

## CULTURA PENALE E SPIRITO EUROPEO

---

**ALFREDO GAITO, GENNARO GAETA**

### **Legislatori e Corti nazionali sul funzionamento del processo a seguito dell'emergenza: prospettive di adeguamento agli obiettivi europei e perduranti resistenze interne\***

Lo scritto intende fornire le coordinate essenziali delle recenti tendenze, talvolta opposte, manifestate dal legislatore e dal diritto vivente rispetto alla domanda di adeguamento, proveniente dal formante sovranazionale, sul piano della tutela dei diritti nel processo. L'analisi passa in rassegna i principali terreni di "scontro" e segnala l'urgenza di introdurre un apposito strumento di controllo delle violazioni dei diritti, per prevenire la censura delle Corti europee.

*"Law in the books" and "law in action" about the criminal trial after the emergency: hypothesis of adjustment to European principles and internal resistance.*

*The paper provides the guidelines of the recent tendencies of the legal system about the adjustment to the European rights of the defendant. The analysis reviews the main critical points and highlights the urgency of introducing a way to monitoring violations of rights, to prevent conflict with the European Courts.*

**SOMMARIO:** 1. Il contesto in cui nasce la riflessione. - 2. La posizione del legislatore più recente. - 3. Testimonianze giurisprudenziali del perdurante disallineamento. - 3.1. In particolare: gli effetti indiretti del diritto vivente a Strasburgo. - 4. I luoghi delle resistenze più incisive: la disciplina degli atti di prova e la regola della parità delle armi. - 5. Quali le ragioni possibili? 6. Risolvere il disallineamento.

1. *Il contesto in cui nasce la riflessione.* Il riposizionamento dei valori imposto dalla catastrofe sanitaria non poteva non tangere il sistema giudiziario, specie nel settore penale dove, forse naturalmente, si addensano la maggior parte dei conflitti sociali.

L'Unione Europea, nella fase di necessaria ripresa economica, ha dato prova di sé mettendo a disposizione un'ingente somma di denaro per gli Stati membri e, tra questi, soprattutto per l'Italia, che beneficia di uno stanziamento pari, in molti casi, a più del doppio di quanto ricevuto dagli altri Paesi europei<sup>1</sup>. L'iniezione di denaro è condizionata, com'è noto, alla capacità del

---

\* Lo scritto è il frutto di una riflessione comune ai due Autori. I §§ 1, 2 e 6 sono stati redatti materialmente da Alfredo Gaito, mentre i §§ 3, 3.1, 4 e 5 da Gennaro Gaeta

<sup>1</sup> Il nostro Paese è infatti il primo, in valore assoluto, tra i beneficiari del piano *Next Generation EU(NGEU)*, che a sua volta si articola nel Dispositivo per la Ripresa e Resilienza (RRF) e nel Pacchetto di Assistenza alla Ripresa per la Coesione e i Territori d'Europa (REACT-EU). Già il solo RRF prevede l'erogazione per l'Italia di 191,5 miliardi di euro relativi al periodo 2021- 2026, di cui 68,9 miliardi a fondo perduto.

nostro sistema economico-giuridico di realizzare gli obiettivi denunciati col c.d. PNRR, tra i quali spiccano, per quanto di interesse, i seguenti:

«-Semplificare e razionalizzare il sistema degli atti processuali e delle notificazioni;

-Elaborare interventi sulla disciplina della fase delle indagini e dell'udienza preliminare finalizzati ad assicurare scansioni temporali più certe e stringenti, con riferimento in particolare alla raccolta degli elementi di prova e alle conseguenti determinazioni concernenti l'azione penale;

-Ampliare la possibilità di ricorso ai riti alternativi e l'incentivazione dei benefici ad essi connessi con interventi che riguardano il patteggiamento, il giudizio abbreviato e il decreto penale di condanna;

-Predisporre regimi volti a garantire maggiore selettività nell'esercizio dell'azione penale e nell'accesso al dibattimento tanto in primo grado quanto in fase di gravame;

-Garantire al dibattimento di primo grado maggiore scorrevolezza;

-Migliorare l'accesso, snellire le forme e ridurre la durata del giudizio di appello, che rappresenta una fase particolarmente critica, in specie per la prescrizione del reato;

-Definire i termini di durata dei processi, con previsione degli opportuni meccanismi di adattamento alle eventuali specificità dei singoli uffici giudiziari»<sup>2</sup>.

Il momento di pratica attuazione degli obiettivi in questione, funzionale al rispetto delle obbligazioni comunitarie che condiziona il finanziamento delle istituzioni UE, è da rinvenire nei disegni di legge A.C. nn. 2435 e 2681 e nelle relative proposte di modifica avanzate dalle commissioni ministeriali di studio "Lattanzi" e "Luciani", poi culminati nella legge delega 27 settembre 2021, n. 134<sup>3</sup>, con cui l'ordinamento si prepara all'adeguamento richiesto.

L'elemento di novità del tema che abbiamo brevemente richiamato risiede in un dato per certi versi inedito e diverso dal riscontro dell'eccezionalità del fatto generatore del cambiamento: nel predisporre le modifiche normative occorrenti, gli operatori hanno tenuto di mira l'imperativo dell'allineamento al diritto dell'Unione senza eccezioni di sorta.

---

<sup>2</sup> Piano nazionale di ripresa e resilienza, in [www.governo.it](http://www.governo.it), pag. 60.

<sup>3</sup> Per l'analisi della legge-delega v. le considerazioni di LA ROCCA, *Il modello di riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in questa *Rivista* (web), 2021, 3.

S'intende, cioè, che l'urgenza di provvedere in modo conforme a quanto richiesto dal traffico economico, considerata la situazione di grave pregiudizio in cui versa il sistema nei più disparati settori, ha prodotto un insieme di regole che recepiscono le indicazioni sovranazionali senza compromessi al ribasso o bilanciamento di posizioni, come invece tradizionalmente accadeva.

Limitando l'approccio ai principali aspetti processuali, ci si muove nella prospettiva di rendere obbligatorio il deposito in via telematica degli atti giudiziari; di ridurre il carico giudiziario intervenendo sugli istituti dell'abbreviato e del patteggiamento e introducendo quello nuovo dell'archiviazione meritata; di potenziare la registrazione audiovisiva e la partecipazione a distanza, nel rispetto del diritto di difesa; di snellire il procedimento davanti al giudice monocratico; di rendere più funzionali le fasi d'impugnazione prevedendo un contraddittorio di base cartolare e l'introduzione della critica vincolata per i motivi d'appello.

Una catena di modificazioni, in altri termini, che puntano all'efficientamento del prodotto giudiziario su tutti gli aspetti tradizionalmente criticati del procedimento, a partire dalla sua ragionevole durata, che nell'ottica del finanziamento europeo rappresenta la principale esigenza da soddisfare per impedire che la "sospensione" determinata dall'accertamento giudiziario, se prolungata a dismisura, incida negativamente sulle *chances* di ripresa.

Il legislatore, dunque, punta ad introdurre misure che "aggreddiscano" le zone di rallentamento dei lavori processuali da ogni prospettiva possibile, mediante il ricorso alle comunicazioni digitali e alla compressione del confronto orale nelle fasi di controllo della sentenza, nel rito ordinario: si vuole, in altri termini, calibrare tutta la normativa che interviene nella *regulation* del processo come attività economicamente dispendiosa. E ciò con l'innovazione, significativa rispetto al passato, che l'adeguamento proposto evita soluzioni compromissorie che lasciano obiettivi in sospeso, rispetto a quanto indicato dalla sede europea.

2. *La posizione del legislatore più recente.* Al di là della bontà delle misure prospettate, interessa evidenziare che gli ultimi accadimenti hanno determinato, da un certo punto di vista, il rafforzamento del percorso di europeizzazione del sistema legale cominciato, ormai decenni fa, col ravvicinamento delle

normazioni nazionali, grazie alle Comunità europee, e culminato nell'affermazione del primato del diritto dell'UE<sup>4</sup>.

Non intendiamo sottacere i rischi che l'efficienza ha determinato e ancora determina sull'effettività dei diritti soggettivi dell'imputato nel processo<sup>5</sup>, pur nella consapevolezza che si tratta del principale banco di prova con cui si dovrà confrontare il processo dell'era post-Covid. Preme però, in questa prospettiva, rilevare un dato che sembra oggettivo: il bilanciamento di posizioni sotteso alla tecnica normativa, in questa occasione, non ha prodotto l'ennesimo adeguamento al ribasso degli obiettivi europei. Basta rilevare, a tal proposito, che questa non è la prima occasione in cui dal piano sovranazionale provengono indicazioni precise sui danni al sistema economico generati dal malfunzionamento di quello giudiziario, posto che le istituzioni dell'Unione da tempo indicano la strada della riforma giudiziaria (soprattutto in materia commerciale e tributaria) come via d'uscita in grado di fungere da volano per il rilancio dell'economia<sup>6</sup>.

Per contro le particolarità del contesto in cui matura l'attuale stagione di cambiamenti ha suggerito un adattamento senza precedenti, nel quale vengono raccolte risalenti indicazioni critiche e si propone un pacchetto di norme che, a torto o ragione, pare mosso unicamente dall'esigenza di soddisfare le direttive ricevute.

Al di là delle considerazioni extragiuridiche sulla direzione verso la quale puntano i disegni di legge, dal punto di vista tecnico sembra lontana la stagio-

---

<sup>4</sup> È noto che la tesi "monista", da sempre propugnata dalla Corte di Giustizia (a partire dalle sentt. 15 luglio 1964, Costa c. Enel e 9 marzo 1978, Simmenthal) - per cui le fonti dell'UE e quelle nazionali sono integrate in un ordinamento unico - è alla fine prevalsa su quella "pluralista", tradizionalmente accolta dalla Consulta, che rivendicava la separazione tra ordinamenti. Solo a partire da Corte cost., sent. 10 novembre 1994, n. 384 è stata inaugurata un'apertura verso la concezione monista, che ormai può ritenersi consolidata (v. in particolare Corte cost., ord. n. 103 del 2008, per cui l'Italia, ratificando i Trattati comunitari, «è entrata a far parte dell'ordinamento comunitario, e cioè di un ordinamento giuridico autonomo, integrato e coordinato con quello interno»).

<sup>5</sup> Esempio, sull'immediatezza, l'accoppiata tra Cass., Sez. un., 30 maggio 2019, PG in proc. Bajrami, e Corte cost., n. 132 del 2019. Cfr., in prospettiva di sintesi, LIVI, *Profili critici delle Sezioni unite Bajrami: ciò che resta dell'immediatezza*, in questa *Rivista*, 2020, 1, 301 e segg.; e, sul rapporto tra immediatezza e giudizio di rinvio, FIORUCCI, *Storia di un rinvio*, in questa *Rivista* (web), 2021, 2.

<sup>6</sup> La Commissione europea per l'efficacia della giustizia (CEPEJ) del Consiglio d'Europa ha lo scopo di analizzare i dati dei singoli sistemi giudiziari per migliorare l'efficacia e il funzionamento della giustizia negli Stati membri. Si rinvia, sul punto, ai rilievi critici del Rapporto 2020 e, in particolare, alla Parte 2 per gli scostamenti dei singoli Paesi dalla media europea quanto alla durata dei procedimenti (disponibile in [www.coe.int](http://www.coe.int)).

ne delle rivendicazioni nazionali, in cui mediante la dottrina del margine di apprezzamento si era fatto ricorso alle prerogative statuali per adattare i principi sovranazionali alle esigenze del sistema interno, con risultati spesso forieri di persistenti disallineamenti. Nel rinnovato contesto, invece, i regolatori nazionale ed europeo sembrano muoversi all'unisono e, in particolare, il primo rimarca con forza di puntare al pareggiamento pieno rispetto alle istanze superiori.

3. *Testimonianze giurisprudenziali del perdurante disallineamento.* A fronte di tale inedita versione del primato del diritto dell'Unione, sembrano resistere esegesi giurisprudenziali che, con diversità di accenti, pare vogliano recuperare la menzionata dottrina del margine di apprezzamento, per temperare l'ingresso delle regole europee nel sistema penale nazionale.

Sono emersi dal panorama giurisprudenziale recente segnali che, infatti, sembrano muovere in direzione opposta rispetto al riparto delle fonti e, inoltre, all'atteggiamento del legislatore più recente.

Alcuni esempi.

a)- Il primo riferimento va alla materia dell'acquisizione dei tabulati telefonici. L'occasione di scontro proviene da una decisione della Corte di Giustizia, in cui la Grande Sezione ha chiarito il significato dell'art. 15, § 1, della Direttiva 2002/58/CE, di disciplina del trattamento dei dati personali nell'ambito delle comunicazioni elettroniche <sup>7</sup>. Il diritto dell'Unione, infatti,

---

<sup>7</sup> Corte Giust. U.E., Gr. Sez., 2 marzo 2021, C-746/18, che ha così concluso:

«1) L'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale, la quale consenta l'accesso di autorità pubbliche ad un insieme di dati relativi al traffico o di dati relativi all'ubicazione, idonei a fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate da un utente di un mezzo di comunicazione elettronica o sull'ubicazione delle apparecchiature terminali da costui utilizzate e a permettere di trarre precise conclusioni sulla sua vita privata, per finalità di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di reati, senza che tale accesso sia circoscritto a procedure aventi per scopo la lotta contro le forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica, e ciò indipendentemente dalla durata del periodo per il quale l'accesso ai dati suddetti viene richiesto, nonché dalla quantità o dalla natura dei dati disponibili per tale periodo.

2) L'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, come modificata dalla direttiva 2009/136, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale, la quale renda il pubblico

tutela la riservatezza delle conversazioni da ogni accesso e prevede, allo stesso tempo, la possibilità per gli Stati membri di adottare disposizioni restrittive, che consentano la fruizione di tali dati a tutela della sicurezza pubblica e per fini special-preventivi, comunque nel rispetto del principio di proporzionalità. Segnatamente, ciò che ha censura la Corte del Lussemburgo è l'esistenza di una normativa nazionale che si limita ad attribuire ad un'autorità pubblica il potere di chiedere la consegna dei tabulati telefonici con l'indicazione della finalità da perseguire ma senza – ecco il punto – specificare a quali condizioni sostanziali e procedurali può essere effettuata tale attività: è invece necessario, nella visione europea, che la disposizione interna fissi criteri oggettivi nel descrivere le condizioni a cui le autorità nazionali possono accedere ad un deposito digitale di dati rilevanti per l'applicazione della Direttiva in questione. E poiché il presupposto indicato dal diritto sovranazionale è l'esigenza di investigare sulla commissione o progettazione di un grave illecito, conclude la Corte che l'effettività del rispetto di tali limiti esige un controllo preventivo, svolto da un giudice o da un'autorità amministrativa indipendente, che assuma una decisione a fronte di una richiesta motivata. Dalla qualità del controllo da svolgere, poi, si deduce che il controllore deve godere di requisiti di terzietà e imparzialità, per poter bilanciare gli interessi in gioco al riparo da influenze esterne. Di qui la conseguenza che, in ambito penale, *«il requisito di indipendenza implica [...] che l'autorità incaricata di tale controllo preventivo, da un lato, non sia coinvolta nella conduzione dell'indagine penale di cui trattasi e, dall'altro, abbia una posizione di neutralità nei confronti delle parti del procedimento penale»* e *«Ciò non si verifica nel caso di un pubblico ministero che dirige il procedimento di indagine ed esercita, se del caso, l'azione penale. Infatti, il pubblico ministero non ha il compito di dirimere in piena indipendenza una controversia, bensì quello di sottoporla, se del caso, al giudice competente, in quanto parte nel processo che esercita l'azione penale»* (§§ 54 e 55).

A fronte di che, alcuni provvedimenti di merito hanno di recente rigettato l'argomento del giudice lussemburghese, suscitando vivaci contrasti<sup>8</sup>.

---

*ministero, il cui compito è di dirigere il procedimento istruttorio penale e di esercitare, eventualmente, l'azione penale in un successivo procedimento, competente ad autorizzare l'accesso di un'autorità pubblica ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione ai fini di un'istruttoria penale».*

<sup>8</sup> Aderisce alla posizione della Corte Giust. U.E. G.i.p. Trib. Roma, decr. 25 aprile 2021, in questa *Rivista* (web), 2021, 2, con osservazioni di LA ROCCA, *Dopo la Corte di Giustizia in materia di tabulati: applicazioni e disapplicazioni interne*, contra: G.i.p. Trib. Tivoli, ord. 9 giugno 2021, *ivi* e Assise Napo-

Un primo rilievo comune alle decisioni è la genericità dell'interpretazione proposta dalla Corte sovranazionale, da cui si deduce, con varietà di accenti, la fissazione di una riserva implicita a favore del legislatore nazionale, cui invero spetterebbe il compito di recepire i principi interpretativi, individuando l'autorità competente a decidere. Con correlativa conclusione nel senso che il provvedimento della Grande Sezione non potrebbe trovare immediata applicazione sicché potrebbe essere validamente respinto come parametro interpretativo, anche richiamando l'opposto intendimento della S.C. di cassazione a proposito della disciplina di conservazione dei dati di cui all'art. 132, d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, per la quale il p.m. è, comunque, da considerare come un'autorità indipendente, in grado di disporre in autonomia l'acquisizione dei tabulati controllando egli stesso i presupposti di legittimità della deroga alla riservatezza.

Merita di essere evidenziato, in prospettiva, che le ridette ordinanze non mettono in discussione il riparto delle fonti e, anzi, confermano che le sentenze della Corte Giust. U.E. hanno il rango di parametro interpretativo privilegiato tipico del diritto comunitario, salvo giungere ad esiti di sostanziale invalidazione dei principi fissati da quella giurisprudenza, sul rilievo che resistono «*profili di discrezionalità che richiedono necessariamente l'intervento del legislatore interno*»<sup>9</sup>. Vi è, dunque, nei ragionamenti giudiziali, spazio per la discrezionalità interpretativa all'atto del recepimento del diritto dell'Unione, con argomenti che, al di là della fondatezza nel caso di specie, nella fase applicativa del diritto oggettivo recuperano quel margine di apprezzamento che perfino il legislatore sembra avere abbandonato<sup>10</sup>.

b)- Altrettanto significativo dello scollamento in analisi sembra essere l'orientamento di legittimità sui limiti di utilizzo della posta elettronica certificata per la trasmissione degli atti, anche d'impugnazione, introdotto dalla decretazione d'emergenza.

---

li, Sez. I, ord. 16 giugno 2021, in *Giurisprudenza Penale*. Trib. Rieti, ord. 4 maggio 2021, *ivi*, ha invece sollevato una questione pregiudiziale sulla possibilità di qualificare il p.m. quale autorità indipendente ai fini dell'autorizzazione all'acquisizione e, in caso di risposta negativa, sul regime intertemporale della novella giurisprudenziale.

<sup>9</sup> Così l'ordinanza partenopea, a fl. 3.

<sup>10</sup> Infatti, con il d.l. 30 settembre 2021, n. 132, convertito con modificazioni dalla l. 23 novembre 2021, n. 178, è stato emendato, in funzione di adeguamento pieno alle indicazioni europee, l'art. 132, d. lgs. n. 196/2003, per cui ora «*i dati sono acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del giudice su richiesta del pubblico ministero o su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta a indagini, della persona offesa e delle altre parti private*».

Sul tema, infatti, è stata necessaria una serie di aggiustamenti progressivi da parte del legislatore - da ultimo con la legge delega n. 134 del 2021 - volti a superare l'esegesi del diritto vivente che, valorizzando talvolta l'interpretazione letterale, talaltra i principi di tassatività della disciplina di presentazione delle impugnazioni, ha depotenziato la portata effettiva della liberalizzazione dell'uso della c.d. P.E.C. in materia penale.

Breve. È noto che l'art. 83, co. 11, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, istitutivo dell'innovativa possibilità d'impiego di tale forma di trasmissione degli atti, prima riservata alla sola cancelleria, è stato interpretato restrittivamente nella giurisprudenza di legittimità, che ha ritenuto la novella relativa alla sola materia civile, con conseguente assenza di una deroga al principio generale per cui la parte privata non può usare strumenti di comunicazione dell'atto con l'ufficio giudiziario diversi dal deposito <sup>11</sup>. Presumibilmente conscio di questa posizione il legislatore, con l'art. 24, co. 6-*quinquies* e 6-*decies*, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e con le modificazioni apportate in sede di conversione dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, ha previsto in maniera esplicita e netta il deposito di qualsiasi atto d'impugnazione, anche cautelare, con l'invio tramite P.E.C.: vengono richiamati, infatti, gli atti d'impugnazione di qualunque tipo, senza distinzioni.

Per completezza, va osservato che anche nello spazio tra la versione iniziale dell'art. 24 in questione e quella scaturita dalla conversione in legge è sorto un conflitto tra la *ratio* della riforma e le applicazioni della prassi. Nel vigore dell'originaria formulazione dell'art. 24, segnatamente, era emersa una lettura applicativa per cui sarebbe stata da escludere la possibilità del deposito telematico delle impugnazioni dal momento che il tenore letterale, si argomentava, non prevedeva una deroga espressa alle norme del codice di rito disciplinanti il deposito dell'impugnazione <sup>12</sup>; di qui la proposizione di un emendamento, in sede di conversione del decreto-legge, per chiarire espressamente la legittimità del deposito telematico.

Analoghe specificazioni formalistiche sono state offerte dalla Corte regolatrice anche con riferimento alla scelta dell'indirizzo P.E.C., tra quelli di cui dispone l'ufficio, per la trasmissione dell'atto. Muovendo dalla premessa che la decretazione d'urgenza ha previsto che il Direttore generale dei sistemi informativi automatizzati del Ministero della giustizia individua, con provvedimento

---

<sup>11</sup> Cass., Sez. I, 25 giugno 2020, Puglisi, n.m.

<sup>12</sup> Cass., Sez. I, 3 novembre 2020, Caprioli, in *Mass. Uff.*, n. 279737.

*ad hoc*, gli indirizzi P.E.C. per l'impugnazione telematica (art. 24, co. 4, d.l. n. 137/2020), è stata affermata l'inammissibilità del ricorso o dei motivi nuovi trasmessi a una casella diversa da quella individuata col provvedimento del Direttore: e ciò senza che possa pesare il fatto che l'indirizzo prescelto dal mittente rientri tra quelli istituzionali del medesimo ufficio e abbia consentito di raggiungere pienamente lo scopo della consegna dell'atto alla cancelleria destinataria<sup>13</sup>.

Con buona pace delle esigenze antiformalistiche postulate proprio in riferimento a vicende italiane dalla Corte di Strasburgo<sup>14</sup>.

c)- Ancora a documentare gli ambiti in cui vi sono interpretazioni restrittive dei principi sovranazionali, può essere richiamato il divieto di doppio giudizio e la sua operatività sul piano transnazionale.

Nonostante importanti pronunciamenti delle Sezioni unite nel senso dell'esistenza di un principio generale di *ne bis in idem*<sup>15</sup>, confacenti alla nozione europea del divieto come espressione di un diritto fondamentale di unicità della persecuzione penale, l'esegesi pretoria giunge a conclusioni, in alcune ipotesi, diminutive del principio e in grado di mettere in seria discussione la posizione sovranazionale consolidata.

Com'è noto, il *ne bis in idem* processuale viene tutelato sia dal diritto dell'Unione, con l'art. 50 della Carta di Nizza, che dalla Convenzione europea con l'art. 4 Prot. Agg. n. 7 alla C.E.D.U., i cui contenuti giurisprudenziali circolano presso la Corte di Giustizia grazie allo strumento di raccordo tra tutele minimali previsto dall'art. 52, § 3 della Carta<sup>16</sup>.

All'esito di un fenomeno evolutivo, perciò, nello spazio europeo si è verificato un cambiamento sostanziale di prospettiva, riconoscendo l'esistenza di un sottostante diritto fondamentale della persona sottoposta al potere giudiziario in Europa, a prescindere dalle partizioni territoriali o dalla cittadinanza. Lungo questo crinale, dalla sintesi degli artt. 50 C.D.F.U.E. e 4 Prot. Agg. n. 7 alla C.E.D.U. è emerso un diritto fondamentale del cittadino a non subire plurime persecuzioni, sia nella dimensione verticale - con riferimento a più

---

<sup>13</sup> Cass., Sez. I, 26 gennaio 2021, Giambra, in *Mass. Uff.*, n. 280738.

<sup>14</sup> Corte EDU, 28 ottobre 2021, Succi ed a. c. Italia. Cfr. GIUNCHEDI, SASSANI, *La cruna dell'ago (a proposito del principio di autosufficienza)*, in questa *Rivista*, 2021, 2, 417 e segg.

<sup>15</sup> Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, P.G. in proc. Donati e altro, in *Mass. Uff.*, n. 231799.

<sup>16</sup> V. le tre sentenze Menci, Di Puma e Zecca depositate dalla Corte di Giustizia, Grande Sezione, il 20 marzo 2018.

processi celebrati all'interno dello Stato<sup>17</sup> – sia in quella orizzontale, dove vieta al potere giudiziario di sottoporre a nuovo procedimento *in idem factum* chi è stato già processato altrove.

Ciò nonostante, vi sono intendimenti giurisprudenziali che, a determinate condizioni, fanno rivivere la concezione originaria, cioè del divieto di doppio giudizio come regola nella disponibilità dello Stato più che a tutela del diritto dell'accusato, con conseguente legittimazione del ri-esercizio dell'azione penale, ai sensi dell'art. 11 c.p., pur a fronte di un provvedimento preclusivo in tal senso, solo perché emesso da un'autorità giudiziaria di uno Stato che non è membro dell'Unione. Si ritiene, in questi termini, che il divieto di *bis in idem* non abbia ancora raggiunto la consistenza di un "principio generale del diritto internazionale comunemente riconosciuto": in assenza di un accordo bilaterale *ad hoc* che ne imponga l'applicazione rispetto allo Stato terzo, dunque, non valgono le costruzioni giurisprudenziali del diritto comune europeo, con conseguente legittimità della rinnovazione del giudizio italiano ai sensi dell'art. 11 c.p. per gli stessi fatti<sup>18</sup>.

Si tratta di limitazioni tangibili se solo si considera che, in parallelo, le Corti europee proseguono nell'opera di rafforzamento della tutela dei diritti, capaci, secondo le più recenti posizioni, di porre un limite persino alla circolazione dei provvedimenti giudiziari nello spazio dell'Unione<sup>19</sup> e alla consegna del cittadino verso Stati terzi in esecuzione di accordi *ad hoc*<sup>20</sup>, al di là dei limiti

<sup>17</sup> Col temperamento di Corte EDU, Gr. Cam., 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, specie per la materia tributaria.

<sup>18</sup> V. Cass., Sez. I, 20 febbraio 2020, Kacorri, in *Mass. Uff.*, n. 278120; Sez. I, 21 maggio 2019, Tavanzhiu, n.m.; Cass., Sez. IV, 6 dicembre 2016, Shabani, in *Mass. Uff.*, n. 269222; Sez. I, 12 giugno 2014, P.G. in proc. Spalevic, *ivi*, n. 260537. Sul tema cfr. le considerazioni critiche di LA ROCCA, GAITO, *Il "controlimiti" della tutela dei diritti processuali dell'imputato: visioni evolutive dalle Corti europee tra legalità e prevedibilità*, in questa *Rivista*, 2019, 1, 3 e segg.; GAITO, *La progressiva trasfigurazione del ne bis in idem*, *ivi*, 275 e segg.

<sup>19</sup> La Grande Sezione della Corte Giust. U.E., infatti, ha inaugurato un orientamento per cui l'estradizione verso uno Stato non membro dell'U.E. dev'essere negata, pur sussistendo i presupposti previsti dalla Convenzione europea per l'estradizione del 1957, se vi è il rischio di un trattamento processuale non conforme allo *standard* dell'equità e se, allo stesso tempo, nello Stato membro che ha in consegna la persona sussistono le condizioni di legge per esercitare l'azione penale *in idem factum*. Corte Giust. U.E., Grande Sezione, 2-4-2020, C-897/19, I.N.

<sup>20</sup> Similmente la Corte europea afferma che lo Stato non deve consegnare il cittadino se vi è il fondato timore che questi possa subire un trattamento contrario ai diritti processuali che gli riconosce la Convenzione, a prescindere dalla nazionalità della persona e, segnatamente, dal fatto che il Paese richiedente è un Soggetto terzo rispetto ai firmatari della Convenzione EDU. V. Corte EDU, Gr. Cam., 4 feb-

territoriali di applicabilità delle fonti del diritto oggettivo, visto che, sullo sfondo della normazione, esiste un diritto fondamentale all'unicità della persecuzione penale che non può dipendere, nella sua estensione, dalla dimensione legislativa.

d)- Sempre lungo la stessa linea si è detto, con riferimento alla riservatezza delle comunicazioni, che la Corte di Giustizia del Lussemburgo esclude poteri di autonoma acquisizione dei tabulati telefonici da parte del p.m., vista la sua fisiologica non idoneità a svolgere un controllo terzo e imparziale sui presupposti dell'acquisizione, considerando che il titolare del potere di esercitare l'azione penale persegue, istituzionalmente, un interesse "di parte" e opposto a quello della difesa, dunque non può godere di trattamenti differenziati nell'ambito della disciplina processuale.

Per contro, una nota e discussa posizione di legittimità ha ritenuto che il lavoro del consulente tecnico del p.m., anche se frutto di un approfondimento di parte, gode di una «*sostanziale priorità*» rispetto a quello del consulente della difesa<sup>21</sup>. Viene valorizzato, in questo senso, il ruolo del pubblico ministero quale soggetto che, in quanto rappresentante della "parte pubblica", è istituzionalmente deputato anche alla ricerca delle prove a favore dell'indagato e dunque, *mutatis mutandis*, viene derogato lo statuto di regole che devono guidare la formazione del convincimento probatorio di cui all'art. 546 c.p.p., nel senso che il giudice può presumere la superiore validità ermeneutica delle produzioni probatorie da questi provenienti, senza onere di apposita giustificazione. Sarebbe possibile, su questo abbrivio, derogare all'obbligo d'indicare le ragioni per cui il giudice ritiene attendibili le documentazioni del consulente del Requirente e recessive quelle della difesa, sul rilievo che l'obiettivo della ricerca della verità attraverso un'indagine completa, che colora la funzione del p.m., è in grado di incidere sulla posizione dell'accusatore nel processo e, corrispondentemente, sulle regole di gestione e valutazione della prova da lui proveniente.

In tutti i casi passati in veloce rassegna, il problema pare essere di metodo: sulla scia dei principi ordinamentali e delle regole d'interpretazione,

---

braio 2005, Mamatkulov e Askarov c. Turchia; Id., Gr. Cam., 12 maggio 2005, Ocalan c. Turchia; Id., 6 luglio 2010, Babar Ahmad e a. c. Regno Unito.

<sup>21</sup> Cass., Sez. III, 18 febbraio 2020, B, in questa *Rivista* (web), 2020; con erosiva critica di BARGI, *L'inconcludente pretesa priorità probatoria della consulenza del p.m.: solo un marchio errore o il segnale di un irriducibile pericoloso ritardo culturale?*, *ivi*, 2020, 3; e, in prospettiva più generale, SANTORELLO, *Il pubblico ministero ed i cento talleri di Kant*, *ivi*, 2021, 2.

l'operatore dovrebbe consentire un'applicazione della norma conforme al parametro sovraordinato, rigettando formalismi di sorta che impediscano di raggiungere il risultato di tutela dei diritti personalissimi nel processo.

Gli esempi potrebbero continuare<sup>22</sup>.

3.1. *In particolare: gli effetti indiretti del diritto vivente a Strasburgo.* Sul piano del metodo, i passaggi giurisprudenziali appena compendati riflettono la portata del problema generale circa il mancato completamento del fenomeno della conformazione all'ordinamento sovranazionale, con particolare riguardo all'individuazione della sistematica possibilità di consentire alle decisioni della Corte europea di innescare effetti indiretti, nei giudizi diversi da quello generatore della condanna - non solo dell'Italia - e a prescindere dall'intervento della cosa giudicata.

Nella prospettiva dei diritti individuali, diviene imprescindibile assicurare che ogni vicenda processuale giunga ad un esito decisorio conforme alla soglia di tutela fissata dai principi superiori: in questo senso le esigenze di certezza e stabilità degli accertamenti irreversibili, pur avendo una certa importanza nella definizione dei modi e tempi per l'adeguamento postumo, in nessun caso dovrebbero condurre ad una opzione ermeneutica che metta da parte le garanzie individuali.

Il tema è quello della qualità del vincolo che discende da una sentenza della Corte europea diversa da quella «Pilota», allorquando individua un principio generale e astratto, capace di esulare dal caso concreto (ma non è da meno la analoga questione della vincolatività delle decisioni della Corte del Lussemburgo).

Sul versante della giurisprudenza costituzionale, è dato innanzitutto segnalare un parziale superamento di un certo orientamento restrittivo, nato poco dopo l'apertura segnata dalle c.d. sentenze gemelle, sull'onda della preoccupazione che il giudice interno finisse per trovarsi in una posizione di dipendenza funzionale dal singolo pronunciamento europeo<sup>23</sup>. Sia pure con le dovute distin-

---

<sup>22</sup> Cfr. GAITO, VALENTINI, *Stato senza diritto e difesa smaterializzata: la sostanziale inutilità del diritto alla prova*, in questa *Rivista*, 2020, 3, 643 e segg.; VALENTINI, *Forme di privazione del diritto di difesa nello Stato di senza diritto (ovvero: come un gioco di parole diventa realtà)*, *ivi*, 2020, 2, 349 e segg.; ID., *La completezza delle indagini, tra obbligo costituzionale e (costanti) elusioni della prassi*, in questa *Rivista* (web), 2019, 1.

<sup>23</sup> Corte cost., sent. n. 49 del 2015, con notazioni di CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?* e DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca*

zioni, la regola del diritto giurisprudenziale consolidato, mai sconfessata apertamente, non sembra aver avuto grande richiamo nei pronunciamenti successivi, dove si è dato esecuzione alle decisioni della Corte di Strasburgo portando a compimento la parabola di compenetrazione tra ordinamenti senza atteggiamenti restrittivi di sorta <sup>24</sup>.

A fronte di ciò, l'evoluzione giurisprudenziale di legittimità non pare abbia seguito un'analoga prospettiva evolutiva, avendo scandito un percorso piuttosto accidentato che ha sempre cercato un qualche spazio di apprezzamento autonomo degli orientamenti europei.

Alla questione della confisca senza condanna formale, culminata col monito della *Grand Chambre* della Corte europea sulla circostanza che le proprie decisioni hanno pari valore giuridico e vincolano in ogni caso i giudici domestici <sup>25</sup>, hanno fatto seguito decisioni non propriamente in linea con l'esigenza di approfondire la tutela dei diritti dando per presupposta la cogenza della soglia individuata sul piano sovranazionale <sup>26</sup>.

Nel segno di questa impostazione viene in rilievo, inoltre, la posizione delle Sezioni unite, che hanno superato il problema del riconoscimento degli effetti indiretti delle sentenze europee, in casi simili a quello oggetto di condanna a Strasburgo, esercitando un potere di interpretazione del contenuto e dei limiti

---

*La Corte costituzionale stacca un nuovo biglietto per Strasburgo*, in questa *Rivista* (web), 2015, 1; MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 13 aprile 2015; PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte Cost. n. 49/2015*, *ivi*, 2015, 2, 318; VIGANO, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, *ivi*, 2015, 2, 333; ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it).

<sup>24</sup> Un *trend* già presente nella decisione n. 63 del 2019 e poi ulteriormente approfondito con le sentt. n. 24 e 25 del 2019 a proposito di precisione, determinatezza e prevedibilità delle misure di prevenzione, con la decisione n. 68 del 2021 che ha ammesso la revocabilità del giudicato con cui è stata applicata la sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida e, ancora, con l'ord. n. 97 del 2021 sull'illegittimità della presunzione assoluta di pericolosità in tema di benefici penitenziari.

<sup>25</sup> Corte EDU, Gr. Cam., 28 giugno 2018, G.I.E.M. ed altri c. Italia, § 252.

<sup>26</sup> Cfr. ancora l'orientamento consolidato di legittimità per cui, in tema di mandato di arresto europeo, la garanzia del *ne bis in idem*, configurato come diritto fondamentale dalle Corti europee, non preclude la rinnovazione del giudizio e la duplicazione della condanna in uno Stato terzo rispetto all'Unione, non avendo la regola in questione raggiunto la consistenza di un principio generale del diritto internazionale (*supra*, nota <sup>17</sup>).

cognitivi della decisione da recepire, con effetti dirompenti sul piano dell'allineamento tra ordinamenti <sup>27</sup>.

Il rischio, per questa via, è di opporre un limite rilevante al recepimento del diritto europeo in assenza dell'instaurazione di un apposito contenzioso sovranazionale caso per caso, creando un filtro ulteriore rispetto al controllo sui c.d. controlimiti che è proprio del Giudice delle leggi. Tale prassi, in altri termini, amplifica le occasioni di scontro col sistema internazionale di tutela dei diritti e finisce per attribuire al giudice domestico la facoltà di perimetrare (in via supplementare rispetto a quanto hanno già fatto le Corti europee) il contenuto dell'obbligo di adeguamento a cui è sottoposto.

In breve, superata sul piano della giurisprudenza costituzionale la preoccupazione della subordinazione del giudice non più alla sola legge, il problema si ripropone, amplificato, in alcuni orientamenti di legittimità, dove sembra trovare un certo riscontro la prassi di una previa valutazione della vincolatività dei precetti europei se e quando non aderenti agli intendimenti già consolidati.

4. *I luoghi delle resistenze più incisive: la disciplina degli atti di prova e la regola della parità delle armi.* Non è sufficiente, ai fini dell'analisi che andiamo sviluppando, il rilievo dello scollamento, dell'esistenza di uno scarto tra la prospettiva del legislatore e del formante sovranazionale, da un lato, e quella giurisprudenziale interna dall'altro, per descrivere compiutamente le dinamiche del fenomeno in corso di evoluzione.

Non si tratta, cioè, di limitarsi al rilievo delle discrepanze sui singoli temi ma, ben oltre, di mettere a sistema il disallineamento per settori d'intervento, segnalando quali siano i temi oggetto di adeguamento e quali quelli, invece, in cui le differenze di vedute resistono.

Nella consapevolezza della difficoltà di un bilancio di tal genere, possiamo muovere da una considerazione di fondo.

Vi sono delle aree del fenomeno "procedimento penale" in cui le indicazioni provenienti dall'Europa, sia pure con varietà di accenti, sono penetrate e hanno lasciato il segno.

A schema, possiamo richiamare il settore del contraddittorio sulla prova a carico, anche in appello, e sulla contestazione, originaria o riformulata dal

---

<sup>27</sup> Cass., Sez. un., 24 ottobre 2019, Genco, in *Mass. Uff.*, n. 278054.

giudice sotto le vesti del potere di dare al fatto una qualificazione diversa; l'ambito della pena in senso sostanziale e delle garanzie minimali da riconoscere al di là delle qualificazioni formali, specie con riguardo al procedimento di prevenzione; gli spazi del controllo di legalità della pena, anche oltre il processo; la disciplina della contumacia e, successivamente, dell'assenza; la pubblicità dell'udienza.

In altri spazi del procedimento, invece, trovano campo interpretazioni che, al di là delle questioni di merito, si muovono ancora nella direzione dello scollamento, accentuando le differenze di tutela rispetto ai canoni superiori. È da notare, infatti, che in due settori particolari l'esegesi interna è restia a recepire del tutto le indicazioni sovranazionali, quali le regole di gestione della prova e, in aggiunta, le prerogative e i limiti del p.m. rispetto alla difesa.

S'intende dire, campionando le questioni per aree di riferimento, che i principali "cedimenti" al cospetto del formante sovranazionale si sono avuti in settori comunque riconducibili alla gestione dell'udienza, alla legalità della pena e all'estensione delle regole di giudizio, vincolanti la motivazione di condanna.

Ma al di fuori di tali contesti, restano applicazioni sporadiche delle indicazioni superiori proprio quando si tange il nucleo duro del processo, cioè l'accertamento del fatto e i poteri differenziati delle parti, specie nell'articolazione dell'istruzione probatoria.

Quanto alla posizione del pubblico ministero, molto si è scritto sulle ragioni per cui certa giurisprudenza considera con minor rigore le preclusioni e i limiti prescritti a tutela della parità delle armi, rispetto a quelli corrispondenti della difesa e, in questa direzione, un contributo importante ad alimentare il dibattito è venuto dalla pretesa superiore validità descrittiva della consulenza tecnica del p.m.<sup>28</sup>.

Eppure, un posizionamento di tal genere, sul piano delle capacità probatorie di ciascuna parte, consolida il contrasto con i principi del diritto europeo.

Merita di essere segnalata una recente pronuncia della Corte europea che riafferma l'importanza di ascoltare il contributo dimostrativo fornito dall'imputato e di considerarlo adeguatamente ai fini della decisione, specie nel giudizio di appello su assoluzione di primo grado.

---

<sup>28</sup> Sul tema v. *retro*-nota <sup>21</sup>.

Di recente, infatti, il diritto della Convenzione europea ha approfondito la regola istruttoria che il giudice d'appello è tenuto a rispettare, quando intende rivalutare la decisività della prova dichiarativa su cui si basa l'assoluzione impugnata dal p.m.

Secondo questo intendimento, non è sufficiente disporre la rinnovazione e citare i testimoni rilevanti per soddisfare la regola dell'art. 6 C.E.D.U., poiché l'equità della procedura richiede, in aggiunta, due requisiti.

Occorre, in prima battuta, che il giudice provochi un intervento diretto dell'imputato, affinché questi possa contribuire con la propria narrazione a definire le questioni, in fatto o in diritto, da cui dipende la sua colpevolezza. Viene segnalato, in premessa, che l'art. 6 non implica sempre il diritto a un'udienza pubblica né, *a fortiori*, quello a comparire di persona, potendosi, in linea generale, tener conto delle particolarità del procedimento e del fatto che l'accusato ha rinunciato inequivocabilmente al suo diritto di partecipare all'udienza di appello.

Resta il fatto, tuttavia, che quando la Corte di seconde cure deve esaminare punti controversi della sentenza impugnata, ed effettuare una valutazione complessiva della colpevolezza o dell'innocenza, non può pronunciarsi senza prima aver valutato direttamente gli elementi di prova presentati personalmente dall'imputato che protesta la sua innocenza.

Di qui un primo assunto: in questa fase processuale ogni imputato deve, come regola generale, essere ascoltato dal *panel* che deve pronunciarsi sulla sua colpevolezza. Sul tema si sottolinea che, quando la valutazione diretta del nartrato dell'imputato è obbligatoria alla luce dei principi indicati, i giudicanti di secondo grado sono tenuti a prendere provvedimenti positivi a tal fine, perfino se l'accusato non è comparso o non ha chiesto espressamente la parola, a meno che risulti una chiara e inequivocabile rinuncia al diritto di essere ascoltato personalmente in udienza, salva comunque la possibilità di presentare, per iscritto o col difensore, tutte le sue argomentazioni difensive.

In secondo luogo, occorre che la Corte d'appello decida nel merito le questioni ad essa sottoposte confrontandosi frontalmente con la valutazione delle prove fornita dall'imputato di persona<sup>29</sup>.

Oltre alle ricadute che questo verdetto avrà sulla morfologia del giudizio d'appello quando ad essere impugnata è una sentenza d'assoluzione - con

---

<sup>29</sup> Corte EDU, 8 luglio 2021, Maestri e altri c. Italia, ric. nn. 20903/15, 20973/15, 20980/15 e a., §§ 37-44.

conseguenze dirompenti di cui dovranno prendere atto tanto la Corte regolatrice<sup>30</sup> quanto il legislatore della riforma – nella nostra ottica va segnalato che il diritto comune europeo, ancora una volta, richiama i sistemi giudiziari interni al trattamento paritario ed equo dell'accusato nella formazione della prova e nella sua valutazione attribuendogli, anche nell'appello su proscioglimento, il diritto all'ascolto e alla considerazione del suo apporto nella costruzione della motivazione.

Di non minore peso il tema dell'operatività del principio di immediatezza nel giudizio di rinvio, quantomeno per l'accidentato percorso che ha portato a conformare una nuova ipotesi di rinnovazione obbligatoria per superare la forza di resistenza passiva del proscioglimento su testimonianza decisiva, di conio europeo<sup>31</sup>.

Superate le difficoltà ad ammettere che, in secondo grado, un'audizione supplementare del teste decisivo non sia questionabile quando si profila il ribaltamento dell'assoluzione, le stesse riemergono, *mutatis mutandis*, rispetto all'immediatezza in sede di rinvio, quando la preclusione all'*overturning* sfavorevole deriva non dalla sentenza di prime cure ma da quella assolutoria di appello, cassata con rinvio per vizi di motivazione.

Quando a seguito della condanna viene emesso un proscioglimento di merito, sul quale la Corte regolatrice interviene rilevando la violazione delle regole di formazione della motivazione, si pone il problema di capire se il verdetto favorevole, ancorché annullato per problemi motivazionali, produca comunque l'effetto di imporre, al successivo giudice del merito, una seconda audizione del teste, prima di un'eventuale condanna all'esito del rinvio prosecutorio.

A voler seguire i ragionamenti della Corte europea, la preclusione alla riforma *ex actis* della decisione liberatoria non dipende dall'ampiezza e dal contenuto della motivazione, ma dalla forza di resistenza passiva che l'assoluzione, per ciò solo, detiene in virtù del principio di immediatezza: da esso discende una regola di metodo istruttorio assai stringente e che non tollera alterazioni

---

<sup>30</sup> Da ultimo cfr. Cass., Sez. I, ord. 21 settembre 2021, Mannucci, in [www.giurisprudenzapenale.it](http://www.giurisprudenzapenale.it), che ha investito le Sezioni unite a proposito della portata dell'obbligo di audizione, in appello, dell'imputato assolto in primo grado, a seguito della condanna da parte della Corte europea nella vicenda "Maestri c. Italia".

<sup>31</sup> Corte EDU, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, in questa *Rivista*, 2012, 349 e segg., col commento *ante litteram* di GATTO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello. L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il p.n. impugna l'assoluzione*.

di sorta<sup>32</sup>, men che meno nel giudizio di rinvio prosecutorio, che non si presenta come un nuovo giudizio di appello in funzione sostitutiva di quello già celebrato<sup>33</sup>. Per contro, la giurisprudenza di legittimità ha optato per la soluzione opposta<sup>34</sup>, proponendo un'asimmetria in punto di validità delle regole di giudizio, tra appello e rinvio, giustificata da ragioni formali e di struttura che alimentano, tuttavia, il rischio di una sostanziale diminuzione del diritto all'immediatezza dell'imputato assolto.

In parallelo, la materia della formazione del capitolato di prova conosce posizioni restrittive volte a salvaguardare l'uso pratico dell'atto ai fini della cognizione della responsabilità, più che la sua formazione nel rigoroso rispetto dei presupposti procedurali, oppure ad assicurare una certa flessibilità delle regole di esclusione, almeno sul piano argomentativo, per evitare regressioni e rinnovazioni di atti. Si tratta di un fenomeno che può essere riscontrato sia nel modo in cui la giurisprudenza governa la categoria dell'inutilizzabilità, sia quando afferma l'assenza di sanzioni per le violazioni della legalità processuale che non integrano invalidità sia, ancora, nell'interpretazione a maglie larghe dei limiti d'intervento del giudice nella formazione della prova orale in dibattimento<sup>35</sup> o, per contro, dei doveri di rettifica in sede di impugnazione.

---

<sup>32</sup> Sul punto v., più di recente, Corte EDU, 10 novembre 2020, Dan. c. Moldavia (n. 2), in questa *Rivista*, 2020, 3, 699 e segg., con le notazioni di GIUNCHEDI, In claris non fit interpretatio. "Dan c. Moldavia 2" impone rinnovazioni effettive; MANGIARACINA, Dan v. Moldavia 2: la rinnovazione in appello tra itinerari sperimentati e cedimenti silenziosi; GAITO, Ancora alla ricerca di un passaggio a Nord-Ovest... oltre il giudizio d'appello; LA ROCCA, Quale immediatezza, ora?.

<sup>33</sup> Cfr. sul punto AMODIO, Rinvio prosecutorio e reformatio in peius, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 544; GAITO, Divieto di reformatio in peius nel giudizio di rinvio, in *Cass. pen.*, 1976, 1190.

<sup>34</sup> Cass., Sez. IV, 8 aprile 2016, A.F. e S., in *Mass. Uff.*, n. 247847; Id., Sez. V, 22 ottobre 2020, De Caro, n.m.; Id., Sez. V, 11 dicembre 2020, Ottino, in *Mass. Uff.*, n. 280408: la tesi è che l'obbligo di rinnovazione d'ufficio di stampo europeo non opera nel giudizio di rinvio considerato che quel giudice, nel rispetto del perimetro fissato dalla sentenza rescindente, è libero di valutare in autonomia i dati probatori disponibili, mentre l'eventuale rinnovazione dell'istruttoria, secondo l'art. 627, co. 2, c.p.p., dipende da un giudizio di rilevanza per la decisione delle prove richieste coi motivi d'appello.

<sup>35</sup> In tema di *cross examination*, infatti, la Corte regolatrice notoriamente esclude che le incursioni del giudice nella gestione della prova orale, in mano alle parti, possa portare a conseguenze sanzionabili in assenza di invalidità apposite, con l'effetto che il giudice gode di una forma di discrezionalità gestoria del contraddittorio particolarmente critica. V. Cass., Sez. V, 2 maggio 2018, H.F., in *Mass. Uff.*, n. 273233; Id., Sez. III, 3 ottobre 2017, M.D., *ivi*, n. 271883; Id., Sez. III, 9 ottobre 2014, Cifaldi, *ivi*, n. 260872; in letteratura v. TRAPPELLA, *Equo processo e inutilizzabilità tra Codice e C.E.D.U.*, in questa *Rivista*, 2020, 3, 761 e segg., che ne segnala la distanza rispetto alla posizione della Corte europea, viceversa disposta ad ammettere che tali deviazioni possono incidere sull'equità complessiva del processo.

Per offrire al lettore un'immagine significativa del diverso "costume" interpretativo dei giudici europei, ci sembra sufficiente richiamare la posizione della Corte di Giustizia U.E. sul divieto di impiegare, in qualunque fase del procedimento, atti di ricerca della prova non autorizzati dal giudice competente, poiché il rispetto dei principi di legalità e dello Stato di diritto non può essere bilanciato con esigenze efficientiste o di completezza dell'accertamento per sanare le illegittimità verificatesi nella formazione dell'atto. Il rispetto dei diritti, infatti, richiede che vengano esclusi da un procedimento penale elementi di prova che richiedono una preventiva autorizzazione giudiziaria, quando l'autorizzazione sia stata concessa da un giudice privo di competenza e anche se tali elementi di prova siano gli unici, nell'economia del fascicolo, in grado di dimostrare la fondatezza dell'accusa<sup>36</sup>.

In parallelo, la Corte europea ha censurato una lettura interpretativa dell'obbligo di nuova audizione in secondo grado del teste decisivo emersa nella giurisprudenza nazionale, volta a flessibilizzare la regola dell'immediatezza in appello, in caso di assoluzione di prime cure.

All'intendimento per cui non ricorre la regola della rinnovazione - in caso di riforma peggiorativa dell'assoluzione su prova orale - qualora il giudice d'appello non metta in discussione la valutazione del narrato già effettuata, ma si convinca della colpevolezza valutando gli altri elementi di prova disponibili, riletti in un quadro unitario, la giurisprudenza europea ha imposto un nuovo *stop*: la scelta del carattere della decisività della testimonianza e il campo di applicazione dell'obbligo di nuova audizione non possono dipendere dall'impegno argomentativo di chi decide, ma devono essere legati a elementi oggettivi, che impediscano un'applicazione discrezionale e limitativa del principio europeo<sup>37</sup>.

La considerazione della non flessibilità delle regole di gestione della prova in cui si inverano i principi superiori ha prodotto conseguenze anche sull'effettività del controllo. Anche se l'ordinamento è libero di disciplinare modi e forme di accesso alle impugnazioni previste dalla legge, nel caso in cui venga prospettata una seria violazione di uno dei diritti fondamentali non è compatibile con la Convenzione un uso dei poteri di filtro, in sede di valuta-

---

<sup>36</sup> Corte Giust. UE, 17 gennaio 2019, C-310/16.

<sup>37</sup> V. Corte EDU, 17 giugno 2021, Morzenti c. Italia, §§ 8 e 17-20.

zione dell'ammissibilità dell'atto introduttivo, che impedisca, all'esito, di verificare l'esistenza della violazione<sup>38</sup>.

Appare chiaro, allora, che non possono trovare accoglimento le prospettive "efficientiste" volte a recuperare, sul piano argomentativo, un margine di elasticità applicativa delle regole violate, per evitare di rilevare, invece, infrazioni che potrebbero comportare il regresso della sequenza di atti in funzione di recupero dell'ortodossia probatoria<sup>39</sup>.

*5. Quali le ragioni possibili?* Senza cedere a considerazioni contingenti, potremmo concludere nel senso che le ragioni della "resistenza", nei settori indicati, dipendono dalla circostanza che, modulando la disciplina dei poteri istruttori e della utilizzabilità, si incide direttamente sulla piattaforma probatoria del giudicante, privandolo o attribuendogli il presupposto empirico per l'esercizio del suo potere valutativo a seconda che, rispettivamente, si ritenga invalido o inutilizzabile questo o quell'atto di prova.

La distribuzione dei poteri alle parti nella gestione dell'istruttoria e, corrispondentemente, l'assetto delle conseguenze delle violazioni della legalità probatoria, rappresentano i sentieri attraverso i quali si arriva a condizionare, in un senso o nell'altro, l'incartamento processuale di cui può disporre il decisore, in camera di consiglio, per la progettazione di una motivazione che soddisfa il suo convincimento e che, al tempo stesso, è in grado di reggere al confronto con gli atti e, dunque, al vaglio dei controlli.

Sembra naturale, allora, che le maggiori tensioni attorno alla legalità, anche europea, dell'agire giudiziario nascano sulla disciplina di quegli atti che, direttamente o indirettamente, condizionano la ricostruzione in fatto del processo

---

<sup>38</sup> Corte EDU, 6 febbraio 2020, *Felloni c. Italia*, in questa *Rivista* (web), 2020, 1, con notazioni di DINACCI, *L'obbligo di motivazione come antidoto ad expansionismi interpretativi in tema d'inammissibilità delle impugnazioni*; e di TARALLO, *La CEDU interviene sulla falcidia dell'inammissibilità dei ricorsi per cassazione: nota alla sentenza Felloni contro Italia*.

A proposito dei criteri di redazione del ricorso per cassazione, di recente v. anche Corte EDU, 28 ottobre 2021, *Succi ed a. c. Italia*, cit., per cui l'eccessivo irrigidimento dei criteri formali di redazione del ricorso, a pena di inammissibilità, finiscono per pregiudicare il diritto di accesso al giudice di cui all'art. 6, § 1, C.E.D.U.

<sup>39</sup> Cfr. ancora l'editoriale di GIUNCHEDI, SASSANI, *La cruna dell'ago (a proposito del principio di autosufficienza)*, cit., che mette in evidenza come il principio di autosufficienza del ricorso abbia prestato il fianco ad una certa estensione dei casi di inammissibilità del ricorso per cassazione, particolarmente critica sul piano dell'effettività del controllo e della prevedibilità dell'esito giudiziario.

e, in tal modo, finiscono per restringere o ampliare il terreno su cui poggia il potere valutativo del decisore.

6. *Risolvere il disallineamento.* Come nella metafora del cerchio che si chiude, occorre rilevare che le positive aspirazioni del legislatore, sopra rievocate, rischiano di non riuscire a raggiungere il risultato sperato qualora l'ordinamento, nel suo complesso, non venga dotato di strumenti capaci di risolvere i conflitti tra livelli di tutela dei diritti soggettivi ed espellere le statuizioni irrevocabili in grado di consolidare le occasioni di attrito col formante europeo.

L'assenza di un meccanismo di invalidazione dei giudicati antieuropei, da questo punto di vista, pare essere un passaggio centrale per una conformazione effettiva del sistema processuale.

Sul punto l'ordinamento ha già sperimentato nuovi importanti margini di flessibilità del giudicato laddove non era più postergabile il recepimento dei precetti europei, specie in materia di legalità sostanziale e di effettività del rimedio interno in seguito alla condanna dell'Italia: l'addizione di una ipotesi ulteriore di revisione<sup>40</sup> e la previsione di poteri di conformazione *in executivis* del trattamento sanzionatorio<sup>41</sup> hanno rappresentato le principali reazioni del sistema interno per attuare l'adeguamento postumo, a seguito di violazioni già rilevate ed anche per limitare il rischio della proliferazione ulteriore di verdetti sfavorevoli sul piano europeo.

Rimangono, tuttavia, spazi di disallineamento che tali strumenti non sembrano in grado di eliminare: non la revisione europea, quantomeno alla luce dell'interpretazione maggioritaria, che richiede una previa condanna a Strasburgo per la riedizione del processo iniquo in funzione di eliminazione del vizio europeo; non l'esecuzione, che pur avendo compiuto numerosi progressi nel segno dell'ampliamento dei poteri di "cognizione", sulla scorta di quella dottrina che già da tempo segnalava la necessità di un modello "bifasico" per assicurare in ogni tempo l'eliminazione del errore<sup>42</sup>, è stata ritenuta azionabi-

---

<sup>40</sup> Corte cost., n. 113 del 2011.

<sup>41</sup> Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, Ercolano, in *Mass. Uff.*, n. 258649.

<sup>42</sup> Cfr. CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo in due fasi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1968, 706; DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, 1; GAITO, *Dagli interventi correttivi sull'esecuzione della pena all'adeguamento continuo del giudicato: verso un processo penale bifasico?*, in *Giur. cost.*, 1996, 892; GAITO, RANALDI, *Esecuzione penale*, II ed., Mila-

le, in chiave di adeguamento, solo quando si tratta di realizzare aggiustamenti quantitativi della pena, senza una nuova celebrazione della vicenda processuale sottostante.

A fronte di che, l'adeguamento alla Convenzione resta fenomeno da procurare sul piano interpretativo solo a processo in corso, mentre, una volta concluso l'accertamento, il recepimento dei maggiori livelli di tutela dei diritti fissati dal formante sovranazionale non può essere preventivo ma impone di instaurare il contenzioso a Strasburgo, a meno che non sia sufficiente il solo ricalcolo del trattamento sanzionatorio.

Una situazione di tal genere risulta pertanto insoddisfacente, da un punto di vista strutturale, rispetto alle operazioni di conformazione dei giudizi nazionali che ricadono interamente sulle questioni di "procedura" dell'art. 6 C.E.D.U., le quali assai spesso richiedono di instaurare *ex novo* una fase del processo per il compimento dell'atto secondo le prescrizioni europee, similmente a quanto accade con la rinnovazione dell'atto nullo, a seguito di apposita dichiarazione di invalidità.

Emerge, dunque, con nettezza la necessità di introdurre uno strumento apposito di contestazione preventiva del giudicato, non finalizzato a una generale possibilità di impugnare l'accertamento irrevocabile ma mirato specificamente alla funzione di investire un giudice della questione interpretativa, emergente da un orientamento sovranazionale, che impone conseguenti correzioni della statuizione terminativa, in prevenzione del ricorso a Strasburgo.

Da questo punto di vista, interessanti suggestioni provengono dall'ordinamento albanese, che nella consapevolezza di tale problema ha introdotto la possibilità di investire la Corte costituzionale per accertare una violazione dei diritti fondamentali nel caso concreto. A seguito della revisione della Costituzione operata nel 2016, infatti, la Consulta albanese vede, tra le sue competenze, anche l'esame di ultima istanza delle censure di parte relative alle violazioni dei diritti e delle libertà fondamentali consumate da atti delle pubbliche autorità o da decisioni giudiziarie, dopo che siano stati esperiti tutti gli altri mezzi di contestazione previsti per la tutela di tali diritti<sup>43</sup>, con un istituto non molto diverso da quello previsto dall'ordinamento spagnolo, il qua-

---

no, 2004; KALB, *Funzioni e finalità della pena tra teoria e prassi nella determinazione giudiziale*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, II, Milano, 2000, 391.

<sup>43</sup> V. l'art. 131 della Cost. albanese.

le, mediante il *recurso de amparo* al *Tribunal Constitucional*, consente un controllo diretto sulla violazione dei diritti umani<sup>44</sup>.

Sulla scorta di queste aperture, in definitiva, potrebbe ipotizzarsi una soluzione analoga, con l'introduzione di uno strumento a portata generale che da un lato potrebbe prendere il posto della revisione europea e dell'incidente di esecuzione piegato all'adeguamento europeo mentre, dall'altro, sarebbe idoneo a superare i limiti che tali aggiustamenti della prassi hanno dimostrato, consentendo la riapertura dei giudizi per dare spazio alle violazioni procedurali rilevanti sul piano dei diritti soggettivi, che siano emerse nel diritto casistico delle Corti europee e, tuttavia, non ancora conglomerate in condanne puntuali dell'Italia o sentenze «Pilota» secondo la Convenzione.

---

<sup>44</sup> Sul tema cfr. CONTIERI, *Il recurso de amparo come strumento di controllo indiretto sulla corretta applicazione del diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi*, 2020, 4, 45 e segg.