

**CONFRONTO DI IDEE SU:
Modello processuale penale europeo
e resistenze interne**

FRANCESCO TRAPELLA

**Immediatezza cedevole, conoscenza della prova
e attribuzioni del giudice che sentenza**

L'Autore esamina il tema dei rapporti tra le parti e il giudice nel procedimento di acquisizione della prova, cogliendo le differenze tra gli orientamenti europei e quelli interni in punto di giusto processo. Con un maggiore grado di precisione, il contributo mira ad approfondire il modo in cui le corti domestiche pretendano di applicare, a livello nazionale, le indicazioni provenienti da Strasburgo o dall'Unione europea e finiscano per stravolgerle, creando precetti del tutto nuovi e, talora, sconosciuti sia all'elaborazione giurisprudenziale d'oltre confine, sia alla corretta esegesi del codice di rito.

Soft immediacy, knowledge of the evidence and attributions of deciding judge

The Author examines the relations between parties and judge during the acquisition of the evidence and captures the differences between European and National jurisprudential guidelines on the fair trial. With a greater degree of precision, the Author aims to investigate the way in which domestic Courts claim to apply, at national level, the indications coming from Strasbourg Court or from European Union; internal judges distort the European guidelines and create new precepts, unknown to the international jurisprudence and to the correct exegesis of the Italian criminal procedure code.

SOMMARIO: 1. Immediatezza cedevole: *Dan* contro *Bajrami*. - 2. Conoscenza della prova e oralità: da *Kostovski* alle *inventiones* su lettura e incidente probatorio. - 3. Le attribuzioni del giudice che sentenza, ovvero il rapporto con le parti nel contrasto tra diritto nazionale e principi europei.

1. *Immediatezza cedevole. Dan contro Bajrami.* Sui temi dell'equità processuale si gioca lo scontro tra Italia ed Europa: meglio ancora, lo si combatte sul crinale tra le garanzie individuali e il pubblico interesse all'accertamento¹; proprio evocando un tale fattore, la giurisprudenza nostrana ha esaltato concetti come l'efficienza, la conservazione degli atti giuridici o la ragionevole durata del giudizio, talora in direzioni discutibili, a detrimento delle prerogative delle parti².

Buoni esempi di una tale conflittualità emergono dal confronto tra gli orientamenti interni e quelli sovranazionali in punto di immediatezza: pur nell'apparente semplicità della nozione - di principio, cioè, che segna il diret-

¹ Proprio su questi aspetti, LA ROCCA, *Quale immediatezza, ora?*, in *questa Rivista*, 2020, 743 che riferisce di un «abbandono degli schemi del codice dell'88» e di una «nuova stagione antigarantista, inaugurata dalla Corte costituzionale» con la nota pronuncia n. 132 del 2019.

² Come ben sottolinea NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, in *questa Rivista*, 2019, 411 a proposito dello svuotamento delle garanzie di equità processuale, operato anche dalla Consulta, con evidenza preoccupati di salvaguardare esigenze - diremmo - pragmatiche.

to contatto tra la prova e il giudicante, oltre alla continuità spazio-temporale tra dibattimento e decisione – si tratta di apprezzarne i rapporti con il canone del *fair trial* e le necessarie implicazioni che derivano a seconda dell'interesse cui il sistema voglia informare la scena processuale³.

La premessa consente di impostare in modo corretto il discorso, che guarderà ad alcuni casi recenti, tratti ora dal diritto europeo, ora da quello nazionale. Il primo: *Dan c. Moldavia (2)*⁴. La Corte edu condannava l'autorità moldava per non essersi conformata appieno alla decisione che, nel 2011⁵, si pronunciava sul medesimo caso e censurava i giudici nazionali per avere ribaltato, in appello, una sentenza assolutoria, limitandosi a valutare le dichiarazioni testimoniali raccolte in primo grado, senza rinnovarle⁶. Nel *sequitur*, la corte interna, pur chiamata dai colleghi europei ad uniformarsi alla sentenza alsaziana, si accontentava di sentire solo tre testimoni su sette, essendo gli altri quattro irreperibili. Ciononostante, condannava l'imputato, avvalendosi sia dei contributi dei dichiaranti rimasti assenti, sia delle risultanze di un filmato che, comunque, non poteva essere visionato dai nuovi decidenti, poiché non più disponibile.

³ La questione è nota da tempo: si tratta di comprendere se sia accettabile concepire un imputato in balia di un'autorità statale che impiega il processo per la realizzazione di obiettivi politici contingenti, come già rimarcava BETTIOL, *Istituzioni di diritto e di procedura penale. Corso di lezioni per gli studenti di scienze politiche*, Padova, 1966, 179.

⁴ Corte EDU, 10 novembre 2020, *Dan c. Moldavia (2)*. Il testo della decisione è integralmente reperibile su www.processopenaleegiustizia.it.

Utili approfondimenti sulla pronuncia, in GAETA, *Quando l'assoluzione viene riformata in condanna: le regole minime europee su prove e regole di giudizio nelle impugnazioni penali*, in *questa Rivista*, 2020, 687; GAITO, *Ancora alla ricerca di un passaggio a Nord-Ovest... oltre il giudizio d'appello*, in *questa Rivista*, 2020, 731 ss.; GIUNCHEDI, *In claris non fit interpretatio. "Dan c. Moldavia 2" impone rinnovazioni effettive*, in *questa Rivista*, 2020, 699; LA ROCCA, *Quale immediatezza, ora?*, cit., 743; MANGIARACINA, *Dan v. Moldavia 2: la rinnovazione in appello tra itinerari sperimentati e cedimenti silenziosi*, in *questa Rivista*, 2020, 711 ss.

⁵ Corte EDU, 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*, per cui v. GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio di appello. L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il p.m. impugna l'assoluzione*, in *questa Rivista*, 2012, 349.

⁶ Il tema è ancora di attualità per il nostro Paese: guardando alla L. 27 settembre 2021, n. 134 (c.d. riforma Cartabia), all'art. 1, co. 13, lett. *l*) è prevista una modifica dell'art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p. proprio sulla scorta dei precedenti strasburghesi esaminati in queste pagine. Si legge, infatti, che la norma codicistica va modificata dai decreti delegati nel senso di prevedere che, «nel caso di appello contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale sia limitata ai soli casi di prove dichiarative assunte in udienza nel corso del giudizio di primo grado».

Nell'esaminare il caso, la Corte europea riprende concetti noti al cultore della giurisprudenza di Strasburgo ed esprime, ancora una volta, il dato – in sé semplicissimo, ma di capitale importanza – che occorre assicurare l'effettività dei diritti: la Convenzione non manifesta posizioni teoriche, ma punta a garantire l'imputato nel concreto della propria situazione processuale. Gli aggettivi *practical* ed *effective*, riferiti alla tutela dell'equità nel giudizio, sono ritor-nanti in questa essenziale premessa⁷.

L'art. 6 C.E.D.U. esige che le parti riescano ad articolare le proprie tesi e a dimostrarle; il giudice, dal canto suo, dovrà offrire adeguata motivazione sui punti evocati nel dibattimento⁸.

Dall'assunto discende che, per rendere una condanna, ogni prova a carico sia stata acquisita alla presenza della difesa, in pubblica udienza e nel contraddittorio⁹; eccezioni alla regola sono possibili quando non rechino danno ai diritti dell'imputato, al quale, nel caso, vanno assicurati fattori compensativi secondo la logica – nota alla Corte – del *counterbalancing*¹⁰.

Esattamente in tal contesto si apprezza il principio di immediatezza, definibile – secondo i giudici europei – come «la possibilità per l'accusato di confrontarsi con i testimoni alla presenza del giudice che, da ultimo, deciderà sul caso»¹¹; tale evenienza rileva per le sorti del processo, atteso che – prosegue la Corte – «l'osservazione giudiziale del comportamento e della credibilità del dichiarante può produrre importanti conseguenze per l'imputato»¹²; proprio per questo un cambio nella composizione del collegio giudicante dopo che

⁷ Così, la pronuncia in commento, §47. Per analogo rilievo, Corte EDU, Grande Camera, 12 febbraio 2004, *Perez c. Francia*, §80.

⁸ Sul punto, anche Corte EDU, 9 dicembre 1994, *Ruiz Torija c. Spagna*, §§29-30 o, più recente, Corte EDU, Grande Camera, 11 luglio 2017, *Moreira Ferreira c. Portogallo (2)*, §84.

⁹ Guardando al nostro Paese, cfr. Corte EDU, 27 febbraio 2001, *Lucà c. Italia*, §§39-40.

¹⁰ Ci si riferisce ovviamente al vaglio sostanziale cui sono chiamati i giudici interni, che debbono appa-recchiare misure volte a rimediare eventuali violazioni del contraddittorio o lesioni del diritto di difesa, occorse in precedenza ai danni dell'imputato.

In tema, CENTAMORE, *L'applicazione dei principi dell'art. 6 C.E.D.U. in materia di riqualificazione giuridica del fatto: fra orientamenti tradizionali e "nuove" prospettive*, in www.penalecontemporaneo.it e DANIELE, *Habeas corpus. Manipolazioni di una garanzia*, Torino, 2017, 155.

¹¹ Traduzione di chi scrive. Il testo originale, al §51 della pronuncia in nota: «*the possibility for the accused to be confronted with a witness in the presence of the judge(s) who will ultimately decide the case*».

¹² Ancora una volta, traduzione di chi scrive; si riporta il testo originale: «*the observations made by the court about the demeanour and credibility of a witness may have important consequences for the accused*».

sia stato sentito un «*important witness*» impone di riascoltarlo davanti al nuovo decisore¹³.

Una parentesi merita la locuzione appena evidenziata in corsivo e che, apposta, s'è lasciata nella resa ufficiale della pronuncia: la giurisprudenza della Grande Europa di frequente richiama l'importanza, il peso o, meglio ancora, la decisività della prova¹⁴.

L'evidenza viene testata, apprezzandone il valore ai fini della sentenza ed osservandose gli argomenti addotti dal giudice nazionale reggano anche senza il contributo esaminato¹⁵: l'operazione è una accostabile alle prove di resistenza, talora compiute pure a livello interno¹⁶ e, mancando un'esplicita indicazione dei criteri che conducono la Corte strasburghese a conferire ad una prova lo *status* di decisiva, soffre dei limiti propri di tutti quei meccanismi che pretendono di tradurre in somma algebrica un ragionamento, invece, articolato, ricco di sfumature e difficilmente catalogabile entro schemi predefiniti, com'è quello compiuto dal giudice all'atto del decidere¹⁷.

Sono varie le occasioni¹⁸ - e *Dan (2)* è solo una di esse¹⁹ - in cui il criterio è applicato per censurare la parte motiva della condanna nazionale, almeno quando non spiega quale sia stato il peso assegnato a ciascun contributo valutato per riformare l'assoluzione resa in prime cure.

Ne deriva un principio, peraltro ribadito da un arresto ancora più recente, *Maestri e altri c. Italia*²⁰, nel quale il decisore interno veniva censurato per non

¹³ Recente, sul punto, Corte EDU, 12 marzo 2020, *Chernika c. Ucraina*, §47.

¹⁴ Utili approfondimenti su questi aspetti in VALENTINI, *La prova decisiva*, Padova, 2012, 24.

¹⁵ Parla di «un'operazione di sottrazione, testando la resistenza del materiale probatorio restante» SELVAGGI, *Il valore probatorio delle dichiarazioni irripetibili*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo, Kistoris, Torino, 2008, 378.

¹⁶ Quando la Cassazione valuta se «la motivazione “resta in piedi” nonostante l'eliminazione dell'elemento viziato», secondo la definizione di CONTI, *Annullamento per violazione di legge in tema di ammissione, acquisizione e valutazione delle prove: le variabili giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2013, 485.

¹⁷ Chi scrive si è già espresso criticamente rispetto a questo *modus decidendi*: sia, così, consentito rinviare a TRAPELLA, *L'acquisizione della prova dichiarativa. Il rapporto tra giudice e parti*, Pisa, 2021, 46.

¹⁸ Corte EDU, Grande Camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*.

¹⁹ §§63-68.

²⁰ Corte EDU, 8 luglio 2021, *Maestri c. Italia* il cui testo è disponibile sul sito della rivista www.processopenaleegustizia.it.

avere esaminato gli imputati, pur essendo il loro ascolto decisivo visto che i fatti erano ricostruiti allo stesso modo in entrambi i gradi del merito²¹.

E, allora, qualora il giudice dell'appello non sia persuaso dei ragionamenti che portavano il collega di grado precedente ad assolvere l'imputato, non può negare alla difesa il confronto diretto con quei testimoni i cui *dicta* si rivelano determinanti a mutare l'esito del decidere²², né può privare l'imputato del suo diritto ad esprimersi: questo si articola non tanto nella possibilità di rendere dichiarazioni spontanee - che, come rileva la Corte europea in *Maestri*, nemmeno sono un mezzo di prova²³ -, quanto piuttosto nella facoltà di chiarire la propria posizione in una relazione diretta con gli altri comprimari sulla scena processuale: il giudice e le parti antagoniste.

Con altre parole, diviene dirimente l'apprezzamento dei rapporti tra le parti e, quindi, di un equilibrio capace di consegnare alla difesa ampi spazi per esprimersi, anche superando eventuali, precedenti limitazioni del contraddittorio e, in questo, torna il discorso dei fattori di compensazione, sempre presente nell'argomentare della Corte europea²⁴.

Per altro verso, l'obiettivo di equità vagheggiato dalle opinioni strasburghesi sin qui considerate è raggiungibile solo a patto che i giudici nazionali sappiano condurre un ordinato esame delle risultanze disponibili e ne rendano conto nella parte motiva²⁵.

²¹ Quasi un decennio prima di *Maestri*, esaminava la questione della decisività dell'esame dell'imputato VALENTINI, *La prova decisiva*, cit., 118.

²² In questa precisa direzione, Corte EDU, 5 luglio 2016, *Lazu c. Moldavia* o Corte EDU, 4 giugno 2013, *Hanu c. Romania*.

²³ La Corte smentisce un *refrain* tipico delle aule di giustizia nostrane, quello dell'equivalenza tra esame dell'imputato e spontanee dichiarazioni. In tema, AMODIO, *Un link azzardato: dichiarazioni spontanee ed esame dell'imputato*, in www.sistemapenale.it.

²⁴ Ben s'intende, allora, la ragione per la quale, sviluppando questi argomenti (§53 della pronuncia annotata), la Corte rievocò Corte EDU, Grande Camera, 15 dicembre 2011, *Al Khawaja e Taery c. Regno Unito*, §119 e, di nuovo, *Schatschaschwili*.

Su questi precedenti, BALSAMO, *La corte di Strasburgo e i testimoni assenti: gli sviluppi del "nuovo corso" avviato dalla sentenza Al-Khayaja*, in *Cass. pen.*, 2013, 2837; CASIRAGHI, *Testimoni assenti: la Grande Camera ridefinisce la regola della "prova unica o determinante"*, in *Cass. pen.*, 2012, 3315; DANIELE, *Norme processuali convenzionali e margine di apprezzamento nazionale*, in *Cass. Pen.*, 2015, 1690; FERRUA, *Quattro fallacie in tema di prova*, in www.processopenaleegiustizia.it.

²⁵ Su questo concetto si concentra la *concurring opinion* dei giudici Bardsen, Kjølbro e Bošnjak che richiamano vari precedenti della Corte: tra di essi, Corte EDU, 15 febbraio 2007, *Boldea c. Romania* o Corte EDU, 16 dicembre 1992, *Hadjianastassiou c. Grecia*.

Il nitore nell'esposizione giudiziale consente, poi, di avere traccia delle garanzie assicurate alla difesa nell'ipotesi in cui si sia reso opportuno bilanciare alcuni frangenti di svantaggio, al fine di ricondurre ad equità il giudizio.

Con sintesi - e raggiungendo, così, una prima conclusione -, il decisore non è esente dal contatto diretto con i dichiaranti, salve evenienze eccezionali che, comunque, vanno motivate e che, soprattutto, non possono pregiudicare i diritti difensivi nell'ottica di una procedura che sia equa nella sua globalità²⁶.

Proprio questi rilievi venivano richiamati dalla Corte costituzionale in una decisione del 2019, la n. 132²⁷, che, di fatto, li colorava di tonalità assai diverse da quelle ormai a più riprese impiegate in sede europea. Merita, così, soffermarsi sull'arresto interno, che segna con evidenza la lunga distanza tra i principi sovranazionali e l'applicazione nostrana.

Esaminando una questione sulla legittimità costituzionale degli artt. 525, co. 2 e 526, co. 1, c.p.p., la Consulta sottolineava l'incongruità della relativa disciplina, come interpretata dal diritto vivente²⁸, che ne trae l'obbligo per il giudice dibattimentale di ripetere l'assunzione della prova dichiarativa ogni volta in cui muti la figura del giudice e laddove le parti non acconsentano alla lettura dei *dicta* offerti dal testimone dinanzi al precedente decisore.

L'immediatezza andrebbe, infatti, letta in stretta correlazione al principio di oralità: entrambi i precetti sottendono un modello di giudizio concentrato nel tempo, secondo l'indicazione offerta dall'art. 477 c.p.p. che, idealmente, prevede un processo celebrato in un'unica udienza o, al più, in una pluralità di udienze svolte senza soluzione di continuità.

²⁶ Come pure sottolinea LA ROCCA, *Quale immediatezza, ora?*, cit., 746 che, guardando alla Piccola Europa, richiama Corte giust. UE, 29 luglio 2019, in causa C-38/18, Gambino.

La Corte dell'Unione europea riferiva, in quella sede, come gli artt. 16 e 18 della direttiva 2012/29/UE non ostano ad una normativa nazionale che, in caso di cambiamento del collegio giudicante, imponga il riascolto della vittima qualora una delle parti non accetti che la decisione si fondi sulle dichiarazioni rese dall'offeso ai precedenti giudici.

Il riferimento suona particolarmente opportuno, poiché permette di inserire l'immediatezza in quel patrimonio di valori che, anche in questo lavoro, si sono posti a fondamento della tradizione giuridica europea, riconducendoli a quel contenitore definibile come ordine pubblico europeo.

²⁷ Corte cost., 20 maggio 2019, n. 132. Per un commento, SCACCIANOCE, *Mutamento del giudice e rinnovazione della prova: la Corte costituzionale esorbita dai confini accusatori*, in www.processopenaleegiustizia.it.

²⁸ Tra le tante decisioni, nella giurisprudenza di legittimità, si segnala, recente, Cass., Sez. V, 11 maggio 2017, Mellano, in *Mass. Uff.*, n. 270140, che esprime la prassi censurata dalla Consulta nell'arresto in nota.

Il giudice delle leggi prendeva, così, atto di una prassi fatta di rinvii e di lungaggini difficilmente preventivabili²⁹, al punto che – si legge nella pronuncia – «la dilatazione in un ampio arco temporale dei dibattimenti crea inevitabilmente il rischio che il giudice che ha iniziato il processo si trovi nell'impossibilità di condurlo a termine, o comunque che il collegio giudicante muti la propria composizione, per le ragioni più varie»³⁰.

Ecco, allora, che l'immediatezza diverrebbe un mero simulacro e che l'obbligo di immutabilità del decisore pretenderebbe un prezzo eccessivo sul piano della ragionevole durata del processo e dei costi – e, quindi, dell'efficienza – della giustizia penale.

La chiosa – su cui appresso si spenderà qualche considerazione – veniva supportata dal rilievo che pure la Corte di Strasburgo riconoscerebbe la possibilità di deroghe all'immediatezza, purché siano adottate misure idonee ad assicurare che il nuovo giudice acquisti piena contezza del materiale probatorio³¹. Da qui, la possibilità per il legislatore di introdurre eccezioni ragionevoli alla regola dell'immutabilità di chi giudica.

La soluzione appare frettolosa. In poche righe, infatti, la Consulta si attardava ad esplorare alcune misure compensative ritenute idonee a livello europeo per onorare l'art. 6 C.E.D.U. e, poi, passava a fornire talune indicazioni per il legislatore che, in sostanza, potrebbe regolare il giudizio come crede, purché preveda – si legge – «meccanismi “compensativi” funzionali all'altrettanto essenziale obiettivo della correttezza della decisione». Compiva il discorso un cenno ai poteri officiosi del giudice, qui invocati più come strumenti di chiusura del sistema che a presidio della completezza istruttoria.

²⁹ La prassi giudiziaria, deviante, è il presupposto del ragionamento condotto dalla Corte, senza nemmeno indagare le cause delle disfunzioni denunciate, con evidenza ricollegabili più agli appartenenti all'ordine giudiziario che alle difese come bene sottolinea MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in *questa Rivista*, 2019, 403.

³⁰ Come ritiene ZILLETTI, *La linea del Piave e il duca di Mantova*, in *questa Rivista*, 2019, 417 basterebbe, forse, impedire ad un magistrato di passare ad altre funzioni prima di avere esaurito il proprio ruolo. In tal modo, le ragioni delle lungaggini non sarebbero “le più varie”; anzi, c'è da scommettere: si ridurrebbero di numero in maniera considerevole.

³¹ A titolo di esempio la Consulta citava Corte EDU, 6 dicembre 2016, Skaro c. Croazia; Corte EDU, 2 dicembre 2015, Cutean c. Romania; Corte EDU, 27 settembre 2007, Reiner e altri c. Romania; Corte EDU, 30 novembre 2006, Grecu c. Romania; Corte EDU, 9 luglio 2002, P.K. c. Finlandia.

La prospettiva dei fattori di bilanciamento adottata dalla Grande Europa impone che ve ne siano di due tipi³².

Sul piano normativo va previsto un archetipo equilibrato, capace - *in astratto*³³ - di evitare il predominio di una parte sull'altra o di assecondare l'indebito protagonismo del giudicante: rientra in questo insieme la previsione di sanzioni processuali, poi applicabili dal giudice ogni volta in cui la dinamica probatoria subisca derive estranee ai valori del giusto³⁴.

D'altra parte, però, l'autorità giurisdizionale è chiamata ad individuare - *nel concreto* - il punto di incontro tra le esigenze dell'accertamento e le istanze dell'accusato, assicurandogli - di nuovo, nello specifico - il diritto a difendersi.

Proprio a quest'ultimo aspetto la Consulta non prestava la dovuta attenzione e, così, finiva per usare i precedenti europei per autorizzare eccezioni *ex lege* all'immediatezza, peraltro finalizzate ad assecondare una prassi già di per sé deviata, come la stessa Corte ammette: quasi a dire che, individuata una patologia, il legislatore non deve ingegnarsi per rimediare ma deve, anzi, coltivarne i sintomi a dispetto delle prerogative di chi il processo lo subisce³⁵.

Ma tant'è, e ci si trova dinanzi ad una decisione che confonde piani differenti e che, diversamente da Strasburgo, non intende l'eccezione al diretto contatto

³² Esattamente per assicurare quella separazione di poteri cui chiama FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *questa Rivista*, 2019, 399.

³³ La prospettiva astratta ed *ex ante* esalta il valore della legalità processuale al quale va necessariamente ancorata la previsione di schemi rispettosi dei valori costituzionali: su questi aspetti, CAPRIOLI, *Il giudice e la legge processuale: il paradigma rovesciato*, in *Ind. Pen.*, 2017, 967; NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *questa Rivista*, 2017, 421.

³⁴ Si può, così, intendere un effetto terapeutico dell'inutilizzabilità, intesa come rimedio coniato dal legislatore per consentire al giudice di intervenire sulle deviazioni delle dinamiche istruttorie capaci, in atto o anche in potenza, di minare l'equità del giudizio.

³⁵ Il fraintendimento in cui incappava la Consulta derivava dal non avere distinto adeguatamente i due aspetti del rapporto tra giurisdizione nazionale ed europea.

Da un lato, dall'art. 53 C.E.D.U. - letto in combinato con l'art. 53 della Carta di Nizza - deriva il principio di maggior favore, per cui, tra le fonti che si preoccupano della tutela di una medesima posizione individuale, va preferita quella che offre la salvaguardia più stringente.

Dall'altro, però, è impensabile trapiantare la logica *fuzzy* di Strasburgo nel sistema interno e - s'immagini! - onerare il legislatore del compito di prevedere fattori di compensazione che, nella logica europea, sono, invece, individuabili nel concreto della vicenda proprio per riequilibrare la dinamica processuale. In argomento, MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata*, cit., 407. Critico su questa "confusione" tra piano interno e sovranazionale pure GALLUCCIO MEZIO, *Il principio di immediatezza è al tramonto?*, in *Cass. pen.*, 2020, 411.

tra il giudice e le parti nei termini di un evento particolare, a fronte del quale occorre bilanciare i ruoli di accusa e difesa, concedendo – non per regola generale, ma nel concreto della specifica vicenda³⁶ – un vantaggio a chi versa in difetto³⁷.

L'errore di impostazione è, comunque, entrato nel sistema interno: a distanza di pochissimo, le Sezioni Unite *Bajrami*³⁸ hanno conclamato la lontananza tra la Grande Europa e le categorie nostrane, quanto all'immediatezza.

Tre sono i principi di diritto espressi dal Consesso riunito³⁹.

Il primo: il principio di immutabilità esige che a rendere la sentenza sia lo stesso giudice che ha acquisito la prova e che ne ha disposto l'ammissione; ciò detto, i provvedimenti sull'ingresso dell'evidenza in giudizio, emessi da un diverso decisore sono confermati, se non espressamente modificati o revocati.

Il secondo: il cambio del giudice permette alle parti di chiedere nuove prove o la rinnovazione di quelle già assunte, ferme rimanendo le valutazioni esprimibili dalla corte a mente degli artt. 190 e 495 c.p.p., anche in punto di superfluità della nuova acquisizione di testimoni già escussi⁴⁰.

³⁶ Con un esempio, il problema non sarebbe risolto se il legislatore stabilisse di videoregistrare l'acquisizione delle prove dichiarative.

Lo dice bene NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo"*, cit., 415: «a causa della scarsa attenzione dello spettatore di fronte ad un video preregistrato» non si può equiparare l'immagine televisiva all'ascolto diretto del *loquens*. Eppure, nel concreto, quella in argomento potrebbe essere – il condizionale è d'obbligo, trattandosi di una valutazione *case by case* – una soluzione accettabile qualora, ad esempio, occorra recuperare i *dicta* predibattimentali e cogliere particolari inintelligibili mediante la semplice lettura delle s.i.t.

³⁷ Per quanto trattare in questa sede il problema – s'è osservato – significa che la Corte costituzionale pretenderebbe di onorare l'art. 111 Cost. con un riferimento alla discrezionalità del giudice precedente e con l'effetto che la garanzia dell'immediatezza potrebbe operare in modo diverso a seconda del decisore e dell'accusato: così, BARGIS, *Il principio di immediatezza nel caso di mutata composizione del giudice: dai responsi di Corte costituzionale, Sezioni Unite e Corti europee alle prospettive de iure condendo*, in www.sistemapenale.it.

³⁸ Cass., Sez. un., 30 maggio 2019, *Bajrami*, in *questa Rivista* (online), 2020, 1, 1, con nota di LIVI, *Profili critici delle Sezioni unite Bajrami: ciò che resta dell'immediatezza*.

³⁹ Su cui si attarda l'approfondimento della pronuncia in nota di MANGIARACINA, *Inmutabilità del giudice versus efficienza del sistema: il dictum delle Sezioni Unite*, in www.processopenaleegiustizia.it. Per un approccio ugualmente critico, SPANGHER, *Sentenza Bajrami, il nuovo dibattito nel solco delle divisioni*, in *Guida dir.*, 2019, 47, 16.

⁴⁰ Rileva RUSSO, *Tramonto dell'immediatezza o sano realismo? Le Sezioni Unite Bajrami e il novum processuale*, in www.giustiziainsieme.it che con il secondo principio di diritto il Collegio riunito affronta un tema che, in precedenza, non aveva generato un contrasto giurisprudenziale.

In tal senso, è corretto affermare che si sia voluta dare un'indicazione di metodo alla giurisprudenza.

Il terzo: non occorre il consenso delle parti alla lettura *ex art. 511 c.p.p.* degli atti assunti da diverso decisore, con riferimento a quelle prove dichiarative la cui rinnovazione non abbia avuto luogo poiché non richiesta, non ammessa o non più possibile.

A questi risultati la Suprema Corte giunge richiamando la sentenza costituzionale n. 132 del 2019 e ricadendo in un errore di impostazione analogo a quello commesso dalla Consulta: l'esame dei precedenti alsaziani è analitico⁴¹, ma non supera la confusione tra i piani - interno ed europeo - e tra le diverse logiche cui s'impronta il lavoro interpretativo del giudice nazionale e l'esegesi strasburghese dei parametri convenzionali.

Il riferimento europeo è, allora, usato per conferire autorevolezza agli argomenti del giudice di legittimità che, nei fatti, finiscono per svilire il principio di immediatezza.

Già ad una prima lettura della sentenza in discorso ci si avvede del come la rinnovazione sia ormai destinata ad essere compiuta in rare e residuali ipotesi⁴², a dispetto di quel che - realmente - prescrivono gli arresti della Grande Europa in materia.

Collocando, poi, le Sezioni Unite *Bajrami* nel panorama politico-normativo dell'ultimo decennio⁴³, va notato come il contributo in parola segua al progetto di Nicola Gratteri che, già nel 2014, aveva proposto una modifica dell'art. 190-*bis* c.p.p.⁴⁴, funzionale ad evitare la rinnovazione dibattimentale determinata da trasferimenti del giudice o, comunque, da suoi lunghi congedi: fenomeno, questo, che veniva espressamente descritto come un «problema»⁴⁵.

⁴¹ Tra le decisioni europee menzionate, Corte EDU, 6 dicembre 2016, Skaro c. Croazia; Corte EDU, 2 dicembre 2014, Cutean c. Romania; Corte EDU, 10 febbraio 2005, Graviano c. Italia; Corte EDU, 4 dicembre 2003, Milan c. Italia.

⁴² Questa, poi, fu la denuncia della Giunta U.C.P.I. (v. documento 029 del 17 ottobre 2019), per cui si rinvia a BARGIS, *Il principio di immediatezza nel caso di mutata composizione del giudice*, cit., in part. 52-53; rilievi critici pure in MAZZA, *Tradimenti di un codice. La procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino, 2020, 3 e in SURACI, *La parabola dell'immediatezza nel processo penale*, in www.penaledp.it.

⁴³ E, s'aggiunga, dell'evoluzione giurisprudenziale, sia a livello di Consulta, che di Cassazione: in tema, DANIELE, *Le "ragionevoli deroghe" all'oralità in caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale al legislatore*, in *Giur. cost.*, 2019, 1553.

⁴⁴ Proposta commentata da APRATI, *Una diversa modulazione del principio di immediatezza: riflessioni sulla proposta Gratteri*, in *Cass. pen.*, 2016, 3533.

⁴⁵ Ci si riferisce alla proposta della *Commissione per l'elaborazione di proposte normative in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità organizzata (DPCM 30.5.2014)*, in www.unitelmasapienza.it.

In definitiva, è in gioco una diversa prospettiva di efficienza processuale: al di là dei richiami all'Europa, il nostro Paese si distingue ormai da tempo per un approccio pragmatico ai problemi del giudizio, tale per cui quel che è foriero di ritardi va eliminato. Il tutto, tramite interventi sporadici e settoriali, e senza una visione d'insieme, ma, anzi, addossando alla difesa la responsabilità delle lungaggini, quasi come - è il caso di dirlo - se l'istanza di garanzie fosse un ostacolo alla corretta amministrazione della giustizia.

Non merita ulteriori commenti una sentenza come la *Bajrami* che, nelle sue prime applicazioni, ha condotto le corti del merito a domandare ai difensori di articolare le ragioni per le quali avrebbero chiesto di rinnovare l'escussione testimoniale; eppure, a leggere le pronunce europee che tanto affasciano i vertici delle giurisdizioni interne, basterebbe rispondere che l'osservazione del contegno mantenuto dal *loquens* in udienza può incidere sulle sorti dell'imputato e, quindi, del processo. E tanto serve a motivare la riassunzione della prova. Il passaggio nelle varie pronunce richiamate - tra cui, ma non solo, *Dan (2)* - è chiarissimo e poggia, in verità, su argomenti intuibili, persino elementari; con una battuta, chiunque s'accorge della differenza che corre tra la visione di un film e l'apprendimento del racconto della medesima opera cinematografica: probabilmente, in entrambi i casi sarà possibile conoscere l'intreccio, ma le impressioni e il giudizio esprimibile da chi vede e da chi ascolta saranno necessariamente diversi⁴⁶.

Guardando al futuro, poi, le prospettive sembrano confermare le premesse: almeno un cenno merita la c.d. riforma Cartabia: l'art. 1, co. 13, L. 27 settembre 2021, n. 134 conferma la tendenza ad un giudizio di impugnazione

⁴⁶ Un cenno almeno merita Corte EDU, 17 giugno 2021, *Morzeni c. Italia*, in cui la Corte europea ricalca gli argomenti di *Dan (2)* per censurare il nostro Paese in un caso nel quale il giudice dell'appello riformava in senso peggiorativo la pronuncia di prime cure senza citare il teste, poi, ritenuto decisivo ai fini della condanna. Ebbene, ci si trova dinanzi all'ennesimo esempio di difformità tra l'approccio dei giudicanti interni e quello dei corrispondenti europei. La Suprema Corte, infatti, aveva ritenuto la legittimità del pronunciamento d'appello poiché - si legge - la corte distrettuale non ribaltava l'esito del giudizio sulla scorta di una nuova valutazione dei *dicta* della persona offesa, ma valorizzava elementi sottaciuti (ancorché conosciuti) dal giudice di primo grado, giungendo ad un complessivo apprezzamento delle risultanze processuali diverso da quello compiuto in precedenza. Sulla base di ciò non sarebbe stato necessario ricorrere all'art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p. Si nota, così, come la Cassazione abbia frainteso il portato dei *dicta* sovranazionali che, da *Dan* in avanti, si susseguono sul tema dell'immediatezza ed abbia ommesso di adottare quella prospettiva di sostanza, invece, caldeggiata da Strasburgo: a nulla importa che la credibilità della vittima non sia stata posta in discussione né in primo, né in secondo grado; quel che rileva è che sia mancato l'approccio diretto tra il decisore e le prove in un frangente processuale esitato, poi, nel passaggio dal proscioglimento alla condanna.

non partecipato, salva richiesta delle parti di discussione in pubblica udienza (lett. *g*) per l'appello e *m*) per la cassazione). Il contatto diretto – e, quindi, immediato ed orale – tra le parti e il giudicante diviene eccezione; la normativa emergenziale – che, sul dilagare della pandemia, aveva sdoganato gravami scritti, secondo un modulo più vicino al rito civile che al (giusto) processo penale – diventa la regola.

La conclusione è, allora, amara: si prende atto dello scarso interesse che, a livello interno, viene accordato all'immediatezza; se in teoria, la si accosta all'oralità e, per quella via, ai dettami del processo giusto, in pratica il principio soccombe di fronte alle tante (troppe) deviazioni della prassi. Il paragrafo che qui si chiude è stato dedicato all'immediatezza *cedevole*; guardando agli sviluppi più recenti della giurisprudenza costituzionale e di Cassazione – oltre che alla quotidianità delle aule giudiziarie⁴⁷ – sarebbe stato più opportuno intitolarlo all'immediatezza *caduta*. Sotto il peso delle tante disfunzioni che tradiscono l'originario impianto del codice vigente e il progetto di equità cui era improntata la riforma costituzionale del 1999. E sotto il peso – s'aggiunga – del silenzio di chi – magistratura di merito o di legittimità, o, ancora, Consulta – avrebbe dovuto assicurare alle parti la garanzia in argomento.

2. *Conoscenza della prova e oralità. Da Kostovski alle inventiones su lecture e incidente probatorio.* Sin qui s'è data conferma dei caratteri che la Grande Europa assegna al processo equo, evidenziando l'esigenza di un contatto diretto tra chi decide e chi fornisce le informazioni utili a dimostrare le tesi di parte⁴⁸. È stato fatto richiamo costante all'immediatezza, quale valore promosso a livello strasburghese per la costruzione di un equilibrato dialogo processuale⁴⁹; ad esso va affiancata – e, in parte, già è stato detto – l'oralità, intesa correttamente come il veicolo di conoscenza della prova per il giudice⁵⁰.

⁴⁷ La quotidianità delle aule giudiziarie porta, poi, ad interrogarsi di nuovo sul “problema” esposto nella proposta Gratteri del 2014. Laddove si scelga di non rinunciare all'immediatezza, in presenza dei trasferimenti del giudice o dei lunghi congedi, si approda sul terreno dei tempi processuali, con il rischio di rinvii dall'abnorme durata o con giudizi portati a termine in modo frettoloso (e, probabilmente, superficiale) per l'esigenza di non cedere i fascicoli ad altro collega.

⁴⁸ Per uno *screening* degli orientamenti europei sull'immediatezza, oltre alla bibliografia già indicata, RENON, *Mutamento del giudice dibattimentale e rinnovazione del dibattimento*, Torino, 2008, 69 ss.

⁴⁹ In base ad un'evoluzione piuttosto nuova, che s'andrà ad esaminare in questo secondo paragrafo. Basti pensare che, fino alla fine degli anni Novanta, si parlava di un ingresso *solo recente* dei principi di oralità e di immediatezza nella giurisprudenza strasburghese, peraltro ricavabili in via interpretativa dalla

Ebbene, tracce di questo argomento segnano gli orientamenti d'oltre confine, almeno già da *Kostovski*⁵¹: l'autorità nazionale aveva condannato il ricorrente sulla base di testimonianze anonime e - si legge nell'arresto europeo - tanto aveva precluso alla corte interna di apprezzare il contegno dei *loquentes* e di esprimere, in conseguenza, un giudizio sulla loro affidabilità⁵².

La cautela che il magistrato usa nel vaglio di dichiarazioni cartolari non può sostituire la sua diretta osservazione del teste; per quanto sia prudente l'apprezzamento degli scritti, esso non consente di cogliere i particolari che emergerebbero dall'interlocuzione orale - il tono di voce, la mimica facciale, la gestualità, lo sguardo e così via - e che potrebbero influenzare l'esame giudiziale sull'attendibilità dell'interrogato⁵³.

La semplicità dell'assunto si scontra con prassi domestiche che, ignorandolo, giungono ad epiloghi opposti a quelli caldeggiati *ultra fines*. È, di nuovo, lo scontro tra Italia ed Europa e, nello spirito di questo contributo, si esaminerà, giusto per linee di sintesi, un caso rappresentativo delle deviazioni interne, così da rimarcare, di nuovo, la lunga distanza tra la quotidianità delle aule nostrane e le direttrici tracciate dai giudici sovranazionali.

Il caso - inedito⁵⁴ - vedeva un anziano signore imputato di avere inflitto lesioni alla vicina di casa in presenza della moglie, del figlio della vittima e di un amico di quest'ultimo; a processo non era possibile esaminare né la persona offesa, né i dichiaranti escussi nella fase investigativa: tutti stranieri, erano

più generale accezione di equità processuale: non vi sarebbe stata, insomma, una puntuale descrizione dei contenuti di tali precetti da parte dei giudici della Grande Europa.

In questi termini, UBERTIS, *Le riforme costituzionali proposte dalla Commissione bicamerale: c) la previsione del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 45.

⁵⁰ Sovvengono le parole di uno studioso del processo canonico che osservava: «pregio dell'oralità è la migliore conoscenza della prova, per il contatto diretto, immediato e personale con le fonti di essa; ma vantaggio della scrittura è la ponderatezza e sicurezza del giudizio che questa offre» (PINTO GOMEZ, *La procedura nel processo contenzioso sommario*, in *Eph. Iur. Can.*, 41-42, 1985, 139).

Il passaggio è illuminante, poiché segna con esattezza i termini del problema: si tratta di individuare l'interesse che va privilegiato, se quello ad un'immediata percezione dei contenuti della prova da parte del giudicante o quello ad uno studio delle carte, attento e ripetibile nel tempo.

⁵¹ Corte EDU, 20 novembre 1989, *Kostovski c. Paesi Bassi*.

⁵² Utili approfondimenti su *Kostovski*, in rapporto alla giurisprudenza strasburghese che definisce criteri per la valutazione delle dichiarazioni anonime, in LONATI, *Il diritto dell'accusato a interrogare o a fare interrogare le fonti di prova a carico (Studio sul contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nel sistema processuale italiano)*, Torino, 2008, 227 ss.

⁵³ Approfondisce questo frangente VALENTINI, *Contraddittorio, oralità, immediatezza*, cit., 464.

⁵⁴ Il caso, ora giunto in grado d'appello, è stato definito in primo grado dal Tribunale di Rovigo con sentenza del 14 gennaio 2020.

probabilmente tornati nel loro Paese, rendendosi irreperibili sul territorio italiano; la moglie dell'accusato non aveva mai dichiarato alcunché, essendo morta a poca distanza dai fatti. Unico teste era l'agente di polizia che era sopraggiunto sulla scena a lite già esaurita: egli, infatti, non forniva informazioni quanto all'alterco, agli insulti e al contatto fisico tra l'anziano e la vicina; nemmeno sapeva se l'amico del figlio della vittima fosse stato presente, visto che non ricordava di averlo visto durante il sopralluogo, né risultava dalla sua relazione. Sulla base di questo compendio probatorio, il giudice acquisiva *ex art. 512 c.p.p. le s.i.t. dell'offesa e dei due testimoni d'accusa irreperibili*, e rendeva sentenza di condanna.

A dispetto della banalità del caso, l'infrazione del parametro convenzionale sul giusto processo è evidente⁵⁵.

Il giudice abdicava al contatto diretto con la prova dichiarativa: l'iniquità del contesto è palese, applicando i criteri di *Al-Khawaja*⁵⁶.

Il primo: l'indagine sulle ragioni che impedivano ai *loquentes* di partecipare al processo. Nel descrivere i fatti, s'è usato l'avverbio *probabilmente* circa i motivi dell'assenza dei testi: i verbali d'udienza non recavano traccia delle reali ragioni che impedivano a costoro di presenziare; semplicemente, in atti c'erano due tentativi di notifica della citazione ad indirizzi noti e, in entrambi i casi, l'addetto al recapito aveva barrato la casella "irreperibile"⁵⁷.

Il secondo: la decisività dei contributi⁵⁸. Ad intenderla come l'attitudine di un elemento istruttorio a determinare la conclusione giudiziale circa la conferma

⁵⁵ Sempre ammonendo chi legge a considerare le pronunce europee in rapporto ai casi, senza estrapolare astratte affermazioni destituite dalla concretezza dei contesti esaminati: così, FERRUA, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in www.processopenaleegustizia.it; nella medesima direzione, GATTO, *Aspetti problematici in tema di prove*, in *Processo penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 96 ss.

⁵⁶ Ripresi, poi, da granitica giurisprudenza strasburghese: recente, la già menzionata Chernika c. Ucraina del 12 marzo 2020.

⁵⁷ In vari arresti la Corte di Strasburgo affermava l'obbligo per l'autorità giudiziaria di porre in essere ogni ragionevole sforzo per identificare la residenza di un teste decisivo: nel novero delle operazioni compibili c'è anche - ed è ovvio - la rogatoria internazionale, oltre all'ormai vasto compendio di strumenti conati dal diritto unionista *post* Lisbona, a facilitazione dei rapporti tra giudici penali di Paesi diversi. Alcuni esempi in tal senso, Corte EDU, 24 febbraio 2009, Tarau c. Romania; Corte EDU, 9 gennaio 2007, Gossa c. Polonia; Corte EDU, 8 giugno 2006, Bonev c. Bulgaria.

⁵⁸ Sull'incompatibilità rispetto all'art. 6 C.E.D.U. di una sentenza di condanna che si fondi - in tutto o in misura determinante - sui *dicta* di una persona che la difesa non abbia mai potuto controinterrogare ed in modo indipendente dal fatto che costui si sia sottratto al contraddittorio in modo consapevole e, quindi, volontario, tra le tante, Corte EDU, 18 maggio 2010, Ogaristi c. Italia; Corte EDU, 19 ottobre

- o la smentita - del fatto descritto in accusa, nel caso di specie la prova della responsabilità dell'imputato derivava ovviamente dalla versione resa dalla persona offesa e dagli altri due soggetti sentiti a s.i.t.: l'unico teste in aula poco o nulla diceva dei fatti, poiché - s'è visto - giungeva sul posto solo in un secondo momento⁵⁹.

Il terzo: le garanzie offerte alla difesa per controbilanciare lo svantaggio derivato dal mancato controesame dei dichiaranti d'accusa. Sono tali, ad esempio, gli ambiti di confronto, anche pre-dibattimentale, tra l'accusato e i testi avversari⁶⁰ o, ancora, la possibilità che la difesa acceda alla videoregistrazione dei colloqui occorsi in procura o nelle sedi di polizia con gli escussi⁶¹. Tutto questo, nel caso in commento, non avveniva.

Se questi rilievi, poi, non bastassero a dimostrare quanto il contegno del giudice domestico sia rimasto lontano dalla solida elaborazione europea in punto di equità processuale, si recuperi il passaggio di un arresto della Corte EDU, *Matytsina c. Russia*⁶², che, nel 2014, conclamava l'importanza dello scenario processuale - quindi, della *cross examination* e dell'oralità in essa connaturata - per garantire un giudizio giusto. Uno, cioè, in cui «l'imputato si confronti con il teste, alla presenza del giudice che decide il merito, in modo che quel giudice possa ascoltare il testimone direttamente, possa osservarne il contegno e possa formarsi un'opinione circa la sua credibilità»⁶³.

Come a dire che, anche quando alla difesa sia stato assicurato un momento di vantaggio durante la fase pre-dibattimentale, il diretto contatto con il giudice

2006, *Majadallah c. Italia*; Corte EDU, 9 febbraio 2006, *Cipriani c. Italia*; Corte EDU, 13 ottobre 2005, *Bracci c. Italia*.

⁵⁹ Per evitare di andare fuori tema, ci si limiterà in questa sede a ricordare la peculiare posizione assegnata alla vittima e alle sue dichiarazioni dalla giurisprudenza europea: utilissimi approfondimenti in questa direzione, capaci, peraltro, di completare il quadro sin qui tratteggiato in punto di decisività delle prove raccolte a sostegno della condanna dell'imputato, in STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, in *questa Rivista* (online), 2015, 1, 27 ss.

⁶⁰ Corte EDU, 2 marzo 2017, *Palchik c. Ucraina* o, meno recente, Corte EDU, 19 febbraio 2013, *Gani c. Spagna*.

⁶¹ Corte EDU, 3 aprile 2012, *Chmura c. Polonia*.

⁶² Corte EDU, 27 marzo 2014, *Matytsina c. Russia*.

⁶³ Così la sentenza in nota, §153. Traduzione dall'inglese di chi scrive. Sulla stessa linea, Corte EDU, 30 ottobre 2012, *Valeriy Lopata c. Russia*, §128; Corte EDU, 23 ottobre 2012, *Pichugin c. Russia*, §199; Corte EDU, 9 marzo 2004, *Pitkanen c. Finlandia*, §62; Corte EDU, 4 dicembre 2003, *Milan c. Italia*; Corte EDU, 9 luglio 2002, *P.K. c. Finlandia*.

che decide è strumento indefettibile di equità⁶⁴: un altro fattore si aggiunge a quelli enunciati da *Al-Kawaja* e, accogliendo questa esegesi, il rifiuto di immediatezza ed oralità pare ancor più lontano da quell'ordine processuale tracciato a vividi colori dalla Corte strasburghese⁶⁵.

Fissate le premesse, occorre tornare tra le applicazioni del codice di rito nostrano ed apprezzare il modo in cui la giurisprudenza europea viene evocata per interpretare il diritto interno.

Lo si farà, guardando a due settori specifici: le letture per sopravvenuta impossibilità di acquisire il dato dichiarativo in udienza e l'incidente probatorio. Partendo dal primo, sovviene una pronuncia del 2013⁶⁶ in cui la Suprema Corte confermava la sentenza di merito che riteneva il ricorrente responsabile del reato di traffico di stupefacenti.

Alla base della doglianza v'era una censura per l'inosservanza degli artt. 512, 512-*bis* e 526 c.p.p.: la condanna si sarebbe, infatti, basata sull'interrogatorio del coimputato di cui era data lettura, nonostante fosse stato noto che, una volta scarcerato, l'uomo sarebbe rientrato in Costa Rica. Lamentava l'impugnante che il pubblico ministero avrebbe dovuto chiedere l'incidente probatorio e che, in mancanza, avrebbe dovuto compiersi ogni sforzo per avere il teste in giudizio: le citazioni erano, infatti, andate a buon fine e la sola ragione per cui lo stesso restava assente era legata ad addotte precarie condizioni fisiche ed economiche; egli, però, si diceva ben disposto a presenziare, qualora gli fossero state rimborsate le spese per la trasferta. Così non fu ed,

⁶⁴ RENON, *Mutamento del giudice dibattimentale*, cit., 87 opportunamente sottolinea «la circostanza che venga comunque assicurata, durante il procedimento, alla persona accusata la possibilità di escutere la fonte, non può risultare pienamente soddisfacente sotto il profilo della tutela delle prerogative della difesa, quando ciò sia avvenuto in assenza del giudicante».

⁶⁵ Qualche segnale nel senso della maggior tutela, a livello di normazione domestica, dell'immediatezza e dell'oralità traluce dal decreto legislativo per l'attuazione della direttiva 2016/343/UE in tema di presunzione di non colpevolezza (d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188).

S'introduce, all'art. 4 co. 1, lett. a), l'art. 115-*bis* c.p.p., al cui co. 2, è prescritto che, nei provvedimenti che presuppongono la valutazione di materiali istruttori comunque qualificati, il giudice limiti i riferimenti alla colpevolezza della persona alle sole indicazioni necessarie a soddisfare i presupposti *ex lege* imposti per adottare la pronuncia.

Regola vocata, con evidenza, a proteggere lo *status* dell'accusato, presunto non colpevole fino a condanna definitiva, essa riverbera positivi effetti pure sull'immediatezza e sulla genuina valutazione delle prove, evitando che il decisore che, in un frangente successivo della procedura, si trovi a leggere il provvedimento, resti influenzato dal giudizio espresso in precedenza e, magari, manchi o commetta errori nell'acquisizione - si diceva: diretta ed immediata - delle evidenze probatorie.

⁶⁶ Cass., Sez. VI, 13 novembre 2013, Frangiamore, in *Mass. Uff.*, n. 257771.

anzi, appariva più semplice al tribunale dare lettura dei verbali dell'interrogatorio a suo tempo reso agli inquirenti.

Il Supremo Consesso riteneva l'eccezione difensiva solo astrattamente ipotizzabile, sulla scorta del consolidato orientamento per cui l'attestazione dell'impossibilità del teste a palesarsi in udienza deve seguire all'accertamento delle cause di assenza, espletato anche tramite l'ausilio degli strumenti di cooperazione investigativa e giudiziaria accessibili al decisore⁶⁷.

Nel concreto, però, le risultanze probatorie avrebbero smentito la prospettazione del gravame: in tema di prove dichiarative - dice la Cassazione -, qualora il *loquens* non sia stato sentito nel contraddittorio, è necessario valutare «l'estensione delle possibilità procedurali offerte dalla difesa per compensare gli ostacoli con i quali essa ha dovuto confrontarsi e il modo in cui il giudice abbia condotto il procedimento, con la conseguenza che, ove una pronuncia di condanna si fondi, in tutto o in parte, sulle dichiarazioni rese da un teste assente, dovrebbe comunque escludersi una violazione del principio di equità processuale in presenza di forti garanzie procedurali idonee a controbilanciare l'applicazione della regola basata sulla "prova sola o determinante"»⁶⁸.

La Corte di legittimità si compiace, poi, del modo in cui il giudice europeo avrebbe ristretto la latitudine applicativa del principio per il quale ci sarebbe un *vulnus* di equità laddove la difesa non possa confrontarsi con i testi d'accusa, a vantaggio di un'ulteriore regola secondo la quale - si attinga dalla lettera del provvedimento in nota - «un provvedimento di condanna che si basi unicamente o in misura determinante su una testimonianza non sottoposta a controinterrogatorio, né nella fase dell'istruzione, né in quella del dibattimento, integra una violazione dell'art. 6, pp. 1 e 3, lett. d) Conv., se il pregiudizio così arrecato alla difesa non sia stato controbilanciato da elementi sufficienti, ovvero da solide garanzie procedurali in grado di assicurare l'equità della procedura nel suo insieme».

Si evoca, insomma, il bisogno di una puntuale valutazione dei contrappesi capaci di bilanciare le restrizioni subite dalla difesa a cagione del difetto contraddittorio.

⁶⁷ Cass., Sez. un., 14 luglio 2011, D.F., in *Mass. Uff.*, n. 250197.

⁶⁸ Queste le parole impiegate dalla Suprema Corte, che richiama espressamente *Al-Khawaja*.

Se in linea teorica può apprezzarsi la sintesi con cui la Suprema Corte tenta di approcciarsi alla logica del *counterbalancing*⁶⁹, l'arresto in commento merita critica laddove importa il consueto errore che i giudici nostrani commettono nell'avvicinarsi ai principi europei⁷⁰: essi, infatti, li sradicano dalla prospettiva casuistica in cui vengono, invece, enunciati e ne fanno delle generiche petizioni di principio.

Con evidenza, la pronuncia annotata non riesce a ricondurre il criterio dei fattori di compensazione alle peculiarità del caso descritto nel ricorso: dopo il rinvio ad *Al-Kawaja*, insomma, manca un richiamo alle ragioni esposte dal ricorrente, né la Corte si addentra in uno studio sulla tenuta delle motivazioni addotte dai giudici del merito⁷¹.

Ne deriva - e viene da dire: ancora una volta - una statuizione che piega i precetti d'oltre confine per avallare esegesi del dettato normativo interno contrarie alla lettura suggerita a livello europeo. Tanto nel caso dell'anziano condannato per le lesioni alla vicina, quanto in quello appena esaminato, infatti, l'art. 512 c.p.p. va letto come strumento accessibile al giudice solo quando alla difesa sia stata garantita la possibilità di portare un effettivo contributo all'accertamento, pur se in altra sede e sempre nel rispetto dell'*audiatur et altera pars*.

Con altre parole, l'art. 512 c.p.p. deroga, certo, all'oralità, ma proprio per questo va applicato solo quando il giudice - si badi: quello, poi, chiamato alla decisione - abbia avuto la possibilità di conoscere il materiale probatorio a vantaggio dell'accusato, in un contesto - di nuovo - rispettoso del contraddittorio⁷².

⁶⁹ La presa di coscienza, da parte della Cassazione, dei principi europei non è prerogativa di questa sola decisione. Già le Sezioni Unite da poco citate (Cass., Sez. un., 14 luglio 2011, D.F., in *Mass. Uff.*, n. 250197) asserirono che, quando l'imputato non abbia avuto la possibilità di interrogare la fonte di prova, tali ultime dichiarazioni vanno esaminate nel confronto con altri elementi, sulla falsa riga di quel che prevede l'art. 192, co. 3, c.p.p.

⁷⁰ In un'interessante ottica, parzialmente diversa, ZACCHÉ, *Ennesima violazione dell'Italia per violazione del diritto al confronto*, in *www.penalecontemporaneo.it* apprezza la sentenza in parola, inserendola tra quelle che cambiano il passo rispetto ad altre che, invece, ammettevano sempre l'utilizzazione delle dichiarazioni raccolte *inaudita altera parte* di cui fosse impossibile la ripetizione per causa oggettiva. Così, ad esempio, Cass., Sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, in *Cass. Pen.*, 2004, 33.

⁷¹ Oltre alla bibliografia già individuata, per ulteriori approfondimenti su *Al-Kawaja*, si rinvia a F. ZACCHÉ, *Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

⁷² Diversamente il materiale acquisito è inutilizzabile; l'asserto trova conforto nel concepire una funzione *terapeutica* al vizio in discorso, di correzione - o, forse meglio, di cura - di contegni processuali capaci

Questi avrebbero dovuto essere i criteri impiegati durante il vaglio della Cassazione: nella sentenza appena considerata e nella giurisprudenza successiva non si registrano risultati accettabili su questo piano. Ma tant'è. Prendendo atto della discrasia, se ne dà ulteriore conferma guardando al secondo dei settori d'indagine di cui ci si è ripromessi l'approfondimento.

Occorre considerare, cioè, l'incidente probatorio: si tratta di un istituto che, fisiologicamente, deroga all'immediatezza, a tutto vantaggio della necessità di non disperdere una prova che, per varie contingenze, potrebbe, poi, essere impossibile acquisire⁷³.

L'evidenza è assunta, sì, nella dialettica tra le parti, ma di fronte ad un giudice diverso da quello che sarà chiamato a decidere⁷⁴; inoltre, si versa in un frangente del procedimento nel quale solo il pubblico ministero ha piena contezza degli atti⁷⁵: la segretezza investigativa è garantita dal fatto che l'obbligo per l'inquirente di depositare *tutto* il materiale in suo possesso è previsto per i soli reati dell'art. 392, co. 1-*bis*, c.p.p. e non, quindi, per gli altri⁷⁶. Per parte sua, la difesa può trarre vantaggio dal fatto che, nel fascicolo dibattimentale, transitò il solo atto compiuto in incidente probatorio – estrapolato, cioè, dal resto delle risultanze d'indagine – e, soprattutto, dalla previsione dell'art. 511, co. 2, c.p.p., che subordina la lettura dei verbali pre-dibattimentali all'escussione del dichiarante, beninteso, «salvo che l'esame non abbia luogo»⁷⁷: si tratta delle

di vulnerare le prerogative che i diritti europei e la Costituzione stabiliscono per la difesa. In questi termini, volendo, TRAPELLA, *L'acquisizione della prova dichiarativa*, cit., 173 ss.

⁷³ Così, VALENTINI, *Cronaca di una morte annunciata: l'incidente probatorio e il diritto alla prova*, in *questa Rivista*, 2013, 267 ss. e l'ampia bibliografia ivi richiamata per l'inquadramento dell'istituto.

⁷⁴ Si sofferma lungamente sulle discrasie delle posizioni accusatoria e difensiva nel contesto in parola CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, in partic. 71 ss.

⁷⁵ DI CHIARA, voce *Incidente probatorio*, in *Encicl. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, 554 parla di un «sottile cono di luce» concesso alla difesa con la cognizione dei *dicta* dell'esaminato, a dispetto degli amplissimi orizzonti «ad ampio spettro» del pubblico ministero.

⁷⁶ La censura di legittimità di una siffatta previsione è stata giudicata infondata da Cass., Sez. VI, 26 settembre 2008, Camber, in *Mass. Uff.*, n. 241624 e, più di recente, da Cass., Sez. V, 5 dicembre 2014, Geronzi, in *Mass. Uff.*, n. 263803. Su questi orientamenti, anche GALANTINI, *Incidente probatorio e limiti ai diritti difensivi*, in www.processopenaleegiustizia.it.

⁷⁷ Locuzione, questa, che azzerà la discrezionalità del giudice quanto a definizione degli ambiti in cui dare lettura dei verbali precedenti: in questi termini, ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'escussione dibattimentale*, in *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2005, 139. In argomento e sulla medesima linea, PAULESU, *Mutamento del giudice dibattimentale e diritto alla prova testimoniale*, in *Cass. Pen.*, 1999, 2494.

sole ipotesi di sopravvenuta impossibilità di sentire il *loquens* e di rinuncia della difesa all'interrogazione⁷⁸.

L'equilibrio – si noterà – è assai precario: proprio nella logica del *counterbalancing* che tanto piace al Supremo Consesso, le garanzie concesse alla difesa vanno assicurate al dato normativo che, in fondo, non teme smentite se letto nel suo significato – diremmo – spicciolo.

Eppure non mancano pronunce dall'equivoco tenore: una di esse⁷⁹ esprime un precetto potenzialmente foriero di esegesi contrastanti sia con la *littera* del codice, sia con gli orientamenti che, dall'Europa, giungono a noi in tema di immediatezza e di oralità.

Si legge: «ai fini dell'applicazione dell'ultima parte dell'art. 511 c.p.p., comma 2, 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, in quest'ultima espressione è compreso ogni caso in cui, *per un qualsiasi motivo*, l'espletamento dell'esame non si sia svolto»⁸⁰.

Lo si diceva: l'inciso si presta all'*inventio* e la conferma giunge dal prosieguito, quando la Corte, nell'esemplificare, menziona il caso in cui l'esaminando non compaia, così ereditando tutte quelle perplessità che già insorgono per l'art. 512 c.p.p., letto – s'è visto – nel senso di ritenere la sopravvenuta impossibilità anche nell'ipotesi in cui il teste non si presenti e le ricerche per reperirlo siano state lacunose⁸¹.

Tirando le somme, pure la ricerca sull'oralità conferma un dato già emerso per l'immediatezza. La giurisprudenza domestica muove in direzioni assai diverse da quella europea, a dispetto dei plurimi richiami alle massime – semmai così possano intendersi – di Strasburgo; più che comprenderne il rea-

⁷⁸ Non possono che essere queste le ipotesi, tanto più che – come nota PAULESU, *Mutamento dei giudice dibattimentale*, cit., 2494 – l'art. 514 c.p.p. esige l'applicazione tassativa delle regole sulle letture, giacché eccentriche rispetto al dogma dell'oralità. È, pertanto, impensabile rimettere al giudice l'*inventio* di altre situazioni di deroga rispetto all'esame del dichiarante.

Nemmeno la riforma Cartabia sembra derogare a questo assunto, laddove (art. 11, lett. c), L. n. 134 del 2021) invita il legislatore delegato a prevedere, sì, per perizie e consulenze il previo deposito dell'elaborato tecnico, ma mantiene ferma la disciplina delle letture secondo lo schema della prevalente oralità che s'è appena considerato.

⁷⁹ Cass., Sez. IV, 12 novembre 2014, Dumitru, in *Mass. Uff.*, n. 263285.

⁸⁰ Corsivo nostro.

⁸¹ Al solito la Corte cita un precedente, quasi se, trovando conforto da qualcosa che già sia stato detto in passato, sia possibile renderlo ancora più vero: Cass., Sez. I, 31 gennaio 2000, Petarca, in *Mass. Uff.*, n. 215515.

le significato, esse vengono impiegate per dare credito agli arresti nostrani da cui, però, si ricava l'immagine di un processo penale sempre più lontano dal vagheggiato luogo di equo confronto tra le parti, dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale.

Al contraddittorio si sostituiscono altri interessi: quello a fare in fretta, prima di tutti. Come se l'esame delle asserite responsabilità dell'imputato fosse questione contenibile in un predefinito lasso temporale⁸²: ovvie sono le ricadute sul compendio di conoscenze del giudice e, di lì, sulla qualità delle decisioni. Proprio partendo da questa riflessione, si passerà all'ultimo degli argomenti in trattazione: gli attributi del giudice preposto alla sentenza.

3. Le attribuzioni del giudice che sentenzia, ovvero il rapporto con le parti nel contrasto tra diritto nazionale e principi europei. Lo studio dell'approccio maturato a livello europeo su immediatezza ed oralità consente di apprezzare una geometria dei rapporti tra il giudice e le parti in aperta distonia con le coordinate nostrane: ciò conduce - ed altro non può essere - ad una diversa connotazione dei criteri di equità processuale, come a dire che, a dispetto della somiglianza lessicale degli artt. 111 Cost. e 6 C.E.D.U., il referente costituzionale è applicato a tutela di assetti che non corrispondono appieno a quelli d'oltre confine, donde le difficoltà esplorate nei paragrafi che precedono.

Il dato - confermato dalle evidenze giurisprudenziali più recenti - trova ulteriore conforto in un arresto della scorsa primavera, *Di Martino e Molinari c. Italia*⁸³, da cui traluce una regola europea all'apparenza eccentrica rispetto ad altri precedenti alsaziani⁸⁴.

Il caso era piuttosto lineare. I due ricorrenti, accusati di reati di criminalità organizzata, optavano per l'abbreviato; assolti in primo grado, l'esito del processo veniva ribaltato in appello e, adita per il giudizio di legittimità, la Cassazione riferiva che, per la scelta del rito speciale, la corte del gravame non era

⁸² E che dire, in questo senso, del nuovo art. 344-bis c.p.p., introdotto dall'art. 2, co. 2, lett. a), L. n. 134 del 2021, che, per risolvere le questioni derivate, in materia prescizionale, dalla c.d. riforma Bonafede ha previsto un termine entro il quale contenere l'esame delle impugnazioni, di merito e di legittimità, ritenendo improcedibile il giudizio sul gravame che oltrepassi quel limite cronologico?

⁸³ Corte EDU, 25 marzo 2021, *Di Martino e Molinari c. Italia*. Per un approfondimento, AGOSTINO, *Overturning della sentenza di proscioglimento nel giudizio abbreviato: per la Corte europea non è necessaria la rinnovazione istruttoria*, in *questa Rivista* (online), 2021, 2, 1.

⁸⁴ Tra cui - e, forse, soprattutto - proprio *Dan (2)*.

tenuta al contatto con i testimoni, quindi bene aveva fatto a riformare la pronuncia di prime cure sulla sola base del fascicolo delle indagini preliminari⁸⁵. Interpellata sul tema, la Corte strasburghese riteneva che i giudici italiani non avessero violato l'art. 6 C.E.D.U.: infatti, gli imputati avevano chiesto di essere giudicati sulle carte e avevano, quindi, consapevolmente rinunciato al confronto con i testimoni⁸⁶.

Il principio secondo il quale l'attendibilità di un teste non può essere saggiata mediante una semplice lettura delle sue dichiarazioni⁸⁷ ammette eccezioni che esprimono, ancora una volta, la logica del *counterbalancing*.

Quello che, con immagine evocativa, è stato definito «il carosello dei bilanciamenti»⁸⁸ effettivamente colora di flessibilità l'orizzonte delle garanzie processuali e, in modo inevitabile, finisce per impattare sulle prerogative del giudice.

Con altre parole, la Corte europea responsabilizza l'imputato, facendo ricadere su di lui le conseguenze delle sue scelte: il contraddittorio – e, quindi, pure l'oralità e l'immediatezza – è il luogo in cui si articola la massima espressione del diritto di difesa; in sua assenza, l'accertamento non è impedito al giudice che, semplicemente, si avvicina ai fatti, mancando un contributo partecipato dell'accusato⁸⁹.

⁸⁵ Per quanto non si debba sottacere un orientamento che, leggendo l'art. 603 c.p.p. estensivamente, imponga la rinnovazione dell'istruttoria in appello pure in caso di riforma del proscioglimento reso in abbreviato: Cass., Sez. un., 19 gennaio 2017, Patalano, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di LUPARIA, BELLUTA, *Ragionevole dubbio e prima condanna in appello: solo la rinnovazione ci salverà?* In tema, pure APRATI, *Overtuning sfavorevole in appello e mancanza del riesame*, in *Cass. Pen.*, 2017, 2666.

⁸⁶ In quest'ottica l'opinione che allarga i confini dell'art. 603 c.p.p. all'abbreviato esprime un contesto nel quale l'ordinamento nazionale accorda garanzie più stringenti delle convenzionali: ciò che è perfettamente ammesso dal principio di maggiore favore espresso dall'art. 53 C.E.D.U. In questa direzione, AIUTI, *Condanna in appello e rito abbreviato*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1437.

Sull'argomento, anche VASTA, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nel giudizio abbreviato d'appello*, in *www.processopenaleegustizia.it*.

⁸⁷ Così, oltre agli arresti già richiamati in questo contributo, Corte EDU, 29 giugno 2017, Lorefice c. Italia, ripresa anche dalla recentissima sentenza *Maestri*.

Su Lorefice, BIONDI, *Tanto tuonò che piovve! La prima condanna dell'Italia da parte della Corte EDU in tema di overturning sfavorevole in appello: una sentenza (quasi) annunciata*, in *Cass. pen.*, 2017, 4556.

⁸⁸ Espressione di NEGRI, *Diritto costituzionale applicato: destinazione e destino del processo penale*, in *www.processopenaleegustizia.it*.

⁸⁹ Così, AIUTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il libero convincimento del giudice d'appello*, in *Cass. pen.*, 2014, 3965.

Il parametro convenzionale è infranto solo se tale omissione non è condivisa dalla difesa; in caso contrario, essendo nella sua disponibilità, non c'è incompatibilità con l'art. 6 C.E.D.U.⁹⁰

Riassumendo al massimo, una lettura combinata di *Di Martino e Molinari* e di *Dan (2)* - e, s'aggiunga, di tutta l'altra giurisprudenza europea sull'immediatezza - è possibile, se s'intendono le scelte dell'imputato come variabili da cui dipende l'esatta definizione dei poteri giudiziali: semmai l'autorità interna oltrepassasse il confine così disegnato, scatterebbe la reprimenda da parte dei colleghi di Strasburgo; diversamente, alquanto potrebbe rimproverarsi al giudice nazionale.

La Corte di Strasburgo conferma, insomma, di avvicinarsi ai temi del processo esaltandone una lettura per valori, al di là del dato formale cui appaiono, invece, ancorati i magistrati nostrani.

Eppure, ancora una volta, non si tratta di valutazioni inconciliabili: tutto sta nel riprendere il principio di legalità processuale e nell'adeguarlo al sistema multilivello delle fonti che governano il rito.

Si parta dal dato - invero incontestabile - per cui il diritto processuale enuncia regole capaci di onorare quanto prescritto dal Costituente o dal normatore europeo circa la protezione dei diritti individuali e, quindi, sul rapporto tra il singolo - la parte o il teste - e l'autorità: il giudice.

Tanto basta ad applicare anche al settore d'interesse l'idea - ritornante nel sostanziale - di offensività, intesa come dissidio tra il comportamento di taluno, una norma e, così, i principi di cui essa si fa latrice⁹¹.

La fonte superiore consente di individuare i beni degni di tutela⁹² e di censurare qualunque umano contegno capace di violarli. Il parametro può essere

⁹⁰ In direzione diversa vanno alcune pronunce nazionali che hanno valorizzato l'esigenza di rinvolare l'istruzione dibattimentale in appello ogni volta in cui fosse necessaria la riforma della condanna, anche resa in abbreviato, in modo da consentire al giudice d'appello di apprezzare l'attendibilità dei testi e, quindi, di superare lo scoglio dell'oltre ogni ragionevole dubbio: per tutte, Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, in *questa Rivista* (online), 2016, 2, 1 con nota di GIUNCHEDI, *Ulisse approda a Itaca. Le Sezioni unite impongono la rilevabilità d'ufficio dell'omessa rinnovazione dell'istruzione dibattimentale*.

⁹¹ Va, allora, applicata all'ambito processuale la tesi per cui l'offensività è strumento di salvaguardia dei valori democratici: così, PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità del contenuto delle leggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 360.

⁹² Il principio è condiviso tra i cultori del diritto sostanziale, pur con qualche variazione sul tema: utilissimi approfondimenti in FIANDACA, *Nessun reato senza offesa, Un'introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, a cura di Fiandaca e Di Chiara, Napoli, 2003, 124.

tranquillamente invocato per separare le condotte processuali tollerabili da quelle che, invece, meritano censura per discostarsi dai riferimenti del giusto processo⁹³.

L'idea non è certo di oggi: già negli anni Trenta alcuni orientamenti guardavano ai meccanismi del decidere in ossequio ai superiori valori della buona amministrazione della giustizia, sottraendo la disciplina delle patologie processuali ad eccessive spinte formalistiche⁹⁴.

Diventa, allora, possibile assegnare alle sanzioni processuali una *funzione* - diremmo - *terapeutica* e al giudice, il ruolo di garante dei principi più profondi del *fair trial*, ivi compresi quelli su cui questo contributo si è intrattenu-
to.

È chiaro: il vaglio del decisore interno si compie in un frangente diverso da quello del giudice europeo.

Con una metafora medica, il primo opera laddove i sintomi della malattia siano in corso, mentre l'altro agisce quando già hanno raggiunto la massima gravità: è piuttosto evidente che, dinanzi ad un quadro del genere, la cura debba essere radicale.

Proprio in questa direzione muoverà la parte terminale del lavoro, cercando, così, di offrire soluzione a quella che, più volte, si definiva come la lunga distanza tra Italia ed Europa sui principi del processo.

Ebbene, la visione d'insieme che viene propugnata dal giudice europeo non è di per sé incompatibile con i criteri adottati dalle corti interne per acclarare la legittimità della prova⁹⁵.

Attesa la diversa impostazione, è senz'altro opportuno tornare sul principio di maggior favore e ricordare come si stia discutendo di posizioni giuridiche che

⁹³ Si arriva, così, ad una conclusione in nulla difforme da quella scolpita nella nota Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34.

⁹⁴ Ovviamente il richiamo va ad ALOISI, *Applicazioni giurisprudenziali sui nuovi codici*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, 459.

In questo e in altri scritti, l'Autore pone l'accento sulle conseguenze dei provvedimenti resi da chi esorbita i confini del potere concesso al giudice, stravolgendo l'assetto dei rapporti con le parti e, quindi, i referenti sulla buona amministrazione della giustizia.

⁹⁵ S'è parlato, in merito, di uno scontro-incontro tra legalità diverse. Con questa espressione, RIONDATO, *Ineffettività italiane della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e ruolo del giudice penale interno*, in *www.penale.it*.

meritano il massimo livello di salvaguardia, giacché poste alla base dello Stato democratico⁹⁶.

Bisogna, allora, rammentare che la Corte di Strasburgo si esprime nel senso della violazione dell'art. 6 C.E.D.U. ogni volta in cui la sentenza sia resa sulla base di un percorso processuale iniquo: la prova dichiarativa⁹⁷ assunta in un contesto lesivo degli equilibri tra le parti deve essere stata fondamentale per il decidere; al contempo - in base ai modelli decisionali alsaziani - debbono essere mancati fattori di compensazione a vantaggio della parte che abbia subito la violazione⁹⁸.

La patologia processuale offende i referenti sovranazionali e non può produrre effetti: se così non fosse, l'evidenza viziata rimarrebbe decisiva⁹⁹ ai fini dell'epilogo processuale¹⁰⁰, pur violando i necessari equilibri tra le parti e mutando l'ideale di un giudice che sappia diventarne il tutore.

Il pericolo per la tenuta del paradigma del *fair trial* è evidente.

Il contributo lesivo dei diritti consacrati dalla Convenzione va espunto dal procedere¹⁰¹; l'art. 6 C.E.D.U. - inteso, appunto, quale norma a presidio del *fair trial* - esprime divieti la cui disattenzione nell'acquisire un contributo ne determina l'invalidità: difatti, il testo sovranazionale inibisce l'attività istruttoria condotta in modo da bloccare o da limitare gli equilibri tra le parti, con il ri-

⁹⁶ Come ricordano GATTO, LA ROCCA, *Vent'anni di "giusto processo" e trent'anni di "Codice Vassalli": quel poco che ne rimane ...*, in *questa Rivista*, 2019, 3, 641, ripercorrendo i trascorsi che condussero all'inserimento del giusto processo nella Carta fondamentale.

⁹⁷ Si parla di prova dichiarativa - o, forse meglio, orale - in ragione del tema di studio, ma il discorso - è ovvio - va esteso a qualunque contributo istruttorio, anche documentale.

⁹⁸ Ci si è limitati a richiamare l'idea di iniquità derivabile applicando i criteri *Al-Khawaja*, con costanza evocati dalla Corte europea: per esempi piuttosto recenti, Corte EDU, 22 ottobre 2020, Bokhonko c. Georgia o Corte EDU, 13 ottobre 2020, Zakharov e Varzhabetyan c. Russia, oltre alla giurisprudenza strasburghese sin qui esaminata.

⁹⁹ Nel senso che lo determina, toccando la sostanza della garanzia: quello in discorso è il solo approccio possibile, visto che il modello di equità processuale delineato dall'art. 6 C.E.D.U. è destinato a confrontarsi con ordinamenti nazionali estremamente variabili, pure intrisi di inquisitorialità, come rileva SPAN- GHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino, 2015, 142.

¹⁰⁰ Lo schema è quello delineato in queste parole: «*le fait que la cour considère la procédure "dans son ensemble" pour juger de son caractère équitable signifie, a contrario, que, lorsque la cour admet une violation de l'article 6 CEDH, les irrégularités constatées revêtent une certaine importance et peuvent être de nature à jeter un doute sur le bien-fondé du résultat de la procédure inéquitable*». Così, RUEDIN, *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme: procédure, obligations des Etats, pratique et réforme*, Bruxelles, 2009, 728.

¹⁰¹ Secondo quell'idea di *sanzione forte*, espressa, a proposito dell'inutilizzabilità, da GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 337-338.

sultato di rendere la vicenda processuale espressiva dell'indebito protagonismo di una di esse o - peggio, ancora - del giudice.

Certo - e lo si vede pure leggendo l'arresto *Di Martino e Molinari* - per la Corte europea la lesione dei diritti fondamentali che si traduce in una prova illecita rileva quando questa sia decisiva per il verdetto: solo lì, infatti, ha luogo la violazione del principio di equità¹⁰².

Torna, a questo punto, la dicotomia tra i compiti del giudicante sovranazionale e quelli affidati alle corti domestiche.

Il primo censura l'autorità interna per una condotta contraria all'art. 6 C.E.D.U. che, purtroppo, già ha prodotto effetti sulle parti; il giudice nazionale ha il dovere di evitare un tale scenario, intervenendo in un frangente nel quale non ha ancora chiare le concrete ripercussioni del vizio, poiché il giudizio ancora non è giunto al termine. Non può, quindi, che correggere il tiro, astenendosi dall'uso dell'elemento probatorio ogni volta in cui, in astratto, sia idoneo a squilibrare i rapporti processuali e - meglio ancora - emendando il procedimento istruttorio in modo da assicurare a ciascuno la possibilità di esprimere e di dimostrare le proprie tesi.

Il diritto interno finirebbe, così, per salvaguardare il *fair trial* ad un livello addirittura superiore di quel che deriva dalla Convenzione europea: eliminerebbe, infatti, quelle evidenze che, *in potenza*, contraddirebbero l'art. 6 C.E.D.U., ancorché, nel concreto, non si siano (ancora) rivelate determinanti per la decisione finale.

La declaratoria di invalidità e la fuoriuscita del contributo patologico dal circuito processuale permetterebbero all'autorità nazionale di anticipare l'attivarsi del giudice strasburghese, rendendolo probabilmente inutile.

La sanzione agirebbe esattamente a baluardo dei valori convenzionali; l'autorità domestica s'inserirebbe a processo ancora in corso e impedirebbe alla condotta offensiva di spiegare effetti nefasti sulla complessiva equità del giudizio.

Ecco perché, poco più sopra¹⁰³, si è parlato di una funzione terapeutica dell'inutilizzabilità, estensibile a tutte le sanzioni contemplate dal sistema. Per

¹⁰² In questi termini CASSIBBA, *Art. 6 - Diritto a un processo equo*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Viganò e Ubertis, Torino, 2016, 166 o, dello stesso Autore, *Brevi riflessioni sull'inutilizzabilità delle dichiarazioni estorte con la tortura ai sensi del nuovo art. 191, comma 2-bis, c.p.p.*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁰³ v. *supra*, §2, nota 72, ma il termine è stato utilizzato pure nel corso di questo ultimo paragrafo.

l'identica ragione s'è inteso applicare al settore del processo il principio di offensività, sì da individuare una regola di condotta rivolta proprio al giudice¹⁰⁴, chiamato a rispettare - e a garantire la tutela - dei principi più elevati a presidio del *fair trial*.

Tirando le somme, se è vero che immediatezza ed oralità qualificano il contraddittorio, conferendo connotati effettivi alle posizioni delle parti dinanzi al giudice, lo è del pari che il rapporto tra i comprimari processuali va costruito secondo linee diverse da quelle tracciate dalla giurisprudenza degli ultimi anni; nondimeno, non appaga eleggere l'imputato a perno del sistema o, meglio, a variabile dalla quale dipendono il contegno dell'accusa e la gestione dell'udienza per mano giudiziale.

Piuttosto - e, in modo un po' diverso, da quel che ha stabilito la Corte europea in *Di Martino e Molinari* - bisogna recuperare l'idea di un decisore che non sia *legibus solutus*, ma che, anzi, venga investito del potere di incidere sull'altrui sfera processuale, in quanto (unico) garante dei diritti espressi dalle norme costituzionali ed europee. Proprio in virtù di questo, è ammissibile - anzi, è doverosa - la caducazione di ogni effetto degli atti giudiziali che infrangano le posizioni protette ai più alti livelli dell'ordinamento.

Il paragrafo sulle attribuzioni del giudice che sentenza non può, quindi, che chiudersi con un augurio, che in entrambi i settori della giurisdizione - quello interno e quello sovranazionale - si prenda atto del come sia il giudicante a servire il processo, e non il contrario.

Paga poco investire la magistratura di poteri illimitati, magari funzionali al fare "presto e bene" o serventi a logiche materiali, in grado di portare in secondo piano la reale efficacia dell'accertamento: il rischio - e lo s'è visto bene, analizzando le discrasie tra Italia ed Europa sul piano dei precetti esaminati nel capitolo - è di trasformare il giudizio in altro da quel che dovrebbe essere, con un prevedibile crollo della qualità delle decisioni e - va detto - della fiducia che l'opinione pubblica nutre verso le istituzioni giudicanti¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Qui il riferimento è ovviamente a ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, in *Le nuove disposizioni sul processo penale*, a cura di Gaito, Padova, 1989, 187.

¹⁰⁵ Tematica di grande interesse per la Corte europea: tra le tante e recenti, Corte EDU, 27 ottobre 2020, Ayetullah A.Y. c. Turchia.

Si tratta di argomento di bruciante attualità per il nostro Paese, specie in questi mesi, segnati da scandali e da rivelazioni su alcune logiche di sistema che appaiono così lontane dai principi che i Costituenti avevano individuato per la magistratura. Per alcune riflessioni in materia, SANTORIELLO, *Il pubblico ministero nel "sistema"*; CISTERNA, *La Maja desnuda ovvero gralliti per un ritratto senza veli della ma-*

Proprio questo ultimo passaggio merita un ulteriore cenno di sviluppo.

Ricorre in questi giorni il ventennale della morte di Giovanni Leone a cui siamo debitori di alcuni rilievi sulla figura del giudicante, sviluppati durante i lavori preparatori della Costituzione.

Sarà bene, allora, ricordarne un passaggio: «nessuno può rimanere insensibile ai fatti sociali; ma non bisogna temere la cristallizzazione del giudice; occorre invece assolutamente evitare la cristallizzazione della legge. Il giudice non deve essere altro che l'interprete della legge, nel senso più rigoroso e ortodosso. Le esigenze sociali, il palpito delle riforme sono fenomeni che debbono trovare la loro ripercussione entro la formula della legge; onde la necessità di fare leggi nuove che, rispondendo a queste esigenze, adottino formule di maggiore o minore elasticità. Quando si dice che il giudice decide secondo il suo criterio, soltanto allora gli si può chiedere una sensibilità ai problemi sociali; ma bisogna sempre evitare un allargamento del potere giudiziario, che sarebbe pericoloso»¹⁰⁶.

Il grande giurista ha bene in mente la deriva totalitarista di un diritto penale ispirato ad una legalità “di sostanza”¹⁰⁷, basata sulla coscienza del popolo, come «interpretata dal Führer e i suoi accoliti»¹⁰⁸; egli conosce altrettanto bene le deviazioni cui conduce un processo penale gestito dalle giurie, espressioni di un «diritto libero», che «si esprime attraverso la coscienza popolare, attraverso i sentimenti del popolo», ma che mal si adatta al «sistema della codificazione e della certezza del diritto»¹⁰⁹ di cui necessitava il Paese all'uscita dal conflitto mondiale.

giustizia italiana al tempo del correntismo; VALENTINI, *Il Sistema e il processo penale*; SARACINO, “*Il sistema*” spiegato, tutti editi in un “Confronto di idee”, su *questa Rivista*, 2021, 41 ss.

¹⁰⁶ Queste le parole pronunciate durante la seduta della Costituente, seconda sottocommissione, 17 dicembre 1946. L'intervento integrale è pubblicato in LEONE, *Il mio contributo alla Costituzione Repubblicana*, Roma, 1985, 221.

¹⁰⁷ Magari affidata alla bocca di un giudice monocratico espressione del regime o di più complesse articolazioni collegiali in cui il reale decidente rimanesse, però, sempre ben saldo alla volontà del potere: sotto questo profilo è indispensabile il richiamo a DE MARSICO, *Dogmatica e politica nella scienza del diritto penale*, in *Annali*, 1941, 469 e al suo netto rifiuto al *Führerprinzip* in ambito giudiziario.

¹⁰⁸ LEONE, *Il mio contributo alla Costituzione Repubblicana*, cit., 222.

¹⁰⁹ La critica al processo per giurie veniva sviluppata nel discorso alla seduta dell'assemblea Costituente del 14 novembre 1946: per una lettura completa si rinvia a LEONE, *Il mio contributo alla Costituzione Repubblicana*, cit., 169.

Questo è lo spirito che animava il pensiero di Leone¹¹⁰ e che lo guidò quale autore sostanziale della riforma del 1955, anticipando molti dei caratteri del rito che, guardando all'oggi, ci appaiono ovvi, se non addirittura scontati¹¹¹.

Resta, allora, da trarre le conclusioni. L'*excursus* su un'epoca ormai lontana non è certo fine a se stesso: piuttosto, aiuta a comprendere quanta strada si sia compiuta - e, certo, quanta ancora vada percorsa - sul terreno dei rapporti tra il giudice e le parti, e sui connotati di un decisore realmente giusto.

Oggi - già lo si notava - il tema va studiato anche guardando alle interazioni con gli ordinamenti europei; essi completano l'archetipo costituzionale del *fair trial* e proteggono quell'ordine che esprime i valori fondanti su cui si erige l'idea di Europa: la Piccola come la Grande.

Un esempio per tutti è dato da un caso piuttosto recente, in cui la Corte di Strasburgo ha censurato l'Islanda per alcune irregolarità commesse nella nomina dei giudici d'appello che confermavano la condanna del ricorrente¹¹²; più in particolare notano i giudici europei come le inesattezze riguardassero l'investitura di un componente di nomina governativa, che veniva assegnato al collegio in aperta divergenza con le norme in materia. Si afferma, allora, che non è tanto pericolosa l'intrusione dell'esecutivo negli affari giudiziari, quanto il dato che essa occorra senza il rispetto delle regole all'uopo fissate dal legislatore: di fatto - chiosa la Corte - questo genera un arbitrio governativo, incompatibile con il dogma del giudice equidistante ed imparziale consacrato dall'art. 6 C.E.D.U.

L'arresto sovranazionale fornisce, quindi, assistenza nella protezione dei principi espressi dal diritto domestico: gli eventuali contrasti con la normativa nazionale, su cui a lungo ci si è intrattenuti in queste pagine, sono da evitare e

¹¹⁰ Nella prolusione napoletana del 16 gennaio 1948 Leone accennava ad un processo di parti, di ispirazione accusatoria e rispettoso della libertà individuale, nonché delle altre garanzie personali: e tanto non solo nel rito di cognizione, ma pure nel giudizio sulle misure di sicurezza e in quello preventivo. Tanto ritorna, poi, negli scritti successivi: per tutti, LEONE, *Linee generali di una riforma del processo penale*, in *Intorno alla riforma del codice di procedura penale*, Milano, 1964).

¹¹¹ Con un solo esempio, si guardi all'art. 513 c.p.p. 1930 che, nella sua resa originale, escludeva l'appello delle sentenze rese dalla corte d'assise: norma riscritta proprio dalla novella del 1955, all'origine impediva il gravame verso pronunce di condanna per reati gravi, taluni puniti con la morte. S'aggiunga, da ultimo, che parte della critica mossa da Leone alle giurie popolari tocca il giudicante in argomento, vista la sua peculiare composizione e considerata, quindi, l'esigenza di sottoporre ad un possibile vaglio ulteriore le sue decisioni.

¹¹² Corte EDU, Grande Camera, 1 dicembre 2020, *Gedmundur Andri Astradsson c. Islanda*, reperibile nel suo testo integrale sul sito www.processopenaleegustizia.it.

vanno composti – già s'è detto – nel segno di un ordine valoriale superiore al quale tende sia il sistema interno, sia quello europeo. Questo è il tratto di strada che ancora ci separa dal traguardo di un processo penale realmente giusto.

D'altro canto, il pericolo di un giudice onnipotente è una costante nella storia recente: tra i poteri che esprimono l'autorità dello Stato, il giudiziario è l'unico capace di incidere in via immediata e diretta sugli affari privati. Il richiamo alla legalità¹¹³ è senz'altro utile ad arginare derive e ad affermare un paradigma di giustezza conforme alle fonti superiori: la Costituzione e i diritti europei. Ogni diverso approdo carica il giudice di poteri illimitati e falsa il rapporto con gli attori processuali: il rischio è di decisioni arbitrarie, qualitativamente scadenti e, perciò stesso, imprevedibili. Uno scenario – già si diceva – da scongiurare, non solo perché offensivo dei precetti più elevati a baluardo dell'equità processuale, ma anche perché abile a snaturare l'ortodossia dei rapporti tra l'individuo e la pubblica autorità, incidendo – in modo irrimediabile ed esiziale – sulla tenuta della forma di Stato così bene descritta dai Padri Costituenti.

¹¹³ Ad una legalità che, però, non si abbandoni al cieco formalismo, ma che comprenda il nesso tra valori, principi e regole: le ultime attuano nel concreto i principi che, a loro volta, sono norme valoriali che, cioè, nemmeno esisterebbero, così come vengono formulate, se l'ordinamento non fosse l'espressione di specifiche doti morali, intellettuali o sociali nelle quali finisce per identificarsi. In termini analoghi, BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 1 ma pure ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, 873, pur sotto il particolare profilo dell'esigenza di evitare una commistione di significati tra i lemmi "valori" e "principi".