

La mutabilità del giudice: da Corte Costituzionale 132 del 2019 alle Sezioni Unite “Bajrami”.

di *Luca Agostini*

1. Con la sentenza n. 132 del 20 maggio 2019 la Corte Costituzionale dichiarò inammissibile la questione di legittimità sollevata con riferimento agli artt. 525 co. 2°, 526 co. 1° e 511 c.p.p. dal Tribunale di Siracusa, sul presupposto che la reiterazione della prova dichiarativa andasse preclusa laddove venisse superata la ragionevole durata del processo, individuata (per il primo grado) nei tre anni di cui alla L. 24 marzo 2001, n. 89¹.

La Consulta ebbe buon gioco nel non accogliere la questione, poiché il *petitum* mirava a veder avallata l'interpretazione del remittente², ma rivolse un monito al Legislatore affinché adottasse rimedi strutturali per evitare strumentalizzazioni del meccanismo elaborato dal diritto vivente, che come noto richiedeva il consenso di tutte le parti processuali perché il giudice potesse utilizzare ai fini della decisione i verbali delle prove dichiarative già raccolte innanzi ad altro giudicante persona fisica³.

La Corte Costituzionale, conscia del divario tra idealtipo codicistico e realtà, ha preso atto del fatto che i tempi dei dibattimenti rendono il principio di immediatezza – intesa come assenza di mediazione tra il soggetto che raccoglie la prova dichiarativa e quello che decide⁴ – un «*mero simulacro*», perché scanditi da udienze celebrate a distanza di mesi (se non di anni), talora in attesa della prescrizione dei reati che ne sono oggetto, con buona pace dell'art. 477 c.p.p. (e dell'art. 509 c.p.p.). Perciò, il giudicante, quand'anche in prima battuta avesse direttamente assunto la prova orale e ne avesse potuto cogliere i connotati espressivi anche non verbali, «*prodotti dal metodo dialettico dell'esame e del controesame*», difficilmente ne serberà il ricordo quando rileggerà i verbali della deposizione a distanza di tempo⁵.

¹ La sentenza è pubblicata anche in Cass. Pen., 2019, 10, p. 3620 s., con osservazioni di E. Aprile, che p. 3624 – 3626 compie un'ampia disamina del diritto vivente.

² Corte Cost. 132 del 2019, punto 2.2. mot. dir., che cita Corte Cost. n. 87 del 2013 e le ordinanze n. 97 del 2017, n. 87 e n. 33 del 2016, n. 92 del 2015.

³ La sentenza in commento richiama la giurisprudenza formatasi sulla scorta Cass. Pen., Sez. Un., 17 febbraio 1999, n. 2.

⁴ *Tramonto della immediatezza o sano realismo? Le Sezioni Unite Bajrami e il novum processuale*, in giustiziainsieme.it, 22 ottobre 2019.

⁵ Corte Cost. 132 del 2019, punto 3.1. mot. dir. Che si trattasse di principio modulabile emergeva peraltro già da C. Cost., 10 giugno 2010, n. 205; C. Cost., 30 luglio 2008, n. 318; C. Cost., 9 marzo 2007, n. 67. Caustico L. Miazzi, *L'immutabilità del giudice del dibattimento dopo la sentenza delle SS.uu. “Bajrami”: istruzioni per la sopravvivenza*, in giustiziainsieme.it, 28 novembre 2019, § 0.

La Consulta ha anche evidenziato che quando cambia la persona fisica del giudice (o di uno dei componenti del collegio), la rinnovazione della prova dichiarativa si risolve nella quasi totalità dei casi in uno sforzo organizzativo e, conseguentemente, in una dilatazione dei tempi per citare nuovamente testimoni che si limiteranno a confermare la precedente deposizione, senza «alcun beneficio addizionale, in termini di formazione del [proprio] convincimento, rispetto a quanto emerge dalle trascrizioni delle precedenti dichiarazioni»⁶.

Alla luce di queste premesse, la Corte Costituzionale suggerì al Legislatore di:

- a) concentrare i dibattimenti in un'unica udienza o in più udienze consecutive, secondo l'archetipo disegnato dal codice di rito. A tale riguardo si può osservare che pare un obiettivo piuttosto utopistico per i giudicanti i cui ruoli siano già affollati (come di consueto accade) da qualche centinaio di processi e che potrebbe al più indurre i Presidenti di Tribunale a costituirne *ex novo* per i magistrati subentranti e i singoli giudicanti a organizzare i propri seguendo le indicazioni di cui all'art. 132-*bis* disp. att. c.p.p. e, in aggiunta, quelle inserite nel progetto tabellare dell'ufficio, alla ricerca di una (chimerica?) consecutività;
- b) videoregistrare le prove dichiarative⁷;
- c) introdurre ragionevoli eccezioni per evitare la strumentalizzazione del principio di immutabilità del giudice, anche perché pure per la Corte E.D.U. (sentenze 2 dicembre 2014, Cutean c. Romania, §61, e 6 dicembre 2016, Škaro contro Croazia, § 24) va rinnovata soltanto la prova dichiarativa "importante", ferma restando la possibilità per il giudice di riconvocare i testimoni davanti a sé, per chiedere chiarimenti o per indicare ulteriori temi di prova ai sensi dell'art. 506 c.p.p.

La sentenza è stata accolta con sfavore da buona parte della dottrina, che ha visto nel «*gigantesco obiter dictum*» finale un gratuito suggerimento al Legislatore, viziato dal punto di vista metodologico (per l'improprio bilanciamento tra diritti fondamentali e principi che non lo sono altrettanto, come la ragionevole durata del processo) e tale da superare la divisione dei poteri⁸.

2. L'eco della sentenza 132 del 2019 della Corte Costituzionale si è riverberato nella giurisprudenza di legittimità, perché, prima che il Legislatore potesse cogliere il

⁶ Corte Cost. 132 del 2019, punto 3.1. mot. dir.

⁷ Critico D. Negri, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, in *Arch. Pen.*, 2, 2019, p. 5, per il quale l'immagine televisiva non è un valido surrogato del riascolto diretto del testimone "a causa della scarsa attenzione dello spettatore di fronte ad un video preregistrato". In senso favorevole, commentando la prospettata introduzione di un art. 191-*bis* c.p.p. propugnata dalla Commissione Gratteri, R. Aprati, *Una diversa modulazione del principio di immediatezza: riflessioni sulla proposta Gratteri*, in *Cass. Pen.*, 2016, 10, p. 3544 – 3545.

⁸ Per le obiezioni alla pronuncia in commento, P. Ferrua, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte Costituzionale al legislatore*, in *Arch. Pen.*, 2, 2019, p. 1 – 2; D. Negri, *La Corte costituzionale mira a squilibrare*, cit., *passim*; O. Mazza, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in *Arch. Pen.*, 2, 2019, *passim*.

suggerimento rivolto gli, le Sezioni Unite il 30 maggio 2019 nel procedimento a carico di Bajrami Klevis hanno pronunciato la sentenza n. 41736⁹, che ha notevolmente rivisto quanto statuito nel caso Iannasso (Sezioni Unite, 17 febbraio 1999, n. 2) sul principio di immediatezza, *unica avis* di nullità assoluta espressamente prevista (dall'art. 179 co. 2 c.p.p.)¹⁰.

I quesiti posti dalla Sesta Sezione con l'ordinanza di remissione erano tesi a comprendere:

- a) se il principio di immutabilità riguardasse soltanto l'assunzione delle prove dichiarative oppure anche la formulazione delle richieste di prova (orale) e/o l'adozione della relativa ordinanza di ammissione;
- b) in che modo dovesse essere prestato il consenso alla lettura dei verbali delle prove dichiarative già assunte dal giudicante in diversa composizione e in particolare se bastasse che le parti non vi si opponessero oppure se occorressero ulteriori circostanze processuali tali da rendere univoco il silenzio da loro serbato.

Le Sezioni Unite hanno quindi enucleato i seguenti principi di diritto:

- a) «il principio d'immutabilità del giudice, previsto dall'art. 525, comma 2, prima parte, cod. proc. pen., impone che il giudice che provvede alla deliberazione della sentenza sia non solo lo stesso giudice davanti al quale la prova è assunta, ma anche quello che ha disposto l'ammissione della prova, fermo restando che i provvedimenti sull'ammissione della prova emessi dal giudice diversamente composto devono intendersi confermati, se non espressamente modificati o revocati»;
- b) «l'avvenuto mutamento della composizione del giudice attribuisce alle parti il diritto di chiedere, ai sensi degli artt. 468 e 493 cod. proc. pen., sia prove nuove sia la rinnovazione di quelle assunte dal giudice diversamente composto, in quest'ultimo caso indicando specificamente le ragioni che impongano tale rinnovazione, ferma restando la valutazione del giudice, ai sensi degli artt. 190 e 495 cod. proc. pen., anche sulla non manifesta superfluità della rinnovazione stessa»;
- c) «il consenso delle parti alla lettura ex art. 511, comma 2, cod. proc. pen. degli atti assunti dal collegio in diversa composizione, a seguito della rinnovazione del dibattimento, non è necessario con riguardo agli esami testimoniali la cui ripetizione non abbia avuto luogo perché non chiesta, non ammessa o non più possibile».

Per giungere alla risposta, le Sezioni Unite hanno preso le mosse dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, ribadendo che la *ratio* del principio di immediatezza è che il giudice deliberante abbia la diretta percezione della prova dichiarativa nel momento in cui si forma, così da poterne cogliere tutti i connotati espressivi, anche non verbali, prodotti dal metodo dialettico dell'esame e del controesame (cui, si noti, è funzionale anche la regola prevista dall'ultimo inciso dell'art. 146 disp. att.

⁹ Tanto che qualcuno ha parlato di intervento paranormativo, v. *Tramonto della immediatezza o sano realismo?*, cit.

¹⁰ Per un inquadramento dell'istituto, anche alla luce delle previsioni del codice di rito penale previgente, G. Spangher, *Sentenza Bajrami, il nuovo dibattimento nel solco delle divisioni*, in *Guida Dir.*, 2019, 47, p. 16.

c.p.p.). Di qui «*la regola del riesame del dichiarante, in presenza di una richiesta di parte, [che] costituisce uno dei profili del diritto alla prova, strumento necessario del diritto di azione e di difesa, e, in pari tempo, uno degli aspetti essenziali del modello processuale accusatorio, espresso dal vigente codice di rito, la cui osservanza è ragionevolmente presidiata dalla nullità assoluta, massima sanzione processuale*»¹¹.

Ne consegue che, ai sensi dell'art. 179 co. 2° c.p.p., detta nullità non può essere sanata dal consenso delle parti, che dunque è ininfluente; ne deriverà una sicura innovazione nelle liturgie processuali¹², nei termini che ora si esporranno.

2.1. Le attività processuali che non occorre ripetere

In caso di mutamento del giudice, giacché l'art. 525 co. 2° c.p.p. richiede che colui che decide il processo abbia partecipato «*al dibattimento*», occorre ripartire dal momento in cui lo stesso iniziò; pertanto, restano ferme le attività che nella sequenza scandita dal Libro VII del c.p.p. precedono la dichiarazione di apertura ex art. 492 c.p.p., cioè¹³:

- a) gli atti urgenti previsti di cui all'art. 467 c.p.p. (che, si noti, includono anche «*l'assunzione delle prove non rinviabili*» e magari pure decisive);
- b) l'autorizzazione alla citazione di testimoni ai sensi dell'art. 468 c.p.p.;
- c) la verifica della regolare costituzione delle parti a norma dell'art. 484 c.p.p. e quindi: l'eventuale rinnovazione della citazione ai sensi dell'art. 143 disp. att. c.p.p.; la constatazione dell'assenza dell'imputato, secondo il combinato disposto degli artt. 484 co. 2°-bis, 420-bis, 420-quater e 420-quinquies c.p.p.; il rinvio del dibattimento nei casi di impedimento (riconosciuto legittimo) dell'imputato o del difensore, a mente degli artt. 484 co. 2°-bis e 420-ter c.p.p. (con il connesso effetto sospensivo del decorso del termine di prescrizione in virtù dell'art. 159 n. 3 c.p.p.).

2.2. Le attività processuali che occorre ripetere

2.2.1. Le questioni preliminari (art. 491 c.p.p.)

Della sequenza procedimentale che precede l'apertura del dibattimento farebbe in astratto parte anche la decisione delle questioni preliminari ai sensi dell'art. 491 c.p.p., ma le Sezioni Unite rimettono il nuovo giudice *in limine litis* e quindi gli riconoscono il potere di valutare *ex novo* le questioni tempestivamente proposte (cioè, ai sensi dell'art. 491 co. 1° c.p.p., «*subito dopo compiuto per la prima volta*

¹¹ Corte Cost., 26 maggio 2010, n. 205, testualmente richiamata da Sez. Un., 30 maggio 2019, n. 41736 al punto 5 mot. dir.

¹² Come notato da A. Natalini, *Nuovo dibattimento con collegio diverso: riassunzione limitata*, in *Guida Dir.*, 2019, 46, p. 78.

¹³ Cass. Pen., Sez. Un., 30 maggio 2019, n. 41736, cit., punto 5.1. mot. dir.

l'accertamento della costituzione delle parti») e su cui sia già intervenuto il suo predecessore¹⁴.

Sul punto va osservato che il principio del contraddittorio di cui all'art. 111 co. 2° Cost. (che non lo circoscrive alla sola formazione della prova, come il successivo co. 4°), induce a ritenere che le parti non debbano necessariamente attendere un'iniziativa *ex officio* del giudicante subentrante, ma possano sollecitare un nuovo intervento sul punto e comunque interloquire, anche adducendo nuovi argomenti (a sostegno o contrari).

E ciò, sia che la questione “rinnovata” sia stata oggetto di verbalizzazione sintetica, sia che sia stata fedelmente riportata in una verbalizzazione stenotipata o magari cristallizzata in una memoria depositata ai sensi dell'art. 121 c.p.p.

Come è stato notato, «*prima della dichiarazione di apertura del dibattimento*» nei processi a citazione diretta (art. 555 co. 2° c.p.p.) l'imputato può accedere a riti alternativi, senza incorrere nel limite posto dall'art. 491 co. 1° c.p.p., ma va escluso che tale richiesta potrebbe essere avanzata per la prima volta al giudice subentrato. Per il principio di conservazione degli atti, infatti, il silenzio serbato innanzi al precedente giudicante ha “consumato” tale potere e la coerenza logica del sistema impone di escludere che “*l'imputato che non aveva richiesto l'abbreviato, effettuata una parte dell'istruzione dibattimentale in modo a lui sfavorevole, [possa] “approfittare” del mutamento del giudice per chiedere l'abbreviato vanificando l'attività processuale fatta sino a quel momento*”¹⁵.

Viceversa, qualora l'imputato avesse avanzato un'istanza di accesso a riti alternativi respinta dal giudice poi sostituito:

- a) potrà reiterare la richiesta di rito abbreviato condizionato, sempre che la prova richiesta non sia stata ancora assunta (per i motivi già esposti), ferma restando in caso di nuovo rigetto l'applicazione anche d'ufficio della riduzione di pena prevista dall'art. 442 co. 2° c.p.p., se alla luce dell'istruttoria espletata risulti che si sarebbe dovuta invece accogliere e purché la domanda sia stata coltivata e rinnovata dal difensore¹⁶;
- b) non potrà rinnovare la richiesta ai sensi degli artt. 444 e ss. c.p.p. perché l'art. 448 co. 1° c.p.p. lo preclude¹⁷;

¹⁴ Cass. Pen., Sez. Un., 30 maggio 2019, n. 41736, cit., punto 5.1. mot. dir., ove si richiamano Sez. VI, 24 novembre 1998, n. 3746 (dep. 2 febbraio 1999), in *C.E.D. Cass.*, Rv. 213343 e Sez. I, 5 luglio 2018, n. 36032, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 274382, entrambe in tema di competenza per territorio. L. MIAZZI, *L'immutabilità del giudice del dibattimento*, cit., § 4.

¹⁵ L. Miazzi, *L'immutabilità del giudice del dibattimento*, cit., § 5.

¹⁶ L. Miazzi, *L'immutabilità del giudice del dibattimento*, cit., § 5, che richiama Cass. Pen., Sez. Un., 27 ottobre 2004, n. 44711, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 229174 – 01, e Sez. VI, 28 aprile 2009, n. 27505, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 244363 – 01, per la quale la riduzione di pena può essere richiesta allo stesso giudice, all'esito del dibattimento di primo grado, ovvero al giudice dell'impugnazione, in forza di specifico motivo di gravame.

¹⁷ Sempre L. Miazzi, *L'immutabilità del giudice del dibattimento*, cit., § 5, che sul punto cita Cass. Pen., Sez. I, 22 aprile 2010, n. 16889, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 247554 – 01. L'ipotesi enunciata nel testo non riguarda, ovviamente, i casi in cui il rigetto abbia toccato profili di

- c) non potrà optare per un rito inizialmente non richiesto (ad esempio non potrà ottenere una definizione ai sensi degli artt. 444 e ss. c.p.p. colui che abbia visto rigettare una richiesta di giudizio abbreviato condizionato)¹⁸.

Sotto questo profilo, comunque, l'arresto giurisprudenziale in commento pare fioriero di una potenziale espansione del diritto di Difesa, perché consente ulteriori momenti di sindacato giurisdizionale sulle istanze originariamente proposte.

2.2.2. La dichiarazione di apertura del dibattimento (art. 492 c.p.p.)

Le Sezioni Unite hanno poi precisato che il nuovo giudicante deve reiterare anche la dichiarazione di apertura del dibattimento, dare la parola alle parti affinché formulino le rispettive richieste di prova e quindi emettere l'ordinanza di cui all'art. 495 c.p.p.¹⁹.

Tuttavia, per il Supremo Consesso si tratta di tre adempimenti processuali la cui omissione non determinerà alcun vizio, perché, nell'ottica di evitare ripetizioni pedissequae e prive di concreti benefici processuali, i provvedimenti emessi dal giudice precedente e non espressamente revocati o modificati conservano efficacia. Ciò, in virtù del già citato principio di conservazione degli atti giuridici, che deriva dall'esigenza (di rilievo anche costituzionale, art. 111, comma 2°, ultima parte, Cost.) di contenere, per quanto possibile, i tempi di durata del processo, che si desume dall'art. 525 co. 2° c.p.p., previsione afferente al giudizio d'Assise ma per la pronuncia in commento applicabile analogicamente anche al dibattimento, come pure l'art. 42 co. 2° c.p.p., concernente l'astensione o ricusazione del giudice²⁰.

A tal proposito, pare evidente che la dichiarazione di apertura del dibattimento è in sé snodo privo di ricadute sul diritto di Difesa.

2.2.3. Le richieste di prova (art. 493 c.p.p.): oggetto e onere dell'iniziativa

È nella richiesta di prove orali ai sensi dell'art. 493 c.p.p. che si annida una prima novità apportata dalla pronuncia in commento, che supera l'orientamento giurisprudenziale precedente, che richiedeva che le parti fossero interpellate sul punto affinché potessero assumere una precisa presa di posizione.

È utile precisare che le istanze di cui si discute non riguardano: le prove cosiddette precostituite, ossia quelle documentali²¹ (nel cui ambito vanno annoverate anche le

merito e determinato quindi un'incompatibilità del giudice che lo ha espresso e che quindi non potrà essere quello "mutato".

¹⁸ L. Miazzi, *L'immutabilità del giudice del dibattimento*, cit., § 5.

¹⁹ Cass. Pen., Sez. Un., 30 maggio 2019, n. 41736, cit., punto 5.2. - 5.4. mot. dir.

²⁰ Cass. Pen., Sez. Un., 30 maggio 2019, n. 41736, cit., punto 5.3. mot. dir., ove si richiamano svariati precedenti giurisprudenziali. Critico G. Spangher, *Sentenza Bajrami, il nuovo dibattimento nel solco delle divisioni*, cit., p. 17, l'omissione darebbe comunque luogo a una nullità assoluta della sentenza, perché i riferimenti normativi citati dalle Sezioni Unite non sarebbero calzanti.

²¹ Cass. Pen., Sez. II, 11 dicembre 2018, n. 1461/2019 (dep. 14 gennaio 2019), in *C.E.D. Cass.*, non mass.; Sez. I, 19 aprile 2017, n. 44413, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 271234 - 01; Sez. III, 23 ottobre 2018, n. 54379, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 274131 - 01 (in materia di processo verbale di constatazione).

trascrizioni di intercettazioni effettuate da un esperto nominato dal Tribunale²², tanto che non è necessaria per utilizzarle la previa audizione del trascrittore²³; gli atti irripetibili (come i verbali di perquisizione o di sequestro, limitatamente all'attività non ripetibile svolta e ai provvedimenti adottati)²⁴; gli atti di indagine già acquisiti al fascicolo per il dibattimento a norma dell'art. 493 co. 3° c.p.p.²⁵.

Ebbene, le Sezioni Unite hanno statuito che sulla Difesa tecnica incombe il generale dovere di adempiere con diligenza il mandato professionale e quindi di rilevare il sopravvenuto mutamento della composizione del giudice e attivarsi, formulando eventuali richieste²⁶, di modo che la loro inerzia consolida le prove orali già assunte, anche se non impedisce al giudicante subentrato di modificare (sentite le parti) il provvedimento emesso ai sensi dell'art. 495 c.p.p.²⁷.

Se si attiveranno, le parti potranno formulare ancora una volta delle istanze istruttorie, che dovranno però circostanziare, esplicitando:

- a) qualora si chieda di ripetere una prova già assunta, i nuovi temi o le circostanze su cui la deposizione risulti incompleta (ma la scarsa memoria già palesata in occasione della prima audizione potrebbe rendere prevedibile che la nuova non apporterà miglioramenti)²⁸ o elementi tali da mettere in dubbio l'attendibilità del dichiarante e da rendere necessario risentirlo sul punto, magari emersi nel prosieguo del dibattimento (per esempio perché le sue affermazioni contrastano con quanto emerge dai documenti nel frattempo acquisiti)²⁹.

In tale ipotesi, l'onere di formulare l'istanza grava sulla parte che l'aveva originariamente presentata, per il combinato disposto degli artt. 468 e 493 c.p.p.³⁰ che dovrà correderla in sostanza di argomentazioni analoghe a quelle richieste dall'art. 190-*bis* c.p.p.³¹.

Se chi l'abbia in origine richiesta rinunci all'audizione, l'altra parte potrebbe comunque sollecitare l'esercizio dei poteri di cui all'art. 507 c.p.p., che però impone notoriamente un vaglio più rigoroso (tarato sull'assoluta necessità anziché sulla non manifesta superfluità/irrelevanza).

- b) per le prove nuove (come ad esempio l'esame dell'imputato o una perizia), la pertinenza e rilevanza, mentre non occorre che siano essere decisive, come è invece richiesto dalla giurisprudenza della Corte E.D.U., che sul punto appare

²² Cass. Pen., Sez. I, 26 marzo 2009, n. 26700, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 244709 – 01; Sez. VI, 6 novembre 2008, n. 2732, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 242583 – 01.

²³ Cass. Pen., Sez. II, 11 dicembre 2017, n. 14948 (dep. 4 aprile 2018), in *C.E.D. Cass.*, Rv. 272645 – 01; Sez. VI, 6 novembre 2008, n. 2732 (dep. 21 gennaio 2009), in *C.E.D. Cass.*, Rv. 242583 – 01.

²⁴ Cass. Pen., Sez. I, 19 febbraio 2019, n. 17610, in *C.E.D. Cass.*, non mass.

²⁵ Cass. Pen., Sez. II, 7 maggio 2019, n. 27833, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 276665 – 01.

²⁶ Cass. Pen., Sez. Un., 30 maggio 2019, n. 41736, cit., punto 5.4. mot. dir.

²⁷ A. Natalini, *Nuovo dibattimento con collegio diverso*, cit., p. 82.

²⁸ Cass. Pen., Sez. Un., 30 maggio 2019, n. 41736, cit., punto 7.1. mot. dir.

²⁹ F. Lombardi, *Dalle Sezioni Unite "Bajrami" un vademecum*, cit.

³⁰ Cass. Pen., Sez. Un., 30 maggio 2019, n. 41736, cit., punto 6.2 mot. dir.

³¹ A. Natalini, *Nuovo dibattimento con collegio diverso*, cit., p. 82.

meno garantista di quella nazionale³². A tal proposito pare utile evidenziare che non deve necessariamente trattarsi di prova contraria ai sensi dell'art. 495 co. 2° c.p.p., della quale resta peraltro possibile richiedere l'ammissione.

Per articolare nuove richieste, le parti potranno ottenere un breve termine «*la cui fruizione può, ad esempio, rivelarsi ineludibile quando la necessità della rinnovazione del dibattimento non sia stata prevista ed anticipata, ma si sia palesata soltanto in udienza, senza preavviso alcuno*»³³, in particolare per presentare una lista ai sensi dell'art. 468 c.p.p.

Pertanto, detto termine non potrà essere inferiore a sette giorni liberi³⁴, che non decorrono nel periodo di sospensione feriale³⁵, e la lista potrà includere richieste di audizione di soggetti mai sentiti prima nel corso del dibattimento, siano essi testimoni o impuoni³⁶ (ai sensi dell'art. 210 c.p.p.) o consulenti tecnici, da interrogare anche su temi diversi da quelli oggetto delle prove orali precedentemente dedotte.

Si noti, però, che le richieste sono conseguenti all'attività istruttoria già espletata e quindi la parte che non avesse depositato tempestivamente la lista in questione in occasione della prima tornata di richieste probatorie non viene rimessa in termini *tout court* per tale incumbente. Tuttavia, i primi commentatori hanno ritenuto che le parti potrebbero integrare l'elenco originario con una o più prove orali indicate dalle altre non ancora assunte e quindi, se ammesse, dovrà provvedere a citarle³⁷.

Peraltro, laddove il cambiamento del giudice sia invece previsto³⁸, le parti dovrebbero depositare la nuova lista ai sensi dell'art. 468 c.p.p. almeno sette giorni liberi prima dell'udienza in cui si concretizzerà. Ciò accadrà, ad esempio, qualora il precedente giudice o il Presidente del Tribunale o della Sezione con un provvedimento organizzativo palesino tale mutamento in vista della successiva udienza (per astensione, riunione, trasferimento ad altra sede, congedo del magistrato e così via) oppure quando il nuovo giudicante subentri e rinvii davanti a sé la prosecuzione del processo, per adesione di una delle parti all'astensione proclamata dall'associazione di categoria o per legittimo impedimento dell'imputato o del suo Difensore.

³² Cass. Pen., Sez. Un., 30 maggio 2019, n. 41736, cit., punto 10 mot. dir.

³³ Cass. Pen., Sez. Un., 30 maggio 2019, n. 41736, cit., punto 5.4. mot. dir.

³⁴ Cass. Pen., Sez. III, 2 marzo 1994, n. 4711, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 197605 – 01.

³⁵ Cass. Pen., Sez. III, 28 maggio 2013, n. 28371, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 256903 – 01; Sez. III, 15 novembre 2005, n. 44272, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 233130 – 01.

³⁶ Secondo il neologismo coniato da P. Ferrua, *Gli incerti confini dell' "impuone". Le ambiguità del testo lasciano spazi eccessivi all'interpretazione*, in *Dir. giust.*, 2000, n. 43-44, p. 98.

³⁷ G. Spangher, *I nuovi orizzonti del dibattimento rinnovato*, cit.; A. NATALINI, *Nuovo dibattimento con collegio diverso*, cit., p. 82; L. MIAZZI, *L'immutabilità del giudice del dibattimento*, cit., § 6.

³⁸ F. Lombardi, *Dalle Sezioni Unite "Bajrami" un vademecum*, si esprime in termini di prevedibilità.

Perciò tutti i protagonisti del processo dovranno avere piena contezza delle attività svolte prima del mutamento del giudice, per sfruttare questa ulteriore *chance*: la richiesta di mera ripetizione di una prova già assunta, infatti, non potrà mai essere accolta, sul presupposto che le parti abbiano potuto già esplicitare appieno il proprio diritto al contraddittorio nella(e) precedente(i) udienza(e) in cui il dichiarante fu sentito.

Peraltro, lo stesso giudice subentrato potrà sollecitare le parti a esplorare nuovi temi di prova ai sensi dell'art. 506 c.p.p.

2.2.4. L'ordinanza ammissiva (art. 495 c.p.p.): il metro di giudizio

Le istanze rinnovate andranno vagliate dal giudice subentrato, che non potrà che seguire le regole poste dagli artt. 187 – 190 c.p.p., come confermato dall'art. 238 co. 5° c.p.p., che prevede tale sindacato in relazione a prove assunte in altro procedimento³⁹.

Le Sezioni Unite innestano proprio su questa valutazione un cambio di paradigma, precisando che si deve basare sugli esiti delle audizioni già avvenute e cristallizzate nei verbali stenotipati (e in un futuro, magari, in videoriprese). Per quanto la sentenza Bajrami evocò la non manifesta superfluità di cui all'art. 190 c.p.p., insomma, nel presupposto che il nuovo giudice non abbia la verginità conoscitiva del primo, il parametro pare più prossimo a quello dell'art. 495 co. 4° c.p.p.⁴⁰.

Come notato dai primi commentatori, la superfluità potrà quindi riferirsi alla escussione già avvenuta, risultata tale *ex post* oppure alla sola reiterazione della deposizione⁴¹.

³⁹ Cass. Pen., Sez. Un., 30 maggio 2019, n. 41736, cit., punto 7 mot. dir. In tal senso, già P. Silvestri, *Il principio di immutabilità del giudice*, cit., p. 1942.

Critico G. Spangher, *Sentenza Bajrami, il nuovo dibattito nel solco delle divisioni*, cit., p. 17 – 18.

⁴⁰ Come nota anche N. Russo in *Tramonto della immediatezza o sano realismo*, cit.; per R. Magi, *ibidem*, “*la base cognitiva della valutazione di ammissibilità diventa mista, perché attinge non soltanto ai contenuti della prospettazione (rapportati alla costruzione della imputazione) ma anche alla performance espressiva del teste di cui si chiede l'ammissione (documentata nel verbale)*”; in tal senso già P. Silvestri, *Il principio di immutabilità del giudice*, cit., p. 1040 – 1943. G. Spangher, *Sentenza Bajrami, il nuovo dibattito nel solco delle divisioni*, cit., p. 18, evidenzia che nel caso di mutamento di uno soltanto dei componenti del collegio, gli altri potrebbero influenzarne la valutazione.

In giurisprudenza cfr., *ex plurimis*, Cass. Pen., Sez. II, 24 aprile 2018, n. 23320, in *C.E.D. Cass.*, non mass., punto 3 mot. dir.; Sez. V, 17 novembre 2017, n. 11059 (dep. 13 marzo 2018), in *C.E.D. Cass.*, non mass., punto 1 mot. dir.; Sez. VI, 6 ottobre 1999, n. 13792, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 215281 – 01.

⁴¹ F. Lombardi, *Dalle Sezioni Unite “Bajrami” un vademecum sulla rinnovazione del dibattito a seguito del mutamento del giudice*, in *giurisprudenzapenale.it*, 2019, 10, e A. Natalini, *Nuovo dibattito con collegio diverso*, cit., p. 83, che peraltro sostengono che nel caso di escussione risultata superflua per i suoi contenuti originari andrebbe revocata *ex tunc* l'ordinanza ammissiva. Questa conclusione non appare del tutto condivisibile, perché il mutamento del giudice comporta la riedizione delle attività in ordine all'ammissione delle prove, ma non può arrivare a porre nel nulla le prove già assunte, perché ciò si porrebbe in contrasto con il principio di conservazione degli atti giuridici, che costituisce uno dei

A tale riguardo va osservato che il principio di oralità è fisiologicamente compreso dal trascorrere del tempo, che attenua la memoria dei testimoni e li induce a riportarsi alle dichiarazioni rese in sede di indagine – che divengono così pienamente utilizzabili ai fini della decisione, non trattandosi di contestazione in senso proprio ai sensi dell’art. 500 c.p.p., ferma restando la necessità di valutarne l’attendibilità⁴² – o, se operanti di Polizia Giudiziaria, a esporre il contenuto degli atti redatti durante le investigazioni ai sensi degli artt. 498 co. 5° e 514 co. 2° c.p.p.⁴³.

In altre parole, nella valutazione prognostica richiesta dalle Sezioni Unite⁴⁴ potrebbe apparire davvero arduo che la ri-audizione sia foriera di un valore aggiunto alla ricostruzione del fatto se quella primigenia intervenne dopo un consistente lasso cronologico da esso e si fosse risolta nel ribadire dichiarazioni rese in sede di indagine, peraltro con notevole difficoltà per le parti (e soprattutto per la Difesa) di far emergere contrasti tali da integrare vere e proprie contestazioni ex art. 500 co. 2° c.p.p. e quindi da indurre dubbi sull’attendibilità della persona sentita.

Il fattore tempo dà origine, insomma, a una matroska dichiarativa, che conduce a basare la sentenza su una versione delle vicende oggetto di accertamento raccolta in totale assenza di contraddittorio, che difficilmente lo stesso dichiarante ritratterà (per quanto la smentita non potrebbe poi essere usata contro di lui in virtù dell’art. 63 c.p.p.) o integrerà dopo averla già confermata una prima volta in dibattimento⁴⁵.

Inoltre, come è stato notato, la ripetizione dell’atto scema fortemente la valenza epistemica del principio di immediatezza, che per potersi esplicare realmente richiede la sorpresa dell’esame incrociato, perché aver già vissuto l’esperienza pone il deponente in una situazione inconsapevole e inevitabile di “premeditazione”, che inficia la possibilità di capire se le risposte siano o meno genuine attraverso la reazione emotiva alle domande⁴⁶.

Nel caso in cui la richiesta di ri-audizione sia rigettata, i verbali contenenti le dichiarazioni rese dai testimoni in dibattimento dinanzi a giudice in composizione successivamente mutata, che permangono legittimamente nel fascicolo del dibattimento, saranno utilizzabili ai fini della decisione, perché l’esame non ha avuto luogo ai sensi

capisaldi della pronuncia in commento; piuttosto, le deposizioni prive di rilevanza non saranno utilizzate ai fini della decisione.

⁴² *Ex plurimis*, Cass. Pen., Sez. II, 23 maggio 2019, n. 3544, in *C.E.D. Cass.*, non mass., punto 1 mot. dir.; Sez. II, 28 febbraio 2017, n. 17089, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 270091 – 01; Sez. II, 21 febbraio 2012, n. 10483, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 252707 – 01.

⁴³ Cass. Pen., Sez. Un., 30 maggio 2019, n. 41736, cit., punto 7.1. mot. dir.

⁴⁴ Che secondo P. FERRUA, in *Tramonto della immediatezza o sano realismo*, cit., richiede che le parti documentino l’elevata possibilità di un nuovo o diverso esito della prova già espletata.

⁴⁵ Più fiducioso in possibili evoluzioni del contenuto delle deposizioni ripetute si mostra N. Russo in *Tramonto della immediatezza o sano realismo*, cit.

⁴⁶ R. Aprati, *Una diversa modulazione del principio di immediatezza: riflessioni sulla proposta Gratteri*, in *Cass. Pen.*, 2016, 10, p. 3541 – 3542.

dell'art. 511 co. 2° c.p.p.⁴⁷, senza alcuna necessità di acquisire il consenso delle parti sul punto.

Ebbene, pare allo scrivente che la presa di posizione delle Sezioni Unite aumenti le potenzialità euristiche del dibattimento (e correlativamente non decrementi le facoltà difensive), evitando attività defatiganti, come il ritorno in aula del dichiarante per confermare quanto già ha detto, dato assolutamente neutrale a fini probatori. Allo stesso tempo, ciò consentirà di concentrare l'accertamento soltanto su temi nuovi, che con specifico riferimento al consulente tecnico o al perito potrebbero emergere anche dalla relazione scritta già acquisita al fascicolo per il dibattimento nella prima tornata, ai sensi dell'articolo 501 co. 2° c.p.p.

Per quanto evenienza rara, infine, esistono prove orali vietate che potrebbero essere state assunte e che la nuova ordinanza ai sensi dell'art. 495 c.p.p. non dovrebbe ammettere (ad esempio perché un testimone di Polizia Giudiziaria abbia riferito sulle dichiarazioni rese dall'indagato/imputato, ai sensi degli artt. 62 – 195 c.p.p.).

2.2.5. L'assunzione delle prove ammesse

Le nuove prove ammesse con l'ordinanza di cui all'art. 495 c.p.p. saranno ovviamente assunte seguendo la disciplina codicistica.

Sulla concreta riedizione della prova orale invece influiranno, invece, gli esiti di quella già espletata in precedenza, nel senso che l'oggetto sarà ovviamente circoscritto agli aspetti di novità che hanno indotto ad ammetterne la ripetizione, poiché esame e controesame potranno tornare su temi già trattati soltanto nei limiti in cui ciò serva per saggiare l'attendibilità del dichiarante⁴⁸.

In questo caso, infatti, i verbali contenenti le precedenti dichiarazioni potranno utilizzarsi oltre che per la decisione anche per muovere contestazioni nel corso della ri- audizione, mentre sarà del tutto superfluo chiedere al deponente se confermi ciò che ha già riferito al precedente giudicante.

2.3. Il (deficitario) richiamo alla giurisprudenza sovranazionale

Nella pronuncia in commento, la Corte di Cassazione si premura anche di coltivare il dialogo con la Corte E.D.U., ricordandone le decisioni che hanno ammesso deroghe all'art. 6, §§ 1, 3, lett. b) e - soprattutto - lett. d), della Convenzione E.D.U. e che, in particolare, hanno ritenuto equo un processo nel quale l'esame di un teste decisivo non fosse stato rinnovato davanti al giudice nella nuova composizione, perché⁴⁹:

⁴⁷ Cass. Pen., Sez. Un., 30 maggio 2019, n. 41736, cit., punto 9 mot. dir. Per D. Potetti, *Note brevi in tema di immutabilità del giudice dibattimentale dopo la sentenza n 17 del 1994 della Corte costituzionale*, in *Cass. Pen.*, 1995, 1736, è l'art. 480 co. 2 c.p.p. a legittimare l'inserimento del verbale nel fascicolo.

⁴⁸ L. Miazzi, *L'immutabilità del giudice del dibattimento*, cit., § 7.

⁴⁹ V. Cass. Pen., Sez. Un., 30 maggio 2019, n. 41736, cit., punto 10 mot. dir. Per una sintesi delle condizioni in presenza delle quali al mutamento del giudice corrisponde una violazione dell'art. 6 C.E.D.U., V. Aiuti, *Mutamento del giudice e diritto al confronto: una falsa analogia della Corte di Strasburgo*, in *Cass. Pen.*, 2019, 10, p. 3750.

- a) il presidente del Collegio inizialmente insediato, e dinnanzi al quale aveva avuto luogo l'audizione - successivamente non ripetuta – del testimone, era stato sostituito da un supplente che aveva assistito alle precedenti fasi del dibattimento (Corte E.D.U., Prima Sezione, 4 dicembre 2003, caso Milan c. Italia, § 1);
- b) i Difensori avevano già potuto porre domande agli “accusatori” in un pubblico dibattimento e non avevano indicato in ordine a quali decisivi elementi fattuali la nuova audizione del testimone avrebbe potuto rivelarsi utile per l'imputato (Corte E.D.U., Terza Sezione, 10 febbraio 2005, Graviano c. Italia, §§ 38 ss.);
- c) uno soltanto dei giudici era stato sostituito e il nuovo componente aveva comunque avuto modo di leggere le dichiarazioni rese dal teste decisivo delle quali si discuteva (Corte E.D.U., Sez. III, 2 dicembre 2014, Cutean contro Romania, § 61, e Sez. II, 6 dicembre 2016, Skaro c. Croazia, §§ 28 ss.).

Tuttavia, i primi commentatori hanno già posto in luce che la giurisprudenza E.D.U. citata dalle Sezioni Unite nel caso Bajrami potrebbe considerarsi superata alla luce della sentenza resa dalla Corte di Giustizia U.E. il 29 luglio 2019, nella causa C 38-18 contro l'Italia (imputati Massimo Gambino, Shpetim Hyka), in base alla quale «*Gli articoli 16 e 18 della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale ai sensi della quale, nel caso in cui la vittima di un reato sia stata sentita una prima volta dal collegio giudicante di un organo giurisdizionale penale di primo grado e la composizione di tale collegio sia successivamente mutata, detta vittima deve, in linea di principio, essere nuovamente sentita dal collegio di nuova composizione qualora una delle parti nel procedimento rifiuti che detto collegio si basi sul verbale della prima audizione di detta vittima*»⁵⁰.

2.3.1. La prova divenuta irripetibile nel corso del processo

Potrebbe accadere che le lungaggini processuali rendano impossibile la ri-edizione di una prova orale, in particolare perché il dichiarante nel frattempo potrebbe non essere più reperito, dopo essere stato sentito una prima volta in dibattimento innanzi al giudice in diversa composizione.

Anche in questo caso l'esame non avrà luogo e gli esiti del precedente saranno pienamente utilizzabili ai sensi dell'art. 511 co. 2° c.p.p.⁵¹ e, a parere dello scrivente, su di essi potrà fondarsi anche una pronuncia di condanna, pure laddove quella prova sia l'unica su cui si basi l'affermazione di responsabilità oppure sia comunque decisiva a tal fine.

Infatti, non troveranno applicazione i principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità e della Corte E.D.U. sugli artt. 512, 512-bis e 526 co. 1°-bis c.p.p., che

⁵⁰ G. Spangher, *Sentenza Bajrami, il nuovo dibattimento nel solco delle divisioni*, cit., p. 18; P. Ferrua, in *Tramonto della immediatezza o sano realismo*, cit. Corte Giust. U.E., Sez. I, 29 luglio 2019, Causa C-38/18, in G.U.U.E., 23 settembre 2019.

⁵¹ Cass. Pen., Sez. V, 9 marzo 2017, n. 23015, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 270140 – 01.

postulano che l'accusatore si sia deliberatamente sottratto al contraddittorio con l'accusato⁵², giacché, al contrario, nell'ipotesi qui considerata il "confronto" tra i due ha avuto luogo, anche se davanti a un altro giudice (come d'altronde ritenuto dalla Corte E.D.U. nel citato caso Graviano).

Fermo restando, però, che il nuovo giudice può reputare non attendibile la deposizione non reiterabile, anche attraverso lo scrutinio del modo in cui fu raccolta (esito improbabile, se fu assunta secondo i dettami codicistici) e della compatibilità della dichiarazione con i dati di contesto (magari emersi successivamente e proprio grazie alle nuove prove ammesse con la ripetizione innescata dal cambiamento del giudice)⁵³.

3. *Quid iuris* per i mutamenti del giudice intervenuti prima della sentenza Bajrami e la sequenza procedimentale che parte dalla rinnovazione della dichiarazione di apertura del dibattimento si è già verificata?

Occorre distinguere a seconda che le parti:

1) acconsentirono all'utilizzazione da parte del nuovo giudice dei verbali delle prove delle prove orali già raccolte.

Ciò comportava e comporta la superfluità della ri-audizione dei testimoni, perché le parti – specificamente interpellate sul punto – operarono una scelta processuale consapevole e ritennero inutile ripetere l'ascolto di coloro che erano stati già sentiti innanzi a loro. Detto comportamento appare interpretabile, *ex post*, come rinuncia alla reiterazione della prova orale e non già come consenso invalido ai sensi degli artt. 179 e 525 co. 2° c.p.p.

2) non acconsentirono tutte all'utilizzazione da parte del nuovo giudice dei verbali delle prove orali già assunte davanti a chi lo precedette e quindi riproposero le originarie istanze di prova, sulle quali fu emesso un provvedimento confermativo dell'originaria ordinanza adottata ai sensi dell'art. 495 c.p.p., di modo che nel frattempo il processo avrà perciò seguito il suo corso.

Se residuino ancora testimoni da risentire e, come da prassi, in sede di reiterazione della richiesta non fossero state specificate le nuove circostanze che avrebbero dovuto formare oggetto della (ri)deposizione, pare plausibile che il giudice subentrato inviti d'ufficio le parti a precisarle a norma dell'art. 495 co. 4° secondo inciso c.p.p. e quindi eventualmente revochi l'ordinanza ammissiva *in parte qua*, ferma restando la facoltà di rinuncia (alla ripetizione delle prove già assunte) ai sensi dell'art. 495 co. 4°-bis c.p.p.

4. In una prospettiva *de iure condendo*, oltre ai già citati suggerimenti contenuti nella sentenza n. 132 del 2019 della Corte Costituzionale, va ricordato che il Comitato

⁵² *Ex plurimis*, Cass. Pen., Sez. II, 17 aprile 2019, n. 19864, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 276531 – 02; Sez. III, 19 febbraio 2019, n. 25327, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 276040 – 01. Nella giurisprudenza della Corte E.D.U., 12 ottobre 2017, Cafagna c. Italia.

⁵³ Cass. Pen., Sez. II, 17 aprile 2019, n. 19864, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 276531 – 01.

Direttivo Centrale dell'Associazione Nazionale Magistrati, nella riunione del 10 novembre 2018⁵⁴, propose di:

- ampliare l'ambito applicativo dell'art. 190-*bis* c.p.p. a tutti i reati contro la pubblica amministrazione, ai più gravi crimini in materia economica, tributaria e finanziaria (come bancarotta, aggrottaggio, frode fiscale), notoriamente caratterizzati da lunghe istruttorie testimoniali, nonché ad ulteriori fattispecie come quelle di atti persecutori e maltrattamenti in famiglia. Per queste ultime, peraltro, potrebbe già trattarsi di deposizioni rese da «*persona offesa in condizioni di particolare vulnerabilità*», come definite dall'art. 90-*quater* c.p.p.;
- di modificare l'art. 159 c.p. in modo tale che i termini di prescrizione restassero sospesi per tutto il tempo necessario alla ripetizione dell'attività dibattimentale a seguito del cambio della persona del giudicante o della sostituzione di uno o più componenti del collegio.

⁵⁴ Come già segnalato da R. Muzzica, *La rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice: un impulso della corte costituzionale per una regola da rimeditare*, in *penalecon-temporaneo.it*, 3 giugno 2019, sub nota 1.