recenti in cui la frequenza dei concorsi, per motivi a noi ignoti, si è notevolmente diminuita. Ma oltre a questo i "tempi morti" derivano anche dallo scarso coordinamento dei trasferimenti anche nei casi in cui nessun pensionamento entra in gioco.

Rimane infine il terzo ordine di problemi che riguarda il numero complessivo di trasferimenti. È evidente che le conseguenze negative dei trasferimenti si risolverebbero in un batter d'occhio se non si

7. Conclusioni: l'alternativa alla rinuncia ai diritti. Per come è stata data la soluzione alla questione del mutamento del giudice, non pare infondata l'idea che il legislatore abbia deciso di percorrere la strada della deflazione mediante le due possibili vie, quella della esasperata premialità dei riti alternativi, abbinata all'introduzione di istituti che dissolvono il processo di cognizione, e quella della riduzione delle garanzie per chi decide di percorrere la strada del rito ordinario.

Le altre modifiche alle disposizioni sul dibattimento operate dalla riforma Cartabia hanno un rilievo nullo (è il caso di quelle sull'illustrazione delle richieste di prove) o molto modesto (le norme sulla modifica dell'imputazione, la previsione del calendario delle udienze, la pur apprezzabile introduzione dell'obbligo di deposito anticipato della relazione di periti e consulenti).

Per il legislatore il dibattimento non sembra più essere il luogo del pieno riconoscimento dei diritti, la sede in cui l'imputato può, finalmente, rimediare all'ottica verificazionista dell'inquirente, introducendo prove e partecipando alla loro formazione alla presenza di colui il quale pronuncerà la sentenza. Il dibattimento è una sede secondaria del processo penale, un luogo in cui si svolgono attività marginali. Se l'imputato proprio non opta per altri (sempre più convenienti) percorsi, si può anche svolgere (la Costituzione, del resto, non lascia molto spazio a ipotesi di abrogazione). Ben sapendo però che l'epilogo processuale a cui si giunge per una via, oppure per l'altra, non è molto diverso. È questa la logica della riforma Cartabia: la ricostruzione del fatto al termine del dibattimento non è significativamente differente rispetto a quella che si ha alla conclusione delle indagini.

Nel momento in cui alla «sostenibilità dell'accusa in giudizio» è stato sostituito come criterio per l'esercizio dell'azione penale la «formulazione della ragionevole previsione di condanna», si è indirettamente affermato che le prove unilateralmente formate e quelle frutto della partecipazione delle parti sono sostanzialmente uguali; che la valutazione d'un soggetto terzo e imparziale non è troppo diversa da quella dell'organo che le ha formate ed ha elevato

facessero trasferimenti. Tuttavia, se da un lato una mobilità eccessiva dei magistrati è inopportuna, altrettanto inopportuna è una immobilità completa. In base a quale criterio è stato scelto il termine dei tre anni per poter chiedere un trasferimento? Non sarebbe preferibile un termine più lungo?

In conclusione, ci sembra necessario agire in tre modi: favorendo il lavoro sequenziale dei singoli giudici e lo smaltimento dei carichi pendenti prima del trasferimento, riducendo i "tempi morti" tra partenze e arrivi e valutando l'opportunità di allungare il periodo minimo di permanenza in un ufficio. Con questi tre interventi il Csm potrebbe ottenere risultati significativi per una riduzione della durata dei processi e per un miglioramento dell'efficienza della giustizia.

l'accusa; che il ruolo della difesa nel processo penale è, in ultima analisi, di secondo piano.

Una mirabile pronuncia della Corte costituzionale, quella che aveva trattato della questione di legittimità costituzionale dell'art. 125 disp. att. c.p.p. all'inizio degli anni Novanta, osservava come nel progetto preliminare l'art. 115 disp. att. c.p.p. disponesse che «il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione quando ritiene che gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sarebbero sufficienti al fine della condanna degli imputati», mentre con l'art. 125 del testo definitivo era stato previsto che «il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione quando ritiene l'infondatezza della notizia di reato perché gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio»¹⁶¹. Ricordava la Corte che la «primitiva formulazione della disposizione sollevò vivaci critiche, in particolare da parte del Consiglio superiore della magistratura e fu, perciò, modificata», a ragione. Era infatti «evidente che la formula iniziale comportava che all'oggetto proprio della valutazione del pubblico ministero circa i risultati delle indagini ai fini dell'esercizio, o no, dell'azione si sostituisse l'oggetto proprio della valutazione del giudice, che investe, appunto, la sufficienza delle prove per la condanna: e ciò in netta contraddizione con il fatto che, nel sistema del codice, quest'ultimo giudizio è frutto di un materiale probatorio da acquisire nel dibattimento»¹⁶². La regola che l'art. 125 disp. att. c.p.p. detta per il pubblico ministero - proseguiva il Giudice delle leggi - «consiste in una valutazione degli elementi acquisiti non più nella chiave dell'esito finale del processo, bensì nella chiave della loro attitudine a giustificare il rinvio a giudizio. Il quadro acquisitivo viene, cioè, valutato non nell'ottica del risultato dell'azione, ma in quella della superfluità o no dell'accertamento giudiziale, che è l'autentica prospettiva di un pubblico ministero, il quale, nel sistema, è la parte pubblica incaricata di instaurare il processo». La valutazione degli elementi acquisiti «diventa funzionale non alla condanna, bensì alla sostenibilità dell'accusa. Viene recuperata, in tal modo, *la provvisorietà del quadro acquisitivo e la prospettiva dinamica propria della fase*»¹⁶³.

Nel 2022 si è tornati alla formula ipotizzata in origine. Affinché al termine delle indagini il pubblico ministero possa essere in grado di formulare una «ragionevole previsione di condanna», dovrebbe riuscire a immaginare cosa accadrà nell'eventuale dibattimento, come condurrà il controesame il difen-

¹⁶¹ Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88, in *Cass. pen.* 1992, 249.

¹⁶² Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88, cit.

¹⁶³ Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88, cit. (il corsivo è aggiunto).

sore, quali domande rivolgerà ai dichiaranti già sentiti in fase di indagine, quali prove introdurrà, quali argomenti avanzerà durante la discussione, come il giudice valuterà le prove alla cui formazione avrà direttamente partecipato (o forse no). Compito impossibile, anche per il più sagace degli inquirenti.

Per modificare in tal modo il criterio per l'esercizio dell'azione penale si deve avere una misera considerazione del ruolo del difensore e del giudice, dell'oralità e del contraddittorio, dell'immediatezza e del diritto alla prova. Se già al termine delle indagini il pubblico ministero è in grado di formulare una «ragionevole previsione di condanna», a cosa serve il processo di cognizione¹⁶⁴?

È poi probabile - come notato da alcuni commentatori - che la modifica del criterio di esercizio dell'azione penale, con ogni probabilità, non avrà un grande rilievo pratico¹⁶⁵. Al pari del precedente parametro, assai vago (non potrebbe essere altrimenti), sarà applicato dai singoli magistrati in base alle loro diverse sensibilità. La nuova formulazione rivela però la visione che i riformatori hanno del dibattimento, un luogo in cui diritto alla prova e contraddittorio, partecipazione alla formazione della prova e oralità contano poco, perché fin dalle prime battute del procedimento è possibile formulare «una ragionevole previsione di condanna».

Non sorprende allora che questo stesso legislatore abbia introdotto il comma 4 *ter* nell'art. 495 c.p.p.. L'imputato che oggi decide di percorrere la via del

¹⁶⁴ Sono condivisibili le osservazioni di coloro i quali, ben distinguendo il tema della verifica dell'ipotesi nella fase delle indagini da quella nel giudizio, rilevano come le assoluzioni non possano essere considerate, di per sé, un sintomo di inefficienza del processo (MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *Arch. pen. web*, n. 2, 2022, 3; SIRACUSANO, *Produttività, efficienza ed efficacia della giustizia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 179).

¹⁶⁵ FERRUA, *Brevi appunti in tema di udienza preliminare, appello e improcedibilità*, in *Discrimen*, 9 dicembre 2021, 2; SPATARO, *La selezione delle priorità nell'esercizio dell'azione penale: la criticabile scelta adottata con la Legge 27 settembre 2021, n. 134*, in *Quest. giust.*, 26 settembre 2022, 2, nota 2, secondo il quale «attraverso questa previsione, si intende evitare giudizi superflui o inutili, mediante una più approfondita prognosi di condanna per il rinvio a giudizio. In realtà, ad avviso di chi scrive, si tratta di previsione inutile, di natura sostanzialmente lessicale. Attualmente, in luogo del principio citato, vige quello di richiesta di archiviazione da parte del PM e di obbligo di proscioglimento da parte del giudice, quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti o non idonei a sostenere l'accusa in giudizio. Le due previsioni, pur se lessicalmente diverse, hanno lo stesso contenuto, essendo evidente che la possibilità di sostenere l'accusa in giudizio si fonda (o dovrebbe fondarsi) - per il pm - sulla ragionevole previsione dell'accoglimento della propria richiesta di condanna. Ed il ragionamento, con le ovvie differenze, si adatta anche al giudice che deve disporre o meno il rinvio a giudizio. Detto questo, pur se sostanzialmente ultroneo, può però essere accolto l'invito istituzionale ad una valutazione più rigorosa degli elementi di prova disponibili, che include anche un maggiore sforzo del P.M. di acquisizione probatoria durante la fase delle indagini, senza alcuna concessione alla errata logica di quei magistrati che ritengono di poterla rinviare al dibattimento».

giudizio ordinario rinuncia a servirsi di istituti che dissolvono la cognizione penale o garantiscono mirabolanti riduzioni di pena. Sembra quasi che il rifiuto della generosa offerta - l'accusato avrebbe potuto ottenere una sentenza di proscioglimento svolgendo «qualche lavoretto per i parchi o le strade comunali»¹⁶⁶ - lo renda meritevole d'un trattamento processuale deteriore. Traspare dalla riforma Cartabia il fastidio che il legislatore prova nei confronti d'un imputato che, potendo beneficiare d'un procedimento che riduce la pena della metà per i delitti e di due terzi per le contravvenzioni¹⁶⁷, decide di dar fondo alle risorse pubbliche facendo allestire un dibattimento non necessario; non è certo per questo individuo che sarà irrigidita la disciplina sul cambio di funzioni, lo spostamento di sezione o il trasferimento ad altro ufficio dei magistrati.

Diritti e garanzie vanno riconosciuti affinché sia possibile presumere, al termine del processo, che la dichiarazione di colpevolezza sia vera¹⁶⁸. Il dibattimento è la fase di massima esplicitazione di questi diritti, ma nella visione dell'odierno legislatore non sembra aver altra funzione che quella di collegare udienza preliminare e giudizio d'appello¹⁶⁹.

¹⁶⁶ L'espressione è tratta da VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1305.

¹⁶⁷ L'attuale disciplina prevede per gli accusati di delitti puniti con la pena dell'ergastolo il divieto di accedere al giudizio abbreviato (comma 1 *bis* dell'art. 438 c.p.p.); questi imputati non possono beneficiare della rilevatissima riduzione di pena (1/3+1/6=3/6) che garantisce il rito nel caso di mancata impugnazione della sentenza di condanna.

Alcune aggravanti sono previste con formule vaghe, con confini incerti. Secondo il costante orientamento giurisprudenziale, per esempio, il motivo «è valutato come abietto, sulla base di un parametro etico - da individuarsi secondo le valutazioni medie della collettività in un certo momento storico -, quando è turpe e ignobile, e rivela nell'agente un grado tale di perversità da destare un profondo senso di ripugnanza in ogni persona di media moralità, ovvero quando è spregevole o vile, e provoca repulsione ed è ingiustificabile, per la sua abnormità, per la maggioranza dei cittadini, tenuto anche in considerazione l'ambiente nel quale il reo vive» (Cass., sez. I, 16 luglio 2019, n. 38208, *Dir. & Giust.* 2019, 17 settembre); si ha invece un «motivo futile» «quando l'impulso che ha indotto a delinquere manca di quel minimo di consistenza e di spessore qualitativo che la coscienza collettiva esige per operare un collegamento logico con l'azione commessa» (Cass., 14 maggio 2010, n. 35606, in *Foro it.* 2010, 12, II, 628).

La vaghezza di questi concetti, unita agli squilibri causati dalle recenti scelte legislative in ambito processuale, conduce all'exasperazione della (in una certa misura fisiologica) discrezionalità del giudice il quale - senza troppa difficoltà nel motivare il giudizio di sussistenza o di esclusione di un'aggravante - potrà condannare l'imputato di un omicidio alla pena dell'ergastolo oppure di poco più di dieci anni di reclusione (al netto di eventuali ulteriori riduzioni di pena non connesse a scelte processuali).

¹⁶⁸ Sia consentito il rinvio a PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 7.

¹⁶⁹ Al riguardo v. MAZZA, *Ideologie della riforma Cartabia: la procedura penale del nemico*, in *Dir. pen. e proc.*, 2023, 4, 481: «il processo più breve è quello che non si celebra, da qui la fuga incentivata dalla cognizione giurisdizionale e dai giudizi di impugnazione, mentre la difesa e il difensore che ambiscono ad esercitare le loro prerogative costituzionali sono intesi quali nemici dell'efficienza e vanno, di conseguenza, limitati, facendo ricorso allo strumentario da tempo sperimentato in giurisprudenza, composto

da vuoti e rigorosi formalismi, oneri del tutto ingiustificati, termini giugulatori, decadenze, inammissibilità».