

QUESTIONI APERTE

Diritto di difesa e rogatorie

La decisione

Assistenza giudiziaria internazionale – Ordine pubblico processuale – Giusto processo – Contraddittorio (Cost., artt. 24, co. 2 e 111, co. 3; Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959, artt. 3 e 4; Accordo aggiuntivo tra Italia e Albania del 3 dicembre 2007, artt. VII e VIII; L. 14 giugno 2011, n. 97, art. 1; C.p.p., artt. 431, co. 1, lett. d) e f), 636 co. 2 e 727, co. 9).

In ogni caso di assistenza giudiziaria internazionale l'atto richiesto deve compiersi secondo la lex fori; al contempo, però, le modalità imposte dallo Stato di esecuzione non possono contrastare con le regole inderogabili del Paese istante: sono tali quelle che, in qualsiasi modo, riguardino l'ordine pubblico e tra esse rientrano le norme tese ad assicurare il pieno godimento del diritto di difesa.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE I, 27 ottobre 2021 (ud. 15 luglio 2021) -TARDIO, *Presidente* - LIUNI, *Relatore* - LOY, *P.G* - N., *ricorrente*.

L'ordine pubblico come limite alla cooperazione con le autorità straniere: la Cassazione fa chiarezza sulle forme dell'assistenza giudiziaria internazionale

Una recente sentenza della Suprema Corte offre l'occasione per ribadire che non sono ipotizzabili forme di assistenza giudiziaria internazionale che violino i principi fondamentali dell'ordinamento richiedente. Viene, allora, in rilievo la nozione di ordine pubblico come limite e fondamento della cooperazione con autorità straniere. Lo scritto punta a dimostrare l'assunto, non senza riferirsi ad evoluzioni del concetto in discorso, tradizionalmente associate alla materia civilistica, ma senz'altro utili anche nel settore penale: ordine pubblico europeo ed internazionale, *in primis*.

The public order as a limit to cooperation with foreign authorities: the Supreme Court clarifies the correct forms of international assistance justice.

A recent sentence of the Supreme Court offers the occasion to reiterate that the forms of international justice assistance violating the fundamental principles of the requesting State are not conceivable. The notion of public order is the limit and the foundation of cooperation with foreign authorities. This article aims to demonstrate the assumption, with reference to the most recent evolutions of the concept of "public order" (european and international public order): it is traditionally associated with civil law, but it is certainly useful also in the criminal sector.

SOMMARIO: 1. Il caso. - 2. Il principio di diritto. - 3. Cooperazione per valori. - 4. Forme, valori, legalità. - 5. Conclusioni.

1. *Il caso.* Con una sentenza del 2007 la Corte d'assise d'appello di Napoli condannava un cittadino albanese per alcuni delitti, tra cui un omicidio pluriaggravato commesso nell'*hinterland* partenopeo tre anni prima.

Qualche tempo dopo l'interessato promuoveva istanza di revisione sulla scorta di due documenti, prodotti in copia fotostatica, diretti a dimostrare che, nel periodo dei fatti in addebito, egli si trovava ricoverato in un ospedale di Scutari (Albania) per i postumi psichici seguiti ad un sinistro stradale occorso tre giorni prima dell'omicidio.

Ammissa l'impugnazione straordinaria, la corte d'appello di Roma riteneva l'ineadeguatezza della documentazione presentata a costituire prova nuova: la Cassazione, adita contro il pronunciamento del giudice della revisione, lo annullava con rinvio, affermando che il rigetto era stato reso senza alcun approfondimento istruttorio funzionale a stabilire la provenienza e la veridicità di quanto esibito dal condannato¹.

Investita del nuovo giudizio, la corte d'appello capitolina respingeva nuovamente la domanda di revisione, previa richiesta di assistenza giudiziaria all'autorità albanese onde verificare l'autenticità dei documenti adottati dall'interessato e le modalità con cui era stata accertata l'identità della persona presentatasi all'ospedale di Scutari nel giorno dell'incidente.

Con un maggiore grado di precisione, il giudice del gravame si limitava a dettare a verbale la domanda di cooperazione: non c'era una vera e propria istanza di rogatoria, con conseguente impossibilità per la difesa di comprendere le modalità di svolgimento dell'incombente e, quindi, di parteciparvi. Nei fatti, poi, veniva escusso il medico psichiatra che aveva avuto in cura il condannato: il professionista era sentito da un ufficiale di polizia giudiziaria albanese; l'adempimento veniva, quindi, inteso come un atto investigativo e trattato come tale, in assenza di un rappresentante della difesa. Ciò impediva al procuratore del condannato di approfondire alcuni temi utili a smontare il teorema accusatorio, che rimanevano inesplorati con susseguente mancata acquisizione di una prova liberatoria realmente decisiva.

Il nuovo rigetto della corte d'appello si fondava, poi, sulla ritenuta inattendibilità del teste escusso: contro tale decisione era promosso ricorso alla Suprema Corte, lamentando la violazione del diritto della difesa di partecipare alla rogatoria in Albania, l'inutilizzabilità dei *dicta* raccolti all'estero come atto investigativo – e, dunque, non considerabile nei termini di una prova in dibattimento – e l'omessa assunzione di decisivi riscontri a discarico, attesa l'ingiustificata esclusione del difensore dal relativo procedimento acquisitivo.

¹ Cass., Sez. V, 21 giugno 2019, Nikolli, in *Mass. Uff.*, n. 277538.

2. *Il principio di diritto.* L'esame delle risultanze processuali e delle fonti normative² e pretorie³ utili a governare il caso conducono la Cassazione ad accogliere il ricorso.

Più in particolare, il Supremo Consesso ricorda che «la domanda di assistenza giudiziaria crea un rapporto tra Stati, ciascuno dei quali si presenta nel proprio ordine indipendente e sovrano; il medesimo principio postula che, da un lato, l'esecuzione materiale degli atti richiesti debba necessariamente avvenire nei modi previsti dalla *lex fori* e, dall'altro, che la valutazione delle attività espletate (ossia degli effetti che a detti atti possono essere riconosciuti) vada condotta alla stregua dell'ordinamento richiedente», non potendosi attribuire conseguenze sul piano processuale ad attività espletate in maniera da contrastare con le «leggi interne proibitive concernenti le persone e gli atti e con quelle che, in qualsiasi

² Si tratta: *a)* dell'accordo aggiuntivo stipulato a Tirana il 3 dicembre 2007 tra Italia e Albania, e ratificato dal nostro Paese con L. 14 giugno 2011, n. 97 nel quale, per l'acquisizione di prove dichiarative all'estero, si stabilisce che l'incombente è condotto dall'autorità giudiziaria dello Stato richiedente (o sotto la sua direzione) e in base al suo diritto interno; *b)* dell'art. 4 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria (Strasburgo, 20 aprile 1959), per il quale, su richiesta dello Stato istante, l'autorità richiesta lo informerà della data e del luogo di esecuzione della rogatoria e il primo avrà sempre diritto di assistervi; *c)* l'art. 431, co. 1, lett. *d)* e *l)* c.p.p., che inserisce nel fascicolo dibattimentale i materiali acquisiti attraverso rogatoria che, quindi, – dice la Corte – debbono essere raccolti nel rispetto delle regole sul giusto processo; *d)* l'art. 727, co. 9, c.p.p., che avrebbe dovuto indurre la corte d'appello romana a specificare le modalità e le forme dell'atto istruttorio ai fini della sua utilizzabilità: ciò che, appunto, nel caso in parola non accadeva, con corrispondente doglianza della difesa.

³ Cass., Sez. I, 8 novembre 2007, Sommer e altri, in *Mass. Uff.*, n. 239193, rammenta come sono utilizzabili le deposizioni testimoniali raccolte all'estero senza la partecipazione del difensore; occorre, però, che questi abbia ricevuto l'avviso dell'esame e sia stato posto in condizione di partecipare all'attività istruttorie, potendo, altresì, espletare le facoltà che gli derivano dal mandato difensivo. Questo – rimarcano i giudici di legittimità – perché, se è vero che l'atto dedotto in rogatoria segue le regole dello Stato richiesto, lo è del pari che non può violare le norme inderogabili di ordine pubblico e di buon costume del Paese richiedente. In rima, Cass., Sez. VI, 1 dicembre 2010, De Falco, in *Mass. Uff.*, n. 248963, inserisce tra il patrimonio di principi indefettibili proprio il diritto di difesa, da garantirsi senza eccezioni pur quando all'atto non presenzi l'imputato. Ne deriva che l'infrazione di questi precetti cagiona l'inutilizzabilità della prova raccolta in spregio alle più basilari prerogative difensive: proprio in questi termini, molto recente, Cass., Sez. I, 5 marzo 2021, *Z.*, in *Mass. Uff.*, n. 281646.

I rilievi sin qui sintetizzati erano stati anticipati da Corte cost., sent. 13 luglio 1995, n. 379, che conferiva all'autorità interna il compito di valutare, caso per caso, se il contenuto dell'atto compiuto all'estero fosse o meno utilizzabile, in base ad un vaglio di compatibilità con gli essenziali principi dell'ordinamento nostrano: la Consulta, nella pronuncia citata, si riferiva proprio all'art. 24, co. 2, Cost. che esige, ai fini dell'effettività del diritto di difesa, la partecipazione del difensore all'assunzione della prova. Questo adagio è stato, poi, ripreso dalla Suprema Corte, ad esempio, in Cass., Sez. I, 7 ottobre 2005, Schneeberger, in *Cass. pen.*, 2006, 4148, oltre che nella giurisprudenza già ricordata.

modo, riguardano l'ordine pubblico».

È facile, allora, per la Corte rigettare l'obiezione della pubblica accusa, secondo la quale non vi sarebbero state esplicite richieste difensive di presenziare all'acquisizione dei *dicta* del medico psichiatra: l'assenza di una vera e propria istanza di rogatoria da parte del giudice romano – che, s'è visto, si limitava a sunteggiare la domanda di assistenza nel verbale d'udienza – rendeva non lineare la genesi dell'incombente probatorio, con conseguenti ostacoli alla funzione difensiva: in altri termini, se la corte d'appello avesse preventivamente individuato gli atti da compiere all'estero, indicando, tra essi, la raccolta delle dichiarazioni del sanitario, in capo alla difesa si sarebbe innescato il dovere di domandare di essere presente all'atto. Così non è stato, donde l'inconsistenza dell'argomento espresso dalla Procura generale.

Piace, allora, il rinvio ai valori superiori che debbono necessariamente ispirare l'attività processuale, anche quando sia svolta con il contributo del giudice o dell'investigatore estero. Meglio detto, l'esplicito richiamo ad un'idea di ordine pubblico al quale informare la collaborazione con l'autorità straniera offre lo spunto per sviluppare alcune riflessioni, utili a comprendere la sentenza che si annota.

3. Cooperazione per valori. L'idea di ordine pubblico, così bene evocata dalla sentenza in nota, rimanda all'esigenza di salvaguardare un interesse generale e di applicare meccanismi funzionali all'obiettivo: si tratta, insomma, di proteggere i valori sui quali si fonda la coesione del corpo sociale e, di lì, la sua identità⁴.

Negare l'applicabilità del concetto nei rapporti tra l'autorità e i singoli significa ammettere l'evenienza di atti espressivi del pubblico potere, capaci di elidere i tratti più tipici – meglio: individualizzanti – della nazione o, più in generale, del gruppo di riferimento⁵. La chiosa suona inaccettabile, poiché in grado di

⁴ Il riferimento è ovviamente all'opera di PICHERAL, *L'ordre public européen: Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Parigi, 2001, 4. L'Autrice applica la nozione al contesto europeo, ma la riflessione di fondo – e, cioè, l'esigenza di proteggere i valori che identificano un dato contesto sociale e ne permettono, così, la sopravvivenza – vale anche in altri settori: il diritto nazionale e i rapporti tra autorità straniere, non necessariamente segnate dalla comune appartenenza alla Piccola o alla Grande Europa.

⁵ Per esempio, e ancora una volta, dell'Unione europea, come rimarca ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Les droits fondamentaux: frein ou moteur de l'intégration européenne*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2019, 220 o, dello stesso Autore, *Constitution européenne et droits fondamentaux*, in

annullare la stessa premessa del ragionamento e, cioè, l'esistenza di una compagine abile a darsi regole di condotta derivanti dalla condivisione di valori comuni.

Con sintesi estrema, l'ordine pubblico – e, così, il complesso di doti morali ed intellettuali di cui consta e, per quella via, le regole che ne vengono poste a presidio – fonda l'identità sociale⁶ del singolo e, quindi, la sua appartenenza al gruppo.

Calando queste riflessioni nel diritto pubblico nazionale – ed escludendo, per ora, i rilievi sull'idea di un ordine a livello europeo o di organizzazioni internazionali – è intuitivo come la tendenza ad informare ogni settore della vita associata ai valori comuni operi anche nelle relazioni con le autorità straniere: se così non fosse, lo Stato annullerebbe se stesso ogni volta in cui entrasse in contatto con l'estero.

Ecco, allora, che rapporti oltre confine sono certamente possibili, a patto che siano rispettosi delle identità degli attori coinvolti e, in una battuta, dei valori di cui gli stessi si fanno promotori. Le parti agiscono sulla scia di schemi condivisi, ispirati ad un'idea di ordine unanimemente accettata: proprio questa ultima considerazione conduce, oggi, a ritenere la possibilità di riferire la nozione in discorso alla Piccola e alla Grande Europa⁷, o di applicarne una omologa su scala internazionale⁸.

Certo, già quasi mezzo secolo fa si notava come l'ordine pubblico, pur intendendolo a presidio di esigenze di portata universale, possa tutelarle solo in quanto sia entrato a fare parte dei valori irrinunciabili dello Stato cui si riferisce⁹. La considerazione non smentisce gli assunti iniziali: ritorna, infatti, il dato per

www.upmf-grenoble.fr.

⁶ Giusto un cenno all'elaborazione della teoria dell'identità sociale e all'opera di TAYLOR, MOGHADDAM, *Teorie dei rapporti intergruppi*, Padova, 2001 o TAJFEL, *Gruppi umani e categorie sociali*, Bologna, 1999.

⁷ Già Corte EDU, 23 marzo 1995, Loizidou c. Turchia promuoveva un'idea di ordine pubblico derivante dalla convergenza dei trattati unionisti e della Convenzione E.D.U. L'idea ritorna anche in dottrina, pur maggiormente tra gli studiosi del diritto internazionale privato: per tutti, NADAUD, *Codifier le droit civil européen*, Bruxelles, 2008, 111; SUDRE, *L'apport du droit international et européen à la protection des droit fondamentaux*, in *SFDI, Droit international et droit communautaire - Perspectives actuelles*, Parigi, 2000, 181. Dello stesso Autore, l'argomento viene approfondito nella quindicesima edizione di *Droit européen et international des droits de l'homme*, Parigi, 2021.

⁸ Ad esempio per giustificare il funzionamento di corti penali internazionali: l'evoluzione di questo concetto è spiegata da ARMONE, *L'ordine pubblico internazionale tra identità e condivisione*, in www.questionegiustizia.it.

⁹ PALAIA, *L'ordine pubblico «internazionale»*, Padova, 1974, 19.

cui, se l'autorità domestica si avventurasse in rapporti con l'omologo straniero, basati su principi che, al proprio interno, non riconosce o, addirittura, contrasta, si giungerebbe all'assurdo di negare l'identità nazionale nelle relazioni con l'autorità straniera.

Se la questione viene inquadrata in questo modo, è possibile evitare degenerazioni come quelle temute da chi legge l'ordine pubblico come strumento di controllo sociale e di affermazione del potere politico¹⁰; nondimeno, diviene inutile attribuire alla nozione in argomento distinti rilievi interni e sovranazionali: se - come ha ammesso la giurisprudenza in talune occasioni¹¹ - l'Italia contribuisce a realizzare un "nuovo" ordine internazionale, ciò accade perché il nostro Paese condivide con gli altri attori del percorso una precisa concezione dell'individuo e delle sue esigenze nella società.

I rilievi sin qui sintetizzati sono riconosciuti in modo stabile dal codice di rito: l'art. 696, co. 4, c.p.p. cede al ministro della giustizia il potere di non dare corso alle domande di cooperazione giudiziaria quando lo Stato richiedente non dia idonee garanzie di reciprocità. Il disposto si applica alle relazioni extraunioniste¹², essendo per le altre previste un dialogo tra giudici che esclude l'esecutivo e prevalendo per esse - su espressa previsione dell'art. 696, co. 1, c.p.p. - il diritto dell'Unione¹³. Con altre parole, se entro i confini della Piccola Europa si applicano regole condivise, figlie di valori comuni e accettati, *ultra fines* la Nazione che ha interesse a coinvolgere l'autorità nostrana in un'attività processuale deve dimostrare di riconoscere alla persona gli stessi diritti che, per

¹⁰ GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Bari, 2008, 31 parla di «incubo parossistico dell'ordine pubblico».

¹¹ Cass. civ., Sez. I, 20 maggio 2011, Repubblica Federale di Germania (ric.), in *Mass. Uff.*, n. 618107 ha affermato che le nuove «conquiste civili dell'umanità, e del nostro continente in particolare, configurano un nuovo ordine pubblico internazionale ed europeo alla cui realizzazione il nostro Paese, insieme alla Germania e alla Grecia, ha pienamente contribuito. Rispetto a questa nuova configurazione dell'ordine pubblico internazionale il dettato costituzionale italiano è non solo coerente, ma è anche diretto alla sua piena attuazione nel territorio nazionale». Dunque, il nostro Paese riconosce i valori promossi nei rapporti con Germania e Grecia, li fa propri nel diritto interno e li condivide con gli altri Stati nelle relazioni sovranazionali.

¹² Secondo la condivisibile analisi di DE AMICIS, *Lineamenti della riforma del libro XI del codice di procedura penale*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹³ Ed operando, per le sole materie non governabili dal diritto europeo od internazionale, il principio del mutuo riconoscimento sancito, per la tutela dei diritti fondamentali, dall'art. 696-ter c.p.p. per l'accusato o per il condannato e dall'art. 696-decies c.p.p. per i terzi. *Amplius*, MARCOLINI, *Mutuo riconoscimento, efficienza della cooperazione giudiziaria e diritti fondamentali*, in *Processo penale e regole europee*, a cura di Ruggieri, vol. II, Torino, 2018, 7-8. Opportunamente l'Autore rimarca come l'art. 696-ter c.p.p. richiami solo l'art. 6 T.U.E. e la Carta di Nizza ma come, ugualmente, tale indicazione sia da ritenersi estensibili anche alle fonti lì richiamate: C.E.D.U. e protocolli, presenti e futuri.

ciascuno, l'ordinamento domestico afferma.

Ancora, e procedendo per esempi, l'art. 698, co. 1, c.p.p. inibisce l'estradizione laddove ci sia il timore che vengano vulnerati i diritti del consegnando; in tema di rogatorie, la contrarietà ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano causa l'esito negativo del controllo politico-amministrativo (art. 723, co. 5, c.p.p.)¹⁴ e di quello giurisdizionale (art. 724, co. 7, lett. a), c.p.p.) sulla richiesta di assistenza¹⁵.

Insomma, senza timore di derive nazionaliste, il legislatore – sia quello del 1988, sia quello del 2017 – ha tutelato la sovranità nazionale nella collaborazione con l'autorità straniera: o – come accade allorquando ci sia un trattato o si proceda all'interno dell'Unione – le parti sono vincolate da norme pattizie e, quindi, da interessi, esigenze e valori comuni e accettati, o deve aversi prova che lo Stato straniero riconosca le medesime situazioni fondamentali e persegua le stesse concezioni dei rapporti tra potere ed individuo che sono propuginate dall'ordinamento italiano.

È corretto, allora, parlare di una cooperazione *per valori*, essi costituendo il fondamento e il limite dei rapporti con l'autorità straniera e senza contraddizioni – s'è visto – rispetto alla concezione – diremmo – nazionale dell'ordine pubblico: infatti, la comunanza di valori rende possibile la collaborazione tra Stati in quanto ciascuno di essi, al proprio interno, li promuove¹⁶.

La sentenza in nota conferma l'approdo, atteso che l'atto dedotto nella rogatoria – cioè l'audizione del professionista sanitario – si compiva secondo un *iter* estraneo alle regole del rito nostrano che, invece, si preoccupano di proteggere il diritto di difesa: valore indefettibile, la sua violazione bloccava ogni ipotesi di collaborazione con l'autorità albanese, rendendo impossibile recepire, nel processo romano, i contenuti delle dichiarazioni raccolte senza avere dato alla difesa la possibilità di partecipare all'escussione.

¹⁴ La norma parla di contrasto «evidente»: trattandosi di una valutazione discrezionale del ministro, anche se non fosse una difformità così vistosa, il vaglio del governo resterebbe comunque insindacabile al giudice: così, CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 1261.

¹⁵ Ipotesi, questa, riconducibile con evidenza al criterio del pregiudizio ad interessi essenziali del Paese, indicato dall'art. 2 della Convenzione di Strasburgo del 1959, peraltro menzionata nella pronuncia che si annota tra le fonti utili a governare il caso.

¹⁶ Questo, nell'ottica per cui sono i principi fondamentali che esprimono e si fanno promotori di un certo valore, come rammenta BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 1. La considerazione consente di superare l'uso promiscuo che si fa dei termini “principi” e “valori”, entrambi riferibili a beni come la persona, la vita, la sicurezza, ecc. Così, ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, 873.

Fermi questi rilievi e richiamati i principi più generali della cooperazione giudiziaria, si tratta ora di meglio comprendere che cosa debba intendersi per “valori”: esattamente a questo sarà dedicato il paragrafo che segue.

4. *Forme, valori, legalità.* Non può spaventare l'immagine di un giudizio penale espressivo di valori superindividuali: non è una rinuncia né alle forme che, inevitabilmente, lo caratterizzano, né alla legalità a cui deve ispirarsi. Al contrario, ha un senso trattare di patologie processuali in quanto le condotte devianti violino i precetti più profondi che informano l'attività di giustizia.

D'altro canto, se – come pure s'è accennato – i principi sono norme valoriali¹⁷ e se le regole li realizzano nello specifico di un contesto¹⁸, sono impensabili assetti normativi in contrasto con i dettami fondamentali; ugualmente, è possibile colmare eventuali lacune normative con il richiamo ai principi generali. Proprio in questa direzione, già in passato, s'è fatto richiamo a postulati di giustizia – diremmo – sostanziale per conciliare il rigore di un sistema – quello del codice del '30 – calibrato su un esasperato formalismo con una visione più garantistica del rito penale¹⁹.

Nella lettura della pronuncia in nota, il cenno alla genesi di un concetto cardinale come quello di abnormità serve a comprendere come l'ideale di una giustizia penale “per valori” non sia novità di oggi, e tanto basta a privare di effetti²⁰ la condotta processuale offensiva dei principi fondamentali che ispirano i rapporti tra le parti e l'autorità.

Torna il concetto di sanzione come conseguenza di un contegno estraneo alla regolare dinamica del rito, fatta di adempimenti funzionali all'accertamento del reato in una dimensione dialogica tra le parti in giudizio: il contraddittorio come strumento irrinunciabile del procedere, quindi²¹. O, in altri termini, come

¹⁷ Di più: sono elementi connotati all'ordinamento che soddisfano un'«esigenza di giustizia o di correttezza», DWORKIN, *I diritti presi sul serio (1977)*, trad. di Muffato, Bologna, 2010, 90.

¹⁸ O, forse meglio, di ciò che è possibile sul piano fattuale e giuridico, richiamando ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, a cura di Di Carlo, Bologna, 2012, 101.

¹⁹ Si rinvia, ovviamente, ad ALOISI, *Applicazioni giurisprudenziali sui nuovi codici*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, 449 o, dello stesso Autore, *Manuale pratico di procedura penale*, Milano, 1952, II, 44. In tema, per considerazioni analoghe, ESCOBEDO, *Limiti di applicazione dell'art. 190 c.p.p. con particolare riferimento alle sentenze in materia di contravvenzione alla legge sismica*, in *Giust. pen.*, 1935, IV, 81.

²⁰ O, meglio, ad escluderla dall'esistenza della specifica vicenda. Su questo argomento, oltre alla bibliografia già indicata, GERACI, *Il doppio volto dell'abnormità: profilo processuale e disciplinare a confronto*, in www.processopenaleegiustizia.it.

²¹ Nulla di originale v'è nell'affermare la natura del contraddittorio come mezzo per accertare il fatto. Per

valore più tipico e profondo dell'attività giudiziale²². Così inquadrati i termini della questione, a trarne le somme, è abbastanza chiaro che l'attività istruttoria che si compia in modo da annullare la posizione di una delle parti, estromettendola dal contatto con il teste e con l'autorità precedente sia destinata a censura e resti improduttiva di conseguenze.

Se il discorso vale a livello nazionale, s'impone con maggiore forza nei contatti con l'autorità straniera, non potendosi di certo annientare i precetti fondamentali del procedere nostrano nell'interlocuzione con l'inquirente o con il giudice oltre confine.

Il teorema è ormai dimostrato; resta solo da approfondire ulteriormente quel rapporto tra valori, principi e legalità che viene annunciato nel titolo di questo paragrafo: la sentenza in nota attesta perfettamente come non ci siano pericoli per il giudice "soggetto solo alla legge" nel caso in cui si accetti una prospettiva valoriale del processo.

La conclusione cui perviene il Supremo Consesso esalta il contraddittorio, che va sempre assicurato in quanto «elemento fondante dell'istruttoria processuale», da compiersi - si legge - in conformità ai «principi dell'ordine pubblico processuale interno», avverati dall'attuale assetto processuale e, in particolare, dall'art. 431, co. 1, lett. *f*, c.p.p. il quale, dopo la legge Carotti²³ e recependo l'orientamento della Consulta²⁴, permette l'ingresso degli atti assunti mediante rogatoria nel fascicolo dibattimentale *solo se* i difensori siano stati posti in grado di assistervi e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana.

Questo passaggio conferma la corretta lettura dei vari livelli di disciplina del rito penale. In una sola battuta: le regole realizzano i principi che sono a loro volta espressivi di quei valori che, letti nella loro complessità, configurano i tratti tipici del sistema processuale.

Ecco perché non c'è pericolo per la legalità e perché essa non è posta in discussione dal ricorso all'*analogia iuris* qualora il dato normativo sia lacunoso o

un'analisi dell'evoluzione del concetto - tema centrale nella letteratura processualpenalistica - v. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del) - II Dir. proc. pen.*, in *Enc. giur. Treccani, Agg. VIII*, Roma, 2001.

²² Un affresco dei nodi più problematici nel rapporto tra contraddittorio e oralità, in SPANGHER, *Oralità, contraddittorio, aspettative di verità*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di Negri e Orlandi, Torino, 2017, 27.

²³ E superando la L. 7 ottobre 1992, n. 356 che ammetteva l'ingresso degli atti acquisiti all'estero indipendentemente dal dato che l'ordinamento straniero imponesse per esso il rispetto del contraddittorio.

²⁴ Si tratta sempre di Corte cost., sent. 13 luglio 1995, n. 379, cit.

male espresso.

Proprio in questo senso, prima di rinviare gli atti ad un nuovo giudizio di revisione, la sentenza in nota rileva «la non lineare genesi dell'incombente istruttorio»: la corte romana, infatti, non aveva «preventivato *ab origine* che gli approfondimenti richiesti ... sarebbero sfociati nell'audizione di una persona informata sui fatti, circostanza che avrebbe innescato il dovere della difesa di chiedere di partecipare all'assunzione di tali informazioni».

Da un lato, infatti, in udienza era stato assegnato al consigliere relatore il compito di stilare la rogatoria da rivolgere all'autorità albanese, indicando i temi di indagine da approfondire; dall'altro, solo successivamente, era emersa l'esigenza di sentire persone capaci di fornire risposta sugli argomenti in richiesta. La normativa interna in punto di rogatorie per l'estero non detta formule sacramentali, né impedisce all'istante di concertare con il proprio comprimario attività esplorative collegate a quelle inizialmente dedotte nella richiesta di collaborazione.

Qualora si profili la necessità di allargare l'attività istruttoria, però, non bisogna perdere di vista le «norme processuali italiane, inderogabili sul punto della necessaria partecipazione della difesa» all'incombente. In questo l'arresto annotato svela tutta la propria importanza.

Non paga il cieco formalismo o l'affermare che, in un dato punto del codice, non siano espresse previsioni sanzionatorie, così da ratificare, magari, prassi contrarie agli irrinunciabili dettami di correttezza processuale²⁵; la legalità orientata ai valori²⁶ diviene, allora, la sola strada percorribile: le norme che preannunciano le forme processuali esprimono il modello di giudizio tratteggiato

²⁵ Condivisibile l'atteggiamento di sfiducia che ZILLETTI, *Simpliciter et de plano et sine strepitu advocatorum*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, cit., 231 matura nei riguardi dell'art. 124 c.p.p. come veicolo di tutela della legalità processuale.

Nello stesso volume SPANGHER, *Oralità, contraddittorio*, cit., 34 collega il principio di legalità formale del processo all'art. 124 c.p.p., definito come una «norma dimenticata» e parte del più ampio scenario di «declassificazione» delle invalidità e di *invenio* giurisprudenziale sulle regole connesse al godimento delle garanzie di parte.

²⁶ S'è detto che «legalità processuale ... vuol dire conformità delle decisioni alle regole imposte dal legislatore» (LORUSSO, *Interpretazione, legalità processuale e convincimento del giudice*, in *www.penalecontemporaneo.it*): la norma dev'essere ispirata ai valori che riempiono i principi di cui si fa portatrice. Il problema - lo ricordiamo - sorge con la regola mal scritta e la soluzione risiede - ancora una volta - nei principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato, esattamente com'è imposto dall'art. 12 delle Preleggi allorquando non sia possibile il ricorso al criterio letterale o ad altre disposizioni di pari rango regolabili casi analoghi. Sul tema, VALENTINI, *Norme processuali penali e interpretazione*, in *Cass. pen.*, 2019, 3402.

dalle fonti superiori²⁷; ogni prassi deviante e qualunque lettura abile a contrastare l'assunto merita censura.

5. *Conclusioni.* La prospettiva coltivata dalla Suprema Corte impone di leggere nel lemma "ordine pubblico" il riferimento ai dettami più essenziali del modello di correttezza - di più: di giustizia - processuale in essere. Al contempo, esso diviene il limite all'agire di giudici e parti, sia nei rapporti giuridici di diritto interno, sia nei contatti con l'autorità straniera.

Non ci sono eccessi di nazionalismo: al contrario, gli stessi valori che - s'è visto - assicurano lo sviluppo fisiologico del processo, consentono l'interlocuzione oltre confine e, se condivisi, contribuiscono allo sviluppo di stabili schemi di assistenza reciproca, come quelli consolidati *post* Lisbona a livello unionista.

Negare l'assunto - peraltro consolidato da tempo in settori diversi dal penale - sarebbe assurdo, così come lo sarebbe disconoscere la cogenza di concetti basilari come il contraddittorio o il diritto di difesa. Ecco perché piace il passaggio in cui la Cassazione nega rilievo alla tesi della pubblica accusa nel caso in nota: «risulta recessivo il dato, richiamato dal Procuratore generale, che non vi fossero richieste difensive in tal senso», cioè finalizzate a partecipare all'escusazione del teste. Non avrebbe potuto onerarsi la difesa dell'obbligo di formulare apposita istanza per prendere parte ad un adempimento di cui neppure era data traccia nell'ordinanza della corte romana, ma che è risultato necessario a seguito degli sviluppi dell'attività esplorativa condotta sul territorio albanese.

Il percorso argomentativo della Corte convince perché evita ostacoli alla difesa, incompatibili con le prerogative dettate dalle fonti superiori; di più, il Collegio assicura il contraddittorio, senza distinzioni tra le parti ed evidenzia come l'argomento invocato dalla procura avrebbe finito pure per elidere le potenzialità dialogiche della pubblica accusa. È necessario, infatti, rendere possibile «l'intervento della difesa, nonché - si aggiunge - quello dell'accusa, ripristinando il contraddittorio».

Alla tesi del procuratore non viene in soccorso nemmeno la nozione di interesse processuale, non invocabile di certo dinanzi ad una prova formatasi in maniera tanto tortuosa com'è stato nel caso di specie e secondo uno schema in

²⁷ Piace ricordare le parole di BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), edizione curata da Venturi, Milano, 1994, 92: «formalità e cerimonie sono necessarie all'amministrazione della giustizia»: esse «niente lasciano all'arbitrio» del giudice. Giustissimo! Occorre, quindi, evitare che un attaccamento esasperato alle forme crei prassi abili a svilire l'assetto dei principi più profondi sui quali si erige il processo penale.

parte non conosciuto – né, invero, conoscibile – dalla difesa.

Troppo facile sarebbe stato dire che la parte privata non ha presenziato all'incombente perché non lo aveva chiesto: si sarebbe trattato di una tesi eccessivamente semplicistica, abile, forse, a proteggere quell'esasperata idea di efficienza che sempre più spesso traluce dagli atti processuali e che, altrettanto di frequente, si trasforma in uno strumento per evitare – o, almeno, per limitare – l'attiva partecipazione della difesa mediante eccezioni, rilievi, istanze o, più in generale, osservazioni di qualsiasi tipologia.

Questi rilievi finali consolidano gli assunti a più riprese espressi lungo la nota. Il ritorno ad un'interpretazione per valori, il ricorso all'*analogia iuris* e l'espunzione di ogni condotta processuale che devii dall'ortodossia dei principi è necessaria per scongiurare l'arbitrio giudiziale o il dominio di prassi indebitamente dannose per la difesa.

Non c'è, in questo senso, una contrapposizione tra fattispecie e valori²⁸, che, sul prevalere dei secondi, renderebbe poco governabile l'*iter* decisorio del giudicante con successiva imprevedibilità delle pronunce²⁹: occorre, infatti, intendere correttamente i termini in gioco, evitando di considerare i valori arnesi *bons à tout faire*. Al contrario – e già lo s'è visto³⁰ – essi sono espressi da quei principi che, necessariamente, orientano le norme le quali, da ultimo, governano le fattispecie.

Disponendo in questo modo i livelli di regolamentazione del processo – ma, più in generale, della vita associata – ben si nota come l'assenza di valori genererebbe anarchia, con annullamento del fine ultimo dell'opera legislativa, cioè dare un ordine alle cose. Un ordine che, nel rito penale, conduce a decisioni prevedibili, assunte sulla base dei contributi delle parti, raccolte secondo uno schema dialogico che consenta la partecipazione di tutti gli interessati; un ordine che, quindi, vincola tanto il magistrato, quanto la parte privata e che evita esercizi di creatività incompatibili con l'esercizio dell'attività giurisdizionale secondo l'archetipo del giusto processo.

FRANCESCO TRAPPELLA

²⁸ Nel senso temuto, ad esempio, da alcuni civilisti: in tal senso, IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, *passim*.

²⁹ Preoccupazione espressa, sempre nel campo civile, da CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017.

³⁰ Richiamando BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 1.

