

UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE DI MILANO
Facoltà di Giurisprudenza
Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza



CONTRADDITTORIO, IMMEDIATEZZA, ORALITÀ:
RAPPORTI E INTERFERENZE

Tesi di Laurea di:
Andrea CONTE
Matr. № 4200873

Relatore: Chiar.mo Prof. Giulio UBERTIS

Anno Accademico 2018/2019

INDICE SOMMARIO

Capitolo I

ORIGINI E CONFORMAZIONE DEL “GIUSTO PROCESSO” E TUTELA DEL CONTRADDITTORIO

1. Dal codice Rocco al codice Vassalli..... 1
2. La legge-delega c.p.p. e l’attuazione dei «caratteri del sistema accusatorio» 6
3. I principi ispiratori del nuovo codice..... 11
4. Un’eco inquisitoria: il principio di non dispersione dei mezzi di prova fra interventi della giurisprudenza costituzionale e del legislatore 15
5. Il “giusto processo”: le garanzie previste per ogni tipo di procedimento giurisdizionale 21
6. Il “giusto processo”: le ulteriori garanzie previste per il rito penale 27
7. Il procedimento penale tra costituzione, CEDU e Patto internazionale dei diritti civili e politici 34

Capitolo II

LA GARANZIA EPISTEMOLOGICA DEL CONTRADDITTORIO

1. Il metodo del contraddittorio: valenza epistemica..... 41

2. I principi del dibattimento di primo grado	47
3. La prova dichiarativa e l'esame incrociato nel diritto positivo	57
4. L'incidente probatorio: <i>ratio</i> e "nuove" interferenze	66
5. Le <i>fattispecie sussidiarie</i> nella formazione della prova	78
6. Le letture dibattimentali	86

Capitolo III

RAPPORTI E INTERFERENZE: MUTAMENTO DEL GIUDICE E RINNOVAZIONE DEL DIBATTIMENTO NELL'ALVEO DEL "GIUSTO PROCESSO"

1. La portata dell'immutabilità del giudice nel quadro dei principi del dibattimento di primo grado	95
2. Immutabilità del giudice: fondamento costituzionale?	101
3. Mutamento del giudice: cause ed effetti di un fenomeno in costante aumento	109
4. Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento: i punti fermi nella lettura della giurisprudenza	117
5. ... e gli sviluppi più recenti in materia	123
6. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo: il rilievo dei canoni dell'immediatezza e dell'immutabilità del giudice nel " <i>procès équitable</i> "	129
7. Immediatezza, oralità, immutabilità del giudice e "giusto processo": un asserito bilanciamento con la ragionevole durata	134

Capitolo IV

GIUDIZIO DI APPELLO E RINNOVAZIONE ISTRUTTORIA: DAGLI ORIENTAMENTI DELLA CORTE DI STRASBURGO ALLE SCELTE DEL LEGISLATORE

1. Corte di Strasburgo e immediatezza in appello: affermazioni europee e “direttive” per l’ordinamento italiano.....	146
2. Il dibattito in dottrina e i primi orientamenti della giurisprudenza di legittimità.....	151
3. L’intervento delle sezioni unite e le scelte del legislatore.....	159
4. Giudizio di appello e rinnovazione istruttoria: garanzia del principio di immediatezza o del canone dell’«oltre ogni ragionevole dubbio»?	165
5. I controversi confini dell’obbligo di rinnovazione istruttoria: il rito abbreviato.....	172
6. Gli ulteriori chiarimenti della Corte di cassazione: l’ <i>expert witness</i> ; la condotta illecita	181
Bibliografia	188

Capitolo I

ORIGINI E CONFORMAZIONE DEL “GIUSTO PROCESSO” E TUTELA DEL CONTRADDITTORIO

SOMMARIO: 1. Dal codice Rocco al codice Vassalli. – 2. La legge-delega c.p.p. e l’attuazione dei «caratteri del sistema accusatorio». – 3. I principi ispiratori del nuovo codice. – 4. Un’eco inquisitoria: il principio di non dispersione dei mezzi di prova fra interventi della giurisprudenza costituzionale e del legislatore. – 5. Il “giusto processo”: le garanzie previste per ogni tipo di procedimento giurisdizionale. – 6. Il “giusto processo”: le ulteriori garanzie previste per il rito penale. – 7. Il procedimento penale tra Costituzione, CEDU e Patto internazionale dei diritti civili e politici.

1. Dal codice Rocco al codice Vassalli.

Il tema del contraddittorio è stato, ed è tutt’ora, un elemento centrale attorno a cui si è sviluppato il dibattito processualpenalistico, in relazione alla sua conformazione ed alle garanzie ad esso sottese¹.

E d’altronde, da sempre del «processo penale si vuol dire che è un processo orale»², cosicché il *modus* dialogico pare inevitabilmente connaturato ad esso.

L’ardua funzione cui è deputato, quella di dover ricostruire una vicenda del passato³, un frammento della «multiforme vita ... individuale e sociale»⁴, rende il processo penale

¹ V. G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del) – II* Dir. proc. pen., in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Roma, 2001, p. 1 ss.

² F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1947, p. 88.

³ Sull’annosa questione, v., per tutti, G. CANZIO, *Prova scientifica, ricerca della “verità” e decisione giudiziaria nel processo penale*, in *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Milano, 2005, p. 71 ss.; F. CARNELUTTI, *A proposito di ricerca della verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 678; G. DE LUCA, *Logica e metodo probatorio giudiziario*, in *Scuola pos.*, 1965, p. 43; M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, p. 1 ss.; ID., *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in *Diritto penale, controllo di razionalità e giustizia*, Padova, 1998, p. 66 ss.; G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, p. 89-90; ID., *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, in *Cass. pen.*, 2006, III, p. 1206 ss.; ID., *Prova (in generale)*, in *D. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, p. 301.

⁴ E. FLORIAN, *Delle prove penali*, a cura di P. Fredas, Milano-Varese, 1961, p. 8. Nell’«agone» del processo, infatti, «non sono da giudicare meri rapporti giuridici; bensì la materia è viva, saturata di realtà, vibrante di passione; in esso si dispiega la poliedrica anima umana nelle sue infinite variazioni, nel palpito della sua vita multiforme. Qui si tratta di rintracciare e di valutare fatti umani» (*ivi*, p. 9-10).

un fatto «terribilmente umano, perché fisiologicamente imperfetto ed impegnato in una lotta titanica per superare i propri limiti costitutivi»⁵.

In iudicio le tesi contrapposte «ruotano attorno al giusto e all'ingiusto che sono oggetto specifico del genere giudiziario»⁶ e necessitano di un destinatario, cioè di un giudice⁷, cui esse si dirigono al fine di persuaderlo.

Quest'ultimo deve giudicare comportamenti che «non sono riconducibili ad alcuna classe, né, una volta spariti nel passato, sono in grado di poter riemergere attraverso l'esperimento»⁸ e quindi si trova dinanzi non fatti, ma esclusivamente asserzioni che vertono su dei fatti che in quanto tali non possono rivivere⁹.

Nel dibattito processuale perde chi cade in contraddizione, perché «l'assioma gnoseologico» stesso cui il processo si ispira «è che la verità ... si 'tradisca' contro il volere stesso delle parti, proprio nel conflitto delle opposte prospettive»¹⁰.

Il processo penale è infatti «un dialogo, una conversazione, uno scambio di proposte, di risposte, di repliche; un incrociarsi di azioni e di reazioni, di stimoli e di contropunte, di attacchi e di contrattacchi», cosicché esso è paragonabile ad una gara di «scherma o a una gara sportiva; ma ... una scherma di persuasioni e una gara di ragionamenti»¹¹.

Se l'andamento orale connota il processo penale e le sue dinamiche, esso non può e non deve risolversi, però, in una libera contesa. Al contrario: tutto il percorso in cui si

⁵ P. TONINI – C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014, p. 2.

⁶ S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis - G. P. Voena, XXXIII.2, Milano, 2000, p. 10.

⁷ Nella tripartizione aristotelica, il genere giudiziario è caratterizzato per l'oggetto (giusto/ingiusto), l'uditorio (il giudice), il fine (accusare/difendere) e l'ordine temporale (il passato): cfr. ARISTOTELE, *Retorica*, I, 3, 1358 b ss., in ID., *Opere*, trad. it., X, Roma-Bari, 1992, p. 14.

⁸ Così G. DE LUCA, *Logica e metodo probatorio giudiziario*, cit., p. 43. Sulla peculiarità del "tempo" cui si riferisce il processo, v. le riflessioni di B. WALDENFELS, *Politiche dell'estraneo. L'istituzione del moderno e l'irruzione dell'altro*, trad. it., Verona, 2012, p. 79, per cui «il tempo del diritto potrebbe essere oggetto di un'indagine a sé stante, al cui riguardo ci sarebbe da prendere in considerazione sia l'anteriorità della richiesta ... sia la posteriorità e, al contempo, l'urgenza della risposta che si esige dal tribunale. È una trivialità, a cui già Aristotele presta attenzione nella sua Retorica, il fatto che la decisione giudiziaria avvenga sempre *post festum*».

⁹ Sul punto, per tutti, v. G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, cit., p. 129 ss.; ID., *La ricerca della verità giudiziale*, in ID., *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino, 1993, p. 57 ss.

¹⁰ P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, Torino, 2017, p. 135, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente.

¹¹ P. CALAMANDREI, *La dialetticità del processo*, in ID., *Processo e democrazia*, Padova, 1954, p. 122.

articola, ed in special modo il suo momento centrale, cioè l'istruzione probatoria¹², deve essere puntualmente disciplinato¹³ poiché il processo non è un insieme slegato di atti, bensì «forma, e cioè itinerario logico regolamentato, diretto alla conoscenza»¹⁴.

Nondimeno, il processo penale è connotato anche da un ineliminabile carattere politico¹⁵.

A prescindere dai tipi astratti di modelli processuali delineati, infatti, all'interno di quest'ultimo si sviluppa perennemente il rapporto individuo-autorità, cosicché la dialettica realizzabile sarà inevitabilmente influenzata dalla relazione con quest'ultima¹⁶.

Conseguentemente, è proprio nel perenne contrasto autorità-libertà, con il tumulto di valori ed idee in esso in gioco, che in generale il confronto dialettico e in particolare quello relativo alla formazione del materiale su cui il giudice fonderà la propria decisione trova la sua sede privilegiata non soltanto dal punto di vista tecnico-giuridico, ma pure etico-politico¹⁷.

E non è un caso che nel nostro Paese proprio a livello politico, ad un certo punto, l'esigenza di improntare il processo penale al contraddittorio nella formazione della prova, sia apparsa più pressante¹⁸; a tal punto da costituzionalizzarne il fondamento¹⁹.

A questo proposito, è interessante notare come, in effetti, già nell'impianto del codice Rocco il dibattimento, con i suoi principi "garantisti", fosse considerato il fulcro

¹² Poiché «provare significa fornire nel processo la cognizione d'un qualche fatto in modo da acquistare per sé od ingenerare in altri la convinzione della sussistenza o verità del fatto medesimo» (E. FLORIAN, *Delle prove penali*, cit., p. 4).

¹³ Sul punto, tra gli altri, v. V. DENTI, *Oralità I) Principio dell'oralità – Dir. proc. civ.*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 8, per il quale «senza regole rigide ... il trial diverrebbe un terreno aperto alle scorribande delle parti più abili o più temerarie».

¹⁴ D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, p. 10.

¹⁵ G. SPANGHER, *Oralità, contraddittorio, aspettative di verità*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di D. Negri – R. Orlandi, Torino, 2017, p. 29. Come noto, d'altronde, «esiste una stretta correlazione tra regime politico e sistema processuale: ad un'organizzazione dello Stato di matrice totalitaria corrisponde un rito penale nel quale la difesa della società prevale su quella dell'imputato e, viceversa, ad un regime garantista corrisponde un sistema processuale che dà all'imputato una tutela prevalente» (P. TONINI – C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 9).

¹⁶ Un contraddittorio senza parità delle parti non è realizzabile: sul punto, v. A.A. DALIA – G. PIERRO, *Giurisdizione penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, 1989, p. 15 ss.; nel processo penale, però, parità non può significare uguaglianza di posizioni tra pubblico ministero ed imputato, ma equilibrio tra le stesse. In tal senso, v., tra gli altri, P. FERRUA, *Processo penale, contraddittorio e indagini difensive* (1997), in ID., *Studi sul processo penale*, III, Torino, 1997, p. 104 ss.

¹⁷ ... tanto che parla di contraddittorio come vera e propria «scelta di civiltà» G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del) – II) Dir. proc. pen.*, cit., p. 5.

¹⁸ V. *infra*, § 5.

¹⁹ Considerando pure che l'art. 24 comma 2 Cost. «nella sua genericità ... non costringeva, forse, ad una scelta per il contraddittorio nella formazione della prova; ma, di certo, non la impediva» (P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2005, p. 21).

del processo penale. Se nella *Relazione* al codice²⁰, però, Alfredo Rocco poneva come obiettivo quello di attuare un «giusto equilibrio»²¹ tra gli interessi dello Stato e le garanzie dell'imputato, c'era una «discrasia» tra l'asserito fine «di mediazione» e la disciplina della fase istruttoria: questa era infatti totalmente segreta e il pubblico ministero era investito degli stessi poteri coercitivi del giudice istruttore.

Il dibattimento, luogo deputato all'accertamento della eventuale responsabilità dell'imputato, era teoricamente contrassegnato dalla correlazione tra accusa e sentenza, dalla pubblicità e dalla concentrazione.

Pareva quindi sussistere un sistema improntato all'oralità ed alla immediatezza²², principi in stretta connessione tra loro e con gli altri che regolano la sequenza degli atti preordinata alla decisione del giudice. Ma questo equilibrio, con le garanzie che ne derivano, di fatto poteva considerarsi solo apparente, dato che nel sistema abrogato dopo un'istruzione cosiddetta *sommatoria* compiuta dal pubblico ministero o un'istruzione cosiddetta *formale*²³ compiuta dal giudice istruttore, il giudice del dibattimento poteva usare tutti i verbali degli atti raccolti nelle fasi anteriori²⁴.

La lettura dei verbali degli atti istruttori, ottenuti quindi unilateralmente, era, infatti, largamente consentita dal codice e a volte anche dilatata dalla giurisprudenza, con l'effetto di veder relegati a mera enunciazione i valori del contraddittorio in materia di prova, dell'oralità, della pubblicità e della concentrazione²⁵.

²⁰ *Relazione*, in MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. VIII, *Progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco*, Roma, 1929, p. 7-8-9.

²¹ *Relazione*, cit., p. 7, dove si legge pure che «le applicazioni processuali delle dottrine demo-liberali, per cui ... l'Autorità è considerata come insidiosa sopraffattrice del singolo e l'imputato ... è presunto innocente, sono del tutto eliminate, [poiché] frutto di un sentimentalismo aberrante ... ».

²² Per una trattazione specifica di tali principi, v. *infra*, cap. II, § 2.

²³ L'istruzione *formale* condotta dal giudice istruttore era considerata la regola *ex art. 295 c.p.p. abr.*; per l'istruzione *sommatoria*, invece, compiuta dal pubblico ministero, si procedeva nei casi stabiliti dalla legge (art. 295 c.p.p. abr. e art. 389 c.p.p. abr.).

²⁴ Per una lucida analisi contemporanea alla vigenza del codice abrogato v., su tutti, F. CORDERO, *Diatribie sul processo accusatorio* (1964), in ID., *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, p. 210, dove l'Autore asserisce che «l'ostacolo principale all'attuazione del contraddittorio è la cosiddetta istruzione, nella quale sopravvive il relitto storico del processo inquisitorio ... [e] l'ascoltatore attento ha capito che, dicendo 'istruzione', non si è alluso a un'attività [corsivo nostro] *preparatoria* del dibattimento, che in una forma o nell'altra appare necessaria, ma al *valore processuale* di tali iniziative: al fatto cioè che le dichiarazioni raccolte segretamente dal pubblico ministero o dal giudice istruttore oggi sono considerate prove e valgono per tali anche nel dibattimento». «È un punto sul quale conviene tenere gli occhi aperti: ... nel contrasto fra la deposizione resa al pubblico ministero e quella del dibattimento il giudice può negare credito alla seconda ma non assumere la prima a ragione del decidere» (*ivi*, p. 211).

²⁵ « ... a che cosa serve il dibattimento in aula? Dobbiamo avere la franchezza di riconoscere che il più delle volte non serve proprio a nulla!... Il dibattimento è una farsa di contraddittorio», G. DELITALA,

Si pensi, a tal proposito, all'art. 466 c.p.p. abr. che, di fatto invertendo il rapporto regola-eccezione previsto nel codice liberale del 1913, permetteva la lettura di ogni verbale, se non espressamente vietata.

Il dibattimento era in questo modo solo "teoricamente" proclamato quale nucleo del processo, mentre di fatto esso si riduceva ad un mero esercizio di retorica per la difesa, basandosi spesso la decisione su prove acquisite, appunto, nella fase istruttoria²⁶.

Di notevole rilievo è quindi notare come nel codice fossero vanificate la cosiddetta separazione delle fasi processuali e di converso la cosiddetta separazione delle funzioni processuali (con una regressione rispetto al codice liberale del 1913): da un lato si configurava un cumulo dei poteri dell'accusa in capo al giudice istruttore, dall'altro il pubblico ministero cumulava i poteri del giudice²⁷.

Se è vero che « ... l'abitudine alla discussione fa presto a corrodere i fondamenti carismatici del potere politico»²⁸, era conseguenza naturale che con le esigenze derivanti dalla Costituzione, carica di nuovi diritti individuali e collettivi e della repulsione allo Stato totalitario cui il codice del 1930 apparteneva, si arrivasse – più d'una volta – a proposte di riforma organica del sistema.

Basti qui ricordare il d.d.l. presentato nel 1963 che prevedeva l'emanazione di una legge-delega al Governo per la riforma del c.p.p.²⁹, ma pure il lungo *iter* parlamentare cui fu sottoposta la legge-delega presentata nel 1966, tre anni dopo il primo tentativo fallito.

Intervento, in *Criteri direttivi per una riforma del processo penale (IV Convegno di studi «Enrico De Nicola»)*, Milano, 1965, p. 295 e p. 186; dello stesso orientamento G. FOSCHINI, *Intervento*, *ivi*, p. 372 («il dibattimento attualmente è degradato ad una mera formalità di ricognizione delle prove scritte»); G. CONSO, *Intervento*, *ivi*, p. 317, 341, 392; G.D. PISAPIA, *Intervento*, *ivi*, p. 209.

²⁶ Cfr. M. NOBILI, *Letture testimoniali consentite al dibattimento e libero convincimento del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, I, 1971, p. 256 ss. In particolare, si vedano p. 259 e 263, note 7 e 17, dove il medesimo rileva come già per F. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, p. 106, il difetto più grande «del vigente codice» è l'aver assegnato alle «fasi anteriori del dibattimento» un «accertamento di verità, anziché una delibazione strumentale», degradando in questo modo il giudice del dibattimento ad un mero giudice di controllo, fortemente condizionato.

²⁷ V. F.P. GABRIELI – M. MAZZA, *Istruzione (diritto processuale penale)*, in *Nov. dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 280 ss.

²⁸ F. CORDERO, *L'istruzione sommaria nel conflitto fra le due Corti* (1964), in *ID.*, *Ideologie del processo penale*, cit., p. 6.

²⁹ Ci si riferisce al d.d.l. presentato dal Governo allora presieduto da Giovanni Leone, che seguì alla presentazione a titolo personale di Francesco Carnelutti di una *Bozza di uno schema del codice di procedura penale*. Il processo penale ipotizzato si configurava come di stampo accusatorio puro, basato sull'oralità e sulla netta separazione tra le fasi processuali. Mancava, tuttavia, una regolamentazione dell'esame incrociato. V., per una ricostruzione ed analisi critica O. MAZZA, *L'illusione accusatoria: Carnelutti e il modello dell'inchiesta preliminare di parte*, in *L'inconscio inquisitorio*, a cura di L. Garlati, Milano, 2010, p. 153 ss.

Solo nel 1974, nel corso della sesta legislatura, il Parlamento approvò in via definitiva un ulteriore disegno di legge.

Il tutto culminò, nel 1978, nella pubblicazione di un *Progetto preliminare*³⁰, il quale non si concretizzò, però, nella emanazione di un nuovo codice. Sarebbero dovuti trascorrere quasi dieci anni perché si arrivasse alla approvazione di una successiva legge-delega (l. 16 febbraio 1987, n. 81) nella quale il Parlamento indicava al Governo le direttive cui il processo avrebbe dovuto attenersi.

Promulgato con D.P.R. 22 settembre 1988, n. 447 ed entrato in vigore il 24 ottobre 1989, il nuovo codice di procedura penale, invero, andò incontro a notevoli vicissitudini e subì adeguamenti che ne modificarono, talvolta radicalmente, l'assetto originario.

2. La legge-delega c.p.p. e l'attuazione dei «caratteri del sistema accusatorio».

Se i “rimedi interni” alla struttura del codice Rocco prospettati furono pressoché sempre di due tipi – rimozione della segretezza degli atti, con ammissione della presenza del difensore al loro compimento o, in alternativa, divieto di lettura dei verbali di atti istruttori –, l'ideologia di fondo dell'impianto era comunque di difficile adeguamento rispetto ai valori costituzionali ed alle Carte dei diritti nel frattempo intervenute.

Il riferimento è naturalmente alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e al Patto internazionale dei diritti civili e politici³¹, che enucleando determinate garanzie da rispettarsi nei confronti degli individui (anche) in materia processuale penale da parte degli Stati firmatari, ponevano con sempre maggiore urgenza una riforma organica del sistema.

³⁰ G. CONSO – V. GREVI – G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, Vol. I, Padova, 1989, p. 147 ss. Il *Progetto preliminare*, presentato nel 1978 dalla Commissione presieduta dal prof. Gian Domenico Pisapia, istituita dal Ministro della Giustizia a seguito della legge-delega 3 aprile 1974 n. 108 («*Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale*»), fu presentato in un momento storico-politico purtroppo celebre: pochi giorni prima, infatti, nel marzo 1978, avvenne il rapimento di Aldo Moro. In una situazione del genere non apparve opportuno introdurre un processo più garantista come quello previsto dal *Progetto preliminare*, il quale, comunque, era sì caratterizzato da una “centralità del dibattito”, ma anche da un'ambiguità tra il proposito di attuare il sistema accusatorio e di mantenere alcuni istituti tipici del sistema misto. Esempio emblematico era la conservazione dell'ibrida figura di un giudice che cumulava i poteri dell'accusa nel ricercare le prove.

³¹ Sui quali, per la peculiare importanza che essi assumono per quanto concerne la materia processuale penale, v. *infra*, § 7.

Per di più, questi adeguamenti si rivelavano insufficienti agli occhi degli operatori del diritto: da una parte la rimozione del segreto degli atti istruttori non incideva in alcun modo sulle modalità di formazione degli stessi, laddove l'esame dei testimoni, condotto dal giudice istruttore, avveniva al cospetto di un difensore "muto", non attivamente partecipativo; dall'altra, la vicinanza istituzionale del giudice istruttore al giudice del dibattimento portava quest'ultimo alla continua "tentazione" dell'uso dei verbali provenienti dall'istruzione e a reputare vana l'attività di ripetizione in dibattimento di tutti gli atti compiuti nella fase precedente.

Così si arriva a quella che è possibile definire una "svolta epocale" per la storia del nostro Paese, viste le menzionate tribolazioni che ne hanno fatto da *humus*: ovviamente ci si riferisce alla legge-delega 1987, n. 81, composta da 105 principi e criteri direttivi, che grazie al lavoro della Commissione nominata dal Ministro Giuliano Vassalli presieduta ancora³² dal prof. Gian Domenico Pisapia portò all'approvazione di un *Progetto preliminare*³³, che esaminato da una Commissione parlamentare appositamente istituita nel settembre dello stesso anno, divenne definitivo ed entrò in vigore il 24 ottobre 1989³⁴.

Nello stabilire quali dovessero essere i tratti caratteristici del nuovo codice di procedura penale, il legislatore delegante, dopo aver sancito, in esordio, che quest'ultimo avrebbe dovuto attuare i principi della Costituzione ed adeguarsi alle norme delle Convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale, oltreché attuare i caratteri del sistema accusatorio, all'art. 2 n. 2 della legge-delega c.p.p. indicava, tra i principi ed i criteri cui ispirarsi nell'elaborazione della nuova disciplina, «l'adozione del metodo orale».

Al n. 3 dello stesso articolo, inoltre, figuravano: «[la] partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento; [la] facoltà del pubblico ministero e delle altre parti, dei difensori e della persona offesa di indicare elementi di prova e di presentare memorie in ogni stato e grado del procedimento».

Particolare attenzione, fin dall'inizio dei lavori, fu data alla prescritta adozione del metodo orale, la cui previsione lasciava intendere un tipo di processo che, nell'assumere,

³² Cfr. *supra*, nota 30.

³³ G. CONSO – V. GREVI – G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. IV, Padova, 1989, p. 1 ss.

³⁴ G. CONSO – V. GREVI – G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. V, Padova, 1989, p. 1 ss.

in via tendenziale, veste accusatoria privilegiasse – al contrario del codice abrogato – una rigida separazione delle fasi, quale conseguenza della separazione delle funzioni, e di converso una reale centralità del dibattimento, considerato quale sede privilegiata per il realizzarsi del libero convincimento del decidente, grazie ad una partecipazione delle parti in ordine alla formazione della prova ed alla sua valutazione³⁵.

Era pacifico, d'altronde, che il tipo di processo prevalentemente inquisitorio, di cui al codice Rocco, ancora vigente all'epoca nonostante le menzionate proposte di riforma che già erano state avanzate³⁶, fosse – molto spesso e nonostante i ricordati interventi assistematici del legislatore e le pronunce del giudice delle leggi – in collisione con una idea “liberal-democratica” del processo penale, con tutte le istanze, sia politiche che sociali, a quest'ultimo legate.

Quelle che rendono un processo “inquisitorio” o “accusatorio”, invero, sono caratteristiche da molto tempo ben note in dottrina, che nello studio delle peculiarità dei due modelli ha sempre indicato gli stessi elementi: il modello inquisitorio sarebbe basato sul cosiddetto principio di autorità³⁷, secondo il quale la verità è tanto meglio accertata quanto più potere è dato al soggetto inquirente; da questo deriva un cumulo nella sua figura di tutte le funzioni processuali, cosicché egli è giudice ed accusa allo stesso tempo: da qui la sua più ricorrente denominazione di “giudice inquisitore”.

Dall'assunto fondamentale ricavabile dal principio di autorità e dalla preminenza sociale assegnata al giudice-accusatore derivano, poi, gli altri connotati del sistema inquisitorio: l'iniziativa d'ufficio, per cui egli instaura di propria iniziativa il procedimento senza essere ostacolato dalla inattività delle parti; l'iniziativa probatoria anch'essa *ex officio* e parallelamente la mancanza di un limite all'ammissibilità delle prove. Quello che conta è infatti il *risultato* e non il *metodo*, il che per l'esito ideale del processo, cioè la confessione, arriva a consentire ogni modalità di ricerca: nel più grave dei casi, anche la tortura dell'imputato o del testimone; la segretezza del processo

³⁵ V., sul punto, A. GIARDA, *Riforma della procedura e riforme del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, IV, 1989, p. 1385 ss. L'Autore evidenzia come, nella prospettiva dei lavori preparatori, «nella struttura del nuovo rito, ... l'esaltazione dell'oralità (che non potrà essere compromessa dalle carte istruttorie) implicherà che anche le sfumature dei ricordi, i tentennamenti e le pause della narrazione, gli sbandamenti e le incertezze dei protagonisti, le mosse tattiche e le linee strategiche dei difensori siano fedelmente ricostruibili *a posteriori* soprattutto dall'organo giudicante» e inoltre che il nuovo codice con questa “centralità del dibattimento” (o del «giudizio») «potrà funzionare a patto che sia accompagnato da uno svecchiamento delle strutture giudiziarie sotto molteplici profili» (*ivi*, p. 1387 e 1386).

³⁶ V. *supra*, § 1, in particolare note 29 e 30.

³⁷ G. PIERRO, *Sistema accusatorio e sistema inquisitorio*, in *D. disc. pen.*, XIII, Torino, 1997, p. 320.

“interna”, quindi riferita alle parti e nello specifico all’imputato che può persino non conoscere l’imputazione stessa, ed “esterna”, verso il contesto sociale, reputato totalmente estraneo al processo; diretta conseguenza è la scrittura quale metodo privilegiato di svolgimento del processo poiché le deposizioni raccolte dall’inquisitore, a futura memoria anche dello stesso, devono essere verbalizzate, ritenendo ammissibile pure che i verbali riportino non le parole effettive del dichiarante, ma la versione dell’inquisitore; la disparità di poteri tra giudice ed imputato; la presunzione di reità, per cui una volta raccolti indizi, o addirittura ricevuta una denuncia (anche anonima) l’imputato sia chiamato a dimostrare la sua innocenza; la possibilità di carcerazione preventiva, conseguenza sistematica derivante dalla presunzione di colpevolezza, denominata in tal modo perché costituente anticipazione della sanzione che sarà irrogata a seguito della sentenza³⁸.

Nell’identificare un processo quale “accusatorio”³⁹, in maniera segnatamente opposta al canone inquisitorio⁴⁰, si è soliti indicare invece: l’iniziativa di parte, per la quale l’accusa spetta alla persona offesa dal reato o ai suoi congiunti; l’iniziativa probatoria di parte, che consegue all’accoglimento del canone dialettico. Infatti, una volta stabilita l’iniziativa di parte, sempre ad esse (accusatore ed imputato) spetta provvedere alla raccolta delle prove per poi portarle dinanzi al giudice in dibattimento al quale spetta, in linea di massima, solo decidere se ammettere o meno il mezzo di prova richiesto; la “forza trainante” del dibattimento, considerato quale sede in cui dimostrare le asserzioni e le contro-asserzioni in merito all’accusa tramite il principio del contraddittorio, che realizza la separazione delle funzioni processuali. Istituto tipico del modello accusatorio è così l’esame incrociato tramite il quale le parti procedono all’escussione delle fonti di prova personali; la netta prevalenza dell’oralità a scapito delle scrittura, comportante

³⁸ Sull’argomento vi è una vastissima letteratura. V., tra gli altri, G. ILLUMINATI, *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 1 ss.; G. PIERRO, *Sistema accusatorio e sistema inquisitorio*, cit., p. 320 ss.; G. UBERTIS, *Diritti fondamentali e processo penale* (2000), in ID., *Argomenti di procedura penale*, Milano, 2002, p. 6 ss.; nonché, in un’ottica di ricostruzione dei caratteri del sistema del codice abrogato, anche se più risalente, G. LEONE, *Processo penale (diritto vigente)*, in *Nov. dig. it.*, XIII, Torino, 1976, p. 1164-1165.

³⁹ « ... [che] nella sua essenza risponde all’indole di tutti i giudizi, cioè di essere una contesa fra due parti opposte, risolta dal giudice»: E. PESSINA, *Storia delle leggi nel procedimento penale*, Napoli, 1912, p. 6.

⁴⁰ G. PIERRO, *Sistema accusatorio e sistema inquisitorio*, cit., p. 329, «la differenziazione inquisitorio-accusatorio va, dunque, concepita quale contrapposizione tra due antitetiche gnoseologie del giudizio: profondamente diversi sono i metodi per accertar[e] [la verità], scaturendo, nel primo, dalla ricerca unilaterale ed autoritativa del solo giudice e, nel secondo, dalla dialettica conoscitiva ed argomentativa tra le parti di fronte all’organo investito della responsabilità della decisione».

l'esclusione in linea di principio ai fini della decisione di dichiarazioni scritte; la parità delle parti dinanzi ad un giudice presente come "moderatore" in posizione di terzietà; i limiti all'ammissibilità delle prove, per preservare l'attendibilità degli elementi conoscitivi. Assume importanza tanto quanto il risultato, quindi, il *metodo*, attraverso cui si forma una prova e di conseguenza tutta una serie di *regole di esclusione*; la presunzione d'innocenza, comportante che non sia riversato sull'imputato l'onere di provare la propria innocenza, bensì che spetti esclusivamente all'accusa provarne la reità; la conseguente libertà, in via tendenziale, dell'accusato fino alla sentenza di condanna divenuta irrevocabile⁴¹.

Dalla distinzione prospettata emerge come la disciplina del processo penale rispecchi direttamente gli "equilibri" tra i poteri riconosciuti all'autorità e la tutela dei diritti individuali e sia quindi in stretta connessione con l'ordinamento politico di uno Stato⁴², tanto che si potrebbe «sostenere che il diritto giudiziario penale sarebbe definibile pure come diritto costituzionale in azione»⁴³.

Comunque, è appena il caso di notare come nella storia sia particolarmente arduo riscontrare sistemi processuali che abbiano adottato "puramente" i caratteri dell'uno e dell'altro modello⁴⁴.

La prevalenza, tutt'oggi, in Paesi fortemente avanzati e con un patrimonio storico e culturale simile come quelli dell'Europa continentale, di sistemi processuali cosiddetti "misti" non è, infatti, casuale. Con i termini "accusatorio" e "inquisitorio", d'altronde, ci si riferisce a "modelli", "tipi ideali" di processo, ricavati mediante astrazione a partire da alcuni caratteri riscontrati tramite l'osservazione dei singoli ordinamenti processuali adottati nell'esperienza giuridica concreta⁴⁵. Insomma, essi rappresentano, in prima battuta, canoni cui confrontare l'impostazione di una disciplina, adatti a coglierne la vocazione, di volta in volta, accusatoria ovvero inquisitoria.

⁴¹ Cfr., su tutti, G. CONSO, *Accusa e sistema accusatorio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 334 ss.; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Milano, 2017, p. 16-17.

⁴² G. ILLUMINATI, *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, cit., p. 2, in cui l'Autore afferma che si tratterebbe di due modelli culturali e non sarebbe sbagliata «sebbene alquanto schematica, la ricorrente affermazione secondo cui il processo accusatorio sarebbe espressione dei regimi democratici, il processo inquisitorio dei regimi autoritari».

⁴³ G. UBERTIS, *Diritti fondamentali e processo penale*, cit., p. 11-12.

⁴⁴ G. UBERTIS, *Diritti fondamentali e processo penale*, cit., p. 12.

⁴⁵ G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 15, dove si sottolinea come «l'astrazione teorica mancherebbe in buona sostanza di una sua piena ed effettiva concretizzazione nell'esperienza giuridica passata o presente ...».

In concreto nella storia hanno prevalso sistemi che presentano caratteristiche dell'uno e dell'altro modello denominati, appunto, "misti".

È dato anche e soprattutto riferirsi, però, parlando di sistema misto, al fondamentale cambio di impostazione verificatosi a seguito del *Code d'instruction criminelle* francese, adottato nel 1808 ed entrato in vigore nel 1811.

Precisamente esso si articolava secondo una fase delle indagini di tipo prevalentemente inquisitorio seguita da una fase dibattimentale prevalentemente di stampo accusatorio, in una prospettiva di contemperamento tra le tipiche ed opposte esigenze che ispirano i due sistemi: la difesa sociale e quella dell'imputato.

E d'altronde in quest'ottica diventa fondamentale l'eterna analisi dei rapporti intercorrenti tra la fase delle investigazioni e quella della del giudizio, con l'ovvia constatazione che un dibattito pur ispirato al contraddittorio, alla pubblicità, alla concentrazione ed alla oralità sarebbe svuotato di senso qualora concorressero alla decisione "contaminazioni" di un certo rilievo derivanti dalla precedente fase investigativa⁴⁶, come del resto avveniva nel previgente sistema⁴⁷.

Si tratta dell'equilibrio complessivo dell'ordinamento processuale, la cui struttura deve permettere "di fatto" il rispetto dei principi fondamentali enunciati.

3. I principi ispiratori del nuovo codice.

Nelle intenzioni del legislatore, nell'obiettivo di «attuare i caratteri del sistema accusatorio» come stabilito dal preambolo dell'art. 2 della legge-delega c.p.p., per quanto concerne il nuovo codice è «la prova dichiarativa, per molti aspetti, a segnare con la sua impronta il sistema processuale»⁴⁸.

⁴⁶ Come avverte G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 23, «è infatti emerso che i ... caratteri di accusatorietà di un processo in cui la fase dibattimentale si celebra in forma pubblica e in contraddittorio, mentre l'acquisizione probatoria avvenga oralmente ... possono essere inevitabilmente inquinati da elementi inquisitori qualora non sia contemporaneamente previsto il *principio di separazione delle fasi*: occorre cioè non consentire al giudice di emanare la propria decisione pure sulla base di atti compiuti nel precedente stadio investigativo svolto senza l'intervento dialettico delle parti e non obbligatoriamente ripetuti al dibattito».

⁴⁷ Come accennato *supra*, § 1.

⁴⁸ G. LATTANZI, *La prova e il dibattimento. Introduzione*, in *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, orizzonti*, Milano, 2009, p. 157.

Conseguentemente, peculiare importanza assume la volontà del legislatore delegante di evitare la conoscenza del giudice del dibattimento di atti che questi non può valutare ai fini della decisione, in modo tale da evitare qualsiasi suo condizionamento da parte di elementi inutilizzabili⁴⁹.

Questo scopo si traspone nei tre principi fondamentali⁵⁰ su cui il nuovo codice si fonda: la separazione delle funzioni; la rigida separazione delle fasi processuali; la semplificazione del procedimento⁵¹.

Per quanto concerne il livello operativo, il cuore della svolta adottata dal nuovo codice consiste nell'aver semplicemente "spostato" l'istruzione nel dibattimento (espressamente ispirato alla «immediatezza e concentrazione» ex art. 2 n. 66 legge-delega c.p.p.).

L'indagine preliminare, invece, è condotta dal pubblico ministero con il fine di ricercare e raccogliere elementi utili a decidere se formulare l'imputazione, senza che gli elementi così raccolti in maniera unilaterale possano pervenire al giudice.

Un'udienza preliminare diviene "filtro", governando il passaggio dalle indagini preliminari al dibattimento ed essendo deputata alla verifica, da parte di un apposito giudice, sulla base dei verbali degli atti compiuti durante le indagini, della fondatezza dell'imputazione.

Il dibattimento diventa, in simile struttura, potenzialmente fonte di dilazione dei tempi di definizione del procedimento e di conseguenza sono introdotti dei riti speciali,

⁴⁹ G. LATTANZI, *La prova e il dibattimento. Introduzione*, cit., p. 159.

⁵⁰ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, XIX, Milano, 2018, p. 33 ss.

⁵¹ V. G. CONSO, *Verso il nuovo processo penale. Problemi di metodo e scelte di fondo*, in *Giust. pen.*, 1988, p. 513 ss., che a tal proposito nota come il legislatore delegante parlando di «processo penale» rischi di essere deviante, dato che «invece i tipi di procedimento previsti sono tanti e talora anche profondamenti diversi» perché «la nuova delega ed il nuovo progetto hanno fatto largo spazio a procedimenti di tipo alternativo congegnati in modo di non aver bisogno del dibattimento». «Ma basta ciò a mettere in crisi il concetto di rito accusatorio? Direi di no ... il 'deve attuare nel processo penale i caratteri del sistema accusatorio', preposto all'elenco di tutti i principi e criteri direttivi, sta a significare che il sistema accusatorio va attuato *non in assoluto*, ma, appunto, *'secondo i principi e i criteri che seguono'* [corsivo nostro]» (ivi, p. 516). Sembra dirimente, al riguardo, l'osservazione di M. PISANI, «Italian Style»: *il nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 270, che nota che, per un verso, il tanto decantato processo di stampo accusatorio «non corrisponde ad un massimo ... ed indiscutibile archetipo platonico, che basta evocare perché tutti subito capiscano che cosa si vuole intendere, o magari sottintendere», e che per un altro verso, dati i «principi e i criteri» dettati dalla legge-delega c.p.p. si tratta(va) di dar vita non ad un «irraggiungibile 'sistema accusatorio' *tout court*, ... disancorabile dalla storia e dalle realtà operative del nostro Paese» ma ad un sistema accusatorio «in qualche modo *Italian Style*».

ognuno con dei «tassi di accusatorietà variamente dosati»⁵² idonei ad accelerare l'iter processuale, in linea con il terzo obiettivo.

Ne emerge come parallelamente acquisiscano nuova linfa, nel sistema delineato dal nuovo codice e con i limiti da esso rigorosamente previsti, tre canoni fondamentali: l'oralità, l'immediatezza ed il contraddittorio.

La prima⁵³ segna delle differenze fondamentali rispetto al codice previgente, dato che regola, affermata in maniera assoluta, diviene che l'acquisizione probatoria si svolga in dibattimento, in pubblica udienza e dinanzi al giudice del dibattimento. Il giudice ascolta "a viva voce" le parole del "testimone" e questo viene valorizzato nel suo fondamento cognitivo; si ritiene⁵⁴ infatti il modo di procedere suindicato il più affidabile per testare credibilità ed attendibilità, e si "neutralizzano" i pericoli derivanti dai verbali redatti precedentemente.

L'oralità, pur non figurando a livello costituzionale, diviene un principio informatore del nostro processo, in particolare dell'istruzione probatoria.

Essa si traspone, nella sua valenza processuale, nel sistema del doppio fascicolo e nell'acquisizione orale della prova in dibattimento.

Al principio di oralità va accostato il principio di immediatezza⁵⁵, il quale in prima battuta richiede l'eliminazione di ogni mediazione fra il giudice e le fonti di prova. Esso implica quindi un rapporto il quanto più possibile diretto del decidente con la fonte di prova, nel senso che tende ad assicurare al processo «una struttura tale da mettere il giudice in grado di percepire, nella via più diretta e con i propri sensi, tanto la prova

⁵² G. CONSO, *Verso il nuovo processo penale. Problemi di metodo e scelte di fondo*, cit., p. 515. «Invero, va segnalato che quasi in ogni Stato sono previste diverse modalità processuali, dipendenti dal tipo o dalla gravità del reato da perseguire: si è al cospetto ... di ordinamenti, al cui interno si trova una molteplicità di procedimenti» ed infatti nel nostro Paese, oltre al rito ordinario «vi è una serie di procedimenti speciali collocabili lungo un arco che va dall'intensa accusatorietà del procedimento direttissimo all'incontestabile inquisitorietà del procedimento per decreto» (G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 21-22).

⁵³ È da segnalarsi che la nozione, specialmente in ambito processualpenalistico, abbia un significato non univoco. Sul punto v., tra gli altri M. DEGANELLO, *Oralità (principio della)*, in *D. disc. pen.*, vol. IX, 1995, p. 15 ss. Per una trattazione del tema, v. *infra* cap. II, § 2.

⁵⁴ Tra gli altri, v. P. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano, 1981, p. 287, per cui essa è funzionale «[a]ll controllo del giudice sulla veridicità delle dichiarazioni».

⁵⁵ ... ma «i due concetti restano idealmente separati» (I. CALAMANDREI, *Immediatezza (principio di)*, in *D. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1992, p. 151), seppure sia da anticipare come non si possa non considerare, in via sistematica, che tutti i principi del dibattimento debbano «essere intesi non come distinti in senso assoluto, bensì come dialetticamente connessi e reciprocamente condizionantisi» (G. UBERTIS, *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, in *D. disc. pen.*, III, Torino, 1989, p. 455). Per una trattazione analitica dei principi di oralità e immediatezza, v. *infra*, cap. II, § 2.

dell'accusa quanto quella presentata dalle altre parti e in genere le risultanze processuali»⁵⁶.

In una seconda, a lungo taciuta, prospettiva, esso richiede anche la necessità di uno stretto rapporto pure tra la prova e le parti⁵⁷; e tra la prova e il pubblico⁵⁸.

Presupposto necessario del principio di immediatezza è, quindi, il «contatto diretto»⁵⁹ fra i soggetti nei confronti dei quali si ritiene che il criterio di cui si parla debba operare e gli elementi di convinzione», cosicché il suo rispetto si risolve essenzialmente «nel diritto di quelle persone ... di partecipare al processo stesso»⁶⁰.

Tradizionalmente, si considera suo corollario il principio di immutabilità del giudice, di cui all'art. 525 comma 2 c.p.p. («immediatezza della deliberazione»), per cui «alla deliberazione concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento»⁶¹.

In questo aspetto l'immediatezza, nel suo valore epistemico, si lega al diverso principio della concentrazione⁶² per il quale si richiede, in sostanza, la necessità di una stretta successione temporale dello svolgimento degli atti processuali.

Il codice del 1988 ha perseguito il principio di immediatezza abolendo la struttura bifasica del codice Rocco e collocando l'istruzione probatoria nella fase dibattimentale.

⁵⁶ D. SIRACUSANO, *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Milano, 1989, p. 99.

⁵⁷ G. UBERTIS, *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, cit., p. 462.

⁵⁸ I. CALAMANDREI, *Immediatezza (principio di)*, cit., p. 149.

⁵⁹ Il quale, inteso nella sua massima espressione, entrerebbe in "collisione" con la testimonianza indiretta, sul "sentito dire", prevista e ammessa a certe condizioni *ex art.* 195 c.p.p. Infatti, il giudice in questo caso non è posto a *diretto contatto* con l'*autentica* fonte di prova – il testimone che ha direttamente percepito i fatti di cui si discute – ma con un altro soggetto – il testimone indiretto – che ne riporta a sua volta le dichiarazioni. Quantomeno volendo aderire alla cosiddetta *hearsay rule* elaborata da una raffinata giurisprudenza anglosassone, per cui, appunto, si vieta l'ingresso in giudizio come prova dei fatti dimostrabili, di ogni affermazione di tali fatti che non provenga direttamente da colui che stia dando prova orale. Per questa giurisprudenza l'immediatezza sarebbe da intendersi, nel suo duplice profilo, come riferita sia alla *comunicazione* (della fonte di prova con il giudice) che alla *percezione* (della fonte di prova con il "fatto" narrato). Uguale risultato, anche se percorrendo una strada parzialmente diversa, si ottiene considerando la testimonianza indiretta come una deroga al principio del contraddittorio. Sul punto, v. I. CALAMANDREI, *Immediatezza (principio di)*, cit., p. 152 nota 10 e p. 156 nota 33.

⁶⁰ I. CALAMANDREI, *Immediatezza (principio di)*, cit., p. 153, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente nel testo.

⁶¹ Sui temi dell'immediatezza, del mutamento del giudice e della conseguente rinnovazione istruttoria, v., ampiamente, *infra*, cap. III.

⁶² Cfr. G. UBERTIS, *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, cit., p. 461, che ne esamina il duplice profilo spaziale e temporale.

Il contraddittorio⁶³ è principio direttamente correlato al nuovo regime probatorio e diviene il punto di riferimento essenziale nell'ambito della formazione degli elementi su cui la decisione del giudice si fonderà. Esso assolve due funzioni fondamentali: fondamento e tutela dei diritti delle parti in ordine alla reale possibilità di contribuire direttamente alla ricostruzione del fatto per cui si procede; costituire la tecnica di accertamento dei fatti reputata più efficace, tramite la contrapposizione dialettica tra le parti. Diretta conseguenza è che si reputa che tanto maggiore sia il tasso di contraddittorio garantito, tanto qualitativamente migliore sarà l'accertamento della verità⁶⁴.

La svolta garantista operata nel 1988, però, non era destinata ad avere – nella sua interezza – vita lunga. Negli anni immediatamente successivi all'adozione del nuovo codice, infatti, più di uno dei principi sanciti dal legislatore sarebbe stato messo in discussione nelle sue effettive implicazioni.

4. Un'eco inquisitoria: il principio di non dispersione dei mezzi di prova fra interventi della giurisprudenza costituzionale e del legislatore.

Non va obliato, invero, che la formazione di molti dei giuristi dell'epoca fosse avvenuta proprio sui presupposti su cui si fondava il codice Rocco: primo fra tutti, che il procedimento penale fosse espressamente finalizzato “alla ricerca della verità”.

Immediatamente dopo l'entrata in vigore del codice Vassalli, infatti, più di una volta ne fu messa in dubbio la portata rivoluzionaria, nel tentativo di ridurre alcuni dettami alla luce di asserite e varieghe esigenze di volta in volta frustrate da alcune delle nuove disposizioni.

Il riferimento è, nello specifico, alle note sentenze della Corte costituzionale n. 24, n. 254 e n. 255 del 1992⁶⁵, in cui il giudice delle leggi ha proferito la centrale affermazione

⁶³ Per una trattazione sistematica della valenza epistemica rivestita dal suddetto principio, v. *infra*, cap. II, § 1.

⁶⁴ G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del) – II) Dir. proc. pen.*, cit., p. 4; G. UBERTIS, *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessi nell'ordinamento italiano*, cit., p. 1093. Al riguardo, v. pure M. TARUFFO, *Il controllo di razionalità fra logica, retorica e dialettica*, cit., p. 66.

⁶⁵ C. cost., sent. 31 gennaio 1992 n. 24, in *Giur. cost.*, 1992, p. 114 ss., con nota di M. SCAPARONE, *La testimonianza indiretta dei funzionari di polizia giudiziaria*; C. cost., sent. 3 giugno 1992 n. 254, *ivi*, 1992, p. 1932 ss., con nota di M. FERRAIOLI, *Dubbi sull'acquisibilità delle dichiarazioni in precedenza rese*

secondo cui «fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità»⁶⁶. Questo asserito fine fu funzionale alla demolizione delle regole di esclusione del nuovo processo, di stampo accusatorio, aprendo le porte alla possibilità di utilizzazione in dibattimento delle dichiarazioni raccolte dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria.

La Corte costituzionale in queste occasioni ritenne il contraddittorio in conflitto con la ricerca della verità⁶⁷.

La scelta fu infausta⁶⁸ dato che, in realtà, sia il contraddittorio che la ricerca – quanto possibile – della verità, sono da considerarsi come strettamente correlati ed entrambi parimenti funzionali alla giustizia intrinseca della decisione⁶⁹. Il giudice, invero, nella impostazione della Corte costituzionale, pare quasi figurare quale semplice spettatore, destinatario di elementi raccolti unilateralmente, bastando poi mere argomentazioni basate su di essi a renderli a tutti gli effetti “prove”⁷⁰ utilizzabili ai fini della decisione, di conseguenza rinnegando *in nuce* l’importanza rivestita dal dibattimento. Ruolo, questo, ancora più amplificato dall’ambiguo principio di non dispersione della prova⁷¹ – peraltro

dall'imputato (o coimputato) che rifiuti l'esame in dibattimento; C. cost., sent. 3 giugno 1992 n. 255, *ivi*, 1992, p. 1961 ss., con nota di G. ILLUMINATI, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sent. n. 255 del 1992*.

⁶⁶ C. cost., sent. 3 giugno 1992 n. 255, *cit.*, p. 1967. V. anche C. cost., sent. 2 novembre 1998 n. 361, in *Giur. cost.*, 1998, p. 3128, secondo la quale «funzione essenziale del processo ... è appunto quella di verificare la sussistenza dei reati oggetto del giudizio e di accertare le relative responsabilità».

⁶⁷ Giova ricordare, proprio per l’importanza rivestita dalla formazione culturale di buona parte dei giuristi dell’epoca, tra gli altri: l’art. 299 c.p.p. abr. che, in tema di prove prescriveva «l’obbligo di compiere tutti e soltanto gli atti necessari all’accertamento della verità»; l’art. 368 c.p.p. abr., che ribadiva detto obbligo nell’imporre di investigare su fatti e circostanze idonee a condurre all’accertamento della verità; l’art. 420 c.p.p. abr., che contemplava il potere del presidente o del pretore di ridurre le liste testimoniali sovrabbondanti o di eliminare le testimonianze non pertinenti all’oggetto del giudizio.

⁶⁸ V. già G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale* (1967), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 7, dove l’Autore avverte che oltre a tendere all’accertamento della verità, il processo deve essere «giusto ed equo; giustizia ed equità si manifestano anche nello spazio che alle parti del processo è lasciato in ordine alla ricerca, all’introduzione e all’assunzione delle prove».

⁶⁹ O. MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Conso, XXIV, Napoli, 2007, p. 638.

⁷⁰ Termine qui inteso nella sua accezione più pregnante; cioè non quale categoria ma «conformemente a quell’impostazione di ‘relativismo probatorio’ che contraddistingue il sistema del 1988, [per il quale] il problema consiste nel decidere quali ambiti di potenzialità persuasiva attribuire loro [agli atti di indagine, i quali sono categoricamente, appunto, “prove”]: se si vuole che servano solo a verificare l’enunciato fattuale relativo all’ipotesi accusatoria iniziale ... oppure se si vuole che essi servano pure ... all’emanazione della sentenza» (G. UBERTIS, *Prova e contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1183).

⁷¹ Sul “principio di non dispersione della prova”, v. O. DOMINIONI, *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 736 ss.; P. FERRUA, *Anamorfosi del processo accusatorio* (1992), in *Id.*, *Studi sul processo penale*, vol. II, 1992, p. 157 ss.; G. ILLUMINATI, *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sent. 255 del 1992: declino del processo accusatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1973 ss.

assente nel codice⁷² – per cui si postulava che al giudice giungessero tutti gli elementi probatori indipendentemente dalle modalità di assunzione degli stessi⁷³.

È bene chiarire, per fugare ogni dubbio, come nel presente lavoro si considererà il contraddittorio, con i suoi due corollari della oralità e della immediatezza, come lo strumento “meno imperfetto” per la ricerca non di una «umanamente irraggiungibile»⁷⁴ verità, intesa quale oggettiva, illusoria⁷⁵, ma della verità giudiziale⁷⁶, sempre da considerarsi condizionata ed influenzata sia dal metodo di indagine prescelto, che dal contesto in cui questa viene svolta⁷⁷.

Se ineludibile fine del processo non può che essere la ricerca della verità, ma anche la decisione giusta⁷⁸, giocoforza questa sarà da considerarsi tale solo quando conterrà la ricostruzione della verità giudiziale basata sulle prove ottenute attraverso il rispetto del principio del contraddittorio. Fino alla svolta operata dalla riforma dell’art. 111 Cost., era l’espresa previsione del metodo orale⁷⁹ che «sottende[va] l’individuazione nel

⁷² O. DOMINIONI, *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, cit., p. 749: «non c’è ‘un principio’, ma ... c’è l’esigenza che ... non si deprivi il dibattimento di apporti dell’investigazione quando il naturale sbarramento tra le due fasi possa essere allentato ricorrendo a *congegni* che riducano a dimensioni sopportabili la rinuncia all’integrità dell’origine dibattimentale della prova».

⁷³ V., in questo senso, O. MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, cit., p. 637.

⁷⁴ O. MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, cit., p. 639.

⁷⁵ Sulla «illusione della ‘conoscenza giudiziaria oggettiva’», G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1992, p. 1 ss.

⁷⁶ «Sia perché conseguita nel giudizio, inteso come fase processuale o ‘luogo’ in cui dialetticamente si realizza, sia perché derivante dal giudizio, inteso tanto come attività di ricerca degli elementi su cui si fonda una deliberazione quanto come formazione di quest’ultima, sia perché manifestata tramite il giudizio inteso come decisione e sua definitiva pronuncia giurisdizionale» (G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, p. 129). La verità giudiziale è caratterizzata, innanzitutto, per essere «funzionale a quell’‘obiettivo di giustizia’ storicamente determinato dal vario comporsi dei valori presenti in mezzo al popolo nel cui nome la giustizia è amministrata (art. 101 comma 1 Cost.)» (G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, cit., p. 38).

⁷⁷ G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 57. D’altronde, lo stesso «sperimentatore fa parte del sistema sperimentale» (J.P. SARTRE, *Questioni di metodo* (1957), in ID., *Critica della ragione dialettica. I, Teoria dei sistemi pratici*, trad. it., Milano, 1963, p. 37).

⁷⁸ Sullo scopo del processo, v. G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 72, dove l’Autore chiarisce come «l’accertamento di tale verità [giudiziale] non è pertanto, in sé e per sé, il fine ultimo del processo, ma il presupposto per poter adeguatamente decidere quale sia la legge applicabile nel caso concreto»; ID., *Prova (in generale)*, cit., p. 298-299, secondo il quale si deve «sfatare sia il mito della ‘assoluta’ verità che l’asserita soggezione ad essa di tutto il resto», perché «la ricostruzione fattuale posta alla base della decisione ‘giusta’ ... deve essere conforme ad una verità che ... non può assurgere a meta ultima ed assoluta, cui tutto sia subordinato, ... ma va considerata come il risultato del parallelogrammo delle forze, individuali e collettive, che interagiscono nello svolgimento processuale».

⁷⁹ «Nella delega c’era la parola contraddittorio? No, non c’era. Perché? Perché c’era la parola oralità, anzi si faceva riferimento all’adozione del metodo orale ... il contraddittorio doveva darsi per acquisito ... l’oralità inerisce al baricentro del processo e differenzia, per questo fatto, il modello accusatorio da quello inquisitorio» (G. SPANGHER, *Oralità, contraddittorio, aspettative di verità*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, cit., p. 31).

dibattimento del baricentro del processo, cioè quello del luogo di formazione della prova»⁸⁰.

Ad uscirne profondamente mutato, rispetto all'impostazione del codice Rocco, era soprattutto il ruolo della magistratura inquirente.

La centralità del dibattimento, con la rigida separazione tra la fase delle indagini e del giudizio, era considerata irragionevole⁸¹ ed in grado di ostacolare l'accertamento della verità, vanificando l'utilità stessa dell'esercizio dell'azione penale.

La menzionata opera demolitrice della Corte costituzionale portò a varie pronunce di incostituzionalità: nello specifico, la sentenza 31 gennaio 1992 n. 24 dichiarò costituzionalmente illegittimo, in riferimento all'art. 3 Cost., l'art. 195 comma 4 c.p.p., reputando che esso introducesse una «irragionevole disparità di trattamento»⁸² tra il personale della polizia giudiziaria e qualunque altro testimone; alla sentenza 3 giugno 1992 n. 254 è da imputarsi la censura dell'art. 513 comma 2 c.p.p., nella parte in cui non prevedeva la possibilità di lettura delle dichiarazioni rese in sede di indagine dal coimputato di reato connesso in processo separato, qualora questo si fosse avvalso della facoltà di non rispondere⁸³; la sentenza 3 giugno 1992 n. 255 dichiarò, infine, l'illegittimità costituzionale dei commi 3° e 4° dell'art. 500 c.p.p., nella parte in cui non era prevista l'acquisizione al fascicolo dibattimentale delle dichiarazioni rese in sede di indagini dal teste, oggetto di contestazioni durante l'esame⁸⁴.

Gli interventi della giurisprudenza costituzionale, accompagnati da una legislazione emergenziale dettata dall'aggravarsi del fenomeno mafioso⁸⁵, avevano messo in seria difficoltà il diritto delle prove, il centro "nevralgico" del processo di stampo garantista disegnato dal codice Vassalli.

⁸⁰ G. SPANGHER, *Oralità, contraddittorio, aspettative di verità*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, cit., p. 32, dove l'Autore aggiunge anche: «l'oralità era l'asse portante, l'architrave sulla quale era edificata la riforma».

⁸¹ Sul punto, P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 9, che evidenzia come ancora oggi «sono in molti a considerare il contraddittorio come semplice strumento per la soluzione di una lite, esclusa ogni sua valenza in chiave di metodo, di arnese conoscitivo».

⁸² C. cost., sent. 31 gennaio 1992 n. 24, cit., p. 124.

⁸³ C. cost., sent. 3 giugno 1992 n. 254, cit., p. 1943.

⁸⁴ C. cost., sent. 3 giugno 1992 n. 255, cit., p. 1970-1971.

⁸⁵ D.L. 8 giugno 1992 n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992 n. 356 recante *Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa*, il quale era «andato oltre, creando un sistema grazie al quale dei principi accusatori del nuovo Codice è rimasto ben poco» (G. NEPPI MODONA, *Come ai tempi del terrorismo*, in *La Repubblica* del 10 giugno 1992, p. 10).

In vista di una riaffermazione del metodo autoritativo nella formazione della prova e di un'attenuazione della rigida separazione funzionale tra le fasi, si andarono, complessivamente, vanificando le garanzie introdotte e si svuotò di contenuto il metodo dialettico.

Il contraddittorio, quale *metodo*, è in questo momento in discussione sia nel suo fondamento politico che in quello epistemologico, considerato quale inopportuna interferenza alla ricerca della verità, di difficile affermazione stante l'aggravarsi dei fenomeni criminosi e, forse, anche foriero di inutili formalità e dilazione dei tempi.

Comunque, se l'orientamento espresso dalla Corte costituzionale era confermato, fino ad allora, dalle scelte in materia del legislatore, quest'ultimo se ne discostò notevolmente nel 1997⁸⁶, riaffermando i principi ispiratori del codice.

La tendenza revisionista della Consulta fu però confermata dalla sentenza costituzionale 2 novembre 1998 n. 361⁸⁷ con cui essa dichiarò, poco dopo la sua entrata in vigore, il nuovo art. 513 comma 2 ultimo periodo c.p.p. «costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. nella parte in cui non prevede che, qualora il dichiarante rifiuti o comunque ometta in tutto o in parte di rispondere su fatti concernenti la responsabilità di altri già oggetto delle sue precedenti dichiarazioni, in mancanza dell'accordo delle parti alla lettura si applic[hi] l'art. 500 commi 2-bis e 4 c.p.p.»⁸⁸.

Quello che veniva a configurarsi per mezzo dell'intervento della Consulta era un recupero probatorio identico a quello previsto per l'esame dei testimoni, nel caso di silenzio del coimputato in dibattimento, rappresentato dalla acquisizione al fascicolo dibattimentale delle dichiarazioni rese in precedenza, in seguito alla contestazione.

Con questa sentenza la Corte costituzionale confermava la propria lettura «eversiva»⁸⁹ delle norme a tutela del contraddittorio introdotte nell'impianto del 1988, non a caso richiamando la pregressa giurisprudenza, *in primis*, la sentenza n. 254 del

⁸⁶ L. 7 agosto 1997 n. 267 avente ad oggetto «*Modifica del codice di procedura penale in tema di valutazione delle prove*».

⁸⁷ C. cost., sent. 2 novembre 1998 n. 361, in *Giur. cost.*, 1998, p. 3083 ss., sulla quale v., tra gli altri, N. ZANON, *La Corte, il legislatore ordinario e quello di revisione, ovvero del diritto all'«ultima parola» al cospetto delle decisioni d'incostituzionalità*, *ivi*, 1998, p. 3169 ss.; M. CHIAVARIO, *Dichiarazioni a carico e contraddittorio tra l'intervento della Consulta e i progetti di riforma costituzionale*, in *Leg. pen.*, 1998, p. 925 ss.; P. TONINI, *Una sentenza additiva molto discussa, a) il diritto a confrontarsi con l'accusatore*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1506 ss.

⁸⁸ C. cost., sent. 2 novembre 1998 n. 361, *cit.*, p. 3147.

⁸⁹ O. MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, *cit.*, p. 638.

1992. Se il contesto politico era notevolmente mutato rispetto a quello relativo alle pronunce di sei anni prima, la Consulta mostrava di rimanere ancorata alla propria visione, legata a doppio filo al principio di non dispersione della prova.

Privata di senso, in questo modo, è nuovamente la “differenza ontologica” tra la dichiarazione resa in sede di indagine preliminare e quella formata nel contraddittorio in dibattimento; per la Consulta il recupero dell’elemento probatorio avviene in maniera automatica, al verificarsi dei requisiti, contando poco o niente quanto il contraddittorio, «poietico»⁹⁰, concorra con forza alla sua formazione, influenzandone fortemente i risultati. Vanificato, inoltre, è il diritto dell’imputato a confrontarsi con l’accusatore.

La Corte costituzionale, infatti, equiparava una situazione “patologica” – quella del teste, su cui grava un obbligo di rispondere secondo verità, che si rifiuta di rispondere o dice il falso – ad una “fisiologica” – il silenzio del coimputato o imputato connesso, previsto dall’art. 210 comma 4 c.p.p. – che costituisce invece espressione del diritto di difesa e non è punibile⁹¹.

Per il giudice delle leggi, di conseguenza, perché all’imputato “accusato” fosse garantito il diritto a confrontarsi con il suo accusatore, sarebbe bastato l’accompagnamento coattivo in aula di quest’ultimo – come previsto *ex art.* 210 comma 2 c.p.p. – e, dinanzi al suo eventuale silenzio, la possibilità di contestarne le dichiarazioni precedentemente rese in segreto al pubblico ministero⁹².

Si trattava, all’evidenza, di un «contraddittorio meramente formale o ‘di facciata’, non sufficiente a garantire i diritti dell’accusato»⁹³ e che, nuovamente, metteva in seria discussione il prescritto *modus* dialettico che i meccanismi del codice miravano invece a garantire nella sua massima espressione.

⁹⁰ V. G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del) – II Dir. proc. pen.*, cit., p. 2.

⁹¹ V. P. TONINI, *Una sentenza additiva molto discussa, a) il diritto a confrontarsi con l’accusatore*, cit., p. 1507, dove l’Autore aggiunge: «in questi casi, sul piano tecnico-giuridico non sarebbe corretto applicare per analogia le norme sulla contestazione al testimone ... perché tali norme costituiscono una eccezione rispetto alla regola del divieto di lettura ... ed è noto che le norme eccezionali non possono essere oggetto di interpretazione analogica».

⁹² «Siamo di fronte ad un’immagine fittizia e caricaturale di contraddittorio» (G. FRIGO, *Un’involuzione dell’impianto accusatorio con il pretesto di tutelare la difesa*, in *Guida dir.*, 1998, p. 62).

⁹³ P. TONINI, *Una sentenza additiva molto discussa, a) il diritto a confrontarsi con l’accusatore*, cit., p. 1512.

5. Il “giusto processo” regolato dalla legge: le garanzie previste per ogni tipo di procedimento giurisdizionale.

Alla declaratoria di incostituzionalità del giudice delle leggi seguirono vivaci e numerose critiche⁹⁴, in special modo da parte del Parlamento, il quale reputava compromessa la propria funzione legislativa.

Si giunge così ad una salda presa di posizione da parte del legislatore. Sulla riforma costituzionale attuata con l. cost. 23 novembre 1999 n. 2 («Inserimento dei principi del giusto processo nell’articolo 111 della Costituzione») si annidarono da subito pareri contrastanti, riconducibili, seppur con qualche inevitabile forzatura, a due opposte fazioni: da una parte chi scorgeva in essa soprattutto un *esprit de ressentiment*⁹⁵ del mondo politico e – dall’altra – chi ne valorizzava la portata garantista⁹⁶, duramente messa alla prova dalle sentenze di cui *supra*.

Ma, in fin dei conti, poco importa interrogarsi su quale sia stata – realmente – l’influenza esercitata, sulla riforma del 1999, dall’azione della Consulta.

Peraltro, già sul piano dell’espressione «giusto processo», ancor prima che su quello relativo al contenuto della norma costituzionale, si è sostenuto pure che l’aggettivo «giusto» non aggiunga sostanzialmente nulla al sostantivo «processo», poiché «ogni modello di processo è, per chi lo adotta, immancabilmente giusto»⁹⁷, in tal modo forse svilendo eccessivamente il senso della modifica dell’art. 111 Cost.

⁹⁴ «In breve, ciò che con buone ragioni e in termini pacati sarebbe stato sacrosanto denunciare all’epoca della svolta inquisitoria, esplose sei anni dopo, con forza raddoppiata, contro una sentenza che delle precedenti è soltanto un corollario» (P. FERRUA, *Il ‘giusto processo’*, cit., p. 16).

⁹⁵ L’espressione è di P. FERRUA, *Il “giusto processo” in Costituzione. Rischio contraddizione sul neo-contraddittorio*, in *Dir. e giust.*, 2000, p. 79.

⁹⁶ Cfr., per gli opposti schieramenti, su tutti, rispettivamente, N. TROCKER, *Il valore costituzionale del giusto processo*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M.G. Civinini – C.M. Verardi, Milano, 2001, p. 40 («ma l’*esprit de ressentiment* che aleggia sulla riforma offre anche un prezioso elemento di lettura di quella precisazione inserita nel primo comma del nuovo art. 111 Cost. per cui la disciplina del giusto processo è ‘regolato dalla legge’. La formulazione della norma assume ... anzitutto il significato di una decisa rivendicazione delle prerogative parlamentari»); V. GREVI, *Dichiarazioni dell’imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio. Dagli insegnamenti della Corte costituzionale al progettato nuovo modello del “giusto processo”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, III, p. 844 («siamo di fronte, dunque, ad una scelta politico-legislativa meritevole del più ampio consenso ideologico»).

⁹⁷ P. FERRUA, *Il processo penale dopo la riforma dell’art. 111 della Costituzione*, in *Questione giustizia*, 2000, p. 50. Si segnala – seppur rapidamente – per un chiarimento dell’Autore, ID., *Il ‘giusto processo’*, cit., p. 34 nota 23, per il quale non bisognerebbe «confonde[re] due livelli di discorso. Un conto è il *pedigree* dell’espressione ‘giusto processo’ ... come autonoma fonte di sviluppo delle garanzie. Un altro è il senso che può assumere nel vigente quadro costituzionale, al cospetto di un catalogo esaustivo di diritti e garanzie, dove il predicato ‘giusto’ svolge soprattutto una funzione riassuntiva».

Pare inevitabile considerare come esso, invece, *a priori*, «racchiud[a] l'esercizio della *iurisdictio* entro un preciso orizzonte di principi senza il rispetto dei quali viene meno il *minimum* necessario a definire 'processo' la sequenza delle attività»⁹⁸, in particolar modo quelle preordinate ad accertare l'eventuale sussistenza di un fatto penalmente rilevante. E ciò anche se si aderisca alla tesi che nei suoi contenuti esso si risolva in «una sorta di *incorporation* rafforzativa di garanzie già codificate nel 1989 e poi ripudiate dalla svolta involutiva dei primi anni novanta⁹⁹, per accrescerne il grado di resistenza e renderle insensibili alle tentazioni di future revisioni legislative o giurisprudenziali»¹⁰⁰.

L'art. 111 Cost.¹⁰¹, infatti, elevato a norma cardine dell'ordinamento processuale, consta di due commi, (comma 1° e comma 2°), aventi valenza generale, in quanto riferiti ad ogni tipo di procedimento giurisdizionale (civile, penale, amministrativo).

Essi denotano il livello minimo di garanzie che rendano un processo «giusto»: che il processo sia regolato dalla legge; il contraddittorio tra le parti in condizioni di parità davanti a un giudice imparziale; il giudice naturale precostituito per legge e soggetto solo alla legge; la ragionevole durata¹⁰².

L'espressione «giusto processo», peraltro, richiama nozioni antichissime come quelle di *fair trial* e di *due process of law*¹⁰³.

⁹⁸ E. AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, p. 133.

⁹⁹ V. *supra*, § 4.

¹⁰⁰ E. AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, cit., p. 141.

¹⁰¹ Per un inquadramento dei tratti caratterizzanti il "giusto processo" nella formulazione datane dalla l. cost. 23 novembre 1999 n. 2, v., tra gli altri, S. BUZZELLI, *Giusto processo*, in *D. disc. pen.*, Agg., II, 2004, p. 342 ss.; M. CECCHETTI, *Giusto processo (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 2001, p. 595 ss.; M. CHIAVARIO, *Giusto processo II) processo penale*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, p. 627 ss.; C. CONTI, *Giusto processo (proc. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, III, Milano, 2006, p. 2815 ss.; P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 24 ss.; N. TROCKER, *Il valore costituzionale del «giusto processo»* cit., p. 36 ss.; G. UBERTIS, *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. I, Milano, 2008, p. 419 ss.

¹⁰² Per un'analisi di tale principio, nelle sue interrelazioni con gli altri principi fondamentali nell'alveo del "giusto processo" v. *infra*, cap. III, § 7.

¹⁰³ Sulle origini storiche dei due concetti, v. E. AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, cit., p. 132, per cui «il primo [è stato] elaborato ben prima dell'età moderna dalla cultura inglese», mentre «il secondo testualmente recepito nel V Emendamento della Costituzione americana del 1791»; M. CHIAVARIO, *Giusto processo II) processo penale*, cit., p. 2 ss.

Essa pare implicare che il diritto ad un processo *giusto* condizioni lo stesso concetto “processo”: senza le garanzie previste¹⁰⁴ ex art. 111 comma 1 e 2 Cost. per ogni tipo di procedimento giurisdizionale, di processo “giusto” non potrebbe mai trattarsi¹⁰⁵.

E la costituzionalizzazione del «giusto processo»¹⁰⁶, in quest’ottica, non pare casuale. Si tratta della trasposizione in una norma di una “concezione”¹⁰⁷, comune agli Stati liberal-democratici segnati dalla stessa sensibilità culturale.

Se per “garantismo” si intende l’idea che il processo debba assicurare una serie di garanzie a tutela dei diritti del singolo e che debba limitare il più possibile l’eventualità di abusi da parte dell’autorità, i connotati del sistema disegnati e “rafforzati” dalla costituzionalizzazione del processo “giusto”, realizzano sicuramente questa impostazione¹⁰⁸.

L’idea alla base del processo giusto è la prospettiva comune di globalità¹⁰⁹, cui sia la Corte di Strasburgo che la Corte costituzionale si sono richiamate nei loro riferimenti alla nozione di “giusto processo”. Se questo non può significare uniformazione,

¹⁰⁴ Le quali, questo è l’elemento di novità, «compongono un elenco con funzione meramente esemplificativa» dato il richiamo, compiuto dal legislatore costituzionale tramite l’espressione «giusto processo», al concetto di equità (*fairness*) processuale, presente sia nella rubrica dell’art. 6 Conv. eur. dir. uomo che nell’art. 14 Patto intern. dir. civ. pol., che «rappresenta un insieme di caratteri la cui individuazione è lasciata all’interprete, giacché essa funge da idea base e contemporaneamente da categoria residuale, cui è possibile ricorrere per valutare la correttezza di un determinato processo» (G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 134 e 132).

¹⁰⁵ Come precisa M. CECCHETTI, *Il principio del “giusto processo” nel nuovo art. 111 della Costituzione. Origini e contenuti normativi generali*, in *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione delle prove. Legge 1° marzo 2001, n. 63*, cit., p. 72, oltre ai requisiti che «necessariamente concorrono a definire il parametro di ‘giustizia’ – e quindi di costituzionalità – di ogni tipo di processo giurisdizionale» di cui all’art. 111 commi 1 e 2 Cost., «vanno considerati, naturalmente, gli elementi che erano già presenti nell’art. 111 e che attualmente sono contemplati nei commi 6 e 7: l’obbligo di motivazione ... e la possibilità di impugnare ... i provvedimenti sulla libertà personale almeno con il ricorso in Cassazione per violazione di legge».

¹⁰⁶ Cfr. N. TROCKER, *Il valore costituzionale del “giusto processo”*, cit., p. 49, secondo il quale «l’inserimento nel testo dell’art. 111 Cost. della formula ‘giusto processo’ mette in evidenza la robusta unitarietà dell’insieme delle garanzie processuali ed il loro significato ‘relazionale’».

¹⁰⁷ Sul punto, v. E. AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, cit., p. 134. La questione può trasporsi pure sul piano della questione dei “diritti morali” dei cittadini anche “contro” lo Stato, per limitarne la possibilità di abusi. Sul tema, pur se riferita alla società statunitense, v. la teoria di R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), trad. it, 2010, Bologna, p. 269 ss.

¹⁰⁸ Infatti, dal fatto che oggi «alcuni principi quali l’imparzialità del giudice, il rispetto della persona dell’imputato ... sono ormai indefettibili per ogni Paese che voglia operare a pieno titolo nella comunità internazionale ... ne deriva ... l’esistenza di una limitazione alle scelte consentite ai legislatori di ciascuno Stato», seppur questo non debba significare «necessariamente l’opzione per un paradigma prevalentemente ispirato ai canoni accusatori»: G. UBERTIS, *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, cit., p. 421.

¹⁰⁹ V. ESPOSITO, *“Fair trial” anglosassone, “procès équitable” europeo, “processo giusto” italiano*, in *Rass. st. penit.*, 1992, p. 1 ss.

«globalizzazione procedurale»¹¹⁰, è impossibile non parlare di esigenza di avvicinamento delle normative interne, resa ancora più evidente dall'importanza rivestita dal testo dell'art. 6 commi 1 e 3 Conv. eur. dir. uomo per la modifica dell'art. 111 Cost.

Il contenuto della norma pattizia è stato, infatti, in parte sinteticamente (comma 1) ed in parte quasi letteralmente (comma 3) trasposto all'interno dell'art. 111 Cost., per precisa scelta del legislatore, il quale non si è accontentato di adeguare la disciplina codicistiche alle disposizioni sovra-nazionali, ma ha voluto garantirne il rispetto modificando la Carta fondamentale¹¹¹ del nostro Paese.

Se punti fermi, nella definizione minima di *qualunque* processo giurisdizionale, sono da reputarsi – ricapitolando – la parità ed il contraddittorio delle parti dinanzi ad un giudice imparziale, la necessaria precostituzione per legge del giudice naturale e la sua soggezione esclusiva alla legge, la ragionevole durata, il processo penale richiede qualcosa in più.

Al 2° comma dell'art. 111 Cost., quindi, è inteso il principio del contraddittorio *in senso lato*¹¹² (o “debole”): ne ricaviamo che fondamentale differenza¹¹³ tra il processo penale e tutti gli altri tipi di processo è che, per questi ultimi, per la tutela del metodo dialettico sia sufficiente un contraddittorio “sulla prova” già formatasi.

In altri termini, basta, perché sia rispettato il principio, che il soggetto che subirà gli effetti di un provvedimento giurisdizionale sia messo in grado di esporre le proprie difese prima di vedere emanato il provvedimento stesso.

Ne deriva una non necessaria contestualità tra l'acquisizione della prova e la dialettica assicurata alla parte.

In questo contesto, fondamentale rilievo assumono gli altri principi ed i caratteri della giurisdizione menzionati che condizionano la concreta tutela della dialettica tra le

¹¹⁰ E. AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, cit., p. 149-150, dove si sostiene che l'armonizzazione delle norme non comporti obbligatoriamente una omologazione forzata che – trasposta in determinati contesti – potrebbe comportare anche un arretramento delle garanzie già previste.

¹¹¹ Sul punto, v. P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 21, per cui «certo, la costituzionalizzazione dei principi e delle garanzie del giusto processo, specie nella forma dettagliata poi prevalsa, può avere introdotto elementi di rigidità nel sistema ... nondimeno, la responsabilità dell'esito risale, ancora una volta, interamente alla Consulta e alla sua pretesa di censurare certe regole anche davanti a precetti costituzionali che, senza imporle le avrebbero ampiamente tollerate».

¹¹² G. RICCIO – G. SPANGHER, *La procedura penale*, Napoli, 2002, p. 402.

¹¹³ V. *infra*, § 6.

parti: il principio di legalità; la parità delle parti; che il processo si svolga «davanti ad un giudice terzo e imparziale»; che «la legge ne assicur[i] la ragionevole durata»¹¹⁴.

Di fondamentale importanza, quindi, già in prima battuta, appare il nesso¹¹⁵ tra il principio del contraddittorio, inteso quale dialettica tra le parti, e i caratteri della giurisdizione. Il legame stretto, inestricabile, si spiega alla luce del retaggio giuridico e politico alla base della nozione “giusto processo”: la tutela della dialettica sarebbe vana, si ridurrebbe ad una mera enunciazione, qualora il contesto non fosse già “preventivamente predisposto” ad accoglierla e renderla concreta e non presupponesse, conseguentemente, l’assetto della giurisdizione «indipendente e imparziale» ex art. 6 comma 1 Conv. eur. dir. uomo.

Si noti una differenza terminologica: il nostro art. 111 comma 2 Cost. non richiama, avendolo forse reputato ridondante, il requisito dell’indipendenza e si limita a parlare di terzietà ed imparzialità. Ed effettivamente, per quanto concerne le norme già presenti nella Carta costituzionale relative all’ordinamento giurisdizionale, l’indipendenza è richiamata dagli artt. 101 comma 2 e 108 Cost.: il primo sancisce che i giudici siano soggetti esclusivamente alla legge, mentre il secondo prevede che questa ne assicuri l’indipendenza¹¹⁶.

Sussiste poi una precisa differenza tra imparzialità e terzietà.

L’imparzialità «concerne la funzione esercitata nel processo ed impone che non vi siano legami tra il giudice e le parti»¹¹⁷ necessariamente implicando «l’indifferenza rispetto agli interessi in conflitto e quindi per il risultato della disputa, la mancanza di pregiudizi inerenti al *thema decidendi*»¹¹⁸.

¹¹⁴ Per una trattazione del principio della ragionevole durata e delle potenziali interferenze tra quest’ultimo ed il principio di immediatezza, come concretamente attuato dalla garanzia dell’immutabilità fisica del giudice, v. *infra*, cap. IV, § 7.

¹¹⁵ G. UBERTIS, *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo: riflessi nell’ordinamento italiano*, cit., p. 1093, dove l’Autore afferma: «vi è pertanto un nesso reciproco tra gli specifici caratteri della giurisdizione e la dialettica tra le parti: gli uni sono essenziali per il regolare svolgimento dell’altra, ma questa è per converso funzionale all’esercizio della giurisdizione».

¹¹⁶ Garantita pure dalla espressa previsione, nel nostro ordinamento, della inamovibilità all’art. 107 comma 1 Cost.

¹¹⁷ P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 51.

¹¹⁸ G. UBERTIS, *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale* (2007), in ID., *Argomenti di procedura penale*, III, Milano, 2011, p. 5. Sottolinea l’indefettibilità del requisito M. PISANI, *Giurisdizione penale*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, 1970, p. 396, per cui l’imparzialità è «dimensione coesistente del ruolo del giudice».

Per la giurisprudenza europea si suole distinguere tra un aspetto soggettivo dell'imparzialità¹¹⁹, legato ai convincimenti personali espressi dal giudice rispetto al singolo processo tali da minare il suo giudizio, ed uno oggettivo¹²⁰, legato alla figura del cosiddetto *iudex suspectus*, indipendente dalla condotta del giudice ed individuato dalla Corte di Strasburgo nell'affermazione «*justice must not only be done, it must be seen to be done*»¹²¹.

Per quanto riguarda l'imparzialità intesa in questa seconda accezione, la Corte europea è intervenuta più volte ravvisando violazione del principio in tre casi da considerarsi tipici: quando il giudice abbia precedentemente agito come pubblico ministero¹²²; quando abbia agito come giudice istruttore¹²³; quando abbia adottato misure cautelari tali che la decisione abbia implicato un «sospetto confermato» che l'imputato abbia commesso il reato¹²⁴.

In questi casi è da salvaguardarsi “la percezione” della figura del giudicante, al fine di garantire l'immagine di giudice imparziale e la fiducia in esso riposta dalla società¹²⁵.

La terzietà riguarda invece lo *status* ordinamentale: l'organizzazione dell'ufficio del giudice deve assicurare la sua esclusiva soggezione alla legge.

Conseguentemente, perché egli sia *super partes* l'ordinamento giudiziario deve garantirne la «estraneità alle funzioni sia dell'accusa che della difesa, senza confusione di ruoli tra parti e giudice»¹²⁶ stesso.

¹¹⁹ L'imparzialità soggettiva è presunta fino a prova contraria: cfr. C. eur. dir. uomo, sez. V, sent. 24 giugno 2010, *Mancel e Branquart c. Francia*, § 33; C. eur. dir. uomo, sent. 26 ottobre 1984, *De Cubber c. Belgio*, § 25. Sul punto, v. G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2009, p. 35. V., altresì, P. CONCOLINO, sub art. 6, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis – F. Viganò, Torino, 2016, p. 13.

¹²⁰ Per quanto tali duplici accezioni non siano nettamente separate: cfr. C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 15 dicembre 2005, *Kyprianou c. Cipro*, § 119. Sul punto, v. G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, cit., p. 35.

¹²¹ C. eur. dir. uomo, sent. 1° ottobre 1982, *Piersack c. Belgio*, § 30.

¹²² C. eur. dir. uomo, sent. 1° ottobre 1982, *Piersack c. Belgio*, § 30.

¹²³ C. eur. dir. uomo, sent. 26 ottobre 1984, *De Cubber c. Belgio*, § 29-30.

¹²⁴ C. eur. dir. uomo, sent. 24 maggio 1989, *Hauschildt c. Danimarca*, § 50.

¹²⁵ V. C. eur. dir. uomo, sent. 28 ottobre 1998, *Castillo Algar c. Spagna*, § 45, in cui la Corte di Strasburgo valorizza l'“apparenza di imparzialità” dell'organo giudicante asserendo che ciò che rileva, in tal senso, è «il sapere se i timori dell'interessato possono considerarsi oggettivamente giustificati». Nello stesso senso, v. anche C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 26 ottobre 2010, *Cardona Serrat c. Spagna*, § 29; C. eur. dir. uomo, sent. 10 giugno 1996, *Thomann c. Svizzera*, § 30.

¹²⁶ G. UBERTIS, *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale* (2007), in ID., *Argomenti di procedura penale*, III, cit., p. 6.

La tutela del metodo dialettico si pone, quindi, in stretta correlazione con gli altri parametri individuati dall'art. 6 Conv. eur. dir. uomo atti ad identificare il processo "giusto".

6. Il "giusto processo": le ulteriori garanzie previste per il rito penale.

Nel riformato art. 111 Cost. «è possibile distinguere tra un insieme di garanzie di contesto e una serie di principi più specificamente riferiti al processo penale»¹²⁷; infatti il legislatore costituzionale ha ritenuto di assicurare un *quid pluris* di garanzie nel rito penale che "ancori" la decisione al suo canone di riferimento, assicurando altresì che l'eventuale condanna cui il giudice pervenga sia avulsa da «ogni ragionevole dubbio», così come richiesto – ora espressamente¹²⁸ – ex art. 533 comma 1 c.p.p.

Il rispetto del principio cui fa riferimento il 2° comma dell'art. 111 Cost., che tradizionalmente viene enunciato con il brocardo *audiatur et altera pars*¹²⁹, se rende *fair* il processo in genere, per quanto concerne il particolare settore penale non assicura, invece, che l'imputato abbia agito con piena esplicazione delle proprie facoltà, che tutte le garanzie previste in rapporto ai fondamentali valori in gioco siano state apprestate.

Di qui l'esigenza che sia rispettato il diritto di difesa in sede penale, di cui trattano gli art. 6 comma 3 Conv. eur. dir. uomo e 14 comma 3 Patto intern. dir. civ. pol. In questa esegesi, ricavata dall'ambito di applicazione delle norme internazionali trasposte nella

¹²⁷ M. CHIAVARIO, *Giusto processo – II) processo penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, Agg. X, Roma, 2001, p. 6.

¹²⁸ In conseguenza della modifica operata dall'art. 5 l. 20 febbraio 2006 n. 46. Sul punto v. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 1001, che ritiene l'espressione un «banale americanismo e verità ovvia»; v. pure G. UBERTIS, *Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)* (2009), in ID., *Argomenti di procedura penale*, III, cit., p. 178, per il quale «la modifica legislativa ... non ha introdotto alcuna innovazione nel nostro ordinamento, poiché già si riconosceva generalmente che esso era ispirato al canone sinonimicamente denominato dell'*in dubio pro reo* o del *favor rei*» e che inoltre sottolinea la «difficoltà semantica» della locuzione. Sulla "singolare" applicazione del canone dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" delle sezioni unite della Corte di cassazione, in riferimento alla rinnovazione istruttoria conseguente all'appello del pubblico ministero avverso la sentenza di proscioglimento, v. *infra*, cap. IV, § 4.

¹²⁹ Cfr. G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 176. «Il contraddittorio qui menzionato [nell'art. 111 comma 2 Cost.] corrisponde al principio dell'*audiatur et altera pars*. Non è, dunque, il contraddittorio nella formazione della prova ... ma il contraddittorio genericamente inteso, come partecipazione dialettica delle parti; ossia quel gioco di interventi alternati o contestuali, quell'andirivieni di domande e di repliche, di asserzioni e negazioni, che costellano l'*iter* del processo» (P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 46).

Costituzione, il diritto di difesa in sede penale si configura quale espressione del contraddittorio. Si noti la tendenza di inversione rispetto all'impostazione seguita dalla Corte costituzionale in materia¹³⁰: il diritto di difesa, ex art. 24 comma 2 Cost., non assicura il contraddittorio, non lo racchiude; nell'impostazione del testo costituzionale, a seguito della modifica dell'art. 111 Cost., piuttosto, è il diritto di difesa ad essere una delle espressioni di garanzia dell'applicazione del principio del contraddittorio, di cui costituisce un aspetto¹³¹.

I commi 3° e 4° dell'art. 111 Cost., conseguentemente, enumerano le imprescindibili garanzie spettanti specificamente «nel processo penale» alla «persona accusata di un reato».

A tal proposito, occorre premettere come sia i termini “accusato” che “processo” vadano intesi *in senso lato*, e quindi considerate applicabili già dal momento delle indagini verso un soggetto determinato¹³². In caso contrario, d'altronde, si incorrerebbe in una violazione dell'art. 24 comma 2 Cost., per il quale «la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento», oltretutto in un palese sviamento dalle intenzioni del legislatore, che si era riproposto di adeguare l'ordinamento processuale a quello internazionale pattizio in tema di diritti umani¹³³.

Al riguardo, occorre evidenziare come la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia da tempo chiarito di avere una concezione materiale e non formale della nozione autonoma da essa elaborata di “accusa”¹³⁴: un soggetto, infatti, può rivestire la qualità di

¹³⁰ Come risulta fin dall'orientamento espresso dalla C. cost., sent. 18 marzo 1957 n. 46, in *Giur. cost.*, 1957, p. 587 ss., per cui «il diritto di difesa ... deve essere inteso come potestà effettiva dell'assistenza tecnica, ... in modo che venga assicurato il contraddittorio» (*ivi*, p. 593).

¹³¹ Sui rapporti tra principio del contraddittorio e diritto di difesa, v. G. UBERTIS, *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1092-1093, in cui l'Autore nota: «se mancasse la possibilità di difendersi (e indipendentemente dall'esistenza di un effettivo pregiudizio per la difesa ...), evidentemente mancherebbe una dimensione dialettica tra le parti contrapposte». V. pure, ID., *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 177-178, dove si precisa, riferendosi storicamente all'inverso orientamento della Corte costituzionale, che «si tratta di una diversità di accenti originata dal differente testo normativo di riferimento, sembrando innegabile la comune volontà di asserire l'inscindibilità tra contraddittorio e diritto di difesa».

¹³² Sulla teoria della “nozione autonoma” quale locuzione impiegata dalla Corte europea quando essa effettua ridefinizioni linguistiche, v., ampiamente, G. UBERTIS *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Arch. pen.*, 2012, I, p. 1 ss. L'Autore precisa come nel linguaggio convenzionale quella di “accusa” sia appunto «nozione autonoma», dato che la Corte europea dei diritti dell'uomo, fin dagli albori della sua giurisprudenza, ha avuto modo di «segnalare la propria autonomia interpretativa rispetto agli usi linguistici nazionali» (*ivi*, p. 1).

¹³³ Sul punto, G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 176-177.

¹³⁴ C. eur. dir. uomo, sent. 27 febbraio 1980, *Deweert c. Belgio*, § 44.

“accusato” anche prima che sia adito l’organo giudicante¹³⁵, dato che egli riveste detto *status* dal momento in cui riceve formale notificazione, dall’autorità competente, del rimprovero di aver commesso un fatto penalmente perseguibile¹³⁶.

Per l’art. 111 comma 3 Cost., innanzitutto, «la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell’accusa elevata a suo carico»¹³⁷.

Questa disposizione si colloca nel punto di frizione tra il diritto di difesa dell’accusato e l’esigenza di segretezza delle indagini.

Se da una parte vi è l’imputato, con la sua esigenza di raccogliere elementi a discarico in pericolo di dispersione, dall’altra vi è il pubblico ministero, che deve poter compiere atti a sorpresa.

In questo senso, l’equilibrio è assicurato dal fatto che parlando di «più breve tempo possibile» si condiziona l’avviso all’indagato alla struttura stessa degli atti compiuti dal pubblico ministero e – quindi – all’esigenza di efficienza delle indagini (come nel caso di una perquisizione o di una intercettazione di comunicazioni, che in caso contrario perderebbero, naturalmente, ogni utilità).

Successivamente, si sancisce che l’accusato debba disporre «del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa». Qui peculiare importanza paiono assumere i termini a difesa dell’imputato e, soprattutto, le indagini difensive¹³⁸.

Fondamentale è poi che l’imputato «abbia la facoltà, *davanti al giudice* [corsivo nostro], di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l’interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell’accusa e l’acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore».

¹³⁵ C. eur. dir. uomo, sent. 15 luglio 1982, *Eckle c. Germania*, § 73.

¹³⁶ C. eur. dir. uomo, sent. 27 febbraio 1980, *Deweert c. Belgio*, § 46.

¹³⁷ Sulla necessità di interpretazione *in senso lato* del termine “processo”, in riferimento all’informazione di garanzia, v. pure, tra gli altri, E. ZAFFALON, “*Giusto processo*” e *informazione di garanzia*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1063. Per una osservazione critica e “disillusa” (per di più ancora attuale) riferita al contesto sociale in cui la persona sottoposta ad indagini viene a trovarsi, A. CONFALONIERI, *Diritto ad essere informati riservatamente della natura e dei motivi dell’accusa*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, p. 1010, dove si osserva che l’indagato può comunque contare del mezzo più tempestivo e pericoloso: i *mass media*, che lo informano «nel più breve tempo possibile» della «natura e dei motivi dell’accusa», ma di certo non «riservatamente».

¹³⁸ Tra gli altri, v. P. GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, in *Problemi attuali della giustizia penale*, studi raccolti da A. Giarda – G. Spangher – P. Tonini, Padova, 2002, p. 1-2; P. VENTURA, *Le indagini difensive*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis – G.P. Voena, XXVII.2, Milano, 2005, p. 20.

La prima parte della disposizione consacra il diritto a confrontarsi con l'accusatore ed è modellata sull'art. 6 comma 3 lett. *d* Conv. eur. dir. uomo, salvo una precisazione: che il confronto debba attuarsi «davanti al giudice»¹³⁹.

Il testo costituzionale parla poi di «persone» e non di “testimoni”, ma si tratta di una differenza meramente terminologica dato che, secondo i giudici europei, già il termine “testimoni” va inteso in senso ampio¹⁴⁰ riferendosi a qualsiasi persona che renda dichiarazioni all'autorità procedente destinate a essere utilizzate per la ricostruzione fattuale posta alla base della decisione del giudice¹⁴¹ e sia, quindi, comprensivo di soggetti quali l'imputato in procedimento connesso¹⁴² e il consulente tecnico¹⁴³.

L'espressione «far interrogare»¹⁴⁴, infine, costituisce un richiamo alla specifica professionalità del difensore, reputata fondamentale per l'attuazione del metodo dialettico all'interno dei precisi ritmi e sequenze in cui si articola; ma legittima pure un esame svolto dal giudice a mezzo del quale le parti possono interloquire con il dichiarante.

La disposizione conferisce poi all'imputato tanto il diritto alla prova quanto il diritto al confronto con il proprio accusatore. Quest'ultimo, che si salda al principio del contraddittorio inteso quale tutela della dialettica, conferisce carattere peculiare alle facoltà garantite all'imputato, segnando il principale discrimine tra il processo penale e tutti gli altri processi. La tutela della dialettica tra le parti – nei suoi rapporti intercorrenti con la giurisdizione – è condizione necessaria e sufficiente perché il contraddittorio espliciti la sua potenza forgiatrice della decisione del giudice; ma non è sufficiente in sede penale, se da questa non deriva un preciso diritto al contraddittorio, inteso come partecipazione attiva alla costruzione della prova.

¹³⁹ Per l'importanza rivestita da questo puntuale aspetto e una dottrina che conseguentemente ravvisa in esso il fondamento costituzionale del principio di immediatezza, v. *infra*, cap. III, § 2.

¹⁴⁰ Infatti, come chiarisce G. UBERTIS *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, cit., p. 6, in relazione alle nozioni autonome elaborate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, «anche relativamente al ‘testimone’ la Corte di Strasburgo si è trovata a intervenire per chiarire che questo vocabolo non si riferisce specificamente a chi deponga nel processo secondo le regole peculiari del mezzo di prova ‘testimonianza’, ma ... a qualunque fonte dichiarativa orale che non abbia una posizione istituzionale di neutralità nei confronti delle parti».

¹⁴¹ V., per esempio, C. eur. dir. uomo, sent. 18 febbraio 1991, *Isgro c. Italia*, § 33.

¹⁴² C. eur. dir. uomo, Sez. I, sent. 27 febbraio 2001, *Lucà c. Italia*, § 41.

¹⁴³ C. eur. dir. uomo, sent. 6 maggio 1985 *Bönisch c. Austria*, § 32.

¹⁴⁴ Come chiarisce, tra gli altri, P. FERRUA, *Il ‘giusto processo’*, cit., p. 88-89, è comunque da escludersi che l'espressione «interrogare», invece, costituzionalizzi il diritto, per l'imputato, di interrogare direttamente il teste dato che da essa si può «solo indurre la piena legittimità di una norma del codice di rito che autorizzasse l'imputato a intervenire personalmente negli esami testimoniali».

Altra variante rispetto al tenore letterale dell'art. 6 comma 3 lett. d Conv. eur. dir. uomo, ma già da reputarsi implicito nel dettato convenzionale¹⁴⁵, è che nel testo della nostra Carta ci si riferisca espressamente al diritto dell'accusato di acquisire «ogni altro mezzo di prova a suo favore». Nessun dubbio, ovviamente, sul fatto che il menzionato diritto alla prova non sia indiscriminato; quest'ultimo rimane, per necessità e buon senso, legato al vaglio giudiziale di ammissibilità¹⁴⁶, così come previsto dall'art. 190 c.p.p.

Come sancito al 4° comma primo periodo dell'art. 111 Cost., «il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova».

Il metodo di conoscenza consacrato dal combinato dei commi 3-4 dell'art. 111 Cost. presuppone un preciso legame¹⁴⁷ tra il diritto alla prova e la formazione in contraddittorio di quest'ultima.

Se, infatti, il contraddittorio viene considerato quale argine alla decisione solipsistica del giudice¹⁴⁸, legandosi necessariamente alla *parità delle armi* tra le parti, esso assume rilievo in sede penale in quanto conferisce un diritto a provare le proprie affermazioni, il quale si ritiene realmente rispettato se si predilige che proprio la formazione della prova, la sua conformazione, avvenga dialetticamente¹⁴⁹.

È naturale, quindi, in quanto coesenziale allo scopo, che terreno privilegiato sul quale avvenga il contraddittorio, assicurato nella sua massima espressione dall'oralità e dall'immediatezza, sia la prova dichiarativa, «da sempre il mezzo di prova più utilizzato per la ricostruzione dei fatti, tanto da essere considerata la 'spina dorsale' di ogni sistema probatorio»¹⁵⁰. Questa, costituendosi di pari passo alla partecipazione delle parti, ognuna portatrice di un proprio interesse, costituisce la più grande possibilità di espansione per il metodo dialettico e la sua capacità di influenzare la decisione che su di essa e tramite di essa sarà presa.

¹⁴⁵ G. UBERTIS, *Diritto alla prova nel processo penale e Corte europea dei diritti dell'uomo* (1994), in ID., *Verso un "giusto processo" penale*, Torino, 1997, p. 89-90.

¹⁴⁶ Sul punto, v. G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, cit., p. 203, per il quale il diritto di ammissione probatoria «non deve degenerare in un illimitato 'diritto all'ammissione di ogni prova'»; stessa precisazione viene fatta da P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 89.

¹⁴⁷ G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, cit., p. 202.

¹⁴⁸ ... poiché il mito del giudice solitario ed onnisciente, capace di pervenire da solo alla verità, è definitivamente controllato. Sul punto, v. G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, cit., p. 59.

¹⁴⁹ Come rileva G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del) – II) Dir. proc. pen.*, cit., p. 6, il «principio espresso dal primo periodo del quarto comma dell'art. 111 Cost., va considerato il diapason della giurisdizione penale».

¹⁵⁰ R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis – G.P. Voena, XVI, Milano, 2011, p. 1.

È da ritenersi errata, allora, quella dottrina che ravvede nel comma 3 e 4 ultimo periodo (a norma del quale «la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore») dell'art. 111 Cost. un contraddittorio in senso "soggettivo", mentre nel 4° comma primo periodo dello stesso articolo (per cui «il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova») un significato "oggettivo" del suddetto principio¹⁵¹.

L'appena menzionata suddivisione, infatti, pare perdere di vista la consacrazione, in ultima analisi, di un contraddittorio inteso come il metodo di conoscenza¹⁵² migliore per l'accertamento della verità¹⁵³ che, se «si esprime essenzialmente nella partecipazione attiva delle parti all'escussione della fonte di prova personale»¹⁵⁴, risulta essere pacificamente la tecnica da preferire nella conformazione della prova dichiarativa.

Ne emerge una predilezione, coesistente al metodo, per le prove cosiddette costituenti, le quali sono da preferirsi in quanto permettono una vera attuazione del contraddittorio *per* la prova. È una tecnica che rappresenta una scelta etico-politica, che restituisce il valore della dialettica in materia di prova e lo riconosce garantendolo in una cornice di un processo da reputarsi "giusto"; non rileva più la (forse oggi del tutto improduttiva) dicotomia "accusatorio"-*"inquisitorio"*¹⁵⁵, parallela a quella "contraddittorio"-*"ricerca della verità"*, quanto la predisposizione di una "scena" nella quale tutte le garanzie fondamentali riconosciute negli Atti pattizi sui diritti umani trovano attuazione.

¹⁵¹ Per la non accolta distinzione, sv. C. CONTI, *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 198; P. TONINI, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, *ivi*, 2000, p. 1389 ss.; ID., *L'attuazione del contraddittorio nell'esame di imputati e testimoni*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 303 ss.

¹⁵² Cfr. E. AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, *cit.*, p. 136 ss., in cui è reputata «erronea» e «fuorviante» la dicotomia tra garanzie oggettive e soggettive derivante nella lettura del nuovo art. 111 Cost., in quanto in tale distinzione «riemerge in una forma nuova e quanto mai insidiosa ... quella antitesi tra garantismo e difesa sociale cui da sempre viene attribuito un ruolo centrale nella disciplina del processo penale». «Il contraddittorio, infatti, è un modo di procedere [corsivo nostro] che, se mai, si realizza attraverso il riconoscimento alle parti di adeguati diritti di intervento nel processo: e sono questi diritti a possedere un profilo soggettivo, non il contraddittorio in quanto tale» (G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, *cit.*, p. 179).

¹⁵³ In proposito, C. cost., sent. 20 febbraio 2002 n. 32, in *Giur. cost.*, 2002, p. 291, in cui ci si riferisce «al contraddittorio come metodo di conoscenza».

¹⁵⁴ R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, *cit.*, p. 14.

¹⁵⁵ «Il contraddittorio, cioè, esula dalla polemica, ormai sterile, tra sostenitori del sistema accusatorio e fautori di quello inquisitorio per venire a qualificare un *metodo* indipendente dalle scelte contingenti di politica processuale» (G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, *cit.*, p. 179).

Il contraddittorio inerente alla materia della prova delineato per il processo penale, invero, nella sua duplice valenza etica ed “euristica”¹⁵⁶, prevedendo che la formazione della prova debba avvenire nel contraddittorio fra le parti, non enuclea un principio in maniera assoluta, come invece aveva fatto la Commissione parlamentare per le riforme costituzionali (denominata sovente “Commissione bicamerale”) istituita ai sensi dell’art. 1 comma 1 l. cost. 24 gennaio 1997 n. 1. Quest’ultima, all’art. 130¹⁵⁷ commi 1 e 2 prog. rev. cost., parlava di oralità, immediatezza¹⁵⁸ e contraddittorio, in maniera “assoluta”, senza successive precisazioni.

Nell’attuale art. 111 Cost. è invece sancito, al 5° comma¹⁵⁹: «la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell’imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita». Si tratta di «*fattispecie sussidiarie*»¹⁶⁰, la cui lettura deve essere più che mai attenta per la reale comprensione del contenuto del prescritto *modus* dialettico prescelto dal legislatore costituzionale.

Di conseguenza, l’inserimento di uno specifico comma in cui, in determinati casi, si prevede la possibilità che il contraddittorio nella formazione della prova non abbia luogo, «costituzionalizza la inutilizzabilità fisiologica a tutela della separazione

¹⁵⁶ L’espressione risale a G. UBERTIS, *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo: riflessi nell’ordinamento italiano*, cit., p. 1093. Sul punto, v. *infra* cap. II, § 1.

¹⁵⁷ Per completezza se ne riporta qui il testo completo: «la giurisdizione si attua mediante giusti processi regolati dalla legge, ispirati ai principi dell’oralità, della concentrazione e dell’immediatezza. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità davanti a giudice terzo. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel procedimento penale la legge assicura che la persona accusata di un reato sia informata, nel più breve tempo possibile, della natura e dei motivi dell’accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa; abbia la facoltà di interrogare o far interrogare dal suo difensore le persone da cui provengono le accuse a suo carico; abbia la facoltà di ottenere la convocazione e l’interrogatorio di persone a discarico nelle stesse condizioni di quelle dell’accusa e l’acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata. La legge assicura che la custodia cautelare in carcere venga eseguita in appositi istituti. La legge istituisce pubblici uffici di assistenza legale al fine di garantire ai non abbienti il diritto di agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione». Il testo del progetto si trova pubblicato in *La riforma della Costituzione nel progetto della Bicamerale*, a cura di P. Caretti, Padova, 1998.

¹⁵⁸ Sul punto, v. E. ANDOLINA, *Gli atti anteriori all’apertura del dibattito*, Milano, 2008, p. 116, per cui, per il legislatore costituzionale del 1999, la consapevolezza della «impossibilità di garantire in ogni processo una piena (e incondizionata) attuazione della nozione composita di oralità – e, dunque, di pervenire a un contraddittorio qualificato dal concomitante operare dei principi di oralità e immediatezza – è stata la base della scelta di escludere detti criteri dal catalogo dei requisiti irrinunciabili di un giusto processo».

¹⁵⁹ Su cui, v. *infra*, cap. II, § 5.

¹⁶⁰ G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 170; v. pure, con diversità terminologiche, G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del) – II) Dir. proc. pen.*, cit., p. 8, che le definisce «*vicarie*»; O. MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, cit., p. 650, per cui esse «andrebbero considerate ... *fattispecie addizionali*».

funzionale tra le fasi»¹⁶¹ rendendo chiara già a livello costituzionale, e quindi al riparo da “distorsioni” di sorta, la portata del metodo cui è ispirato il processo penale a detta dell’art. 111 commi 3 e 4 Cost.

7. Il procedimento penale tra Costituzione, CEDU e Patto internazionale dei diritti civili e politici.

Il fondamentale ruolo svolto dalla ratifica, da parte dell’Italia, della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali – adottata a Roma il 4 dicembre 1950, divenuta esecutiva con l. 8 agosto 1995, n. 843 ed in vigore per il nostro Paese dal 26 ottobre 1955 – appare evidente già alla prima lettura dell’art. 111 Cost.

Ad ogni modo, non si tratta soltanto di una statica e quasi letterale trasposizione in quest’ultimo del contenuto dell’art. 6 commi 1 e 3 Conv. eur. dir. uomo, considerato pure che i diritti *ivi* previsti sono assicurati, nei loro vari aspetti, dalle previsioni degli artt. 24, 25, 101, 102, 103, 104, 108 e 113 Cost., ma dell’innegabile considerazione che la Convenzione europea viva nell’interpretazione ad essa data dalla Corte europea dei diritti dell’uomo¹⁶².

La Corte di Strasburgo in particolare segna, con l’influenza delle sue pronunce, ogni giorno nuove tappe del giusto processo, cui gli Stati ratificanti devono conformarsi, in vista di un avvicinamento tra le loro legislazioni processuali.

Con le celebri sent. n. 348 e 349 del 2007¹⁶³ il giudice delle leggi ha posto fine ad una confusione attinente al valore della normativa sui diritti fondamentali di derivazione internazionalistica inserita nel nostro ordinamento con legge di esecuzione.

¹⁶¹ N. GALANTINI, *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova (Convegno su “Il diritto delle prove dall’Unità d’Italia alla Costituzione repubblicana”)*, in *Dir. pen. cont.*, 7 settembre 2011, consultabile al sito www.penalecontemporaneo.it, (ultimo accesso 7 settembre 2019), p. 5.

¹⁶² Sul punto, v., su tutti, G. UBERTIS, *Ancora sull’efficacia della giurisprudenza di Strasburgo* (2013), in *ID.*, *Argomenti di procedura penale*, IV, Milano, 2016, p. 117 ss.

¹⁶³ C. cost., sent. 24 ottobre 2007 n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3475 ss., con nota di C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti, ivi*, p. 3518 ss.; C. cost., sent. 24 ottobre 2007, *ivi*, 2007, p. 3535 ss., con nota di M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici, ivi*, p. 3564 ss.; A. GUAZZAROTTI, *La corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell’art. 117, comma 1 Cost., ivi*, p. 3574 ss.

Se, infatti, già prima della modifica del testo dell'art. 117 comma 1 Cost., operata con l. cost. 18 ottobre 2001 n. 3, il diritto internazionale ha rivestito una peculiare rilevanza tra le fonti del diritto processuale penale¹⁶⁴ dato il vincolo per il Governo previsto all'art. 2 legge-delega c.p.p.¹⁶⁵, permaneva ugualmente aperta la questione, di ordine generale, della collocazione da attribuire al diritto pattizio nel sistema delle fonti.

Per quanto concerne, nello specifico, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Corte costituzionale ha precisato che «il nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost., ... rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive»¹⁶⁶ e «comporta ... l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare dette norme, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU ... viola per ciò stesso» il primo comma dell'art. 117 Cost., configurandosi quella convenzionale come «'norma interposta'»¹⁶⁷.

La protezione dei diritti umani, all'interno di ogni Stato che ha ratificato la Convenzione, non si limita ad una mera enunciazione, dati gli artt. 1, 13 e 34 Conv. eur. dir. uomo che riconoscono formalmente¹⁶⁸ in capo ai singoli individui la loro titolarità e li tutelano con il riconoscimento della legittimazione attiva al ricorso alla Corte di Strasburgo, la quale in tal modo protegge «diritti non teorici o illusori, ma concreti ed effettivi»¹⁶⁹, una volta esaurite le vie di ricorso interno (che deve essere effettivo).

La Corte europea ex art. 32 comma 1 Conv. eur. dir. uomo ha competenza su tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei Protocolli aggiuntivi, al fine di garantirne un'interpretazione uniforme tra gli Stati.

Diretta conseguenza è che tra gli obblighi internazionali assunti dal nostro Paese con la ratifica della Convenzione stessa, «vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, *nel significato attribuito dalla Corte* [corsivo nostro] specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione»¹⁷⁰.

¹⁶⁴ Sul punto, tra gli altri, v. A. GIARDA, *Diritti dell'uomo e processo penale italiano: un bilancio e prospettive operative (Convegno su «Diritti dell'uomo e processo penale»)*, 1980, p. 1 ss.

¹⁶⁵ Cfr. G. UBERTIS, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo* (2010), in ID., *Argomenti di procedura penale*, III, Milano, 2011, p. 205.

¹⁶⁶ C. cost., sent. 24 ottobre 2007 n. 348, cit., p. 3508.

¹⁶⁷ C. cost., sent. 24 ottobre 2007 n. 349, cit., p. 3555, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente.

¹⁶⁸ V. ZAGREBELSKY, *Il sistema europeo e il movimento internazionale per il riconoscimento dei diritti umani*, in *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, a cura di V. Zagrebelsky - R. Chenal - L. Tomasi, Bologna, 2016, p. 35.

¹⁶⁹ Come affermato da Corte eur. dir. uomo, sent. 13 maggio 1980, *Artico c. Italia*, § 32.

¹⁷⁰ C. cost., sent. 24 ottobre 2007 n. 348, cit., p. 3478.

Se tale è quindi, pacificamente¹⁷¹, il compito assegnato alla Corte europea dei diritti dell'uomo, quello di dare interpretazione della Convenzione e dei Protocolli successivamente intervenuti, non si può prescindere dall'analisi del suo ruolo afferente allo sviluppo del processo penale.

È appena il caso di ricordare, tra l'altro, come sia la Convenzione europea dei diritti dell'uomo che il Patto internazionale sui diritti civili e politici (adottato a New York il 16 dicembre 1966, reso esecutivo con l. 25 ottobre 1977 n. 881 ed entrato in vigore per l'Italia il 15 dicembre 1978), mentre sanciscono specificatamente le garanzie da rispettarsi nella materia processuale penale, non si espongono, invece, per quanto riguarda la conformazione del modello al canone accusatorio o inquisitorio¹⁷².

La Convenzione europea – come interpretata dalla Corte di Strasburgo – non impone quindi un sistema processuale che sia conforme all'uno ovvero all'altro “archetipo”, ma individua una serie di *standard* minimi destinati a regolare il processo¹⁷³.

La scelta è infatti quella di pervenire direttamente al “nocciolo duro” delle garanzie¹⁷⁴, sancendo precisamente quali siano da considerarsi assolutamente necessarie. Così esse rendono di fatto assimilabili i Paesi membri non in un'ottica formalistica, meramente definitoria, ma in quanto a sviluppo reale e concreto degli interessi in essi riconosciuti. E non a caso in questi documenti viene sancito che la disciplina relativa al procedimento corrisponda a requisiti ben specifici, costituenti il cosiddetto “equo processo”.

¹⁷¹ Si ritiene non sia da accogliere – seppur autorevole – infatti l'orientamento espresso, da ultimo, da P. FERRUA, *Il contraddittorio tra declino della legge e tirannia del diritto vivente*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, cit., p. 18 ss., il quale pone in discussione le fondamenta giuridiche del ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo, non ritenendola assimilabile in alcun modo alla nostra Corte costituzionale. Per una visione compiuta della interessante questione e le cause per cui il predetto orientamento non coglie nel segno v. G. UBERTIS, *La “rivoluzione d'ottobre” della Corte costituzionale e alcune discutibili reazioni* (2012), in ID., *Argomenti di procedura penale*, IV, cit., p. 43 ss.

¹⁷² Come opportunamente segnala G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 24. Coticché, come non si può mancare di notare, «pur nell'ambito della formale inclinazione verso il modello accusatorio, non può dunque negarsi che anche l'attuale ordinamento processuale penale italiano ... sia [sotto l'aspetto concernente il temperamento della struttura del processo attraverso disposizioni derogatorie del modello opposto e pure per le diverse caratteristiche dei procedimenti speciali previsti] ancora una volta (e forse inevitabilmente) misto» (*ivi*, p. 27).

¹⁷³ S. LONATI, *Il diritto dell'accusato a “interrogare o fare interrogare” le fonti di prova a carico (studio sul contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nel sistema processuale penale italiano)*, in *Procedura penale*, Torino, 2008, p. 55, il quale conclude che «la grande lezione della giurisprudenza europea dimostra che nessun modello processuale, accusatorio, inquisitorio o misto, sfugge alle censure della giustizia di Strasburgo».

¹⁷⁴ Già E. AMODIO, *L'impatto della normativa europea sul processo penale italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 665, sosteneva che la «Convenzione di Roma» sancisse «garanzie nuove per la cultura continentale come il *fair trial*, lo *speedy trial*, e la c.d. uguaglianza delle armi nel processo».

A conferma di questa impostazione, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha infatti indicato lo *standard* minimo delle tutele da ritenersi “essenziali” nel «*procès équitable*»¹⁷⁵, le quali sarebbero in tal modo sintetizzabili: il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo, come tale sottratto a limitazioni eccessive¹⁷⁶; il diritto ad una effettiva difesa in giudizio¹⁷⁷; il riconoscimento della presunzione d’innocenza¹⁷⁸; il contraddittorio fra le parti, su basi paritarie¹⁷⁹; il diritto al confronto¹⁸⁰; il diritto alla prova ed alla controprova¹⁸¹; l’indipendenza ed imparzialità dei giudici¹⁸²; la durata ragionevole¹⁸³.

È poi necessario considerare come il concetto di *fairness* processuale costituisca il richiamo ad un *quid* rispetto alle garanzie espressamente enucleate per il processo penale dall’art. 6 commi 2 e 3 Conv. eur. dir. uomo¹⁸⁴, rese di converso un «catalogo non esaustivo»¹⁸⁵, in continua evoluzione.

Si sottolinea, comunque, che alla luce della particolare natura delle sentenze della Corte di Strasburgo non è sempre facile cogliere le implicazioni delle sue decisioni, per quanto concerne l’ordinamento del nostro Paese.

A differenza delle decisioni della nostra Corte costituzionale, infatti, che già nel dispositivo della sentenza rende noto se ci siano conseguenze rilevanti per l’ordinamento

¹⁷⁵ Nozione, peraltro, non definita esplicitamente dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Come chiarito dalla Corte europea, si tratta di un principio non definibile in astratto ma da verificare secondo le circostanze particolare di ogni caso concreto: cfr. G. RAYMOND, *Le droits garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés ordinamentales*, in *Rév. Dir. Homme*, 1970, p. 289.

¹⁷⁶ C. eur. dir. uomo, sez. I, sent. 22 settembre 2015, *Rokas* c. Grecia, § 22-24; C. eur. dir. uomo, sez. II, sent. 24 maggio 2011, *Onorato* c. Italia, § 47.

¹⁷⁷ C. eur. dir. uomo, sent. 26 aprile 1995, *Fischer* c. Austria.

¹⁷⁸ Cfr., *ex multis*, C. eur. dir. uomo, sez. V, sent. 18 marzo 2010, *Kouzman* c. Russia, § 59. Già antecedentemente, v. C. eur. dir. uomo, sent. 27 febbraio 1980, *Deweert* c. Belgio, § 56.

¹⁷⁹ Richiamato in un numero vastissimo di pronunce. Per l’affermazione che le parti debbano avere «la possibilità di commentare efficacemente l’elemento di prova essenziale» v. C. eur. dir. uomo, sent. 18 marzo 1997, *Mantovanelli* c. Francia, § 33. Il criterio è stato formulato per la prima volta in C. eur. dir. uomo, sent. 20 novembre 1989, *Kostovski* c. Paesi Bassi, § 41.

¹⁸⁰ V., *ex plurimis*, C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 13 ottobre 2005, *Bracci* c. Italia, § 54 ss.

¹⁸¹ V., per tutte, C. eur. dir. uomo, sent. 5 luglio 2005, *Ivanoff* c. Finlandia.

¹⁸² V. *supra*, § 5.

¹⁸³ Già da C. eur. dir. uomo, sent. 28 giugno 1978, *Konig* c. Germania.

¹⁸⁴ Che vanno quindi interpretate in vista dello scopo che le giustifica per garantire un processo *complessivamente equo*, come affermato in C. eur. dir. uomo, sent. 20 gennaio 2005, sez. I, *Mayzit* c. Russia; C. eur. dir. uomo, sez. II, sent. 16 giugno 2015, *Schmid-Laffer* c. Svizzera.

¹⁸⁵ G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, cit., p. 20, che sottolinea come la *fairness* processuale funga quindi da «idea base e insieme da categoria residuale». Per il collegamento tra il concetto di equità processuale e la costituzionalizzazione del «giusto processo» v. *supra*, § 5, in particolare nota 104.

interno, la Corte europea tratta le vicende che di volta in volta le sono sottoposte nel loro aspetto concreto¹⁸⁶.

La Corte europea, inoltre, in linea con il suo atteggiamento generale volto alla tutela sostanziale e non formale dei diritti, nella sua valutazione considera non tanto i singoli aspetti o le singole irregolarità, ma valuta la prescritta *fairness* della procedura, nel suo complesso¹⁸⁷: beninteso, ciò non vuol dire che il giudice di Strasburgo compia «una valutazione comparativa formulata *ex post* sulla base di un bilanciamento di interessi»¹⁸⁸, poiché «la *valutazione globale* del procedimento va *dogmaticamente intesa come* non un bilanciamento tra opposti valori o interessi, ma *una doverosa indagine sulle conseguenze* del vizio riscontrato, reputando salvaguardata l'equità processuale qualora si rilevi che da questo non dipende la decisione finale (con apprezzamento analogo a quello postulato dall'art. 185, co. 1, c.p.p.) o che lo stesso è stato sanato in virtù di ulteriori elementi, i quali contribuiscono a integrare una vera e propria fattispecie sussidiaria»¹⁸⁹.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come integrata dai suoi a protocolli aggiuntivi¹⁹⁰, rappresenta, in conclusione, un vasto «sistema europeo di protezione dei diritti umani»¹⁹¹, di cui è necessario tener conto ai fini dell'analisi degli influssi che esso, come interpretato dal giudice di Strasburgo, esercita nei confronti dell'ordinamento interno¹⁹².

Inoltre, giova ricordare come esista un coordinamento tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'Unione Europea.

¹⁸⁶ G. UBERTIS, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, cit., p. 206; V. ZAGREBELSKY, *Il sistema europeo e il movimento internazionale per il riconoscimento dei diritti umani*, cit., p. 40-41.

¹⁸⁷ Cfr., per tutte, Corte eur. dir. uomo, sent. 26 marzo 1996, *Schatschaschwili c. Paesi Bassi*; C. eur. dir. uomo, Sez. III, sent. 5 ottobre 2006, *Marcello viola c. Italia*.

¹⁸⁸ Come invece sostenuto da R.E. KOSTORIS, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo: considerazioni sul caso Drassich*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2517. Nello stesso senso, v. anche A. BALSAMO, *La Corte di Strasburgo e i testimoni assenti: gli sviluppi del "nuovo corso" avviato dalla sentenza Al-Khawaja*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2841. Per la critica a tale conclusione, v. G. UBERTIS, *La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra Cedu e Trattato di Lisbona* (2010), in ID., *Argomenti di procedura penale*, III, Milano, 2011, p. 260.

¹⁸⁹ G. UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini*, in *Arch. pen.*, 2017, II, p. 392. Sul punto, v. anche R. CASIRAGHI, *I nuovi approdi "europei" del diritto al confronto*, in *Cass. pen.*, 2019, III, p. 1365-1366.

¹⁹⁰ I protocolli aggiuntivi integrano l'elenco dei diritti e delle libertà ritenuti fondamentali (protocolli n. 1, 4, 6, 7, 12, 13) e vincolano solo gli Stati che li hanno ratificati; i protocolli emendativi, invece, modificano le regole di procedura ed organizzazione del sistema (protocolli n. 2, 3, 5, 8, 9, 10, 11, 14, 14-bis) e non entrano in vigore se non ratificati da tutti gli Stati parte.

¹⁹¹ V. ZAGREBELSKY, *Il sistema europeo e il movimento internazionale per il riconoscimento dei diritti umani*, in *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit., p. 25.

¹⁹² V. *infra*, cap. III, § 6; cap. IV, § 1.

Benché non formalmente parte della Convenzione, infatti, l'Unione Europea, l'altro vasto sistema regionale a tutela dei diritti fondamentali di cui il nostro Paese è membro, è "collegata"¹⁹³ ad essa.

Innanzitutto, l'art. 6 par. 3 TUE sancisce che i diritti garantiti dalla Conv. eur. dir. uomo siano considerati quali principi generali del diritto dell'Unione Europea, in modo tale da istituire un costante dialogo tra la Corte di Giustizia dell'Unione Europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo finalizzato ad ampliare il catalogo dei diritti fondamentali¹⁹⁴.

Successivamente la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea – espressamente equiparata ai trattati istitutivi sul piano del «valore giuridico»¹⁹⁵ dal Trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007 ed in vigore dal 1° dicembre 2009 – stabilisce, all'art. 52 par. 3, che la Carta stessa debba essere interpretata in maniera conforme alla Convenzione salva la possibilità che «il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

In quest'ottica, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹⁹⁶ costituisce il *minimum standard* inderogabile di riferimento a livello regionale¹⁹⁷, rispetto al quale è unicamente possibile apprestare garanzie di pari grado o più elevate¹⁹⁸.

Per quanto riguarda la nostra materia, in definitiva, la dimensione globale in cui un ordinamento processuale viene oggi a configurarsi assume un'incontrovertibile centralità e pone l'esigenza di una osservazione continua delle pronunce della Corte di Strasburgo *in primis*, per l'importanza dalla stessa rivestita nel delineare gli elementi costitutivi

¹⁹³ Non si ritiene opportuno in questa sede approfondire la questione. Si segnala solo – *incidenter tantum* – che il coordinamento vero e proprio tra i due sistemi, il cui conseguimento si è rivelato in passato "piuttosto problematico", avverrà solo con l'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, previsto all'art. 6 par. 2 TUE così come novellato. Il fatto che l'Unione Europea non sia parte contraente della Convenzione europea, in particolare, comporta l'irricevibilità *ratione personae* dei ricorsi alla Corte di Strasburgo rivolti contro atti o comportamenti delle istituzioni dell'Unione per incompatibilità con le disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

¹⁹⁴ Ai sensi dell'art. 6 par. 3 TUE, i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri «fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

¹⁹⁵ Art. 6 par. 1 TUE.

¹⁹⁶ V. C. giust. CE, sent. 22 dicembre 2010, in causa C-279/09, *DEB*, dove si è chiarito che «il significato e la portata dei diritti garantiti sono determinati non solo dal testo della Cedu, ma anche, in particolare, dalla giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo».

¹⁹⁷ Cfr. M. GESTRI – S. SILINGARDI, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa dopo il Trattato di Lisbona*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano. Problematiche attuali e prospettive per il futuro*, a cura di S. Sonelli, Torino, 2015, p. 36 ss.

¹⁹⁸ C. giust. CE, sent. 5 ottobre 2010, in causa C-400/10 PU, *J. McB.*

dell'“equo processo”, soprattutto considerando la dimensione relazionale in cui essi si trovano e vengono affrontati.

Capitolo II

LA GARANZIA EPISTEMOLOGICA DEL CONTRADDITTORIO

SOMMARIO: 1. Il metodo del contraddittorio: valenza epistemica. – 2. I principi del dibattimento di primo grado. – 3. La prova dichiarativa e l'esame incrociato nel diritto positivo. – 4. L'incidente probatorio: *ratio* e "nuove" interferenze. – 5. Le *fattispecie sussidiarie* nella formazione della prova. – 6. Le letture dibattimentali.

1. Il metodo del contraddittorio: valenza epistemica.

Una volta individuato il fondamento storico-politico alla base del metodo del contraddittorio nella «scelta di civiltà»¹ compiuta dall'autorità tramite la ponderazione dei valori effettuata, considerando, in via di principio, il *metodo* importante almeno quanto il *risultato* che si persegue, bisogna volgere lo sguardo a come questo consenta, in sé, di meglio accertare la verità, con tutte le regole processuali che ne derivano.

L'art. 111 comma 4 primo periodo Cost., infatti, non costituzionalizza solo l'idea per cui «la caccia val[ga] più della preda»², ma soprattutto quella – più pregnante – per la quale il contraddittorio nella formazione della prova³ sia capace di garantire il raggiungimento del risultato cui è preordinato il procedimento⁴.

Il secondo valore attribuito al metodo del contraddittorio è, appunto, quello “euristico”⁵.

¹ G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del) – II* Dir. proc. pen., in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Roma, 2001, p. 4.

² Ritenendosi di adoperare l'efficace espressione di F. CORDERO, *Diatriba sul processo accusatorio* (1964), in ID., *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, p. 220.

³ Nonostante si sia incerti sull'effettiva portata dell'espressione del dettato costituzionale: essa infatti può riferirsi a un contraddittorio *forte* (per l'elemento di prova), a un contraddittorio *almeno differito sulla fonte di prova*, ma pure a un contraddittorio *debole* (sull'elemento di prova). Sul punto, v. G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale* (2003), in ID., *Argomenti di procedura penale*, II, Milano, 2006, p. 19 ss., dove si chiarisce che l'art. 111 comma 4 primo periodo Cost. escluda solo il contraddittorio *debole* poiché esso «per un verso, contrasterebbe con ... [l'] art. 111 comma 3 terzo periodo Cost.; per l'altro, farebbe diventare contenutisticamente vuoto l'art. 111 comma 5 Cost.» (*ivi*, p. 20).

⁴ In questo senso, tra gli altri, v. O. MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Conso, XXIV, Napoli, 2007, p. 638.

⁵ L'espressione è di G. UBERTIS, *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1093.

Consentire alle parti di partecipare su base paritaria al processo si ripercuote, a livello operativo, nel riconoscere che ad esse spetti un preciso diritto alla prova⁶; è infatti proprio in materia di prova che il contraddittorio raggiunge la sua massima capacità “creativa”⁷.

Non si tratta – come previsto dal 3° comma terzo periodo dell’art. 111 Cost. – soltanto della possibilità di esporre le proprie ragioni e del conseguente potere di addurre delle prove a sostegno di queste ed a smentita di quelle sostenute dall’altra parte, ma del fatto che la prova stessa debba essere assunta in maniera dialettica. In tal modo il contraddittorio processuale inerisce alla modalità con cui gli strumenti di produzione della conoscenza vengono formati, al fine di persuadere il giudice.

Il metodo che si viene a configurare tramite questo nesso, reputato il migliore⁸ per la ricerca della verità⁹, caratterizza il processo penale nella sua dimensione epistemica¹⁰.

Peraltro, risulta necessario chiarire come nel processo risulti impossibile accertare il fatto nella sua ‘datità’, dato che la ricerca della verità che esso si pone quale obiettivo non si riferisce ai fatti in quanto tali¹¹, ma alle proposizioni¹² che ad essi si riferiscono, essendo, per definizione, soltanto queste “verificabili” in ambito processuale¹³.

⁶ Il quale – è bene precisarlo – non concerne solo l’accusato poiché «in una *dimensione soggettiva*, ... è da ritenere sancito anche a favore di tutte le altre parti private e del pubblico ministero» ed inoltre «quanto alla sua *estensione oggettiva*, essa afferisce a ogni tipo di esperimento gnoseologico» (G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Milano, 2017, p. 201).

⁷ Così, tra gli altri, G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del) – II Dir. proc. pen.*, cit., p. 2.

⁸ ... «pur nella fallibilità di ogni criterio (non esiste il Metodo della Verità)» (P. FERRUA, *Metodo scientifico e processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, *Dossier – La prova scientifica nel processo penale*, a cura di P. Tonini, p. 18).

⁹ È questa la posizione della più autorevole dottrina recente, fra i quali, su tutti, v. P. FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale* (1992), in *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 47 ss.; G. GIOSTRA, *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. dir.*, 1986, p. 17 ss.; G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1992, p. 8 ss. Dell’opinione radicalmente difforme, tuttavia, M. TARUFFO, *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma, 2009, p. 107 ss., per il quale «se vi è una cosa che al processo *adversary* non interessa in alcun modo, questa è proprio la verità» e quindi «è lecito dubitare che lo scontro delle parti, e il conflitto tra le rispettive versioni dei fatti, sia davvero un modo efficiente – o addirittura il più efficiente – per la scoperta della verità».

¹⁰ Sull’approfondimento di tale funzione del processo v., su tutti G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015.

¹¹ Poiché, come chiarisce G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 63, «non esistono ‘fatti veri’ o ‘fatti falsi’: un fatto ‘è’ o ‘non è’; soltanto la sua enunciazione può essere ‘vera’ o ‘falsa’». Sul punto, v. pure M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1992, p. 95.

¹² V. *supra*, cap. I, § 1.

¹³ «La *prova*, quindi, non concerne ‘fatti’, ma ‘asserti’» non potendosi obliterare che le prove abbiano «la funzione di consentire l’accertamento della verità o no di uno degli enunciati fattuali integranti il *thema probandum*» cosicché «le espressioni ‘prova di un fatto’ e ‘prova della verità di un fatto’ possono dunque

Il principio enucleato dall'art. 111 comma 4 primo periodo Cost. viene dunque elevato al rango di «statuto epistemologico»¹⁴ del processo penale, perché reputato il metodo meno fallibile per conseguire lo scopo cui è preordinato il procedimento.

Si ritiene che il contraddittorio in materia di prova, vero e proprio *metodo*, rivesta immenso valore in quanto la verità ricostruita¹⁵ nel processo non potrà mai fondarsi, notoriamente, su una logica dimostrativa, ma sulla contrapposizione dialettica delle parti, ognuna portatrice di una tesi antitetica all'altra¹⁶.

La parzialità delle parti, cioè il fatto che esse perseguano interessi particolari, in una disputa che si svolge dinanzi ad un giudice terzo, diventa la dinamica da cui scaturisce la verità giudiziale.

Essa è frutto quindi di una «cooperazione delle parti»¹⁷ e ne trascende gli interessi.

A tal proposito bisogna però precisare: è la dialettica delle parti che è funzionale allo scopo del processo, non lo sono le parti medesime, almeno nel senso di ritenere che a queste ultime non possano attribuirsi particolari oneri al riguardo.

Esse rimangono “parti”, ed in quanto tali, per definizione, appunto, parziali, non essendo addossabile su di esse alcun obbligo di verità teso al perseguimento di un “superiore” interesse di giustizia¹⁸.

reputarsi corrette esclusivamente se usate quali formule abbreviate di ‘prova della verità dell’affermazione di esistenza di un fatto’» (G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 63). Sul punto, v. pure R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis – G.P. Voena, XVI, Milano, 2011, p. 5-6; R.E. KOSTORIS, *Giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., Roma, vol. XVI, 1997, p. 8; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici, Nozioni generali*, cit., p. 95 ss. In giurisprudenza, v. Cass. sez. un., sent. 14 maggio 2013, Aquilina, in *C.E.D. Cass.*, n. 255142, in motivazione: «la prova, con particolare riferimento a quella dichiarativa, non è mai un fatto in sé, bensì un’affermazione, che deve essere verificata come vera o come non vera sull’esistenza di un fatto passato. Una serie di affermazioni vere e convergenti su un determinato accadimento del passato integra la prova del medesimo fatto giuridico, dal quale derivano determinate conseguenze legali».

¹⁴ G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del) – II) Dir. proc. pen.*, cit., p. 6, poiché «il principio espresso dal primo periodo del quarto comma dell’art. 111 Cost. va considerato il diapason della giurisdizione penale».

¹⁵ La scelta del termine non è casuale; ci si riferisce, infatti, ad una “ricostruzione” della verità piuttosto che al suo “accertamento”, perché quest’ultimo presuppone una verità esterna al processo che – in quanto tale – debba essere accertata, scoperta: cfr., su tutti, A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1971, p. 227; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, Torino, 2017, p. 16; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 68.

¹⁶ P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, cit., p. 134; G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del) – II) Dir. proc. pen.*, cit., p. 5.

¹⁷ O. DOMINIONI, *La testimonianza della parte civile*, Milano, 1974, p. 33-34.

¹⁸ ...altrimenti sarebbe travisata l’essenza stessa del processo: esso muterebbe «da fatto dialettico in fatto obbligatoriamente cooperativo» (O. DOMINIONI, *L’imputato tra protagonismo dell’accusa e subalternità della difesa*, in *Arch. pen.*, 1982, p. 78).

Terreno privilegiato sul quale possa aversi contrapposizione dialogica in sede di processo penale rimane irrimediabilmente la prova dichiarativa¹⁹ e, in particolare, la testimonianza²⁰.

Questa, assunta tramite l'esame incrociato – tecnica, come noto, di derivazione anglosassone²¹ –, rimane imprescindibile per la ri-costruzione della verità²² cui l'attività procedimentale è predisposta²³, la quale a sua volta funge da inevitabile presupposto per decidere quale legge dover applicare nel caso concreto²⁴.

La decisione del giudice non si fonda, in linea di principio, su atti ottenuti unilateralmente, ma su elementi formati nel contraddittorio (cioè, con riguardo alla prova testimoniale, su elementi conseguiti – come regola generale – attraverso la *cross examination*), perché è questa continua dinamica incontro-scontro tra accusa e difesa davanti ad un giudice «terzo e imparziale» che, con le sue capacità maieutiche, consente di ricostruire la verità, (o quantomeno) «di scoprire la menzogna»²⁵.

Nella ricostruzione giudiziale del fatto, che sarà posta alla base del provvedimento cui la sequenza degli atti del procedimento è preordinata, interverranno allora tutti i

¹⁹ Anche se essa, come precisa P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, cit., p. 88, è oggi «non di rado surrogata da videoregistrazioni ed altre prove tecniche ad elevato grado di affidabilità».

²⁰ La quale rimane «la prova per eccellenza», considerando pure che «il termine *evidence* fino al XVII secolo significò prova testimoniale» (A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, cit., p. 190).

²¹ Su cui v. M. STONE, *La cross-examination* (1988), Milano, 1990; F.L. WELLMAN, *L'arte della cross examination* (1903), (a cura di) G. Frigo, Milano, 2009; J.H. WIGMORE, *Evidence in Trials at Common Law*, Boston, 1983.

²² Si rammenta come nel presente lavoro ci si riferisca sempre, come esposto *supra*, cap. I, § 4, alla verità giudiziale, tale «sia perché conseguita nel giudizio, inteso come fase processuale o 'luogo' in cui dialetticamente si realizza, sia perché derivante dal giudizio, inteso tanto come attività di ricerca degli elementi su cui si fonda una deliberazione quanto come formazione di quest'ultima, sia perché manifestata tramite il giudizio, inteso come decisione e sua definitiva pronuncia giurisdizionale» (G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, p. 129). Al riguardo v. anche ID., *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1992, p. 1 ss. E d'altronde, ormai da tempo l'idea di un sapere «incontrovertibile», «assoluto», in ambito scientifico – e soprattutto giudiziario – «si è rivelat[o] un idolo» (K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica* (1934), Torino, 1970, p. 311).

²³ Sull'esame incrociato nel diritto positivo, v. *infra*, § 3.

²⁴ Come ricorda G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 72.

²⁵ P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, cit., p. 135, dove l'Autore aggiunge che «nel processo, come altrove, spesso è decifrando le menzogne che si raggiunge la verità»; per M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., p. 159, invece, «ammettere che la *cross examination* sia efficace nella scoperta delle menzogne ... non significa che essa serva davvero a scoprire la verità».

soggetti processuali, con le loro diverse prospettive e atteggiamenti, «con la loro personalità», con ciò «influenzandone inevitabilmente il corso»²⁶.

La verità giudiziale, scaturente da questa dinamica, è configurabile, in definitiva, quale «il risultato del parallelogrammo delle forze, individuali e collettive, che interagiscono nel processo»²⁷. Questa dinamica, di cui la sentenza sarà frutto, è una caratteristica essenziale della dimensione processuale e non può che caratterizzarne, in special modo, l'istruzione probatoria.

Sono le prove che permettono la ri-costruzione del fatto nel processo ed in quanto calate in tale dimensione, la loro assunzione sconta un originario ed inevitabile margine di errore, che caratterizza tutta la dimensione processuale in quanto tale. Può a prima vista sembrarne un enorme ridimensionamento dei fini; non lo è.

Detta considerazione, piuttosto, costituisce una “presa d’atto” dei finalismi di cui può farsi carico il processo, mentre ne estromette altri che ne trascendono le possibilità. Esso ricerca un fatto che non può rivivere e deve quindi eternamente guardarsi indietro, cosicché suo vizio di origine è quello di essere «esposto al rischio di imbattersi nel volto di Medusa»²⁸. Il contraddittorio risulta di conseguenza il metodo “meno imperfetto” di quelli conosciuti, in un sistema per definizione imperfetto, irrimediabilmente umano²⁹, proprio perché ne rappresenta la fisiologia ed è capace di conformarne al meglio gli esiti.

È da questa prospettiva che può cogliersi il pericolo dell’orientamento perseguito dalla Corte costituzionale nella stagione della c.d. “svolta inquisitoria”³⁰: considerare che il rapporto sussistente tra verità e contraddittorio si configurasse quale un’indebita interferenza del secondo rispetto alla prima, quale un ostacolo alle esigenze di efficienza dell’amministrazione della giustizia³¹.

²⁶ G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, cit., p. 93, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente nel testo.

²⁷ G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, cit., p. 137.

²⁸ Volendo adoperare l’espressione, carica di significato, coniata da P. TONINI – C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014, p. 2, dove si precisa: «l’errore ricostruttivo pietrifica l’istanza accertativa e può rivelarsi esiziale».

²⁹ E «l’essenza stessa del giudizio come esperienza umana, si ammantava alla fine, nei suoi termini più insondabili, di profondo mistero»: R.E. KOSTORIS, *Giudizio (dir. proc. pen)*, p. 2.

³⁰ V. *supra*, cap. I, § 4.

³¹ ... e «la non dispersione della prova, come principio funzionale alla ricostruzione della verità, è un idolo che proprio l’art. 111 Cost. ha inteso cancellare», come non manca di notare O. MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, p. 656, rifacendosi così alla definizione – data da F. BACONE, *Nuovo organo* (1620), trad. it., Milano, 2002, p. 93-97, I, 38-44 – degli *Idola Fori* e *Idola Theatri* quali ostacoli alla conoscenza.

Si tratta di un tema riproposto³², pur se in vari termini, anche successivamente³³ nella storia del processo penale e che nega *in nuce* il valore epistemologico del contraddittorio per proporre una visione in chiave esclusivamente garantista.

In maniera segnatamente opposta³⁴, il contraddittorio è invece definibile – con una espressione tanto semplice quanto incisiva – «alleato e non nemico della verità»³⁵.

Il fondamento politico del metodo del contraddittorio non basta ad esaurirne la portata, una volta che ne sia riconosciuto l'impareggiabile valore epistemologico e di conseguenza ne sia affermata l'essenzialità nello svolgimento degli atti teleologicamente orientati alla decisione, nell'ambito di un «processo giusto»³⁶.

Il principio di separazione delle fasi, di converso, attua il proposito del legislatore di evitare che gli elementi raccolti durante la fase delle indagini, di stampo inquisitorio, “contaminino” il dibattimento.

Ciò non tanto (o non solo), quindi, perché – essendo raccolti unilateralmente – non garantiscono l'imputato di diritti da considerarsi inviolabili, quanto perché essi irrimediabilmente «inquinan[o] quanto qui ottenuto in modo epistemologicamente affidabile»³⁷, essendo dotati di una potenzialità persuasiva – in linea di principio – di gran lunga inferiore rispetto a quanto ottenuto dialetticamente in sede di giudizio, in ossequio al principio di “relativismo probatorio”³⁸.

³² «Siamo sempre di fronte agli stessi nodi: verità sostanziale-verità processuale; forma-sostanza; efficienza-garanzie» (G. SPANGHER, *Oralità, contraddittorio, aspettative di verità*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Torino, 2017, p. 30).

³³ Sull'annoso tema, nei termini in cui è stato riproposto più di recente, v. *infra*, cap. III, § 7.

³⁴ Poiché appunto, come noto nella migliore dottrina, «il metodo dialettico viene reputato dall'epistemologia contemporanea quello migliore per l'accertamento della verità degli enunciati fattuali» (G. UBERTIS, *Dialettica probatoria e terzietà del giudice (Convegno su «Ermeneutica del processo. Dialoghi tra filosofia e diritto processuale»)*, in *Jus*, III, 2017, p. 297).

³⁵ P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 92, dove l'Autore aggiunge che la scelta compiuta dalla Costituzione si motiva «non per un'esigenza difensiva potenzialmente in conflitto con la ricerca della verità, ma proprio a tutela della funzione cognitiva del processo, in una ragionevole diffidenza verso quanto si forma nell'occulto».

³⁶ L'espressione è di G.D. PISAPIA, *Appunti di procedura penale*, I, Milano, 1971, p. 17. «L'inversione tra aggettivo e nome ... sta forse ad evocare l'esigenza che i principi astratti del 'giusto processo' trovino una loro applicazione nel processo 'in concreto' giusto» (G. UBERTIS, *Garanzie giurisdizionali e giurisprudenza costituzionale* (1996), in ID., *Verso un "giusto processo" penale*, Torino, 1997, p. 28).

³⁷ R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, cit., p. 29. L'Autrice aggiunge che soltanto «con la modifica dell'art. 111 Cost., che ha dato tutela costituzionale ai principi del giusto processo», dopo che esso aveva faticato ad essere accettato così come previsto già in origine nelle intenzioni del codice del 1988, «si è ristabilita la tendenziale separazione delle fasi e il dibattimento è tornato ad essere – almeno nelle intenzioni – la sede privilegiata di formazione della prova utilizzabile per la decisione (quantomeno per il rito ordinario)» (*ivi*, p. 32-33).

³⁸ Nell'impostazione codicistica, infatti, «l'esistenza dell'esperimento probatorio non implica una sua efficacia senza limiti poiché quest'ultima dipende appunto dalle modalità del suo compimento e può

Quanto più controllato è il metodo con cui l'elemento di prova è ottenuto, tanto più è attendibile il risultato probatorio conseguente: ed il contraddittorio è – tutt'ora – il metodo di verifica delle asserzioni qualitativamente migliore³⁹.

Risulta quindi chiaro il motivo per cui il legislatore del 1989 abbia inteso configurare il dibattimento – almeno in linea di principio – con i suoi principi ispiratori di matrice accusatoria e le loro molteplici “interazioni”, quale *locus* deputato alla formazione della prova: questi ha ritenuto che solo in detta sede il confronto dialettico – quale poi “cristallizzato” all'art. 111 comma 4 primo periodo Cost. – potesse trovare attuazione.

2. I principi del dibattimento nel giudizio di primo grado.

Il dibattimento⁴⁰ è – dell'intero processo – la fase che desta maggior attenzione, poiché costituisce “l'archetipo” delle scelte di valore compiute da un ordinamento processuale⁴¹.

pertanto riguardare diversi ambiti soggettivi, procedurali od oggettivi. Un dato conoscitivo acquisito senza l'osservanza del canone della dialetticità rispetto a tutti gli interessati ha una potenzialità persuasiva inoperante»: G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 69.

³⁹ Sul punto v. pure, tra gli altri, P. TONINI – C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 59, secondo cui «sull'accertamento del fatto incide ... la qualità del controllo effettuato, e cioè il contraddittorio».

⁴⁰ Su cui, v. E. AMODIO, *Il dibattimento nel nuovo rito accusatorio*, in *Giust. pen.*, 1989, III, 580 ss.; P. FERRUA, *Giustizia del processo e giustizia della decisione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 1201 ss.; G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso – V. Grevi, Padova, 2016, p. 797 ss.; ID., *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, in *Foro it.*, 1988, V, c. 357; R.E. KOSTORIS, *Giudizio (dir. proc. pen.)*, cit., p. 1 ss.; D. SIRACUSANO, *Dibattimento: I) dibattimento penale*, in *Enc. giur. Treccani*, X, 1988, p. 1 ss.; G. UBERTIS, *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, in *D. disc. pen.*, III, Torino, 1989, p. 453 ss.; ID., *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, *ivi*, V, 1991, p. 521 ss. Anche se più risalente, v. pure l'importante contributo di G. FOSCHINI, *Dibattimento: a) dir. proc. pen.*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 342 ss.

⁴¹ Cfr. P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia* (1950), in *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, I, Napoli, 1965, p. 572, dove l'Autore sostiene che la struttura del processo dipende non tanto dal rapporto che vi è sotteso, quanto piuttosto dallo scopo che gli si assegna, cioè da «scelte di valore». Infatti, salvo non siano le parti stesse a rinunciare ad esso per optare per uno dei riti alternativi previsti, «ogni condanna presuppone inmancabilmente le garanzie insite nello svolgimento del dibattimento» (G. FOSCHINI, *Dibattimento: a) dir. proc. pen.*, cit., p. 342). Invero, la centralità della fase dibattimentale, in ordine alla comprensione dei principi informatori della disciplina, non concerne affatto la «centralità 'statistica' del dibattimento», che è venuta meno, considerando la previsione del legislatore del 1988 di un ampio catalogo di riti alternativi, e la parallela intenzione di riservare il dibattimento ad un numero limitato di processi, ma è da intendersi in riferimento al «terreno qualitativo ... ai fini della qualificazione accusatoria del nuovo processo» (V. GREVI – G. NEPPI MODONA, *Introduzione al progetto preliminare del codice del 1988*, in G. CONSO – V. GREVI – G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. IV, Padova, 1989, p. 88).

Da sempre se ne esalta anche la componente della spettacolarità poiché «in esso trovano la massima estrinsecazione i caratteri tipici del ‘duello’ giudiziario»⁴² cosicché spesso diventa «anche teatro ... talvolta a forte effetto psicodrammatico»⁴³.

Nella prospettiva per la quale si consideri che la verità sorga dallo scontro anzidetto tra le tesi propuginate da entrambe le parti, è infatti qui che il legislatore “disegna” la cornice processuale in cui detta pratica possa aspirare a ricostruire, in maniera qualitativamente migliore, la verità⁴⁴; è il dibattimento il *locus* deputato al fondamentale contesto di ricerca⁴⁵, anello imprescindibile della rigorosa sequenza giudiziaria.

Il processo stesso è d'altronde *actus trium personarum*⁴⁶, come scenicamente si evince già dal disposto dell'art. 146 norme att. c.p.p. per il quale «nelle aule di udienza per il dibattimento, i banchi riservati al pubblico ministero e ai difensori sono posti allo stesso livello di fronte all'organo giudicante».

Esso si presenta, strutturalmente, come un complesso di attività ordinate cronologicamente, secondo una sequenza logica, in fasi successive e coordinate⁴⁷: dopo la verifica della costituzione delle parti e l'esame delle questioni preliminari, la sua apertura avviene con la dichiarazione del presidente di cui all'art. 492 comma 1 c.p.p.,

⁴² G. UBERTIS, *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, cit., p. 454.

⁴³ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 925.

⁴⁴ Come precisa G. UBERTIS, *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, cit., p. 522, nell'assetto codicistico «proprio perché si riconosce che lo strumento legalmente impiegato in dibattimento per ottenere la conoscenza giudiziale è considerato ... quale prova per antonomasia, l'opzione di richiedere (o di consentire a) un rito differenziato ... sarà ragionevolmente giustificata per l'imputato solo quando ritenga che quanto raccolto dal pubblico ministero durante le indagini preliminari non potrà che essere sostanzialmente confermato da ciò che emergerebbe nel corso dell'istruzione dibattimentale».

⁴⁵ Sul punto, v. G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 79-80, che rileva come in ambito giudiziario la distinzione tra *context of discovery* e *context of justification* si articola in quattro sequenze legate tra loro da un nesso dialettico: «contesto di scoperta e formulazione dell'ipotesi (è il momento dell'istruzione 'primaria', in cui, peraltro, se il suo risultato è 'ipotesi' per il giudice, per la parte che formula è già 'decisione': non a caso si è sostenuto che, per chi attiva il processo, la 'domanda' equivale al 'modello' dell'auspicata sentenza); contesto di ricerca (è il momento dell'istruzione probatoria o 'secondaria' ... davanti al giudice); contesto di decisione; contesto di giustificazione». V. pure, con qualche differenza, R.E. KOSTORIS, *Giudizio (dir. proc. pen.)*, cit., p. 2, per cui «potremmo parlare di un 'contesto di giustificazione', per indicare il complesso delle attività di verifica dell'ipotesi accusatoria ... che si svilupperebbe attraverso l'attività di ammissione, assunzione e valutazione delle prove»; l'Autore sostiene che chiarire il collegamento tra i vari contesti è «da ribadire nel momento in cui il legislatore del 1992 ha inopinatamente alterato questo rapporto 'naturale' del processo» immettendo con funzione probatoria e quindi nel contesto 'di ricerca' elementi raccolti nel diverso contesto di 'scoperta'» (*ivi*, p. 2); M. TARUFFO, *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., Roma, vol. XVI, 1997, p. 7.

⁴⁶ Così come lo stesso «contraddittorio richiede almeno due locutori, davanti a qualcuno che li regoli: e presuppone agonisti equivalenti; vince l'ipotesi migliore» (F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 887).

⁴⁷ Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1987, p. 690; G. UBERTIS, *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, cit., p. 455.

con cui formalmente si riconosce l'inizio dell'attività volta alla verifica dell'ipotesi accusatoria, e si conclude con la dichiarazione formale di chiusura di cui all'art. 524 c.p.p., cui segue il cosiddetto postdibattimento, finalizzato a definire la vicenda processuale di primo grado.

La fase dibattimentale è ispirata, come già accennato nel ripercorrere le origini del nostro codice⁴⁸, a principi tipici⁴⁹ del sistema accusatorio: il contraddittorio, l'oralità, l'immediatezza, la pubblicità⁵⁰, la concentrazione⁵¹.

Si tratta di criteri che si osservano come idealmente separati, così da poterne cogliere l'autonomia concettuale, ma che vanno «intesi non come distinti in assoluto, bensì come dialetticamente connessi e reciprocamente condizionanti»⁵².

E d'altronde nei meccanismi processuali «in cui tutto si tiene o si deve tenere per costituire il sistema»⁵³ essi sono inseriti all'interno della dinamica processuale cui – con i loro intrecciati rapporti – partecipano, condizionandone gli esiti ed assumendo senso l'uno in relazione all'altro.

Viceversa, obliterare l'immane «relazionalità» insita in ogni principio ed istituto esporrebbe al rischio di non comprenderne alcuno nella sua fisionomia ed il procedimento verrebbe così inteso non come una sequenza regolamentata di atti preordinati ad uno scopo, ma «in una ridotta dimensione fenomenica, quale *insieme slegato* [corsivo nostro] di atti di cui, invece che la logicità formale, sarebbe dato cogliere solo il tecnicismo e il formalismo»⁵⁴.

⁴⁸ V. *supra*, cap. I, § 2-3.

⁴⁹ Ad essi non vanno aggiunti né il principio dispositivo, né il principio di non regressione ad una fase antecedente allorquando si fosse giunti validamente alla fase del giudizio, il quale attiene ai criteri fondamentali del processo e non del dibattimento: cfr. G. UBERTIS, *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, cit., p. 527, nota 21.

⁵⁰ Salvo alcune (necessarie) limitazioni previste dai commi successivi, infatti, ex art. 471 comma 1 c.p.p. «l'udienza è pubblica a pena di nullità». Tale pubblicità può essere «immediata» o «mediata», comportando la prima che il «quisque de populo» possa assistere «personalmente alla celebrazione del dibattimento» e la seconda che la conoscenza degli atti si ottenga «attraverso mezzi di comunicazione collettiva»: G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 161.

⁵¹ Che è «finalizzato ad assicurare 'che la decisione rispecchi fedelmente le risultanze del dibattito, in unità di tempo e di contesto'» (G. UBERTIS, *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, cit., p. 461). L'Autore ne esamina quindi il duplice profilo spaziale e temporale. Il principio, nel seguente lavoro, sarà analizzato in relazione ai problemi epistemologici scaturenti – in concreto – anche dal suo non rispetto. Sul punto v. *infra*, cap. IV, § 7.

⁵² G. UBERTIS, *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, cit., p. 455.

⁵³ G. SPANGHER, *Oralità, contraddittorio, aspettative di verità*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Torino, 2017, p. 28.

⁵⁴ D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, p. 10. Bisogna tener presente, dunque, per comprendere realmente il fenomeno processuale, che «eccezion fatta per i riti alternativi al

Si è detto che l'ispirazione al metodo del contraddittorio nel processo penale permette di attuare istanze liberal-democratiche in un contesto in cui la disparità istituzionale tra le parti rimane inevitabile, cosicché esso comporta pure determinati diritti di partecipazione in capo all'imputato, in modo da riequilibrarne le posizioni.

La modifica dell'art. 111 Cost., però, elevando questa esigenza al rango costituzionale ne ha ribadito la già nota portata epistemologica⁵⁵, confermando, nonostante precedenti prassi distorsive⁵⁶, come esso sia il metodo migliore per la ricerca della verità. Di converso, i principi del contraddittorio, dell'immediatezza, dell'oralità, della pubblicità e della concentrazione non posseggono valore tanto in se stessi, quanto nella loro *strumentalità* allo scopo del processo⁵⁷. Nell'intreccio delle loro relazioni, essi condizionano la ricostruzione processuale e ne conformano quindi la conoscenza, così da condizionarne l'epilogo.

I criteri informatori del dibattimento assicurano quindi "la correttezza del risultato", combinandosi tra loro e delineando un sistema che esalti "l'umanità" stessa del processo: quell'incontro delle personalità che concorrono a forgiare la decisione del giudice.

Precipuo valore, ai fini della nostra analisi, assume l'ispirazione del dibattimento ai due criteri dell'oralità e dell'immediatezza.

L'oralità⁵⁸ è garanzia da tener distinta dal contraddittorio, ma a quest'ultima strettamente collegata⁵⁹. Essa non viene menzionata, però, né nella Costituzione né nel codice di rito, nonostante nelle intenzioni del legislatore fosse il «metodo orale» a

dibattimento», lo stesso «giudizio finale non sorge all'improvviso, come un fatto isolato, avulso da quanto lo precede: una serie di attività e di giudizi 'parziali', 'settoriali' serve in vario modo a 'prepararlo', ad avviarne gradualmente la soluzione» (R.E. KOSTORIS, *Giudizio (dir. proc. pen.)*, cit., p. 2). Sui 'contesti' in cui si articola la sequenza giudiziaria, v. *supra*, nota 45.

⁵⁵ Il principio del contraddittorio, cioè, esprime una scelta sia gnoseologica che etico-politica: cfr. le riflessioni di F. CORDERO, *Diatrube sul processo accusatorio*, cit., p. 218 ss. Sul punto, più ampiamente, v. *supra*, § 1.

⁵⁶ V. *supra*, cap. I, § 4.

⁵⁷ Tra gli altri, v. P. TONINI – C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 136.

⁵⁸ M. DEGANELLO, *Oralità (principio della)*, in *D. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, p. 15 ss.; P. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano, 1981, p. 279 ss.; G. UBERTIS, *Dibattimento (principi del)*, cit., p. 463 ss.; C. VOCINO, *Oralità nel processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXX, 1980, p. 592 ss.

⁵⁹ P. FERRUA, *Oralità e contraddittorio nel quadro delle garanzie costituzionali: giurisprudenza delle Corti europee e fraintendimenti della Corte costituzionale*, in *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Milano, 2012, p. 161.

costituire, come previsto dalla legge-delega c.p.p.⁶⁰, l'architrave del nuovo processo di stampo accusatorio e ad identificare nel dibattimento la fase centrale del processo.

Può inizialmente stupire che raggiungere una definizione del suddetto principio possa risultare – per quanto concerne la scienza processuale penale – piuttosto difficile; in realtà la *carica polisemantica* del termine “oralità” ne costituisce caratteristica storicamente peculiare⁶¹. Di essa infatti sono state date, in dottrina, almeno due definizioni: per una prima accezione⁶² (cosiddetta oralità *in senso ampio*), i cui natali sono da rinvenirsi nella dottrina processualciviltistica, il canone dell'oralità sarebbe strettamente collegato ai principi di immediatezza e di concentrazione poiché costituirebbe un'espressione “di sintesi”, per «esprimere con una formula semplice e rappresentativa un complesso di idee e caratteri» di cui diverrebbe quindi «simbolo»⁶³.

Per questa dottrina, il termine “oralità” indicherebbe un tipo di processo caratterizzato dall'immediatezza dei rapporti tra il giudice che decide e le fonti di prova, così da essere talmente correlato al principio del contraddittorio da risultare imprescindibile per esso e da condizionarne l'operatività.

In tal modo l'oralità intesa nella cosiddetta concezione chiovendiana sarebbe strettamente correlata all'istituto della testimonianza, mezzo di prova “ideale” poiché nella sua assunzione il principio (sostanzialmente unico) di oralità-immediatezza trova la massima esaltazione⁶⁴.

“Oralità” diviene ‘espressione sintetica’, comprensiva degli altri canoni del dibattimento, i quali sono da considerarsi inseparabili da essa⁶⁵.

⁶⁰ V. *supra*, cap. I, § 2.

⁶¹ Cfr. S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Uberti - G.P. Voena, XXXIII.2, Milano, 2000, p. 3 ss.

⁶² Cfr. soprattutto lo storico contributo di G. CHIOVENDA, *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopoguerra*, in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, vol. II, Roma, 1931, p. 27 ss.; nonché, per la dottrina processualpenalistica, v. F. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, p. 146 ss.; F. CORDERO, *Scrittura e oralità nel rito probatorio*, in *Studi in onore di F. Antolisei*, vol. I, Milano, 1965, p. 313; C. MASSA, *Il principio dell'immediatezza processuale*, in *Studi in onore di B. Petrocelli*, vol. II, Milano, 1972, p. 1121.

⁶³ P. CALAMANDREI, *Oralità nel processo*, in *Nuovo D. it.*, vol. IX, Torino, 1939, p. 178, da cui è tratta anche la precedente citazione.

⁶⁴ Poiché è la testimonianza che «fra tutti i mezzi di prova ... più sente i vantaggi dell'oralità» (G. CHIOVENDA, *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopoguerra*, cit., p. 28).

⁶⁵ L'espressione di sintesi “oralità” viene quindi adoperata per indicare la «presenza contestuale degli interlocutori e quindi [l'] immediato susseguirsi senza intervalli e senza intermediazioni delle domande e delle risposte» (P. CALAMANDREI, *Oralità nel processo*, cit., p. 179).

Ne consegue che, per il rispetto dell'oralità in senso ampio, nel processo tra giudice e fonti di prova non debba interpersi niente, come ad esempio le scritture che documentano le indagini. Il criterio dell'oralità sarebbe così rispettato solo quando il soggetto depone "a viva voce" dinanzi al giudice incaricato della decisione finale⁶⁶.

Invero, bisogna considerare due ordini di questioni.

In primis, che il principio di oralità, qui inteso in senso antitetico rispetto alla scrittura, sia andato incontro anche a «eccessi e mitizzazioni»⁶⁷ nel corso della storia: basti pensare alle esasperazioni dovute al totale ripudio della scrittura durante il periodo della Rivoluzione francese, che avevano addirittura portato al divieto di verbalizzazione delle deposizioni testimoniali per evitare qualsiasi pregiudizio al libero convincimento del *jury de jugement* ⁶⁸.

In secundis, in un'ottica non di ricostruzione storica, bensì di chiarezza espositiva e sostanziale, il riferimento all'oralità *in senso ampio* finisce per relegare l'oralità a principio dai contorni indefiniti e quindi mai considerabile né definibile isolatamente, sortendo l'effetto di moltiplicarne le esigenze definitorie⁶⁹.

Esso si inserisce nella dinamica processuale, in cui il fulcro delle garanzie – sia etico-politiche che epistemiche – rimane rivestito dal contraddittorio e sembra condizionarne oltremodo le possibilità e la superiorità epistemologica.

Urge quindi dare del vocabolo una definizione da cui possa denotarsi una sua «specificità peculiare»⁷⁰.

⁶⁶ P. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, cit., p. 285; solo in tal modo, aggiunge l'Autore, l'oralità agevola «il controllo del giudice sulla veridicità delle dichiarazioni», tramite «la possibilità di contestare immediatamente ogni antinomia od ambiguità contenuta nella deposizione e, soprattutto, di osservare il contegno» (*ivi*, p. 287).

⁶⁷ Come ricorda M. DEGANELLO, *Oralità (principio della)*, cit., p. 17, pur se l'Autore ritiene che «in un'ottica che privilegi l'accusatorietà il canone dell'oralità non possa esprimersi che attraverso le modalità 'forti'» (*ivi*, p. 19).

⁶⁸ P. FERRUA, *La testimonianza nell'evoluzione del processo penale italiano* (1990), in *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 87. Nell'ottica di attuare un sistema accusatorio "puro", cioè, «l'unica deroga all'oralità della procedura», come aggiunge ID., *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, cit., p. 20 nota 52, «si verificava nel giudizio in contumacia, durante il quale, anziché procedere all'ascolto orale dei testi, si leggevano ai giurati le deposizioni raccolte dai magistrati istruttori». Come rileva G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile* (1906), Napoli, 1965, p. 681, invece, il «principio di oralità non» implica che nel processo non possa entrare «la scrittura ... come il nome potrebbe far credere agli inesperti» poiché inevitabilmente «verbalità e scritture sono indispensabili anche nel processo orale».

⁶⁹ S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 4.

⁷⁰ G. UBERTIS, *Dibattimento (principi del)*, cit., p. 465.

A tal proposito, se nel contesto del «giusto processo» appare incontrovertibile che “nocciolo duro” delle garanzie siano almeno l'imparzialità del giudice ed il contraddittorio delle parti⁷¹, elementi strettamente collegati tra loro⁷², manca invece – è bene notarlo – una «esplicita enunciazione del principio di oralità»⁷³.

La tutela (anche) del suddetto criterio può dedursi semmai soltanto in maniera “riflessa” dal riferimento⁷⁴, sia dell'art. 111 comma 2 Cost., che dell'art. 6 comma 1 Conv. eur. dir. uomo, rispettivamente alla «ragionevole durata [del processo]» che la legge assicurerebbe ed al «termine ragionevole» quale, invece, diritto spettante ad ogni persona sottoposta a processo⁷⁵. Ed in questo contesto non può negarsi che la dilatazione dei tempi processuali si ripercuota negativamente (anche e soprattutto) sull'oralità in senso ampio.

Diviene così evidente – nonostante la lunga *vis attractiva* esercitata dalla nozione elaboratane in sede processualcivilistica – la necessità di intendere l'oralità in una seconda accezione, con ciò facendone un «impiego meno ampio e polivalente»⁷⁶: in quest'ottica il principio esige più semplicemente che «gli atti del dibattimento (specialmente quelli della fase della escussione) de[bbano] estrinsecarsi mediante la voce cosicché risultino costituiti da parole pronunciate e ascoltate»⁷⁷.

Peraltro, il termine “oralità” è assente nel dato normativo del codice del 1988, considerando che in esso manca una disposizione come quella, pur concettualmente “povera”, dell'art. 138 c.p.p. abr. (rubricato proprio «oralità degli esami e degli interrogatori»). Quest'ultimo, comunque, prescriveva: «chi è esaminato o interrogato

⁷¹ Cioè gli elementi costitutivi del *minimum standard* di tutela richiesto dalle sentenze della Corte di Strasburgo: sul punto, v. G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2009, p. 80.

⁷² Poiché «la garanzia effettiva e indeclinabile dell'imparzialità del giudice ... è il contraddittorio tra le parti» (F. CARNELUTTI, *La malattia del processo penale italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, p. 7). Sul punto, v. anche *supra*, cap. I, § 5 e 6.

⁷³ V. DENTI, *Oralità I) Principio dell'oralità – Dir. proc. civ.*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 9.

⁷⁴ S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 51-52.

⁷⁵ Per un'analisi del principio della ragionevole durata, in special modo in relazione ai suoi rapporti con il principio di immediatezza o, più precisamente con il canone dell'immutabilità del giudice, v. *infra*, cap. III, § 7.

⁷⁶ S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 54, dove l'Autrice rileva: «si seguita a far riferimento al paradigma chiovendiano dell'oralità, predisposto in sede processualcivilistica, consapevoli, però, di non potere e/o di non volere mettere in pratica quel modello originario; c'è il rischio, in questo modo di sprofondare in uno stato di frustrazione che lascia sconfitti e delusi».

⁷⁷ G. FOSCHINI, *Il dibattimento penale di primo grado*, Milano, 1964, p. 21, come riportata da G. UBERTIS, *Dibattimento (principi del)*, cit., p. 465. Dello stesso orientamento S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 55; R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, cit., p. 19.

deve rispondere oralmente, e non gli è consentito di leggere dichiarazioni scritte» e dalla disposizione pareva e pare tutt'ora appunto difficile ricavare una portata del principio più estesa rispetto a quella più vicina al significato etimologico del termine.

Certo, nel dibattito il canone dell'oralità, anche in questa accezione più ristretta, assume un'importanza peculiare; ma questo pare doversi addurre più al fatto che la prova di maggior rilievo di cui il processo ancora oggi possa disporre per la ricostruzione dei fatti sia quella dichiarativa, cosicché nella assunzione di quest'ultima l'impiego della voce sembra costituisca «non tanto un principio richiesto per la sua formazione, bensì una sua caratteristica intrinseca»⁷⁸.

E d'altronde il contraddittorio potrebbe pure esprimersi in forma cartolare, senza con questo voler negare che l'assenza di un canone come l'oralità non ne condizioni in tal guisa le capacità poietiche; ma sempre di contraddittorio si tratterebbe. E non si può non considerare che sia questo metodo, non l'oralità, a doversi ritenere indefettibile⁷⁹, a maggior ragione poiché è previsto quale espressa garanzia costituzionale⁸⁰.

Così, a rigore, la lettura dei verbali⁸¹, tipicamente intesa come deroga al principio di cui si tratta qualora esso fosse inteso come “espressione di sintesi”, rappresenta invece un'eccezione non al canone dell'oralità, ma al differente principio di immediatezza⁸².

⁷⁸ Come sostiene R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, cit., p. 19, per cui «in conclusione, solo l'intervento dialettico delle parti dinanzi ad un giudice terzo e imparziale (che potrà anche essere diverso da quello chiamato a decidere) costituisce il nucleo minimo e indefettibile affinché l'esperienza dichiarativa produca una conoscenza affidabile» (ivi, p. 21). Sul punto, v., ampiamente, *infra*, cap. III, § 2.

⁷⁹ «Se il contraddittorio tra le parti, la parità delle armi, la terzietà del giudice e la ragionevole durata del processo rientrano indubbiamente tra i requisiti indiscutibili di un giusto processo ... la medesima relazione inclusiva non può essere affermata per i principi di oralità, concentrazione e immediatezza» (G. UBERTIS, *La previsione del giusto processo secondo la "Commissione bicamerale"* (1998), in ID., *Argomenti di procedura penale*, Milano, 2002, p. 30., p. 30).

⁸⁰ Infatti «l'addio all'oralità pienamente intesa, con il suo corredo di immediatezza e continuità, tende sempre più ad essere accettata come il minore dei mali, mentre non si può transigere ... sulla tutela del contraddittorio» (G. CONSO, *Conclusioni*, in *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Milano, 1996, p. 269). V. pure V. GREVI, *Processo penale e riforme costituzionali nel cammino della Commissione bicamerale*, in *Pol. dir.*, 1998, p. 154, dove l'Autore sostiene che è il contraddittorio che rimane «garanzia costituzionale imprescindibile per la correttezza dell'esercizio della giurisdizione».

⁸¹ Tralasciando, in questo momento, le modalità di formazione unilaterale e dialettica dell'atto il cui verbale è letto. Infatti, laddove l'atto fosse unilateralmente formato, la deroga riguarderebbe anche e soprattutto il contraddittorio: sul punto, v. *infra*, § 6.

⁸² Poiché «la lettura è la forma con la quale taluni atti scritti del processo diventano orali» per A. CRISTIANI, *Letture vietate e libero convincimento del giudice*, 1964, p. 645, come riportato adesivamente da G. UBERTIS, *Dibattimento (principi del)*, cit., p. 465. Nello stesso senso, v. anche R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, cit., p. 19; V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. IV, Torino, 1972, p. 453; A. SANTORO, *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, 1954, p. 570.

In tale lettura, la perifrasi «metodo orale» di cui all'art. 2 n. 2 legge-delega c.p.p., assurge ad un richiamo al *metodo* di conoscenza, piuttosto che ad una mera “oralizzazione” del processo, e quindi al contraddittorio, inteso come «necessità insopprimibile di passare al setaccio gli apporti conoscitivi delle parti»⁸³ nella dimensione processuale.

Il principio di immediatezza – che in tale ottica assume una sua autonomia concettuale – in una sua prima accezione garantisce, invece, che il libero convincimento del giudice «si formi attraverso un'acquisizione probatoria avvenuta al suo cospetto, senza l'operare di intermediari riguardo alla rappresentazione che dell'avvenimento oggetto del processo venga offerta dalle fonti di prova e dalle stesse parti»⁸⁴, in modo tale che la ricostruzione fattuale posta alla base del provvedimento del giudice consegua a quella «completa esperienza e [a] quel completo impegno che è essenziale affinché il dibattimento risponda alla sua stessa ragione di essere»⁸⁵.

Il canone in tal modo tende ad «assicurare la genuinità della prova, che si corrompe tramandandosi»⁸⁶ ed assume valenza epistemologica peculiare in relazione alla prova dichiarativa, essendo funzionale all'attuazione del principio del contraddittorio, in tal modo legandosi alla tecnica della *cross examination*⁸⁷.

Pur se sistematicamente correlata alla “resa epistemica” del suddetto principio, l'esigenza, invece, che gli atti processuali si svolgano in una stretta successione temporale si fa rinvenire al diverso principio di concentrazione, salvaguardato pure dalla previsione dell'art. 477 c.p.p. che, per quanto concerne la sua dimensione temporale tende ad assicurare l'efficacia stessa del dibattimento così assicurandogli «l'ordine, la coerenza e l'unità»⁸⁸.

Pertanto, il principio di immediatezza è funzionale anche alla garanzia, per le parti, cui nella disciplina codicistica si assegnano ampi poteri in relazione alla materia della

⁸³ «Se dire, infatti, che ‘il dibattimento ... è incentrato sull'oralità è dire troppo poco’, avvertire che è imperniato sul metodo orale è dire quasi tutto: ... [i]l contraddittorio è riuscito a non subire le involuzioni patite, invece, dall'oralità» (S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 56).

⁸⁴ G. UBERTIS, *Dibattimento (principi del)*, cit., p. 462.

⁸⁵ G. FOSCHINI, *Dibattimento: a) dir. proc. pen.*, cit., p. 346-347.

⁸⁶ I. CALAMANDREI, *Immediatezza (principio di)*, cit., p. 149.

⁸⁷ V. *infra*, § 3.

⁸⁸ G. FOSCHINI, *Dibattimento: a) dir. proc. pen.*, cit., p. 345.

prova, di essere in grado di percepire direttamente i dati emergenti dal processo e di poter avere personalmente un rapporto sia col giudice, sia reciprocamente tra loro⁸⁹.

In una terza prospettiva, il principio si rivolge all'assenza di intermediazioni tra prova e pubblico⁹⁰, poiché il rispetto del criterio in questione rende effettivo il controllo da parte dell'opinione pubblica sull'operato dei giudici.

Il criterio dell'immediatezza connota in maniera peculiare lo svolgimento del dibattimento, implicando il contatto diretto del materiale probatorio ed i soggetti processuali, con ciò concorrendo a configurare una modalità ben precisa di manifestazione del contraddittorio. Contatto diretto tutelato pure dal disposto dell'art. 525 comma 1 c.p.p. che, salvaguardando l'immediatezza processuale in rapporto alla disciplina in tema di delibera della sentenza, prescrive che questa debba essere emanata subito dopo la chiusura del dibattimento: «chi decide deve mantenere impressioni vive, non ricordi sbiaditi, anche se il dibattimento potrà essersi protratto per più udienze»⁹¹.

Dall'immediatezza derivano, quali corollari, sia il divieto di delegabilità degli atti del dibattimento⁹², che, soprattutto, tradizionalmente, il cosiddetto principio di immutabilità del giudice⁹³ il quale richiede l'identità tra il giudice che assume la prova e quello che decide⁹⁴. Invero, si tratta di un principio non nuovo, già sancito nell'art. 472 comma 2 c.p.p. abr.⁹⁵ e trasposto quasi letteralmente nell'art. 525 comma 2 c.p.p., che –

⁸⁹ Così C. MASSA, *Il principio dell'immediatezza processuale*, cit., p. 1130 ss.; G. UBERTIS, *Dibattimento (principi del)*, cit., p. 463.

⁹⁰ I. CALAMANDREI, *Immediatezza (principio di)*, cit., p. 150.

⁹¹ R.E. KOSTORIS *Giudizio (dir. proc. pen.)*, cit., p. 5.

⁹² Il quale comporta che «in ogni caso, e quindi anche nella ipotesi nella quale alcuni atti non potrebbero svolgersi nel normale luogo della udienza, allora – fuori di ogni possibilità di delegare ad altri giudici il compimento dell'atto – dovrà l'udienza stessa spostarsi nel luogo nel quale è possibile compiere l'atto» (G. FOSCHINI, *Dibattimento: a) dir. proc. pen.*, cit., p. 347).

⁹³ Sul suddetto principio, v. *infra*, cap. III, § 1 e 2.

⁹⁴ Così M. CAPPELLETI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962, p. 127; D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 217 ss.; P. RENON, *Mutamento del giudice dibattimentale e rinnovazione del dibattimento*, Torino, 2008, p. 3 ss.; P. TONINI – C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 134; G. UBERTIS, *Dibattimento (principi del)*, cit., p. 463. Sulla relazione che lega il modello di processo orale e il canone dell'identità fisica del giudice del dibattimento con il giudice che decide, per i sostenitori dell'oralità “in senso ampio”, v. P. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, cit., p. 283, che precisa come l'oralità-immediatezza, in detta concezione, richieda indefettibilmente per una compiuta realizzazione, la «c.d. immediatezza in senso spaziale» e la «c.d. immediatezza in senso temporale o concentrazione». In giurisprudenza, per la considerazione che il canone dell'immutabilità consista in una concreta attuazione del principio di immediatezza, fra le altre, v. C. cost., sent. 9 marzo 2007 n. 67, in *Giur. cost.*, 2007, p. 662 ss., con nota di P. RENON, *Verso una soluzione «costituzionalmente orientata» in materia di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale disposta a seguito di mutamento del giudice*. Sul tema, v., ampiamente, *infra*, cap. III, § 1 e 2.

⁹⁵ Sul punto, v. A. NAPPI, *Commento all'art. 472 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, diretto da G. Conso e V. Grevi, Milano, 1987, p. 1244 ss.

prevedendo la nullità assoluta in caso di trasgressione, con questo invece innovando rispetto alla previgente disciplina – sancisce che i giudici che deliberano la sentenza debbano coincidere con i giudici *persona fisica* che hanno partecipato al dibattimento⁹⁶, concretamente attuando così il principio di immediatezza.

Invero, l'esigenza che la prova, soprattutto quella dichiarativa, sia assunta dal giudice che poi deciderà sulla causa, assume valenza peculiare per la resa epistemica del contraddittorio poiché il canone assume una funzione di «'ponte' tra le due fasi»⁹⁷, cioè tra quella dibattimentale e quella del post-dibattimento, in una prospettiva che le considera quali dialetticamente connesse e che suppone che il convincimento del giudice si sviluppi e maturi man mano che ci si avvicini alla conclusione dell'istruzione probatoria⁹⁸.

3. La prova dichiarativa e l'esame incrociato nel diritto positivo.

L'inevitabile centralità della prova dichiarativa, ed in particolare della testimonianza⁹⁹, nel sistema processuale risulta evidente già dalla collocazione sistematica della relativa disciplina – per quanto concerne i suoi profili statici – all'interno del libro III c.p.p., subito dopo le «Disposizioni generali» in materia di prova, e dall'importanza ad essa attribuita nell'ambito del libro VII dedicato al giudizio, dove è regolato invece lo svolgimento dell'escussione della fonte di prova personale in dibattimento e sono dettati i criteri di utilizzazione delle relative risultanze.

⁹⁶ Per il tema del mutamento dell'organo giudicante e della rinnovazione dibattimentale, soprattutto alla luce delle altre garanzie da rispettarsi in sede di processo penale, v. *infra*, cap. III, § 3 ss.

⁹⁷ P. RENON, *Mutamento del giudice dibattimentale e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 5. Sul punto, v. *infra*, cap. III, § 1.

⁹⁸ Cfr. R.E. KOSTORIS, *Giudizio (dir. proc. pen.)*, cit., p. 5. Sul punto, v. pure *infra*, § 3.

⁹⁹ Cfr. M. BARGIS, *Testimonianza (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg., II, t. 1, Milano, 2008, p. 1097 ss.; C. DI MARTINO, *Prova testimoniale II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 1991, p. 1 ss.; C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, Torino, 2007, p. 305 ss. Come chiarisce G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 82-83, l'«elemento di prova» è «ciò che, introdotto nel procedimento, può essere utilizzato quale fondamento della successiva inferenza», nel nostro caso la dichiarazione testimoniale; «fonte di prova» è «il soggetto o l'oggetto da cui può derivare almeno un elemento di prova», ovvero il teste; l'attività «attraverso cui» viene introdotto nel procedimento un elemento di prova è il «mezzo di prova», la testimonianza».

Il processo penale, da sempre incentrato sulla modalità dialogica, conosce pure – e non potrebbe essere altrimenti – altri tipi di prove, come quella documentale¹⁰⁰, ma sono quelle dichiarative¹⁰¹ a rimanere le più importanti per la ricostruzione dei fatti, semplicemente perché «la testimonianza è il modo più ovvio di ricordare e ricostruire gli eventi umani»¹⁰² ed essa si esplica nella maniera più conforme alla stessa dinamica processuale, cioè «attraverso la forza dell'atto comunicativo, che tradizionalmente rappresenta lo strumento di base della nostra vita di relazione»¹⁰³, in maniera immediatamente percepibile ai soggetti cui è diretta.

Non definita dal nostro legislatore quasi ne presupponga il concetto¹⁰⁴, la dichiarazione testimoniale è identificabile come una narrazione relativa a conoscenze, o – meglio – esperienze¹⁰⁵, acquisite da parte di colui che le rende e diretta al giudice, concernente i “fatti” che costituiscono oggetto di prova (con un implicito rinvio all'art. 187 c.p.p. dell'art. 194 comma 1 c.p.p.) e che potrà essere utilizzata dallo stesso giudice

¹⁰⁰ Come osserva già E. FLORIAN, *Delle prove penali*, a cura di P. Fredas, Milano-Varese, 1961, p. 326, «i documenti nel processo penale hanno minore importanza che nel processo civile: questo, dati i rapporti dedottivi, è un processo prevalentemente di documenti; quello dati i fatti che si dibattono, si giova prevalentemente di prove orali». Nel processo penale infatti si decide non sull'«avere», ma sull'«essere», sul futuro di un uomo: F. CARNELUTTI, *Cenerentola*, in *Questioni sul processo penale*, Bologna, 1950, p. 7.

¹⁰¹ Come nota G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 104, sostanzialmente, già con la stessa espressione “assunzione” «si designano fenomeni diversi, in relazione alla circostanza che la prova cui ci si riferisce sia preconstituita oppure costituenda; l'“assunzione”, infatti, nella prima eventualità concerne le attività di ricerca (quando necessaria) e apprensione ... di una fonte di prova, mentre nella seconda coincide con la “costruzione” dell'elemento di prova».

¹⁰² E. FLORIAN, *Delle prove penali*, cit., p. 326, essa è «la prova in cui l'indagine giudiziaria si esplica con maggior energia ... di essa non si può fare a meno».

¹⁰³ F. ZAVAGLIA, *In tema di domande suggestive nell'esame testimoniale condotto dal giudice*, in *Arch. pen.*, I, 2013, p. 5.

¹⁰⁴ V. M. BARGIS, *Testimonianza (dir. proc. pen.)*, cit., p. 1.

¹⁰⁵ Termine usato da R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, cit., p. 60, dove l'Autrice chiarisce come sia impossibile riferirsi al “fatto”, poiché «il testimone non si limita a esporre il nudo fatto, così come si è presentato nella realtà, ma riferisce come questo sia stato da lui percepito e interpretato». Sul punto, v. pure L. KALB, *Ruolo delle parti e poteri del giudice nello svolgimento dell'esame testimoniale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, XII, p. 1542. Come si evince da tempo dagli studi di psicologia giuridica, sarebbe estremamente lontano dalla complessità del reale pensare che il contributo espositivo del testimone costituisca una mera riproduzione fotografica del fatto obiettivo: cfr., su tutti, L. DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel processo penale*, Padova, 2000, p. 35, che rileva: «il legislatore, evidentemente sopraffatto dall'estrema complessità, ha ritenuto di considerare la testimonianza affrontandone i soli aspetti tecnici», ma esistono plurime «cause fisiologiche, psicologiche e situazionali che incidono sulla testimonianza. La prima cosa che si è capita è che la testimonianza è sempre frutto di un lavoro di interpretazione e di ricostruzione ... un evento, per il solo fatto di essere stato percepito, viene automaticamente alterato dal “valore aggiunto” che gli impone il percettore»; ID., *Ruolo del “copione” e attendibilità della testimonianza. Prospettive interdisciplinari*, a cura di G. Ubertis, in *Dir. pen. proc.*, VIII, 1988, p. 1042 ss.; S. PRIORI, *Interferenze percettive e mnestiche nel processo di formazione della testimonianza oculare*, *ivi*, II, 2009, p. 246 ss. In un'ottica più risalente, v. pure il contributo di E. ALTAVILLA, *La psicologia giudiziaria*, Torino, 1929, p. 1 ss.

«per controllare le differenti ricostruzioni fattuali proposte e scegliere quale di esse sia preferibile, perché maggiormente confermata e non validamente confutata»¹⁰⁶.

L'apporto del teste al processo verrà quindi adoperato per la verifica della verità o meno delle asserzioni con cui le parti, antitetivamente, prospettano la ricostruzione della vicenda processuale¹⁰⁷.

Secondo la disciplina del codice abrogato¹⁰⁸, la testimonianza – la più importante delle prove di tipo dichiarativo – veniva unilateralmente assunta nella fase istruttoria.

La documentazione dell'atto confluiva poi nell'unico fascicolo del quale, una volta disposto il rinvio al dibattimento, il giudice aveva piena cognizione, con la conseguenza di una inevitabile formazione di pregiudizi da parte dello stesso, in assenza di contraddittorio. Sulla scorta di questa impostazione, il teste chiamato a deporre in udienza dibattimentale – che le parti non potevano direttamente contraddire, potendo esse soltanto per mezzo del giudice interloquire con lui – si limitava a confermare le precedenti dichiarazioni già documentate, in quella che efficacemente è stata definita in dottrina come la prassi delle «conferme»¹⁰⁹.

Evidente come risultasse totalmente svuotato di contenuto il metodo dialettico che era limitato ad una vana retorica sulla prova e come in tal guisa esso non apportasse quindi alcuna vera utilità per le conoscenze processuali relative al fatto, né alle parti stesse, né, soprattutto, al giudice, investito del compito di decidere.

Non si può obliterare, infatti, che il «*il contraddittorio serve anche e soprattutto al giudice*»¹¹⁰, poiché la prova irrimediabilmente «impregna di sé tutto il processo, vi imprime il movimento, diventa e forma la base della sentenza»¹¹¹; il processo è infatti preordinato a “ricostruire”, a comprendere, e «senza ordine non è possibile una forma corretta di conoscenza»¹¹². Nell'attuale sistema codicistico appare inevitabile, dunque,

¹⁰⁶ R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, cit., p. 61.

¹⁰⁷ Si ricordi che la prova non concerne fatti, ma asserti: sul punto v. *supra*, § 1, in particolare note 11 e 13.

¹⁰⁸ Sul punto, più in generale, v. *supra*, cap. I, § 1.

¹⁰⁹ G. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, II, Milano, 1968, p. 452.

¹¹⁰ D. SIRACUSANO, *Il giudice per le indagini preliminari tra legislazione e prassi*, in *Cass. pen.*, 2003, II, p. 685, dove l'Autore precisa: «è l'elaborazione della prova in contraddittorio che serve al giudice. È il contraddittorio, coniugato con il principio di immediatezza, che diventa una nota inconfondibile della giurisdizione. Il giudice ha bisogno del contraddittorio». Sul punto, v. anche *infra*, cap. III, § 1.

¹¹¹ E. FLORIAN, *Delle prove penali*, cit., p. 4.

¹¹² A. GIULIANI, *Prova (fil. dir.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1988, p. 521.

che il legislatore regoli in qualche maniera, coerentemente con i principi del sistema¹¹³, l'attività giudiziale orientata alla ricostruzione del fatto. Assume così particolare rilevanza, per il nostro ordinamento, tanto che il potere di indicare le prove di cui si chiede l'ammissione a sostegno della propria tesi e di quelle contrarie alla tesi antitetica sia affidato alle parti (art. 190 e 495 comma 2 c.p.p., con il potere residuale in capo al giudice di cui all'art. 507 comma 1 c.p.p. da esercitarsi «se risulta assolutamente necessario» e solo quando sia «terminata l'acquisizione delle prove» introdotte dalle parti¹¹⁴), quanto che sia rispettato il «*quomodo* dell'esperienza gnoseologica impiegata attraverso apposite *regole di assunzione probatoria*, afferenti perciò al regime delle attività stabilite per ciascun mezzo di prova»¹¹⁵.

Proprio per questo, la modalità più conforme al canone dialettico¹¹⁶, oltre che «la più 'teatrale' novità del nuovo codice ... è costituita certamente dal riconoscimento agli antagonisti del potere di escutere direttamente le fonti di prova personali»¹¹⁷.

La prova *si costruisce* nella dialettica fra le parti dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale, «cognitivamente vergine»¹¹⁸ : l'opzione per l'esame incrociato, di conseguenza, rappresenta la tecnica naturalmente migliore perché nell'escussione del

¹¹³ ... e le regole probatorie legali presentano irrimediabilmente ed in maniera peculiare il duplice profilo che connota il sistema processuale penale in tutti i suoi aspetti. In esse infatti «si riscontra un *fondamento* che può essere sia *epistemologico* (o processuale) che *politico* (o sostanziale), volta a volta prevalendo l'esigenza di determinare esplicitamente un metodo per l'attività di ricostruzione fattuale ... oppure il bisogno di salvaguardare ben precisati diritti» (G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 106). Sul punto, v. R. CASIRAGHI, *Prove vietate e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1770-1771, dove l'Autrice sottolinea che ne deriva un assunto ben preciso: «se le norme a tutela dei diritti individuali, a differenza di quelle volte a preservare la funzione euristica ... possono costituire dei limiti alla ricerca della verità, entrambe le categorie permettono la giustizia della decisione», il fine ultimo del processo.

¹¹⁴ Su cui, v. *infra*, nota 135.

¹¹⁵ G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 115. Ammissione e assunzione della prova sono, cioè, i *sub*-procedimenti che «costituiscono così la classe delle regole di *acquisizione probatoria*, per le quali la violazione dei corrispondenti divieti implica l'inutilizzabilità prevista dall'art. 191 c.p.p.» (*ivi*, p. 114-115).

¹¹⁶ Sul punto, v. F.R. DINACCI, *Regole di giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Arch. pen.*, III, 2013, p. 5, che sottolinea che «la procedura ed il sistema probatorio non costituiscono un mero strumento tecnico e come tale neutro, indipendente dai valori» perché «la disciplina della prova è diretta espressione dei principi costituzionali in quanto riflette in modo immediato le scelte ideologiche del legislatore». Pare particolarmente efficace l'osservazione di N. NICOLINI, *Della progressione logica della procedura penale*, in *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, I, Napoli, 1841, p. 5 - come riportata adesivamente da A. GIULIANI, *Prova (fil. dir.)*, cit., p. 521 -, per cui «la procedura ci dà il termometro della logica, della morale e delle istituzioni di un popolo».

¹¹⁷ G. UBERTIS, *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, cit., p. 531. V. pure G. ILLUMINATI, *Giudizio*, cit., p. 861, per cui l'esame incrociato, in generale, rappresenta «senza dubbio uno degli aspetti più caratteristici del dibattimento di tipo accusatorio, ed anche, forse, quello più immediatamente suggestivo».

¹¹⁸ R.E. KOSTORIS *Giudizio (dir. proc. pen.)*, cit., p. 5.

dichiarante condotta dalle parti dinanzi a detto giudice, al contrario di quanto avviene per una dichiarazione raccolta segretamente, «i fattori distorsivi che generalmente sfuggono alle maglie della legge o al sindacato del giudice, sono trasparenti, si compensano, si elidono, si riconoscono»¹¹⁹.

Per l'attuazione del metodo – nella struttura “cognitiva” del processo – diventa quindi fondamentale garantire che il giudice non abbia un'opinione preformata sulla vicenda¹²⁰, cosicché oltre alla *dialettica probatoria esterna* sia garantita l'effettività e genuinità anche della *dialettica probatoria interna*¹²¹, che nel *continuum* della sequenza procedimentale teleologicamente orientata permette di definire “di passo in passo” i contorni della regiudicanda durante la fase dell'istruzione dibattimentale, man mano che ci si avvicini alla sua conclusione.

La tecnica dell'esame incrociato¹²² – modellata, come noto, sull'istituto, di matrice anglosassone, della *cross examination*¹²³, e la cui attuazione era prescritta dall'art. 2 n. 73

¹¹⁹ P. FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale* (1992), in ID., *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 80. V. pure ID., *Processo penale, contraddittorio e indagini difensive* (1997), in ID., *Studi sul processo penale*, III, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997, p. 96, dove l'Autore nota che sia ormai pacifico come «un esame svolto dalle parti, che affrontano uno stesso tema probatorio secondo opposte prospettive, [abbia] senza dubbio un'efficacia euristica superiore al metodo della narrazione fluida davanti all'inquirente».

¹²⁰ Cfr. R.E. KOSTORIS *Giudizio (dir. proc. pen.)*, cit., p. 4. «L'attribuzione alle parti di un ruolo determinante nell'assunzione delle prove in dibattimento», cioè, «è imposto dalla 'costretta ignoranza' del giudice in ordine alla vicenda processuale»: E. SELVAGGI, *Esame e controesame*, in *D. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, p. 282.

¹²¹ Come chiarisce G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 69-70, nel processo penale, «viene ottenuta una definitiva *ricostruzione del fatto*» soltanto tramite «la verifica delle contrapposte tesi patrocinata dalle parti; per cui l'esito del processo consegue a un'attiva partecipazione di tutti i soggetti processuali». Ma la dialettica probatoria ha un duplice andamento: la garanzia dell'intervento delle parti «nel procedimento probatorio è un requisito essenziale per l'attribuzione di *generale* potenzialità persuasiva a quel fenomeno chiamato 'prova'»; in tale, prima, ottica, «può parlarsi di *dialettica probatoria esterna*, perché il riferimento dialogico trova una sua manifestazione nel contesto della stessa 'scena' processuale». Con il secondo profilo «della dialettica probatoria, si allude a quel movimento che ... può ritenersi afferente alla cosiddetta *dialettica probatoria interna*. Con tale denominazione si sposta l'attenzione sul comportamento conoscitivo dell'organo procedente, il quale determina il proprio convincimento finale attraverso un succedersi dialettico di decisioni intermedie».

¹²² ... «il metodo principe del processo accusatorio», che «attua la triade: 'disponibilità-giurisdizionalità-oralità della prova'»: C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, cit., p. 390.

¹²³ L'esame incrociato «è la trasposizione del metodo della *cross examination* caratteristico dei sistemi di *common law*, che prevede che «ogni parte interrog[hi] direttamente i 'propri' testimoni, ottenendone dichiarazioni a sé favorevoli, e controinterrog[hi] i testimoni della parte avversa, principalmente con lo scopo di contestarne la credibilità. Il tutto di fronte ad un giudice 'passivo', la cui funzione è solo quella di assicurare la corretta applicazione delle poche regole che disciplinano l'interrogatorio» (M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 156). Non si ritiene questa la sede adatta ad una comparazione con l'"originale" tecnica della *cross examination* – termine che precisamente indica solo una parte dell'intero, cioè la sequenza del controesame, il quale segue la *direct examination* e precede l'eventuale *re examination* – e le notevoli differenze ad esso apportate nella trasposizione nel nostro sistema: sulla conformazione dell'istituto nel *common law* v., su tutti, F. CORDERO, *La testimonianza nel diritto inglese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 193 ss.

primo periodo legge-delega c.p.p.¹²⁴ – permette quindi che il *modus* dialettico raggiunga la sua massima modalità espressiva proprio nella escussione del teste, momento in cui i poteri delle parti sono dal codice ben somministrati, “dosati”, anche nei tempi, che rispecchiano l’onere della prova. Nonostante la centralità dell’istituto, però, il nostro codice detta poche norme relative alle modalità di assunzione delle prove dichiarative in dibattimento, la cui disciplina complessiva si ricava dagli art. 496-506 c.p.p.¹²⁵.

Al riguardo va rilevato *in primis* come nel nostro sistema la sequenza preordinata all’assunzione delle prove sia preceduta e scandita, cronologicamente e logicamente, dai tempi e dalle modalità dettati dagli art. 468 comma 1¹²⁶ e 493¹²⁷ c.p.p. che determinano l’onere della preventiva *discovery* e quindi di anticipo della strategia processuale delle parti¹²⁸.

¹²⁴ Come rileva, per porre fine all’equivoco interpretativo concernente la formula «esame diretto», E. AMODIO, *L’esame incrociato tra la prassi statunitense e le scelte del legislatore italiano* (1990), in *Processo penale, diritto europeo e common law*, Milano, 2003, p. 276 nota 19, il riferimento nel dettato della legge-delega al solo «esame diretto» aveva il solo scopo di indicare «un rapporto dialogico non mediato dal filtro del giudice come invece era previsto nel vecchio sistema (467 c.p.p. abr.)», mentre l’art. 498 c.p.p. parla di «esame diretto» in contrapposizione al «controesame».

¹²⁵ Infatti, una notevole differenza, rispetto all’esperienza dei sistemi di *common law*, deriva dalla minore complessità dei metodi «attraverso i quali si forma o si distrugge la prova orale», perché nel nostro codice la materia è disciplinata «da appena una ventina di articoli»: G. CAROFIGLIO, *La tecnica del controesame (Metodo ed implicazioni)*, in *Quest. giust.*, 1996, p. 123.

¹²⁶ Con la scelta della preventiva *discovery* «si ha la misura di quanto il legislatore abbia voluto discostarsi dal processo a sorpresa ancora ... sopravvissuto soprattutto nel *common law* statunitense» (E. AMODIO, *L’esame incrociato tra la prassi statunitense e le scelte del legislatore italiano*, cit., p. 279). Come rileva R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, cit., p. 391, l’art. 468 comma 1 c.p.p. è «giustificato dall’esigenza di tutelare le facoltà delle controparti, anche nell’ottica di un corretto sviluppo della dialettica probatoria». In prospettiva fortemente critica della prassi di consentire l’esame al di fuori delle circostanze indicate previamente ai sensi del 1° comma dell’art. 468 c.p.p., che «è lettera morta secondo il formante giurisprudenziale», v., tra gli altri, F. GIUNTA, *Luci ed ombre sulla prospettiva di riforma dell’esame incrociato*, in *Giust. pen.*, 2011, I, p. 41.

¹²⁷ Sul quale, per un rilievo critico concernente la prassi sviluppatasi nella vigenza della formulazione precedente alla modifica effettuata dalla l. 16 dicembre 1999 n. 479, che prevedeva che il pubblico ministero esponesse concisamente i fatti dell’imputazione, v. R.E. KOSTORIS, *Giudizio (dir. proc. pen.)*, cit., p. 4, per cui l’esposizione introduttiva comportava un inaccettabile «duplice condizionamento»: comprometteva la necessaria «mancanza nel giudice di un’opinione preformata sulla vicenda» ed inquinava la dialettica anche per il fatto che il giudice era così «più propenso ad ammettere, sotto il profilo della rilevanza-pertinenza, le prove richieste dal pubblico ministero» perché queste si inseriscono in maniera coerente «nel quadro accusatorio da lui tracciato inizialmente», vanificando così i principi ispiratori del sistema, poiché «ogni sperequazione può avere ricadute inquinanti sul risultato».

¹²⁸ Al riguardo, può ritenersi che «una corretta dialettica processuale impon[ga] che il materiale probatorio da escutere sia tutto schierato all’inizio dell’istruzione dibattimentale, per consentire di elaborare la propria strategia nella presentazione delle prove e conduzione degli esami»: G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell’istruzione dibattimentale*, in *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2005, p. 199.

L'art. 496 c.p.p. stabilisce, innanzitutto, l'ordine di assunzione delle prove, che rispecchia l'impostazione del rito penale e della Carta costituzionale secondo cui è l'accusa che ha l'onere di dimostrare le proprie asserzioni¹²⁹.

Infatti, sono assunte per prime le prove indicate dal pubblico ministero e poi, in rigoroso ordine, quelle indicate dai difensori della parte civile, del responsabile civile, del civilmente obbligato e, infine, dell'imputato.

Ex art. 497 comma 1 c.p.p. l'ordine interno tra le prove richieste da ciascuna parte (i cosiddetti "casi") è invece lasciato alla discrezione della parte stessa. Una strategia processuale che volesse sfruttare al meglio il proprio diritto alla prova, dato il rilievo accordato all'aspetto argomentativo¹³⁰ nel processo dialettico ed esaltato dai criteri informativi della fase dibattimentale, ricorrerà a precise scelte strategiche, come quella di escutere per primi e per ultimi i testi più solidi¹³¹, in tal modo cercando di ottenere una migliore memorizzazione di talune informazioni a scapito di altre da parte del giudice¹³².

Gli art. 498 e 499 c.p.p. disciplinano l'istituto nelle sue modalità di attuazione, che sono estese dal codice anche all'escussione delle altre fonti di prova personali¹³³.

¹²⁹ Cfr. E. SELVAGGI, *Esame diretto e controesame*, cit., p. 283.

¹³⁰ Con una necessaria notazione: «il rilievo accordato all'aspetto argomentativo-retorico nello svolgimento processuale non significa abbandono ... a istanze soggettivistiche ed emotive», poiché «l'argomentazione si trova sempre a dover prima guidare e poi vagliare l'empiria' [corsivo nostro]» (G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, p. 71). Come rileva F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 582, nel processo «l'argomento lievita dai fatti e il fatto vale in quanto dialetticamente elaborato. Ogni prova dunque è 'atecnica' e 'tecnica'; tali predicati connotano i due tempi della stessa operazione: percepisco qualcosa, indi vi ragiono». Secondo R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, p. 12, l'attività argomentativa è «dotata di un'attitudine integrativa rispetto al nudo 'mezzo di prova'».

¹³¹ Sul punto, invero notevolmente complesso, che è qui affrontato solo per cogliere le potenzialità delle dinamiche della dialettica e la loro influenza sulle cognizioni del giudice all'interno del processo prevalentemente dialogico, v., ampiamente, L. DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel processo penale*, cit., p. 157 ss. Già gli antichi retori, peraltro, per sfruttare appieno le potenzialità del *modus* dialettico «erano favorevoli all'ordine nestoriano (nel quale si lasciano gli argomenti più deboli nel mezzo e si comincia e finisce con i più forti)» e così in questa prospettiva «sono stati analizzati i cosiddetti effetti di *primacy* (cioè il prevalere dell'informazione ricevuta per prima e di *recency* (cioè il prevalere dell'informazione ricevuta per ultima)» (*ivi*, p. 158).

¹³² Poiché «non è più possibile disconoscere che il ragionamento del giudice è intessuto di elementi non assimilabili a una sola categoria [corsivo nostro], quella logica, venendo in rilievo pure schemi di carattere retorico, topico o valutativo»: G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 77.

¹³³ Il che ha posto peculiari problemi, in relazione all'ipotesi della rinnovazione istruttoria in sede di giudizio di appello instaurato avverso una sentenza di proscioglimento, in ordine allo *status* di periti e consulenti tecnici: sul punto, v. *infra*, cap. IV, § 6.

Prima si procede con l'esame diretto¹³⁴, cioè con le domande poste dalla parte che ha chiesto l'esame del teste; dopodiché la parte antagonista ha la facoltà di procedere al controesame (e nel caso siano presenti altre parti costituite, si procederà secondo l'ordine stabilito ex 496 c.p.p., cui rinvia l'art. 498 comma 2 c.p.p.); infine, è previsto il doppiamente eventuale riesame ad opera della parte che ha chiesto l'ammissione del teste, teso a ristabilire l'ordine delle asserzioni ricavate in sede di controesame, quindi essenzialmente a corroborare la credibilità del dichiarante e l'attendibilità della narrazione, dopo i tentativi di smentita delle tesi prospettate effettuati in sede di controesame. Solo «dopo l'esame e il controesame»¹³⁵ (art. 506 comma 2 c.p.p.), il presidente del collegio potrà, eventualmente, rivolgere domande ai testimoni per sanare eventuali lacune presenti nel quadro probatorio con questo comportando il diritto alla ripetizione della sequenza ad opera delle parti.

La disciplina codicistica «mira a stabilire le modalità di assunzione del mezzo di prova orale, in modo tale che l'esame incrociato sia strumento idoneo per il

¹³⁴ ...con cui, nonostante goda spesso di poca attenzione, «si gettano le basi e si edifica il processo» (L. DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel processo penale*, cit., p. 166). Sul piano terminologico e per fugare equivoci, E. SELVAGGI, *Esame e controesame*, cit., p. 280-281, chiarisce come con "esame e controesame" ci si riferisca «alle modalità di assunzione, nel corso del dibattimento, dei mezzi di prova che consistono in dichiarazioni, cioè delle prove orali», mentre con l'espressione 'esame' si intende «anche lo specifico mezzo di prova disciplinato dagli artt. 208-210 c.p.p., consistente nella «audizione dell'imputato e delle altre parti private», nel corso della fase dibattimentale.

¹³⁵ Come rimarcato nel testo introdotto dall'art. 4 l. 16 dicembre 1999 n. 479, per porre fine alla «nota resistenza opposta al dovere di non interferire nell'escussione del teste condotta dalle parti, documentata dalla frequente prassi di formulare domande d'ufficio nel corso dell'esame o del controesame» (T. RAFARACI, *I poteri delle parti e del giudice nell'istruzione dibattimentale*, in *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma*, Milano, 2012, p. 221). Come sottolinea, più in generale, G. UBERTIS, *I poteri del pretore ex art. 506 e 507 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, I, p. 366-367-368, i poteri di cui all'art. 506 e 507 c.p.p. vanno intesi nella prospettiva per cui «attribuiscono al giudice, ... in via residuale ... alcuni poteri probatori» cosicché essa comporta che «il giudice non può sostituirsi alle parti ... limitandosi il suo compito all'esercizio di una funzione integratoria volta a chiarire o ad approfondire anteriori risultanze processuali oppure meramente sollecitatoria» e nello specifico, per quanto concerne il 2° comma dell'art. 506 c.p.p. «va considerato vietato un aggiramento della preclusione fissata nel 1° comma dell'art. 506 c.p.p. attraverso una surrettizia estensione del potere di porre domande alle fonti di prova personali. I quesiti presidenziali ... devono restare nell'ambito delle circostanze ... definite dalla parte al momento dell'introduzione probatoria». In giurisprudenza si è ritenuto legittimo che il presidente, ex art. 506 comma 2 c.p.p., disponga la citazione del teste già esaminato per rivolgere altre domande: cfr. Cass. sez. IV, 23 novembre 1994, Ioia, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 430 ss.; Cass., sez. I, 10 agosto 1995, Caprioli, in *Giust. pen.*, 1996, III, p. 369 ss. Precisano che la funzione del giudice escluda la possibilità di rivolgere domande suggestive, che presuppone un ruolo di antagonismo, P. FERRUA, *La testimonianza nell'evoluzione del processo penale italiano* (1990), in ID., *Studi sul processo penale*, II, cit., p. 110; L. KALB, *Ruolo delle parti e poteri del giudice nello svolgimento dell'esame testimoniale*, cit., p. 1551. *Contra*, v. D. MANZIONE, *Le nuove "regole" per l'esame testimoniale (a proposito dell'art. 499 c.p.p.)*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1485.

conseguimento di una corretta conoscenza»¹³⁶ ed infatti nell'istituto sono esaltati i principi cui è ispirato il dibattimento: oltre al contraddittorio, l'oralità, l'immediatezza¹³⁷, così come la pubblicità e la concentrazione; tanto che esso è considerato quale «epifenomeno dell'ideologia del processo accusatorio»¹³⁸.

Si pensi alla predisposizione scenica: ex art. 146 norme att. c.p.p., «il seggio delle persone da sottoporre ad esame è collocato in modo da consentire che le ... stesse siano agevolmente visibili sia dal giudice che dalle parti». Il teste si esprime in linea di principio a viva voce dinanzi al giudice che decide, nella pubblica aula d'udienza, «nel serrato fluire di domande e risposte»¹³⁹ durante il quale affioreranno i «tratti prosodici del discorso che escono pienamente valorizzati solo nel diretto contatto del giudice con la fonte probatoria»¹⁴⁰.

Durante l'esame difensore e pubblico ministero «non si limitano a interrogare per stimolare il teste a rispondere», ma essi nel processo «interrogano anche e soprattutto per comunicare con il giudice»¹⁴¹, pur non potendo mai avere la certezza di ciò che scaturirà dal confronto, dalla conferma e dalla smentita delle ricostruzioni da loro prospettate¹⁴².

Assumono finalità epistemologica, così, le regole dettate dall'art. 499 c.p.p. che prescrive che l'esame si svolga nello schema domanda-risposta, «su fatti specifici»¹⁴³,

¹³⁶ L. KALB, *Ruolo delle parti e poteri del giudice nello svolgimento dell'esame testimoniale*, cit., p. 1547. E così il diritto alla prova viene in rilievo pure nel momento dell'escussione del teste, oltre che nel momento dell'ammissione di un esperimento probatorio e della sua valutazione: cfr. G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 202.

¹³⁷ *Contra* il peculiare rilievo attribuito ai due principi nell'ottica più tradizionale, L. DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel processo penale*, cit., p. 27, dove l'Autrice sottolinea come l'art. 6 comma 3 lett. d Conv. eur. dir. uomo attesti come il diritto di interrogare nel contraddittorio delle parti i testi a carico e quelli a discarico sia considerato indispensabile per realizzare un processo equo, cosicché «esame e controesame dei testi a carico e a discarico ... più di ogni altro elemento – più dell'oralità e dell'immediatezza – dovrebbero caratterizzare il nostro modello processuale».

¹³⁸ A. MAMBRIANI, *Esame e controesame delle parti; spunti sistematici*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, p. 458.

¹³⁹ G. UBERTIS, *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, cit., p. 532.

¹⁴⁰ P. FERRUA, *Oralità e contraddittorio nel quadro delle garanzie costituzionali: giurisprudenza delle corti europee e fraintendimenti della Corte costituzionale*, in *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, cit., p. 164.

¹⁴¹ E. AMODIO, *L'esame incrociato tra la prassi statunitense e le scelte del legislatore italiano*, cit., p. 276, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente.

¹⁴² Sul punto, v. il celebre contributo di A. SCHOPENAUER, *L'arte di ottenere ragione* (1831), Milano, 1991, p. 29: «neppure nel dare istruzioni possiamo separare ciò che è vero da ciò che è apparente perché, per l'appunto, di questo i contendenti non sono mai certi in anticipo. Perciò io offro degli stratagemmi senza badare al fatto se *objective* si abbia ragione o torto: infatti non possiamo saperlo con certezza nemmeno noi stessi e deve essere stabilito proprio mediante la contesa».

¹⁴³ ... espressione, però, approssimativa, poiché invero «nessun fatto è generico: può darsi che ne parliamo genericamente» (F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 676).

che vieta domande «che possono nuocere alla sincerità delle risposte», o che «tendono a suggerir[le]».

Diverse invece le regole vigenti per il controesame, tipicamente considerato «l'arte di vincere il processo ancora prima della discussione finale, la chiave d'oro che apre la porta del trionfo»¹⁴⁴, preordinato anche a minare la credibilità del dichiarante, a screditarlo, a farlo cadere in contraddizione con «domande che tendono a suggerire le risposte»¹⁴⁵, alla ricerca del “colpo di teatro”.

Certo, nonostante la sua centralità, l'istituto è spesso sottoposto a critiche poiché «nella realtà questa efficacia non si manifesta frequentemente»¹⁴⁶, ma ciò dipende in parte dalle esagerate aspettative in esso riposte ed in parte – forse – dalla sottovalutazione dei potenziali effetti (anche negativi) che una sua conduzione non adeguata può sortire, da parte degli operatori del diritto¹⁴⁷.

Non bisogna quindi mitizzarne le potenzialità, reputare l'istituto l'“arma privilegiata” del giurista, ma considerare come esso rappresenti un momento fondamentale per la dialettica probatoria in un processo di stampo accusatorio soltanto se realmente valorizzato e quindi inserito coerentemente «nelle coordinate del sistema e raccorda[to] agli altri parimenti necessari momenti dello sviluppo processuale»¹⁴⁸.

4. L'incidente probatorio: *ratio* e “nuove” interferenze.

Le scelte di valore dell'ordinamento hanno reso il dibattito, con i suoi principi esaltatori della dialettica, il *locus* deputato all'assunzione della prova, concetto presidiato

¹⁴⁴ E. AMODIO, *L'esame incrociato tra la prassi statunitense e le scelte del legislatore italiano*, cit., p. 266.

¹⁴⁵ Al riguardo, v. L. DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel processo penale*, cit., p. 131 e 137, per la quale, acclarato che «i diversi modi in cui una domanda può essere proposta incide su precise caratteristiche della risposta», bisognerà considerare che «il sentimento che anima il controesame è il dubbio che si esplicita attraverso la forma che viene data alle domande per raggiungere una serie di risultati».

¹⁴⁶ E. AMODIO, *L'esame incrociato tra la prassi statunitense e le scelte del legislatore italiano*, cit., p. 266.

¹⁴⁷ Per una critica all'attuazione della pratica del controesame nella prassi degli operatori giuridici, che spesso la considerano soltanto un'“arte” e non una «disciplina, con regole principi, teorie proprie», v. L. PONZONI, *Cross examination: un bilancio e un (tentativo di) rilancio ad un quarto di secolo dall'introduzione del nuovo codice di rito*, in *Dir. pen. cont.*, consultabile all'indirizzo www.penalecontemporaneo.it, 30 gennaio 2015 (ultimo accesso 16 settembre 2019), p. 2 ss.; per considerazioni simili, meno di recente e più in generale, v. G. CAROFIGLIO, *La tecnica del controesame (Metodo ed implicazioni)*, cit., p. 124 ss.

¹⁴⁸ R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, cit., p. 423.

dal principio della separazione tra le fasi, ma non può non considerarsi che «esistono prove effimere, da acquisire subito»¹⁴⁹, indifferibili al dibattimento.

Gli art. 392 ss. c.p.p. configurano a tal proposito degli incidenti giurisdizionali¹⁵⁰ che realizzano un programma istruttorio garantito che permetta che l'elemento di prova non vada disperso, esigenza reputata, quantomeno alle origini, tanto più pressante quanto più le indagini del pubblico ministero siano temporalmente estese¹⁵¹.

Gli atti compiuti in tale sede, dinanzi ad apposito giudice, diverso da quello del dibattimento, costituiscono «frammenti anticipati del dibattimento»¹⁵², che è eventuale, poiché la sua esistenza dipenderà dalla formulazione dell'imputazione da parte del pubblico ministero e dalla non emissione di una sentenza di non luogo a procedere, senza obliterare che le parti possono optare per una definizione anticipata del procedimento, attraverso uno dei riti speciali deflativi del dibattimento.

Nonostante l'art. 2 n. 40 legge-delega c.p.p.¹⁵³ si limitasse a fissare quale condizione di ammissibilità dell'incidente probatorio il concetto – invero «polisemantico e politematico»¹⁵⁴ – di non rinviabilità dell'esperienza istruttorio in sede di giudizio, il legislatore delegato nella redazione dell'art. 392 c.p.p. non si è accontentato di tale connotazione ed ha reputato di puntualizzarla predeterminando le situazioni di fatto che

¹⁴⁹ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 869.

¹⁵⁰ La necessità di interventi incidentali, concepiti come «isole contenziose o giurisdizionali» (F. CORDERO, *ideologie del processo penale*, cit., p. 224) ed idonei a scongiurare la dispersione del materiale probatorio non rinviabile al dibattimento assicurando tendenzialmente il rispetto del contraddittorio, come noto, era già avvertita in una prospettiva di riforma in senso accusatorio, in cui la fase precedente il dibattimento è configurata quale "inchiesta di parte", volta esclusivamente alla ricerca unilaterale delle fonti di prova, mentre la formazione della prova avviene in dibattimento nel contraddittorio fra le parti: cfr., ampiamente, ID., *Linee di un processo accusatorio*, in *Criteri direttivi per una riforma del processo penale (IV Convegno di studi «Enrico De Nicola»)*, cit., p. 70 ss. Come rileva G. BIONDI, *L'istituto dell'incidente probatorio. Dagli albori del codice di rito alle prospettive de iure condendo*, in *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma*, cit., p. 75, l'incidente probatorio si presentava, agli albori, come una novità, dato che «il codice di procedura penale del 1988 aveva strutturato l'istituto in esame, mutuandolo dall'analogo istituto dell'incidente istruttorio previsto dal § 168 della StPO» della Repubblica federale tedesca.

¹⁵¹ «Il pericolo di dispersione probatoria», cioè, «si presenta ... come effetto della dimensione cronologica assegnata alla fase delle indagini preliminari», piuttosto che «come causa diretta dell'incidente probatorio» (C. MORSELLI, *L'incidente probatorio*, Torino, 2000, p. 46).

¹⁵² F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 869.

¹⁵³ Come nota S. SAU, *L'incidente probatorio*, in *Problemi attuali della giustizia penale*, diretto da A. Giarda – G. Spangher – P. Tonini, Padova, 2001, p. 26, dalla direttiva risultava «che l'incidente probatorio è configurato come una sorta di 'parentesi giurisdizionale' che si schiude nella fase delle indagini preliminari, finalizzata all'assunzione anticipata della prova 'non rinviabile' alla naturale sede dibattimentale, nel rispetto delle 'forme dialettiche' proprie di questo».

¹⁵⁴ C. MORSELLI, *L'incidente probatorio*, cit., p. 42.

legittimano l'incidente in relazione ai mezzi di prova, tassativamente previsti, suscettibili di previa assunzione¹⁵⁵.

Nella sua collocazione sistematica, l'istituto era quindi concepito come eccezionale, di utilità pratica ma non strategica, attivabile solo nel corso delle indagini preliminari¹⁵⁶: basti pensare, tra le ipotesi tradizionali previste dall'art. 392 c.p.p., a quella della cosiddetta testimonianza "a futura memoria" (comma 1 lett. a), peraltro già presente all'art. 357 comma 3 c.p.p. abr.¹⁵⁷, la quale risponde ad una fisiologica esigenza di non dispersione dell'elemento di prova, consentendo l'acquisizione anticipata di una dichiarazione testimoniale quando vi siano fondati motivi di ritenere – peraltro sulla base di «elementi concreti e specifici», nella formulazione originale – che la fonte di prova «non potrà essere esaminata in dibattimento per infermità o altro grave impedimento».

Se il primo impianto dell'art. 392 c.p.p. era stato configurato dal legislatore in modo tale da «scongiurare ogni palingenesi dell'antica istruzione formale»¹⁵⁸, rigettata dalle scelte di valore del nuovo codice, l'istituto non ebbe invero vita facile, considerando che le note sentenze della Corte costituzionale del 1992 erano riuscite a scardinare il sistema delineato dal legislatore tramite la rigida separazione delle fasi, aprendo le porte a quella «gigantesca istruzione sommaria»¹⁵⁹, di cui nel presente lavoro si è avuto modo di accennare¹⁶⁰.

¹⁵⁵ Sul punto, v. L. SURACI, *Incidente probatorio, prova rinnovabile e dibattimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, XI, p. 1493.

¹⁵⁶ Cfr. S. SAU, *Incidente probatorio*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., XVII, Roma, 2005, p. 1, il quale evidenzia che il legislatore delegato «si era ispirato a criteri di assoluto rigore», scongiurando in tal modo «il pericolo che l'uso dell'istituto esorbitasse dal suo carattere *eccezionale* [corsivo nostro]» (*ivi*, p. 2). Rimarca particolarmente la necessaria eccezionalità dell'incidente probatorio, preoccupata poiché un suo ampliamento applicativo «rischierebbe davvero di tramutare le indagini preliminari in una cripto-istruttoria», M. BARGIS, *Incidente probatorio*, in *D. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1992, p. 361.

¹⁵⁷ Pur se – come nota P. RENON, *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, III, p. 1019, nota 3 –, differenza fondamentale, che difatti vanificava l'istituto, è che nel sistema del codice Rocco le deposizioni raccolte senza il giuramento di cui al 3° comma dell'art. 357 acquisivano comunque in giudizio, «in termini di idoneità probatoria», lo stesso valore della testimonianza "a futura memoria".

¹⁵⁸ G. DI CHIARA, *Incidente probatorio*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, 2002, p. 547.

¹⁵⁹ L'espressione è di L. PEPINO, *Legalità e diritti di cittadinanza nella democrazia maggioritaria*, in *Quest. giust.*, 1993, p. 244.

¹⁶⁰ V. *supra*, cap. I, § 4.

Era completamente inutile – per l'accusa – il ricorso all'incidente probatorio¹⁶¹, istituto oramai in palese «difficoltà di senso»¹⁶², poiché gli atti di indagine unilateralmente raccolti penetravano con estrema facilità nel fascicolo del dibattimento, per il tramite della lettura-contestazione con allegazione o della lettura-acquisizione.

In un contesto di inarrestabile declino del contraddittorio processuale in materia di prova, nell'«ottica del male minore»¹⁶³ si cominciò in dottrina a ritenere che una valorizzazione dell'incidente probatorio, che permetteva il contraddittorio pur derogando all'immediatezza, fosse di gran lunga preferibile all'unilaterale formazione della prova da parte del pubblico ministero, in spregio ad ogni confronto dialogico con la difesa¹⁶⁴.

Si invocava, da parte della dottrina, un contraddittorio senza immediatezza (per qualcuno, oralità¹⁶⁵), oltre che pubblicità (art. 401 comma 1 c.p.p.¹⁶⁶) e concentrazione,

¹⁶¹ L'innesto eccezionale di una parentesi a struttura triadica, nell'esigenza di cristallizzare una prova, coerentemente ad una struttura procedimentale nella quale il dibattimento è il luogo di norma deputato alla sua formazione, risultava lontano da una realtà in cui «il signore effettivo delle prove che si acquisi[vano] nell'indagine preliminare [era] il pubblico ministero, non certo il gip», in cui egli assurgeva al ruolo di «pubblico ministero istruttore»: così «la forza di prova riconosciuta agli atti di indagine segna[va] il declino dell'incidente probatorio» (P. FERRUA, *Il giudice per le indagini preliminari e l'acquisizione delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 203-204).

¹⁶² G. GIOSTRA, *La riforma dell'incidente probatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, II, p. 661. D'altronde, secondo l'Autore, l'istituto era configurabile non tanto come una semplice «novità qualificante» il nuovo processo, quanto come «figlio [della] ideologia della prova», messa poi a dura prova nei primi anni di vigenza del codice (*ivi*, p. 664).

¹⁶³ G. DI CHIARA, *Incidente probatorio*, cit., p. 552.

¹⁶⁴ Cfr., per questo parere, soprattutto P. FERRUA, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo: la difficile ricerca di nuovi equilibri processuali*, in *Quest. giust.*, 1995, II, p. 431 ss., che asserisce: «anziché valorizzare le dichiarazioni rese nel segreto dell'indagine, si assicuri la formazione anticipata della prova in sede di incidente, ogni volta che le parti la ritengano necessaria per evitare l'inquinamento dibattimentale» (*ivi*, p. 432); G. GIOSTRA, *La riforma dell'incidente probatorio*, cit., p. 668, dove l'Autore sostiene: «si può ripiegare su un modulo processuale che rinunci a perseguire ad ogni costo l'oralità-immediatezza, ma non defletta sull'altra ancor più importanza garanzia dell'oralità-contraddittorio, della formazione dialettica della prova *dinanzi ad un giudice* [corsivo nostro]»; v. pure L. PEPINO, *Il dibattimento nel processo penale: necessità o lusso*, in *Quest. giust.*, 1995, II, p. 444, «l'impegno centrale oggi è ... un recupero della centralità del contraddittorio nel processo», non riproponendo l'impianto originario del codice del 1989, ma «attraverso un parziale sganciamento del contraddittorio dalla oralità e dalla concentrazione (principi certamente importanti ma non costituzionalmente protetti e comunque meno rilevanti)».

¹⁶⁵ Sulla nozione di oralità in senso ampio, qui non accolta, v. *supra*, § 2.

¹⁶⁶ Ma il cuore della disciplina è la disposizione di cui al 5° comma dell'art. 401 c.p.p., che prescrive: «le prove sono assunte con le forme stabilite per il dibattimento», espressamente rinviando agli art. 496 ss. c.p.p. A tal riguardo è però doveroso segnalare che «a ben vedere» il rinvio a tale modalità di assunzione «si palesa non privo di spunti iperbolici, suggerendo all'interprete opportune opere di ridimensionamento allo scopo di prender atto dell'estrema diversità dei due contesti», poiché «l'apparente geometrica specularità tra l'alveo dibattimentale e l'udienza in camera di consiglio si sgretola ... ove si tenga conto della tendenziale *par condicio* conoscitiva delle parti a dibattimento, polarizzata sulla pienezza dell'accesso al fascicolo» del pubblico ministero «riconosciuto alla difesa di tutte le parti private, e, per contro, del normale divario conoscitivo tra pubblico ministero e difesa del sottoposto alle indagini nel corso della fase investigativa, suscettibile di incrinare la capacità della parte privata di porre in opera una linea tattica di

dunque, ma capace di conferire al dato gnoseologico¹⁶⁷ un maggior valore sotto il consueto duplice piano etico ed epistemico, poiché giunto in dibattimento dopo essere stato affrontato in una sede dalla struttura triadica, pur se dinanzi ad un altro giudice, non preposto alla decisione dell'eventuale giudizio.

Sacrificare il canone acquisitivo che richiede un contatto diretto fra il decidente ed il materiale gnoseologico tramite il quale si perviene alla ricostruzione fattuale posta alla base della decisione, in tale ottica, si risolveva quindi in una riaffermazione – parziale – delle garanzie enucleate dal codice, poiché ribadiva la pressante esigenza di un vaglio dialettico, anche anticipato, sugli elementi di conoscenza confluibili nel fascicolo del dibattimento.

Se il legislatore delegato aveva inizialmente configurato l'incidente probatorio in maniera forse fin troppo rigida¹⁶⁸ allo scopo di asserirne l'eccezionalità, l'estensione della sua applicabilità è stata effettuata con numerose novelle legislative che, talvolta proprio nell'ottica del "male minore" in cui erano sorte le proposte della dottrina¹⁶⁹, talvolta invece nell'ottica di una inedita funzionalizzazione dell'istituto alla tutela di esigenze extraprocessuali¹⁷⁰, hanno eliminato il requisito tassativo della non rinviabilità

conduzione dell'esame davvero consapevole perché fondata su un solido *background* cognitivo circa i fatti di causa e le risultanze dell'indagine» (G. DI CHIARA, *Incidente probatorio*, cit., p. 562).

¹⁶⁷ Rileva come risulti escluso, sulla base delle attuali tassative previsioni dell'art. 392 c.p.p., il ricorso dell'incidente probatorio nel caso in cui si debba procedere all'assunzione di una prova atipica ai sensi dell'art. 189 c.p.p., P. RENON, *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, cit., p. 1024, nota 15.

¹⁶⁸ Cfr., tra gli altri, P. RENON, *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, cit., p. 1023, secondo cui «alle scelte del legislatore delegato del 1988 può imputarsi di aver finito per rinchiudere l'istituto entro gabbie risultate eccessivamente strette e alla fine mortificanti».

¹⁶⁹ Ci si riferisce alla l. 7 agosto 1997 n. 267 la quale, nel più ampio contesto della riforma dell'art. 513 c.p.p., con l'art. 4 modificava le ipotesi di esame di cui alle lett. *c* e *d* dell'art. 392 comma 1 c.p.p., eliminando il requisito della non rinviabilità come precisato dalle condizioni di cui alle lett. *a* e *b* così da permettere da un lato la non dispersione dell'elemento probatorio e, dall'altro, che l'acquisizione della prova avvenisse in contraddittorio, pur se con una complementare erosione dei principi di oralità e immediatezza. Sul punto e sulla ragionevolezza di tale disciplina, v. C. cost., sent. 19 novembre 1999 n. 428, in *Cass. pen.*, I, 2000, p. 347 ss. con nota di P. RENON, *L'incidente probatorio «allargato» all'esame della Corte costituzionale: verso un contraddittorio senza oralità?*, *ivi.*, 2000, XII, p. 3219 ss.

¹⁷⁰ Il riferimento è alle ormai celebri modifiche effettuate con l. 15 febbraio 1996 n. 66 «Norme contro la violenza sessuale», il cui art. 15 ha riformato l'art. 392 c.p.p. mediante l'introduzione del comma 1-*bis*, in cui si stabilisce che ove diretto ad assumere la testimonianza del minore infra-sedicenne in relazione a reati particolarmente odiosi introdotti dalla stessa legge, l'incidente probatorio debba essere consentito anche al di fuori dei casi di non rinviabilità, e che ha dettato, con il nuovo comma 5-*bis* dell'art. 398 c.p.p., speciali regole per l'acquisizione della testimonianza del minore. Hanno poi provveduto all'ampliamento del catalogo dei reati *ivi* previsti numerosissime novelle legislative: l. 3 agosto 1998 n. 269 a tutela dei minori; l. 11 agosto 2003 n. 228 «Misure contro la tratta di persone»; l. 6 febbraio 2006 n. 38 contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia e d.l. 23 febbraio 2009, convertito in l. 23 aprile 2009 n. 38, con l'introduzione dei (meno gravi) reati di cui all'art. 572 c.p. e 612-*bis* c.p. che, invece, sul piano soggettivo,

dell'esperimento istruttorio per alcune delle ipotesi di cui all'art. 392 c.p.p., già previste dalla disposizione ovvero introdotte *ex novo*¹⁷¹. Oltre ai numerosi interventi legislativi succedutisi negli anni volti alla liberalizzazione dell'istituto, per quanto concerne l'arco temporale in cui questo potesse essere proposto, peraltro, già in precedenza la nota sentenza della Corte costituzionale n. 77 del 1994¹⁷² ne aveva spostato il *terminus ad quem*, dichiarando l'illegittimità costituzionale degli art. 392 e 393 c.p.p., in riferimento agli art. 3 e 24 Cost., laddove non consentivano che l'incidente probatorio potesse essere richiesto e disposto anche durante la fase dell'udienza preliminare, ricorrendone i presupposti di cui all'art. 392 c.p.p.¹⁷³.

Invero, il farraginoso ampliamento dell'istituto pare aver reso notevolmente più problematica la collocazione sistematica di uno strumento che, inizialmente configurato

ha esteso l'applicabilità dell'incidente probatorio anche ai testimoni minorenni ultrasedicenni e ai maggiorenni che figurino quale persone offese in relazione a tali reati.

¹⁷¹ S. SAU, *Incidente probatorio*, cit., p. 9.

¹⁷² C. cost., sent. 10 marzo 1994 n. 77, in *Giur. cost.*, 1994, p. 776 ss., con nota di G. DEAN, *Nuovi limiti cronologici dell'incidente probatorio*. Il giudice delle leggi ha reputato che «la preclusione all'esperimento dell'incidente probatorio nella fase dell'udienza preliminare» fosse «priva di ogni ragionevole giustificazione e lesiva del diritto delle parti alla prova e, quindi, dei diritti di azione e di difesa» (*ivi*, p. 779-780), con ciò colmando «una lacuna del sistema» (F. CASSIBBA, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Uberti – G.P. Voena, XXX.1, Milano, 2007, p. 319). Al riguardo, v. le riflessioni di A. GIARDA, *L'incidente probatorio oltre i confini delle indagini preliminari. Commento alla sentenza della Corte costituzionale 10 marzo 1994, n. 77*, in *Corr. giur.*, 1994, n. 5, p. 556, dove l'Autore, in riferimento alla valorizzazione dell'istituto di cui trattasi parallela a quella dell'udienza preliminare, asserisce criticamente: «si tratta di una sorta di ritorno al passato, che alla fine consentirà di coniare un altro strumento deflattivo del carico dibattimentale»; v. anche S. SAU, *L'incidente probatorio*, cit., p. 65, per cui l'effetto dirompente della sentenza, sul piano sistematico, è l'implicazione di «una intera ricollocazione dei rapporti tra indagini preliminari, udienza preliminare, incidente probatorio, e quindi tra i soggetti interessati da questi istituti», rispetto all'originario sistema delineato dal legislatore nel 1988.

¹⁷³ Successive (e numerose) ordinanze della Corte costituzionale hanno poi provveduto a chiarire che l'incidente probatorio può essere richiesto ed ammesso dopo la scadenza dei termini delle indagini preliminari *solo* con riferimento a prove dotate del carattere dell'indifferibilità, quindi a rischio di dispersione: cfr. C. cost., ord. 9 maggio 2001 n. 118, in *Giur. cost.*, 2001, III, p. 959 ss., con nota di P. RENON, *Limiti cronologici dell'incidente probatorio e diritto alla prova*; C. cost., ord. 8 maggio 2009 n. 146, *ivi.*, 2009, III, p. 1579 ss. con nota di P. RENON, *Incidente probatorio oltre la scadenza dei termini delle indagini preliminari? Questione chiusa... anzi no*. In ordine alla questione dell'applicabilità in sede di udienza preliminare delle ipotesi di incidente probatorio "speciale", v. l'analisi di G. LOZZI, *L'ambito di operatività dell'art. 392 c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, I-II, p. 506 e 507, secondo il quale «stante il carattere eccezionale dell'art. 392 c.p.p.» che «comporta una deroga al principio generale dell'immediatezza», per di più considerando che «l'incidente probatorio comporta, altresì, una menomazione del principio del contraddittorio nella formazione della prova», bisogna tener presente che la *ratio* «dell'ampliamento degli incidenti probatori» successivamente intervenuto è «quella per cui, nella scelta tra il sacrificio del contraddittorio nel momento di formazione della prova ... ed il sacrificio dell'immediatezza ... si è ritenuto più accettabile sacrificare l'immediatezza»: ne discende «la non riferibilità all'udienza preliminare delle modifiche introdotte successivamente alla declaratoria di parziale illegittimità dell'art. 392 c.p.p.» intervenuta nel 1994.

in «abiti stretti»¹⁷⁴, è successivamente passato all'opposto ad essere considerato dal legislatore come «duttile, quasi polimorfo» poiché dotato di una «intrinseca attitudine polifunzionale»¹⁷⁵, con l'effetto però di uno stravolgimento della sua fisionomia.

L'esito delle numerose modifiche normative è stato, infatti, la predisposizione di una normativa in cui convivono sia le ipotesi originarie dell'art. 392 comma 1 c.p.p. per le quali *condicio sine qua non* per il sacrificio del canone dell'immediatezza nell'assunzione del dato gnoseologico è rimasta una accertata e motivata esigenza di procedere anteriormente al dibattimento alla sua assunzione stante l'indifferibilità, che le altre, svincolate dal requisito, introdotte *ex novo* ovvero modificate rispetto alla loro formulazione originale, di fatto esperibili ad istanza di parte¹⁷⁶.

Peraltro, in riferimento all'ampliamento di garanzie per soggetti considerati particolarmente vulnerabili, cui il legislatore ha reputato di dedicare gli art. 392 comma 1-bis e 398 comma 5-bis c.p.p., non si può obliterare che una ulteriore modifica dell'istituto sia avvenuta anche e soprattutto nel solco di esigenze dettate da un contesto normativo «ormai 'multilivello'»¹⁷⁷, nella prospettiva della tutela della vittima nel procedimento penale.

¹⁷⁴ L'espressione è di A. GIARDA, *L'incidente probatorio oltre i confini delle indagini preliminari. Commento alla sentenza della Corte costituzionale 10 marzo 1994, n. 77*, cit., p. 553.

¹⁷⁵ G. DI CHIARA, *Incidente probatorio*, p. 546, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente nel testo. Sul punto, per un'analisi sistematica, v. le limpide considerazioni di V. GREVI, *Quelle rigidità del «giusto processo» che portano a risultati paradossali*, in *Guida dir.*, 1999, n. 42, p. 11 e 14, per cui «occorre chiedersi quali siano ... le prospettive del sistema dibattimentale» dato che «non è realisticamente immaginabile che l'attuale processo penale possa 'tenere', garantendo *sempre* [corsivo nostro] l'attuazione piena del contraddittorio nell'oralità e nell'immediatezza della fase dibattimentale», e a tal proposito pare «verosimile che, per assicurare un normale funzionamento dei meccanismi processuali, il legislatore sarebbe indotto a far leva in modo determinante su ampie forme di contraddittorio anticipato ... specialmente attraverso un'estensione senza limiti dell'istituto dell'incidente probatorio» sulla base del fatto che «l'art. 111» comma 4 Cost. «impone bensì il principio del contraddittorio nel momento formativo della prova, ma non ne vincola l'attuazione alla fase del giudizio», cosicché è prevedibile «una dilatazione dell'area del processo scritto (sia pure con la garanzia del contraddittorio) e ... una corrispondente restrizione dell'area del processo orale». Secondo l'Autore, piuttosto, pare sorprendere maggiormente che non si sia colta «l'occasione per riequilibrare il paradigma costituzionale del processo penale anche su altri versanti: a cominciare da quello della tutela dei diritti e delle aspirazioni di giustizia delle vittime del reato».

¹⁷⁶ Sul punto, v. A. CAPONE, *Incidente probatorio e tutela della vittima di reato*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 346-347; P. RENON, *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, cit., p. 1022.

¹⁷⁷ P. RENON, *Linee per una riforma dell'incidente probatorio*, in *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma*, cit., p. 144. Sul punto, v. M. CHIAVARIO, *Giustizia penale, Carta dei diritti e Corte europea dei diritti umani*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, IV, p. 38 e 39, dove l'Autore si domanda se «si de[bba] continuare a fare una guerra di retroguardia, in nome della concezione del contraddittorio che ieri sembrava inderogabile», che deve però rimanere valida «in rapporto alle situazioni 'normali'», per cui le parti «devono poter 'guardare in faccia', nello stesso contesto locale temporale, i soggetti chiamati a rispondere a 'domande di giustizia'», ovvero se si debba ritenere necessario che siano «'inventate' e affinate nuove

Basti pensare al fondamentale rilievo che ha avuto la celebre sentenza della *Grand Chambre* della Corte di Giustizia (all'epoca) delle Comunità europee del 16 giugno 2005, sul caso Pupino¹⁷⁸, in cui la Corte di Lussemburgo si è pronunciata sulla compatibilità degli art. 392 comma 1-*bis* e 398 comma 5-*bis* c.p.p.¹⁷⁹ rispetto agli art. 2, 3 e 8 della Decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea 15 marzo 2001, n. 2001/220/GAI, che ha istituito sul piano sovra-nazionale «un vero e proprio statuto delle vittime di reato»¹⁸⁰. Già in tale occasione, la Corte di Lussemburgo evidenziava (oltre che, per la prima volta, l'obbligo a carico dei giudici nazionali di esegesi del diritto interno in chiave di fedeltà alla lettera ed allo scopo degli atti dell'allora “terzo pilastro”) l'esigenza di garantire un'adeguata protezione alle vittime vulnerabili¹⁸¹.

garanzie ... per far sì che le cautele contro gli eccessi della *cross examination*, nei confronti di soggetti ‘deboli’ o comunque da proteggere, non vadano oltre il segno, trasformandosi in nuove licenze di arbitrio).

¹⁷⁸ C. giust. CE, Grande camera, sent. 16 giugno 2005, C-105/03, Pupino, sintetizzata in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1178 ss.

¹⁷⁹ Che, peraltro, era già stato oggetto di interventi da parte del giudice delle leggi. V. C. cost., sent. 9 luglio 1998 n. 262, in *Giur. cost.*, 1998, IV, p. 2051 ss., con nota di A. CELOTTO; C. cost., sent. 29 gennaio 2005 n. 63, *ivi*, 2005, I, p. 596 ss., con nota di A. TASSI, *La Corte estende l'audizione protetta all'infermo di mente*. La prima ne ha esteso il campo applicativo sul piano oggettivo, dichiarando l'illegittimità costituzionale del comma 5-*bis* dell'art. 398 c.p.p. nella parte in cui non ricomprendeva l'ipotesi di reato *ex art. 609 c.p.* tra quelle in presenza delle quali si possa ricorrere alle particolari modalità “protette” di assunzione della prova dichiarativa, ove fra le persone interessate vi sia il minore infrasedicenne e quando le esigenze lo rendano necessario od opportuno; la seconda, sul piano soggettivo, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale ove non prevedeva la possibilità di ricorrere alle predette modalità quando fra le persone interessate all'assunzione della prova orale vi sia il maggiorenne infermo di mente, se le esigenze di questi lo rendono necessario od opportuno.

¹⁸⁰ G. CANZIO, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza “vulnerabile”*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, VIII, p. 986.

¹⁸¹ Nello specifico, veniva in rilievo la possibilità, per il giudice italiano, di autorizzare l'incidente probatorio per l'acquisizione della testimonianza di soggetti minorenni (infrasedicenni) vittime di reati non compresi nel catalogo dell'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p. (si trattava dei delitti di abuso di mezzi di correzione o di disciplina e di lesioni personali aggravate). La Corte di Giustizia delle Comunità europee riteneva che la realizzazione degli scopi perseguiti dalla Decisione quadro n. 2001/220/GAI comportasse che i giudici nazionali dovessero avere «la possibilità, per le vittime particolarmente vulnerabili, di utilizzare una procedura speciale, come l'incidente probatorio diretto all'assunzione anticipata della prova nonché le modalità particolari di deposizione pure previste, se tale procedura risponde in modo ottimale alla situazione di tali vittime e s'impone al fine di impedire la perdita di elementi di prova, di ridurre al minimo la ripetizione degli interrogatori e d'impedire le conseguenze pregiudizievoli, per le dette vittime, della loro deposizione in pubblica udienza». Per delle considerazioni relative al cosiddetto caso Pupino, v. L. LUPÀRIA, *Una recente decisione della Corte di giustizia sull'allargamento delle ipotesi di audizione del minore in incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2005, XI, p. 3544-3545, dove l'Autore sottolinea che per quanto «apprezzabile risult[i] il proposito di tutelare al massimo livello la personalità del minore e dei soggetti deboli coinvolti come persone offese nel rito penale», deve considerarsi che «il corredo garantistico apprestato sul punto dal legislatore non è certamente di un profilo così basso come sembra credere la Corte», la quale invece non ha compreso «appieno le ragioni sistematiche che nel nostro ordinamento impongono di non estendere *ad infinitum* l'operatività di un istituto» che «merita comunque di rimanere un'eccezione» all'ordinario *iter* procedimentale; se la salvaguardia del testimone minorenne è infatti una priorità, «altrettanto centrali rimangono i principi di oralità e immediatezza, così come il diritto a confrontarsi con il proprio accusatore, tutti elementi cardine del nostro assetto processuale che non sarebbe azzardato qualificare come ‘valori supremi’».

La direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012 adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio dell'Unione Europea ¹⁸² – che ha sostituito la Decisione quadro n. 2001/220/GAI – ha poi posto la pressante esigenza di apportare modifiche (anche) alla disciplina codicistica, per adattare il nostro procedimento ai principi generali dettati in materia di tutela delle vittime di reato.

La – ritardata – attuazione della cosiddetta direttiva vittime nel nostro Paese è avvenuta con d.lgs. 15 dicembre 2015 n. 212¹⁸³ il quale, nel solco delle accennate modifiche che hanno sfruttato la «plasticità funzionale»¹⁸⁴ dell'incidente probatorio, ha concorso a mutarne ulteriormente i connotati, devolvendo definitivamente l'istituto dell'incidente probatorio speciale alla soddisfazione di esigenze di tutela concernenti non solo i contributi probatori di soggetti minorenni o maggiorenni infermi di mente, ma pure, appunto, la più ampia categoria della vittima di reato «in condizioni di particolare vulnerabilità»¹⁸⁵, in tal modo accentuando le diversità che costituiscono il “doppio binario” dei presupposti di ammissibilità dell'anticipata parentesi giurisdizionale.

Doppio binario che, peraltro, condiziona anche lo stesso *modus* del contraddittorio esperibile in sede di incidente probatorio, poiché, parallelamente all'esigenza che in concreto condiziona l'ammissibilità della parentesi giurisdizionale predibattimentale, il preventivo onere di *discovery* muta contenutisticamente: *ex art. 398 comma 3 c.p.p.*, nel caso in cui in detta sede debba procedersi ad escussione ai sensi dell'art. 392 comma 1

¹⁸² La direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la Decisione quadro 2001/220/GAI, è pubblicata in G.U.U.E., 14 novembre 2012.

¹⁸³ D.lgs. 15 dicembre 2015 n. 212, pubblicato in G.U. n. 3, del 5 gennaio 2016. Per un'analisi immediatamente successiva all'adozione del decreto legislativo è da segnalarsi, seppur rapidamente, l'analisi di M. BOUCHARD, *Prime osservazioni al decreto legislativo sulle vittime di reato*, in *Quest. giust.*, 14 gennaio 2016 (consultabile al sito internet www.questionegiustizia.it, ultimo accesso 7 settembre 2019), per cui l'impianto predisposto per attuare la direttiva «è del tutto inidoneo ad assicurare la conformità del nostro ordinamento alla direttiva sulle vittime» poiché nell'ottica del decreto legislativo «si continua a considerare la vittima come un oggetto, uno strumento – per quanto delicato – nella formazione della prova», mentre non si considera che essa è «'parte' a tutto tondo del processo ... portatrice di interessi non solo civilistici ma anche relativi alla propria integrità psicofisica, alla propria dignità, alla propria libertà, introduce nella dialettica processuale una variante di cui i processualisti dovrebbero cominciare a tenere conto».

¹⁸⁴ S. SAU, *Incidente probatorio*, cit., p. 2.

¹⁸⁵ *Status* che si desume dagli indici di cui all'art. 90-*quater* c.p.p., inserito dall'art. 1 comma 1 lett. b del d. lgs. 15 dicembre 2015 n. 212. Per un'osservazione critica al riguardo, v. O. MAZZA, *Il contraddittorio attutito di fronte ai testimoni vulnerabili*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, cit., p. 120, per cui «il codice non si è ancora adeguato alla moda europea di fornire definizioni generali. Chi siano i testimoni vulnerabili è dunque una questione aperta all'interpretazione. Sono una categoria magmatica», mancando, «una chiarezza definitoria che sarebbe essenziale per iniziare a perimetrare il profilo soggettivo della prova deviante dal modello costituzionale».

c.p.p., ai fini di consentire (per quanto possibile) la parità delle armi, devono essere depositati i verbali delle dichiarazioni precedentemente rese dall'esaminando¹⁸⁶; nel caso, invece, in cui si debba procedere ad esame sui presupposti dell'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p., l'organo dell'accusa deve addirittura assolvere all'obbligo di cui all'art. 393 comma 2-*bis* c.p.p., il quale gli impone di depositare tutti gli atti di indagine compiuti¹⁸⁷.

Peraltro, in riferimento alla rinnovazione della prova in dibattimento (qualora essa si riveli ancora ripetibile, nel caso in cui si sia instaurato l'incidente probatorio ai sensi dell'art. 392 comma 1 c.p.p.), la disciplina differenziata dettata riflette la diversità dei requisiti richiesti per l'instaurazione della parentesi giurisdizionale (art. 190 e 190-*bis* comma 1-*bis* c.p.p., che diversamente subordina il reiterato esame, alla condizione che esso riguardi «fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni» ovvero che «il giudice o taluna delle parti lo riteng[a]no necessario sulla base di specifiche esigenze»).

Tale disciplina diversificata consente una effettiva tutela dei soggetti in condizioni di particolare vulnerabilità, nonostante limiti il diritto alla prova delle parti¹⁸⁸, anche se, prima delle modifiche del 2015, è a lungo risultata mal coordinata con il resto delle

¹⁸⁶ Sul punto, v. le importanti considerazioni svolte da Cass., sez. VI, 26 settembre 2008, C.G., in *C.E.D. Cass.*, n. 40971, per cui «di norma nell'incidente probatorio il pubblico ministero conosce delle indagini molto più dei difensori, ma la scelta di limitare la discovery alle sole dichiarazioni rese in precedenza dal soggetto esaminato appare ragionevolmente connessa alla esigenza di salvaguardare la segretezza delle indagini e sacrifica solo *parzialmente e temporaneamente* [corsivo nostro] le esigenze difensive, che potranno avere piena tutela in sede dibattimentale. Va considerato infatti che seppure le dichiarazioni assunte in incidente probatorio hanno valore di prova ai fini della decisione di merito, di esse non può essere data lettura se non dopo l'esame dibattimentale della persona che le ha rese» per espresso dettato dell'art. 511 comma 2 c.p.p., quindi, «in un contesto ... in cui la piena conoscenza da parte dei difensori degli atti di indagine rende a essi possibile ogni facoltà di contestazione e controdeduzione, venendosi dunque in tal modo a sanare il deficit di informazione che poteva caratterizzare il momento in cui l'incidente probatorio ebbe luogo».

¹⁸⁷ Come osserva, prima della modifica dell'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p. effettuata nel 2015, quindi in riferimento alle istanze di protezione della particolare categoria dei soggetti minorenni, R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, cit., p. 536, il problema consiste nella «mancata inclusione della persona offesa fra i legittimati a instaurare l'incidente probatorio», aspetto che può vanificare l'istanza di protezione del minore, poiché comportando l'onere «di un preventivo deposito integrale degli atti di indagine potrebbe scoraggiare il pubblico ministero» dal richiedere il contraddittorio anticipato, con ciò vanificando una tutela che l'ordinamento tenta di apprestare.

¹⁸⁸ Infatti, come rilevato, dall'art. 511 comma 2 c.p.p. (su cui, v. *infra*, § 6) si evince che sia possibile la ripetizione in dibattimento dell'esame testimoniale reso in sede di incidente probatorio. Come rileva P.P. PAULESU, *Vittima del reato e processo penale: uno sguardo d'insieme (informazioni, diritti, tutele)*, in *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, a cura di M. Bargis – H. Belluta, Torino, 2017, p. 162, per le vittime in condizioni di particolare vulnerabilità, «l'esigenza di attenuare il rischio della vittimizzazione secondaria e di non disperdere le percezioni di chi è in grado di contribuire sensibilmente all'accertamento sospinge verso scelte compromissorie», cosicché il contraddittorio in sede di incidente probatorio «si propone come l'affidabile surrogato di una dialettica dibattimentale lontana ed insidiosa», mentre «l'esame dibattimentale ... rimane sullo sfondo, confinato nell'area di eccezione».

disposizioni dettate, dato che il catalogo dei reati di cui all'art. 190-*bis* comma 1-*bis* c.p.p. non coincideva con quello più esteso contenuto nell'art. 392 comma 1-*bis* c.p.p.: sicuramente la diversità non derivava, però, da una scelta del legislatore, ma dal difficile coordinamento tra le molte novelle legislative susseguites, che hanno reso difficile la conformazione di una disciplina più uniforme e coerente.

I più recenti sviluppi in materia hanno in definitiva continuato ad allontanare la fisionomia dell'incidente probatorio da quella originaria: è proprio la testimonianza della fonte di prova vulnerabile¹⁸⁹ a costituire oggi una delle "interferenze" di maggior rilievo al principio dell'immediatezza, menomando in tal modo parte della capacità epistemica del principio del contraddittorio nella formazione della prova.

Se con le prime novelle legislative, infatti, la *ratio* delle ipotesi di ammissibilità dell'incidente probatorio slegate dal requisito della non rinviabilità era da rinvenirsi sia nel particolare rischio di compromissione della genuinità della prova, dovuto alla «rimozione o deformazione della traccia mnestica»¹⁹⁰ nel caso di testimone minorenni, sia nelle esigenze di tutela del soggetto¹⁹¹, questa è poi venuta in parte mutando e confondendosi¹⁹²; di pari passo il divario tra le nuove ipotesi e quelle previste

¹⁸⁹ Come chiarisce G. UBERTIS, *La prova dichiarativa debole: problemi e prospettive in materia di assunzione della testimonianza della vittima vulnerabile alla luce della giustizia sovranazionale*, in *Cass. pen.*, 2009, X, p. 4059 e 4058, è preferibile l'utilizzo della locuzione «'fonte di prova vulnerabile'» per designare le categorie di vittime che sono «in una situazione nella quale, a cagione delle condizioni di salute o di età, uno stress troppo intenso potrebbe metterne a repentaglio lo sviluppo o l'equilibrio psico-fisico (rischiando inoltre di incidere sulla genuinità del dato probatorio conseguito)», piuttosto che quella di «'prova dichiarativa debole'» poiché quest'ultima può essere causa di equivoci interpretativi, dato che può riferirsi pure a «un esperimento gnoseologico che, per sua natura o per le modalità in cui viene effettuato, è dotato di potenzialità persuasiva ridotta» e per cui è di conseguenza richiesto che sia «suffragato da ulteriori elementi che confortino la conclusione da esso derivabile» (ad esempio, la previsione ex art. 192 comma 2 c.p.p.).

¹⁹⁰ A. CAPONE, *Incidente probatorio e tutela della vittima del reato*, cit., p. 345. L'Autore rileva come trattasi del «congiunto effetto della necessità di rielaborazione del trauma e del decorrere del tempo in una struttura psichica ancora non consolidata» e che, «almeno sotto questo profilo, il nesso tra incidente probatorio e non rinviabilità della prova, pur con qualche forzatura, sembrava confermato» (*ivi*, p. 345-346).

¹⁹¹ «Lo steccato dell'eccezionalità, infatti, era stato eliminato a favore della tutela di soggetti dalla personalità *in fieri*, e quindi psicologicamente deboli, al contempo assicurando al processo il loro contributo probatorio, esposto, più di quello proveniente da persone adulte, al rischio della soggezione alla altrui forza intimidatrice o, più semplicemente a possibili problemi di immaginazione creatrice, di suggestibilità, di emotività, di capacità percettiva e quant'altro, quindi in definitiva, anche di credibilità» (D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 68-69).

¹⁹² Sul punto, v. le considerazioni di A. CAPONE, *Incidente probatorio e tutela della vittima di reato*, cit., p. 346, per cui «la *ratio* dell'incidente probatorio 'speciale' appare ... radicalmente mutata: non più la circoscritta funzione di salvaguardia della testimonianza dei minori, bensì la più ampia e pervasiva esigenza di tutela delle vittime di reato particolarmente vulnerabili. Si tratta di un'esigenza già da tempo richiesta dalla dottrina più sensibile», ma appare chiaro come la questione sia delicata, poiché se «impiegata per

originariamente dal legislatore è stato ampliato pressoché sempre in maniera disorganica, spesso utilizzando anche la tecnica redazionale del rinvio, con ciò complicando notevolmente l'analisi dell'istituto.

Il valore dell'incidente probatorio consiste nel permettere un contraddittorio anticipato per ottenere elementi probatori che altrimenti andrebbero dispersi, allo scopo di evitare che essi giungano in dibattimento dopo essere stati unilateralmente raccolti nella fase delle indagini preliminari. I verbali degli atti formati in sede di incidente probatorio possono così confluire nel fascicolo del dibattimento dopo essere stati sottoposti al vaglio dialettico, seppur a discapito del principio di immediatezza, il quale, comunque, non è tutelato in maniera assoluta dall'ordinamento¹⁹³.

Si tratta, all'evidenza, di un istituto dalla grande utilità, ma al contempo va anche considerato che la notevole estensione della sua applicazione alla categoria delle vittime particolarmente vulnerabili è destinata «a generare una elefantiasi del contraddittorio incidentale»¹⁹⁴ e, parallelamente, ad operare una trasformazione delle prove dichiarative in prove documentali, dato che queste sono trasfuse sempre più frequentemente nei supporti delle videoregistrazioni.

Se il contraddittorio è un valore irrinunciabile per l'ordinamento, per il «giusto processo», l'immediatezza non è invece inscindibilmente collegata ad esso, cosicché essa condiziona solo parte della capacità epistemica del metodo del contraddittorio, non la sua sussistenza; ma per rinunciare ad un canone comunque ispiratore della tradizionale sede deputata all'acquisizione della prova, il dibattimento, pare assumere fondamentale rilievo l'effettiva sussistenza delle particolari esigenze, di volta in volta accertate, dovute alla vulnerabilità del soggetto cui si vuole evitare l'accesso all'agone dibattimentale.

escludere di regola che l'assoluzione o la condanna provengano dal giudice davanti al quale si è formata la prova, non sarebbe improprio riconoscere sotto la nuova maschera *politically correct* della 'tutela della vittima', le vecchie sembianze della 'difesa sociale'. In altre parole, bisogna evitare che «la vittima [venga] accreditata nel processo penale di uno *status*, quello di persona che ha subito il reato, che deve ancora essere dimostrato» (O. MAZZA, *Il contraddittorio attuato di fronte ai testimoni vulnerabili*, cit., p. 122).

¹⁹³ Come rileva, R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, cit., p. 538, nel caso di incidente probatorio volto ad acquisire il contributo probatorio della fonte di prova minorenni, non si pone alcun contrasto «con riferimento al principio del contraddittorio nella formazione della prova: la sua attuazione non è inscindibilmente collegata al principio di immediatezza ... la cui perdita è di gran lunga meno grave rispetto al rischio di un ampio ricorso alla lettura dei verbali d'indagine ex art. 512 c.p.p., giustificato da un'asserita irripetibilità della testimonianza» dovuta all'esigenza di evitare che il minore sia sottoposto allo *stress* dell'esame dibattimentale.

¹⁹⁴ S. RECCHIONE, *La vittima cambia il volto del processo penale: tra le parti "eventuali", la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità*, in *Dir. pen. cont.*, Riv. trim., 2017, I, p. 73.

In altre parole, può considerarsi che indubbiamente l'immediatezza ceda dinanzi ad esigenze di protezione di alcuni soggetti, ma, una volta ampliato notevolmente il catalogo di persone in condizioni di vulnerabilità, sembra necessario un rigoroso accertamento che esse versino effettivamente in questo stato.

Considerando, poi, che buona parte dei reati previsti¹⁹⁵ all'art. 392 comma 1-bis c.p.p. è caratterizzata dalla particolare gravità, ne consegue *ictu oculi* una particolare delicatezza dell'accertamento; in rilievo viene forse anche tale *quid*: l'esigenza che l'ordinamento consenta che la ricostruzione del fatto, in processi in cui si affrontano reati dalle problematiche talmente complesse sia, se possibile e nei limiti del possibile, ancora più rigorosa rispetto all'ordinario¹⁹⁶.

Viceversa, con un allargamento indiscriminato delle ipotesi di incidente probatorio, si legittimerebbe sia un arretramento delle garanzie per l'imputato in materia di prova, sia una ricostruzione fattuale qualitativamente peggiore all'interno della dimensione processuale, in riferimento ad ipotesi in cui essa deve, al contrario, rimanere quanto più rigorosa possibile.

5. Le *fattispecie sussidiarie* nella formazione della prova.

La scelta di prevedere delle cause tassative per cui il metodo del contraddittorio nella formazione della prova *possa* non aver luogo¹⁹⁷ si è rivelata, agli occhi del

¹⁹⁵ La cui tassatività della catalogazione è stata avallata dalla Consulta: cfr. C. cost., ord. 18 dicembre 2002 n. 529, in *Giur. cost.*, 2002, p. 4353.

¹⁹⁶ Si ritiene calzante l'ammonizione di C. BECCARIA, *XXXI: Delitti di prova difficile*, in *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di A. Burgio, Milano, 2012, p. 90-91, «strano parrà, a chi non riflette che *la ragione non è quasi mai stata la legislatrice* [corsivo nostro] delle nazioni, che i delitti o più atroci o più oscuri e chimerici, cioè quelli de' quali l'improbabilità è maggiore, sieno provati dalle conghietture e dalle prove più deboli ed equivoche; quasiché le leggi e il giudice abbiano interesse non di cercare la verità, ma di provare il delitto; quasiché di condannare un innocente non vi è un tanto maggior pericolo quanto la probabilità dell'innocenza supera la probabilità del reato».

¹⁹⁷ Infatti quella prevista all'art. 111 comma 5 Cost. è «previsione tassativa ... nel senso che il legislatore ordinario non può ampliare il novero delle deroghe alla formazione in contraddittorio della prova, rimanendo libero, invece, sia di non prevederne, sia di subordinarne l'operatività a requisiti aggiuntivi»: G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del) – II) Dir. proc. pen.*, cit., p. 8. Sottolineano che la disposizione costituzionale lasci alla discrezionalità del legislatore ordinario la possibilità di prevedere ipotesi nelle quali il contraddittorio concernente la prova possa non trovare attuazione pure P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 141; O. MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, cit., p. 656; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 211.

legislatore costituzionale, «inevitabile»¹⁹⁸, dato l'elemento di rigidità introdotto nel sistema attraverso la previsione di cui all'art. 111 comma 4 primo periodo Cost. e la necessità di vincolare il legislatore ordinario ad una coerente attuazione del metodo *ivi* delineato.

Il 5° comma dell'art. 111 Cost. affida al legislatore il compito di regolare «ipotesi di *fattispecie sussidiarie per la formazione della prova*»¹⁹⁹, prevedendo in maniera rigorosa i casi in cui esse possano essere attuate, cioè «per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita»²⁰⁰.

La disposizione dettata dal legislatore costituzionale pare, in linea di principio, coerente con l'opzione dell'art. 111 comma 4 Cost.²⁰¹, poiché essa non parifica – in quanto a valore epistemico – *ex se* qualsiasi mezzo conoscitivo unilateralmente raccolto durante le indagini preliminari a quello costruito nel contraddittorio maieutico delle parti, ma sancisce che dei requisiti tassativamente previsti possano legittimare una parificazione del dato gnoseologico a quello formato nel contraddittorio²⁰².

È comunque da ritenersi necessario considerare che il legislatore ordinario da una parte possa «non riconoscere particolare rilevanza a simili evenienze», e dall'altra che il vincolo non potrebbe neppure indurre a riconoscere alle ipotesi previste al 5° comma dell'art. 111 Cost. «una rilevanza tale da parificare il difetto di contraddittorio alla sua piena realizzazione»²⁰³.

¹⁹⁸ P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 141.

¹⁹⁹ G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 211.

²⁰⁰ Come rileva G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, III, p. 2104, «si tratta di tre ipotesi che potrebbero sinteticamente denominarsi di contraddittorio 'implicito', 'impossibile' o 'inquinato'».

²⁰¹ Sul punto, v. O. MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, cit., p. 657, per cui «nell'architettura costituzionale sembra del tutto coerente imporre il rispetto del metodo ritenuto migliore per raggiungere la verità e, al tempo stesso facultizzare, ma non certo obbligare, il legislatore a disciplinare eventuali deroghe. Del resto, basti pensare a quanto avviene in relazione all'art. 27 comma 4 Cost. che ammette 'la pena di morte ... nei casi previsti dalle leggi militari di guerra', ma non per questo il legislatore ... si è sentito in dovere di osservare il precetto costituzionale».

²⁰² In altre parole, come precisa G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del) – II* *Dir. proc. pen.*, cit., p. 9, si tratterebbe di tre equazioni: «atto di indagine + consenso; atto di indagine + oggettiva impossibilità; atto di indagine + condotta illecita», che rendono l'esperimento equiparabile alla prova acquisita tramite il metodo del contraddittorio. Pare opportuno, qui, ribadire che non si accoglie la teoria per cui gli atti di indagine e le prove formate nel dibattimento costituiscono due categorie differenti: sul punto, v. *supra*, cap. I, § 4, nota 70.

²⁰³ G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del) – II* *Dir. proc. pen.*, cit., p. 9, dove l'Autore sottolinea che il legislatore potrebbe dare attuazione alla norma costituzionale in maniera compiuta e coerente con il senso della modifica dell'art. 111 Cost., prevedendo, cioè «tra le deroghe consentite, soltanto quelle che siano ... [con il metodo del contraddittorio nella formazione della prova] gnoseologicamente compatibili».

La duplice condizione inevitabile è che, per coerenza sistematica, il legislatore non possa estendere le fattispecie previste oltre l'ambito testuale e – di converso – che pure l'interpretazione dell'art. 111 comma 5 Cost. sia quanto più rigorosa possibile.

La prima ipotesi – il consenso²⁰⁴ – concerne la rinuncia dell'imputato all'esercizio del contraddittorio nelle sue versioni forte o almeno differita sulla fonte di prova²⁰⁵, potendo ritenersi detta previsione epistemologicamente sensata a patto che si considerino impliciti nel dettato costituzionale due requisiti: che il consenso di cui trattasi sia consapevole – e quindi necessariamente successivo all'acquisita cognizione dell'atto rispetto al quale la rinuncia stessa si riferisce –, spontaneo e non equivoco²⁰⁶; che il riferimento letterale al solo «imputato» non consenta un'attuazione, da parte del legislatore ordinario, che non consideri come doveroso che il consenso debba riferirsi pure a tutti gli altri soggetti che sarebbero stati protagonisti del contraddittorio in merito agli atti formati unilateralmente: vale a dire, *in primis*, al pubblico ministero quando si tratti di elementi gnoseologici frutto delle indagini difensive²⁰⁷.

²⁰⁴ ... che, riferendosi esplicitamente al solo imputato nella norma costituzionale di cui trattasi, ha indotto parte della dottrina (erroneamente) a considerare il contraddittorio come garanzia individuale, in quanto tale disponibile. Per tale orientamento v., tra gli altri, P. TONINI, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, cit., p. 1388.

²⁰⁵ L'imputato, cioè, non rinuncia «al metodo del contraddittorio in quanto tale, dato che la dialettica probatoria esterna sempre sussiste quando i soggetti coinvolti dalla regiudicanda siano messi nella condizione di scegliere la strategia per il procedimento probatorio che li riguarda» (G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 211). V. pure ID., *Prova e contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1183, dove l'Autore asserisce che essenziale è infatti «la sola garanzia del contraddittorio in quanto tale» e «non uno dei suoi modi di realizzazione, tra i quali va annoverato il contraddittorio 'forte'». Sul punto, v. pure P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 142, che precisa: «la Costituzione non vincola il legislatore a rendere sistematicamente disponibile il contraddittorio, a decretarne la caduta ogniqualvolta lo chieda l'imputato; autorizza semplicemente a prevedere casi in cui il consenso dell'imputato, insieme ad altri presupposti, determina una più o meno ampia acquisizione al giudizio di prove formate unilateralmente».

²⁰⁶ I requisiti sono enucleati da G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 211.

²⁰⁷ ... *in primis*, poiché portatore di interessi contrapposti rispetto a chi ha formato l'atto unilateralmente; ma non solo: in tale ottica la disposizione comprende pure il responsabile civile, il civilmente obbligato per la pena pecuniaria, così come la parte civile, rispetto all'atto delle investigazioni condotte dal pubblico ministero. Cfr. G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del) – II) Dir. proc. pen.*, cit., p. 10, dove l'Autore osserva che il riferimento al solo imputato è probabilmente riconducibile al fatto che il legislatore costituzionale pensava al consenso dell'utilizzo degli atti di indagine del pubblico ministero perché la riforma della disciplina delle investigazioni difensive «era ancora di là di venire». Sul punto, v. pure ID., *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Quest. giust.*, 2001, VI, p. 1129; E. MARZADURI, sub *art. 1*, in *Commento alla l. cost. 23/11/1999, n. 2*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 800-801. E d'altronde, «accogliere un'esegesi volta a tutelare esclusivamente la posizione del soggetto richiamato dalla lettera normativa» – come chiarisce G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, cit., p. 2104-2105 – «significherebbe sia ledere il principio di parità tra le parti sancito dall'art. 111 comma 2 Cost. che negare lo stesso valore epistemologico del contraddittorio».

La rinuncia sarà motivata – plausibilmente – dal riconoscimento, da parte dell’interessato, della inutilità della propria partecipazione all’attività di costruzione di tale elemento conoscitivo sul presupposto «che l’esito di un esperimento gnoseologico condotto unicamente dalla controparte corrisponda a ciò che si otterrebbe tramite la partecipazione»²⁰⁸ alla contesa dialettica sullo stesso.

Scopo sottinteso della disposizione, evidentemente, è in primo luogo quella di consentire l’accesso a riti deflativi²⁰⁹, come il rito abbreviato, a tal proposito rilevando la matrice consensuale degli stessi in quanto con la loro instaurazione l’imputato accetta l’impiego di una piattaforma probatoria costituita dagli atti raccolti durante le indagini preliminari e quindi *rinuncia ad esercitare* il contraddittorio, in virtù di una scelta strategica²¹⁰. Il consenso unilaterale rileva pure, come accennato, quando è il solo imputato a poter prestare il consenso per sopperire alla mancanza del contraddittorio dibattimentale su un determinato elemento gnoseologico: si tratta dei casi previsti agli art. 238 comma 4 c.p.p. e 513 comma 1 c.p.p.

In secondo luogo, il consenso rileva come componente di un accordo tra le parti, ovvero nelle ipotesi di “prova concordata”²¹¹, definibile anche come una «transazione»²¹² delle parti sul singolo atto d’indagine (art. 431 comma 2, 493 comma 3, 500 comma 7, 513 comma 2 terzo periodo e 555 comma 4 secondo periodo c.p.p.).

²⁰⁸ G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 211. *Contra* questa impostazione, invece, O. MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, cit., p. 657, per cui «in via prognostica una parte non è in grado di affermare che contenuti di provenienza unilaterale, come gli atti di indagine, siano conformi alle conoscenze che potrebbe fornire l’elaborazione dialettica». Si potrebbe obiettare come, invece, proprio in virtù di un processo in cui il contraddittorio in materia assurga al rango di statuto epistemologico, la dialettica probatoria esterna comprenda pure la possibilità di scelte strategiche delle parti, le quali non rinunciano al metodo del contraddittorio in sé, ma più semplicemente al suo esercizio. Nel caso del «consenso dell’imputato» ex art. 111 comma 5 Cost., la scelta avviene in merito all’opportunità di sottoporre al vaglio dialettico gli elementi raccolti in modo unilaterale; nel caso del contraddittorio dibattimentale, le scelte strategiche delle parti intervengono, invece, per determinare le modalità dello stesso. Al riguardo, v. *supra*, § 3.

²⁰⁹ Sul punto, v. H. BELLUTTA, *Contraddittorio e consenso: metodi alternativi per la formazione della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, I, p. 127, per cui il consenso accordato all’impiego di una piattaforma probatoria rappresentata dalle risultanze dell’indagine preliminari, non consentirebbe «di guardare ai riti speciali a prova contratta come a settori elettivi di accordi o consensi guidati da logiche probatorie» e d’altronde è evidente che «[spesso] l’imbocco del rito alternativo al dibattimento sacrifica ... il contraddittorio nella prospettiva di più miti conseguenze negative» (*ivi*, p. 132).

²¹⁰ G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, cit., p. 2104.

²¹¹ G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 212.

²¹² S. BUZZELLI, *Fascicolo dibattimentale “negoziato” e acquisizione probatoria*, in *Ind. pen.*, 2001, I, p. 389.

Nonostante si ritenga necessario assicurare la possibilità che il giudice mantenga anche in dette ipotesi il controllo di cui all'art. 507 comma 1-*bis* c.p.p.²¹³, la categoria stessa di prova concordata sembra, già *in nuce*, incongruente rispetto alla disposizione costituzionale, la quale non contempla casi di trattative fra le parti, e soprattutto in contrasto con il principio di acquisizione processuale²¹⁴.

Peraltro, nonostante un'esegesi letterale delle disposizioni codicistiche possa indurre a ritenere che detto consenso debba provenire da tutte le parti costitutesi²¹⁵, è da ritenere, invece, che esso vada riferito esclusivamente alle parti interessate alla decisione sulla quale influisce l'elemento gnoseologico raccolto unilateralmente²¹⁶.

In tal modo si esclude che il rifiuto all'inserimento nel fascicolo dibattimentale di un atto possa provenire da soggetti per la cui posizione processuale quest'ultimo non rilevi in alcun modo²¹⁷. Di converso, l'accordo stesso si riferirebbe «alle sole questioni concernenti tali due parti» e così «non potrebbe avere effetto relativamente a temi di decisione attinenti ad altre parti che non l'avessero prestato»²¹⁸.

²¹³ G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del) – II) Dir. proc. pen.*, cit., p. 8; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 213. Altrimenti l'oggetto del processo penale sarebbe nella disponibilità delle parti. Sul fondamento di tale indisponibilità, individuato in dottrina ora nell'art. 112 Cost., ora nell'art. 27 Cost., ora nell'art. 13 Cost. vi è una letteratura vastissima: v., per tutti, L. CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria*, Milano, 2007, p. 46 ss. Come efficacemente nota H. BELLUTTA, *Contraddittorio e consenso: metodi alternativi per la formazione della prova*, cit., p. 169, «la 'necessaria' supplenza giudiziale ... tutela l'imparzialità di quell'organo [il giudice] che preferisce agire d'ufficio per la formazione della prova piuttosto che arenare il proprio sapere su atti investigativi liberamente trasformati in fonti legittime di un convincimento sempre più a rischio-passività».

²¹⁴ Se, in ossequio al relativismo probatorio, non contrasta con il principio di acquisizione processuale che «il patrimonio conoscitivo del giudice possa essere limitato», non può invece ammettersi «che un determinato elemento gnoseologico sia nella disponibilità della parte che ne avesse promosso l'introduzione nel procedimento» (G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 212).

²¹⁵ Ci si riferisce all'esordio degli artt. 431 comma 2 e 493 comma 3 c.p.p., per cui «le parti possono concordare l'acquisizione ...».

²¹⁶ ... con le dovute difficoltà in alcuni casi: sugli accordi probatori di cui all'art. 431 comma 2 e all'art. 493 comma 3 c.p.p., v. le considerazioni di G. ANDREAZZA, *Gli atti preliminari al dibattimento nel processo penale*, Padova, 2004, p. 212, dove l'Autore osserva: «in considerazione dell'aspetto, ancora iniziale ed embrionale, del processo, la cui istruzione non è stata ancora aperta, può non essere sempre facile e immediata l'opera di individuazione dell'interesse della parte a consentire o meno all'acquisizione dell'atto al fascicolo; ciò tanto più ove si rifletta che, ove la questione di legittimazione si ponesse, la stessa non potrebbe essere risolta da altri se non dal giudice del dibattimento, peraltro istituzionalmente del tutto all'oscuro della vicenda di merito a lui nota solo per il tramite del capo d'imputazione».

²¹⁷ Sul punto, v. le considerazioni di F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 923: «niente impone intese unanimesi: supponiamo che l'imputato Primus sia d'accordo e Secundus no; o che, concordando pubblico ministero ed imputato, parte civile o responsabile civile o civilmente obbligato alla pena pecuniaria dissentano; le inclusioni convenute non pregiudicano gli estranei. Niente di anomalo nella relatività della prova».

²¹⁸ G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, cit., p. 2104.

Per quanto concerne la seconda delle *fattispecie sussidiarie* previste, l'«accertata impossibilità di natura oggettiva», anche questa è naturalmente da interpretarsi in senso restrittivo. La disposizione, cioè, lungi dall'essere considerata come una «scelta ‘sofferta’»²¹⁹ compiuta dal legislatore costituzionale, si riferirebbe esclusivamente o a strumenti gnoseologici *ex se* incompatibili con il contraddittorio per la prova o a quelli recanti elementi di prova strutturalmente diversi da quelli che si potrebbero ottenere per mezzo della contesa dialettica²²⁰. Così quella del legislatore sarebbe configurabile come una scelta volta a preservare la finalità epistemica dei relativi mezzi di prova, peraltro dovendosi intendere quale scopo dell'espressione «accertata» quello di escludere la possibilità di prevedere presunzioni di sorta da parte del legislatore, interpretando quindi la detta qualità come «indubbia, sicura, innegabile»²²¹. Insomma, stando al dato letterale, il riferimento del legislatore sarebbe esclusivamente agli «atti probatori strutturalmente refrattari alla elaborazione in forma dialettica»²²², perché le “cause oggettive” esterne all'atto che ne determinano l'irripetibilità, «non forniscono una giustificazione epistemologicamente valida»²²³ alla sottrazione al vaglio del contraddittorio dibattimentale²²⁴.

²¹⁹ Così sostenuto da P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 149: l'Autore infatti ritiene che la disposizione si riferisca a circostanze concernenti una 'causa esterna' rispetto allo strumento probatorio, che – imprevedibile – ne comprometta la possibilità di rinnovazione in sede dibattimentale, come il sopravvenire di ostacoli imprevedibili alla ripetizione in contraddittorio di quanto compiuto in sua carenza. Per lo stesso orientamento, v. pure P. TONINI, *L'alchimia del nuovo sistema probatorio: una attuazione del «giusto processo»?*, in *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n. 63)*, a cura di P. Tonini, Padova, 2001, p. 20. Sul punto, v. anche *infra*, § 6.

²²⁰ G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, cit., p. 2105, che pone – rispettivamente – quali esempi: le intercettazioni di comunicazioni, che escludono inevitabilmente un preavviso del loro compimento alla persona sottoposta a indagini; la videoregistrazione di un furto compiuto in un locale deserto. In tale ottica, insomma, è la struttura stessa dell'atto che esclude la possibilità della attuazione del metodo del contraddittorio.

²²¹ G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 214.

²²² G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del) – II* *Dir. proc. pen.*, cit., p. 10. «Come può un evento successivo all'atto di indagine operare una sorta di *feed back* e trasformarlo in prova? ... è operazione soltanto se si condivide l'idea, fatta propria dalla Corte costituzionale negli anni novanta, secondo cui il contraddittorio è un *posterius*, una replica in forma dialettica della acquisizione preprocessuale» (*ivi*, p. 11). Sull'«ideologia» della Corte costituzionale cui l'Autore si riferisce, v. *supra*, cap. I, § 4.

²²³ O. MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, cit., p. 661.

²²⁴ Come osserva G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 215, detta lettura confermerebbe il risultato della nota C. cost., sent. 25 ottobre 2000 n. 440, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1459 ss., su cui v., tra gli altri, L.G. VELANI, *Facoltà di astensione dei prossimi congiunti: il nuovo orientamento della Consulta limita la possibilità di ricorrere all'applicazione dell'art. 512 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 789 ss., «pur pervenendo per altra via», dato che la stessa aveva previsto che l'esercizio della legittima facoltà di astensione dal deporre (art. 199 c.p.p.) non legittimasse il recupero delle dichiarazioni precedentemente rese ex art. 512 c.p.p.

Soluzione, questa, che porterebbe a ritenere costituzionalmente illegittima la tradizionale esegesi delle disposizioni che prevedono l'ingresso nel patrimonio conoscitivo del giudice del dibattimento di atti ad alto *deficit* dialettico, come l'art. 512 comma 1 c.p.p.²²⁵.

La terza ipotesi derogatoria – la «provata condotta illecita»²²⁶ – appare connotata «da una tale vaghezza, che i commentatori hanno avuto buon gioco nell'almanaccare fattispecie riconducibili alla previsione costituzionale»²²⁷.

Questione fondamentale è, in un sistema imperniato sul metodo dialettico – e che considera la comunicazione immediata ed orale quale epistemologicamente migliore modalità espressiva del contraddittorio –, ritenere che la norma costituzionale si riferisca ad una condotta illecita che avvenga 'sul' dichiarante e non a quella che invece provenga 'dal' dichiarante²²⁸. Non bisogna obliterare, infatti, che la falsa deposizione e la reticenza siano un possibile risultato della testimonianza²²⁹; le due condotte integrano un illecito, certo, ma qualora si parta dall'assunto che il metodo dialettico sia il migliore per *scoprire le menzogne* viene naturale impostare coerentemente il problema su una lettura rigorosa della norma e riferirla alle condotte antiggiuridiche effettuate, appunto, 'sul' dichiarante²³⁰.

²²⁵ G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 215. Sul punto, v. *infra*, § 6.

²²⁶ Per il problema dell'atto di indagine acquisito al fascicolo del dibattimento ex art. 500 commi 4 e 5 c.p.p. e la rinnovazione dell'istruzione in giudizio di appello dopo la riforma dell'art. 603 c.p.p., v. *infra*, cap. IV, § 6.

²²⁷ G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del) – II) Dir. proc. pen.*, cit., p. 10. Al riguardo, v. pure C. CONTI, *Sull'ambito applicativo della provata condotta illecita (art. 111 comma 5 Cost.)*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1057, per cui «tra le eccezioni al principio del contraddittorio stabilite dall'art. 111 comma 5 Cost., la più problematica è quella che è prevista in ragione di 'provata condotta illecita'», poiché l'espressione è evidentemente «ermetica».

²²⁸ Sul tema vi è, sostanzialmente, accordo in dottrina. Sul punto v., tra gli altri, G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del) – II) Dir. proc. pen.*, cit., p. 11; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 218-219. In giurisprudenza, v. la nota C. cost., ord. 12 novembre 2002 n. 453, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3733 ss., con nota di M. DOGLIANI, *A cinquant'anni dalla pubblicazione di Concetto*, limiti e procedimento della revisione costituzionale di *Costantino Mortati: la babele delle lingue permane*, dove la Consulta asserisce: «mentre le condotte illecite poste in essere da altri 'sul' dichiarante incidono sulla sua 'libertà di scelta', invece quelle realizzate 'dal' dichiarante *sua sponte* presuppongono quest'ultima: l'autonoma decisione del teste di non rispondere [o di mentire] in dibattimento ... è una scelta illecita, ma comunque libera; con la conseguenza che solo nel primo caso, e non nel secondo, è ipotizzabile – non operando la preclusione ... – l'acquisizione al materiale probatorio di dichiarazioni unilateralmente raccolte nel corso delle indagini preliminari» (*ivi*, p. 3738).

²²⁹ Cfr. G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 219.

²³⁰ *Contra* questa tesi, invero non parendo cogliere nel segno, A. MAMBRIANI, *Giusto processo e non dispersione delle prove*, Piacenza, 2002, p. 428.

L'acquisizione al fascicolo del dibattimento, in questa terza fattispecie, si basa allora su di una massima d'esperienza²³¹ ed è volta a "neutralizzare" gli effetti della condotta antiggiuridica cui il dichiarante è stato sottoposto; la condotta illecita 'esterna', infatti, assume un valore epistemico «perché la sua stessa esistenza insinua il dubbio dell'adulterazione sul comportamento successivo della fonte di prova che ne sia stata vittima»²³². Anche in detto caso, conseguentemente, può ritenersi che l'imputato rinunci – implicitamente, ma inequivocabilmente – all'esercizio del contraddittorio, ritenendo superflua la sua partecipazione alla formazione del dato probatorio, tanto che egli privilegia, per i suoi fini, la condotta illecita²³³.

Merita inoltre segnalare come il testo dell'art. 500 comma 4 c.p.p., nell'attuazione della previsione costituzionale non dia rilevanza alla provenienza soggettiva di detta condotta illecita («violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità»), cosicché essa è riferibile all'imputato quanto ad un terzo interessato al risultato del processo nei suoi confronti, sempre purché agisca per conto dell'imputato²³⁴.

²³¹ Massima d'esperienza di questo tipo: «quando un dichiarante tace in dibattimento perché è stato minacciato, le precedenti dichiarazioni potrebbero rivelarsi attendibili o comunque utili all'accertamento dei fatti. Pertanto non è possibile sottoporle al vaglio critico dei giudici»; quindi «non è detto che le precedenti dichiarazioni siano automaticamente vere; ma appare irragionevole sottrarle al libero apprezzamento del giudice»: C. CONTI, *Sull'ambito applicativo della provata condotta illecita (art. 111 comma 5 Cost.)*, cit., p. 1057. «La dichiarazione», cioè, «acquisisce il rango di prova non già per virtù propria, ma per il verificarsi di quella condizione successiva e ad essa estrinseca (l'illecito intervento sul dichiarante), alla quale la legge associa una sorta di effetto retroattivo» (R. ORLANDI, *Linee applicative dell'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di G. Di Chiara, Torino, 2009, p. 367). Come nota P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, cit., p. 165, «l'acquisizione al fascicolo dibattimentale converte le originarie dichiarazioni in prove, ma, com'è ovvio, non esonera il giudice dal vagliarne accuratamente l'attendibilità, che non può essere dedotta» dal fatto che il dichiarante sia stato vittima di una condotta illecita.

²³² G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 219; sul punto v. pure P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 157, per cui «il requisito minimo» per l'applicazione del metodo del contraddittorio nella formazione della prova «è che chi parla nel processo abbia libertà di dire, il vero come il falso: quando questa manchi, l'interrogatorio non ha senso, è come se il teste fosse divenuto inabile a deporre, metaforicamente morto ai fini della prova». Diversamente, secondo O. MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, cit., p. 666, «nel caso di falsa testimonianza [effetto di un'azione illecita sul dichiarante] la prova si [è] comunque formata nel contraddittorio» e per questa ragione non vi sarebbe esigenza di sopperire alla mancata formazione della prova, permettendo un uso pieno, da parte del giudice delle pregresse dichiarazioni, cosicché «l'azione di condizionamento del dichiarante verrebbe ad assumere rilevanza non già nel momento acquisitivo della prova, bensì [soltanto] in quello della sua valutazione».

²³³ Cfr. G. UBERTIS, *Eterogenesi dei fini e dialettica probatoria nel rito abbreviato* (2009), in ID., *Argomenti di procedura penale*, III, cit., p. 154. Per la giurisprudenza europea, v. C. eur. dir. uomo, grande camera, sent. 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 123.

²³⁴ V. C. CONTI, *Sull'ambito applicativo della provata condotta illecita (art. 111 comma 5 Cost.)*, cit., p. 1060, per cui le indebite pressioni sul teste dovrebbero provenire esclusivamente «dall'imputato o dalla sua organizzazione criminale». Invero, è da considerare che «più generalmente ... fondare una condanna,

Similmente a quello che avviene nei casi di «consenso», di conseguenza, nell'ipotesi in cui un teste debba deporre contro più imputati, ma soltanto uno di questi abbia posto in essere la «provata condotta illecita», dovendosi ritenere la sottrazione al confronto dialettico rispetto agli altri coimputati «libera» e quindi contraria al *right of confrontation*, un recupero indiscriminato delle precedenti dichiarazioni contrasterebbe con l'art. 111 comma 4 secondo periodo Cost.²³⁵.

6. Il regime delle letture dibattimentali.

La disciplina delle letture «può essere considerat[a] come la ‘cartina di tornasole’»²³⁶ del sistema processuale, dato che la sua analisi critica permette di controllare l'*an* ed il *quomodo* della effettiva attuazione delle scelte di valore enunciate dal legislatore.

Il principio espresso all'art. 111 comma 4 primo periodo Cost., infatti, comporta la precisa regola per cui le dichiarazioni raccolte unilateralmente nel corso delle indagini preliminari non possano essere utilizzate come prove per la colpevolezza dell'imputato²³⁷, se non nei casi espressamente contemplati al 5° comma dell'art. 111 Cost.²³⁸.

Tale regola si esprime essenzialmente nelle previsioni di cui all'art. 500 commi 2 e 3 c.p.p. dove è consentita, fermi i limiti previsti dalla disciplina delle letture, la lettura ai fini contestativi di dichiarazioni precedentemente rese dallo stesso teste, in relazione ai

esclusivamente o in maniera determinante [corsivo nostro], su quanto asserito da una persona per la quale non si sia avuta un'occasione adeguata e sufficiente di esame da parte di un accusato non responsabile di tale situazione implica certamente una violazione dell'art. 6 Conv. eur. dir. uomo» e dell'art. 111 comma 4 secondo periodo Cost. (G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 219).

²³⁵ Come sostenuto da G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 220.

²³⁶ P.P. RIVELLO, *Letture consentite e vietate*, in *D. disc. pen.*, vol. VII, 1993, p. 405.

²³⁷ La quale può essere considerata «la regola d'oro del processo penale» (P. FERRUA, *La dialettica regola-eccezioni nell'impianto dell'art. 111 Cost.: il quadro sistematico*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, cit., p. 4). In giurisprudenza, v. C. cost., ord. 26 giugno 2002 n. 293, in *Giur. cost.*, 2002, II, p. 2111 ss., per cui «la prima parte del quarto comma dell'art. 111 Cost., ‘con il quale il legislatore ha dato formale riconoscimento al contraddittorio come metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio’ (sent. 32 del 2002), esprime una generale regola di esclusione probatoria (ord. n. 36 del 2002), in base alla quale nessuna dichiarazione raccolta unilateralmente durante le indagini può essere utilizzata come prova del fatto in essa affermato, se non nei casi, eccezionali, contemplati dal» 5° comma dell'art. 111 Cost. «di consenso dell'imputato, di accertata impossibilità di natura oggettiva di formazione della prova in contraddittorio, di provata condotta illecita» (*ivi*, p. 2115).

²³⁸ V. *supra*, § 5.

fatti ed alle circostanze su cui egli abbia già depresso in dibattimento, le quali però potranno essere valutate dal giudice esclusivamente in riferimento alla credibilità del dichiarante, con ciò implementando la resa stessa dell'esame incrociato²³⁹.

Pare necessario premettere che la effettiva attuazione delle scelte di valore non comporta, però, che la sequenza procedimentale debba essere conforme ad uno schema teorico-astratto, ma che possieda la «capacità di rispettarne i principi-base» ed al contempo di non dimenticare «l'esigenza di una effettiva 'praticabilità' e funzionalità dell'insieme»²⁴⁰, cosicché la questione centrale concerne l'ampiezza della *contaminatio* da parte di atti formati nella fase predibattimentale.

Le precise scelte epistemologiche, nel solco delle quali il legislatore si è mosso, esigono quindi la più grande attenzione al regime che regola *ciò che* nel processo può entrare a pieno titolo quale dato gnoseologico utilizzabile ai fini della decisione.

Pare evidente, allora, in tale ottica, che non sia la lettura in sé a rappresentare un elemento di discrasia nel processo penale. Anzi, *a fortiori* accogliendo una nozione di

²³⁹ ... «i locutori mutevoli inducono sospetto» (F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 885). Semplificando, l'uso probatorio delle dichiarazioni contestate al teste in dibattimento sarà esclusivamente di tipo indiretto: «nella sentenza il giudice potrà dire che non crede che sul luogo del delitto vi fosse una Fiat Croma perché il teste ha indicato un'altra auto nelle indagini preliminari. Non potrà invece affermare che la macchina coinvolta nell'episodio fosse una Alfa 90» (E. AMODIO, *Il dibattimento*, in *Il nuovo processo penale dalle indagini preliminari al dibattimento*, Milano, 1989, p. 100, come riportato da G. UBERTIS, *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, cit., p. 521). Sul punto, v. pure M. BARGIS, *Studi di diritto processuale penale*, Torino, 2002, p. 46 ss.; P. FERRUA, *La dialettica regola-eccezioni nell'impianto dell'art. 111 Cost.: il quadro sistematico*, cit., p. 4-5; E. MARZADURI, *La riforma dell'art. 111 Cost. tra spinte contingenti e ricerca di un modello costituzionale del processo penale*, in *Legisl. pen.* 2000, p. 790 ss. In prospettiva fortemente critica della prassi sviluppatasi in riferimento alle contestazioni, invece, v. A. PAGLIANO, *Le discrasie del sistema processuale penale italiano in tema di letture e contestazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, XII, p. 1532, per cui spesso accade «nella prassi giudiziaria che il testimone chiamato a rendere dichiarazione, non ricordando una o più circostanze della deposizione resa in sede di indagine, a seguito di contestazione del precedente difforme, affermi che se la dichiarazione originariamente resa era stata tale, essa è certamente da considerarsi vera, pur continuando a non ricordar[la]»; per l'Autore, dunque, «sotto l'insegna di un formale rispetto ... del contraddittorio, nella sostanza tale prassi svuota completamente la garanzia dell'imputato di controesaminare il teste ostile perché ... non può essere oggetto di controinterrogatorio un mancato ricordo», che però funge da «convalida sulla veridicità di una precedente dichiarazione» (*ivi*, p. 1532). La tesi non appare, però, pienamente convincente, poiché, nonostante la prassi suddetta sia indubbiamente da ritenersi deviante, il problema potrebbe spesso rinvenirsi più nella (ormai generale) situazione di durata *non* ragionevole dei procedimenti, che nell'uso distorto dello specifico strumento della lettura-contestazione ad opera della prassi, volto ad una elusione del metodo del contraddittorio. Se la contestazione, infatti, si riferisce ad una dichiarazione effettuata in un momento temporalmente molto distante dalla fase dibattimentale, può sembrare credibile (se non addirittura fisiologico) che il teste non ne ricordi il contenuto, vanificando, invero, *la totalità* dei principi ispiratori del dibattimento e lo scopo stesso del processo, non solo l'utilità del meccanismo della lettura-contestazione.

²⁴⁰ P.P. RIVELLO, *Letture consentite e vietate*, cit., p. 406, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente.

oralità meno polivalente, la lettura dello scritto²⁴¹ ha una valenza eminentemente positiva: nel nostro sistema infatti, quando consentita (art. 511 comma 1 c.p.p.), «la lettura dell'atto funge da premessa indispensabile per la sua acquisizione al giudizio»²⁴²; essa cioè, in linea di principio, permette all'atto di indagine di spogliarsi del carattere «di monodicità, unilateralità e segretezza, per filtrare *coram partibus* e nella maieutica del contraddittorio, nel materiale legittimamente acquisito di cui il giudice si avvale per decidere»²⁴³.

Non è quindi sufficiente che gli atti siano contenuti nel fascicolo del dibattimento (art. 431 c.p.p.) «per ottener[ne] la *conoscenza ufficiale*»²⁴⁴, perché la modalità di acquisizione prescelta dal codice consiste appunto nella lettura, surrogabile soltanto nell'ipotesi prevista dal 5° comma dell'art. 511 c.p.p. con l'indicazione specifica degli atti utilizzabili ai fini della decisione, con i limiti *ivi* previsti: che il giudice disponga comunque la lettura, qualora si tratti di verbali di dichiarazioni ed una parte ne faccia richiesta, ovvero, se si tratti di altri atti, ugualmente ne disponga la lettura qualora vi sia «un serio disaccordo» sul contenuto di essi. Senza la lettura di cui all'art. 511 comma 1 c.p.p. o l'indicazione specifica degli «atti utilizzabili ai fini della decisione»²⁴⁵, essi, pur se confluiti nel fascicolo dibattimentale, non possono quindi considerarsi «legittimamente acquisiti» ai sensi dell'art. 526 c.p.p.

È quindi l'analisi *degli atti* suscettibili di lettura-acquisizione²⁴⁶ che permette di cogliere la reale portata delle regole prima espresse dal codice di rito e poi ribadite dalla Carta costituzionale, perché la presenza di elementi spuri, di difficile coordinamento con

²⁴¹ Come rileva S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 57, alla ridefinizione del vocabolo “oralità”, in un processo ispirato al metodo del contraddittorio, corrisponde anche una diversa concezione della scrittura, poiché «lo scritto – *id est* la documentazione scritta – è l'apparato materiale che sostiene e alimenta il dinamismo dialettico nell'istruzione *in iudicio*: anello di congiunzione con gli atti e le dichiarazioni rese negli stadi prodromici, rende possibile sia le contestazioni, sia le letture». Sul punto, in riferimento alle esasperazioni dell'oralità comportanti il totale ripudio della scrittura nell'epoca della Rivoluzione francese, v. pure *supra*, § 2, nota 68.

²⁴² P. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, cit., p. 301.

²⁴³ M. BAZZANI, *Art. 511 c.p.p.: lettura dibattimentale di atti originariamente irripetibili*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, III, p. 773, dove l'Autore aggiunge: «se così non fosse, resterebbe da domandarsi per quale ragione il legislatore abbia prescritto un'ulteriore formalità, quando al giudice fosse consentito, molto più semplicemente, trarre il convincimento dall'atto scritto, anziché disporre pubblica rievocazione».

²⁴⁴ G. UBERTIS, *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, cit., p. 535.

²⁴⁵ Per un'opinione critica circa la formulazione del 5° comma dell'art. 511 c.p.p., v. S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 157, per cui «nell'odierno sistema», piuttosto che riecheggiare l'art. 466-*bis* c.p.p. abr., «sarebbe stato meglio prendere le distanze dal lessico precedente e introdurre un inciso diverso, del tipo ‘atti da intendersi acquisiti’, ... per uscire dagli equivoci che ancora circondano la funzione acquisitiva della lettura, simbolica o concreta che sia».

²⁴⁶ Per la distinzione tra «lettura-contestazione con o senza allegazione» al fascicolo del dibattimento, da un lato e – dall'altro – «lettura-acquisizione», v. M. NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989, V, p. 281-282.

il sistema, tra il materiale gnoseologico utilizzabile dal giudice per la deliberazione della sentenza «provoca scontri con i pilastri che conferiscono stabilità all'intero impianto»²⁴⁷, improntato alla costruzione degli elementi gnoseologici in sede dibattimentale, nel contraddittorio fra le parti.

In tale ottica, in via sistematica bisogna considerare che il codice di rito ha optato per l'inversione del rapporto regola-eccezione rispetto al sistema delineato dal codice Rocco²⁴⁸, operata dalla disposizione di chiusura in materia, l'art. 514 c.p.p., e dunque che, «nell'ambito delle letture ammesse, vige un basilare principio di tassatività»²⁴⁹.

Conforme a tale impostazione è, quindi, il «principio di sussidiarietà»²⁵⁰, cioè la previsione di cui all'art. 511 comma 2 c.p.p. per cui, anche se consentite, alle letture dei verbali di dichiarazioni precedentemente rese si dà luogo solo dopo l'esame dibattimentale della fonte di prova che le ha rese, a meno che l'esame non abbia luogo.

Piuttosto, il problema è che l'art. 511 c.p.p., enucleando gli atti la cui lettura è permessa allo scopo quindi di «consentirne una sorta di vaglio dibattimentale»²⁵¹, rinvia implicitamente all'art. 431 c.p.p. che definisce il contenuto del fascicolo del dibattimento.

Nulla quaestio, naturalmente, per i verbali degli atti assunti in sede di incidente probatorio da esso contemplati poiché, derogando alla sola immediatezza, la parentesi

²⁴⁷ S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 61. «Formuliamol[a] così: ripugna all'economia del lavoro decisorio escludere dal dibattimento ogni parola anteriore; ma se questo materiale fosse indiscriminatamente valutabile, ... ecco decisioni su prove costituite fuori dal contraddittorio» (F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 701). Analogamente, secondo D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 153-154, nell'ipotesi in cui «la piattaforma delle letture rimanga confinata nello spazio proprio dell'eccezione si potrà dire garantito il contraddittorio 'per la prova', mentre si assisterà ad un appiattimento del principio nella limitata regola di contraddittorio 'sulla prova' se quell'istituto assurga a strumento cognitivo privilegiato, o comunque prevalente, rispetto al 'metodo orale'», poiché, per l'Autrice, «la lettura incide in modo diretto sul principio dell'oralità-immediatezza, canone senza il quale ... il contraddittorio dibattimentale è estenuato a formalistico antagonismo, decurtato della effettiva capacità maieutica che è, invece, la sua connotazione autentica».

²⁴⁸ V. *supra*, § 3. Per un'analisi delle degenerazioni legislative – ma anche e soprattutto giurisprudenziali – in materia registratesi durante la vigenza del codice Rocco, v. P. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, cit., p. 295 ss.

²⁴⁹ D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 157. All'attuale codice, cioè, va riconosciuto «il merito di aver voluto comunque limitare l'area delle letture, ... inserendo conseguentemente la tematica in esame in una logica di eccezionalità» (P.P. RIVELLO, *Letture consentite e vietate*, cit., p. 405-406). Sottolinea l'eccezionalità della modalità acquisitiva della lettura, e di conseguenza la non suscettibilità di applicazione analogica degli art. 511, 512 e 513 c.p.p., in giurisprudenza, *ex multis*, Cass., sez. VI, 20 settembre 1993, Capodicasa, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1269 ss.

²⁵⁰ S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 109.

²⁵¹ D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 161, che alla nota 25 precisa che in detto caso la prova previamente formata è sottoposta ad un «contraddittorio 'sulla' prova».

giurisdizionale anticipata ha viceversa garantito il contraddittorio²⁵² nella costruzione dell'elemento gnoseologico confluito nel fascicolo del dibattimento.

Appare evidente, invece, che l'espressione all'art. 431 comma 1 lett. *b* e lett. *c* c.p.p. «atti non ripetibili» riferita agli atti compiuti dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero (e dal difensore) e non ulteriormente precisata, sia affetta da una grave «carezza definitoria»²⁵³ e possa quindi entrare in pericolosa tensione con il metodo del contraddittorio nella formazione della prova, qualora interpretata elasticamente.

Si è già rimarcata la necessità che, *a priori*, la locuzione «accertata impossibilità di natura oggettiva», di cui all'art. 111 comma 5 Cost., sia letta in senso rigoroso²⁵⁴, conformemente al dettato costituzionale, cosicché l'irripetibilità di cui trattasi andrebbe naturalmente intesa come «strutturalmente congenita all'atto e dunque sempre verificabile *ex ante*»²⁵⁵.

Il problema sorge dal fatto che la tradizionale esegesi da parte della dottrina del concetto di “impossibilità di ripetizione”, però, individua una dicotomia tra la forma di irripetibilità di cui all'art. 431 c.p.p., cui rimanda l'art. 511 comma 1 c.p.p., e quella cui subordinano la leggibilità eventuale, e quindi l'acquisizione, disposizioni come l'art. 512 comma 1 c.p.p.

Per tale orientamento, se congenita l'irripetibilità avvalorerebbe l'inclusione *ab origine* nel fascicolo dibattimentale; se sopravvenuta e non prevedibile essa invece comporterebbe la lettura ai sensi della differente nozione di “non ripetibilità” quale intesa dall'art. 512 c.p.p.²⁵⁶, che fa però riferimento alla lettura di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero; invece, se prevedibile, l'atto avrebbe dovuto essere assunto

²⁵² V. *supra*, § 4.

²⁵³ S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 70-68, dove l'Autrice aggiunge: «l'irripetibilità non appare definibile in via analitica, essendo presente in contesti eterogenei che finiscono con l'esaltarne l'estrema polisemia».

²⁵⁴ Per i motivi addotti a sostegno di tale interpretazione, v. *supra*, § 5.

²⁵⁵ P. FERRUA, *Imputato e difensore nel nuovo processo penale* (1988), in ID., *Studi sul processo penale*, cit., p. 44. E, d'altronde, in questi casi «il deficit dialettico non procura alcun pregiudizio epistemologico»: si pensi ad una intercettazione telefonica: «una strutturazione in forma dialettica dell'atto ne comprometterebbe irreparabilmente la capacità di produzione cognitiva» (G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del) – II* *Dir. proc. pen.*, cit., p. 11), poiché – come rileva E. FASSONE, *Garanzia e dintorni: spunti per un processo non metafisico*, in *Quest. giust.*, 1991, p. 133 – «nessuna centralità del dibattimento può sacrificare quelle prove che si formano necessariamente prima e fuori del dibattimento, come le intercettazioni, gli atti a sorpresa, i documenti e così via».

²⁵⁶ In tal senso, *ex multis*, v. C. CESARI, *Dichiarazioni irripetibili e metodo dialettico: i problemi di una coesistenza difficile*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, cit., p. 237; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 799 e 886; R. D'ISA, *Osservazioni sulla disciplina del fascicolo per il dibattimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1102 ss.; P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 149 ss.

ricorrendo all'incidente probatorio e quindi la sua acquisizione al dibattimento si porrebbe in netto contrasto con l'art. 111 comma 4 secondo periodo Cost. e la sua trasposizione codicistica, l'art. 526 comma 1-*bis* c.p.p.

L'orientamento appena esposto però non pare cogliere nel segno, poiché manifestamente sfilaccia «le maglie dell'eccezione normativa»²⁵⁷ riferendo l'impossibilità di cui all'art. 512 c.p.p. non alla natura dell'atto²⁵⁸, ma ad una causa esterna ad esso, con ciò esorbitando dal dettato di cui al 5° comma dell'art. 111 Cost.

Una lettura esegetica volta a valorizzare l'accertata impossibilità *di natura oggettiva* come concernente solo ed esclusivamente la struttura stessa dell'atto, quindi coerente con il principio del contraddittorio nella formazione della prova, porterebbe non solo a considerare costituzionalmente illegittimo l'art. 512 comma 1 c.p.p., interpretato come esposto *supra*, ma pure gli art. 238 comma 3, 512-*bis* e 513 comma 2 secondo periodo c.p.p., basati su identica *ratio* e che permettono l'ingresso nel patrimonio utilizzabile ai fini della deliberazione di materiale ad altissimo *deficit* dialettico, sempre sul presupposto che si tratti di atti la cui ripetizione in contraddittorio si è rivelata impossibile per circostanze imprevedibili. Stando, quindi, alla regola dettata dall'art. 111 comma 4 secondo periodo Cost. e trasposta letteralmente nell'art. 526 comma 1-*bis* c.p.p., che si riferisce alla prova della «colpevolezza dell'imputato»²⁵⁹, gli elementi in tal modo formati ed acquisiti al dibattimento – che potrebbero altrimenti assumere «la vestigia di strumento eversivo per il sistema»²⁶⁰ – sarebbero da considerarsi non utilizzabili, appunto, *contra reum*, quantomeno se adoperati in maniera esclusiva o comunque determinante per la condanna del medesimo, sempre che non sia applicabile la diversa ipotesi della «condotta illecita» effettuata 'sul' dichiarante²⁶¹.

²⁵⁷ G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale* (2003), in ID., *Argomenti di procedura penale*, II, Milano, 2006, p. 25.

²⁵⁸ V. *supra*, § 5.

²⁵⁹ Secondo V. GREVI, *Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio (dagli insegnamenti della Corte costituzionale al progettato nuovo modello di «giusto processo»)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, III, p. 850, quella introdotta dall'art. 111 comma 4 secondo periodo Cost. sarebbe configurabile come una «inutilizzabilità probatoria di tipo relativo».

²⁶⁰ D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 159.

²⁶¹ Cfr. G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 215. Sottolinea la necessità di interpretazione della «accertata impossibilità oggettiva» come inerente ai soli atti strutturalmente incompatibili con il contraddittorio nella loro formazione anche O. MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, cit., p. 663; ID., *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale probatorio preconstituito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, IV, p. 1537.

Viceversa, vi è anche chi ritiene, percorrendo una “via intermedia”, che «le dichiarazioni che non è più possibile assumere in forma dialettica», non rilevando in tal senso se per causa oggettiva o soggettiva, prevedibile o imprevedibile, dovrebbero valere esclusivamente «come elementi di conferma o di falsificazione della prova in senso proprio»²⁶²; siffatta impostazione coglie nel segno in riferimento alla negazione della possibilità, per il giudice, di utilizzare ai fini della deliberazione atti probatori assunti in totale carenza di contraddittorio, così allineando il nostro indirizzo a quello seguito a lungo dalla Corte di Strasburgo in materia²⁶³, ma non pare convincere pienamente, a livello sia logico che epistemico, quando prevede la possibilità di utilizzo di detti elementi gnoseologici ai fini di prova indiretta: «se qualcosa ha una valenza nulla, non potrebbe servire per alcunché»²⁶⁴.

²⁶² G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del) – II Dir. proc. pen.*, cit., p. 12., da cui è tratta pure la citazione immediatamente precedente.

²⁶³ ... almeno prima del parziale *overruling* effettuato da C. eur. dir. uomo, grande camera, sent. 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery* c. Regno Unito, § 120 e 147, in cui la Corte di Strasburgo ha ritenuto che, ai fini del rispetto dell’art. 6 Conv. eur. dir. uomo, qualora la fonte di prova non sia ammessa al circuito probatorio, l’assenza possa ritenersi giustificata esclusivamente qualora l’omesso confronto con la difesa sia dovuto ad un evento non imputabile in alcun modo all’autorità giudiziaria e ciò sia compensato da adeguate garanzie procedurali, atte a salvaguardare la *fairness* processuale; si tratta del cosiddetto «*contraddittorio riequilibrato*» (G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 207). Tale orientamento del giudice europeo è stato poi ribadito, con ulteriori precisazioni, da C. eur. dir. uomo, grande camera, sent. 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili* c. Germania. Prima di tale mutamento di indirizzo, diversamente, le pronunce della Corte di Strasburgo si muovevano nel consolidato solco di ritenere che la dichiarazione non formata in contraddittorio fosse inidonea a fondare esclusivamente o in modo determinante una sentenza di colpevolezza: cfr., *ex multis*, C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 13 ottobre 2005, *Bracci* c. Italia; C. eur. dir. uomo, sez. I, sent. 5 dicembre 2002, *Craxi* c. Italia; C. eur. dir. uomo, sez. II, sent. 7 agosto 1996, *Ferrantelli* c. Italia; si trattava del cosiddetto «*contraddittorio almeno differito sulla fonte di prova*» (ID., *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 207). «Dal punto di vista operativo, l’esclusivo accertamento del valore unico o determinante della testimonianza resa in difetto di contraddittorio cede il posto a una triplice verifica, significativamente definita ‘*Al-Khawaja test*’: serve una valida ragione, non imputabile all’autorità procedente, che giustifichi la mancata comparizione del testimone in dibattimento (*step 1*); occorre accertare se la testimonianza dell’assente costituisca la ‘prova unica o determinante’ (*step 2*); bisogna ricercare l’esistenza di fattori di bilanciamento, i quali permettano comunque di vagliare l’attendibilità del testimone assente e delle sue accuse, salvaguardando l’esigenza della difesa di metterla in discussione (*step 3*)» (R. CASIRAGHI, *I nuovi approdi “europei” del diritto al confronto*, in *Cass. pen.*, 2019, III, p. 1366). Per un quadro analitico della giurisprudenza europea in seguito all’adozione dell’«*Al-Khawaja test*», v. ID., *Conferme e smentite della Grande camera in materia di testimoni assenti*, *ivi*, 2016, p. 2631 ss.

²⁶⁴ G. UBERTIS, *Prova e contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1184, dove l’Autore aggiunge esemplificativamente: «l’aggiunta dello zero ad altri numeri non ne cambia il valore». V. pure ID., *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 217, dove si precisa che, «comunque venga intesa la locuzione ‘impossibilità di natura oggettiva’», è da sottolineare come debba considerarsi «vietata una ricostruzione fattuale unicamente basata su un sostegno reciproco tra risultati conoscitivi affetti dallo stesso vizio dialettico» e quindi l’uso di un dato gnoseologico estraneo al contraddittorio potrebbe essere «normativamente permesso», esclusivamente, «per vagliare l’attendibilità di fonti e/o mezzi di prova concernenti esperimenti istruttori [solo se] dialetticamente assunti». In giurisprudenza, per una soluzione coerente con tale indirizzo, v. Cass., sez. III, 20 giugno 2102, n. 28988, Angelozzi, in *Cass. pen.*, 2013, p. 4079.

Una ricostruzione così rigorosa, però – come detto – non trova conferma in buona parte della dottrina²⁶⁵, che viceversa considera l'«impossibilità di natura oggettiva» di cui all'art. 111 comma 5 Cost. come ricomprensivo di situazioni imprevedibili ed esterne allo strumento gnoseologico, tali da consentire di non procedere legittimamente all'esame dibattimentale nei casi in cui il dichiarante sia «morto, irreperibile o divenuto inabile a deporre»²⁶⁶, né in giurisprudenza (anche se essa, tuttavia, sulla scorta di un'interpretazione convenzionalmente orientata²⁶⁷, esige ora che le dichiarazioni unilateralmente formate e acquisite in dibattimento tramite lettura, se decisive²⁶⁸, siano riscontrate da altri elementi di prova²⁶⁹).

²⁶⁵ Per tale dottrina, v. *supra*, nota 256.

²⁶⁶ P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 165.

²⁶⁷ È appena il caso di notare che, se prima del parziale *overruling* effettuato dal giudice di Strasburgo nel 2011 (v. *supra*, nota 263) tale interpretazione era comunque insufficiente a rispettare i parametri europei in materia, a seguito del nuovo indirizzo della Corte europea dei diritti dell'uomo le distanze «si sono, se non azzerate, notevolmente affievolite» (R. CASIRAGHI, *I nuovi approdi "europei" del diritto al confronto*, cit., p. 1373), tanto che si è prevista una «riduzione del contenzioso con l'Europa» (F. ZACCHÈ, *Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti*, in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2012, consultabile al sito internet www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso 30 agosto 2019), p. 5). Sul punto, v., ampiamente, R. CASIRAGHI, *Conferme e smentite della Grande camera in materia di testimoni assenti*, cit., p. 2627 ss.; ID., *I nuovi approdi "europei" del diritto al confronto*, cit., p. 1373 ss.; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 216-217; F. ZACCHÈ, *Ennesima condanna dell'Italia per violazione del diritto al confronto*, in *Dir. pen. cont.*, 2 novembre 2017, consultabile al sito internet www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso 7 agosto 2019), p. 291 ss. Merita qui ricordare, però, come non manchino tutt'ora anche «prassi devianti che, con riguardo alla testimonianza di soggetti vulnerabili (minori, *in primis*), prescindono dall'esame in contraddittorio, ancorché anticipato e disposto con modalità protette attenuative del confronto» (R. CASIRAGHI, sub art. 6, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis – F. Viganò, Torino, 2016, p. 224).

²⁶⁸ ... poiché qualora il dato gnoseologico unilateralmente formato non abbia un peso rilevante ai fini della condanna, non si pone il problema di ricercare elementi di riscontro: cfr. Cass., sez. fer., 1° agosto 2013, n. 35729, Agrama e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 2565676.

²⁶⁹ Cfr. Cass. sez. un., 25 novembre 2010, D.F., n. 27918, in *Cass. pen.*, 2012, III, p. 858 ss., con nota di P. SILVESTRI, *Le sezioni unite impongono rigore per l'acquisizione e l'utilizzazione delle dichiarazioni predibattimentali rese senza contraddittorio da persona residente all'estero*, che, con maggior cautela rispetto alla tradizionale esegesi sul punto, afferma che le dichiarazioni formate al di fuori del contraddittorio ed acquisite al processo (nel caso specifico, ai sensi dell'art. 512-bis c.p.p.) debbano essere esaminate congiuntamente agli altri elementi di riscontro poiché «nel quadro di una razionale e motivata valutazione delle prove, il metodo con cui è stata assunta la dichiarazione è rilevante almeno quanto la qualifica del dichiarante» (*ivi*, p. 872); Cass., sez. I, 4 aprile 2012, n. 14807, Vrapì, in *C.E.D. Cass.*, n. 252269; Cass., sez. II, sent. 18 ottobre 2007, Poltronieri, in *Cass. pen.*, 2008, XII, p. 4750 ss.; Cass. sez. III, sent. 8 luglio 2004, Kola e altri, *ivi.*, 2006, I, p. 138 ss. con nota di S. RENZETTI, *Art. 512 c.p.p.: una lettura garantista nel rispetto del principio del contraddittorio*, che ha dichiarato che l'impossibilità oggettiva di ripetizione non legittima sempre l'acquisizione del materiale gnoseologico al processo, essendo necessaria una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 512 c.p.p.; nel caso specifico, la corte di cassazione ha reputato che la locuzione «accertata impossibilità di natura oggettiva» può riferirsi alle dichiarazioni rilasciate dalla fonte di prova antecedentemente alla fase dibattimentale, se essa si è resa irreperibile perché minacciata dallo stesso accusato poiché in tal caso la sottrazione al confronto non è imputabile ad una libera scelta del dichiarante.

La validità epistemologica della previsione costituzionale, così intesa, appare essere nulla²⁷⁰ e, per di più, tale interpretazione avvalorata l'acquisizione di atti ancora più "pericolosi" rispetto a quelli originariamente contemplati nel tessuto codicistico, considerando pure che nel 1992²⁷¹ alle ipotesi originariamente previste dall'art. 512 c.p.p. si è aggiunta quella concernente i verbali degli atti assunti dalla polizia giudiziaria²⁷².

Deve quindi concludersi che «smentisce il valore epistemologico del principio»²⁷³ del contraddittorio in materia di prova reputare tali elementi – all'evidenza caratterizzati dall'alto *deficit* dialettico – legittimamente acquisibili al dibattimento.

Considerare, di conseguenza, questa esegesi delle disposizioni codicistiche in contrasto con la Carta costituzionale²⁷⁴ allineerebbe coerentemente il tessuto codicistico alla scelta di valore effettuata con l'opzione per il principio del contraddittorio nella formazione della prova, scongiurando «il rischio di scardinare le piattaforme strutturali poste a fondamento del nuovo rito»²⁷⁵.

²⁷⁰ «Come può un evento accidentale successivo all'atto di indagine operare una sorta di *feed back* e trasformarlo in prova? Perché dichiarazioni probatoriamente non idonee, possono divenirlo in ragione della salute o della sorte del dichiarante?» (G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del) – II Dir. proc. pen.*, cit., p. 11).

²⁷¹ V. *supra*, cap. I, § 4.

²⁷² ... o anche, per un indirizzo giurisprudenziale ormai risalente, atti semplicemente "ricevuti", come la denuncia querela: cfr., *ex multis*, Cass. sez. II, 11 novembre 1998, Bajrami, in *Giust. pen.*, 1999, III, p. 342 ss.; Cass. sez. V, 28 ottobre 1997, Caracciolo, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3315 ss., con nota di N. ROMBI, *Irreperibilità del dichiarante e lettura dell'atto di querela*, che criticamente sottolinea come «il principio di non dispersione frequentemente invocato in giurisprudenza» sia in tal modo ancor più esteso, essendo richiamato «in relazione ad un atto, la querela, il cui contenuto non è prova del reato ma piuttosto oggetto di prova e accertamento» (*ivi*, p. 3318); Cass. sez. I, 1° ottobre 1998, Paola, in *Guida dir.*, 1998, p. 108 ss.

²⁷³ O. MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, cit., p. 663.

²⁷⁴ E, peraltro, anche sul piano lessicale, come nota criticamente S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 103-104, in riferimento alla locuzione della «accertata impossibilità oggettiva», se interpretata come riferita a circostanze sopravvenute, sembra che «l'aggettivo 'assoluta'», presente all'art. 2 n. 76 legge-delega c.p.p., avrebbe potuto affiancare la nozione di 'impossibilità' meglio di qualunque altro. Meglio, quasi sicuramente, della 'natura oggettiva' che mal si adatta a connotare il relativismo proprio dei fenomeni umani»; così sembra proprio doveroso dedurre che «l' 'impossibilità' di cui parla l'art. 111 Cost., al comma 5, non risult[i] agganciata all'idea della 'sopravvenienza' ... all'idea, cioè, di un imprevisto». Essa allora «dovrebbe riguardare il compimento dell'atto in sé: esso non sarebbe più assolutamente ripetibile, né in via unilaterale, né *coram partibus*».

²⁷⁵ D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 167. Peraltro, considerare l'art. 111 comma 5 Cost. come riferito alla sola natura dell'atto, e quindi non comprendente la "causa oggettiva" della impossibilità, oggi renderebbe addirittura il nostro sistema «più rigoroso nella tutela del contraddittorio» rispetto a «quanto richiesto dai precetti pattizi secondo l'attuale esegesi della Corte europea dei diritti dell'uomo» (G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 217). Per tale esegesi del giudice di Strasburgo, v. *supra*, nota 263.

Capitolo III

RAPPORTI E INTERFERENZE: MUTAMENTO DEL GIUDICE E RINNOVAZIONE DEL DIBATTIMENTO NELL'ALVEO DEL "GIUSTO PROCESSO"

SOMMARIO: 1. La portata dell'immutabilità del giudice nel quadro dei principi del dibattimento di primo grado. – 2. Immutabilità del giudice: fondamento costituzionale?. – 3. Mutamento del giudice: cause ed effetti di un fenomeno in costante aumento. - 4. Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento: i punti fermi nella lettura della giurisprudenza. – 5. ... e gli sviluppi più recenti in materia. – 6. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo: il rilievo dell'immediatezza e dell'immutabilità del giudice nel "*procès équitable*". – 7. Immediatezza, oralità, immutabilità del giudice e "giusto processo": un asserito bilanciamento con la ragionevole durata.

1. La portata dell'immutabilità del giudice nel quadro dei principi del dibattimento di primo grado.

Si è detto che il principio di immediatezza comporta, *in primis*, la necessità che il giudice sia posto in diretto contatto con la fonte di prova¹.

In tal modo il suo libero convincimento si formerà pure in relazione all'osservazione dei tratti prosodici del fenomeno testimoniale, il cui rilievo, nell'attuazione del metodo dialettico, è considerato di particolare importanza nel particolare momento dell'escussione². Il processo, come lo stesso 'giudizio'³, inevitabilmente, vive di

¹ V. *supra*, cap. I, § 3; cap. II, § 2.

² Sebbene non manchi autorevolissima dottrina che, opportunamente, riguardo alle prove dichiarative ed all'importanza assegnata ai tratti prosodici nel momento della loro assunzione, rifletta: «valgono poco, in assoluto, sebbene ne dipenda l'intera macchina sociale: l'effetto è alogico, quindi non verificabile; vi influiscono desideri, paure, ripulsioni, simpatie» (F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 583). Scettico, sul punto, anche E. DOSI, *La prova testimoniale: struttura e funzione*, Milano, 1974, p. 122, per il quale dall'esame del contegno del testimone «derivano sfumature che possono essere ritenute illuminanti soltanto da chi crede di poter pervenire a conclusioni serie attraverso elementi idonei a persuadere più che a convincere e utilizzabili per lo più nell'ambito di un giudizio assembleare nel quale la ragione finisce sempre per essere travolta dalle retorica».

³ M. TARUFFO, *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., Roma, vol. XVI, 1997, p. 1, chiarisce come si tratti di un «termine polisenso». Qui la parola è intesa per indicare il «giudizio-attività», ossia l'insieme di «quei procedimenti logici, valutativi, ecc., dei canoni di valutazione e di decisione, e della struttura complessiva del ragionamento attraverso il quale il giudice 'giudica' o 'decide' la controversia».

umanità: esso cioè, è una realtà per definizione *in fieri* che si sviluppa per il tramite di «una fitta rete di interazioni»⁴, prima di giungere alla sua conclusione.

Se si ritiene innegabile la centralità della prova dichiarativa, all'interno del materiale gnoseologico che consente lo sviluppo del giudizio, appare così naturale che il contatto diretto tra il giudice e la fonte di prova sia privilegiato dal codice.

Quello che si suole indicare come “principio di immutabilità”⁵, tradizionalmente considerato corollario del canone dell'immediatezza⁶, concretamente attua tale principio⁷, poiché prescrive la necessaria coincidenza tra il giudice persona fisica (inteso quale il singolo magistrato nel caso in cui si tratti di organo monocratico, o il complesso dei magistrati nel caso, invece, di organo collegiale⁸) preposto ad emanare il provvedimento che pone fine alla sequenza ordinata di atti e quello che ha partecipato integralmente al dibattimento, *locus* preordinato all'assunzione delle prove, che permettono la ricostruzione del fatto all'interno del processo⁹. Si tratta di una garanzia – peraltro già conosciuta dal codice abrogato – coerente con le scelte di valore dell'ordinamento, ma soprattutto con la conseguente importanza rivestita dalla *dialettica probatoria interna*¹⁰

⁴ P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, Torino, 2017, p. 133-134, dove l'Autore evidenzia, appunto, come «la prova dichiarativa», la più importante degli elementi gnoseologici di cui il processo disponga per la ricostruzione del fatto, «si form[i] ... tra domande e risposte, in un processo comunicativo dove il massimo influsso è esercitato da chi (pubblico ministero o giudice [corsivo nostro]) sia dotato di poteri autoritativi», poiché nel giudizio l'esame incrociato «oppone alla parzialità dell'accusatore quella del difensore in un dialogo che si svolge sotto il controllo del giudice». Parallelamente, lo stesso contraddittorio processuale è assimilabile ad «una sorta di *work in progress*, che si snoda lungo una sequela di atti», poiché «la pluralità dei momenti dialettici – aventi un'autonomia logica, ma non funzionale – confluisce nell'unità teleologica che tutti li ispira: la comune tensione verso un risultato finale» (G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del) – II Dir. proc. pen.*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Roma, 2001, p. 2).

⁵ Denominato, invece, da G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Roma, 1923, p. 686, «principio della identità fisica del giudice della causa». In tal senso v. pure, C. VOCINO, *Oralità nel processo*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 594.

⁶ Pur se a lungo si è ritenuto «delicato fissare i rapporti tra il principio in esame e quelli della immediatezza e della concentrazione processuale, sussistendo in materia molte perplessità le quali, se possono giustificarsi in quanto i suddetti principi sono intimamente collegati fra loro, non escludono [però] la possibilità di tentarne una separazione» (C. MASSA, *Il principio della immutabilità fisica del giudice nel dibattimento penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, p. 333).

⁷ Poiché «nulla vieterebbe, in ipotesi, che, pur svolgendosi il processo immediatamente, si possa sostituire il giudice», mentre la garanzia in esame «escludendo tale possibilità, garantisce in modo concreto l'attuazione dell'immediatezza processuale» (C. MASSA, *Il principio della immutabilità fisica del giudice nel dibattimento penale*, cit., p. 334).

⁸ Ma «la questione è la stessa tanto se trattasi di giudice collegiale quanto di giudice unico» (G. FOSCHINI, *La costituzione del giudice e sua immutabilità* (1952), in ID., *Il dibattimento. Studi*, Milano, 1956, p. 63).

⁹ Ed infatti esso è inserito tra i principi ispiratori del giudizio penale di primo grado: v., su tutti, G. UBERTIS, *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, in *D. disc. pen.*, III, Torino, 1989, p. 463.

¹⁰ ... «quel movimento che, presente nello svolgimento processuale» non è però «reso manifesto da una sua espressione immediatamente esteriore» (G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*,

poiché l'«immutabilità fisica del giudice appa[re] coerente a una strutturazione del procedimento cognitivo ... tale per cui la decisione finale è destinata a formarsi nel 'fuoco' della contesa dialettica ... in modo progressivo»¹¹, parallelamente al procedere dell'istruzione probatoria.

Tali sue peculiari implicazioni, però, storicamente hanno posto, e pongono tutt'ora, in giurisprudenza ed in dottrina, notevoli dubbi interpretativi a cominciare dagli effetti che si verificano nell'eventualità in cui il mutamento del giudice persona fisica, invece (per cause 'esterne' ovvero 'interne' al processo¹²), avvenga proprio nel corso del momento centrale dello sviluppo del "giudizio", cioè il dibattimento¹³.

Il principio di immutabilità è indubbiamente emblematico, in maniera peculiare, della dialettica che lega i contesti in cui si articola la dinamica processuale, poiché ne evidenzia le interconnessioni: in esso «i principi dell'oralità e dell'immediatezza ... si

Milano, 2017, p. 70). Sul punto, v., ampiamente, *supra*, cap. II, § 3. Pare calzante, al riguardo, dopo essersi evidenziata l'importanza della dialettica probatoria esterna ed interna per la conclusione della sequenza ordinata di atti, cioè dello stesso processo, la riflessione di F. CARNELUTTI, *Torniamo al giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, p. 171-172, il quale paragonava l'attività stessa del giudizio al processo nutritivo: «come questo non si riduce alla sola chimificazione, ma inizia già quando l'uomo porta alla bocca il cibo, neppure quella può dirsi limitata all'atto finale compiuto dal giudice in camera di consiglio».

¹¹ P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, Torino, 2008, p. 25. Sul punto, v. *supra*, cap. II, § 3, in particolare nota 121.

¹² Sul tema, v. *infra*, § 3.

¹³ Infatti, già durante la vigenza del codice Rocco la questione era a dir poco discussa: nonostante tale eventualità non fosse sanzionata espressamente in alcun modo dall'art. 472 c.p.p. abr. (e forse proprio per tale motivo), il mutamento del giudice era considerato da taluni capace, in riferimento all'organo decidente in composizione monocratica, drasticamente, di far venir meno le stesse «condizioni di capacità del giudice stabilite dalle leggi di ordinamento giudiziario» (G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, I, Napoli, 1961, p. 717). *Contra* tale impostazione, v., invece, V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, II, Torino, 1956, p. 128, il quale sosteneva che l'elusione di tale garanzia comportasse una mera irregolarità, «pur non nascondendosi la gravità delle conseguenze che la portata dei principi dell'oralità e dell'immediatezza verrebbe a subire». Sulla questione, con particolare riferimento al giudice in composizione collegiale, non mancava chi in tale eventualità ravvisava, invece, si realizzasse una violazione delle disposizioni concernenti «il numero dei giudici necessario per costituire i collegi giudicanti» (G. CONSO, *Questioni nuove di procedura penale*, Milano, 1959, p. 194). Anche suddetta conclusione era però tutt'altro che pacifica: sul punto, v. R. MANCINELLI, *L'immutabilità del giudice nel corso del dibattimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 905, che sottolineava come comunque in tal caso «il tribunale continua[sse] a risultare composto di tre membri e il pretore continua[sse] a risultare giudice unico, tanto da non poter essere considerato un 'collegio' giudicante». Per una più completa disamina delle posizioni assunte, sotto la vigenza del codice abrogato, dalla dottrina, con riguardo alle conseguenze sanzionatorie derivanti dall'inosservanza dell'art. 472 comma 2 c.p.p. abr., v. D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, p. 221 ss.

estrinsecano»¹⁴, poiché funge da «‘ponte’ tra le due fasi»¹⁵ del dibattimento e del post-dibattimento, cioè tra l’istruzione probatoria e la delibera della sentenza¹⁶.

Scopo del disposto (invero laconico) di cui all’art. 525 comma 2 c.p.p. è ribadire l’importanza epistemologica del canone dell’immediatezza, per l’importanza ad esso assegnata quale modalità acquisitiva, in relazione al libero convincimento del giudice: egli – si reputa – potrà, nei successivi contesti di decisione e giustificazione, pervenire ad una scelta migliore, più accorta ed appunto razionalmente “giustificabile”, qualora abbia previamente partecipato, in maniera attiva¹⁷, all’istruzione probatoria, in particolar modo all’escussione delle fonti di prova personali¹⁸.

¹⁴ R. MANCINELLI, *L’immutabilità del giudice nel corso del dibattimento*, cit., p. 904. Sul punto, v. anche, più di recente, G. CASTIGLIA, *Il principio di immediatezza e la rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice*, in *Cass. pen.*, 2007, IX, p. 3188, il quale sottolinea come sia «logico che un sistema ispirato al principio di immediatezza accordi la propria preferenza all’audizione diretta del dichiarante ... da parte del giudice che dovrà adottare la decisione, piuttosto che alla lettura delle dichiarazioni rese in altra sede e ad altro soggetto» e che, dunque, con il principio di immutabilità del giudice «il legislatore afferm[ì] il principio di immediatezza».

¹⁵ V. *supra*, cap. II, § 2, in particolare nota 97.

¹⁶ «La bontà di una decisione è assicurata soltanto se è sempre lo stesso giudice a percepire oralmente la realtà processuale, ciò costituendo il mezzo più idoneo affinché il suo convincimento sia il prodotto davvero fedele delle risultanze processuali. La violazione del principio dell’identità fisica del giudice rende inefficienti i principi dell’oralità e dell’immediatezza, in quanto, sottraendo al giudice la possibilità di apprendere direttamente ed oralmente la stessa sostanza, si viene a frustrare lo scopo stesso di questi principi» (C. MASSA, *Il principio della immutabilità fisica del giudice nel dibattimento penale*, cit., p. 333). In altre parole, «si ritiene che un contatto il più possibile diretto e ravvicinato tra il giudice e la prova possa normalmente garantire maggiore genuinità della prova e impedire condizionamenti del giudice nella valutazione di essa» (G. CASTIGLIA, *Il principio di immediatezza e la rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice*, cit., p. 3189).

¹⁷ Cfr. quel che sostiene G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 68, dove l’Autore sottolinea come «l’esito del processo consegu[a] a un’attiva partecipazione di tutti [corsivo nostro] i soggetti processuali che intervengono con la loro personalità e da diverse prospettive in ogni momento dello sviluppo procedimentale influenzandone inevitabilmente il corso».

¹⁸ È evidente che la questione si ponga con particolare importanza in riferimento alle prove consistenti in dichiarazioni: l’esame diretto della fonte di prova ad opera delle parti, al cospetto dell’organo decidente, infatti, «aiuta il giudice nella sua decisione; stimola in lui un atteggiamento costantemente critico, aperto ad un ... continuo confronto con il dubbio. Naturalmente esso postula un giudice in posizione di terzietà, di salutare distacco e lucidità» per la sua piena riuscita (R.E. KOSTORIS, *Giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., Roma, vol. XVI, 1997, p. 4). Cfr. P. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano, 1981, p. 285, per il quale, in via generale, «il principio di oralità-immediatezza opera diversamente a seconda che venga riferito a prove formate nel processo o a prove precostituite al processo» e, per quanto concerne le prime, si deve «distinguere ulteriormente le testimonianze dalle prove consistenti in ‘operazioni’ (ispezioni, esperimenti giudiziari, ricognizioni)». Sul punto, v. P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 276, nota 54, che rileva come il tema della modalità della rinnovazione istruttoria (su cui v. *infra*, § 4) si sia sviluppato avendo come termine di riferimento solo le prove a contenuto dichiarativo, ma la disattenzione in merito alle prove consistenti in attività non pare razionale, poiché «non si può escludere che anche con riguardo a queste ultime sia prospettabile un interesse ... ad una riassunzione del mezzo di prova sotto la diretta percezione del giudice» decidente. Per quanto concerne il diverso caso in cui la prova acquisita consista in un documento: v. *supra*, cap. II, § 3, in particolare nota 101.

Tradizionalmente, la garanzia dell'immutabilità del giudice si ritiene quindi corollario del principio dell'immediatezza¹⁹, cui appare logicamente legata²⁰: nel caso in cui il giudice che emani la decisione non coincida con quello che ha partecipato all'intero dibattimento è ad essa che si derogherebbe, posto che egli conoscerebbe le prove assunte dinanzi al giudice sostituito per il tramite dei verbali²¹, e non per contatto diretto²².

È dunque del principio di immediatezza, quale canone ispiratore della fase dibattimentale, e da cui si fa derivare l'esigenza dell'identità fisica del giudice, che bisogna soppesare l'importanza ed il rango normativo, nell'ambito del "giusto processo".

Con un'ulteriore necessaria notazione: sostenere che la garanzia dell'immutabilità sia sistematicamente inquadrabile quale corollario, o «attributo»²³, dell'immediatezza, non significa confonderla con essa²⁴, ma piuttosto coglierne l'utilità funzionale, autonoma ma al contempo *dialetticamente interconnessa* in un particolare vincolo con essa.

¹⁹ Rileva, invece, che considerare il canone dell'immutabilità del giudice quale corollario del principio di immediatezza «per quanto abbia, senz'altro un fondamento di verità», non sia del tutto accettabile, P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 15 nota 34, poiché «la più forte riserva rispetto all'impostazione tradizionale non riguarda ciò che essa afferma, ossia il legame ... tra immediatezza e immutabilità, ma ciò che essa non dice in ordine alle implicazioni che connettono la regola dell'identità fisica del giudice con altre norme, regole e principi». Nel seguente lavoro, invece, non si reputa un controsenso considerare la garanzia dell'immutabilità del giudice, nonostante la sua peculiare portata, come derivante dal principio di immediatezza, con ciò non escludendosi essa possa essere ugualmente rapportata alle altre garanzie costituenti il "giusto processo". Del resto, già il principio di immediatezza è funzionale a garantire un ampio ventaglio di valori, oltre a quello del contatto diretto tra giudice e prova su cui ci si sofferma più tradizionalmente: cfr. I. CALAMANDREI, *Immediatezza (principio di)*, in *D. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1992, p. 149 ss. Lo stesso divieto di delegabilità degli atti, che deriva pure da esso (v. G. UBERTIS, *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, cit., p. 463) può ritenersi risponda all'esigenza che il giudice preposto del dibattimento assista personalmente a tutti gli atti del dibattimento, con ciò salvaguardando la stessa garanzia dell'identità fisica del giudice.

²⁰ V. P. CALAMANDREI, *Oralità nel processo*, in *Nuovo D. it.*, IX, 1939, p. 179, per cui «là dove ... la convinzione del giudice si forma progressivamente attraverso il contatto personale che egli ha con le parti e coi testimoni, ogni mutazione che avvenisse nelle persone dei giudicanti durante il corso del processo, distruggerebbe i vantaggi dell'immediatezza».

²¹ ... «sussisterà il diaframma dell'atto scritto» (C. MASSA, *Il principio della immutabilità fisica del giudice nel dibattimento penale*, cit., p. 333).

²² Va da sé che tale impostazione non è accolta da parte di quella dottrina che propende per una nozione ampia del canone dell'oralità, qui non accolta, in guisa tale che essa si configuri quale espressione di sintesi: sul punto, v. *supra*, cap. II, § 2. Secondo D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 9, infatti, «disgiungendo il canone dell'oralità-immediatezza dalla regola dell'immutabilità del giudice [,] pur assicurando, per un verso, il contatto diretto tra l'acquisizione delle fonti di prova ed il giudice che partecipa al dibattimento, si consentirebbe, per altro verso, che un altro giudice emanasse la decisione, sulla base di saperi probatori alla cui formazione lo stesso fosse rimasto estraneo, così neutralizzando proprio il principio di oralità».

²³ P. BRUNO, *Concentrazione (principio del)*, in *D. disc. pen.*, vol. VI, Milano, 1992, p. 502.

²⁴ Sul punto, v. P. RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 17-16, che nota come nel considerare tradizionalmente immediatezza e immutabilità come strettamente collegate, erroneamente «si sia, a volte, giunti addirittura a sovrapporre il canone dell'immutabilità con quello dell'immediatezza, negando con ciò l'autonomia delle due norme, dal punto di vista del contenuto

Viceversa, come già affermato in riferimento al canone dell'oralità²⁵, si eluderebbe la fondamentale esigenza di cogliere l'autonomia concettuale dei principi cui il dibattito si ispira, poiché l'interprete si slegherebbe dal generale canone ermeneutico consistente nell'interpretare il dettato normativo secondo il significato più direttamente percepibile in riferimento al senso fatto palese dai singoli vocaboli²⁶.

Peraltro, tale sovrapposizione appare ancora più fuorviante considerando che, nell'analisi della *ratio* della garanzia dell'immutabilità del giudice, emerge anche come sotto certi aspetti essa «rivela, in realtà, uno spessore maggiore»²⁷ rispetto al canone dell'immediatezza, per il suo peculiare richiamo alla dialettica probatoria non solo esterna, ma soprattutto interna, di conseguenza al ruolo stesso del giudice ed al rilievo assegnato, nell'alveo processuale, all'aspetto argomentativo²⁸, irrimediabilmente connesso all'attività probatoria, con i suoi riflessi in relazione all'attività decisionale. In tal senso, dal principio (o dalla regola²⁹) dell'immutabilità del giudice, emerge l'idea per

precettivo». Per tale impostazione, qui evidentemente non accolta, v. A. TRINCI, *L'attuazione del contraddittorio*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di D. Negri – R. Orlandi, Torino, p. 223. Come precisa, infatti, già C. MASSA, *Il principio della immutabilità fisica del giudice nel dibattimento penale*, cit., p. 334, «i due principi, pur mirando a realizzare lo stesso scopo (assicurare una decisione quanto più possibile fedele alle risultanze processuali) tendono a garantire due esigenze diverse: l'immediatezza, l'apprensione diretta delle risultanze processuali; l'identità fisica del giudice, l'insostituibilità del giudice, onde assicurare concretamente che, non mutandosi il giudice, non vi siano errori nella valutazione delle risultanze dibattimentali»; esso non va confuso neppure con il principio di concentrazione, il quale «postula, appunto perché questo risultato venga raggiunto, che il dibattito sia concentrato in una sola udienza o in udienze prossime e che la sentenza sia deliberata immediatamente».

²⁵ V. *supra*, cap. II, § 2.

²⁶ Al riguardo, v. soprattutto l'importante contributo di S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, in *Trattato di procedura penale*, XXXIII.2, a cura di G. Ubertis – G.P. Voena, Milano, 2001, p. 3 ss.

²⁷ P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 30.

²⁸ Sul tema, v. anche *supra*, cap. I, § 3. Sul punto, v. F.B. MORELLI, *Il mutamento del giudice nell'attuale disciplina del rito abbreviato: tra principio di immediatezza e requisiti di capacità*, in *Cass. pen.*, 2008, III, p. 1262-1263, secondo cui il principio di immediatezza implica non solo che «chi ha il compito di decidere conosca ... le prove da valutare», ma anche il «bisogno di percepire direttamente le ipotesi ricostruttive proposte dalle parti, così da poterle soppesare al meglio».

²⁹ V. P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 7, che ritiene che tale garanzia si configuri come una regola e non come un principio. L'Autore fa naturalmente riferimento alla distinzione tra "principi" e "regole" proposta da R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), trad. it., Bologna, 2010, p. 269 ss. Per una trasposizione di tale *distinguo* in ottica processuale, v., *ex multis*, P. FERRUA, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, in *Quest. giust.*, 2017, I, p. 111, per cui «i principi sono proposizioni normative ad elevato grado di genericità (a fattispecie aperta), applicabili nella forma del 'più-o-meno', quindi con la massima espansione o restrizione», mentre invece «le regole sono proposizioni normative ad elevata specificità (a fattispecie chiusa, secondo il modello 'se A, allora segue B')». Per la critica a tale distinzione, v. C. LUZZATI, *Il contraddittorio penale oltre la distinzione tra regola e principio*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1239 ss., il quale opportunamente sottolinea anche come la trasposizione di tale dicotomia in ottica processuale «dia luogo a distorsioni inaccettabili [corsivo nostro]. Siamo sicuri, per esempio che la contrapposizione – a cui ci spinge la dicotomia regole vs. principi – fra un contraddittorio soggettivo e uno oggettivo sia pacifica?» (*ivi*, p. 1241). Per la critica alla dottrina che distingue tra un profilo soggettivo ed uno oggettivo del contraddittorio, v.,

cui la continuativa ed attiva presenza³⁰ alla fase dibattimentale del giudice preposto poi ad emettere la sentenza non sia sostituibile, dato il rilievo assegnato al contatto diretto con la fonte di prova ed alla dialettica probatoria interna nel *continuum* preordinato al raggiungimento della decisione finale, con una mera lettura «‘a freddo’»³¹ ed *ex post* del verbale di udienza; in altre parole, «sembra profilarsi una sorta di diritto-dovere all’oralità»³².

2. Immutabilità del giudice: fondamento costituzionale?

La questione degli effetti derivanti dal mutamento del giudice – invero giuridicamente complessa – non può che essere affrontata, oggi, affermando la previa necessità di individuare quale sia la portata ed il significato del principio di immediatezza, espressivo delle esigenze di garanzia dalle quali deriva la regola dell’immutabilità fisica del giudice, con le sue molteplici implicazioni, nell’alveo del “giusto processo”, come fino ad ora analizzato nelle sue garanzie fondamentali.

L’importanza epistemologica della garanzia appare, da quanto premesso, evidente: essa corrobora la connessione dialettica sussistente fra i contesti processuali; ma la sua affermazione può reputarsi di rango costituzionale, al pari del metodo del contraddittorio?

ampiamente, *supra*, cap. I, § 6. Nello stesso senso, v., altresì, L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, III, p. 2778-2779 e 2794 ss. In conclusione, «dietro ogni regola c’è un principio [corsivo nostro]: perfino dietro il divieto di sosta degli autoveicoli o dietro l’obbligo di fermarsi quando il semaforo è rosso, ci sono principi, come quelli della sicurezza e della più efficiente e razionale circolazione stradale» (*ivi*, p. 2799).

³⁰ Nonostante l’art. 525 comma 2 c.p.p. sia inserito tra le prescrizioni concernenti il dibattimento di primo grado, nell’ambito del procedimento ordinario dinanzi al tribunale in composizione collegiale, invero – come nota P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 118, nota 47 –, «la sfera di operatività della regola in tema di immutabilità del giudice supera i confini del procedimento ordinario di primo grado. E ciò in forza del rinvio all’art. 525 comma 2 c.p.p. (espreso, in alcuni casi, in via diretta e, in altri, in modo indiretto ...) contenuto in altre specifiche previsioni». La norma risulta applicabile, «limitatamente alla fase dibattimentale, nel rito innanzi al tribunale in composizione monocratica» ai sensi degli art. 549 e 559 comma 1 c.p.p.; nel giudizio di appello, stante l’art. 598 c.p.p.; nel giudizio di rinvio conseguente ad annullamento parziale della Corte di cassazione ex art. 627 comma 2 c.p.p.; nel giudizio di revisione, ai sensi dell’art. 627 comma 2 c.p.p. Sul punto, v., più specificamente, S. LORUSSO, sub art. 525 c.p.p., in *Codice di procedura penale commentato*, vol. II, a cura di A. Giarda – G. Spangher, Assago Milanofiori, 2017, p. 2604-2605. Merita qui segnalare, comunque, che la norma *de qua* non si ritiene operante nei procedimenti incidentali autonomi, come quelli in materia *de libertate*: cfr. Cass., sez. I, 7 novembre 1998, Cannarozzo, in *C.E.D. Cass.*, n. 211496.

³¹ P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 26.

³² S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 207. Oralità che concerne il *quomodo* della rinnovazione istruttoria, stando alla ricostruzione operata in materia dalla giurisprudenza: v. *infra*, § 3 e § 4.

Per quanto la risposta, in base a quanto fin qui analizzato³³, possa apparire scontata, parte della dottrina risponde a tale quesito affermativamente, sulla base, però, di almeno due ordini di considerazioni differenti, in tal modo sintetizzabili.

Tale fondamento costituzionale, per taluni³⁴ sarebbe da rinvenirsi nella stessa affermazione della validità epistemologica del principio del contraddittorio, così come cristallizzata nella Carta costituzionale: nonostante, infatti, l'art. 111 comma 4 primo periodo Cost., al contrario dell'art. 130 prog. rev. cost.³⁵, non menzioni espressamente i canoni dell'oralità e dell'immediatezza quali fondamentali canoni ispiratori del rito penale, la loro costituzionalizzazione sarebbe implicitamente desumibile da esso, in riferimento al modello processuale prescelto dal legislatore costituzionale.

Per tale impostazione, il principio dell'oralità-immediatezza sarebbe così inscindibilmente collegato ad un processo impostato sulla valorizzazione del metodo del contraddittorio in materia di prova che, non considerandolo elevato a pari rango normativo di quest'ultimo, se ne comprometterebbe *in nuce* la capacità poietica: sarebbe esso stesso, cioè, ad implicare la necessità «che la prova sia acquisita, salvo eccezioni, direttamente dal giudice del giudizio»³⁶.

Di conseguenza, intendere il contraddittorio come potenzialmente disgiunto dal canone dell'immediatezza, se essa non fosse considerabile di rango costituzionale – si ritiene –, sarebbe addirittura capace, in radice, di «fa[r] perdere al primo la sua autentica potenza euristica»³⁷.

Tale orientamento convince poco se ci si sofferma³⁸ sul fatto che il contraddittorio, come sancito quale garanzia essenziale del «giusto processo» dall'art. 111 comma 4 primo periodo Cost., inerisce alla partecipazione diretta delle parti in riferimento alla

³³ V. *supra*, cap. I, § 5 e 6; cap. II, § 1 e 2.

³⁴ Per tale orientamento, v. D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 9 e 57, per cui, «seppur il principio di oralità-immediatezza non [sia] esplicitamente rintracciabile nel testo» dell'art. 111 Cost., «non è arduo coglierne la copertura costituzionale se si rifletta sulla connessione sostanziale con la quale è legata al contraddittorio», poiché, per l'Autrice, è evidente che «il contraddittorio senza l'oralità veda degradata la sua potenza euristica, anzi la sua stessa identità di metodo cognitivo»; G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in *Compendio di procedura penale*, Padova, 2016, p. 806 ss.

³⁵ V. *supra*, cap. I, § 6.

³⁶ Così G. ILLUMINATI, *Giudizio*, cit., p. 812.

³⁷ D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 43, ritenendo che «il metodo del contraddittorio esplica la sua autentica forza maieutica solo in sinapsi con il canone dell'immediatezza» (*ivi*, p. 89); infatti, l'Autrice sostiene che «il mancato riferimento nel testo dell'art. 111 Cost. non toglie copertura costituzionale al principio di immediatezza in quanto è, nella sostanza, rintracciabile se si accoglie del contraddittorio il corretto significato di contraddittorio 'per la prova'» (*ivi*, p. 41-42, nota 95).

³⁸ V. *supra*, cap. I, § 6; cap. II, § 2.

formazione del materiale conoscitivo; è naturale quindi che l'immediatezza – come l'oralità – ne esalti la capacità maieutica, ma anche che essa non sia – nuovamente, al pari dell'oralità – inderogabile³⁹.

Da una parte ciò può evincersi dal fatto che la regola di cui all'art. 111 comma 4 secondo periodo Cost. sancisce (come desumibile *a contrario* dalla parola «sempre») la legittimità dell'«interrogatorio» pure se compiuto dinanzi ad un giudice diverso da quello del dibattimento⁴⁰, come avviene nel caso dell'incidente probatorio, la cui previsione è totalmente coerente con l'ispirazione sistematica al metodo dialettico; in caso contrario, sembra sostenibile che il legislatore avrebbe espressamente precisato quale fosse il *locus* deputato in maniera esclusiva al confronto tra accusato ed accusatore.

Egli si è invece preoccupato di asserire la regola fondamentale per cui è appunto il contraddittorio – con i suoi inevitabili riflessi conformativi in ordine alla posizione delle parti e addirittura alla stessa giurisdizione⁴¹ – ad essere indefettibile; se ne cristallizza la impareggiabile capacità epistemologica poiché esso è *metodo*⁴², che se inevitabilmente viene esaltato quando attuato in connubio con le sue tipiche modalità percettive, rimane però tale anche quando la loro parallela garanzia non è, a prescindere dalla specifica causa, possibile, non bastando tale mancanza ad azzerarne la capacità epistemologica.

In altri termini, potrebbe dirsi che il legislatore si preoccupa di fissare l'irrinunciabile rispetto di un generale metodo, non della sua particolare conformazione espressiva, che innegabilmente ne esalta e ribadisce la superiorità epistemologica, anzi è strumentale proprio a perseguire tale scopo; ma è il metodo, appunto, ad essere elevato a rango costituzionale, non il suo privilegiato atteggiarsi.

D'altra parte, tale impostazione sembra difficilmente da accogliere anche quando sostiene che la costituzionalizzazione dell'oralità-immediatezza sia da rinvenire nel fatto

³⁹ Cfr. G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del) – II) Dir. proc. pen.*, cit., p. 7, dove l'Autore sottolinea: «non incompatibili con il canone costituzionale debbono considerarsi ... le fattispecie di contraddittorio senza immediatezza», poiché quest'ultima, infatti, «esalta l'efficacia maieutica del contraddittorio, ma non ne costituisce un requisito indefettibile. Piuttosto, una volta reciso il rapporto diretto tra prova e giudicante, non qualsiasi formazione dialettica della prima ne legittima l'utilizzazione [corsivo nostro] ad opera del secondo».

⁴⁰ Come rileva opportunamente V. GREVI, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di «giusto processo» penale (tra «ragionevole durata», diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in *Pol. dir.*, 2000, III, p. 431.

⁴¹ V. *supra*, cap. I, § 5 e § 6.

⁴² Sul punto, v. *supra*, cap. I, § 6 e II, § 1. V., altresì, P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2005, p. 91, dove l'Autore nota che nell'art. 111 comma 4 primo periodo Cost.: «forse sarebbe stato meglio parlare di *metodo* [corsivo nostro] anziché di principio, proprio per sottolineare la forza epistemica del contraddittorio, la sua natura di strumento utile alla ricostruzione dei fatti».

che il «giusto processo», così come costituzionalizzato, improntando la disciplina al paradigma accusatorio⁴³, costituirebbe esso stesso un richiamo generalizzato a tutti i connotati del modello *adversary*⁴⁴(per cui il contatto diretto tra decidente e fonte di prova sarebbe essenziale): tale modo di procedere, è evidente, non si limita ad analizzare l’art. 111 comma 4 primo periodo Cost., per poi desumerne i principi fondamentali – come sarebbe logico –, ma inequivocabilmente «procede in senso inverso»⁴⁵, poiché fa precedere la conclusione cui pervenire – se si vuole quella che è una vera e propria “petizione di principio” – all’analisi del dato normativo.

Non può ritenersi, in conclusione, che il metodo enunciato all’art. 111 comma 4 primo periodo Cost. richieda indefettibilmente la presenza del giudice preposto alla decisione, per dirsi rispettato.

Un secondo orientamento dottrinale⁴⁶ diversamente, ravvede la costituzionalizzazione del principio dell’immediatezza e del canone dell’immutabilità

⁴³ In tale lavoro si è già previamente evidenziato (v. *supra*, cap. I, § 2) come, peraltro, parlando di processo di stampo accusatorio ovvero inquisitorio, debba essere ben chiaro che ci si riferisca a modelli «desunti da elaborazioni di stampo sociologico-dogmatico-comparatistico» (G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2096), i quali quindi costituiscono “archetipi ideali” e che, anzi, è da ritenersi che proprio la costituzionalizzazione del contraddittorio nell’alveo del giusto processo rivesta grande importanza poiché «esula dalla sterile polemica tra sostenitori del sistema accusatorio e fautori di quello inquisitorio ... per venire a caratterizzare un metodo indipendente dalla scelte contingenti di politica processuale», con ciò affrancando l’ordinamento italiano da classificazioni estranee alle garanzie costitutive dettate dagli Atti internazionali pattizi (ID., *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo: riflessi nell’ordinamento italiano*, *ivi*, 2005, p. 1093). Se ne desume come si ritenga, *a priori*, poco opportuno il richiamo a tali modelli, poiché inadatti a fondare la base per una ricostruzione concreta delle caratteristiche del nostro ordinamento processuale. Peraltro, sembra qui calzante l’osservazione di F. CORDERO, *Chi abusa del processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1422, dove l’Autore – non senza una certa *vis* polemica – sottolinea: «la riforma 1988 inalbera l’insegna accusatoria ma l’intento rimane sulla carta: sarebbe processo accusatorio se le indagini preliminari fossero lavoro del pubblico ministero senza rilievo processuale, salvi gli atti congenitamente irripetibili, e cadesse nel dibattito tutto quanto vale ai fini della decisione, meno le prove acquisite nel contraddittorio mediante incidenti d’istruzione». Sugli «atti congenitamente irripetibili», v. *supra*, cap. II, § 6. Sugli «incidenti d’istruzione», v. *supra*, cap. II, § 4.

⁴⁴ Poiché – sempre secondo D. CHINNICI, *L’immediatezza nel processo penale*, *cit.*, p. 57 – «in un sistema di impronta accusatoria la tenuta e la coerenza del modello entrano in crisi se viene vulnerata la naturale sinapsi che stringe oralità e contraddittorio nella formazione della prova».

⁴⁵ Così P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattito*, p. 52, dove l’Autore evidenzia che in questo caso «dalla premessa della avvenuta assunzione a livello di Carta fondamentale del modello accusatorio si ritiene di poter dedurre, a mo’ di corollario, la costituzionalizzazione di tutti gli elementi connotativi di siffatto sistema, *ivi* compresi quelli – come l’immediatezza – non esplicitamente menzionati».

⁴⁶ Il riferimento è, in particolare, a F.R. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, p. 168; ID., *Cultura dell’esame incrociato e resistenze operative*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di D. Negri – R. Orlandi, Torino, 2017, p. 93. Per lo stesso orientamento, v. pure O. MAZZA, *Contraddittorio (principio del) dir. proc. pen.*, in *Enc. dir.*, Annali, VII, Milano, 2014, p. 270-271. Ma pare pervenire a conclusioni non dissimili pure C. CONTI, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattito: variazioni in tema di diritto alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2003,

fisica del giudice decidente nell'art. 111 comma 3 terzo periodo Cost., laddove la disposizione si riferisce all'interrogatorio effettuato «davanti al giudice», notandosi al riguardo la diversità rispetto alla più generale formulazione dell'art. 111 comma 2 Cost., che, nel prescrivere la garanzia del contraddittorio inteso quale *audiatur et altera pars*, parla più genericamente di “un” («a») giudice.

Così, per tale orientamento, la diversità tra le due formulazioni si spiegherebbe proprio per la precisa volontà del legislatore costituzionale di indicare, tramite la preposizione «al»⁴⁷, specificamente il giudice del dibattimento, cioè quello preposto ad emettere il provvedimento finale del processo; di conseguenza, traducendo in termini oggettivi tale conclusione, sarebbe costituzionalizzato il principio della identità fisica tra il giudice dinanzi al quale si forma la prova e quello che decide⁴⁸.

Si sarebbe, quindi, più precisamente, al cospetto della costituzionalizzazione del principio della «immediatezza spaziale tra giudice e prova che, sotto tale profilo, coincide con quello dell'oralità»⁴⁹.

Invero, si è già segnalato che il riferimento al giudice nella formulazione dell'art. 111 comma 3 terzo periodo Cost., in riferimento alle modifiche della Carta costituzionale relative al «giusto processo», costituisca un elemento di novità⁵⁰ rispetto all'art. 6 comma 3 lett. *d* Conv. eur. dir. uomo, ed effettivamente non pare irragionevole, anzi, desumere che esso intenda individuare il giudice quale destinatario delle richieste probatorie di parte: è escluso quindi, in prima battuta, che l'ordinamento possa legittimare assetti normativi che prevedano che l'imputato debba assumere elementi di prova dinanzi ad

VI, p. 755, dove l'Autrice ritiene che «l'immediatezza è considerata un presupposto per la piena esplicazione del diritto di difendersi provando» poiché nell'art. 111 comma 3 Cost., «l'articolo determinativo 'al' fa riferimento ad un giudice ben individuato che presumibilmente è quel giudice che dovrà decidere sulla reità dell'imputato».

⁴⁷ ... «un dettaglio a prima vista quasi impercettibile», considerato «decisivo, in grado di dare all'intero passaggio un significato univoco» (P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 58).

⁴⁸ Poiché «il giudice a cui la norma fa riferimento non può che essere il giudice del processo», che pronuncerà poi la decisione finale (F.R. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., p. 169). Tale aspetto confermerebbe, per tale Autore, l'idea che «il 'contraddittorio nella formazione della prova' non sia solo tecnica d'esame ma postuli un insieme più ampio di valori, come la necessaria qualità giurisdizionale dell'organo davanti a cui si forma il dato conoscitivo», cui viene parificato il canone dell'immutabilità (ID., *Cultura dell'esame incrociato e resistenze operative*, cit., p. 93).

⁴⁹ Così F.R. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., p. 175. Per l'espressione di «immediatezza spaziale» nella dottrina processualpenalista, v. P. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, cit., p. 283; M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964, p. 278.

⁵⁰ V. *supra*, cap. I, § 6.

autorità pubbliche non aventi natura giurisdizionale⁵¹ e, in particolare, dinanzi al pubblico ministero⁵².

Ma se tale è il valore da assegnare alla disposizione, appare azzardato ricavarne che, con tale precisazione, la Costituzione intenda asserire che l'organo giurisdizionale davanti al quale si forma la prova debba *indefettibilmente* coincidere con quello poi chiamato a deliberare la sentenza⁵³.

Si tratta, appunto, di una preferenza dell'ordinamento, logicamente consequenziale all'indicazione della "figura" del giudice, non di un vincolo assoluto; ed infatti «resta ferma la piena validità delle prove assunte in sede di incidente probatorio»⁵⁴, ritenendosi fermo, però, che sussista anche il successivo *diritto*⁵⁵ in capo alle parti di assumere al cospetto del giudice dibattimentale nuovamente le prove, quando possibile. Ricavare da tale preferenza, invece, la costituzionalizzazione del principio di immediatezza pare un evidente «salto' logico»⁵⁶ nell'argomentazione, dalle conseguenze sistematiche, per di più, pericolosamente evidenti.

Una cosa è – giustamente – ritenere che il legislatore costituzionale abbia prioritariamente voluto indicare, beninteso, enucleando i diritti spettanti all'imputato

⁵¹ V. P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 55. Senza organo terzo ed imparziale non vi è contraddittorio, e viceversa: sul punto, v., ampiamente, *supra*, cap. I, § 5; cap. II, § 1.

⁵² Per tale lettura, v. S. MAFFEI, *Il diritto al confronto con l'accusatore*, Piacenza, 2003, p. 93. Secondo C. CONTI, *Giusto processo – b) diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, 2001, p. 632, tale «precisazione costituisce un'importante garanzia per l'imputato».

⁵³ Sul punto, v. P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 57. V. pure F. CASSIBBA, *Il contraddittorio nella formazione della prova tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. mer.*, suppl. vol. n. 12, 2008, p. 134, dove l'Autore sottolinea che non possa dirsi costituzionalizzato «il rapporto di immediatezza fra l'assunzione dell'elemento di prova e il giudice del dibattimento dall'art. 111 comma 3 Cost., ... anzi, la norma legittima l'incidente probatorio», posto che «dall'art. 111 comma 3 e 4 Cost. emerge che la tutela del contraddittorio nella formazione dell'elemento di prova (anche in una fase anteriore al dibattimento) ha *valore preminente rispetto alla tutela dell'immediatezza* [corsivo nostro] fra elemento di prova e giudice investito del giudizio»; P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 89, che precisa come per quanto contenuto nella disposizione, «*almeno di norma* [corsivo nostro], debba trattarsi non di un qualsiasi giudice, ma del giudice incaricato a pronunciare la decisione finale, dunque del giudice dibattimentale; anche perché non pare seriamente ipotizzabile un impegno del legislatore a garantire il confronto con i testi dell'accusa sin dall'indagine preliminare, indipendentemente da una situazione di non rinviabilità della prova al dibattimento» (*ivi*, p. 89).

⁵⁴ P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 89, dove l'Autore sottolinea, appunto, come «non [siano] costituzionalizzati i principi dell'oralità e dell'immediatezza».

⁵⁵ Che, peraltro, non è illimitato, ma pur sempre sottoposto al vaglio generale o particolare del giudice di cui rispettivamente all'art. 190 e 190-bis c.p.p., come esposto *supra*, cap. I, § 6 e cap. II, § 3. L'affermazione del diritto della parte ad escutere la prova dinanzi al giudice del dibattimento comporta particolari implicazioni: v. *infra*, § 4 e § 5.

⁵⁶ Come rileva P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 59.

nell'alveo del procedimento penale, cioè nell'art. 111 comma 3 Cost.⁵⁷, il giudice quale autorità pubblica preposta all'ammissione ed all'assunzione delle prove, perché il corredo di garanzie di cui egli è portatore condiziona inevitabilmente la giurisdizionalità stessa del procedimento, e da qui poi argomentare, in seconda battuta, che, per l'ordinamento, detto giudice debba *preferibilmente* coincidere con quello che emetterà poi la sentenza; totalmente altro è, invece, sostenere che quella del legislatore sarebbe una indicazione vincolante.

Tale lettura tramuterebbe, trasposta in una dimensione oggettiva, l'acquisizione della prova dinanzi al giudice dibattimentale in una condizione di regolarità del procedimento probatorio, alla stregua delle garanzie della parità delle parti, del contraddittorio e della terzietà ed imparzialità del giudice.

Il valore dell'immediatezza, cioè, verrebbe equiparato a quello del contraddittorio⁵⁸, strumento di cui si è già evidenziata la superiorità epistemologica⁵⁹ nel rito penale: senza immediatezza, potrebbe sostenersi, non vi sarebbe «giusto processo», al pari di un processo senza contraddittorio.

Conseguenza che pare tutt'altro che condivisibile, nell'assetto della Carta costituzionale, alla luce dell'analisi fin qui svolta: i principi dell'oralità e immediatezza

⁵⁷ Sul quale, v. ampiamente *supra*, cap. I, § 6. Sul punto, v. l'importante ragionamento svolto da C. cost. ord. 10 giugno 2010 n. 205, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2392 ss., dove la Corte costituzionale riconosce un diritto soggettivo dell'accusato alla escussione delle fonti di prova dinanzi al giudice chiamato a decidere, in condizioni tale che egli possa averne una diretta percezione. L'immediatezza non è invece elevata a canone oggettivo della giurisdizione poiché – come rileva P. RENON, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale a seguito di mutamento del giudice nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2011, IV, p. 3353 –, manca, «nella sequenza logica seguita dalla Corte [costituzionale,] quell'ulteriore passaggio ..., in ragione del quale l'acquisizione della prova innanzi al giudice della decisione da oggetto di un diritto di parte diventerebbe una condizione di regolarità del procedimento probatorio e di attendibilità dell'accertamento». *Contra* tale impostazione, v. F.R. DINACCI, *Cultura dell'esame incrociato e resistenze operative*, cit., p. 93, nota 33, che, in maniera segnatamente opposta, ritiene (non argomentando però al riguardo), invece, che in tale occasione si sia avuto «un timido recepimento» da parte della Consulta della teoria dell'avvenuta costituzionalizzazione *ex art.* 111 comma 3 terzo periodo Cost. del principio di immediatezza.

⁵⁸ Quando invece «appare palese che la possibilità di una percezione diretta del procedimento di formazione del materiale probatorio da parte del giudice si configuri, nel quadro delle garanzie previste dalla Carta fondamentale, quale oggetto di *un diritto* [corsivo nostro] dell'imputato, e non come un presupposto imprescindibile per un corretto esercizio della funzione giudicante» (P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 60). Per delle riflessioni antecedenti alla modifica dell'art. 111 Cost., v. P.P. PAULESU, *Mutamento del giudice dibattimentale e diritto alla prova testimoniale*, in *Cass. pen.*, 1999, IX, p. 2499-2500, dove l'Autore rilevava che nella garanzia di cui all'art. 24 comma 2 Cost. potesse trovare fondamento il diritto delle parti ad ottenere la diretta percezione del dato conoscitivo ad opera dell'organo chiamato poi a deliberare.

⁵⁹ V. *supra*, cap. II, § 1 e § 2.

non possono infatti ritenersi costituzionalizzati nell'alveo del «giusto processo» e qualsiasi tentativo di asserire il contrario sembra inevitabilmente destinato al fallimento⁶⁰.

Essi piuttosto – e non potrebbe essere altrimenti – assurgono al rango di tradizionali principi informatori del dibattimento⁶¹, non di canoni oggettivi della giurisdizione, come chiarito anche dal giudice delle leggi in numerose pronunce, differenziandosi le implicazioni legate al criterio in esame dal diritto alla prova assegnato alle parti⁶².

Ne discende, in concreto, la mancanza di un obbligo di derivazione costituzionale, per il legislatore, di dare sempre effettiva attuazione alla garanzia dell'identità fisica tra giudice del dibattimento e della decisione nel quadro della disciplina del giudizio di primo grado.

⁶⁰ Soluzione, è bene notarlo, per cui propende la maggior parte della dottrina: v. R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis – G.P. Voena, XVI, Milano, 2011, p. 20; C. CESARI, *Prova (acquisizione della)*, in *D. disc. pen.*, Agg., II, 2004, p. 721; P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 89; ID., *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, cit., p. 123 ss.; G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del) – II) Dir. proc. pen.*, cit., p. 7; P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 63. Come rileva chiaramente, infatti, G. UBERTIS, *La previsione del giusto processo secondo la "Commissione bicamerale"* (1998), in ID., *Argomenti di procedura penale*, Milano, 2002, p. 30, «il contraddittorio tra le parti, la parità delle armi, la terzietà del giudice e la ragionevole durata del processo rientrano indubbiamente tra i requisiti indiscutibili di un giusto processo» mentre lo stesso non può dirsi «per i principi di oralità, concentrazione e immediatezza».

⁶¹ Si riferisce ai «principi generali dell'ordinamento» C. cost., ord. 9 marzo 2007 n. 67, in *Giur. cost.*, 2007, p. 668. Per la notazione che i canoni dell'immediatezza e dell'immutabilità fisica del giudice facciano parte dei principi generali del dibattimento, v. anche *supra*, § 1 nota 9.

⁶² V. C. cost., sent. 23 dicembre 2004 n. 418, in *Giur. cost.*, 2004, p. 4445-4447, per cui il diritto «all'assunzione della prova davanti al giudice chiamato a decidere» è attualmente «garantito dai principi di oralità ed immediatezza che connotano il codice di rito [corsivo nostro]», funzionali proprio a tale scopo. L'espressione è ripresa anche da C. cost., ord. 9 marzo 2007 n. 67, cit., p. 668. Come chiarisce P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 67, «il principio di immediatezza compa[re], nello sviluppo argomentativo della Corte, non quale oggetto di un diretto riconoscimento a livello di Carta fondamentale, ma quale principio generale dell'ordinamento processuale, funzionale ad una piena esplicazione del diritto alla prova delle parti, dovendosi riconoscere solo a quest'ultimo, una diretta copertura costituzionale». Sul punto, v. le considerazioni di G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 202, dove l'Autore sottolinea che «in ogni caso, il diritto alla prova (codicisticamente richiamato nella rubrica dell'art. 190 c.p.p.) implica non solo il diritto all'ammissione di un esperimento probatorio, ma pure quelli alla sua effettiva assunzione in contraddittorio ('davanti a giudice' in via generale, nonché in particolare per le fonti di prova personale a carico, ai sensi, rispettivamente, dell'art. 111 commi 2 primo periodo e 3 terzo periodo Cost.) e alla valutazione dei suoi esiti». Sulle conseguenze sistematiche di tale lettura, v. *infra*, § 4 e § 5.

3. Mutamento del giudice: cause ed effetti di un fenomeno in costante aumento.

La premessa concernente la portata ed il rango normativo dei canoni dell'immediatezza e dell'immutabilità del giudice consente di addentrarsi nella questione concernente le cause che possono dar luogo ad una sostituzione *in itinere* del giudice persona fisica, ipotesi in sé non ostacolata dal codice di rito⁶³, e gli effetti processuali ricollegabili a tale eventualità, con particolare riguardo al tema della prova dichiarativa.

Con una premessa: detta analisi si prefigge di leggere la regola in esame e le sue implicazioni, cercando di prendere «come riferimento non astratte modellistiche, ma la realtà del processo nella sua relatività storica rappresentata dagli ordinamenti di diritto positivo»⁶⁴, ma anche e soprattutto dalla odierna capacità del sistema di attuare effettivamente le scelte di valore previamente enunciate.

A tal proposito, è evidente che l'ipotesi di mutamento nella composizione fisica dell'organo giurisdizionale rappresenti oggi una «situazione più frequente rispetto a quanto astrattamente si potesse prevedere»⁶⁵.

Se tale maggior frequenza è probabilmente da addursi, *in primis*, alla oramai cronica dilatazione dei tempi processuali⁶⁶ – cui la concreta esperienza giudiziaria ci ha

⁶³ Infatti dall'art. 525 comma 2 c.p.p. si evince che il vincolo dell'immutabilità non è incompatibile, *ex se*, con l'ipotesi della sostituzione *in itinere* del magistrato originariamente designato all'esercizio della funzione giurisdizionale in riferimento a quel processo, ovvero dinanzi al quale il dibattimento abbia preso avvio per la prima volta; «l'ulteriore condizione, per la validità della sentenza, che il giudice deliberante coincida con quello inizialmente incaricato della trattazione, dunque, è estranea al dettato della disposizione, che si limita a riferirsi ai 'giudici che hanno partecipato al dibattimento'» (P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 204, nota 8). Beninteso, ciò naturalmente non significa che non si «imponga, nell'eventualità in cui sorga, nel corso del dibattimento, l'urgenza di un avvicendamento» del giudice, comunque, «l'adozione di specifici meccanismi compensativi» (*ivi*, p. 204). Per tali rilievi, v. anche L. BELVINI, *Mutamento del giudice e nuova istruttoria: note sull'involutione interpretativa*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, I, p. 151. *Contra* tale impostazione, invece, v. C. CONTI, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento: variazioni in tema di diritto alla prova*, cit., p. 747, che sostiene, invero non senza qualche forzatura, che «il legislatore» miri «ad impedire *ex ante* che tale mutamento vi sia. In caso contrario, la norma sarebbe stata rubricata 'rinnovazione del dibattimento'». Tale orientamento non considera, però, il dato letterale dell'art. 525 c.p.p., il quale non fa alcun riferimento al giudice originariamente incaricato della trattazione della causa.

⁶⁴ P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 17.

⁶⁵ D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 243.

⁶⁶ Tale denuncia è ormai molto ricorrente nella letteratura: cfr., *ex plurimis*, D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 243; G. LOZZI, *La vanificazione dei principi generali del processo penale*, in *Pol. dir.*, 2005, II, p. 290. A. MOLARI, *Considerazioni introduttive*, in *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienze della giustizia penale*, a cura di R.E. Kostoris, Torino, 2005, p. 7; P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 202; G. SPANGHER, *Oralità, contraddittorio, aspettative di verità*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, cit., p. 27 ss. V. pure, sul punto, le osservazioni di M. TERZI, *Trent'anni dall'entrata in vigore del codice di procedura penale. Lo stato della*

abituati – che ne aumenta esponenzialmente le probabilità di verifica, le cause possono, però, in concreto essere numerose.

Volendo operare un *distinguo*, può parlarsi di cause “esterne al processo” (morte; infermità del magistrato), ovvero “interne al processo”, riferibili, cioè, all’organizzazione degli uffici giudiziari⁶⁷ (senza pretesa di esaustività: il trasferimento del magistrato ad altra sede; l’assegnazione a differenti funzioni; la cessazione del rapporto per raggiungimento dei limiti di età).

La differenza operata non rileva in relazione agli effetti che si verificano in caso di mutamento del giudice, ma può essere utile per cogliere la pluralità di motivi che, di fatto, può dar luogo alla necessità della sostituzione del magistrato decidente⁶⁸.

Per quanto concerne gli effetti, *nulla quaestio*, naturalmente, nell’eventualità in cui il mutamento avvenga in un momento temporalmente antecedente alla dichiarazione formale di apertura del dibattimento di cui all’art. 492 c.p.p.: tale ipotesi non rientra in

fase dibattimentale di primo grado dei Tribunali ordinari: analisi e proposte, in *Giur. pen.*, 2019, II, p. 6, per cui gli stessi «dati [numerici, concernenti i dati assoluti dello storico delle pendenze nel dibattimento in primo grado sul territorio nazionale negli ultimi dieci anni, consultabili su www.giustizia.it, (ultimo accesso 11 agosto 2019)] certificano semplicemente il fallimento del sistema a trent’anni dall’entrata in vigore del nuovo codice e non sono altro che il riscontro statistico di quello che da anni viene proclamato – giustamente – quale problema centrale della giustizia penale e cioè la irragionevole durata del processo», tema che attiene al «fulcro, [al]l’essenza» del sistema processuale.

⁶⁷ Effettua tale classificazione S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 201. Si riferisce a tali cause denominandole, unitariamente, «fisiologiche», invece, D. CHINNICI, *L’immediatezza nel processo penale*, cit., p. 243. Nella prospettazione fatta da P. RENON, *La rinnovazione dell’istruzione dibattimentale a seguito di mutamento del giudice nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 3335, nota 5, a tale distinzione può pure affiancarsi quella di «cause fisiologiche» alla cui base «vi sia il verificarsi di un fatto processualmente ‘neutro’» e «cause patologiche» quando si verifichi, invece, «l’accertamento di un ‘vizio’ processuale», coincidenti rispettivamente con le cause cosiddette esterne e quelle cosiddette interne al processo. L’Autore specifica, comunque, che stante il carattere generale della regola ex art. 525 comma 2 c.p.p., «la necessità di assicurarne ... il rispetto» non può che delinearsi «nei medesimi termini, salvo specifiche previsioni contrarie, con riguardo a *tutti i casi di mutamento del giudice* [corsivo nostro], indipendentemente dal tipo di causa che ha dato luogo alla situazione»; infatti nel caso in cui la sostituzione del giudice sia avvenuta in relazione all’«accertamento di un vizio, che abbia inficiato l’iniziale incardinamento o il successivo svolgimento del dibattimento» dinanzi al giudice originariamente individuato, «in via pregiudiziale e preliminare» rispetto all’applicazione del disposto di cui all’art. 525 comma 2 c.p.p., sarà necessario «verificare gli effetti sul processo (ed, in particolare, sulla validità ed efficacia degli atti compiuti) derivanti dalla ‘causa scatenante’ sulla base della relativa specifica disciplina» (*ivi*, p. 3335, nota 5).

⁶⁸ Sul punto, v. P. RENON, *La rinnovazione dell’istruzione dibattimentale a seguito di mutamento del giudice nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 3335, che riflette: «a dispetto della perentorietà dell’affermazione contenuta nella regola» di cui all’art. 525 comma 2 c.p.p., «rafforzata dalla espressa comminatoria, per il caso di inosservanza ... della nullità assoluta, sono egualmente previste, nello stesso codice di rito, situazioni molteplici in cui, in ragione della normale dinamica processuale, può porsi la necessità di un avvicendamento, nel corso del dibattimento, della persona originariamente incaricata ... ovvero di uno o più magistrati. A questo proposito, si pensi agli effetti – sulla iniziale composizione dell’organo giudicante – conseguenti alla declaratoria del difetto di competenza o attribuzione, ovvero all’accoglimento della dichiarazione di astensione o ricsuzione od ancora alla richiesta di rimessione».

quelle cui fa riferimento l'art. 525 comma 2 c.p.p., poiché il canone dell'immutabilità fisica del giudice concerne solo la fase processuale «che si dispiega dal momento dell'apertura del dibattimento fino alla deliberazione della sentenza»⁶⁹.

Nel caso in cui, dunque, il mutamento si verifichi durante l'arco temporale in tal modo individuato, occorrerà che i nuovi giudici procedano alla rinnovazione del dibattimento, espressamente prevedendo l'art. 525 comma 2 c.p.p. la nullità assoluta⁷⁰ – in quanto tale insanabile e rilevabile anche *ex officio* in ogni stato e grado del procedimento – della sentenza emanata senza l'osservazione di tale garanzia.

Per scongiurare quanto più possibile l'eventualità della rinnovazione, sul piano ordinamentale, la soluzione è dettata dallo stesso art. 525 comma 2 secondo periodo c.p.p., che prevede la presenza di «giudici supplenti» equiparati ai giudici titolari, pronti a subentrare, qualora vi sia la necessità, a questi ultimi. Per quanto l'esigenza di economia alla base della previsione sembri evidente, pare, invero, si tratti di «un espediente discutibile»⁷¹, in relazione alla circostanza che la regola dell'immutabilità del giudice esprima l'idea che il convincimento si sviluppi in parallelo al progredire dell'istruzione

⁶⁹ Così Cass., sez. II, 1° luglio 1998, Silvestri, in *Riv. pen.*, 1999, p. 306. Soluzione suffragata dalla nota, e ormai risalente, Cass., sez. un., 15 gennaio 1999, Iannasso ed altro, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1430. Già precedentemente, nello stesso senso, peraltro, anche Cass, sez. V, 30 aprile 1998, Centamore, in *Giur. it.*, 1999, p. 1370 ss.; Cass., sez. II, 30 aprile 1996, Desimone, in *Arch. n. proc. pen.*, 1997, p. 84 ss.; Cass., sez. IV, 24 maggio 1994, Vitagliano, *ivi.*, 1994, p. 889; Cass. sez. IV, 12 marzo 1992, Abbandonato, *ivi.*, 1992, p. 231. In dottrina, per un'opinione favorevole su tale conclusione, v., *ex multis*, D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 244; M.L. D'ANDRIA, sub art. 525 c.p.p., in *Codice di procedura: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi – A. Lupo, Milano, 2017, p. 520; F.R. DINACCI, *Giurisdizione e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., p. 184; G. FANULI – L. LAURINO, *In quali casi è possibile dare lettura dei verbali di prove assunte dal collegio in diversa composizione?*, in *Riv. pen.*, 1999, p. 417; E. GALLUCCI, *La rinnovazione del dibattimento a seguito del mutamento del giudice*, in *Cass. pen.*, 2004, IV, p. 1446; P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 231. Peraltro, già durante la vigenza del codice Rocco, le conclusioni cui la dottrina di gran lunga prevalente perveniva erano identiche, considerandosi la regola come operante successivamente alla dichiarazione di cui all'art. 430 c.p.p. abr.: cfr., per tutti, R. MANCINELLI, *L'immutabilità del giudice nel corso del dibattimento*, cit., p. 908; C. MASSA, *Il principio della immutabilità fisica del giudice nel dibattimento penale*, cit., p. 326-327.

⁷⁰ Per quanto non vi sia uniformità di opinioni, in dottrina, sull'esatta configurazione di tale nullità. Per taluni essa è ritenuta essere di carattere speciale, mentre, per un altro orientamento, essa è riconducibile alle nullità di ordine generale ex art. 178 comma 1 lett. a c.p.p.: cfr., per tutti, rispettivamente, M. MENNA, *Immediatezza e principio di immutabilità del giudice*, in *Giur. it.*, 1994, IV, p. 200; G. UBERTIS, *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, cit., p. 463. Opinione comune, comunque, è che la previsione espressa della nullità assoluta di cui all'art. 525 comma 2 c.p.p. abbia eliminato i problemi interpretativi che erano insorti nella vigenza del codice Rocco: al riguardo, v. *supra*, § 1, nota 13.

⁷¹ R.E. KOSTORIS, *Giudizio (dir. proc. pen.)*, cit., p. 5, dove l'Autore argomenta: «anche se il supplente abbia assistito al dibattimento fin dall'inizio, egli (prima della sostituzione) non era presente in funzione di 'giudice', ma di mero spettatore: la *fictio*, dettata per esigenze di economia, rischia, insomma di aggirare nella sostanza il principio di immutabilità del giudice». Critico, negli stessi termini, anche F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1010.

probatoria, presupponendo una partecipazione ‘attiva’⁷² del giudice allo svolgimento processuale.

I giudici supplenti non fanno quindi parte del collegio, ma lo affiancano per l’intera fase dibattimentale in presenza di certe condizioni predeterminate dalla legge, potendo poi subentrare a quel giudice – l’eventualità della loro presenza è prevista dall’ordinamento giudiziario solo in riferimento alla corte d’assise ed alla corte d’assise d’appello⁷³ – che si riveli impossibilitato a proseguire nella trattazione della causa: dovrebbe ritenersi che essi siano, prima di tale eventuale subentro, «spettatori interessati»⁷⁴.

Elemento di precipua importanza, poiché la differenza tra una mera presenza passiva ed una partecipazione attiva (naturalmente nei limiti prefissati dall’ordinamento), da parte del giudice, nel momento della formazione della prova, oltre che nel momento della valutazione probatoria, «non è un fattore squisitamente teorico»⁷⁵, ma necessario presupposto perché il canone dell’immutabilità assuma una reale pregnanza.

Sul piano processuale, invece – e qui viene il nodo centrale della questione –, il mutamento del giudice comporta in ogni caso, fatta salva naturalmente l’ipotesi di

⁷² Partecipazione attiva del giudice cui sembra far testuale riferimento l’art. 525 comma 2 c.p.p. («partecipato al dibattimento», appunto), confermata dai doveri e poteri ad esso riconosciuti (e nei limiti in cui lo sono) dalla disciplina processuale – si pensi agli art. 506 e 507 c.p.p. – che concorrono a delineare il suo ruolo, non meramente passivo, all’interno della dialettica processuale. La questione si era in qualche modo (e piuttosto singolarmente) già posta in dottrina, durante la vigenza del codice abrogato, in riferimento all’eventualità di potersi rinvenire nell’esigenza dell’immutabilità non solo la circostanza che il giudice fosse fisicamente presente al dibattimento, ma anche intellettualmente vigile durante l’intero arco temporale del suo svolgimento: v., sul punto, C. MASSA, *Il principio della immutabilità fisica del giudice nel dibattimento penale*, cit., p. 341, per cui «il giudice che dorme o si distrae viola appunto questo tassativo dettame legislativo, alla stessa stregua del giudice che si allontana ... dalla sala d’udienza durante il dibattimento, in quanto in entrambe le ipotesi i principi dell’oralità e dell’immediatezza processuale vengono resi inefficaci», poiché viene in considerazione «l’effettiva partecipazione anche spirituale ed intellettuale» del giudice. Concorda con tale lettura del canone dell’immutabilità fisica del giudice, in ottica più recente, P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 310, per il quale, ferma la difficoltà di documentare tali comportamenti, «non pare su un piano teorico esservi dubbio che essi, risolvendosi in una ‘assenza’ del giudice ... contravvengono alla regola *de qua*».

⁷³ ... e tale presenza non è, appunto, obbligatoria, dipendendo l’aggregazione alla corte d’assise di giudici aggiunti, togati ovvero popolari, da una valutazione discrezionale del presidente della corte d’assise per quanto concerne i giudici popolari e – per quanto concerne i giudici togati – dal presidente della corte d’appello.

⁷⁴ P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 220, cui si rinvia per un’analisi più approfondita della figura del giudice «supplente», ovvero «aggiunto», e dei presupposti legalmente stabiliti da prendersi in riferimento per valutare l’opportunità della sua presenza. Sul punto, v. anche G. UBERTIS, *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, cit., p. 463-464. La questione è qui affrontata solo in relazione all’importanza rivestita dalla attiva presenza del giudice al dibattimento, per il formarsi del suo convincimento, durante l’evoluzione della dialettica probatoria interna nello svolgimento del contraddittorio processuale.

⁷⁵ Così A. VELE, *La rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, X, p. 1226.

sostituzione da parte del giudice «supplente», la rinnovazione del dibattimento⁷⁶, senonché sono le modalità con cui procedere a tale rinnovazione ad essere poste – oggi più o meno velatamente – in discussione, adducendosi varie esigenze con le quali sarebbe ragionevole bilanciare la regola *de qua* così come essa è ricostruita dalla giurisprudenza⁷⁷.

È infatti in relazione alla fattispecie della rinnovazione dell'istruzione probatoria⁷⁸, il momento centrale del dibattimento, che tradizionalmente si profilano le maggiori incertezze.

Al riguardo colpisce, innanzitutto, che si registri un «‘assordante’ silenzio normativo»⁷⁹, in evidente controtendenza con la minuziosità delle regole – di matrice sia

⁷⁶ Soluzione reputata unanime, sin dalla vigenza del codice abrogato, tanto da ritenersi «quasi scontat[a]» (S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 204), pur se essa costituisce singolarmente «una regola non scritta» (P. RENON, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale a seguito di mutamento del giudice nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 3336). Sul punto, cfr., *in primis*, la nota Cass., sez. un., 15 gennaio 1999, Iannasso e altri, cit., p. 1429. V. pure, già precedentemente, Cass., sez. III, 25 settembre 1998, Bourezza, in *Riv. pen.*, 1999, p. 404; Cass., sez. I, 23 novembre 1995, p.m. in Saccomanno, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, p. 479; Cass., sez. V, 19 marzo 1993, Politi, in *C.E.D. Cass.*, n. 195368. Soluzione avallata dalla nota C. cost., sent. 3 febbraio 1994 n. 17, in *Giur. cost.*, 1994, p. 130, per cui «il rispetto del principio» di cui all'art. 525 comma 2 c.p.p. impone che «in caso di mutamento del giudice, si proceda alla integrale rinnovazione del dibattimento». Per dei commenti su tale sentenza, v. E. GALLUCCI, *Modalità di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in caso di mutamento del giudice*, in *Cass. pen.*, 1999, I, p. 188 ss.; D. POTETTI, *Note brevi in tema di immutabilità del giudice dibattimentale dopo la sentenza n. 17 del 1994 della Corte costituzionale*, *ivi.*, 1995, p. 1736 ss. Per la stessa soluzione, già durante la vigenza del codice Rocco, v., *ex plurimis*, Cass., sez. IV, 12 giugno 1987, De Bonis, in *Giust. pen.*, 1988, III, p. 113; Cass., sez. V, 23 ottobre 1985, Fazio, in *Riv. pen.*, 1986, p. 917; Cass., sez. I, 10 dicembre 1982, Romeri, in *Mass. Cass. pen.*, 1983, p. 243; Cass., sez. II, 14 febbraio 1976, Chan, in *Giust. pen.*, 1977, III, p. 219; Cass., sez. III, 7 marzo 1959, De Rosa, in *Giust. pen.*, 1959, III, p. 735.

⁷⁷ Per la questione, come presentata oggi in giurisprudenza, v. *infra*, § 7.

⁷⁸ Beninteso, qualora il mutamento avvenga dopo che abbia inizio la vera e propria attività di istruzione probatoria, dato che, come evidenziato, il *dies a quo* dal quale sorge l'obbligo di rinnovazione del dibattimento è rappresentato, appunto, dalla dichiarazione di cui all'art. 492 c.p.p. Merita infatti segnalare sin d'ora, stante il fatto che la conclusione debba considerarsi ormai come un punto fermo in materia, che le sezioni unite della Corte di cassazione hanno precisato che nel caso in cui muti «la persona del giudice monocratico o la composizione del giudice collegiale il dibattimento sia integralmente rinnovato, con la ripetizione della sequenza procedimentale costituita dalla dichiarazione di apertura del dibattimento (art. 492 [c.p.p.])», dall'esposizione introduttiva e dalle richieste di ammissione delle prove (art. 493 c.p.p.), dai provvedimenti relativi all'ammissione (art. 495 c.p.p.) e dall'assunzione delle prove secondo le regole stabilite negli art. 496 ss. c.p.p.: cfr. Cass., sez. un., 15 gennaio 1999, Iannasso ed altro, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1429.

⁷⁹ P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 252, per cui il silenzio del legislatore sul punto «assume un valore addirittura paradossale se posto a confronto con la minuziosa regolamentazione» dettata dal legislatore in relazione al procedimento probatorio. Diversamente, secondo G. CASTIGLIA, *Il principio di immediatezza e la rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice*, cit., p. 3207, una normativa relativa alle modalità tramite le quali procedere alla rinnovazione del dibattimento non sarebbe stata di alcuna utilità, poiché «non vi sarebbe alcuna ragione per la quale la rinnovazione debba svolgersi secondo regole diverse da quelle proprie del dibattimento». L'Autore sorvola, però, su una serie di problematiche connesse alle dinamiche probatorie nell'istruzione rinnovata.

epistemologica che politica – dettate, in generale, in relazione al procedimento probatorio dal legislatore⁸⁰.

Basti qui ricordare come il tema della prova inevitabilmente «tend[a] a caricarsi anche di valenze *lato sensu* politiche»⁸¹, poiché le scelte dettate dal legislatore in tale ambito appaiono capaci di connotare in un senso ovvero in un altro l'intero sistema processuale.

Andiamo per ordine: in una prima ottica deve premettersi, per quanto concerne la rinnovazione, come non debba essere sufficiente accontentarsi, allo scopo di soddisfare l'esigenza posta dall'identità fisica tra il giudice del dibattimento e quello che delibera la sentenza, di una «mera sequela di formalismi»⁸², cui è facile abbandonarsi in tal caso.

A seguito del mutamento della persona fisica del giudice, di tutti gli atti compiuti dinanzi ad egli rimane traccia documentale nel fascicolo del dibattimento; il giudice che subentra ne ha quindi la materiale conoscenza, il che naturalmente non coincide con l'utilizzabilità diretta⁸³, considerando il disposto dell'art. 511 c.p.p., ed il 'principio di sussidiarietà' da esso enunciato (comma 2) in relazione alle prove dichiarative.

Appare dunque infondata, *in primis* considerato il dato letterale, dato che l'art. 525 comma 2 c.p.p. non fa alcun riferimento agli atti compiuti dinanzi al giudice sostituito, l'opinione di chi considera tutte le attività previamente svolte viziata da nullità⁸⁴, poiché

⁸⁰ Sul punto, v. *supra*, cap. II, § 3.

⁸¹ P. RENON, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale a seguito di mutamento del giudice nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 3336.

⁸² S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 205, laddove l'Autrice rimarca così il concetto: «formalismi, si badi bene, non formalità. Le due espressioni celano uno spessore concettuale assai diverso» perché solo «reputando la rinnovazione una formalità indispensabile» al fine di «perfezionare il procedimento probatorio di quanto assunto *ex ante* si accetta di buon grado il rallentamento impresso all'*iter* dibattimentale». Sul punto, v. anche *infra*, § 7.

⁸³ Sul punto, v. S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 202; G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del) - II) Dir. proc. pen.*, cit., p. 6. *Contra* tale impostazione, invece, v. D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 273, per cui i giudici subentrati non debbono potersi avvalere «dei protocolli delle prove formate innanzi ai colleghi sostituiti, seppur solo in funzione integrativa della prova orale», essendo, in tal caso tradito «il senso dell'istituto di cui all'art. 525» comma 2 c.p.p.; G. DE LUCA, *Se cambia il collegio è sufficiente leggere i verbali o è necessario rinnovare l'istruttoria dibattimentale?*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1132-1131, per cui «l'unica prova utilizzabile è quella assunta dai giudici che emetteranno la sentenza», posto che l'Autore considera la nullità derivante dall'art. 525 comma 2 c.p.p. non sanabile «tramite la manifestazione del consenso alla lettura dei verbali». Tale orientamento, però, non tiene conto del fatto che il canone dell'immediatezza non possa reputarsi costituzionalizzato: v. *supra*, § 2. In giurisprudenza si è precisato che le prove documentali già ammesse, a seguito del mutamento del giudice, sono invece pienamente utilizzabili: cfr. Cass., sez. I, 9 gennaio 2004, n. 24078, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2022 ss. Sulla differenza tra prova documentale e dichiarativa, v. *supra*, § 1, nota 18.

⁸⁴ F.R. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo*, cit., p. 144 ss., per il quale la natura della rinnovazione del dibattimento è accostabile all'istituto di cui all'art. 185 comma 2 c.p.p. e quindi tutte le attività svolte avanti al giudice poi sostituito sarebbero da considerarsi viziata da nullità.

è proprio il dato letterale che prevede l'espressa comminatoria della nullità in riferimento alla sola sentenza emessa dal giudice che non abbia partecipato integralmente alla fase dibattimentale, non facendo alcun cenno alle attività compiute dinanzi al giudice poi sostituito⁸⁵.

La questione della rinnovazione istruttoria, per quanto complessa, non può però che partire dalla difficoltà, *in re ipsa*, della necessaria "ripetizione" dell'esame testimoniale già svolto nell'ambito del primo dibattimento, dinanzi al giudice poi sostituito.

Problema prioritario, cioè, è rilevare come – almeno in linea di massima – l'esame incrociato di un dichiarante possa considerarsi come un'attività *intrinsecamente* irripetibile, poiché «i fatti e i comportamenti dell'uomo sono, per loro natura, imprevedibili, contingenti, scanditi, in linea teorica, da una rigida irripetibilità»⁸⁶.

Con estrema semplicità, si pensi alla mimica, al contegno, insomma all'atteggiamento tenuto in aula dalla fonte di prova personale: «quello che in un primo svolgimento dell'atto sarà segno di genuinità della prova, se mantenuto successivamente, trasformandosi in una riproduzione scenica, sarà piuttosto indice di scarsa attendibilità»⁸⁷, ma al tempo stesso la spontaneità del dichiarante è psicologicamente condizionata, *a priori*, dalla precedente deposizione⁸⁸. Peraltro, nel momento della reiterata escussione dinanzi al giudice subentrato, l'affidabilità del teste sarà inevitabilmente minore, poiché «l'ulteriore decorso del tempo [ne] annebbierà il ricordo»⁸⁹.

Si tratta di fattori capaci di indebolire la resa epistemica della necessaria nuova escussione e spesso considerati ostativi all'utilità, per il giudice, della riescussione del teste nell'ambito del rinnovato dibattimento: la testimonianza, d'altronde, non è soltanto

⁸⁵ Come rileva P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 238. La soluzione è confermata dal consolidato orientamento giurisprudenziale in materia: v. *infra*, § 4.

⁸⁶ Così, emblematicamente, S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 68, dove l'Autrice giunge alla conclusione che proprio la «prova testimoniale, ripetibile per antonomasia», è però «perennemente in bilico tra una rinnovazione efficace per far emergere le discordanze narrative, attraverso il meccanismo delle contestazioni, e una mera replica, deteriorata da una serie di fattori incidenti sulla spontaneità dell'esame».

⁸⁷ Così I. CALAMANDREI, *Immediatezza (principio di)*, cit., p. 150.

⁸⁸ Sul punto, v. P. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, cit., p. 355, dove l'Autore evidenzia che «la spontaneità dell'esame orale (e con essa l'efficacia dell'intervento difensivo) risulta in notevole misura compromessa dall'influenza, quantomeno psicologica», della precedente dichiarazione.

⁸⁹ R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, cit., p. 23, per cui, di conseguenza, «la ripetizione dell'audizione consente sicuramente al giudice d'entrare in diretto contatto con la fonte di prova (al fine di valutarne meglio l'attendibilità), ma difficilmente potrà avere la medesima efficacia della prima deposizione».

la più importante delle prove di cui il processo può disporre, ma anche quella connotata dalla più spiccata «fragilità»⁹⁰.

“Maneggiare” tale mezzo di prova nell’ambito di una nuova istruttoria dinanzi al nuovo giudice, subentrante a quello originariamente incaricato, pare *ex se* complicato, posto che per molti versi quello che viene meno in tale circostanza è – per così dire – «l’effetto sorpresa»⁹¹, tipico, invece, della prima *cross examination*.

Tale considerazione apre scenari problematici, che per certi versi vanno addirittura oltre le soluzioni giuridiche cui un ordinamento può pervenire, inerenti alla regola in esame, specialmente se rapportata alla pluralità dei motivi che – di fatto – possono causare il mutamento *in itinere* del giudice dibattimentale.

Consci di tale limite intrinsecamente connesso alla ripetizione dell’esame testimoniale, bisogna però al contempo evidenziare che esso non può riverberarsi sulle garanzie spettanti all’imputato⁹² e che comunque non può legittimare la prassi a ritenere di per sé inutile la riescusione del teste: nonostante la delicatezza della questione, è pur vero, infatti, che «ogni esame... è un’esperienza cognitiva a sé, il cui esito non può *a priori* essere determinabile»⁹³ poiché «l’escussione delle prove non si ripet[e] sempre in modo uguale»⁹⁴, e le risposte dell’esaminando cambieranno in base alle domande rivoltegli in aula di udienza.

Dopo aver chiarito le difficoltà insite in tale “ripetizione” dell’esame, bisogna volgere lo sguardo agli orientamenti della giurisprudenza consolidatisi in riferimento alle modalità con cui procedere alla rinnovazione dibattimentale, all’utilizzabilità degli atti assunti dinanzi al giudice poi sostituito, ed alle tradizionali difficoltà sorte nella prassi in materia.

⁹⁰ P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, cit., p. 134, nota 2.

⁹¹ C. CONTI, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento: variazioni in tema di diritto alla prova*, cit., p. 747.

⁹² Sul punto, v. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1010, per cui «gli autori delle dichiarazioni vanno riescusi ogniqualvolta lo chieda una delle parti e l’atto sia ripetibile» poiché sorge «un diritto all’oralità».

⁹³ D. CHINNICI, *L’immediatezza nel processo penale*, cit., p. 263.

⁹⁴ M. CAIANIELLO, *Mutamento del giudice dibattimentale e rinnovazione del giudizio*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1401, come riportato adesivamente da S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 207, nota 199. Sul punto, v. pure C. CONTI, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento: variazioni in tema di diritto alla prova*, cit., p. 747, che conclude che, oltre alle difficoltà insite nella riescusione del teste, va parimenti considerato che «il dichiarante [è] un uomo e non una macchina», quindi egli «può tenere un comportamento in qualche misura differente rispetto alla prima escussione tanto da risultare più o meno credibile»: insomma, «esistono una pluralità di variabili idonee ad impedire che la rinnovazione dia luogo ad una identica rappresentazione dinanzi al nuovo giudice» e a renderla più o meno utile.

4. Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento: i punti fermi nella lettura della giurisprudenza.

Data la lacunosità della normativa in materia, dunque, la questione della rinnovazione del dibattimento e della modalità tramite cui detta rinnovazione debba essere attuata è stata ricostruita, prendendo a riferimento i principi generali dell'ordinamento, soprattutto dalla giurisprudenza, in relazione alle problematiche scaturenti nella prassi, in particolare – e non poteva essere altrimenti, dati gli spiccati problemi ad essa connessi⁹⁵ – in relazione alla *vexata quaestio* della rinnovazione dell'istruzione probatoria⁹⁶.

Il problema, quindi, storicamente non ha riguardato l'*an*, ma il *quomodo* della rinnovazione, in particolare nell'ipotesi in cui il mutamento del giudice persona fisica sia stato preceduto dall'escussione dei testimoni⁹⁷.

Invero il tema continua ad essere, sotto certi versi, fonte di continui dubbi interpretativi, nonostante sul punto si siano notoriamente pronunciate, ormai svariate volte, sia la Corte costituzionale⁹⁸ che le sezioni unite penali della Corte di cassazione⁹⁹.

La questione merita di essere – quantomeno sinteticamente – ripercorsa, per giungere ad individuare i “punti fermi” posti dalla giurisprudenza ed a cogliere i profili rimasti invece maggiormente “critici” della questione, per poi tener conto degli sviluppi più recenti in materia¹⁰⁰.

⁹⁵ V. *supra*, § 3.

⁹⁶ Come rileva P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., 251-252, tale attenzione si spiega considerando l'inevitabile «delicatezza, in generale, del tema connesso alle forme del procedimento probatorio, che per i diversi, ed a volte contrastanti, interessi coinvolti», si presenta come «un terreno insidioso tale da richiedere soluzioni normative tecnicamente complesse».

⁹⁷ Come evidenzia P.P. PAULESU, *Mutamento del giudice dibattimentale e diritto alla prova testimoniale*, cit., p. 2496.

⁹⁸ A cominciare dalla nota C. cost., sent. 3 febbraio 1994 n. 17, in *Giur. cost.*, 1994, p. 127 ss. Per un commento su tale pronuncia, v. G. DI CHIARA, *Nota a Corte cost.*, 3 febbraio 1994, n. 17, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1630; A. MARANDOLA, *Mutamento del giudice dibattimentale e sopravvenuta irripetibilità della prova*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1992 ss.; M. TREMOLADA, *Utilizzabilità della prova orale dopo il mutamento del giudice*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 744 ss. Hanno poi fatto seguito, *ex multis*, C. cost., ord. 11 dicembre 2001 n. 399, in *Giur. cost.*, 2001, p. 3888 ss.; C. cost., ord. 21 dicembre 2001 n. 431, *ivi*, 2001, p. 4039 ss.; C. cost., ord. 15 marzo 2002 n. 59, *ivi*, 2002, p. 655 ss.; C. cost., ord. 10 giugno 2010 n. 205, *ivi*, 2010, p. 2392 ss.

⁹⁹ Il riferimento è naturalmente alla nota Cass., sez. un., 15 gennaio 1999, Iannasso ed altro, cit., p. 1429 ss.

¹⁰⁰ V. *infra*, § 5 e § 7.

Inizialmente è stato in riferimento al promovimento di una questione di legittimità costituzionale¹⁰¹ che la giurisprudenza ha potuto compiere il primo “percorso interpretativo”, pur se in tale occasione il giudice delle leggi¹⁰² non ha fugato del tutto i dubbi in merito all’annosa questione delle dinamiche probatorie conseguenti alla rinnovazione.

In tale pronuncia, la Corte costituzionale, nel dichiarare l’infondatezza della questione sottoposta, ha avuto modo di precisare che – fermo l’obbligo di procedere alla rinnovazione del dibattimento ai sensi dell’art. 525 comma 2 c.p.p. – i verbali delle attività svolte nella precedente fase dibattimentale, dinanzi al giudice poi sostituito, fanno parte del fascicolo di cui all’art. 431 c.p.p.¹⁰³, e quindi nel rinnovato dibattimento è da ritenersi applicabile l’art. 511 c.p.p., considerando che essi possono essere suscettibili di

¹⁰¹ Pret. Trani, sez. Corato, 16 novembre 1992, Colabella e altri, in G.U., 1° serie speciale, 24 marzo 1993, p. 97 ss. Nello specifico, in seguito alla sostituzione del giudice dibattimentale che aveva proceduto all’esame di uno dei due imputati, il giudice subentrante non aveva potuto sentire nuovamente tale imputato nel rinnovato dibattimento poiché, nel frattempo, deceduto. Il giudice subentrato, sul presupposto (totalmente erroneo, *a priori*) che sia l’art. 238 comma 3 c.p.p., che l’art. 512 c.p.p. non fossero esplicitamente applicabili in questa situazione, poiché norme eccezionali in un sistema improntato alla formazione della prova in dibattimento, poneva quindi questione di legittimità costituzionale in relazione agli art. 3 e 27 Cost. di tali disposizioni, nella parte in cui non prevedevano «la possibilità di acquisire la documentazione di atti, ed in particolare dell’attività probatoria, realizzata nell’ambito dello stesso procedimento, ma dinanzi a giudice-persona fisica differente, nel caso di sopravvenuta irripetibilità di ripetizione» (*ivi*, p. 101). Va segnalato che nell’unico precedente rinvenibile fino ad allora in materia, il giudice di merito era giunto alla conclusione che la rinnovazione probatoria potesse avvenire tramite lettura, ai sensi dell’art. 511 c.p.p., dei verbali degli atti acquisiti dinanzi al giudice sostituito: cfr. Trib. Cosenza, 14 novembre 1991, Bevilacqua, in *Arch. n. proc. pen.*, 1992, p. 87.

¹⁰² C. cost., sent. 3 febbraio 1994 n. 17, cit., p. 127 ss.

¹⁰³ ... poiché la pregressa fase dibattimentale conserva «il carattere di attività legittimamente acquisita» (C. cost., sent. 3 febbraio 1994 n. 17, cit., p. 128). Tale assunto è stato poi subito avallato anche da C. cost., ord. 3 aprile 1996 n. 99, in *Giur. cost.*, 1996, p. 912 ss. Nonostante questa conclusione della Consulta, come rileva S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 202-203, non pare però potersi parlare propriamente di atti legittimamente acquisiti al nuovo dibattimento, perché «se lo fossero davvero, a tutti gli effetti, sarebbe superflua persino la lettura, come lo è quella del materiale allegato al fascicolo a seguito di contestazione». Radicalmente contro l’impostazione seguita dalla Consulta, invece, D. CHINNICI, *L’immediatezza nel processo penale*, cit., p. 271-272, per cui «nell’ipotesi di sostituzione o mutamento del giudice non siamo più nel corso del *medesimo* dibattimento. C’è un nuovo *diverso* giudice innanzi al quale si deve celebrare un nuovo *diverso* dibattimento, come tale *altro* da quello che occorre rinnovare. Si dovrebbe pensare, allora, ad un *nuovo* fascicolo, per il *nuovo* dibattimento che il *nuovo* giudice si appresta a celebrare, o – il che è lo stesso – all’originario fascicolo formatosi in udienza preliminare, decurtato dai verbali delle prove dichiarative orali del pregresso dibattimento». Sul punto, v. pure P.P. PAULESU, *Mutamento del giudice dibattimentale e diritto alla prova testimoniale*, cit., p. 2498, il quale condivide il presupposto su cui poggia l’impostazione citata per cui il nuovo giudice debba usufruire di un nuovo fascicolo, ma diversamente – e più opportunamente – conclude: «appare più convincente osservare che un’attività *svolta legittimamente* [corsivo nostro] dinnanzi ad un organo giurisdizionale non potrebbe diventare illegittima in conseguenza del solo mutamento della persona fisica del giudice». Ancora diversamente, secondo M. TREMOLADA, *Utilizzabilità della prova orale dopo il mutamento del giudice*, cit., p. 745, le prove formate dinanzi al giudice sostituito fanno parte di «un altro e sicuramente pregresso dibattimento» e «finiscono per trovarsi solo materialmente nel fascicolo del nuovo dibattimento, senza avere un preciso titolo giuridico per occupare quella posizione».

lettura, ma pur sempre posteriormente rispetto al nuovo esame del dichiarante in sede dibattimentale, «a meno che l'esame non abbia luogo», così come richiesto ai sensi dell'art. 511 comma 2 c.p.p.

Proprio l'interpretazione di tale inciso, il quale ammette la derogabilità della regola della previa riassunzione della prova orale rispetto alla lettura del verbale alla condizione che «l'esame non abbia luogo», pare rappresentare il principale motivo dell'ulteriore dissidio¹⁰⁴ sorto in seno alla giurisprudenza successivamente a tale pronuncia del giudice delle leggi.

Vi erano, infatti, dopo la pronuncia della Corte costituzionale, due indirizzi seguiti dalla giurisprudenza di legittimità in riferimento al *quomodo* della rinnovazione istruttoria: da un lato, chi riteneva che la lettura dei verbali di dichiarazioni rese innanzi al giudice originariamente incaricato fosse da reputarsi inammissibile, qualora non preceduta dal nuovo esame della persona che le avesse rese, salvo, però il consenso delle parti ovvero che l'esame *non potesse* avere luogo¹⁰⁵; dall'altro, un indirizzo che riteneva che le prove dichiarative assunte nel precedente dibattimento avrebbero potuto essere legittimamente utilizzabili dal giudice successivamente subentrato mediante la semplice lettura, a prescindere dal consenso delle parti sul punto e senza dover procedere *ex novo* all'escussione del dichiarante, sostanzialmente basandosi sul rilievo che l'art. 511 comma 2 c.p.p. non facesse riferimento all'esistenza di ipotetiche cause ostative all'esame, ma che esso, stando al dato letterale, intendesse più semplicemente riservare la scelta in merito all'escussione alla discrezione del giudice¹⁰⁶.

Impostazioni differenti che hanno influenzato – e può ritenersi influenzino ancora in qualche maniera – il dibattito¹⁰⁷ vigente in seno alla dottrina, divisa fra chi,

¹⁰⁴ Cfr. P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 260. Per tale impostazione v. anche P.P. PAULESU, *Mutamento del giudice dibattimentale e diritto alla prova testimoniale*, cit., p. 2498, secondo il quale non si tratta di una questione di poco conto, dato che l'alternativa che si pone è quella «tra una lettura dei verbali in funzione sostitutiva ..., ed una lettura squisitamente integrativa e complementare all'esame orale».

¹⁰⁵ Che era quindi inteso come riferito a prove divenute irripetibili o delle quali le parti non avessero chiesto la riassunzione: v., *ex plurimis*, Cass., sez. II, 8 luglio 1999, Fanuele, in *Riv. pen.*, 1999, p. 211 ss.; Cass., sez. IV, 9 maggio 1996, Scialla, in *Cass. pen.* 1997, p. 2190 ss.; Cass., sez. I, 20 aprile 1994, Carnelutti, *ivi*, 1995, p. 1896 ss.

¹⁰⁶ ... in altre parole, che «l'esame non abbia luogo» per scelta del giudice. In tal senso, v. Cass., sez. II, 1° luglio 1998, Silvestri, in *Riv. pen.*, 1999, p. 306 ss.; Cass., sez. VI, 13 marzo 1997, Fanelli, *ivi*, 1998, p. 386 ss.; Cass., sez. III, 12 dicembre 1996, Musina, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1393 ss.

¹⁰⁷ «Viziato, però, forse da un eccessivo ideologismo» (P. RENON, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale a seguito di mutamento del giudice nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, p. 3336-3337).

privilegiando un'impostazione più garantista, sosteneva (e sostiene) che il mutamento del giudice comporti la integrale rinnovazione dell'istruzione probatoria¹⁰⁸, per alcuni addirittura non surrogabile neanche con il consenso della parte¹⁰⁹, e chi, in maniera segnatamente opposta, avendo riguardo soprattutto ad esigenze di efficienza ed economia processuale, tendeva (e tende¹¹⁰) invece a ritenere necessaria e sufficiente, nel rinnovato dibattimento, la lettura dei verbali degli atti precedentemente compiuti per eludere la sanzione della nullità assoluta della sentenza di cui all'art. 525 comma 2 c.p.p., considerando la riassunzione di singoli atti probatori come ipotesi eccezionale¹¹¹.

È bene chiarire che tale modalità di prospettazione della problematica della rinnovazione istruttoria appare invero «piuttosto superficiale»¹¹², considerando che la

¹⁰⁸ Cfr., pur con varie sfumature, M. CAIANIELLO, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del giudizio*, cit., p. 1399, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1004; G. DE LUCA, *Se cambia il collegio è sufficiente rileggere i verbali o è necessario innovare l'istruttoria dibattimentale?*, cit., p. 1131; A. GAITO, *Quali limiti alla rinnovazione della prova dopo il mutamento del giudice dibattimentale?*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1286.

¹⁰⁹ In particolare, v. D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 249, per cui «il canone dell'oralità-immediatezza nella formazione delle prove in dibattimento non è soltanto un diritto nella disponibilità delle parti, ma piuttosto ... una delle coordinate che delineano il metodo di accertamento della 'verità giudiziale'». Pare condividere questo orientamento, A. FONZOLI, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento: un difficile equilibrio tra forme di acquisizione probatoria mediante lettura degli atti e nullità del dibattimento per inosservanza del principio di immutabilità del giudice*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2007, p. 144, quando sostiene che i verbali delle prove precedentemente assunte, «una volta disposta la rinnovazione del dibattimento, s[iano] travolti dalla sanzione della nullità assoluta» di cui all'art. 525 comma 2 c.p.p. Si è già rimarcata, però, la necessità di considerare, almeno stando al dato letterale, che la nullità assoluta è comminata, dall'art. 525 comma 2 c.p.p., esclusivamente alla sentenza che sia emanata in violazione del canone dell'immutabilità fisica del giudice che ha partecipato al dibattimento e di quello che decide, cosicché essa non possa considerarsi rivolta agli atti compiuti dinanzi al giudice poi sostituito: v. *supra*, § 3.

¹¹⁰ Poiché il dibattito «non pare sopito» (L. BELVINI, *Mutamento del giudice e nuova istruttoria: note sull'involuzione interpretativa*, cit., p. 150).

¹¹¹ In questo senso, v., prima della sentenza Iannasso, D. POTETTI, *Note brevi in tema di immutabilità del giudice dibattimentale dopo la sentenza n. 17 del 1994 della Corte costituzionale*, cit., p. 1733. Più di recente, v. F. TRIPODI, *Ragionevole durata del processo penale, principio di oralità e «abuso» del processo (ancora sulla rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice)*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3089-3090. Come rileva P.P. PAULESU, *Mutamento del giudice dibattimentale e diritto alla prova testimoniale*, cit., p. 2497, si tratta in poche parole di «assoggettare ad un identico regime di utilizzabilità i verbali contenenti dichiarazioni irripetibili e quelli, invece, attinenti a dichiarazioni ripetibili, sancendo così la prevalenza della lettura sulla nuova escussione del dichiarante».

¹¹² Testualmente P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 278, poiché l'Autore sostiene che neppure la normale attività istruttoria, «destinata fisiologicamente a svolgersi nel corso del dibattimento avanti al giudice originariamente designato, risult[i] impostata secondo criteri così rigidi»; in altre parole, «il problema delle forme della istruzione probatoria, nel caso di mutamento del giudice ... non sembra traducibile ... nei termini di una alternativa tra la mera lettura dei precedenti verbali e la reiterazione integrale dell'attività di escussione delle fonti di prova» (*ivi*, p. 279). In tal modo la questione può più correttamente affrontarsi tenendo conto sia del fatto che i verbali delle prove precedentemente assunte siano parte del fascicolo del rinnovato dibattimento e che già dalla sentenza del 1994 della Corte costituzionale emerge la circostanza che la riassunzione in forma orale delle deposizioni possa coesistere, secondo le modalità dettate dall'art. 511 c.p.p., nel nuovo dibattimento, con l'acquisizione

reiterazione del dibattimento in seguito al mutamento del giudice attiene più propriamente ad una questione più sottile, cioè alle condizioni ed ai limiti entro i quali sia legittimo ammettere, per un verso, il recupero di risultati probatori precedentemente – e legittimamente – acquisiti e, per un altro verso, la possibilità di procedere alla riescussione di fonti di prova personali già esaminate.

Comunque, è in tale scenario che le sezioni unite della Corte di cassazione, stando al perdurante disorientamento in materia, sposano il primo orientamento seguito dai giudici di legittimità, posto che, stando al dato letterale dell'art. 511 comma 2 c.p.p. – pacificamente la norma applicabile a seguito della rinnovazione dibattimentale disposta ex art. 525 comma 2 c.p.p. –, la prova orale «raccolta dal primo giudice non è utilizzabile per la decisione mediante semplice lettura, senza ripetere l'esame del dichiarante quando questo possa avere luogo e sia stato richiesto da una delle parti»¹¹³.

La Corte di cassazione analizza su due piani differenti le conseguenze derivanti dal mutamento dell'organo decidente e le modalità cui la rinnovazione del dibattimento debba attenersi: per quanto attiene l'arco temporale coperto dalla rinnovazione, essa rileva come sia necessaria la ripetizione della sequenza procedimentale costituita dalla formale dichiarazione di apertura del dibattimento¹¹⁴; per quanto concerne i verbali delle attività compiute precedentemente al mutamento del giudice, avallando la lettura della Corte costituzionale, sostiene che sia pacifico che essi facciano parte del fascicolo del dibattimento, sottolineando, però, come l'art. 511 comma 2 c.p.p. assegni alla lettura del verbale «una funzione integrativa»¹¹⁵ rispetto all'escussione della prova orale.

Di conseguenza, la Corte di cassazione chiarisce che è possibile procedere direttamente alla lettura-acquisizione del verbale soltanto quando l'esame del dichiarante non abbia luogo «o per volontà delle parti, espressamente manifestata ovvero implicita nella mancata richiesta di riaudizione del dichiarante, o per sopravvenuta impossibilità della riaudizione», posto che sia invece da escludere «che quando l'ammissione della

dei verbali degli atti previamente compiuti. La tematica si incentra quindi più propriamente sul diritto della parte a chiedere tale riassunzione dinanzi al nuovo giudice. Sul punto, v. ampiamente ID., *Verso una soluzione «costituzionalmente orientata» in materia di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale disposta a seguito di mutamento del giudice*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 671 ss.

¹¹³ Così Cass., sez. un., 15 gennaio 1999, Iannasso ed altro, cit., p. 1429.

¹¹⁴ V. *supra*, § 3, nota 78. Nella nostra analisi si è ritenuto di anticipare tale conclusione, poiché essa può ritenersi uno dei (pochi) punti fermi in materia, considerando pure che le conclusioni cui era giunta la dottrina maggioritaria nella vigenza del codice Rocco erano identiche.

¹¹⁵ Cass., sez. un., 15 gennaio 1999, Iannasso ed altro, cit., p. 1430. Soluzione coerente con il 'principio di sussidiarietà': al riguardo, v. *supra*, cap. II, § 6, in particolare nota 250.

prova [sia] nuovamente richiesta, il giudice che la ammett[a] ai sensi» degli art. 190 e 495 c.p.p., abbia «il potere di disporre la lettura delle dichiarazioni raccolte nel dibattimento precedente, alla quale non [abbiano] consentito entrambe le parti, senza previo esame del dichiarante»¹¹⁶: la prova acquisita in violazione di tali condizioni è quindi inutilizzabile ai sensi dell'art. 526 c.p.p., e, in quanto tale, vizia la successiva sentenza eventualmente deliberata dal giudice subentrato o dal collegio diversamente costituito.

Le sezioni unite della Corte di cassazione si esprimono nel senso di ritenere illegittima la prassi che riteneva che, nel rinnovato dibattimento, fosse possibile procedere alla mera lettura acquisitiva dei verbali degli atti precedentemente assunti per soddisfare l'obbligo derivante dall'art. 525 comma 2 c.p.p., posto che, da quanto esse affermano, sussiste l'onere, per il giudice subentrato, di procedere alla riassunzione della prova dichiarativa qualora una parte ne faccia richiesta e non si siano nel frattempo verificate cause di impossibilità sopravvenuta di ripetizione¹¹⁷, pur rimanendo utilizzabili, dopo

¹¹⁶ Cass., sez. un, 15 gennaio 1999, Iannasso ed altro, cit., p. 1432, da cui sono tratte anche le due citazioni immediatamente precedenti nel testo. Per quanto concerne la parte in cui le sezioni unite fanno riferimento al consenso di «entrambe le parti» è necessario fare delle importanti precisazioni. Come opportunamente rileva P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 266, nota 31, tale passaggio è (pericolosamente) indice di una certa oscurità espositiva (che l'Autore ritiene invero riguardi *in toto* la tecnica espositiva adoperata dalla Cassazione quando essa passa ad affrontare i tempi e i modi dell'istruzione probatoria, al di là della correttezza delle soluzioni accolte), dato che «appare assolutamente poco chiaro, tanto da poter essere ritenuto fuorviante». L'Autore nota che «sembrerebbe, in effetti, che la legittimità stessa della acquisizione dei protocolli dichiarativi formati avanti al giudice poi sostituito risulti, secondo le Sezioni Unite, subordinata alla comune volontà delle parti» (*ivi*, p. 266, nota 31). Come chiarisce ID., *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale a seguito di mutamento del giudice nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 3345, nota 28, parte della giurisprudenza successiva alla sentenza intravede infatti in tale passaggio l'affermazione dell'«esistenza di un *potere dispositivo delle parti sulla lettura dei verbali precedentemente formati* [corsivo nostro]»; si deve però considerare che «la Cassazione, nella proposizione considerata, allude all'ipotesi in cui le parti (una o più) abbiano presentato richiesta di riassunzione della prova e che quest'ultima sia stata ammessa» (*ivi*, p. 3345, nota 28). La Cassazione fa infatti riferimento espresso alla ammissione della prova ai sensi degli art. 190 e 495 c.p.p., all'infuori dell'ipotesi eccezionale di cui all'art. 190-bis c.p.p., precisando che «allorché ciò si verifici, è fatto divieto ..., per il giudice [,] di disporre la lettura del verbale, contenente il risultato della originaria acquisizione della prova», senza aver proceduto alla previa riescussione della fonte di prova, in ossequio alla genuinità dell'esame dibattimentale della fonte di prova dichiarativa. Quindi tale passaggio «assumerebbe un significato del tutto diverso da quello suggerito» dall'orientamento giurisprudenziale che fa discendere da tale consenso l'acquisizione al processo del verbale, «volendo semmai rinviare alla possibilità che le parti acconsentano alla acquisizione del protocollo istruttorio anche prima o a prescindere dall'esame (da loro stesse) richiesto e (dall'organo giurisdizionale) disposto». Siamo quindi «*ben lontani dal riconoscimento tout court alle parti di un potere di veto sulla acquisizione ed utilizzabilità dell'attività istruttoria condotta dinanzi al giudice inizialmente incaricato* [corsivo nostro]» (*ivi*, p. 3345, nota 28). Su tale indirizzo della giurisprudenza di legittimità, v. *infra*, § 5.

¹¹⁷ Secondo C. CONTI, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 749, in tale occasione la Corte di cassazione non è «riuscita a fare piena chiarezza sulla materia in oggetto. In particolare, il Supremo Collegio ha omesso di precisare come si configuri il diritto delle parti ad ottenere la nuova ammissione delle prove. Non ha specificato, cioè, se si tratti di un diritto incondizionato riconosciuto a tutte le parti, oppure se il diritto alla prova debba incontrare quegli stessi limiti che sono previsti nell'ordinario

tale esame, le dichiarazioni precedentemente rese dal teste dinanzi al giudice poi sostituito, nel pieno del contraddittorio tra le parti.

La Corte di cassazione in tale occasione non avalla, quindi, un dibattimento «‘tutto nuovo’», né uno «‘destinato a venire alla luce’» già pesantemente gravato dell’intera attività processuale previamente compiuta, ma «un modello integrato, nel quale la lettura dei verbali delle prove formate avanti al primo giudice non si pon[e] in termini di alterità, ma di sostanziale complementarità con la riassunzione delle stesse prove dinanzi al giudice diversamente composto»¹¹⁸.

5. ... e gli sviluppi più recenti in materia.

La lettura della sentenza Iannasso è stata successivamente, e ripetutamente, fatta propria dalla Corte di cassazione¹¹⁹ ed avallata dal giudice delle leggi¹²⁰, ma sono emersi anche nuovi chiarimenti in riferimento alla garanzia cui è possibile ricollegare il canone dell’immutabilità fisica del giudice e l’implicazione consistente nella riassunzione della prova qualora si proceda alla necessaria rinnovazione istruttoria in seguito al mutamento dell’organo decidente¹²¹. Proprio partendo dal fondamentale rilievo per cui i principi dell’immediatezza e dell’immutabilità non assurgono al ruolo di canoni oggettivi della giurisdizione, ma entrano in gioco, quali principi ispiratori della fase dibattimentale, in

svolgersi del dibattimento», ma, *a priori*, tale «affermazione [della Corte di cassazione] stabilisce un nesso tra utilizzabilità delle dichiarazioni rese in precedenza e diritto ad una nuova assunzione della prova e pare confermare che questo diritto si atteg[gi] in modo peculiare in sede di rinnovazione del dibattimento».

¹¹⁸ P. RENON, *La rinnovazione dell’istruzione dibattimentale a seguito di mutamento del giudice nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 3339, da cui sono tratte anche le due citazioni immediatamente precedenti. V. *supra*, nota 115.

¹¹⁹ V., *ex plurimis*, Cass., sez. V, 11 maggio 2017 n. 23015, Mellano, in *C.E.D. Cass.*, n. 270140; Cass., sez. I, 23 settembre 2004, n. 37537, in *C.E.D. Cass.*, n. 41312; Cass., sez. I, 7 dicembre 2001-10 maggio 2002, n. 17804, in *C.E.D. Cass.*, n. 221694; Cass., sez. I, 4 novembre 1999 n. 12496, Guglielmi e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 214567.

¹²⁰ C. cost. ord. 10 giugno 2010 n. 205, cit., in *Giur. cost.*, 2010, p. 2392 ss.; C. cost., ord. 30 luglio 2008 n. 318, *ivi*, 2008, p. 3411 ss.; C. cost., sent. 9 marzo 2007 n. 67, *ivi*, 2007, p. 662 ss., con nota di P. RENON, *Verso una soluzione «costituzionalmente orientata» in materia di rinnovazione dell’istruzione dibattimentale a seguito di mutamento del giudice*, cit.; C. cost., sent. 23 dicembre 2004 n. 418, cit., *ivi*, 2004, p. 4445 ss.; C. cost., ord. 14 marzo 2003 n. 73, *ivi*, 2003, p. 636-637, C. cost., ord. 15 marzo 2002 n. 59, *ivi*, 2002, p. 655 ss.; C. cost., ord. 11 dicembre 2001 n. 399, *ivi*, 2001, p. 3888 ss.

¹²¹ Secondo P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 270, dall’analisi delle pronunce della Corte costituzionale, emerge «una visione complessiva del fenomeno, nella quale non è difficile individuare quelli che per la stessa appaiono quali punti da annoverarsi come sicuri punti fermi», il che spiega anche la prassi di richiamarsi alle pronunce precedenti, spesso adoperata dalla stessa Consulta (*ivi*, p. 270, nota 42).

funzione della garanzia del diritto alla prova come previsto dall'art. 111 comma 3 terzo periodo Cost.¹²², è possibile cogliere, nelle successive pronunce della Corte costituzionale in materia¹²³, la reale portata delle conclusioni¹²⁴ cui essa giunge nell'illuminare la *ratio* della garanzia dell'immutabilità fisica del giudice.

Conclusioni peraltro in buona parte riportate in senso adesivo ed ulteriormente sviluppate in una pronuncia successiva dello stesso giudice delle leggi¹²⁵.

Quando la Consulta ha avuto nuovamente modo di pronunciarsi sulla questione, essa ha infatti chiarito che «rimane affidata alle scelte discrezionali del legislatore l'eventuale individuazione di presidi normativi volti a prevenire il possibile uso strumentale e dilatorio di siffatto diritto»¹²⁶, affermazione sostenibile proprio partendo dall'assunto per cui non si possano reputare i criteri dell'immediatezza e dell'immutabilità costituzionalizzati, nell'alveo del "giusto processo"; in caso contrario, d'altronde, non si spiegherebbe quanto essa, in linea con le precedenti pronunce in materia, sostiene in riferimento all'utilizzabilità, nel nuovo dibattimento, degli atti formati durante l'attività probatoria compiuta dinanzi al giudice poi sostituito¹²⁷.

¹²² V. *supra*, § 2.

¹²³ Il riferimento è in particolare a C. cost., sent. 9 marzo 2007 n. 67, cit., p. 662 ss.

¹²⁴ Per tale rilievo, v. P. RENON, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale a seguito di mutamento del giudice nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 3350.

¹²⁵ C. cost. ord. 10 giugno 2010 n. 205, cit., p. 2392 ss.

¹²⁶ Così C. cost., ord. 9 marzo 2007 n. 67, cit., p. 668. L'affermazione è stata ripresa da C. cost., ord. 10 giugno 2010 n. 205, cit., p. 2400.

¹²⁷ Cfr. G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del) II Dir. proc. pen.*, cit., p. 6. Peraltro, come rileva anche C. cost., sent. 23 dicembre 2004 n. 418, cit., p. 4449, non vi è motivo per escludere che i verbali degli atti consistenti in dichiarazioni precedentemente assunti non possano essere utilizzati ai fini delle contestazioni nel corso della nuova escussione, prima ancora che per la deliberazione finale. Per D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 273, l'uso, anche solo in funzione integrativa degli atti precedentemente compiuti, tradisce «il senso dell'istituto dell'art. 525 comma 2 c.p.p.». La tesi appare troppo radicale, considerando che – come nota P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 283-284 – «il carattere di 'novità' della fase destinata ad aprirsi, ai sensi dell'art. 525 comma 2 c.p.p., innanzi al giudice diversamente costituito non implica di per sé, infatti, che si debba fare *tabula rasa* di tutto quello che è stato compiuto», anche volendo ritenere che il titolo giuridico alla base del quale i verbali confluiscono nel fascicolo dibattimentale non possa rinvenirsi negli art. 480 e 515 c.p.p., posto che per l'Autrice a tale soluzione osta il fatto che il mutamento del giudice comporti l'instaurazione di un *nuovo* dibattimento (per tale rilievo, v. *supra*, § 4 nota 103), quantomeno considerando, in via sistematica, che non bisogna enfatizzare il valore del principio di immediatezza, posto che «l'attuale disciplina processuale *expressis verbis* prevede situazioni nelle quali il giudice dibattimentale possa legittimamente impiegare ai fini della pronuncia della sentenza atti a contenuto probatorio formati *aliunde* di fronte ad un altro soggetto giudicante» (*ivi*, p. 284). A livello logico-sistematico ancor prima che giuridico, in altre parole, negare efficacia, solo per il fatto che sia avvenuto il mutamento del giudice, a prove che sono formate nel precedente dibattimento in condizioni di contraddittorio *pieno* quando, invece, è pacifico, nell'ipotesi in cui la prova si sia formata in sede di incidente probatorio, che questa sia poi utilizzabile per la deliberazione sul merito in giudizio, espone a conseguenze paradossali.

A tal proposito, merita segnalare come il riferimento al canone dell'immediatezza compaia nelle argomentazioni della Consulta soltanto ed esclusivamente quando esso è richiamato in vestigia di 'principio generale dell'ordinamento', il quale permette la piena esplicazione del diritto alla prova.

Coerentemente a tale sviluppo argomentativo, la Corte costituzionale ha sempre chiarito che «il legislatore, nel definire la disciplina del processo e la conformazione dei relativi istituti, gode di ampia discrezionalità, il cui esercizio è censurabile, sul piano della legittimità costituzionale, solo ove le scelte operate trasmodino nella manifesta irragionevolezza e nell'arbitrio» e che, «in tale prospettiva, *la regola censurata non può dunque qualificarsi, di per sé, come manifestamente irrazionale ed arbitraria* [corsivo nostro]»¹²⁸.

Peraltro, in riferimento alla diffusa prassi delle "conferme" sviluppatasi in seno alla giurisprudenza di merito, in generale piuttosto refrattaria alla riescusione dei testi¹²⁹, la Corte costituzionale fa luce su un ulteriore profilo della regola di cui all'art. 525 comma 2 c.p.p., sostenendo che «la *ratio* giustificatrice della rinnovazione della prova» non stia nella «presunta incompletezza o inadeguatezza della originaria escussione», ma nell'«opportunità di mantenere un diverso e diretto rapporto tra giudice e prova, particolarmente quella dichiarativa, non garantito dalla semplice lettura dei verbali: vale a dire la diretta percezione, da parte del giudice deliberante, della prova stessa nel momento della sua formazione, così da poterne cogliere tutti i connotati espressivi, anche quelli di carattere non verbale, particolarmente prodotti dal metodo dialettico dell'esame e del controesame ... che possono rivelarsi utili nel giudizio di attendibilità del risultato probatorio, così da poterne poi dare compiutamente conto nella motivazione ai sensi di quanto previsto»¹³⁰ dall'art. 546 comma 1 lett. e c.p.p.

In tale punto la Consulta si richiama alle pronunce del giudice di Strasburgo, poiché considera che anche nell'ottica della giurisprudenza della Corte europea dei diritti

¹²⁸ Così C. cost., ord. 9 marzo 2007 n. 67, cit., p. 668.

¹²⁹ È infatti «tra i giudici di merito [che] si sono ... riscontrate le espressioni di un dissenso più o meno radicale. Tale insofferenza si è successivamente manifestata in reiterati atti di promovimento di eccezioni di legittimità costituzionale, sollevate contro l'esegesi del dato normativo fatta propria dalla Cassazione [nella sentenza Iannasso] ed accreditabile, in quanto tale, come 'diritto vivente'» (P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 268-269). Sul punto, v. *infra*, § 7.

¹³⁰ C. cost., ord. 10 giugno 2010 n. 205, cit., p. 2399, da cui sono tratte anche le due citazioni immediatamente precedenti nel testo.

dell'uomo entri qui in scena il *diritto della parte*¹³¹, «diritto della parte alla nuova audizione [che] non è assoluto, ma 'modulabile' (entro limiti di ragionevolezza) dal legislatore»¹³², facendo ulteriore riferimento anche alla pregressa giurisprudenza costituzionale¹³³ e al riconoscimento della possibilità di eccezioni al riguardo, riconosciuta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo¹³⁴.

Successivamente all'analisi di quanto emerso da tali pronunce¹³⁵, bisogna concentrare l'attenzione sull'inquadramento del consenso delle parti che permette di non procedere alla riescussione della fonte di prova orale nel contesto del rinnovato dibattimento e sulle modalità espressive di tale consenso, avendo riguardo alla *ratio* del principio di immutabilità del giudice, così come analizzato nella lettura più recente della Corte costituzionale.

Invero, a causa della poca chiarezza espositiva in un passaggio della menzionata sentenza Iannasso, successivamente a tale pronuncia si è sviluppato, in seno alla giurisprudenza di legittimità, un indirizzo che, travisandone le conclusioni (quando essa esclude che, nell'eventualità in cui l'ammissione della prova sia richiesta, il giudice che la ammette *ex art.* 190 e 495 c.p.p. abbia il potere di disporre la lettura delle dichiarazioni raccolte nel dibattimento precedente, alla quale entrambe le parti non abbiano acconsentito, senza procedere al previo esame del dichiarante), ha considerato che essa abbia sancito che il verbale dell'atto precedentemente assunto sia nella totale disponibilità delle parti¹³⁶. Infatti, per tale indirizzo interpretativo, ai fini dell'acquisizione e della conseguente utilizzabilità dei verbali delle prove dichiarative assunte dinanzi al giudice

¹³¹ Su questo aspetto è necessaria una notazione. Il rilievo assegnato al diritto delle parti alla rinnovazione non può legittimare a ritenere che la riassunzione della prova orale sia nella assoluta ed esclusiva disponibilità di queste ultime, come rilevato anche *supra*, nota 116. Al contrario, conformemente ai principi generali dell'ordinamento, il nuovo giudice può ben disporre, ai sensi dell'art. 507 c.p.p., anche di propria iniziativa il nuovo esame di coloro che abbiano già reso deposizione nel precedente dibattimento, nei rigorosi limiti in cui lo ritenga assolutamente necessario. Sul punto, v. soprattutto P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 290, nota 88. Nello stesso senso, v. anche C. CONTI, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento a seguito del mutamento del giudice*, cit., p. 753.

¹³² C. cost., ord. 10 giugno 2010 n. 205, cit., p. 2400.

¹³³ C. cost., ord. 30 luglio 2008 n. 318, cit., p. 3411 ss.; C. cost., ord. 9 marzo 2007 n. 67, cit., p. 662 ss.

¹³⁴ V. *infra*, § 6.

¹³⁵ ... emblematiche, comunque, di un percorso «accidentato» che, se «ha avuto il pregio di far emergere i principali nodi problematici connessi al fenomeno della rinnovazione dell'istruzione probatoria», ha comunque «lasciato molte zone d'ombra», stante «il suo carattere necessariamente asistemico» e la complessità della questione, sul piano delle soluzioni tecniche elaborate (P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 276-277).

¹³⁶ V. *supra*, nota 116.

poi sostituito sarebbe necessario il consenso delle parti¹³⁷, o quantomeno che esse non si opponano al riguardo¹³⁸.

Si tratta di un'impostazione errata¹³⁹, non conforme ai principi generali dell'ordinamento ed alla *ratio* stessa della nuova escussione in sede di rinnovazione istruttoria.

Il consenso della parte non ha, infatti, ad oggetto, in sé, l'acquisizione e l'utilizzabilità dei verbali delle prove dichiarative precedentemente assunte, posto che essi, essendo state formate le prove in pienezza di contraddittorio ai sensi dell'art. 111 comma 4 primo periodo Cost., sono già inseriti nel fascicolo del dibattimento, ed il giudice può ben procedere anche *ex officio* alla loro lettura ai sensi dell'art. 511 comma 1 c.p.p.: tali verbali fanno già parte degli elementi gnoseologici di cui egli ha la materiale conoscenza e non sono nella disponibilità della parte, conformemente al principio di acquisizione processuale. Per quanto concerne le prove consistenti in dichiarazioni, il senso del disposto dell'art. 511 comma 2 c.p.p. è quello di garantire l'oralità e immediatezza dell'esame dibattimentale, qualora questo, essendo stato ammesso dal

¹³⁷ Cfr. Cass., sez. II, 8 febbraio 2011, D'Asaro, in *C.E.D. Cass.*, n. 252190, per la quale in caso di rinnovazione del dibattimento, occorre il consenso di entrambe le parti per potersi procedere alla lettura dei verbali delle dichiarazioni precedentemente rese e quindi basta il dissenso di una sola delle parti per precluderne la lettura e quindi l'utilizzabilità, posto che è vero che essi facciano legittimamente parte del fascicolo del dibattimento, ma anche che divengano utilizzabili solo a tale condizione. Nello stesso senso, v. Cass., sez. II, 19 marzo 2010, Corbi ed altro, in *Arch. n. proc. pen.*, 2010, p. 730 ss.; Cass., sez. III, 28 gennaio 2003, Palermo e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 224265. La Corte di cassazione non tiene conto del piano in cui si colloca l'art. 511 c.p.p., il quale, attenendo alle modalità di assunzione della prova dichiarativa, stabilisce un ordine di successione degli atti, sancendo che, quando si tratta di verbali di prove consistenti in dichiarazioni, ad essi si dà lettura posteriormente all'audizione del teste in aula di udienza. Ma – è bene ricordarlo – l'art. 511 c.p.p. fa riferimento ad atti inseriti nel fascicolo di cui all'art. 431 c.p.p., quindi già parte del patrimonio conoscitivo a disposizione del giudice per la decisione nel merito, necessitando solo la lettura (disposta anche *ex officio*, non serve il consenso delle parti) perché essi siano utilizzabili.

¹³⁸ È ritenuta sufficiente la mancata opposizione esplicita delle parti alla lettura da Cass., sez. V, 16 maggio 2008, La Porta, in *C.E.D. Cass.*, n. 241583; Cass., sez. V, 12 dicembre 2002, Rita ed altri, in *Guida. dir.*, 2003, XVIII, p. 71 ss. Cass., sez. I, 7 dicembre 2001, Graviano, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3068 ss., con nota di P. CIPOLLA, *Mutamento del giudice, rinnovazione del dibattimento mediante letture di verbali di prove dichiarative e rilevanza del consenso delle parti*.

¹³⁹ Che, peraltro – come sottolinea P. RENON, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale a seguito di mutamento del giudice nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 3343, nota 25 –, nella prassi giudiziaria genera comportamenti «assai discutibili. È consuetudine, infatti, che, nella prima udienza di fronte al nuovo giudice, sia proprio quest'ultimo ad interpellare direttamente le parti, pubblico ministero e difensori, al fine di sondare la loro disponibilità a prestare il consenso alla lettura dei verbali degli atti precedentemente compiuti».

giudice ai sensi dell'art. 190 e 495 c.p.p., abbia luogo¹⁴⁰, evitando la sua riduzione ad un mero cerimoniale di conferma delle precedenti deposizioni.

Le parti, quindi, possono rinunciare espressamente o tacitamente alla nuova escussione del dichiarante, non chiedendone il riesame, ed in quel caso il giudice procederà all'acquisizione tramite lettura delle deposizioni precedentemente rese – in pienezza di contraddittorio dinanzi al giudice sostituito –, ai fini della loro utilizzabilità, ma nel caso in cui il nuovo esame sia richiesto – ed ammesso – il giudice, conformemente al 'principio di sussidiarietà'¹⁴¹, non potrà procedere alla lettura se non successivamente al nuovo esame, conformemente all'insegnamento, pur non chiarissimo sul punto, della sentenza Iannasso¹⁴².

Peraltro, merita segnalarsi che al consenso delle parti a procedere alla rinnovazione tramite la sola lettura dei verbali delle dichiarazioni rese nella giurisprudenza di legittimità è parificata anche la mancata richiesta di riesame del dichiarante¹⁴³ – equivalente ad una prestazione del consenso manifestata per *facta concludentia*¹⁴⁴ –; che

¹⁴⁰ «La *ratio* della disposizione [dell'art. 511 comma 2 c.p.p.] va, quindi, individuata nell'esigenza di impedire, in nome dei principi di immediatezza ed oralità, che l'esame avanti al giudice della decisione risulti pregiudicato nella sua genuinità, risolvendosi nella mera conferma di quanto già precedentemente dichiarato dal soggetto esaminando e consacrato nel verbale istruttorio» (P. RENON, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale a seguito di mutamento del giudice nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 3347).

¹⁴¹ Sul quale, v. *supra*, cap. II, § 6.

¹⁴² Sul punto, v. P. RENON, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale a seguito di mutamento del giudice nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 3348-3349, nota 34, che chiarisce come le parti possano formulare istanza di rinnovazione della prova ai sensi dell'art. 493 c.p.p. Ma la scelta discrezionale in capo alle parti di esercitare o non esercitare il proprio diritto alla riassunzione «non può in alcun modo incidere sulla utilizzabilità dei verbali precedentemente assunti, garantita» dall'art. 511 c.p.p. «Qualora la richiesta sia avanzata e la riassunzione venga disposta, la lettura dei protocolli precedentemente formati deve seguire, a norma dell'art. 511 comma 2 c.p.p., la nuova escussione del soggetto; in caso contrario, alla lettura può procedersi immediatamente, senza, però, che in alcuna ipotesi la prova già agli atti possa andare dispersa», poiché il verbale è sempre suscettibile di lettura, indipendentemente dal consenso delle parti in merito. Sul punto, cfr. le conclusioni cui perviene C. cost., sent. 9 marzo 2007 n. 67, cit., p. 668, per cui «l'unica differenza [è] che, nel caso in cui il riesame del dichiarante sia possibile e la parte ne abbia fatto richiesta, la lettura dovrà seguire tale riesame; mentre, in caso contrario, la prova verrà recuperata a mezzo della sola lettura».

¹⁴³ Come già sancito dalla sentenza Iannasso: v. *supra*, § 4.

¹⁴⁴ Cfr. Cass., sez. I, 14 gennaio 2011, n. 18308, in *Cass. pen.*, 2012, IV, p. 1440 ss., per cui il consenso delle parti all'acquisizione mediante lettura delle dichiarazioni dibattimentali rese nello stesso procedimento dinanzi al giudice in diversa composizione può essere manifestato anche attraverso comportamenti di acquiescenza. Nel caso di specie, le parti non avevano eccepito nulla quando il collegio, a seguito del mutamento della persona fisica di un giudice, senza disporre espressamente la rinnovazione del dibattimento, aveva stabilito, con apposita ordinanza, che erano utilizzabili, ai fini della decisione, tutti gli atti contenuti nel fascicolo del dibattimento fin dall'origine e quelli acquisiti nel corso del dibattimento medesimo. V. pure Cass. sez. V, 23 maggio 2016, Renzulli e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 267911; Cass. sez. V, 10 marzo 2015, Barillari e altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 264683; Cass. sez. VI, 8 ottobre 2014, Colorisi e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 262295; Cass. sez. V, 30 settembre 2013, Righi, in *C.E.D. Cass.*, n. 259518.

esso, una volta espresso, è irrevocabile¹⁴⁵, poiché trattasi di negozio processuale recettizio di natura unilaterale¹⁴⁶, quantomeno qualora non vi siano ulteriori mutamenti nella composizione dell'organo giudicante, posteriormente a quando esso è prestato.

6. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo: il rilievo dei canoni dell'immediatezza e dell'immutabilità del giudice nel “*procès équitable*”.

È necessario ora volgere il nostro sguardo all'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁴⁷ in materia, che ha il grande pregio di permettere all'interprete di «sottrar[si] agli eccessi di un certo schematismo»¹⁴⁸.

Al riguardo, si evince, innanzitutto, in via sistematica, che la Corte di Strasburgo non ha mai reputato indefettibile la circostanza che l'accusato interroghi il testimone in udienza dibattimentale¹⁴⁹ dinanzi al giudice chiamato a deliberare la sentenza.

È quindi conforme con la prescritta *fairness* processuale il confronto tra accusato e testimone a carico avvenuto *in una qualsiasi* delle fasi del procedimento, non rilevando in tal senso che esso sia avvenuto durante la fase delle indagini preliminari ovvero quella dibattimentale¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Soluzione unanime: cfr. Cass., sez. III, 7 ottobre 2015, n. 47036, in *C.E.D. Cass.*, n. 269035; Cass., sez. III, 13 luglio 2011, n. 37481, in *C.E.D. Cass.*, n. 263978; Cass., sez. II, 11 giugno 2010, n. 24380, in *C.E.D. Cass.*, n. 292042.

¹⁴⁶ Cass., sez. III, 27 aprile 2018 (dep. 24 agosto 2018), n. 38907, in *Dir. e giust.*, 27 agosto 2018, consultabile all'indirizzo www.dirittoegiustizia.it (ultimo accesso 29 agosto 2019), p. 1 ss., che ritiene irrevocabile il consenso della difesa a utilizzare le prove precedentemente acquisite mediante la sola lettura dei relativi verbali, espresso dal difensore all'epoca titolare, all'udienza precedente (impegno a prestare il consenso) a quella di effettivo mutamento della persona del giudicante e che non rilevi la nomina di un nuovo difensore – nel caso specifico, però, in aggiunta e non in sostituzione – sulla validità e irrevocabilità di detto consenso. Per un commento a tale sentenza, v. M.S. CHELO, *Prove precedentemente acquisite e irrevocabilità del consenso all'utilizzabilità in caso di mutamento del giudice*, 19 ottobre 2018, in www.ilpenalista.it (ultimo accesso 11 agosto 2019).

¹⁴⁷ Sulla quale v. ampiamente *supra*, cap. I, § 7. Per quanto concerne, invece, l'orientamento del giudice di Strasburgo in tema di immediatezza, in riferimento ai giudizi di impugnazione, v. *infra*, cap. IV, § 1.

¹⁴⁸ P. RENON, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale a seguito di mutamento del giudice nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 3349.

¹⁴⁹ C. eur. dir. uomo, sez. I, sent. 24 luglio 2008, *Vladimir Romanov* c. Russia, § 100; C. eur. dir. uomo, sez. V, sent. 24 aprile 2008, *Zhoglo* c. Ucraina, § 39.

¹⁵⁰ C. eur. dir. uomo, sez. I, sent. 24 aprile 2008, *Zhoglo* c. Ucraina, § 39; C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 13 ottobre 2005, *Bracci* c. Italia, § 55; C. eur. dir. uomo, sent. 24 novembre 1986, *Unterpetinger* c. Austria, § 31.

Peraltro, se in passato la Corte europea dei diritti umani aveva reputato inadeguata l'opportunità che tale confronto avesse luogo dinanzi al pubblico ministero¹⁵¹ e – a maggior ragione – alla polizia¹⁵², di recente il giudice di Strasburgo ha invece ritenuto sufficiente ad escludere la violazione pattizia che l'imputato abbia avuto la possibilità di confrontarsi innanzi all'organo dell'accusa con il testimone determinante ingiustificatamente assente¹⁵³.

Conseguentemente, se rimane auspicabile¹⁵⁴ che tale confronto si realizzi dinanzi alla presenza dell'organo terzo ed imparziale, destinato a decidere nel merito – possibilità che rappresenta dunque solo un elemento rilevante per la valutazione complessiva in riferimento all'equità processuale¹⁵⁵ –, il principio di immutabilità non è un requisito inderogabile nel *minimum standard* imposto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁵⁶: nel caso di mutamento del giudice, secondo l'orientamento della Corte di Strasburgo¹⁵⁷,

¹⁵¹ C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 27 settembre 2007, *Reiner e altri c. Romania*, § 74; C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 30 novembre 2006, *Greco c. Romania*, § 72. La Corte di Strasburgo aveva invece considerato sufficiente un confronto fra imputato e testimone svolto innanzi al giudice istruttore, in assenza tanto del pubblico ministero quanto del difensore: cfr. C. eur. dir. uomo, sent. 19 febbraio 1991, *Isgrò c. Italia*, § 35-36.

¹⁵² C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 15 settembre 2009, *Pacula c. Lettonia*, § 54.

¹⁵³ C. eur. dir. uomo, sez. V, sent. 2 marzo 2017, *Palchick c. Ucraina*, § 10 e 51. Sul punto, v. R. CASIRAGHI, *I nuovi approdi "europei" del diritto al confronto*, in *Cass. pen.*, 2019, III, p. 1369.

¹⁵⁴ Cfr. soprattutto G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2009, p. 80; ID., *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 205-206.

¹⁵⁵ Cfr. R. CASIRAGHI, sub art. 6, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis – F. Viganò, Torino, 2016, p. 225.

¹⁵⁶ Sul punto, v. R. CASIRAGHI, *I nuovi approdi "europei" del diritto al confronto*, cit., p. 1368-1369; P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 69; G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, cit., p. 80.

¹⁵⁷ Sebbene non vi sia, in dottrina, totale uniformità di pareri in merito all'individuazione del momento esatto in cui il tema ha trovato ingresso nella giurisprudenza del giudice di Strasburgo. Sul punto, v. A. TAMIETTI, *Il principio dell'immutabilità del giudice nella giurisprudenza europea: divergenze e similitudini con la disciplina interna*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 699, per cui «il principio dell'immediatezza e dell'immutabilità del giudice hanno fatto ingresso solo recentemente nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, quali estrinsecazioni specifiche, ritenute per via di interpretazione, della generale nozione di equo processo. Né si può dire che, allo stato attuale di evoluzione della loro prassi in materia, i giudici di Strasburgo abbiano indicato con precisione il contenuto ed i limiti - anche con riferimento all'ammissibilità di possibili eccezioni - dei principi in questione»; bisogna quindi tentare «di trarre dalle ... sintetiche affermazioni del giudice internazionale un primo *corpus* di regole cui gli Stati firmatari sono tenuti ad attenersi». Infatti, come chiarisce precedentemente G. UBERTIS, *La revisione del giusto processo secondo la "Commissione bicamerale"* (1998), in ID., *Argomenti di procedura penale*, cit., p. 31: «né oralità né concentrazione né immediatezza sono da considerare come garantite dall'art. 6 comma 1 Conv. eur. dir. uomo». Per l'opinione diametralmente opposta, invece, v. C. VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza e oralità nella giurisprudenza della Corte E.D.U.*, in *Arch. pen.*, 2016, II, p. 14, la quale ritiene che, nonostante l'opinione più tradizionale e maggioritaria sia di senso inverso, «oralità e immediatezza appai[a]no ... trattati per così dire *in nuce* e con quasi esclusivo riferimento ai problemi suscitati dal mutamento del giudice dibattimentale ovvero dalla condanna dell'imputato che sopraggiunge per la prima volta in appello sulla base di una mera rivalutazione cartolare delle testimonianze ascoltate dal

la necessità di ripetere l'esame del dichiarante dinanzi al giudice subentrato non è automatica, ma deriva non solo dalla circostanza che si tratti di «*an important witness*»¹⁵⁸ ovvero di «*un témoin décisif*»¹⁵⁹ (non ritenendosi che la diversità della formulazione di tale requisito in lingua inglese e francese, sia un elemento sostanzialmente rilevante, ma che – più semplicemente – derivi dalla difficoltà di esprimere lo stesso concetto in lingue diverse¹⁶⁰); ma anche che il mutamento abbia privato la difesa della possibilità di porre tutte le domande ritenute utili; che la stessa abbia indicato i motivi che possano indurre a sostenere che il nuovo esame comporterebbe informazioni nuove e pertinenti ai fini del giudizio; che non abbia rinunciato consapevolmente ed inequivocabilmente a quest'ultimo¹⁶¹.

Nondimeno, il giudice di Strasburgo ha avuto modo di sottolineare come l'immediatezza sia «un elemento importante del processo penale equo»¹⁶², poiché «l'osservazione diretta da parte del giudice dell'atteggiamento e della credibilità di un determinato testimone può essere determinante per l'imputato»¹⁶³.

giudice di prime cure». Su quest'ultimo punto, anche in riferimento alle implicazioni per l'ordinamento italiano, v. *infra*, cap. IV, § 1.

¹⁵⁸ C. eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 9 marzo 2004, *Pitkänen c. Finlandia*, § 58; C. eur. dir. uomo, sez. IV, dec. 9 luglio 2002, *P.K. c. Finlandia*.

¹⁵⁹ C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 10 febbraio 2005, *Graviano c. Italia*, § 38; C. eur. dir. uomo, sez. I, dec. 4 dicembre 2003, *Milan c. Italia*.

¹⁶⁰ Tale precisazione è di P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 78, nota 187, dove l'Autore evidenzia che tale differenza tra le due espressioni non comporta che ci si debba riferire a «due differenti indirizzi all'interno della giurisprudenza europea» e che, quindi, il concetto della testimonianza rilevante rimanga univoco. Dello stesso parere, anche se appare più incerto, A. TAMIETTI, *Il principio dell'immutabilità del giudice nella giurisprudenza europea: divergenze e similitudini con la disciplina interna*, cit., p. 701, nota 6.

¹⁶¹ Tali requisiti sono enunciati in C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 10 febbraio 2005, *Graviano c. Italia*, § 38-39; C. eur. dir. uomo, sez. I, dec. 12 febbraio 2004, *Casati c. Italia*, § 2 «in diritto».

¹⁶² A cominciare da C. eur. dir. uomo, sez. IV, dec. 9 luglio 2002, *P.K. c. Finlandia*, § 38.

¹⁶³ Così C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 4 giugno 2013, *Hanu c. Romania*, § 40. Nello stesso senso, v. C. eur. dir. uomo, sez. I, sent. 27 aprile 2017, *Asatryan c. Armenia*, § 61; C. eur. dir. uomo, sez. IV, dec. 9 luglio 2002, *P.K. c. Finlandia*, § 38. Invero, la giurisprudenza europea aveva già sottolineato, in pronunce risalenti, che l'osservazione diretta del teste ad opera del giudice fosse un elemento importante, in relazione, però, alla circostanza che si trattasse di testimonianza anonima o protetta: cfr. C. eur. dir. uomo, sent. 23 aprile 1997, *Van Machelen e altri c. Paesi Bassi*, § 59-60; C. eur. dir. uomo, sent. 20 novembre 1989, *Kostovski c. Paesi Bassi*, § 43, dove si legge «la mancanza in aula dei testi anonimi ha precluso a ciascuna delle Corti giudicanti l'osservazione del loro comportamento sotto interrogatorio e così la formazione di un proprio convincimento in merito alla loro affidabilità»; senza dubbio «i magistrati hanno osservato cautela nel valutare le dichiarazioni in questione, ma questo difficilmente può essere considerato come una sostituzione adeguata dell'osservazione diretta». Sul punto, v. P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 75-76, il quale sottolinea il fatto che la Corte di Strasburgo abbia ormai «fatto proprio l'assunto (avente un fondamento scientifico), oltre che un preciso riscontro nella comune esperienza) secondo cui l'osservazione diretta del comportamento del teste durante l'esame ad opera dell'organo giudicante [sia] in grado di incidere sulla valutazione che quest'ultimo compirà in ordine alla attendibilità del dichiarante»; v. pure, sostanzialmente nei medesimi termini, C. VALENTINI,

Normalmente, quindi, il mutamento nella composizione del collegio giudicante, che non è in sé incompatibile con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹⁶⁴, comporta il riesame del teste, beninteso, sempre qualora sia considerato rilevante¹⁶⁵; esso però può anche non avere luogo, senza che ciò pregiudichi la prescritta *fairness* complessiva della procedura, in presenza di circostanze eccezionali che giustifichino un'eccezione diretta ai principi di oralità e immediatezza tipici del dibattimento¹⁶⁶.

In definitiva, «anche in presenza di una testimonianza decisiva, il rifiuto di procedere ad un nuovo esame non rende automaticamente iniquo il procedimento»¹⁶⁷, entrando in rilievo, nelle considerazioni del giudice di Strasburgo, anche circostanze ulteriori, tali da escludere l'inosservanza del dettato convenzionale nel caso concreto.

In tal senso, degno di nota è che il giudice di Strasburgo abbia considerato rilevante, nella sua valutazione, oltre alle circostanze già menzionate, anche il fatto che il cambiamento avesse interessato un numero non significativo dei magistrati componenti il collegio¹⁶⁸; che non vi fossero motivi di ritenere che il cambiamento fosse stato effettuato per influenzare l'esito del processo, ovvero per altre improprie ragioni¹⁶⁹; che la credibilità del teste non ascoltato dal giudice nella nuova composizione collegiale non

Contraddittorio, immediatezza e oralità nella giurisprudenza della Corte E.D.U., cit., p. 15 ss. Sulla nozione di "testimonianza" adoperata dalla Corte di Strasburgo, v. *supra*, cap. I, § 7.

¹⁶⁴ Come precisato da A. TAMIETTI, *Il principio dell'immutabilità del giudice nella giurisprudenza europea: divergenze e similitudini con la disciplina interna*, cit., p. 700. Lo stesso vale per l'ordinamento interno: v. *supra*, § 3.

¹⁶⁵ Tale orientamento è rinvenibile in C. eur. dir. uomo, sez. IV, dec. 9 luglio 2002, *P.K. c. Finlandia*. Nel solco di tale decisione, poi, C. eur. dir. uomo, sent. 27 settembre 2007, *Reiner e altri c. Romania*, § 74; C. eur. dir. uomo, sent. 30 novembre 2006, *Greco c. Romania*, § 72. Sul punto, v. A. TAMIETTI, *Il principio dell'immutabilità del giudice nella giurisprudenza europea: divergenze e similitudini con la disciplina interna*, cit., p. 701, per cui può «risultare difficile, se non impossibile, esprimere un giudizio prognostico circa il peso che i diversi elementi probatori avranno in sentenza», posto che il mutamento del giudice avviene ordinariamente durante l'istruzione probatoria.

¹⁶⁶ C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 10 febbraio 2005, *Graviano c. Italia*, § 39, dove la Corte di Strasburgo menziona anche espressamente il «principio della conoscenza diretta da parte di giudici immutabili».

¹⁶⁷ R. CASIRAGHI, sub art. 6, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 226. Nello stesso senso, v. P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 83 ss.; A. TAMIETTI, *Il principio dell'immutabilità del giudice nella giurisprudenza europea: divergenze e similitudini con la disciplina interna*, cit., p. 703; C. VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza e oralità nella giurisprudenza della Corte E.D.U.*, cit., p. 3.

¹⁶⁸ Tale rilievo emerge in C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 10 febbraio 2005, *Graviano c. Italia*; C. eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 9 marzo 2004, *Pitkänen c. Finlandia*; C. eur. dir. uomo, sez. IV, dec. 9 luglio 2002, *P.K. c. Finlandia*.

¹⁶⁹ C. eur. dir. uomo, sent. 15 novembre 2005, *Fryckman e Fryckman-Yhtiö Oy c. Finlandia*.

fosse mai stata posta seriamente in discussione e non vi fossero motivi per legittimare dei dubbi sotto tale profilo¹⁷⁰.

Tali elementi permettono di rilevare che il principio di immediatezza venga riconosciuto dal giudice di Strasburgo in funzione dell'attribuzione all'accusato del diritto a sentire *ex novo* i testi già esaminati, nell'ipotesi di mutamento del giudice, al fine di porre il nuovo giudice in diretto contatto con il testimone, ma che al contempo tale riconoscimento non si traduca nella titolarità di un potere assoluto¹⁷¹.

Per altro verso, dall'analisi emerge anche che il nuovo esame del soggetto già sentito dinanzi al giudice sostituito non abbia carattere sostitutivo rispetto alla prima deposizione, poiché, come chiarito dal giudice di Strasburgo, la finalità della rinnovazione è specificamente quella di consentire il contatto diretto tra il giudice e la prova: di conseguenza, la *fairness* complessiva del procedimento può essere inficiata dal rifiuto di sottoporre a riaudizione il teste considerato importante, ma, una volta che tale riesame si verifichi, è legittimo che il giudice impieghi – ai fini della decisione – anche dati gnoseologici ottenuti precedentemente, *in primis* le dichiarazioni rilasciate dallo stesso dinanzi al giudice poi sostituito in occasione del primo esame¹⁷².

¹⁷⁰ C. eur. dir. uomo, sent. 15 novembre 2005, *Fryckman e Fryckman-Yhtiö Oy c. Finlandia*; C. eur. dir. uomo, sez. IV, dec. 9 luglio 2002, *P.K. c. Finlandia*. Sul punto, v. L. PRESSACCO, *Equo processo ed immutabilità del giudice dibattimentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 356.

¹⁷¹ Cfr. P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 82-83, per cui tale precisazione assume una valenza peculiare, poiché «il riconoscimento ... nella giurisprudenza europea del principio di immediatezza (e del suo corollario, rappresentato dalla regola necessaria identità tra il giudice della prova e quello della decisione), appa[re] strettamente funzionale a garantire la posizione dell'accusato», *ma nei limiti* «in cui lo stesso potrebbe [altrimenti] venir pregiudicato». In altre parole, il punto di vista dal quale la Corte di Strasburgo effettua la sua valutazione, «coincide con quello della tutela dei diritti della persona accusata». Interessante il parere di C. VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza e oralità nella giurisprudenza della Corte E.D.U.*, cit., p. 16, per cui «è immaginabile che, in un futuro prossimo, la Corte dovrà occuparsi anche del bilanciamento tra siffatti aspetti della garanzia dell'equo processo, ovvero tra l'idea che un'occasione adeguata e sufficiente di confronto con la prova a carico sia tale anche al di fuori del dibattimento, e l'importanza del contatto diretto tra giudice e prova».

¹⁷² V., ancora, l'analisi di P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 88, dove l'Autore osserva che confrontando i risultati ottenuti dall'analisi delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo e quelli registrati a seguito della lettura della Carta costituzionale e delle pronunce della giurisprudenza in merito alle ipotesi di mutamento del giudice, «può affermarsi, con tutte le cautele che simili raffronti necessitano, che esistono ... significativi punti di contatto». Come aggiunge ID., *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale a seguito di mutamento del giudice nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 3357, nota 55, sia nella giurisprudenza interna che in quella europea «traspare la figura di un diritto non assoluto, *ma modulabile entro limiti di ragionevolezza* [corsivo nostro]», da cui «consegue poi», per il giudice interno «la possibilità e la necessità di interrogarsi sulle condizioni in presenza delle quali la richiesta di riassunzione debba essere ... accolta». Sul punto, v. anche *supra*, § 5. Per la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in relazione al principio di immediatezza nell'alveo dei giudizi di impugnazione, v. *infra*, cap. IV, § 1.

7. Immediatezza, oralità, immutabilità del giudice e “giusto processo”: un asserito bilanciamento con la ragionevole durata.

Di recente la questione del mutamento del giudice e della rinnovazione del dibattimento è tornata al centro del dibattito processualpenalistico.

Per quanto la giurisprudenza successiva alle menzionate pronunce del 1994 della Consulta e, soprattutto, del 1999 delle sezioni unite si sia, in linea di massima, sviluppata nel solco di quanto sostenuto da esse¹⁷³, facendo luce, interpretativamente, anche su ulteriori profili della garanzia che il principio dell’immutabilità fisica del giudice è funzionale ad attuare¹⁷⁴, questo canone, nella prassi dei tribunali di merito, ha infatti continuato a suscitare reiterate perplessità in merito al *punctum dolens* della rinnovazione istruttoria.

L’occasione per una nuova pronuncia da parte del giudice delle leggi, e per il conseguente riaprirsi del dibattito in materia, si è presentata in riferimento ad una questione di legittimità costituzionale, sollevata dal Tribunale di Siracusa¹⁷⁵, e concernente gli art. 525 comma 2, 526 comma 1 e 511 c.p.p., perché la Consulta valutasse se essi possano ritenersi «costituzionalmente illegittimi in relazione all’art. 111 della Costituzione, se interpretati nel senso che ad ogni mutamento della persona fisica di un giudice, la prova possa ritenersi legittimamente assunta solo se i testimoni già sentiti nel dibattimento, depongano nuovamente in aula davanti al giudice-persona fisica che deve deliberare sulle medesime circostanze o se invece ciò debba valere solo allorquando non siano violati i principi costituzionali della effettività e della ragionevole durata del processo»¹⁷⁶.

¹⁷³ V. *supra*, § 4.

¹⁷⁴ V. *supra*, § 5.

¹⁷⁵ Trib. Siracusa, sez. un. pen., ord. 12 marzo 2018, in G.U. n. 36, 12 settembre 2018, p. 17 ss.

¹⁷⁶ Trib. Siracusa, sez. un. pen., ord. 12 marzo 2018, cit., p. 21. Nello specifico, tra il 2007 ed il 2009, venivano rinviati a giudizio dei dirigenti di un’azienda italiana, poiché imputati dei delitti di associazione per delinquere finalizzata ai delitti di interruzione di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità ed estorsione (art. 416, 340 e 629 c.p.) in danno di alcuni lavoratori dipendenti, costituitisi parte civile nel processo penale. L’attività istruttoria aveva inizio nel 2010, ma due anni più tardi, quando la maggior parte dei testi era stata escussa in dibattimento, aveva luogo una prima mutazione nella composizione del collegio; la difesa non prestava il consenso alla rinnovazione mediante lettura delle dichiarazioni rese, cosicché nelle udienze fissate tra il 2013 ed il 2014, si procedeva alla riassunzione delle testimonianze già rese in precedenza, e venivano escussi ulteriori testi. Successivamente, dal 2015 al 2018, il collegio subiva ulteriori modificazioni nella sua composizione e si procedeva ogni volta alla ulteriore citazione dei testi già sentiti, stante il diniego della difesa del consenso alla lettura delle dichiarazioni già rese. Tuttavia, il tribunale notava come, a richiesta del pubblico ministero, essi si limitassero alla mera

Il tribunale propone una lettura convenzionalmente orientata basata sulla cosiddetta tecnica del ‘bilanciamento’¹⁷⁷, per cui la portata applicativa di un principio potrebbe essere temperata dall’esigenza di rispettare un altro interesse confliggente, se dotato di pari rilievo. Il Tribunale di Siracusa, nell’ordinanza di rimessione al giudice delle leggi, evidenzia come i canoni dell’oralità e dell’immediatezza¹⁷⁸ entrino in conflitto con altri principi fondamentali dell’ordinamento, come quello, *in primis*, della «ragionevole durata» di cui all’art. 111 comma 2 Cost., la cui tutela è peraltro «rafforzata dalla legge Pinto¹⁷⁹ che fissa in tre gli anni ritenuti ragionevoli per lo svolgimento del giudizio di primo grado»¹⁸⁰, sostenendo che, in virtù di tale interpretazione asseritamente *secundum*

conferma delle dichiarazioni già rese in precedenza, mentre gli avvocati difensori, i quali avevano chiesto la nuova citazione, non ponevano alcuna domanda. Nel febbraio del 2018, a fronte di un’ulteriore modifica nella composizione del collegio – la sesta, addirittura – il pubblico ministero rilevava come molte dei reati contestati fossero prescritti e come fosse prossima la prescrizione dei restanti; stante il reiterato mancato consenso dei difensori alla rinnovazione mediante lettura, si sarebbe dovuto procedere alla rinnovazione della citazione di tutti i testi (già escussi, almeno formalmente, ben cinque volte), con la conseguente prescrizione di tutti i reati contestati agli imputati ed il pregiudizio delle istanze civilistiche delle parti civili. Il tribunale quindi si rivolgeva alla Corte costituzionale, al fine di valutare la legittimità di una ‘interpretazione costituzionalmente orientata’ degli art. 525 comma 2, 526 comma 1 e 511 c.p.p., tale da consentire la lettura delle dichiarazioni previamente rese, e pervenire in tal modo ad una pronuncia sul merito.

¹⁷⁷ Il riferimento è a P. FERRUA, *Il “giusto processo”*, cit., p. 26, che ritiene che «i principi, in sede di attuazione, sono soggetti a ponderazione, a bilanciamento». Per la critica, in via generale, a tale concezione, v. L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., p. 2780, per cui tale tecnica del bilanciamento implicherebbe, in sostanza, che «il diritto ... è in realtà ciò che fanno i Tribunali, e più in generale gli operatori giuridici, consistendo in ultima analisi nelle loro pratiche interpretative e argomentative».

¹⁷⁸ ... poiché gli art. 525 comma 2 e 526 comma 1 c.p.p. «sono convenzionalmente intesi come fonti dell’obbligo di sentire nuovamente i testimoni già assunti», proprio perché «letti alla luce dei principi di oralità ed immediatezza. Tali principi, infatti, pur non espressamente menzionati in Costituzione, ispirano chiaramente il processo penale, in quanto indicati nei lavori preparatori del Codice e pacificamente ricavabili dalla legge fondamentale» (Trib. Siracusa, sez. un. pen., ord. 12 marzo 2018, cit., p. 19).

¹⁷⁹ Qui il Tribunale di Siracusa fa riferimento alla l. 24 marzo 2001 n. 89, recante «*Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell’articolo 375 del codice di procedura civile*» (cosiddetta “legge Pinto”, appunto). Secondo l’efficace espressione di F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 1295, il riferimento alla ragionevole durata nell’art. 111 comma 2 Cost. sarebbe espressivo di una «retorica del desiderabile». Per un’osservazione sistematica in ordine agli obblighi derivanti dal principio della ragionevole durata, v. P. FERRUA, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, cit., p. 110, per cui «il precetto costituzionale» di cui all’art. 111 comma 2 Cost., appunto, «pur vincolando il legislatore, resta di fatto programmatico e privo di indicazioni sulle concrete modalità di attuazione del principio; le quali, naturalmente, dovrebbero svilupparsi più in positivo, attraverso misure volte ad accelerare il corso del processo, che in negativo, tramite sanzioni per l’irragionevole durata».

¹⁸⁰ Trib. Siracusa, sez. un. pen., ord. 12 marzo 2018, cit., p. 20, dove il tribunale rileva che appare evidente «il conflitto tra un processo (potenzialmente) infinito e la ragionevole durata del processo», situazione che l’ordinamento non può tollerare. Di conseguenza, «la lettura costituzionalmente orientata» degli art. 525 comma 2 e 526 comma 1 c.p.p. «ed il conseguente bilanciamento ... impongono di salvaguardare i principi di oralità ed immediatezza, nel rispetto della ragionevole durata del processo penale». Sulla base di tale esegesi, la conclusione cui perviene il tribunale è che, «a seguito del mutamento del giudice - persona fisica, [sia] possibile (ed anzi doveroso) sentire nuovamente i testimoni già sentiti dinanzi al precedente

constitutionem, oltre questo limite, tale bilanciamento comporti che la prova testimoniale non potrà più essere ripetuta e di essa dovrà essere data lettura ai sensi dell'art. 511 c.p.p., nonostante il diniego del consenso della difesa¹⁸¹; *in secundis*, il tribunale sostiene che il «principio codicistico dell'oralità de[bba] ritenersi subvalente ... anche al principio della effettività del giudizio, implicito nel comma 1 che recita 'la giurisdizione si attua'», mentre, invece, soprattutto – denuncia – in realtà periferiche, caratterizzate da una notevole mobilità dei magistrati, «il rispetto rigoroso dell'oralità comporta matematicamente che 'la giurisdizione non si attu[i]»¹⁸².

La rapida sintesi delle motivazioni addotte dal giudice di merito, in riferimento alla questione posta alla Corte costituzionale, pone invero più di un interrogativo.

In primo luogo, saltano agli occhi due “nuove” interferenze: il Tribunale di Siracusa, proponendo una lettura della regola dell'immutabilità del giudice a suo dire rispettosa della Costituzione, si riferisce alla «ragionevole durata» ed alle esigenze di

giudicante, purché sia salvaguardata la ragionevole durata del processo e, dunque, sia rispettato il limite massimo dei tre anni del processo [corsivo nostro]»; viceversa, una volta superato tale limite, «la prova testimoniale (già validamente assunta nel contraddittorio delle parti dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale) non potrà essere ripetuta e di essa dovrà essere data lettura ex art. 511 c.p.p. (articolo che disciplina uno dei modi di legittima formazione della prova)», poiché, peraltro, la nuova escussione si trasforma in una mera formalità, non realmente rispettosa dei canoni dell'oralità e dell'immediatezza, dato che il teste «viene nuovamente convocato per essere sentito a distanza di più di tre anni dall'inizio del processo (e, dunque, di un lasso di tempo molto superiore dal verificarsi dei fatti)».

¹⁸¹ Cfr. Trib. Siracusa, ord. 12 marzo 2018, cit., p. 20, dove il tribunale considera che «la richiesta della difesa di procedere alla nuova audizione dei testi» si è risolta «nell'espletamento di una sterile formalità che ha avuto l'unico effetto di allungare i tempi processuali» mirando al raggiungimento della prescrizione, in contrasto con «il principio generale di divieto dell'abuso del diritto inteso quale «abuso del processo», con ciò richiamandosi al principio di diritto espresso da Cass., sez. un., 29 settembre 2011 n. 155, in *Cass. pen.*, 2012, VII/VIII, p. 2410 ss., con nota di F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, *ivi*, p. 2444 ss., per cui «l'abuso del processo consiste in un vizio, per sviamento, della funzione, ovvero in una frode alla funzione, e si realizza allorché un diritto o una facoltà processuali sono esercitati per scopi diversi da quelli per i quali l'ordinamento processuale astrattamente li riconosce all'imputato, il quale non può in tale caso invocare la tutela di interessi che non sono stati lesi e che non erano in realtà effettivamente perseguiti» (*ivi*, p. 2411). Sul punto, v., anche se più in generale, le considerazioni di F. CORDERO, *Chi abusa del processo*, cit., p. 1421 ss.

¹⁸² Trib. Siracusa, sez. un. pen., ord. 12 marzo 2018, cit., p. 21, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente nel testo. A sostegno di tale interpretazione si legge: «nelle realtà periferiche del Paese come la presente, la persona fisica del giudice cambia continuamente specie se si fa riferimento alla composizione del collegio; il fatto che i giudici siano solitamente di prima nomina e, maturato il termine, vengano trasferiti altrove, la circostanza che vi siano continuamente vuoti da coprire e dunque spostamenti interni per fare fronte alle diverse emergenze, le maternità ...; sono tutte circostanze che fanno sì che sia sostanzialmente impossibile che un processo complesso possa essere iniziato e portato a termine dagli stessi giudici; il rispetto formale e categorico del principio dell'oralità in queste realtà determina la oggettiva impossibilità che il processo venga portato a termine, con inevitabile pregiudizio delle ragioni delle persone offese e con inutile enorme dispendio di attività processuali». Per il tribunale, quindi «in una situazione di fatto che non consente la permanenza dello stesso giudice persona fisica per più di qualche anno», il rispetto «rigoroso» dell'oralità e dell'immediatezza vanifica *in toto* l'attività processuale: «'la giurisdizione non si attua'», appunto (*ivi*, p. 21).

«amministrazione della giustizia penale»¹⁸³ che reputa confliggenti con la (nel caso di specie, reiterata) rinnovazione istruttoria, nell'alveo del «giusto processo» e dei suoi principi informatori.

Per quanto concerne gli asseriti effetti pregiudizievoli che l'applicazione della regola *de qua* esercita in relazione al principio della ragionevole durata, la Consulta aveva invero già chiaramente osservato in passato come tale principio debba essere «contemperato, al lume dello stesso richiamo al connotato di 'ragionevolezza' che compare nella formula normativa, con il complesso delle altre garanzie costituzionali, rilevanti nel processo penale»¹⁸⁴ e che, ove fondate su valida *ratio* giustificativa e non irragionevoli, le scelte del legislatore sul punto non possano essere sindacabili sul terreno costituzionale, posto che la regola dell'assunzione della prova al cospetto del giudice deliberante non possa «qualificarsi di per sé, come manifestamente irrazionale ed arbitraria»¹⁸⁵. La Consulta ha espressamente chiarito che la garanzia dell'immutabilità fisica del giudice sia funzionale a garantire un diritto della parte, pur se esso non debba considerarsi assoluto, ma «modulabile» *dal legislatore*, il quale, sul punto, gode di ampi margini di discrezionalità, entro limiti di ragionevolezza¹⁸⁶.

Anche la deviante prassi delle conferme, cui il Tribunale di Siracusa fa riferimento, profilando l'abuso del processo da parte della difesa – aspetto non ulteriormente

¹⁸³ Sul punto, v. M.H. SCHETTINO, *Mutamento del giudice: il malfunzionamento delle realtà giudiziali può derogare alla rinnovazione dibattimentale?*, in www.ilpenalista.it, 14 gennaio 2019 (ultimo accesso 30 agosto 2019), secondo la quale l'art. 111 comma 1 Cost. «non si limita a prevedere solo che la giurisdizione si attua – come rilevato dal collegio – ma continua affermando che la stessa si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge» e che, sulla scorta della giurisprudenza nazionale e della Corte di Strasburgo «il processo è giusto nella misura in cui sia in grado di garantire i diritti sanciti dalle Carte sui diritti fondamentali, tra i quali emerge, seppure indirettamente il principio di immediatezza»; non rilevando che la lettura dei verbali sia consentita esclusivamente in presenza del consenso dell'imputato, in definitiva, «non si farebbe altro che attuare la ragionevole durata di un processo ingiusto».

¹⁸⁴ C. cost., sent. 9 marzo 2007 n. 67, cit., p. 668-669. Così antecedentemente anche C. cost., ord. 22 giugno 2001 n. 204, in *Giur. cost.*, 2001, p. 1529. Sul punto, v. G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 139, dove l'Autore nota che – al di là della sterile polemica tra chi considera il principio della durata ragionevole tra i canoni del diritto oggettivo e chi invece ne esalta i profili di diritto soggettivo –, come chiarito da tali pronunce della Consulta, «tale canone di celerità procedimentale, benché inserito in un contesto riferentesi alle caratteristiche obiettive della giurisdizione piuttosto che ai diritti delle parti, con questi dovrebbe essere contemperato», non potendo esso «fungere da scriminante per eventuali violazioni di altri parametri costitutivi del giusto processo».

¹⁸⁵ C. cost., sent. 9 marzo 2007 n. 67, cit., p. 668, posto che la parte che chiede la rinnovazione della prova «esercita il proprio diritto, garantito dal principio di immediatezza, 'all'assunzione della prova davanti al giudice chiamato a decidere'». Tale principio «postula - salve le deroghe espressamente previste dalla legge – l'identità tra il giudice che acquisisce le prove e quello che decide» (*ivi*, p. 668).

¹⁸⁶ C. cost., sent. 9 marzo 2007 n. 67, cit., p. 668; C. cost., ord. 10 giugno 2010 n. 205, cit., p. 2400.

argomentato nell'ordinanza¹⁸⁷ –, era invero già stata pericolosamente avallata in una pronuncia della giurisprudenza di legittimità¹⁸⁸, con ciò legittimando che la rinnovazione dell'istruttoria possa consistere, nella prassi, proprio in quel mero espletamento di formalismi che si dovrebbe evitare per restituire alla regola posta dall'art. 525 comma 2 c.p.p. il suo reale spessore¹⁸⁹.

Per quanto concerne il principio di «effettività del processo», invece, il suo riconoscimento risale già ad una pronuncia – piuttosto risalente – della stessa Corte costituzionale¹⁹⁰.

Comunque, la Consulta, pronunciandosi sulla questione di legittimità posta dal tribunale di Siracusa con sent. n. 132 del 2019¹⁹¹, pur dichiarandola inammissibile, in relazione alla circostanza che il giudice *a quo* ha alternativamente prospettato il *petitum*, con due diverse letture delle medesime disposizioni di legge, compie inaspettatamente¹⁹² alcune argomentazioni rilevanti per una disamina dell'attuazione della regola *de qua* nel contesto dell'attuale sistema processuale, tramite quello che si è definito «*un gigantesco*

¹⁸⁷ Come nota R. MUZZICA, *La rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice: un impulso della Corte costituzionale per una regola da rivedere*, *Dir. pen. cont.*, consultabile all'indirizzo www.penalecontemporaneo.it, 3 giugno 2019 (ultimo accesso 12 agosto 2019).

¹⁸⁸ Cass., sez. V, 26 maggio 2009, Di Gregorio, in *Cass. pen.*, 2011, p. 658 ss., con nota di P. SILVESTRI, per cui, nel caso di riassunzione della testimonianza dinanzi al giudice diversamente composto, in mancanza di opposizione delle parti, è legittimo che il teste si limiti a confermare il contenuto delle dichiarazioni precedentemente rese. Di recente, v. Cass., sez. V, 22 maggio 2018, in *C.E.D. Cass.*, n. 10127, per cui «sono utilizzabili le prove assunte mediante conferma delle dichiarazioni rese in precedenza e legittimamente inserite nel fascicolo del dibattimento, sempre che la parte, ancorché non abbia manifestato il consenso all'utilizzabilità, sia stata messa in condizione di svolgere il controesame in modo ampio, formulando tutte le domande ritenute necessarie».

¹⁸⁹ ... posto che «la salvaguardia dell'identità fisica del giudice della causa' impone di ripetere, se possibile, l'esame dibattimentale della fonte personale», ma proprio in modo da escludere «che una tale escussione si risolva nella mera richiesta di conferma delle precedenti dichiarazioni» (R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, cit., p. 24). Sul punto, v. *supra*, § 3.

¹⁹⁰ C. cost., sent. 22 ottobre 1996 n. 353, in *Cass. pen.*, 1997, III, p. 647 ss., con nota di V. GREVI, *Un freno all'uso distorto della richiesta di remissione a tutela dell'«efficienza» del processo penale: la parziale illegittimità dell'art. 47 comma 1 c.p.p. (con un corollario sulla correlativa illegittimità dell'art. 37 comma 2 c.p.p. in tema di ricasazione)*, *ivi*, 1997, V, p. 1276 ss. In tale pronuncia la Corte costituzionale afferma: «l'equilibrio fra i principi di economia processuale e di terzietà del giudice è infatti solo apparente nella ponderazione codicistica, posto che il possibile abuso processuale determina la paralisi del procedimento, tanto da compromettere il bene costituzionale dell'efficienza del processo, qual è enucleabile dai principi costituzionali che regolano l'esercizio della funzione giurisdizionale, e il canone fondamentale della razionalità delle norme processuali» (*ivi*, p. 651).

¹⁹¹ C. cost., sent. 20 maggio 2019 n. 132, pubblicata in G.U. n. 23, 1° serie speciale, 5 giugno 2019, p. 6 ss.

¹⁹² Cfr. D. NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il “giusto processo” sulla giostra dei bilanciamenti*, in *Arch. pen.*, 2019, II, p. 1, per il quale «tutto sembrava destinato a scivolare tranquillo sulla scorta di precedenti consolidati».

obiter dictum»¹⁹³. Si tratta, infatti, di una pronuncia «‘vestita’»¹⁹⁴, che ha immediatamente scatenato le più vivaci critiche della dottrina¹⁹⁵.

La conseguenza delle argomentazioni del giudice delle leggi è un prepotente ritorno alla ribalta della questione afferente al *modus* della rinnovazione istruttoria a seguito del mutamento del giudice (invero, sembra pacificamente potersi sostenere che si tratti di un dibattito mai sopito), *così come si configura nell’odierna prassi*¹⁹⁶.

Nella declaratoria di inammissibilità della Corte costituzionale, infatti, si legge in motivazione che essa non possa esimersi dal «sottolineare le incongruità dell’attuale disciplina, così come interpretata dal diritto vivente»¹⁹⁷.

Il giudice delle leggi evidenzia come, in via sistematica, «il principio di immediatezza della prova [sia] strettamente correlato al principio di oralità», e come entrambi «sottend[ano] un modello dibattimentale fortemente concentrato nel tempo»,

¹⁹³ Così P. FERRUA, *Il sacrificio dell’oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Arch. pen.*, 2019, II, p. 1.

¹⁹⁴ Adoperando l’efficace espressione di M. RUOTOLO, *Per una gerarchia degli argomenti dell’interpretazione*, in *Giur. cost.*, 2006, V, p. 3427, che definisce in tal modo le pronunce di inammissibilità della Corte costituzionale «contenenti ... in una motivazione meno stringata del solito ... l’indicazione dell’interpretazione che avrebbe dovuto essere seguita»

¹⁹⁵ Il riferimento è ai commenti “a caldo” della sentenza in esame di D. NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il “giusto processo” sulla giostra dei bilanciamenti*, cit., p. 1 ss.; P. FERRUA, *Il sacrificio dell’oralità in nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, cit., p. 1 ss.; O. MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, *Arch. pen.*, 2019, II, p. 1 ss.; L. ZILLETTI, *La linea del Piave e il duca di Mantova*, *ivi*, 2019, p. 1 ss. V. pure, con toni parzialmente diversi, G. SPANGHER, *Immutabilità del giudice. La norma non è incostituzionale ma per la Corte va cambiata*, in www.ilpenalista.it, 11 giugno 2019 (ultimo accesso 11 agosto 2019).

¹⁹⁶ Prassi che «scoraggia ogni tentativo delle parti di svolgere l’esame incrociato considerandolo a priori fastidiosa replica d’una sceneggiatura già scritta nei verbali leggibili» (D. NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il “giusto processo” sulla giostra dei bilanciamenti*, cit., p. 3). Analogamente, v. le considerazioni di O. MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, cit. p. 4. Al riguardo, non è una questione di poco conto che quasi contemporaneamente alla pronuncia della Consulta in questione, sia giunta anche, il 30 maggio 2019, l’informazione provvisoria della decisione delle sezioni unite della Corte di cassazione – cui sono state rivolte due questioni in riferimento al corretto perimetro cui ricondurre la regola della rinnovazione del dibattimento da Cass., sez. VI, ord., 15 gennaio 2019, n. 2977, tese a restringere il portato della regola *de qua* – che hanno stabilito: «per il principio di immutabilità di cui all’art. 525 c.p.p. il giudice che procede alla deliberazione finale deve essere lo stesso che ha disposto l’ammissione della prova; non di meno, i provvedimenti in tema di ammissione della prova si intendono confermati se non espressamente modificati o revocati; a seguito della rinnovazione del dibattimento, il consenso delle parti alla lettura ex art. 511 c.p.p. degli atti assunti dal collegio in diversa composizione non è necessario quando la ripetizione dell’esame, già svolto dinanzi al giudice diversamente composto, non abbia avuto luogo in mancanza di richiesta della parte che ne aveva domandato l’ammissione oppure perché non ammessa o non più possibile». Non vi è chi non esclude che «la pronuncia della Corte costituzionale possa fornire alla Suprema Corte, nella redazione dei motivi, l’occasione per consegnare ai giudici di merito un’autorevole reinterpretazione complessiva della regola della rinnovazione dibattimentale» (R. MUZZICA, *La rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice: un impulso della Corte costituzionale per una regola da rimeditare*, cit.).

¹⁹⁷ C. cost., sent. 20 maggio 2019 n. 132, cit., p. 9.

mentre, al contrario – ritiene la Consulta –, «l’esperienza maturata in trent’anni di vita del vigente codice di procedura penale restituisce ... una realtà assai lontana dal modello ideale immaginato dal legislatore»¹⁹⁸.

Dato il critico dilatarsi dei tempi del processo, in cui i dibattimenti che si concludono in un’unica udienza sono l’eccezione¹⁹⁹, il principio di immediatezza diventa, di conseguenza, «un mero simulacro», rilevando la Corte costituzionale che anche se il giudice dovesse rimanere lo stesso che ha presenziato al dibattimento integralmente, la cronica dilatazione dei tempi del processo comporta che «il suo convincimento al momento della decisione finirà – in pratica – per fondarsi prevalentemente sulla lettura delle trascrizioni delle dichiarazioni rese in udienza, delle quali egli conserverà al più un pallido ricordo»²⁰⁰, con ciò vanificando ogni utilità dei criteri dell’oralità²⁰¹ e, soprattutto, dell’immediatezza.

La Consulta quindi, rivolgendosi al legislatore, «ritiene doveroso sollecitare l’adozione di rimedi strutturali in grado di ovviare agli inconvenienti evidenziati, assicurando al contempo piena tutela al diritto di difesa dell’imputato»: ciò, suggerisce, potrebbe avvenire, per un verso, «favorendo la concentrazione temporale dei

¹⁹⁸ Così C. cost., sent. 20 maggio 2019 n. 132, cit., p. 10, da cui sono tratte anche le citazioni immediatamente precedenti. La Consulta asserisce che «solo a tale condizione, infatti, l’immediatezza risulta funzionale rispetto ai suoi obiettivi essenziali»: e cioè, da un lato, quello di consentire «la diretta percezione, da parte del giudice deliberante, della prova stessa nel momento della sua formazione, così da poterne cogliere tutti i connotati espressivi, anche quelli di carattere non verbale, particolarmente prodotti dal metodo dialettico dell’esame e del controesame; connotati che possono rivelarsi utili nel giudizio di attendibilità del risultato probatorio», mentre, «dall’altro, quello di assicurare che il giudice che decide non sia passivo fruitore di prove dichiarative già da altri acquisite, ma possa – ai sensi dell’art. 506 cod. proc. pen. – attivamente intervenire nella formazione della prova stessa, ponendo direttamente domande ai dichiaranti e persino indicando alle parti ‘nuovi o più ampi temi di prova, utili per la completezza dell’esame’: poteri che il legislatore concepisce come strumentali alla formazione progressiva del convincimento che condurrà il giudice alla decisione, idealmente collocata in un momento immediatamente successivo alla conclusione del dibattimento e alla (contestuale) discussione» (*ivi*, p. 10).

¹⁹⁹ ... «basterebbe ricordare» come «il codice prescriv[a] che se il procedimento non si definisce in una sola udienza, il rito si celebra il giorno successivo non festivo», ma «tutti conoscono la realtà dei nostri tribunali. Però, chi ha scritto quel codice lo aveva concepito in quella maniera». Ebbene, «quel codice non esiste più. La prassi e la giurisprudenza lo hanno cambiato. Ed è un processo che ha abbandonato la sua vocazione originaria» (G. SPANGHER, *Oralità, contraddittorio, aspettative di verità*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, cit., p. 32).

²⁰⁰ Ancora C. cost., sent. 20 maggio 2019 n. 132, cit., p. 10, da cui è tratta la citazione immediatamente precedente.

²⁰¹ È evidente che la Consulta in tal caso faccia riferimento all’oralità intesa in senso ampio. Vale la pena di ricordare che qualora essa, invece, sia intesa – come più opportuno – in un’accezione più ristretta (v. *supra*, cap. II, § 2), la tipologia dei problemi di cui si sta trattando vada ricondotta entro l’alveo del principio di immediatezza.

dibattimenti», pur non spiegando materialmente in che modo²⁰², per un altro verso, prevedendo «ragionevoli deroghe» alla regola dell’immutabilità del giudice. Successivamente la Corte costituzionale conclude richiamandosi alla possibilità di ricorrere a misure compensative, sulla scorta della giurisprudenza sviluppatasi in relazione al principio di immediatezza in seno alla Corte di Strasburgo²⁰³, suggerendo così al legislatore di ricorrere a misure che salvaguardino «l’efficienza dell’amministrazione della giustizia penale», quali, ad esempio, «la videoregistrazione della prova dichiarativa»²⁰⁴.

Le argomentazioni della Consulta aprono spiragli preoccupanti: nella specie, il riferimento al mero «pallido ricordo» delle testimonianze che il giudice conserva, ripropone, invero, conclusioni cui si era già da tempo pervenuti in dottrina²⁰⁵; ma la

²⁰² Sul punto, v. O. MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, cit., p. 4, che rileva: «*adducere inconueniens non est solvere argumentum*». L’Autore ritiene che la fallacia del ragionamento seguito dalla Corte costituzionale stia nel fatto che «addotto l’inconueniente, senza indagarne le cause e senza individuarne i responsabili che non possono essere altri se non gli appartenenti all’ordine giudiziario, questo si trasform[i] in argomento di decisione», posto che la mancanza di concentrazione dei dibattimenti deriva dalla «tecnica di formazione dei ruoli di udienza» (*ivi*, p. 4).

²⁰³ Come rileva C. cost., sent. 20 maggio 2019 n. 132, cit., p. 11, la Corte di Strasburgo considera importante il principio di immediatezza, ma al contempo afferma che esso «può essere sottoposto a ragionevoli deroghe, purché siano adottate misure appropriate per assicurare che il nuovo giudice abbia una piena conoscenza del materiale probatorio». Il richiamo pare invero appropriato, ma essa in tale affermazione rischia di essere fuorviante, poiché non considera come «l’equo processo sia (anche) questione di garanzie processuali che l’imputato s’impegni o meno a sfruttare»; si tratta di un «panorama sfumato, ma probabilmente meno scivoloso di quello nostrano, afflitto da una serie di regole rigide spesso eluse da una giurisprudenza tutt’ora avvezza al pensiero che il centro motore del processo siano il giudice e il libero convincimento, come se la suprema garanzia di equità potesse trarsi dall’affidamento fideistico alla sua capacità di discernere il vero dal falso» (C. VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza, oralità nella giurisprudenza della Corte E.D.U.*, cit., p. 33). E, d’altronde, è pur vero che «la Convenzione europea, come la Costituzione, segna il punto di partenza delle garanzie, non quello di arrivo» (P. FERRUA, *Il sacrificio dell’oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, cit., p. 6). Sul punto, v. anche *supra*, § 6.

²⁰⁴ C. cost., sent. 20 maggio 2019 n. 132, cit., p. 10, da cui sono tratte anche le quattro citazioni immediatamente precedenti nel testo. Sulle videoregistrazioni, critico P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, cit., p. 124, che considera il contatto diretto del giudice con la fonte probatoria «non surrogabile con altrettanta efficacia dalla videoregistrazione». Dello stesso parere anche D. NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il “giusto processo” sulla giostra dei bilanciamenti*, cit., p. 5, per cui è difficile credere che l’immagine televisiva, «malgrado la maggiore vividezza rispetto ai protocolli scritti, possa fungere da idoneo surrogato del riascolto diretto del testimone, se non altro a causa della scarsa attenzione dello spettatore di fronte a un video preregistrato».

²⁰⁵ Il riferimento è a G. LOZZI, *La vanificazione dei principi generali del processo penale*, cit., p. 290, dove l’Autore evidenzia come sia «svuotato di significato l’obbligo di non mutare la composizione del collegio a pena di nullità assoluta, se il giudice che decide basandosi sulle trascrizioni non ricorda delle modalità delle prove narrative (atteggiamento psicofisico, tono della voce) costituente il risultato della testimonianza o della dichiarazione eteroaccusatoria»; in tale situazione, conclude l’Autore, che il giudice «sia stato presente oppure no alla assunzione della prova non ha più importanza». Dello stesso tenore le osservazioni di D. SIRACUSANO, *Urge recuperare l’oralità*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, V, p. 530, per cui è completamente «inutile impegnarsi sui molteplici profili del contraddittorio e dell’immediatezza ... se non riusciamo ad imprimere funzionalità all’istruzione dibattimentale».

questione, presentandosi ora (se possibile) con ancora maggior urgenza, sembra realmente capace di scardinare l'intero sistema delineato dal codice di rito, almeno stando alla situazione della prassi così come descritta dal giudice delle leggi²⁰⁶.

Sono molte le questioni che sorgono in seguito alla pronuncia della Corte costituzionale, con cui l'interprete è tenuto a confrontarsi.

In ottica sistematica, nel rapporto tra l'immediatezza ed il suo corollario dell'immutabilità da un lato, e la ragionevole durata del processo dall'altro, bisogna previamente considerare che «la durata ragionevole costituisce un canone del giusto processo e non un grimaldello per violarne qualcuno dei requisiti»²⁰⁷, pacificamente considerandosi che il suo rispetto possa peraltro «risultare determinante per la piena resa della prova dichiarativa»²⁰⁸. Al riguardo, spaventa che la Corte possa avallare un conflitto tra la durata ragionevole ed un corollario – importante – del contraddittorio come l'immediatezza²⁰⁹, così come attuata dalla garanzia dell'identità fisica del giudice; ma d'altronde, «quando il valore dell'oralità viene ritenuto un ostacolo alla speditezza del

²⁰⁶ Al riguardo, secondo P. FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, cit., p. 5, i rilievi adottati dalla Consulta sono «senza dubbio pertinenti, essendo arcinoti gli effetti negativi che l'eccessivo allungamento dei tempi processuali provoca sulle regole a base del modello accusatorio», ma «dalla denuncia di tali inconvenienti ci si attenderebbe ... l'indicazione dei mezzi utili a rimediare, riducendo, ove possibile, le cause che determinano la prosecuzione del processo davanti ad un diverso collegio giudicante». L'Autore adduce, quale esempio, il fatto che non vi sia ragione «perché il legittimo interesse del singolo giudice al trasferimento ... debba prevalere sul principio di continuità del dibattimento».

²⁰⁷ G. UBERTIS, *Azione penale, contraddittorio e durata ragionevole del processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, I, p. 143. Come chiarisce l'Autore, è «compito dello Stato evitare il protrarsi delle vicende processuali» poiché «è tenuto a organizzare il sistema giudiziario in modo che i giudici possano soddisfare ciascuno dei requisiti rientranti nella nozione di equità processuali di cui all'art. 6 Conv. eur. dir. uomo, ivi compreso quella durata ragionevole dei procedimenti». Peraltro, pure se si presentassero circostanze eccezionali, «lo Stato sarebbe comunque tenuto a fronteggiarle con i mezzi adeguati in tempi brevi: se questi si prolungassero, non si tratterebbe più di 'eccezionalità' [corsivo nostro], ma di mancato assolvimento dell'obbligo di organizzare l'amministrazione della giustizia con gli strumenti idonei ad appagare il bisogno di celerità che deve caratterizzarla». (*ivi*, p. 133). Certo è che, comunque, non «possa essere addebitato all'accusato l'utilizzo di tutti gli strumenti contemplati a suo favore dall'ordinamento, quali richieste, eccezioni o impugnazioni» (ID., *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 141).

²⁰⁸ R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, cit., p. 21.

²⁰⁹ Sul punto, v. le considerazioni di R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, cit., p. 23, nota 97, dove l'Autrice sottolinea che «fra durata ragionevole e immediatezza non s'instaura necessariamente un rapporto antagonista; anzi, per sfruttare appieno le potenzialità che derivano dall'immediatezza è necessario contenere i tempi del giudizio: così viene in gioco il principio di concentrazione». Il ragionamento avallato dalla Consulta è di segno opposto: per assicurare (per quanto possibile) la ragionevole durata, bisogna eliminare l'immediatezza, posto che la situazione di diffusa durata irragionevole dei procedimenti sia da considerarsi ormai irrisolvibile.

processo, anche l'appiglio più evanescente diventa una solida base su cui costruire un'interpretazione»²¹⁰.

Peraltro, anche in relazione alle censure del Tribunale di Siracusa in riferimento all'atteggiamento tenuto dai difensori, sorprende che la Corte costituzionale non prenda posizione, tenendo conto del fatto che «l'uso strumentale delle garanzie non può essere motivo di censura per i difensori», poiché «tocca alla legge evitare che ne derivino effetti rovinosi sul processo»²¹¹.

La Consulta, invero, si limita ad un mero esame della situazione di fatto presentata come disastrosa, per poi suggerire interventi al legislatore, quasi volendosi sostituire ad esso, più o meno tacitamente avallando una visione distorta dei principi generali, tra di loro in conflitto.

È vero che oggi può sostenersi che «compito della magistratura [sia anche] 'governare la modernità'»²¹², ma tale funzione deve rimanere pur sempre nei rigorosi limiti richiesti dalla natura del suo ruolo. Spetterebbe al legislatore, cioè, come già in passato aveva sostenuto la stessa Consulta, introdurre eventuali presidi volti «a prevenire il possibile uso strumentale e dilatorio di siffatto diritto»²¹³.

In questo caso sembra che il giudice delle leggi, invece, *suggerisca* al legislatore di introdurre modifiche alla normativa; ma la Consulta ed il legislatore operano su due piani rigorosamente differenti²¹⁴.

²¹⁰ Così già P.P. PAULESU, *Mutamento del giudice dibattimentale e diritto alla prova testimoniale*, cit., p. 2497. Naturalmente qui l'Autore fa riferimento alla cosiddetta "oralità in senso ampio", su cui v. *supra*, cap. II, § 2.

²¹¹ P. FERRUA, *La ragionevole durata tra Costituzione e Convenzione europea*, cit., p. 114, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente. In un'ottica più generale, l'Autore sostiene altresì che «dove non p[ossa] esistere un'etica del difensore – sul terreno del bilanciamento tra garanzie ed efficienza – de[bba] esisterne una del legislatore, nel rispetto dei rapporti di priorità e di equilibrio».

²¹² G. SPANGHER, *Oralità, contraddittorio, aspettative di verità*, cit., p. 35, che sottolinea che nel contesto della dimensione sovranazionale del fenomeno giuridico e giudiziario, l'interprete è chiamato «ad una azione ermeneutica nella quale il dato interpretativo è legato sempre di più al componimento ed al bilanciamento di una notevole quantità di apporti culturali e etici, cioè, valoriali. Si sconfinava facilmente nella creatività che supera il dato formale, legata alla complessità della vita moderna»: se, per un verso, «il compito del giudice si arricchisce di spessore e rilievo, per un altro verso, rischia di sovrapporsi al dato normativo, caricandosi di una visione soggettiva e sostanzialistica, innestata dalle spinte emergenti dalla società». Il problema non è dunque precludere al giudice tale funzione di «propulsore dell'evoluzione del diritto e della società, ... ma quello di evitare fughe in avanti», non rispettose della legalità formale.

²¹³ Espressione adoperata da C. cost., sent. 9 marzo 2007, cit., p. 668 e ripresa da C. cost., sent. 10 giugno 2010, cit., p. 2400.

²¹⁴ In altre parole, «alla Corte spetta il tema dell'illegittimità, qui non affrontato; al legislatore la scelta delle riforme, qui anticipate dalla Corte» (P. FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, cit., p. 2).

Pare quasi che la Corte costituzionale cerchi «di togliere retrospettivamente all'imputato le garanzie risultate inutili per l'incapacità del sistema di assicurarne la funzionalità [corsivo nostro]»²¹⁵, poiché essa ritiene sia necessaria la previsione legislativa di “ragionevoli” deroghe alla regola dell'identità tra giudice avanti al quale si forma la prova e il giudice che decide, in nome della ragionevole durata del processo, che il processo stesso non è in grado di assicurare.

Potrebbe definirsi, questo, un “cortocircuito funzionale”: le inefficienze dell'amministrazione giudiziaria, per il giudice delle leggi, dovrebbero ricadere sull'imputato, privandolo di un suo diritto.

Al riguardo, non manca chi scorge, in nome del richiamo al principio della ragionevole durata del processo e alle esigenze di efficienza²¹⁶ di amministrazione della giustizia da parte dei tribunali e soprattutto, in questo caso, della Consulta, una «fascinazione, tutta inquisitoria, per i verbali e il processo di carta»²¹⁷, con ciò ritenendo che si tratti della riproposizione, pur se alla luce di “nuovi” problemi o distorsioni, o tramite nuove formulazioni, di vecchie e ben note esigenze contrapposte²¹⁸ a quelle più

²¹⁵ Così D. NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il “giusto processo” sulla giostra dei bilanciamenti*, cit., p. 2, dove l'Autore evidenzia che «il ragionamento, davvero beffardo, è così riassumibile: siccome la realtà quotidiana smentisce l'obiettivo del codice di dare alle udienze ritmi serrati (art. 477 c.p.p.), se l'organizzazione della giustizia non riesce a ridurre i tempi di celebrazione del processo è legittimo che l'imputato perda il diritto alla rinnovazione della prova davanti al giudice subentrato in quanto lo scopo perseguito con l'esercizio del medesimo non sarebbe più a quel punto raggiungibile»; però «l'argomento appare viziato da fallacia naturalistica, vista la pretesa di trarre dall'esperienza così com'è proposizioni prescrittive sul ‘dover essere’».

²¹⁶ Il fine dell'efficienza «è l'istanza punitiva [corsivo nostro]»: emerge che «secondo i campioni dell'efficienza, il processo deve avere una validità non tanto cognitiva, quanto punitivo-repressiva» (O. MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, cit., p. 5).

²¹⁷ L. ZILLETTI, *La linea del Piave e il duca di Mantova*, cit., p. 1, che sottolinea che nella lettura del giudice delle leggi, «la rinnovazione [dell'istruttoria] è osteggiata come inutile perdita di tempo, quasi non contassero – per valutare l'attendibilità di una deposizione – i suoi tratti prosodici e paralinguistici; in altre parole, il contegno espressivo dell'interrogato», con ciò derubricando a «fastidioso accidente la naturale aspirazione di esser penalmente giudicati da chi abbia guardato in faccia persone vive, anziché righe d'inchiostro» (*ivi*, p. 1). Per D. NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il “giusto processo” sulla giostra dei bilanciamenti*, cit., p. 1, la pronuncia in questione radicalmente «inaugura la nuova stagione d'assalto alle garanzie della difesa» e si candida «a cattiva maestra d'un legislatore – l'attuale – già di per sé ostile alle libertà individuali», poiché «esibisce il peggior campionario di tecniche argomentative al servizio della più micidiale delle ideologie sul processo manifestate da molti anni a questa parte». Dello stesso avviso O. MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, p. 2, che sottolinea come sia giunta l'era di «una diversa visione politica dei rapporti intercorrenti fra individuo e autorità nell'attuale momento storico, visione direttamente condizionata dalle opzioni culturali dei giudici di Palazzo della Consulta».

²¹⁸ ... «non avremo più, dunque, declaratorie di illegittimità costituzionale che colpiscano frontalmente i pilastri del processo accusatorio ... ma pronunce volte a censurare l'‘incongruità’ di determinate garanzie processuali quando sia la realtà giudiziaria a rifiutarle» (D. NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il “giusto processo” sulla giostra dei bilanciamenti*, cit., p. 3), magari tramite «una nube di

tipicamente garantiste²¹⁹ e, anche e soprattutto, epistemologiche²²⁰ da rispettarsi in sede di processo penale.

La lettura della Consulta si sofferma unicamente sull'inutilità della riassunzione della fonte di prova dichiarativa, per il giudice subentrato, sorvolando sul fatto che la stessa Corte costituzionale abbia chiarito che la *ratio* della riassunzione non debba rinvenirsi in un'omessa o insufficiente escussione²²¹, ma nel diritto alla prova della parte: rimane totalmente estraneo, in altre parole, l'aspetto epistemologico di un contraddittorio effettuato in connubio con l'immediatezza. Se ad essa si può rinunciare, in presenza di serie e comprovate esigenze, può assurgere a necessario fattore di bilanciamento una prassi deviante?

Peraltro, il richiamo all'art. 507 c.p.p. effettuato dalla Corte costituzionale pare obliterare il fatto che se la prova non è nella totale disponibilità delle parti, i poteri *ivi* previsti sono comunque da considerarsi esercitabili nei limiti del ruolo stesso del giudice ed hanno il fine di assicurare una maggiore attendibilità cognitiva del processo; di conseguenza, essi non possano trasformarsi nel canone da cui far dipendere il diritto alla prova della parte²²².

In conclusione, non possono in alcun modo condividersi le argomentazioni del giudice delle leggi, il quale sembra perdere di vista lo spessore della garanzia *de qua*, in un'ottica del "bilanciamento" che può spaventosamente ricordare quella della stagione del cosiddetto "garantismo inquisitorio"²²³. Il giusto processo è "a tempo": una volta superato il limite dei tre anni – peraltro, per cause imputabili all'organizzazione giudiziaria – si può rinunciare alle garanzie spettanti all'imputato.

Dietro l'ottica dei "bilanciamenti" – è evidente – vi è l'istanza punitiva.

sottintesi» diretti al legislatore (P. FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, cit., p. 2). Il riferimento, naturalmente, è al richiamo del "principio" di non dispersione della prova operato dalle pronunce della Corte costituzionale nel 1992, al fine di scardinare l'impianto delineato dal codice del 1989. Sul punto, v. *supra*, cap. I, § 4.

²¹⁹ Secondo G. SPANGHER, *Oralità, contraddittorio, aspettative di verità*, cit., p. 30, «siamo sempre di fronte agli stessi nodi: verità sostanziale-verità processuale; forma-sostanza; efficienza-garanzie». In altre parole, se «l'incedere dogmatico e magistrale con schietto zelo inquisitorio [del 1992] non si usa più» sono però «nel frattempo ... apparsi nuovi mezzi, meno eroici e più insidiosi, a cui attingere per vanificare o ridurre le garanzie: dalle interpretazioni 'creative' ai suggerimenti rivolti al legislatore dalle giurisdizioni superiori» (P. FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, cit., p. 3).

²²⁰ V. *supra*, cap. II, § 1 e § 2.

²²¹ V. *supra*, § 5.

²²² Sul punto, v. G. UBERTIS, *I poteri del pretore ex art. 506 e 507 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, I, 1996, p. 366-367-368.

²²³ V. *supra*, cap. I, § 4.

Capitolo IV
GIUDIZIO DI APPELLO E RINNOVAZIONE ISTRUTTORIA:
DAGLI ORIENTAMENTI DELLA CORTE DI STRASBURGO ALLE
SCELTE DEL LEGISLATORE

SOMMARIO: 1. Corte di Strasburgo ed immediatezza in appello: affermazioni europee e “direttive” per l’ordinamento italiano. – 2. Il dibattito in dottrina e i primi orientamenti della giurisprudenza di legittimità. – 3. L’intervento delle sezioni unite e le scelte del legislatore. – 4. Giudizio di appello e rinnovazione istruttoria: garanzia del principio di immediatezza o del canone dell’«oltre ogni ragionevole dubbio»? – 5. I controversi confini dell’obbligo di rinnovazione istruttoria: il rito abbreviato. – 6. Gli ulteriori chiarimenti della Corte di cassazione: l’*expert witness*; la condotta illecita.

1. Corte di Strasburgo ed immediatezza in appello: affermazioni europee e “direttive” per l’ordinamento italiano.

Si è visto che la Corte europea dei diritti dell’uomo¹ non disconosce il rilievo del principio di immediatezza, inteso come contatto privo di mediazioni tra il giudice preposto alla decisione e la fonte di prova, pur se la sua valorizzazione nell’alveo del *procès équitable* è avvenuta «nel corso del tempo»², quantomeno in termini di diretto riconoscimento³.

È però con riguardo ai giudizi di impugnazione che l’attenzione della Corte di Strasburgo si è concentrata maggiormente, in riferimento alla possibilità di un contatto immediato tra il giudice e la fonte di prova personale, quale importante garanzia riconosciuta all’imputato⁴.

¹ Su cui, per un inquadramento sistematico, v. *supra*, cap. I, § 7.

² A. CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, in *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, a cura di M. Bargis – H. Belluta, Torino, 2018, p. 56. Sul punto, v., ampiamente, *supra*, cap. III, § 6.

³ Cfr. C. VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza, oralità nella giurisprudenza della Corte E.D.U.*, in *Arch. pen.*, 2016, II, p. 14-15, dove l’Autrice considera che già in pronunce risalenti la giurisprudenza della Corte di Strasburgo avesse in realtà valorizzato l’importanza del principio di immediatezza, anche se soltanto “incidentalmente”. Sul punto, v. anche *supra*, cap. III, § 6, in particolare nota 156.

⁴ In ordine all’immediatezza come valorizzata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nelle sue pronunce ed all’interpretazione di tale orientamento alla luce dell’ordinamento nazionale, pare interessante la

Il giudice di Strasburgo, infatti, per giurisprudenza ormai consolidata⁵, reputa iniqua, per la violazione dell'art. 6 commi 1 e 3 lett. d Conv. eur. dir. uomo, la condanna che intervenga in sede di giudizio d'impugnazione, nei confronti dell'imputato assolto in primo grado, sulla base di una rivalutazione *in malam partem* meramente "cartolare" delle deposizioni assunte in primo grado, se considerate prove uniche o determinanti, senza quindi che si sia previamente proceduto ad una nuova escussione su richiesta della difesa o anche *ex officio*⁶.

In particolare, la Corte di Strasburgo ha enunciato il seguente principio: «quando si tratta di decidere per l'assoluzione e la condanna, il giudice deve ascoltare di persona i testimoni, perché la valutazione sulla loro credibilità è un compito difficile, per il quale non basta la lettura dei verbali delle loro dichiarazioni»⁷; ne consegue, dunque, che «la

riflessione di V. AIUTI, *Impugnazioni e principio di immediatezza nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, XI, p. 1441, dove l'Autore avverte che, nell'analisi dell'orientamento del giudice di Strasburgo in materia, l'interprete interno è giocoforza alle prese con il «'frame dell'immediatezza'», richiamandosi al fenomeno linguistico del *framing*, per cui il richiamo ad un concetto evoca una cornice valoriale di riferimento, entro cui esso si inserisce. Tale *framing*, trasposto in ottica processualpenalistica, «conduce gli interpreti a saldare con un nesso di implicazione necessaria l'accertamento penale 'al di là di ogni ragionevole dubbio', il principio del giudice naturale, il principio del contraddittorio, il principio di oralità e, appunto, il principio di immediatezza: *ciascun principio starebbe e cadrebbe, in ogni caso, con l'altro* [corsivo nostro]»; si tratta di fenomeno naturale ed inevitabile, ma che richiede particolare attenzione, poiché «le cornici concettuali che evochiamo presentando determinate idee hanno la capacità innata di deviare l'interpretazione delle questioni di cui ci occupiamo secondo l'approccio valoriale di chi le esibisce»: se «i valori – com'è noto - tendono ad essere tirannici [, bisogna considerare che essi] non sono in grado di creare legittimità; possono appunto sempre e solo valorizzare». L'Autore ritiene, dunque, che, per cogliere le implicazioni di tali pronunce in riferimento al contesto nazionale, «più che dei principî, [sia] preferibile occuparsi dei contesti fattuali, degli 'as to the facts' dei casi più significativi» (*ivi*, p. 1442).

⁵ V.P. BRONZO, *Condanna in appello e rinnovazione della prova dichiarativa*, in *Arch. pen.*, 2014, III, che rileva come tale giurisprudenza «si [sia] sviluppata nell'arco di un ventennio».

⁶ A partire già da C. eur. dir. uomo, sez. II, 18 maggio 2004, *Destrehem c. Francia*, § 45, definibile come il *leading case* in materia. Su tale pronuncia del giudice di Strasburgo, v. P. CASATI, *Il giudizio di appello tra esigenze di celerità processuale e rispetto del contraddittorio*, in *Ind. pen.*, 2007, II, p. 680, il quale rileva come da essa emerga «la necessità di assicurare la realizzazione di un contraddittorio forte anche in appello nell'ipotesi di una rivalutazione in chiave accusatoria delle prove acquisite (pur in contraddittorio) in primo grado». Su tale pronuncia, v. anche G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2009, p. 72-73. Successivamente, nello stesso senso, v. altresì C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 6 ottobre 2015, *Marius Dragomir c. Romania*, § 21-22; C. eur. dir. uomo, sez. II, sent. 5 luglio 2016, *Lazu c. Moldavia*, § 40. La stessa affermazione si rileva in C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*, § 33-34. Come rileva A. CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, cit., p. 56, per il giudice di Strasburgo, la condanna emessa in sede di appello e basata sulla diversa valutazione cartolare delle prove orali ad opera del secondo giudice, rappresenta ormai, per giurisprudenza consolidata, «una situazione patologica che incide negativamente sul diritto a un equo processo». Sul punto, v. anche S. RECCHIONE, *La rivalutazione in appello della testimonianza cartolare: la posizione della Corte di Strasburgo e quella della Cassazione a confronto*, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2013, consultabile al sito internet www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso 17 agosto 2019).

⁷ Così C. eur. dir. uomo, sez. III, 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*, § 33. Analogamente, v. C. eur. dir. uomo, 16 settembre 2014, *Mischie c. Romania*; C. eur. dir. uomo, 5 marzo 2013, *Manolachi c. Romania*, § 49.

possibilità per l'imputato di confrontarsi con un testimone, in presenza del giudice chiamato a decidere in ultima istanza sull'accusa, è una garanzia di un processo equo, in quanto le osservazioni del giudice per quanto riguarda il comportamento e l'attendibilità di un testimone *possono avere delle ripercussioni per l'imputato* [corsivo nostro]⁸.

In via tendenziale, quindi, l'audizione diretta del testimone permette al giudice chiamato a pronunciarsi nel merito di «coglier[ne] dal vivo il contegno»⁹, e dunque di valutarne meglio la credibilità¹⁰; non è equiparabile, a tale scopo, la mera rilettura dei verbali delle dichiarazioni rese in precedenza, poiché assumono particolare valore le osservazioni dei tratti prosodici per legittimare una loro diversa valutazione giudiziale¹¹.

Anche in tal caso, così come avviene in primo grado¹², tuttavia, la mancata riaudizione del dichiarante non rende automaticamente iniquo il procedimento, se essa è divenuta impossibile perché il teste è nel frattempo deceduto, ovvero perché questi abbia esercitato il proprio privilegio a non autoincriminarsi¹³.

Analogamente, la violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo è esclusa anche quando il giudice di seconda istanza pervenga ad una sentenza di condanna sul cui tenore non abbia influito la mancata possibilità di procedere alla riescusione dei

Antecedentemente a tali pronunce, v., altresì, C. eur. dir. uomo, 21 settembre 2010, *Marcos Barrios c. Spagna*. Sul punto, v., *ex multis*, D. CHINNICI, *Contraddittorio, immediatezza e parità delle parti nel giudizio di appello. Estenuazioni interne e affermazioni europee*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, III, p. 177, dove l'Autrice reputa che in riferimento a tali casi non sia improprio parlare di vere e proprie «lezioni di diritto vivente» impartite dal giudice di Strasburgo.

⁸ C. eur. dir. uomo, 5 marzo 2013, *Manolachi c. Romania*, § 49, cit.

⁹ F. ZACCHE', *Il diritto al confronto nella giurisprudenza europea*, in *Regole europee e processo penale*, a cura di A. Gaito – D. Chinnici, Padova, 2016, p. 223.

¹⁰ C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 4 giugno 2013, *Hanu c. Romania*, § 32

¹¹ Sul punto, v. R. CASIRAGHI, sub art. 6, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis – F. Viganò, Torino, 2016, p. 226, dove l'Autrice conclude: «per il ribaltamento di una sentenza di proscioglimento, sembra pertanto esigersi il principio d'immediatezza per la fonte di prova unica o determinante», per quanto, in via sistematica – come precisa ID., *I nuovi approdi "europei" del diritto al confronto*, in *Cass. pen.*, 2019, III, p. 1368 –, il criterio dell'immediatezza non possa dirsi elevato «a canone inderogabile dell'equità processuale» da parte del giudice europeo. Stessa considerazione può farsi per quanto concerne il principio dell'immutabilità del giudice (su cui, v. *supra*, cap. III, § 6).

¹² V. *supra*, cap. III, § 6.

¹³ C. eur. dir. uomo, sez. III, 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*, § 33. Sul punto, v. I. REDAELLI, *La condanna in appello dell'imputato assolto, fra antinomie di sistema, principi europei ed interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Arch. pen.*, 2014, III, p. 739, dove l'Autrice rileva che «la riassunzione della prova decisiva in appello è dovuta, quando ciò sia materialmente possibile e quando il teste non si avvalga della facoltà di non auto incriminarsi, per consentire al giudice un vaglio diretto della credibilità della fonte di prova e non tanto per procedere alla nuova formazione della prova dichiarativa, posto che l'elemento di prova utilizzato in sentenza può essere anche quello formatosi nel giudizio di primo grado, ma rivalutato alla luce di un diverso apprezzamento della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità oggettiva della narrazione, *veicolato dalla rigorosa osservanza del principio di immediatezza* [corsivo nostro]».

dichiaranti, essendosi basata la pronuncia su altri e diversi elementi probatori, in modo decisivo¹⁴.

Nondimeno, nonostante il giudice di Strasburgo consideri rilevante che il giudice dell'impugnazione possa osservare «le reazioni del teste, il tono della sua voce, la mimica e la gestualità»¹⁵, peraltro anche a prescindere dall'esito decisorio¹⁶, non manca – seppur rimasta isolata¹⁷ – una pronuncia nella quale la Corte di Strasburgo abbia affermato la compatibilità con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo di una condanna irrogata per la prima volta in appello, fondata su una valutazione opposta, meramente cartolare, delle prove orali assunte in sede di giudizio di primo grado, alla luce di un apprezzamento complessivo dell'intero patrimonio conoscitivo giudiziale, considerando i diritti della difesa comunque salvaguardati dal pericolo di un apprezzamento irragionevole dei dati gnoseologici, in specie, da una motivazione “rafforzata” ad opera del giudice e dalla possibilità per la difesa di presentare ricorso dinanzi alla Corte suprema, competente a valutare il rispetto dei principi in materia¹⁸.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, in linea con tale rilievo assegnato alla riescusione, ha anche provato ad indicare agli Stati nazionali come evitare di incorrere nella violazione di tale principio, concludendo che il giudice di seconda istanza che intenda pervenire ad una condanna dell'imputato che in primo grado è stato destinatario

¹⁴ Cfr. R. CASIRAGHI, sub *art. 6*, cit., p. 227.

¹⁵ C. VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza, oralità nella giurisprudenza della Corte E.D.U.*, cit., p. 16, dove l'Autrice sottolinea che per la Corte di Strasburgo, «anche laddove l'imputato abbia avuto occasione 'adeguata e sufficiente' per confutare, tramite esame, il dichiarante, ciò non implica» automaticamente «una sufficiente garanzia per i diritti della difesa», considerando che l'osservazione dei tratti prosodici del discorso da parte del giudice si configura come «un aspetto ulteriore dell'equo processo» di cui essa tiene conto per la sua valutazione in ordine al rispetto della complessiva *fairness* processuale.

¹⁶ Come nota A. CAPONE, *Appello dell'imputato contro la condanna. Le Sezioni Unite negano l'obbligo di rinnovazione istruttoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, I, p. 290, poiché «se l'immediatezza è il metodo epistemologicamente più affidabile, va impiegato sempre, anche dopo una condanna». In concreto, però, è bene notarlo, nei casi affrontati dalla Corte europea dell'uomo e giudicati contrari alla *fairness* processuale, si tratta sempre dell'eventualità di imputato prosciolto in primo grado poi condannato in sede di giudizio di impugnazione. Tale rilievo è unanime in dottrina: cfr., per tutti, N. ROMBI, *La riforma di una sentenza di condanna esige la rinnovazione della prova dichiarativa in appello?*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 110.

¹⁷ Come sottolinea A. CAPONE, *La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello*, in *Dir. pen. cont.*, 9 ottobre 2018, consultabile all'indirizzo www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso 20 agosto 2019), p. 6.

¹⁸ C. eur. dir. uomo, sez. II, sent. 26 aprile 2016, *Kashlev c. Estonia*, § 48 ss., che pare essere l'unica pronuncia difforme in materia. Successivamente a tale pronuncia, l'orientamento consolidato è stato infatti confermato: cfr., *ex multis*, C. eur. dir. uomo, sez. II, 28 febbraio 2017, *Manoli c. Moldavia*, § 32-33. Sul punto, v. R. CASIRAGHI, sub *art. 6*, cit., 227.

di una sentenza di proscioglimento, sia tenuto a disporre d'ufficio la nuova audizione dei testi che egli reputi di dover valutare diversamente¹⁹.

È bene tener presente che, a prescindere dalle strutture che caratterizzano i giudizi d'impugnazione in ciascun ordinamento nazionale, l'insegnamento che si deve trarre da tali pronunce del giudice di Strasburgo²⁰ è che la possibilità che la Corte d'appello giudichi attendibile una prova dichiarativa a carico considerata invece inattendibile dal giudice di primo grado, dinanzi al quale essa è stata assunta, senza procedere alla riaudizione del dichiarante, comporti il serio rischio che la differente valutazione di secondo grado aumenti il margine dell'errore giudiziario, piuttosto che ridurlo²¹.

¹⁹ Indicazione ricorrente. Cfr. C. eur. dir. uomo, sez. IV, 20 aprile 2018, *Stoica c. Romania*, § 40 ss.; C. eur. dir. uomo, sez. IV, 9 gennaio 2018, *Ghincea c. Romania*, § 38 ss.; C. eur. dir. uomo, sez. I, 29 giugno 2017, *Lorefice c. Italia*, § 45, dove la Corte di Strasburgo ha specificato che una motivazione particolarmente accurata non esime dall'obbligo di riascoltare i testimoni la cui attendibilità è in discussione: cfr. L. PRESSACCO, *Una censura pienamente annunciata: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il ribaltamento in appello dell'assoluzione senza rinnovazione dell'istruzione dibattimentale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, VII-VIII, p. 260; G. BIONDI, *Tanto tuonò che piovve! La prima condanna dell'Italia da parte della Corte EDU in tema di overturning sfavorevole in appello: una sentenza (quasi) annunciata*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4556 ss. Nello specifico, in tale occasione il giudice d'appello aveva ribaltato la sentenza assolutoria di primo grado relativa ad un'accusa di estorsione e detenzione di materiale esplosivo, ma senza disporre la rinnovazione dei testi a carico, le cui dichiarazioni erano state ritenute dal precedente giudice inattendibili, imprecise e – addirittura – false (con trasmissione degli atti al pubblico ministero ex art. 207 comma 2 c.p.p.); divenuta irrevocabile la decisione di condanna, nascevano da tali circostanze le doglianze del ricorrente, accolte dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. V., altresì, nello stesso senso, C. eur. dir. uomo, sez. IV, 14 febbraio 2017, *Potoroc c. Romania*, § 36 ss.; C. eur. dir. uomo, sez. II, 5 luglio 2016, *Lazu c. Moldavia* § 40; C. eur. dir. uomo, sez. III, 4 giugno 2013, *Hanu c. Romania*, § 39-40; C. eur. dir. uomo, sez. III, 9 aprile 2013, *Flueras c. Romania*, § 59; C. eur. dir. uomo, 5 marzo 2013, *Manolachi c. Romania*, § 48; C. eur. dir. uomo, sez. III, 26 giugno 2012, *Găitărănu c. Romania*, § 32; C. eur. dir. uomo, sez. III, 5 ottobre 2011, *Dan c. Moldavia*, § 33. Quindi «la mancata rinnovazione della prova dichiarativa decisiva ai fini della pronuncia sulla responsabilità finisce per vincolare il percorso cognitivo e decisivo del giudice d'appello, che tale protocollo testimoniale non potrà legittimamente rivalutare e porre a fondamento della sentenza senza la riassunzione della relativa fonte, pena la violazione del diritto di difesa» (S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della Cedu*, in *Dir. pen. cont.*, Riv. trim., 3 aprile 2014, III-IV, p. 243). Sulla “congenita” difficoltà della ripetizione dell'esame testimoniale, v. *supra*, cap. III, § 3.

²⁰ ... le quali hanno delineato «un vero e proprio ‘statuto convenzionale’ dell'istituto della rinnovazione della prova nell'ambito dei giudizi di impugnazione: una fattispecie processuale, avente ad oggetto ogni tipo di prova dichiarativa decisiva per l'accertamento dell'enunciato fattuale devoluto, che assume i caratteri del diritto dell'imputato ogni qual volta il giudice dell'impugnazione ... operi in concreto il riesame integrale del predetto enunciato a sua volta decisivo per il giudizio sulla responsabilità dell'imputato, ribaltando la decisione ai suoi danni; derogabile solo in ipotesi che s'inscrivono nella irripetibilità dell'esame dichiarativo; fattispecie, infine, rilevabile d'ufficio» (S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della Cedu*, cit., p. 245).

²¹ Cfr., per tutti, P. BRONZO, *Condanna in appello e rinnovazione della prova dichiarativa*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 234. Dunque, in concreto, «quando la prova di un elemento costitutivo del reato o dell'attribuibilità del fatto all'imputato dipende da una prova dichiarativa ..., il giudice dell'impugnazione – osservato tutto il compendio probatorio – non può formulare un'inferenza (in qualche modo fallace) di questo tipo: ‘in primo grado, l'imputato è stato prosciolto sulla base di un certo giudizio di attendibilità di un teste; ma - rivista l'istruttoria – tutto sommato tale giudizio di attendibilità deve essere ribaltato, e perciò l'imputato è colpevole’» (V. AIUTI, *Impugnazioni e principio di immediatezza nella giurisprudenza di Strasburgo*, cit., p. 1451).

2. Il dibattito in dottrina e i primi orientamenti della giurisprudenza di legittimità.

Nell'impostazione codicistica, come noto, il giudizio d'appello²² ha una natura «*sui generis*»²³, poiché presenta al contempo alcune caratteristiche della cosiddetta azione di impugnativa ed altre – la prevalenza – proprie del cosiddetto gravame²⁴ ed il suo carattere rimane «essenzialmente cartolare»²⁵.

Invero, fin dall'entrata in vigore del codice del 1988, il giudizio d'appello è stato oggetto di un dibattito in dottrina²⁶, stante il fatto che il suo “orizzonte cognitivo” fosse

²² Su cui, v., innanzitutto, M. CERESA-GASTALDO, *Appello (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali III, 2010, p. 11, dove l'Autore ritiene che all'idea stessa di giurisdizione sia connaturata «la consapevolezza che il risultato dell'attività del giudice ... possa essere errato» e che nulla impedisca, in un sistema *tendenzialmente adversary*, di ritenere che «la piena realizzazione delle garanzie del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza, nel rispetto della *par condicio* tra le parti, val[ga] certamente ad incrementare il tasso di affidabilità del giudizio, ma ciò non di meno la possibilità di una verifica del procedimento seguito e del risultato raggiunto rest[i] un valore» necessario per ridurre al minimo possibile il rischio di errore giudiziario, posto che «in una concezione moderna del processo» debba discutersi l'assunto per cui «il dibattimento possa condurre a risultati indiscutibili» (*ivi*, p. 13). V. anche E.T. LIEBMAN, *Il giudizio d'appello e la Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, III, p. 402, per cui la finalità pratica del giudizio di appello è «dovuta alla convinzione che la possibilità di errore [sia] una componente inevitabile dell'operare umano».

²³ M. CERESA-GASTALDO, *Appello (dir. proc. pen.)*, cit., p. 21. V. pure L. ALGERI, *Il nuovo volto dell'appello tra obbligo di rinnovazione istruttoria e dovere di motivazione “rafforzata”*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, III, p. 389, che definisce la natura del giudizio d'appello «sostanzialmente ibrida».

²⁴ Cfr. M. BARGIS, *Impugnazioni*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso – V. Grevi, Padova, 2018, p. 857 e 901, dove l'Autrice rileva, a proposito dell'«inquadramento dogmatico delle impugnazioni rispetto ai modelli tipici dell'azione di annullamento, detta anche *querela nullitatis* (finalizzata alla rescissione totale o parziale della sentenza impugnata, con vincolo del giudice rispetto ai motivi dedotti), e del gravame (finalizzato a devolvere al giudice *ad quem* l'intera causa, affinché giudichi *ex novo* con la medesima ampiezza di poteri che caratterizzava il giudice *a quo*)», come «l'appello [abbia] una struttura ibrida, perché, *pur riconnettendosi al modello del gravame* [corsivo nostro], si caratterizza in senso parzialmente devolutivo e attribuisce, infatti, alla cognizione del giudice di secondo grado solo i punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti». In conclusione, «volendosi comunque chiarire se il giudizio di appello sia stato configurato dal legislatore come strumento di controllo della decisione impugnata o come nuovo giudizio, molteplici segnali orientano verso la prima soluzione» (*ivi*, p. 901). Sul tema, v. anche F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 1110, che rimarca come l'appello «nasc[a] come puro gravame: presuppone decisioni valide ma forse ingiuste; e ne provoca una seconda, sull'intera causa; poi assume una doppia figura, assorbendo l'azione di annullamento (*querela nullitatis*) elaborata dagli statuti medievali quale rimedio specifico alle sentenze invalide». V., altresì, G. SPANGHER, *Riforma in appello (proscioglimento vs condanna) e principio di immediatezza*, in *Giur. it.*, 2014, XI, p. 2592 ss. Sulle tradizionali categorie dogmatiche dei mezzi di impugnazione, v., più ampiamente, G. TRANCHINA, *Impugnazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, p. 745 ss.

²⁵ R. CASIRAGHI, sub art. 6, cit., p. 227. Sul punto, v. S. CIAMPI, art. 603 c.p.p., in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda – G. Spangher, Assago Milanofiori, 2017, p. 3253 ss.

²⁶ Come rileva A. CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, cit., p. 53.

costituito quasi esclusivamente dai verbali degli atti compiuti in primo grado, essendo assoggettate a limiti molto rigorosi le ipotesi di rinnovazione istruttoria in tale sede²⁷.

Secondo la disciplina del giudizio d'appello previgente al 2017, infatti, la riassunzione di prove già acquisite nel dibattimento di primo grado presupponeva esclusivamente che – qualora pervenisse una richiesta in tal senso dall'appellante – il giudice ritenesse che il processo non fosse decidibile allo stato degli atti ai sensi del 1° comma dell'art. 603 c.p.p., ovvero che il giudice di seconde cure – il quale intendesse procedere in tal senso *ex officio* – la reputasse «assolutamente necessaria» ai sensi del 3° comma dell'art. 603 c.p.p.²⁸.

Nel dibattito in materia, sorto successivamente all'emanazione dell'attuale codice di rito, le posizioni confrontatesi in dottrina sono riconducibili a tre orientamenti di fondo²⁹, i quali – a ben vedere – «veicolano implicitamente idee diverse sulla verità in appello»³⁰.

Senza pretese di esaustività, può dirsi che un primo orientamento dottrinale propendeva per l'abolizione, *in toto*, della possibilità, per il pubblico ministero, di appellare la sentenza emessa in sede di primo grado, sulla base del fatto che, nell'alveo

²⁷ ... circostanza dovuta ad «una scultorea presunzione di completezza dell'istruttoria di primo grado» (A. CABIALE, *Verso un appello "convenzionalmente orientato": necessità di un nuovo esame testimoniale per condannare in seconde cure*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 50). Per una completa ricostruzione del dibattito sorto in seno alla dottrina, v., per tutti, L. ALGERI, *Il nuovo volto dell'appello tra obbligo di rinnovazione istruttoria e dovere di motivazione "rafforzata"*, cit., p. 388 ss.; H. BELLUTA, *Prospettive di riforma dell'appello penale, tra modifiche strutturali e microchirurgia normativa*, in *Impugnazioni penali: assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, a cura di M. Bargis – H. Belluta, Torino, 2013, p. 235 ss.

²⁸ Con un'espressione provocatoria, E. FASSONE, *L'appello: un'ambiguità da sciogliere*, in *Quest. giust.*, 1991, p. 635, considera l'appello come «terra di elemosine processuali». In dottrina si è considerato che, sostanzialmente, le disposizioni di cui all'art. 603 commi 1-3 c.p.p. siano da interpretarsi nel senso che qualora il giudice ritenga di non poter decidere allo stato degli atti, la rinnovazione sia assolutamente necessaria, e viceversa: cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 1123; M. MENNA, *Il giudizio d'appello*, Napoli, 1995, p. 313. *Contra* tale impostazione, invece, v. A. CAPONE, *Dopo Dan c. Moldavia. Per un processo di parti nell'appello penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1022, nota 47, il quale ritiene che sia importante valorizzare i tratti differenziali tra i parametri di cui ai commi 1° e 3° dell'art. 603 c.p.p., poiché «l'impossibilità di decidere allo stato degli atti ... sembra descrivere anzitutto una particolare condizione soggettiva di incertezza del giudice, per cui sente il bisogno di chiarirsi meglio le idee attraverso la rinnovazione, prima di decidere in un senso o nell'altro». Mentre «l'assoluta necessità di cui all'art. 603, comma 3, c.p.p., nella misura in cui ricalca il disposto dell'art. 507 c.p.p., indica invece, per unanime interpretazione, l'obiettivo esigenza di acquisire una determinata prova in grado di fornire informazioni utili, diversamente non disponibili, rispetto ad alcuni temi rilevanti. Così se è vero che la percezione di una lacuna istruttoria che è assolutamente necessario colmare rende al giudice impossibile decidere allo stato degli atti, è meno vero il contrario: il giudice potrebbe trovarsi nell'impossibilità di decidere allo stato degli atti senza che emergano particolari lacune istruttorie».

²⁹ Sul punto v., ampiamente, H. BELLUTA, *Prospettive di riforma dell'appello penale: tra modifiche strutturali e microchirurgia normativa*, cit., p. 235 ss.

³⁰ A. CAPONE, *La riassunzione delle prove dichiarativa e la riforma della decisione in appello*, cit., p. 2.

del “giusto processo”, la costituzionalizzazione della durata ragionevole dei procedimenti, riconosciuta «come diritto primario, non [possa] non incidere e prevalere su altri interessi – quali quello del pubblico ministero ad impugnare la sentenza di proscioglimento di primo grado – che sono addirittura privi di rilievo costituzionale», ma soprattutto che non sia lecito, per lo Stato, «compiere ripetuti tentativi di condannare un individuo»³¹ già risultato innocente all’esito del giudizio di primo grado.

Un secondo e prevalente orientamento, pur se con significative variazioni al suo interno, era sostanzialmente favorevole ad una limitazione dei poteri cognitivi del giudice d’appello, con ciò tendendo ad un avvicinamento del secondo grado di giudizio al modello della *revisio prioris instantiae*, imperniato sulla finalità di controllo del provvedimento impugnato³².

³¹ Testualmente F. STELLA, *Sul divieto per il Pubblico Ministero di proporre appello contro le sentenze di assoluzione*, in *Cass. pen.*, 2004, III, p. 757-758, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente. L’Autore conclude che, in un regime democratico e che rifugga ogni autoritarismo, «se lo Stato ha sbagliato una volta nell’esercitare l’azione penale, perché l’imputato è risultato innocente al di là di ogni ragionevole dubbio, il giusto equilibrio fra autorità statale e diritti di libertà impone allo Stato di non riprovarci» (*ivi*, p. 758). Per lo stesso orientamento, v., altresì, F. COPPI, *No all’appello del pm dopo la sentenza di assoluzione*, in *Il Giusto processo*, 2003, V, p. 27 ss.; G. SPANGHER, *Doppio grado di giurisdizione (principio del) – II) Dir. proc. pen.*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIII, 1989, p. 6; ID., *Sistema delle impugnazioni penali e durata ragionevole del processo*, in *Cass. pen.*, 2002, X, p. 1262-1263. Come noto, era questa la prospettiva accolta dalla l. 20 febbraio 2006 n. 46, recante «*Modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento*» (cosiddetta “legge Pecorella”), la quale suscitò immediatamente dopo la sua promulgazione vivaci reazioni nel mondo politico. La Corte costituzionale ha poi bocciato tale soluzione, rilevando come il *deficit* di garanzie per l’imputato, in caso di ribaltamento del proscioglimento all’esito del giudizio di appello, non potesse essere corretto sottraendo poteri all’altra parte, riconducendo la disciplina codicistica alla sua versione originaria: cfr. C. cost., sent. 24 gennaio 2007 n. 26, in *Giur. cost.*, 2007, p. 221 ss., su cui v. A. BARGI – A. GAITO, *Il ritorno della Consulta alla cultura processuale inquisitoria (a proposito del p.m. nelle impugnazioni penali)*, *ivi*, 2007, p. 240 ss.; F. CAPRIOLI, *Inappellabilità delle sentenze di proscioglimento e «parità delle armi» nel processo penale*, *ivi*, 2007, p. 250 ss.; M. CERESA-GASTALDO, *Non è costituzionalmente tollerabile la menomazione del potere di appello del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1894 ss.; D. VICOLI, *Irragionevoli i limiti all’appello del pubblico ministero: i labili confini tra norma illegittima e norma inopportuna*, in *Giur. it.*, 2007, p. 257. Secondo P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, X, p. 1268, tale pronuncia del giudice delle leggi «fu fortemente influenzata da alcune scelte poco coerenti di quella legge e dal contesto, anche politico, in cui essa si collocava» ma «una più organica riforma potrebbe oggi superare il vaglio di legittimità costituzionale».

³² Tale, invece, la posizione di F. PERONI, *L’istruzione dibattimentale nel giudizio di appello*, Padova, 1995, p. 271 ss.; G. SPANGHER, *Il doppio grado di giurisdizione*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di F. R. Dinacci, Milano, 2010, p. 515 ss. Protendono per la configurazione di un appello in giudizio solo rescindente, seguito – in caso di annullamento – da un giudizio rescissorio che replichi la struttura del giudizio di primo grado, invece, F. CORDERO, *Un’arma contro due*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 812; A. NAPPI, *Il nuovo processo penale: un’ipotesi di aggiornamento del giudizio di appello*, in *Cass. pen.*, 1990, V, p. 976; F. PERONI, *Giusto processo e doppio grado di giurisdizione nel merito*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, III, p. 729-230; S. TESORIERO, *Luci e ombre della rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale in appello per il presunto innocente*, in *Giust. pen.*, 2017, III, p. 79 ss. Parzialmente diversa la posizione di T. PADOVANI, *Doppio grado di giurisdizione: appello dell’imputato, appello del PM, principio del*

Una terza parte della dottrina, in maniera segnatamente opposta, propendeva invece per un avvicinamento della struttura del giudizio di secondo grado a quella del primo grado, secondo la tipologia del *novum iudicium*, in cui l'oggetto della cognizione tendenzialmente si identifica nella *res iudicanda* di cui era investito il giudice di prime cure, sostanzialmente sulla base del fatto che «l'accertamento della verità processuale si persegue attraverso un solo metodo, unitario, quello del contraddittorio 'per la prova', con le sole eccezioni codificate»³³.

In tale – frastagliato – contesto processualpenalistico ha fatto da ultimo ingresso l'orientamento seguito dal giudice di Strasburgo volto a valorizzare l'immediatezza in sede di giudizio di impugnazione, il quale ha ingenerato «un qualche genere di disorientamento»³⁴ nei confronti dell'interprete interno, andando ad inserirsi nel menzionato – più ampio e generale – problema «dell'asimmetria tra i metodi istruttori»³⁵ caratterizzanti i due gradi di giudizio di merito nel nostro ordinamento processuale.

contraddittorio, in *Cass. pen.*, 2003, XII, p. 4023 ss., che ritiene sarebbe opportuna una struttura rescindente al solo appello instaurato su impugnazione del pubblico ministero. Per un'analisi completa dei tratti caratterizzanti il modello della *revisio prioris instantiae*, v. M. MASSA, *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale*, Milano, 1969, p. 220.

³³ D. CHINNICI, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di appello*, in *Cass. pen.*, 2012, IX, p. 3161, dove l'Autrice domanda: «la pronuncia sulla libertà (meglio, sulla vita) dell'imputato ... può avallare alterazioni del metodo cognitivo accreditato, a seconda cioè, che l'accertamento sia svolto per la prima volta ovvero debba essere effettuato in seconda battuta, a seguito della doglianza di una parte che lamenta l'ingiustizia del primo?». Antecedentemente, per lo stesso orientamento, v. G. LOZZI, *Reformatio in peius del giudice di appello e cognitio facti ex actis della Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, II, p. 641; R. ORLANDI, *Sono davvero troppi tre gradi di giudizio?*, in *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, a cura di C. Nunziata, in *Dir. giust.*, 2004, suppl. 29, p. 139; G. TRANCHINA- G. DI CHIARA, *Appello (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. III, 1999, p. 202. In giurisprudenza, v. Cass., sez. V, 10 aprile 2013, T.P., in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 784, per cui «i principi di oralità e contraddittorio, che informano il vigente processo penale, impongono che la prova, quando possibile, si formi in contraddittorio, con le modalità previste dal codice di rito». Sui tratti caratterizzanti il giudizio di appello configurato secondo il modello del *novum iudicium*, più esaustivamente, v. D. CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Torino, 2009, p. 102.

³⁴ V. AIUTI, *L'immediatezza presa sul serio*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, I, p. 109, il quale efficacemente nota come negli ultimi anni si sia assistito ad un "cambio di paradigma", considerando che, in conseguenza delle sentenze del giudice di Strasburgo, è mutata (e muta) la prospettiva da cui si osservano, all'interno del mondo processualpenalistico, «le clausole generali sull'«indecidibilità allo stato degli atti» e l'«assoluta necessità» contenute nell'art. 603 c.p.p.» da parte di dottrina e giurisprudenza. Secondo l'Autore, «proprio come avviene con le figure ambigue della psicologia gestaltica in cui, frattanto che lo sguardo si sofferma, le anatre diventano conigli e le antilopi uccelli, la disposizione (cioè l'immagine) rimane la stessa, ma l'enorme (cioè le interpretazioni) ne capovolgono la percezione, il ruolo, e finanche gli scopi» (*ivi*, p. 109). Sul tema, v. anche le riflessioni di A. CAPONE, *Dopo Dan c. Moldavia. Per un processo di parti in appello*, cit., p. 1007 ss.; A. PASTA, *Il disagio dell'interprete innanzi alle norme della Cedu*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 204 ss.

³⁵ P. BRONZO, *La nuova ipotesi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello*, in *Le recenti riforme in materia penale*, a cura di G.M. Baccari – C. Bonzano – K. La Regina – E.M. Mancuso, Padova, 2017, p. 409.

L'effetto sortito dalle pronunce del giudice di Strasburgo è stato quello di riaprire il dibattito in materia, ingrossando le fila dell'orientamento dottrinale che propendeva per la più ampia assimilazione possibile della struttura del giudizio di appello a quello di primo grado³⁶.

Da parte di molti, infatti, si è ricominciato con forza a invocare la necessità di ammettere la rinnovazione istruttoria in appello, «ben oltre le strettoie»³⁷ imposte dall'art. 603 c.p.p., in particolar modo nel caso di impugnazione del pubblico ministero di una sentenza di proscioglimento emanata in primo grado, rilevando come il rito di appello fosse declinato in maniera «incoerente, trattandosi di un giudizio potenzialmente integrale, non escludendosi una doglianza a tutto tondo della sentenza di primo grado, ma sostanzialmente senza istruzione; una sorta di controsenso certificato»³⁸.

Da parte di altri, invece, si faceva leva su ragioni di economia processuale, ma anche di coerenza con la struttura stessa del giudizio d'appello contemplata dal codice di rito, ritenendo fosse opportuno procedere alla rinnovazione esclusivamente delle prove ritenute decisive, nella prospettiva del giudice d'appello, per un *overturning* sfavorevole all'imputato³⁹.

³⁶ Sul punto, v. L. ALGERI, *Il nuovo volto dell'appello tra obbligo di rinnovazione istruttoria e dovere di motivazione "rafforzata"*, cit., p. 395.

³⁷ A. CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, cit., p. 60.

³⁸ D. CHINNICI, *Contraddittorio e giudizio di appello. Ortodossia europea, resistenze interne e gradualità aperture in attesa del "sigillo del legislatore"*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di D. Negri – R. Orlandi, Torino, 2017, p. 188, che ritiene dunque che «l'immediatezza tra decidente e fonti di prova, ove possibile, nel contraddittorio delle parti, e non solo se si tratta di prove *noviter repertae* o *productae*, dovrebbe essere marchio gnoseologico sicuro per siglare la conoscenza in grado di essere legittimata come giusta (meglio, più giusta) rispetto a quella consegnata con la pronuncia di primo grado» (ivi, p. 192). Per lo stesso orientamento, v. anche A. GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 354; ID., *Riformiamo le impugnazioni senza rinunciare al giusto processo*, ivi, 2012, p. 455 ss.; V. MAZZOTTA, *La rinnovazione dell'istruttoria in caso di riforma di una sentenza di assoluzione*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3335; C. SCACCIANOCE, *Riforma in peius della decisione senza rinnovare la prova orale*, in *Arch. pen.*, 2013, III, p. 1055. Radicalmente *contra* tale impostazione del problema, invece, v. S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della Cedu*, cit., p. 240, nota 8, il quale rileva come «nella disciplina positiva di molti sistemi processuali s[iano] riscontrabili nessi tendenziali tra conformazione del primo e del secondo grado di giudizio. Tali tendenze vanno apprezzate, tuttavia, sul mero versante delle scelte di politica legislativa, sono condizionate da ragioni di carattere storico-culturale e sfuggono ad ogni automatismo logico-giuridico; in questo senso, appare non condivisibile ogni ricostruzione volta a far derivare dall'adozione dei canoni del contraddittorio vuoi un giudizio d'appello necessariamente e integralmente improntato al medesimo canone epistemologico vuoi, in senso opposto, l'automatica inutilità (e quindi l'abolizione) del secondo grado di giudizio».

³⁹ Per tale prospettiva, v. soprattutto S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della Cedu*, cit., p. 260-261-262. Secondo l'Autore, «il risultato ermeneutico derivante dalla trasposizione in ambito domestico dello 'statuto convenzionale' non stravolge il dettato normativo di cui all'art. 603 commi 1 e 3 c.p.p. e, come tale, rispetta il primo limite logico-lessicale dell'interpretazione

Da ultimo, non mancava neppure chi – ribadendo che il giudizio d’appello dovesse conservare natura prevalentemente critica – suggeriva, per adattare il nostro ordinamento alle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, di limitare i poteri cognitivi dal giudice, negandogli la possibilità di rivalutare d’ufficio le dichiarazioni il cui significato probatorio non fosse oggetto di specifici motivi di impugnazione ad opera della parte⁴⁰.

Parallelamente al riaprirsi di tale dibattito dottrinale, com’era preventivabile, «non sono mancati contrasti nella giurisprudenza italiana»⁴¹ di legittimità, la quale, superando il consolidato indirizzo che si limitava a richiedere una motivazione rafforzata per giustificare una condanna in appello⁴², ha tentato di adeguarsi all’orientamento seguito dalla Corte di Strasburgo, affermando che il giudice di appello che non intenda uniformarsi alla valutazione effettuata in primo grado debba disporre la rinnovazione dell’istruzione dibattimentale così da procedere alla riescusione dei testimoni⁴³, in alcuni

conforme: è, infatti, lessicalmente e logicamente sostenibile – in via interpretativa – che si integri una situazione di non decidibilità allo stato degli atti e quindi la necessità di rinnovare la prova dichiarativa ogni qual volta il giudice d’appello, investito di un’impugnazione sulla sentenza di assoluzione, ritenga la prova dichiarativa decisiva per la decisione, in quanto può concorrere a determinarla» (ivi, p. 262).

⁴⁰ Tale era la proposta di A. CAPONE, *Dopo Dan c. Moldavia. Per un processo di parti nell’appello penale*, cit., p. 1016, per cui, piuttosto che imporre la rinnovazione istruttoria, anche integrale, in sede di giudizio d’appello, il «miglior modo di venire incontro alla giurisprudenza europea è, più semplicemente, quello di inibire al giudice di appello una riconsiderazione *ex officio* dell’attendibilità dei testimoni» (ivi, p. 1016). Secondo l’Autore l’appello concepito in tal guisa «è del tutto compatibile con il sistema accusatorio, nella misura in cui non tradisce la centralità dell’accertamento effettuato in primo grado, di cui in linea di massima *tende a conservare gli esiti, ed è guidato, nelle fasi successive, dalla contesa delle parti* [corsivo nostro]» (ivi, p. 1026).

⁴¹ G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Milano, 2017, p. 202.

⁴² La giurisprudenza di legittimità si muoveva nel solco di tale orientamento, soprattutto posteriormente a C. cost., sent. 24 gennaio 2007 n. 26, cit., p. 221 ss., la quale aveva affermato l’illegittimità costituzionale della l. 20 febbraio 2006 n. 46 (v. *supra*, nota 31). Per tale indirizzo interpretativo, v. Cass., sez. VI, 26 ottobre 2011, Abbate ed altro, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 205, che ha considerato «illegittima la sentenza d’appello che, in riforma di quella assolutoria, condanni l’imputato sulla base di un’alternativa, e non maggiormente persuasiva, interpretazione del medesimo compendio probatorio utilizzato nel primo grado di giudizio, in quanto tale *inidonea a far cadere ogni ragionevole dubbio sulla colpevolezza dell’imputato* [corsivo nostro]». Per lo stesso orientamento, v., *ex multis*, Cass., sez. III, 27 novembre 2014, S., in *C.E.D. Cass.*, n. 262524; Cass., sez. I, 5 dicembre 2013, Ciaramella, in *C.E.D. Cass.*, n. 262261; Cass., sez. VI, 21 novembre 2012, G.I., in *C.E.D. Cass.*, n. 253909; Cass., sez. VI, 29 aprile 2009, T.N. ed altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 243946; Cass., sez. V, 17 ottobre 2008, Pappalardo, in *C.E.D. Cass.*, n. 242330; Cass., sez. V, 5 maggio 2008, Aleks, in *C.E.D. Cass.*, n. 241169. Già precedentemente, v. Cass., sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, in *C.E.D. Cass.*, n. 231679; Cass., sez. VI, 20 aprile 2005, Aglieri, in *C.E.D. Cass.*, n. 233083. Sull’interpretazione della Corte di cassazione, in tempi recenti, del canone dell’“oltre ogni ragionevole dubbio” in sede d’appello, v., altresì, *infra*, § 4.

⁴³ Cfr., *ex multis*, Cass., sez. III, 12 novembre 2015, P., in *C.E.D. Cass.*, n. 262978; Cass., sez. III, 24 febbraio 2015, P., in *C.E.D. Cass.*, n. 262985; Cass., sez. II, 22 dicembre 2014, Stornello, in *C.E.D. Cass.*, n. 261826; Cass., sez. V, 30 settembre 2014, Marino, in *C.E.D. Cass.*, n. 262115; Cass., sez. fer., 11 settembre 2014, Lembo, in *C.E.D. Cass.*, n. 261541; Cass., sez. III, 26 febbraio 2014, N., in *C.E.D. Cass.*, n. 260271; Cass., sez. III, 7 gennaio 2014, F., in *C.E.D. Cass.*, n. 258901; Cass., sez. 5 giugno 2013, N., in

casi sostenendo che tale regola dovesse ritenersi applicabile anche nell'ipotesi di proscioglimento a seguito di condanna⁴⁴.

Sulla scorta di un'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 603 comma 3 c.p.p.⁴⁵, in un primo momento si è affermato, dunque, da parte della giurisprudenza di legittimità maggioritaria, che il giudice d'appello, *qualora intenda riformare in peius* una sentenza di proscioglimento, debba riassumere anche *ex officio* tutte le prove dichiarative che ritiene di valutare in maniera differente, se decisive ai fini dell'eventuale condanna⁴⁶.

Si trattava di un'impostazione che – oltre ad affidarsi alla totale discrezionalità del giudice – presenta l'inconveniente di invertire in modo palese la fisiologica sequenza logico-temporale tra l'assunzione e la valutazione della prova⁴⁷: il dubbio sulla credibilità del testimone precede, *de facto*, la scelta di riascoltarlo⁴⁸, con l'effetto di valorizzare il principio di immediatezza, ma al contempo sacrificando il fondamentale requisito della imparzialità del giudice, stante la sua *prevalutazione* del compendio probatorio⁴⁹.

C.E.D. Cass., n. 256906; *Cass.*, sez. V, 5 luglio 2012, Luperi, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2195 ss. relativa alla vicenda del G8 di Genova, che, in specie, ha escluso che la mancata riassunzione delle prove dichiarative fosse censurabile, sulla base del fatto che la condanna pronunciata in sede di giudizio d'appello poggiasse su altri (e numerosi) dati probatori (quali, ad esempio, prove documentali e registrazioni di conversazioni), mancando conseguentemente il requisito della "decisività" delle dichiarazioni in questione. Sull'evoluzione della giurisprudenza, antecedentemente alla nota sentenza Dasgupta, v., per tutti, V. AIUTI, *L'art. 603 c.p.p. dopo Dan c. Moldavia: un casebook*, cit., p. 1002 ss.; R. CANTONE, *La reformatio in peius in appello di una sentenza di assoluzione: i limiti imposti dalla Cassazione*, in *Arch. n. proc. pen.* 2013, IV, p. 456 ss.

⁴⁴ Cfr., *in primis*, *Cass.*, sez. II, 24 aprile 2014, Pipino, in *Giur. it.*, 2014, p. 2590 ss, con nota di G. SPANGHER, *Riforma in appello (proscioglimento vs. condanna) e principio di immediatezza*. Per lo stesso orientamento, v. *Cass.*, sez. III, 9 luglio 2013, n. 42344, Polimeno, in *C.E.D. Cass.*, n. 256856. *Contra* tale impostazione, invece, v. *Cass.*, sez. VI, 23 settembre 2014, Mihasi, in *C.E.D. Cass.*, n. 260623.

⁴⁵ Poiché la Corte di Strasburgo, «analizzando *a posteriori* casi processuali patologici, ossia condanne pronunciate sulle carte, ha reputato iniqui giudizi nei quali la condanna era intervenuta, in appello, sulla base di una rivalutazione cartolare della prova orale escussa davanti ai giudici di primo grado, a prescindere dalla circostanza che una sua rinnovazione fosse stata richiesta o meno da qualcuna delle parti» (P. BRONZO, *La nuova ipotesi di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello*, cit., p. 414).

⁴⁶ In tal senso, già *Cass.*, sez. V, 5 luglio 2012, Luperi, cit., p. 2195 ss. Più recentemente, v. altresì *Cass.*, sez. V, 15 novembre 2016, Vizza, in *C.E.D. Cass.*, n. 269073.

⁴⁷ Su cui, v. *supra*, cap. II, § 3.

⁴⁸ Cfr. S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della Cedu*, in *Dir. pen. cont.*, cit., p. 262, che opportunamente evidenzia: «è facilmente prevedibile che i giudici d'appello, comprensibilmente attenti alle esigenze di efficienza della giurisdizione, siano portati a sacrificare l'ortodossia delle cadenze del procedimento probatorio rinnovando l'istruttoria esclusivamente nei casi in cui valutino dotata di preliminarità fondatazza l'ipotesi ricostruttiva del pubblico ministero non accolta dalla sentenza di primo grado, così anticipando indebitamente – se pur non *expressis verbis* ovviamente – una valutazione estranea al momento ammissivo della prova». Dello stesso orientamento, anche V. AIUTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il libero convincimento del giudice d'appello*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3971.

⁴⁹ Come rileva A. CAPONE, *La riassunzione delle prove dichiarativa e la riforma della decisione in appello*, cit., p. 7. Nello stesso senso, v. anche ID., *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, cit., p. 57 ss.; ID., *Dopo Dan c. Moldavia. Per un processo di parti in appello*, cit., p. 1010-1011; V. AIUTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il libero convincimento del giudice d'appello*, cit., p. 3973-3974; P.

In quest'ottica, meno problematica risultava, naturalmente, l'ipotesi in cui l'attendibilità della testimonianza decisiva fosse invece oggetto del motivo di gravame.

Non può dirsi, peraltro, vi fosse uniformità di opinioni, in seno alla Corte di cassazione, in merito all'estensione dell'obbligo di disporre la rinnovazione istruttoria nell'ipotesi di condanna irrogata per la prima volta in appello, dovuta alla diversa valutazione delle prove dichiarative ad opera del giudice di seconde cure: ad un orientamento estensivo⁵⁰, se ne affiancava un altro, prevalente, che riteneva che la rinnovazione non fosse necessaria nel caso in cui l'*overturning* sfavorevole in appello fosse dovuto non alla diversa valutazione della credibilità del dichiarante (cosiddetta "attendibilità intrinseca")⁵¹, ma ad una diversa valutazione del compendio probatorio ("attendibilità estrinseca")⁵², di per sé sufficiente a giustificare una decisione di condanna⁵³.

Nei confronti di tale seconda impostazione della giurisprudenza, tesa a distinguere tra le ipotesi in cui assumesse rilievo la sola dichiarazione diversamente valutata ovvero

BRONZO, *La nuova ipotesi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello*, cit., p. 415; A. PASTA, *Il disagio dell'interprete innanzi alle norme Cedu*, cit., p. 230 ss. Sulla «neutralità metodologica del giudice», v. G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 145 ss.

⁵⁰ Il quale non distingueva tra i casi in cui il diverso apprezzamento dell'attendibilità della prova dichiarativa da parte del giudice di appello fosse ascrivibile ad elementi cosiddetti "intrinseci" ovvero "estrinseci": cfr., per tale orientamento, Cass., sez. III, 26 febbraio 2014, N.A.A., in *C.E.D. Cass.*, n. 260271; Cass., sez. III, 7 gennaio 2014, F.R., in *Giust. pen.*, 2015, III, p. 100; Cass., sez. fer., 11 settembre 2014, Lembo, in *C.E.D. Cass.*, n. 261541.

⁵¹ ... «ipotesi in relazione alle quali la giurisprudenza convenzionale sul *direct assesment* della prova nei giudizi impugnatori di merito si è sviluppata», in cui, cioè, il giudice di seconde cure apprezza differentemente il «*dictum*, considerato in sé, per puntualità, coerenza, esattezza (attendibilità intrinseca oggettiva), tenendo conto altresì del locutore, della sua figura morale o della *performance* testimoniale (attendibilità intrinseca soggettiva). Si tratta di apprezzamenti che si nutrono dall'osservazione dei c.d. 'tratti prosodici del discorso'», inevitabilmente perduti con la verbalizzazione (P. BRONZO, *La nuova ipotesi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello*, cit., p. 418).

⁵² ... in altre parole, le ipotesi in cui «le ragioni del diverso apprezzamento ... non afferiscano alla prova dichiarativa in sé, bensì dipendano da un diverso approccio valutativo agli elementi di prova che vi fanno da contorno» (S. CIAMPI, sub *art. 603 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 3292).

⁵³ Per tale orientamento restrittivo, v. Cass., sez. II, 22 settembre 2015, G.D., in *C.E.D. Cass.*, n. 264682; Cass. sez. V, 12 febbraio 2014, Sirsi, in *C.E.D. Cass.*, n. 259843; Cass., sez. IV, 8 novembre 2013, S.A. ed altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 259127; Cass., sez. V, 16 ottobre 2013, C.A. ed altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 258945; Cass., sez. VI, 26 febbraio 2013, C.M. e M.G., in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 191 ss., con nota (critica) di V. COMI, *Riforma in appello di una sentenza assolutoria e obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale*; Cass., sez. V, 11 gennaio 2013, Cava ed altri, in *Giust. pen.*, 2013, III, p. 541 ss. Si segnala, inoltre, quale ancora differente orientamento, Cass., sez. II, 17 luglio 2013, M.G., in *Cass. pen.*, 2014, p. 1750 ss., che invece ha considerato conforme all'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia, l'ipotesi in cui il giudice d'appello condanni l'imputato in seguito a decisione di proscioglimento emessa in primo grado senza procedere alla rinnovazione, non limitandosi, per l'*overturning* sfavorevole, ad una valutazione fattuale alternativa delle dichiarazioni assunte dinanzi al primo giudice, ma prendendo in considerazione prove non considerate o ritenute erroneamente inutilizzabili e facendo ricorso alle prove testimoniali solo ai fini di un riscontro, rafforzato, a dati oggettivi.

il differente peso attribuito agli altri elementi della piattaforma gnoseologica ai fini della decisione, si appuntavano, peraltro, vivaci critiche della dottrina, che ne rilevava l'erroneità sulla base dell'argomentazione che «il credito attribuibile a una testimonianza deriva ... da una valutazione unitaria, nel cui ambito il riscontro esterno non è che un particolare aspetto del controllo di attendibilità intrinseca»⁵⁴.

3. L'intervento delle sezioni unite e le scelte del legislatore.

Come noto, l'effetto dei perduranti contrasti in materia è stato quello di determinare un primo intervento delle sezioni unite della Corte di cassazione⁵⁵, le quali hanno sconfessato l'indirizzo più restrittivo seguito dalla giurisprudenza di legittimità, non distinguendo in base agli elementi diversamente valutati dal giudice, ma che hanno reputato necessaria, ai fini di un adeguamento alla disciplina convenzionale, la rinnovazione istruttoria solo nel caso di condanna a seguito di assoluzione emessa in primo grado. Le sezioni unite hanno però ancorato l'obbligo di rinnovazione istruttoria non *all'intenzione* del giudice di riformare *in peius* la decisione censurata, ma – più obiettivamente – all'appello del pubblico ministero della sentenza di assoluzione emessa in primo grado⁵⁶.

Tale approccio interpretativo è stato poi recepito dal legislatore⁵⁷, intervenuto in materia con l. 23 giugno 2017 n. 103 (cosiddetta “legge Orlando”), il quale ha valorizzato

⁵⁴ P. BRONZO, *Condanna in appello e rinnovazione della prova dichiarativa*, cit., p. 9-10. Dello stesso tenore le considerazioni di V. AIUTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il libero convincimento del giudice d'appello*, cit., p. 3972; ID., *L'art. 603 c.p.p. dopo Dan c. Moldavia: un casebook*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1007; S. BELLINO – V. DI MASI, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello. CEDU e Cassazione a confronto*, in *La prova nel giudizio di appello*, a cura di L. Iandolo, Torino, 2014, p. 108.

⁵⁵ Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta, in *Cass. pen.*, 2016 p. 3203 ss., Su cui, *ex plurimis*, v. V. AIUTI, *Poteri d'ufficio della Cassazione e diritto all'equo processo*, *ivi*, 2016, p. 3214 ss.; ID., *L'art. 603 c.p.p. dopo Dan c. Moldavia: un casebook*, cit., p. 1002 ss.; A. CAPONE, *Prova in appello: un difficile bilanciamento*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, p. 52 ss.; E. LORENZETTO, *Reformatio in peius in appello e processo equo (art. 6 Cedu): fisiologia e patologia secondo le Sezioni unite*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2016, consultabile al sito www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso 12 settembre 2019); L. PALMIERI, *Oralità e immediatezza nel giudizio di appello: una riforma solo annunciata*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, VIII, p. 1077 ss.; S. TESORIERO, *Luci e ombre della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello per il presunto innocente*, in *Giust. pen.*, 2017, III, p. 79 ss. Sul tema, v. *infra*, § 4 e 5.

⁵⁶ Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta, cit., p. 3205 ss. Sul punto, v., per tutti, A. CAPONE, *Prova in appello: un difficile bilanciamento*, cit., p. 60-61.

⁵⁷ ... il quale accogliendo, «in linea di massima [...] le ragioni dell'orientamento dottrinale più estensivo ... una volta tanto, si è mosso per tempo» (A. CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione*

il canone dell'immediatezza nel giudizio di appello, al contempo confermandone però la funzione, diretta ad un controllo critico della decisione impugnata⁵⁸.

Presupposto per l'applicazione del nuovo art. 603 comma 3-*bis* c.p.p. («nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale»), infatti, dal punto di vista “oggettivo”, è che in primo grado sia stata pronunciata sentenza di proscioglimento⁵⁹ e, dal punto di vista “soggettivo”, che essa sia stata impugnata dal pubblico ministero⁶⁰. Ulteriore *condicio* perché scatti l'obbligo di procedere alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale è che l'atto di appello del

istruttoria, cit., p. 60), o quantomeno «giusto in tempo» (P. BRONZO, *La nuova ipotesi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello*, cit., p. 413), vista la condanna nei confronti del nostro Paese cui è pervenuta, appena antecedentemente, C. eur. dir. uomo, sez. I, sent. 29 giugno 2017, *Lorefice c. Italia*. Il legislatore ha recepito l'esito dei lavori della cosiddetta “commissione Canzio”: cfr. *Commissione ministeriale per il processo penale. Relazione conclusiva*, in *Dir. pen. cont.*, 27 ottobre 2014, consultabile all'indirizzo www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso 22 agosto 2019). Peraltro – come rileva M. BARGIS, *Primi rilievi sulla proposta di modifica in materia di impugnazioni nel recente d.d.l. governativo*, in *Dir. pen. cont.*, Riv. trim., 2015, I, p. 10-11 –, l'idea di limitare la necessità di procedere alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nei soli casi in cui oggetto di rivalutazione del giudice di seconde cure fosse l'“attendibilità intrinseca”, pur se non recepita dal legislatore, era stata inizialmente accolta nel corso dei lavori preparatori. In prospettiva fortemente critica della riforma, v. M. CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*, in *Dir. pen. cont.*, Riv. trim., 2017, III, p. 172, il quale, in merito al recepimento ad opera del legislatore dell'orientamento seguito dalle sezioni unite nota che «oggi, la linea di confine tra le due funzioni [del legislatore e del giudice] è spesso difficile da scorgere, e non deve dunque stupire che il giudice crei la norma con la sentenza, nell'attesa che il legislatore la ‘applichi’ scrivendola nel codice». Sul punto, v. anche, nello stesso senso, G. DUCOLI, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello dopo la riforma Orlando. Verso un “secondo-primo” giudizio di merito*, cit., p. 7, che asserisce: «il ‘legislatore-giudice’ codifica le regole del ‘giudice-legislatore’»; E. LORENZETTO, *Processo penale e legge n. 103 del 2017: la riforma che non c'è*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, VI, p. 1068, dove l'Autrice rileva – più in generale – che la riforma sia simbolo di un modo di procedere da «‘legislatore-giudice’, perché proprio colui che è chiamato a forgiare il sistema e a rinnovarlo, ove occorre, nelle sue assi portanti, predilige il metodo atomistico e pragmatico di chi il diritto lo applica, dettando previsioni che altro non fanno se non recepire, specificare o, all'opposto, contraddire l'esegesi già maturata tra i giudici dei casi concreti» e che, comunque, al riguardo «non manc[hi]no nodi esegetici» (*ivi*, p. 1080).

⁵⁸ Poiché – come nota P. BRONZO, *La nuova ipotesi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello*, cit., p. 415 –, viene confermata la natura cartolare dell'appello e la modifica ha invece ad oggetto una «fattispecie alquanto circoscritta». Fa riferimento al «carattere circoscritto dell'area d'impatto della fattispecie normativa» anche S. CIAMPI, sub *art. 603 c.p.p.*, cit., p. 3308. Nello stesso senso, v., altresì, A. MACCHIA, *L'assetto del giudizio di appello dopo le riforme*, in *Dir. pen. cont.*, Riv. trim., 2018, XI, p. 23 ss.; G. SPANGHER, *Il “nuovo” giudizio di appello*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, X, p. 1329.

⁵⁹ Secondo A. CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, cit., p. 62, «per ‘sentenza di proscioglimento’ è ragionevole supporre debba intendersi il provvedimento integralmente liberatorio, cioè quello pronunciato con una delle formule di cui agli art. 529-531 c.p.p., ma anche, nei casi di processo soggettivamente cumulativo, la pronuncia relativa ad un solo capo d'imputazione, indipendentemente dall'eventuale condanna sul resto».

⁶⁰ ... presupposti, però, «che mal si conciliano con la logica paritaria e omologante che permea il tessuto normativo dell'art. 603 c.p.p. (se si eccettua l'ormai abrogato c[omma] 4)»: S. CIAMPI, sub *art. 603 c.p.p.*, cit., p. 3286.

pubblico ministero abbia preso di mira proprio la «valutazione di una prova dichiarativa»⁶¹ e contenga dei motivi diretti a censurarla⁶².

L'ipotesi della rinnovazione istruttoria, peraltro, andrebbe estesa – ai sensi di un'interpretazione convenzionalmente orientata almeno dell'art. 603 comma 3 c.p.p., se si consideri la rigidità del dato letterale dell'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p. – anche al caso in cui vi sia stata pronuncia di condanna in sede di primo grado, ma il pubblico ministero l'abbia impugnata per chiedere una condanna ancor più severa⁶³, nelle (limitate) ipotesi in cui ciò sia possibile⁶⁴; la Corte di Strasburgo, infatti, si è già pronunciata in tal senso⁶⁵.

Restano sicuramente fuori dall'ambito di applicazione della obbligatoria rinnovazione istruttoria, quindi, tutte le ipotesi in cui sia l'imputato ad appellare la sentenza di primo grado, sia di proscioglimento che di condanna, in tal caso rimanendo l'obbligo di disporre la rinnovazione della prova dichiarativa ancorato all'ordinario presupposto della “non decidibilità allo stato degli atti” di cui all'art. 603 comma 1 c.p.p.⁶⁶.

⁶¹ Sul punto, v. M. BARGIS, *I ritocchi alle modifiche in tema di impugnazioni nel testo del d.d.l. n. 2798 approvato dalla Camera dei Deputati*, cit., p. 6, per cui «il richiamo alla valutazione in genere della prova dichiarativa dovrebbe condurre al superamento del criterio della sola valutazione di attendibilità intrinseca di una simile prova adottato da una parte della giurisprudenza di legittimità alla stregua di presupposto della rinnovazione». Su tale orientamento, v. *supra*, § 2, nota 53. Al riguardo, v. altresì le conclusioni di P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, cit., p. 1268, secondo cui «la rinnovazione si impone sia che la diversa valutazione riguardi l'attendibilità del testimone, sia che attenga all'interpretazione, al significato delle sue parole, ossia a ciò che ha inteso dire, sia ancora che concerna altri elementi di contorno, ritenuti dai diversi giudici ora in sintonia ora in opposizione con la testimonianza». Sarebbe invece differente l'ipotesi in cui il giudice di seconde cure «diverga [esclusivamente] sulle inferenze che dalla deposizione si possono trarre rispetto ad altri fatti (sia sul fatto principale sia su fatti secondari). Qui la diversa valutazione non riguarda la prova dichiarativa, ma l'inferenza di tipo critico indiziario che collega la prova dichiarativa, ormai valutata e assunta come provata, con altri fatti da provare» (ivi, p. 1268). Dello stesso orientamento P. BRONZO, *La nuova ipotesi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello*, cit., p. 418-419-420.

⁶² In tal senso, v. A. MARANDOLA, *Prime riflessioni sul “nuovo” giudizio d'appello*, in *Dir. pen. cont.*, Riv. trim., 2018, II, p. 171. Sul punto, v. anche P. BRONZO, *La nuova ipotesi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello*, cit., p. 420; A. CAPONE, *La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello*, cit., p. 8.

⁶³ A. CAPONE, *La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello*, cit., p. 7. Dello stesso avviso S. TESORIERO, *Riforma della sentenza e riapertura dell'istruttoria in appello*, in *Arch. pen.*, 2017, II, p. 25, per cui, se così non fosse, tale lacuna «esporrebbe ... la disciplina “specificata” introdotta dal nuovo art. 603 comma 3 bis c.p.p. ad una questione di costituzionalità nella parte in cui non prevede l'obbligo di rinnovazione anche per le ipotesi di *reformatio in peius*, fondate su una rivalutazione della prova dichiarativa decisiva, diverse dalla riforma della sentenza di proscioglimento».

⁶⁴ Sulle limitazioni ai casi di appello del pubblico ministero avverso la sentenza di condanna pronunciata in primo grado, v. M. CERESA-GASTALDO, *Appello (dir. proc. pen.)*, cit., p. 23.

⁶⁵ C. eur. dir. uomo, sez. IV, 4 ottobre 2016, *Torja c. Romania*, § 45-52, su cui v. S. TESORIERO, *Riforma della sentenza e riapertura dell'istruttoria in appello*, cit., p. 17 ss.

⁶⁶ Cfr., da ultima, Cass., sez. un., 21 dicembre 2017, *Troise*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, I, p. 274 ss., con nota (critica) di A. CAPONE, *Appello dell'imputato contro la condanna. Le Sezioni Unite negano*

Contrariamente a quanto previsto dall'art. 603 commi 1-2 c.p.p., non si ritiene necessaria, invece, la specifica richiesta di parte a procedere alla rinnovazione istruttoria, quindi nel caso in cui il pubblico ministero critichi la valutazione della prova dichiarativa, ma non chieda la rinnovazione, il giudice è tenuto a disporla *ex officio*⁶⁷.

La modifica del legislatore non è intervenuta, invece, in ordine alle conseguenze prospettabili nell'evenienza in cui il giudice, pur ricorrendone i presupposti, non disponga la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale.

Le sezioni unite della Corte di cassazione, ritenendo che fosse necessario un rimedio, al fine di evitare condanne da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti del nostro Paese⁶⁸, hanno sostenuto – *prima* dell'intervento del legislatore in materia – che in tal caso si configuri un vizio di motivazione deducibile in cassazione ai sensi dell'art. 606 comma 1 lett. e c.p.p.⁶⁹.

In dottrina, però, si è fatto notare che tale vizio sia difficilmente equiparabile ad una motivazione mancante, contraddittoria o manifestamente illogica⁷⁰, posto che esso si sostanzia invece nell'inosservanza di un dovere processuale⁷¹, il quale è il «presupposto del giudizio, non necessariamente il suo esito»⁷²; in seconda battuta, le sezioni unite

l'obbligo di rinnovazione istruttoria, *ivi*, p. 288 ss. Sul punto, v. anche P. BRONZO, *La nuova ipotesi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello*, cit., p. 414; M. CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*, cit., p. 7.

⁶⁷ In tal senso, v. A. CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, cit., p. 65, per cui tale interpretazione sarebbe rafforzata dal fatto che «si tratt[i] di una struttura disciplinare inconsueta, che, tenendo conto delle indicazioni della giurisprudenza di Strasburgo, affida alla parte l'enunciazione dei motivi, ma obbliga il giudice a supplire all'eventuale carenza della richiesta». Sul punto, v. P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, cit., p. 1268, che si chiede: in caso di mancata richiesta di rinnovazione istruttoria, «l'appello dovrà ritenersi inammissibile ai sensi del nuovo testo dell'art. 581, lett. c), c.p.p. che, a pena di inammissibilità, esige l'enunciazione specifica delle 'richieste anche istruttorie'? A stretto rigore sì, ma la circostanza che il giudice sia autorizzato a disporre d'ufficio la rinnovazione può favorire la risposta negativa».

⁶⁸ A. CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, cit., p. 75.

⁶⁹ Cass., sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, cit., p. 3210.

⁷⁰ Secondo l'interpretazione delle sezioni unite della Corte di cassazione, «la patologia, quindi, si rifletterebbe sulla motivazione perché questa sarebbe illogica nella misura in cui, se non si è riassunta la prova orale, il giudice non sarebbe in grado di giustificare il verdetto di condanna oltre ogni ragionevole dubbio» (B. NACAR, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello: dubbi applicativi e questioni di legittimità costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, III, p. 322). Sul punto, v. *infra*, § 4.

⁷¹ V. AIUTI, *Poteri d'ufficio della Cassazione e diritto all'equo processo*, in *Cass. pen.*, 2016, IX, p. 3224 ss.; B. NACAR, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello: dubbi applicativi e questioni di legittimità costituzionale*, cit., p. 332; S. TESORIERO, *Luci e ombre della rinnovazione istruttoria in appello per il presunto innocente*, cit., p. 111.

⁷² A. CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, cit., p. 75. In altre parole, come rileva, M. CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*, cit., p. 167, una motivazione «può essere logica anche se non si è rinnovata l'istruttoria ed illogica quando si è rinnovata la prova».

hanno ritenuto che nel ricorso alla Corte di cassazione, per permetterle di prendere cognizione del vizio, non sia richiesto uno specifico riferimento alla mancata rinnovazione, poiché basterebbe una generica denuncia di eventuali errori nella valutazione delle prove, ma – trattandosi di giudizio di legittimità – ciò di regola comporterebbe l'inammissibilità del ricorso⁷³.

Ad ogni modo, l'unica via prospettabile sembrerebbe quella di seguire l'interpretazione delle sezioni unite della Corte di cassazione, stante la mancanza di indicazioni al riguardo ad opera del legislatore⁷⁴.

Va segnalato, a tal proposito, che di recente le sezioni unite della Corte di cassazione abbiano invece distinto in base al fatto che il vizio si sia configurato nella vigenza della precedente normativa, con ciò prospettando un difetto di motivazione, ed il caso in cui la decisione impugnata sia emessa successivamente all'entrata in vigore del novellato art. 603 comma 3-*bis* c.p.p.

In tale seconda eventualità, le sezioni unite ritengono che non si configuri un vizio di motivazione, poiché «è la legge che stabilisce l'obbligo, per il giudice di appello, di rinnovare l'istruttoria dibattimentale, obbligo che, se non rispettato, determina una violazione sostanziale del diritto al contraddittorio e, quindi, del diritto di difesa, sanzionata dalla nullità di ordine generale non assoluta, prevista dal combinato disposto

⁷³ A. CAPONE, *Prova in appello: un difficile bilanciamento*, cit., p. 63. Nel medesimo senso, v. S. TESORIERO, *Luci e ombre della rinnovazione istruttoria in appello per il presunto innocente*, cit., p. 112.

⁷⁴ Optano per tale soluzione, V. AIUTI, *Obbligo di rinnovazione e prova dichiarativa (comma 58 l. n. 103/2017)*, in *La riforma della giustizia penale*, a cura di A. Marandola – T. Bene, Milano, 2017, p. 263; A. CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, cit., p. 75. Sul punto, v. le riflessioni di M. CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*, cit., p. 167, secondo cui «l'ipotesi che forse, per assimilazione, più si avvicina» a tale fattispecie «è quella che la lett. d) dell'art. 606 c.p.p. dedica alla mancata assunzione di una prova decisiva: ma si tratta, all'evidenza, di una fattispecie inestensibile al caso in questione, visto il chiaro perimetro applicativo della disposizione, circoscritto alle sole ipotesi di controprova richiesta dalla parte, nei casi previsti dall'art. 495, comma 2 c.p.p. Probabilmente, è proprio qui che potrebbe utilmente intervenire il legislatore (che invece mantiene sul tema il più assoluto silenzio), interpolando la disposizione per renderla applicabile al caso della violazione dell'obbligo di rinnovazione istruttoria». Per un diverso parere, v. B. NACAR, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello: dubbi applicativi e questioni di legittimità costituzionale*, cit., p. 323, la quale sostiene che, stante il rinvio operato dall'art. 598 c.p.p. alle disposizioni che disciplinano il giudizio di primo grado, in quanto compatibili, «se la sanzione deve essere collegata all'atto o all'attività svolta in spregio del dettato codicistico, è palese che l'illegittimità va[da] individuata nel comportamento inerte dell'organo giudicante. In questo senso, dunque, appare più razionale e più coerente rispetto al sistema – anche per ragioni di simmetria fra i due giudizi – rinvenire la nullità della sentenza nel comma 2 dell'art. 525 c.p.p., norma che dovrebbe performare ogni processo di merito». In tal modo – ritiene l'Autrice –, «ric conducendo il vizio nella previsione della lett. c) dell'art. 606 c.p.p., la soluzione qui avanzata avrebbe ... l'indiscutibile vantaggio che la nullità potrebbe essere rilevata d'ufficio dal giudice della cassazione, indipendentemente dalla esistenza di un motivo di doglianza specifico sul punto; a condizione, ovviamente, che sia stata presentata una impugnazione ammissibile» (*ivi*, p. 323). Sull'art. 525 comma 2 c.p.p., v., ampiamente, *supra*, cap. III. Sul punto, v. anche *infra*, § 6, in particolare nota 157.

degli artt. 178 lett. c) e 180 cod. proc. pen. Di conseguenza, il ricorrente deve impugnare la sentenza ai sensi dell'art. 606 lett. c) cod. proc. pen. e cioè per inosservanza di una norma processuale stabilita a pena di nullità»⁷⁵.

In conclusione, il regime differenziato introdotto dalla l. 23 giugno 2017 n. 103 – peraltro singolarmente speculare a quello delineato dalla l. 20 febbraio 2006 n. 46 (cosiddetta “legge Pecorella”) anni prima⁷⁶ – è in grado di suscitare alcuni dubbi interpretativi, ma soprattutto sistematici⁷⁷, stante la rigidità, forse eccessiva, del dato letterale⁷⁸.

Peraltro, va precisato che, anche dopo l'avvenuta introduzione dell'art. 603 comma 3-bis c.p.p., le sezioni unite della Corte di cassazione hanno ribadito che, nonostante la mancanza di ulteriori precisazioni sul punto da parte del legislatore, debba ritenersi che «il giudice di appello sia obbligato ad assumere non tutte le prove dichiarative, ma solo quelle che – secondo le ragioni puntualmente e specificamente prospettate nell'atto di impugnazione del pubblico ministero – siano state oggetto di erronea valutazione da parte del giudice di primo grado e vengano considerate *decisive ai fini dello scioglimento dell'alternativa 'proscioglimento-condanna'* [corsivo nostro]»⁷⁹.

⁷⁵ Cass., sez. un., 28 gennaio 2019, Pavan Devis, in *Arch. pen. web*, consultabile all'indirizzo www.archiviopenale.it (ultimo accesso 6 settembre 2019), p. 24, la quale è giunta a tale conclusione pronunciandosi in merito all'applicabilità dell'art. 603 comma 3-bis c.p.p. alla categoria dell'*expert witness*. Su tale pronuncia delle sezioni unite della Corte di cassazione, nello specifico, v. *infra*, § 6.

⁷⁶ ... «allora l'appello avverso le sentenze di proscioglimento venne abolito; ora tende a instaurare un nuovo giudizio di primo grado» (A. CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, cit., p. 62). Sulla l. 20 febbraio 2006 n. 46, v. *supra*, nota 31.

⁷⁷ Sul punto, v. *infra*, § 5 e 6.

⁷⁸ Il tema esula da quanto trattato nel seguente lavoro, ma si segnala – seppur rapidamente – che uno dei maggiori dubbi sistematici prospettati da parte della dottrina, riguardanti il mero dato letterale dell'art. 603 comma 3-bis c.p.p., concerne il fatto che la norma sembrasse introdurre un generale ed incondizionato diritto alla integrale rinnovazione istruttoria in capo al pubblico ministero in caso di appello avverso una sentenza di proscioglimento, con ciò introducendo una possibile disparità di trattamento nei confronti dell'imputato, alla luce soprattutto dell'art. 603 commi 1-2 c.p.p., *come interpretati dalla giurisprudenza*, la quale ritiene che la mera ritrattazione non sia configurabile come “prova nuova”, ai fini della rinnovazione istruttoria in appello. Su tale rigorosa interpretazione della giurisprudenza, v., più specificamente, S. CIAMPI, sub *art. 603*, in *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 3259. Per il menzionato dibattito sorto in seno alla dottrina, v., invece, con diverse posizioni, V. AIUTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il libero convincimento del giudice di appello*, cit., p. 3980; P. BRONZO, *La nuova ipotesi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello*, cit., p. 417; A. CAPONE, *La riassunzione delle prove dichiarative e riforma della decisione in appello*, cit., p. 9; ID., *Prova in appello: un difficile bilanciamento*, cit., p. 57; M. CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*, cit., p. 167-168; A. MARANDOLA, *Un anno di riforma Orlando. Tra prime applicazioni e qualche ripensamento*, in www.ilpenalista.it, 3 agosto 2018, (ultimo accesso 28 agosto 2019); S. TESORIERO, *Riforma della sentenza e riapertura dell'istruttoria in appello*, cit., p. 25.

⁷⁹ Cass., sez. un., 21 dicembre 2017, Troise, cit., p. 286. In tale occasione, le sezioni unite della Corte di cassazione hanno anche chiarito che in caso di appello avverso la sentenza di proscioglimento (come

4. Rinnovazione istruttoria e giudizio di appello: garanzia del principio di immediatezza o del canone dell'«oltre ogni ragionevole dubbio»?

Questione di precipua importanza, per l'interpretazione della disciplina, è che il mutamento di esegesi dell'art. 603 comma 3 c.p.p. da parte della giurisprudenza, poi successivamente recepito dal legislatore nella redazione dell'art. 603 comma 3-bis c.p.p., ha visto e vede la sua affermazione basarsi sull'argomentazione piuttosto “eccentrica” – ed unanime nella lettura delle sezioni unite – che solo la condanna richieda una soglia di convincimento «oltre ogni ragionevole dubbio»⁸⁰.

Tale soglia sarebbe superabile soltanto tramite il metodo epistemologicamente più affidabile di cui il rito penale può disporre: il contraddittorio in connubio con i criteri dell'immediatezza e dell'oralità, posto che senza tali garanzie epistemiche non potrebbe superarsi la presunzione di innocenza, “rafforzata” dalla decisione di proscioglimento in primo grado. Viceversa, il proscioglimento in sede di giudizio di secondo grado può essere giustificato tramite una mera rivalutazione dei verbali⁸¹.

peraltro per ogni atto di appello), «il pubblico ministero [sia] tenuto a rispettare i requisiti di specificità richiesti dall'art. 581 c.p.p., criticando gli errori commessi dal giudice di primo grado nella valutazione della prova dichiarativa e motivando in modo adeguato le proprie richieste, anche istruttorie, al secondo giudice» (*ivi*, p. 285). Dunque, l'ambito di operatività dell'obbligo di cui all'art. 603 comma 3-bis c.p.p. è circoscritto alla «fonte la cui dichiarazione sia oggetto di una specifica censura da parte del pubblico ministero attraverso la richiesta di una nuova valutazione ... operando poi, nel caso in cui a seguito di tale rinnovazione dovesse apparire ‘assolutamente necessario’ lo svolgimento di ulteriore attività istruttoria», ai sensi dell'art. 603 comma 3 c.p.p. (*ivi*, p. 286).

⁸⁰ Va precisato che non si vuole mettere in dubbio la valenza della regola dell'«oltre ogni ragionevole dubbio» ai fini della sola sentenza di condanna, ma la sua pertinenza al tema in oggetto.

⁸¹ Tale è, notoriamente, la posizione di Cass., sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, cit., p. 3209 ss., che ha affermato che, in sede d'appello, conseguente a un'impugnazione del pubblico ministero avverso il proscioglimento emesso in primo grado, qualora il giudice emetta una sentenza di condanna valutando diversamente le prove dichiarative ritenute decisive a tal fine, senza procedere ad una nuova escussione dei testi, tale decisione è affetta da vizio motivazionale, appunto, per violazione del canone di cui all'art. 533 comma 1 c.p.p. (v. *supra*, § 3). «Pur senza fare specifico riferimento alla Cedu» (R. CASIRAGHI, sub *art. 6*, cit., p. 228), in tale occasione le sezioni unite hanno dunque concluso che, ove la sentenza sia oggetto di ricorso dell'imputato, che ne censuri la motivazione relativamente alla valutazione delle prove dichiarative decisive, la Corte è tenuta ad annullarla con rinvio; lo stesso in caso di riforma della sentenza ai soli fini civili e in caso di appello contro la sentenza emessa a seguito di giudizio abbreviato (su cui v. anche *infra*, § 5). Tali argomentazioni sono poi state riprese anche da Cass., sez. un., 29 gennaio 2017, Patalano, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2666 ss., con nota di R. APRATI, *Overturning sfavorevole in appello e mancanza del riesame*, *ivi*, 2017, p. 2672 ss. In tale pronuncia le sezioni unite hanno ribadito che «la regola dell'“oltre ogni ragionevole dubbio” pretend[a] ... percorsi epistemologicamente corretti» e che, dunque, debba «afferinarsi che un accertamento cartolare in grado di appello a seguito di impugnazione del pubblico ministero di sentenza di proscioglimento [sia] incompatibile con il superamento del limite del ‘ragionevole dubbio’, posto che una condanna che non si [sia] nutrita dell'oralità nell'acquisizione della base probatoria confligge con la presunzione di non colpevolezza» (*ivi*, p. 2670 e 2671). Per un commento a tale pronuncia, v., altresì, A. MACCHIA, *Linee evolutive del sistema d'appello alla luce della giurisprudenza nazionale e*

Invero, non è mancato, in seno alla giurisprudenza di legittimità, chi non ha accolto tale interpretazione, considerando obbligatorio procedere alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale anche nell'ipotesi in cui l'imputato appelli una decisione di condanna⁸². In effetti, l'impostazione seguita dalle sezioni unite della Corte di cassazione in materia, per le quali dunque sussisterebbe una «stretta correlazione, dinamica e strutturale»⁸³ tra la regola dell'«oltre ogni ragionevole dubbio» e la garanzia epistemologica del contraddittorio effettuato in connubio con l'immediatezza nell'assunzione della prova dichiarativa, suscita alcuni dubbi interpretativi, sulla base di un fondamentale rilievo sistematico.

Tali intricati nodi esegetici nascono dal fatto che – riconoscendo, opportunamente, che il principio di immediatezza non goda affatto di tutela indiscriminata nel nostro ordinamento⁸⁴ – le sezioni unite della Corte di cassazione, al fine di ribadire che la necessità di rinnovazione istruttoria sorga nel solo caso di appello instaurato avverso una sentenza di proscioglimento emessa in primo grado, pervengano alla conclusione che la *ratio* sottostante alla regola della rinnovazione non vada ricercata tanto nell'ottica della

sovranazionale, *ivi*, 2017, p. 2136 ss. Le sezioni unite fanno naturalmente riferimento all'oralità «in senso ampio», su cui v. *supra*, cap. II, § 2.

⁸² Il riferimento è a Cass., sez. II, 20 giugno 2017, Marchetta, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 93 ss., con nota di N. ROMBI, *La riforma di una sentenza di condanna esige la rinnovazione della prova dichiarativa in appello?*, cit., p. 106 ss. Sul punto, v. anche H. BELLUTA, *Oltre Dasgupta o contro Dasgupta? Alle Sezioni Unite decidere se la rinnovazione è obbligatoria anche in caso di overturning da condanna a proscioglimento*, in *Dir. pen. cont.*, 19 ottobre 2017, consultabile all'indirizzo www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso 28 agosto 2019). Sul punto, come noto, si è poi pronunciata Cass., sez. un., 21 dicembre 2017, Troise, cit., p. 274 ss., la quale, in merito all'ampiezza dell'obbligo derivante dall'art. 603 comma 3-bis c.p.p., ha ribadito, in conformità con l'orientamento seguito precedentemente dalle sezioni unite, che la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale sia obbligatoria soltanto in caso di appello del pubblico ministero nei confronti dell'imputato prosciolto; nel caso opposto essa è invece subordinata all'ordinaria valutazione del giudice di assoluta necessità di cui all'art. 603 comma 3 c.p.p. Sul punto, v. anche *supra*, § 3, nota 81. In prospettiva critica di tale pronuncia, v. A. CAPONE, *La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello*, cit., p. 8; S. TESORIERO, *Una falsa garanzia: l'obbligatoria attuazione del contraddittorio nel giudizio abbreviato d'appello*, in *Cass. pen.*, 2017, X, p. 3674 ss.

⁸³ Cass., sez. un., 29 gennaio 2017, Patalano, cit., p. 2670.

⁸⁴ Cass., sez. un., 21 dicembre 2017, Troise, cit., p. 279, per cui il principio di immediatezza, per quanto importante, «non può essere usato per modificare le caratteristiche del giudizio di appello [corsivo nostro], trasformandone la natura sostanzialmente cartolare in quella di un *novum iudicium*, con l'ulteriore rischio di un'ulteriore diluizione dei tempi processuali». D'altronde è chiaro che il principio di immediatezza, «se interpretato in modo radicale e applicato oltre i confini dell'appello, rischia di avere sul sistema un impatto destabilizzante; sono molti i casi in cui nel processo italiano, purché vi sia stata un'antecedente acquisizione in contraddittorio, si può rinunciare al contatto diretto tra il giudice e la fonte dichiarativa» (A. CAPONE, *Appello dell'imputato contro la condanna. Le Sezioni Unite negano l'obbligo di rinnovazione istruttoria*, cit., p. 291). Sul punto, v., ampiamente, le riflessioni concernenti il tema della garanzia dell'immutabilità del giudice di cui all'art. 525 comma 2 c.p.p., svolte *supra*, cap. III, in particolare § 2.

garanzia di tale canone⁸⁵, quanto, in realtà, dell'effettivo rispetto del criterio per cui la responsabilità dell'imputato vada accertata «oltre ogni ragionevole dubbio»⁸⁶.

Tale impostazione permetterebbe di affermare che esclusivamente la sentenza di proscioglimento emessa in sede di primo grado *obblighi* il giudice d'appello a disporre la rinnovazione, come sancisce l'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p., mentre, in ossequio alla tradizionale disciplina, sia semplicemente *consentito* al giudice procedere in tal senso, quando in primo grado sia stata emanata una decisione che abbia condannato l'imputato⁸⁷.

Per le sezioni unite, quindi, *solo* il metodo del contraddittorio attuato in connubio con l'immediatezza – quale metodo di acquisizione probatoria migliore di cui il processo dispone, anche in sede di giudizio d'impugnazione⁸⁸ – può giustificare una condanna che

⁸⁵ Cass., sez. un., 21 dicembre 2017, Troise, cit., p. 279-280, che infatti in tale passaggio esegetico relativo al principio di immediatezza, si richiama alle argomentazioni svolte, in riferimento al tema dell'immutabilità del giudice, da ultimo da C. cost., ord. 10 giugno 2010 n. 205, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2399, per cui, se l'immediatezza, principio connotante il codice di rito, garantisce il diritto alla prova, il «diritto della parte alla nuova audizione non è assoluto, ma 'modulabile' (entro limiti di ragionevolezza) dal legislatore». Su tale pronuncia della Consulta, v. ampiamente *supra*, cap. III, § 5 e 7. In riferimento all'incidente probatorio, invece, v. *supra*, cap. II, § 4.

⁸⁶ Cass., sez. un., 21 dicembre 2017, Troise, cit., p. 277, la quale, posto che vera *ratio* della rinnovazione in appello sarebbe quindi non tanto l'immediatezza, quanto la «garanzia costituzionale del principio della presunzione d'innocenza [che] costituisce ... il sostrato valoriale del canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio, cui sono strettamente funzionali sia la percezione diretta della prova dichiarativa nel contraddittorio tra le parti, sia il principio di immediatezza nella sua acquisizione», conclude che «la decisione assolutoria del primo giudice è sempre tale da ingenerare la presenza di un dubbio sul reale fondamento dell'accusa. *Dubbio che può ragionevolmente essere superato solo attraverso una concreta variazione della base cognitiva utilizzata dal giudice d'appello, unitamente ad una corrispondente 'forza persuasiva superiore' della relativa motivazione* [corsivo nostro]» (*ivi*, p. 286). Si noti, però, l'inversione di prospettiva: se il consolidato orientamento giurisprudenziale precedente alla riforma del 2017 (v. *supra*, § 2, note 43 e 46), «subordinava l'obbligo di rinnovazione all'*intenzione* [corsivo nostro] del giudice di appello di condannare il prosciolto in primo grado», il nuovo art. 603 comma 3-*bis* c.p.p. impone di ricollegare l'obbligo di rinnovazione all'appello del pubblico ministero, con ciò causando un mutamento di approccio da parte delle sezioni unite, le quali, ora, quando «giustificano la rinnovazione col ragionevole dubbio, non guardano più alla decisione *da emettere* in appello, bensì alla decisione *già emessa* in primo grado»: quando l'impugnazione ha ad oggetto una sentenza di proscioglimento, «occorre recuperare l'immediatezza, perché ... il proscioglimento in primo grado 'conferma la presunzione di innocenza e rafforza il peso del ragionevole dubbio'» (A. CAPONE, *Appello dell'imputato contro la condanna. Le Sezioni Unite negano l'obbligo di rinnovazione istruttoria*, cit., p. 294). Peraltro, in tempi ancora anteriori la giurisprudenza di legittimità si era già mossa nel solco della valorizzazione dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", ma ai fini di richiedere una "motivazione rafforzata" ad opera del secondo giudice: v. *supra*, § 2, nota 42.

⁸⁷ Cass., sez. un., 21 dicembre 2017, Troise, cit., p. 286.

⁸⁸ L'affermazione, comunque, che «la valutazione operata sulla base della riassunzione in appello della prova dichiarativa possa considerarsi di per sé più affidabile di quella *illo tempore* effettuata ... è tutta da dimostrare» (A. CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, cit., p. 78), stante la difficoltà "connaturata" alla ripetizione dell'esame incrociato, peraltro effettuato a distanza di anni rispetto alla verifica del fatto. Si tratta, invero, di un problema notoriamente (ed inevitabilmente) connesso alla ripetizione stessa del momento dell'escussione, oltre che implementato dal costante allungarsi dei tempi processuali. Come rileva ID., *La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello*, cit., p. 5, d'altronde, nonostante l'immediatezza sia un valore indubbiamente meritevole di tutela, «quando il giudice di primo grado motiva la valutazione di una prova dichiarativa, inevitabilmente gli

soddisfi lo *standard* decisorio di cui all'art. 533 comma 1 c.p.p., attuativo del fondamentale principio di cui all'art. 27 comma 2 Cost., il quale, introducendo una regola «operante in favore del solo imputato ... [,] rende necessitato il ricorso al metodo di assunzione della prova dichiarativa, epistemologicamente più affidabile, unicamente per il sovvertimento in appello della decisione assolutoria di primo grado»⁸⁹.

Ma qui la Corte di cassazione “inciampa” in un grave equivoco sistematico, posto che l’“oltre ogni ragionevole dubbio”⁹⁰ «concerne una questione insorgente *dopo* la valutazione probatoria»⁹¹ complessiva, stadio logicamente e temporalmente successivo

aspetti non verbali della comunicazione finiscono per essere sommersi. È raro che il giudice argomenti sulla base del pallore o dell'esitazione del testimone», posto che egli si baserà prevalentemente su altri aspetti, «razionalmente argomentabili: la congruenza logica delle dichiarazioni, la plausibilità storica del fatto narrato, la compatibilità con le prove acquisite», il che non toglie, al contempo, che «in molti casi [ossa] essere importantissimo riascoltare un testimone; ad esempio quando si teme che possa aver mentito» (*ivi*, p. 5). Sul tema, v. anche le riflessioni di S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa alla luce della della Cedu*, cit., p. 274. Al riguardo, v., ampiamente, *supra*, cap. III, § 3 e 7. Per quanto importante, dunque, il valore stesso dell'immediatezza non può neanche essere “assolutizzato”, ai fini del convincimento del giudice: v. *supra*, cap. III, § 1, in particolare nota 2.

⁸⁹ Ancora Cass., sez. un., 21 dicembre 2017, Troise, cit., p. 286. Il “ragionevole dubbio” era già stato affrontato, invero, da C. cost., sent. 6 febbraio 2007 n. 26, cit., p. 1883, dove essa, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dei limiti all'appello delle sentenze di proscioglimento introdotti dalla l. 20 febbraio 2006 n. 46, aveva però *opportunitamente* obiettato: «la sussistenza o meno della colpevolezza dell'imputato rappresenta la risultante di una valutazione: e la previsione di un secondo grado di giudizio di merito trova la sua giustificazione proprio nell'opportunità di una verifica piena della correttezza delle valutazioni del giudice di primo grado, che non avrebbe senso dunque presupporre esatte, equivalendo cioè a negare la ragione dell'istituto dell'appello». Su tale pronuncia e sulla l. 20 febbraio 2006 n. 46 (cosiddetta “legge Pecorella”), v. *supra*, § 2 nota 31. Particolarmente calzante pare l'osservazione di F. CAPRIOLI, *I nuovi limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento tra diritti dell'individuo e «parità delle armi»*, in *Giur. it.*, 2007, p. 259, che, in riferimento alla l. 20 febbraio 2006 n. 46, asseriva: «la funzione di controllo assegnata al processo d'appello impedisce comunque al giudice di inserire l'ipotetica esattezza della decisione impugnata – quasi si trattasse di una prova favorevole all'imputato – tra gli elementi rilevanti per il suo convincimento ... il vero controsenso è immaginare un organo controllante obbligato ... a ritenere che l'operato dell'organo assoggettato al controllo sia stato corretto».

⁹⁰ Da «*beyond any reasonable doubt*», per cui si utilizza altresì l'acronimo *BARD*. Sul punto vi è una vastissima letteratura: cfr., su tutti, G. CANZIO – M. TARUFFO – G. UBERTIS, *Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)*, in *Criminalia*, 2009, p. 305 ss.; F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 51 ss.; P. DELL'ANNO, *Obbligo di motivazione e “ragionevole dubbio”*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, III, p. 522 ss.; P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, Torino, 2017, p. 87 e 92 ss. Probabilmente, per l'introduzione di tale canone nel nostro sistema processuale, fondamentale importanza ha rivestito il celebre contributo di F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, p. 189 ss.

⁹¹ G. UBERTIS, *Probabilità, certezza e ragionevole dubbio* (2015), in ID., *Argomenti di procedura penale*, IV, Milano, 2016, p. 244-245, dove l'Autore chiarisce che in tale – logicamente e temporalmente successivo – momento dell'attività giudiziale, la valutazione probatoria, quindi, *si è già* «sviluppata dialetticamente nei suoi profili relativi tanto a ciascun esperimento gnoseologico (considerato sia atomisticamente nella sua individualità sia olisticamente in connessione con l'intera conoscenza ottenuta) quanto all'impiego combinato dell'intero patrimonio conoscitivo disponibile». Infatti, tale canone opera successivamente alla valutazione complessiva del materiale probatorio, fase in cui, essendo ormai stata superata «la disamina dei singoli esperimenti gnoseologici», si procede all'«utilizzo combinato dell'intero patrimonio conoscitivo giudiziale ai fini dell'emissione della pronuncia» (ID., *Prova (in generale)*, in *D. disc. pen.*, X, Torino,

dell'attività giudiziale rispetto a quello in cui invece opera il principio di immediatezza nell'acquisizione della prova: esso è – appunto – regola di decisione⁹².

Per le sezioni unite tale principio è trattato, viceversa, alla stregua di canone di valutazione⁹³, ed è considerato come irrimediabilmente intrecciato con il canone dell'immediatezza, nella impostazione della problematica afferente alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello, in seguito ad una sentenza che in primo grado abbia proscioltto l'imputato.

Ma i due criteri operano su piani nettamente diversi: se l'immediatezza impone un metodo di acquisizione della prova, l'"oltre ogni ragionevole dubbio" fissa una soglia di convincimento⁹⁴, che impone che – quando le prove siano già state acquisite e valutate, disponendo dunque il processo di una piattaforma probatoria ormai completa – qualora sussista un dubbio ragionevole relativo alla responsabilità dell'imputato nel successivo

1995, p. 331). V. pure ID., *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 123, dove l'Autore chiarisce che, comunque, laddove siano contemplate «regole di decisione» che sanciscano che «per giungere alla condanna, l'imputato debba risultare 'colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio', ciò non attiene alla disciplina del convincimento [che rimane, per il giudice, libero]; afferisce, invece, alla previsione, appunto come regola decisoria, di livelli probatori da conseguire per evitare il rischio di mancata prova», spettando, però, sempre al giudice stabilire il valore persuasivo del patrimonio gnoseologico complessivo «e decidere, quindi, se sia stato raggiunto il 'traguardo probatorio' disposto dalla legge».

⁹² Nonostante ci si riferisca erroneamente talvolta alla locuzione "regola di giudizio", a causa della confusione dovuta al fatto che la presunzione di innocenza operi non solo quale regola di giudizio, appunto, ma anche come regola di trattamento: cfr. G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 123 e 229.

⁹³ Come sottolinea, nell'analisi della giurisprudenza in materia, V. AIUTI, *L'art. 603 c.p.p. dopo Dan c. Moldavia: un casebook*, cit., p. 1012. Sul punto, però, v. anche ID., *Condanna in appello e rito abbreviato*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, XI, p. 1445, nota 44, dove l'Autore, mutando orientamento, invece sostiene esso venga trattato dalle sezioni unite alla stregua di una regola di assunzione probatoria, asserendo di essere «convinto che non si tratti di una regola di valutazione: il precetto ricavabile [dagli assunti delle sezioni unite] non dice come debbano essere valutate certe prove (solo 'a sfavore', solo 'a favore', solo se 'gravi, precise e concordanti', e così via), ma che per valutare certe prove occorre prima riacquisirle. Il comando rivolto al giudice di merito, insomma, non è ridicibile ad una regola che mira a comprimerne il libero convincimento ..., ma funziona come una regola volta a stabilire le condizioni di riapertura dell'istruttoria d'appello. Naturalmente, si tratta solo del punto di vista analiticamente migliore dalla prospettiva di un giudice di merito. Nell'ottica del controllo di legittimità, la regola della rinnovazione 'necessaria per ribaltare la decisione' è ben riformulabile in una regola di valutazione molto simile a 'la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore'» di cui all'art. 111 comma 4 ultimo periodo Cost.

⁹⁴ ... «nel momento successivo» alla valutazione probatoria complessiva, cioè, «occorre trarre le conseguenze inerenti al valore persuasivo attribuibile all'insieme probatorio su cui può fondarsi la ricostruzione fattuale di condanna [corsivo nostro]. Non basta infatti che la decisione sia comunque conforme ai criteri della sua accettabilità giustificata (poiché costituente l'esito di un ragionamento convincentemente argomentato) e della sua coerenza con i dati acquisiti durante il processo. Bisogna pure che sia raggiunto il livello probatorio normativamente definito proprio dalla regola di decisione dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", poiché tale canone «entra effettivamente in gioco come ultimo momento della fase decisoria giurisdizionale» (G. UBERTIS, *Probabilità, certezza e ragionevole dubbio*, cit., p. 245-246).

momento decisivo, il giudice non possa optare per una sentenza di condanna⁹⁵, in ossequio al fatto che tema del processo penale sia l'accertamento della colpevolezza⁹⁶, non dell'innocenza.

Impiegare, dunque, il criterio del ragionevole dubbio in una fase logicamente precedente – quella della valutazione della singola prova, quale ‘regola probatoria’⁹⁷ – a quello in cui esso sistematicamente si colloca comporta che il nesso tra l'operazione cognitiva richiesta al giudice e la decisione possa dare esiti alquanto fallaci, posto che – in quello stadio processuale – vi sono altre prove ancora da valutare⁹⁸.

A livello logico-sistematico, «prima si sceglie la tecnica istruttoria, poi si applicano gli *standard* decisori»⁹⁹; e neppure vale a smentire tale naturale impostazione il fatto che le sezioni unite – riprendendo una tesi dottrinale, per quanto autorevole e condivisa¹⁰⁰ – argomentino che la necessità di rinnovazione derivi dall'operazione intellettuale di tipo ricostruttivo, e non demolitivo, richiesta nell'ipotesi di *overturning* sfavorevole all'imputato¹⁰¹.

⁹⁵ Se sussiste un ragionevole dubbio, quindi, «il criterio epistemologico per una sua soluzione va identificato con il principio sinonimicamente denominato del *favor rei* o dell'*in dubio pro reo* ...: si tratta di tre formule di diversa origine culturale, ma volte a conseguire effetti simili, e direttamente derivabili dall'art. 27 comma 2 Cost. (nonché dagli art. 6 comma 2 Conv. eur. dir. uomo e 14 comma 2 Patto inter. Dir. civ. pol.)» (G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 229).

⁹⁶ V., per tutti, G. UBERTIS, *Prova (in generale)*, cit., p. 337-338. V., altresì, P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, cit., p. 88-89.

⁹⁷ V. L. ALGERI, *Il nuovo volto dell'appello tra obbligo di rinnovazione istruttoria e dovere di motivazione "rafforzata"*, cit., p. 39, dove l'Autore nota che, per le sezioni unite, dunque «il principio del ragionevole dubbio assume il connotato della regola di giudizio nel caso di riforma della condanna in assoluzione, imponendo al giudice la redazione di una motivazione rafforzata. Mentre, nel caso di riforma dell'assoluzione in condanna, si sviluppa non solo come regola di giudizio ma anche come regola probatoria, obbligando il giudice di appello a rinnovare la prova che ritiene decisiva [corsivo nostro]».

⁹⁸ Come rileva A. CAPONE, *Appello dell'imputato contro la condanna. Le Sezioni Unite negano l'obbligo di rinnovazione istruttoria*, cit., p. 295.

⁹⁹ A. CAPONE, *Appello dell'imputato contro la condanna. Le Sezioni Unite negano l'obbligo di rinnovazione istruttoria*, cit., p. 294. Perfettamente speculare a tale – naturale – osservazione, invece, Cass., sez. un., 21 dicembre 2017, Troise, cit., p. 279, per cui «il canone del ragionevole dubbio ... per la sua immediata derivazione dal principio della presunzione di innocenza, esplica i suoi effetti conformativi non solo sulle regole di giudizio e sulle diverse basi argomentative della sentenza di appello che integri un'integrale riforma di quella di primo grado, ma anche, e più in generale, sui metodi di accertamento del fatto, imponendo protocolli logici del tutto diversi in tema di valutazione delle prove [corsivo nostro]».

¹⁰⁰ Il riferimento è a P. FERRUA, *Carenze ed eccessi di garanzia nel diritto di difesa dell'imputato*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 549, per il quale solo «la conversione di un'assoluzione in condanna implica un'attività costruttiva per la quale è più che mai importante il rapporto diretto con le fonti di prova»; ID., *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, cit., p. 283-284. Nello stesso senso, v. altresì N. ROMBI, *La riforma di una sentenza di condanna esige la rinnovazione della prova dichiarativa in appello?*, cit., p. 108 ss.; C. SANTORIELLO, *Chi condanna esprime certezze, chi assolve può limitarsi a dubitare*, in *Arch. pen.*, 2014, III, p. 3.

¹⁰¹ Cass., sez. un., 21 dicembre 2017, Troise, cit., p. 285.

Se la tesi, infatti, potrebbe avere anche «una sua plausibilità»¹⁰², non manca chi fa notare¹⁰³ che, applicando il criterio dell’“oltre ogni ragionevole dubbio” in tale stadio antecedente a quello in cui esso andrebbe naturalmente collocato, partendo da un’operazione di tipo demolitivo – per cui quindi basterebbe, in tale ottica, una rivalutazione meramente cartolare ad opera del giudice – possa benissimo pervenirsi ad una condanna, avendo riguardo alla totalità della piattaforma gnoseologica a disposizione del giudice.

Quale esempio, si pensi all’ipotesi in cui sussista un’unica dichiarazione d’alibi – dinanzi ad una pluralità di prove a carico dell’imputato – considerata attendibile in sede di primo grado e poi rivalutata nel senso della inattendibilità esclusivamente sulla base del verbale dal giudice d’appello: da un’operazione di tipo demolitivo, effettuabile dunque “sulle carte”, si perverrebbe comunque ad una condanna.

Sulla base di tale considerazione sembra, dunque, poco persuasivo l’argomento impiegato dalle sezioni unite per giustificare la necessità di rinnovazione come limitata all’impugnazione del pubblico ministero avverso una sentenza di proscioglimento.

Peraltro, la *ratio* della obbligatoria rinnovazione istruttoria sembra opportunamente – e più semplicemente – da rinvenirsi nella garanzia, per l’imputato, di vedere attuato il contraddittorio in connubio con l’immediatezza davanti al giudice chiamato a decidere, sulla scorta delle pronunce del giudice di Strasburgo in materia¹⁰⁴.

¹⁰² Come rileva, pur in prospettiva critica, V. AIUTI, *Appello della condanna e rinnovazione istruttoria*, in *Dir. pen. cont.*, Riv. Trim, 2018, V, p. 43, che conclude, comunque, che anche volendo «ritenere che, per ragioni di *favor rei*, l’imputato possa essere prosciolto in base a prove valutate in modo poco affidabile, una forte obiezione, sul piano giuridico, dovrebbe scoraggiare questa alternativa: è vero che dieci colpevoli prosciolti sono meglio di un innocente condannato, ma la scelta tra colpevolezza e innocenza si affronta al termine dell’acquisizione delle prove, non a prescindere da essa» (*ivi*, p. 44).

¹⁰³ A. CAPONE, *Appello dell’imputato contro la condanna. Le Sezioni Unite negano l’obbligo di rinnovazione istruttoria*, cit., p. 294.

¹⁰⁴ V. *supra*, § 1.

5. I controversi confini dell'obbligo di rinnovazione istruttoria: il rito abbreviato.

La giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di delineare i confini dell'obbligo di rinnovazione istruttoria di cui all'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p., anche in relazione a casi in cui la sua applicazione era più o meno discussa.

In primis, le sezioni unite della Corte di cassazione hanno precisato che la rinnovazione istruttoria si ponga quale condizione legittimante la riforma *in peius* della sentenza di proscioglimento emessa in primo grado, anche nel caso di appello proposto dal pubblico ministero avverso una sentenza di proscioglimento emessa in sede di giudizio abbreviato non condizionato¹⁰⁵.

Tale conclusione si è basata sull'assunto che il "ragionevole dubbio" sulla responsabilità dell'imputato, dovuto alla decisione di proscioglimento emessa in primo grado, possa essere superato «solo attraverso una concreta variazione della base cognitiva utilizzata dal giudice di appello»¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Cass., sez. un., 29 gennaio 2017, Patalano, cit., p. 2669-2670-2671, cui era stata rimessa una questione sul punto da Cass., sez. II, 28 ottobre 2016, Patalano, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2017, consultabile al sito www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso 29 agosto 2019). Sul punto, v. R. APRATI, *Overturning sfavorevole in appello e mancanza del riesame*, cit., p. 2762 ss.; V. AIUTI, *Condanna in appello e rito abbreviato*, cit., p. 1438 ss.; H. BELLUTA – L. LUPÀRIA, *La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, Riv. trim., 2017, III, p. 151 ss.; N. MANI, *Resistenze giurisprudenziali al capolinea: la forza granitica della sentenza di assoluzione e la necessaria riassunzione della prova dichiarativa anche nel giudizio d'appello da rito abbreviato*, in *Arch. pen.*, 2017, II, p. 1 ss.; N. ROMBI, *Le Sezioni unite e le condanne cartolari nel giudizio abbreviato d'appello*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 806 ss.; S. TESORIERO, *Una falsa garanzia: l'obbligatoria attuazione del contraddittorio nel giudizio abbreviato d'appello*, cit., p. 3668 ss. Alla soluzione era invero già pervenuta – pur se in un *obiter dictum* e in relazione alla disciplina antecedente all'introduzione dell'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p. – Cass., sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, cit., p. 3210, asserendo che fosse necessario procedere alla rinnovazione istruttoria in ogni caso di «impugnazione del pubblico ministero contro una pronuncia di assoluzione ..., ove questa sia basata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive dal primo giudice e il cui valore sia posto in discussione dall'organo dell'accusa impugnante ..., essendo irrilevante che gli apporti dichiarativi siano stati valutati in primo grado sulla base dei soli atti di indagine ovvero a seguito di integrazione probatoria». Nello stesso senso si è poi espressa anche Cass., sez. un., 21 dicembre 2017, Troise, cit., p. 274 ss. Per tale orientamento, ancor prima delle summenzionate pronunce delle sezioni unite, v. anche Cass., sez. VI, 21 febbraio 2014, Costa, in *C.E.D. Cass.*, n. 259107; Cass., sez. III, 29 novembre 2012, R.P., in *C.E.D. Cass.*, n. 254850.

¹⁰⁶ Cass., sez. un., 22 dicembre 2017, Troise, cit., p. 286, per cui «la richiesta di riforma della sentenza di proscioglimento avanzata» dal pubblico ministero «per ottenere la condanna dell'imputato fa scattare l'obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa *determinando un effetto espansivo del principio di immediatezza nel giudizio di appello* [corsivo nostro], senza che alcuna distinzione al riguardo possa evincersi dal testo normativo a seconda che l'atto di impugnazione si innesti su un giudizio ordinario o abbreviato» (*ivi*, p. 285). Fortemente critico, sul punto, A. CAPONE, *Appello dell'imputato contro la condanna. Le Sezioni Unite negano l'obbligo di rinnovazione istruttoria*, cit., p. 296, per cui «l'argomento della variazione della base cognitiva ... è utilizzato *ad hoc* per il giudizio abbreviato», quindi «o anche nel

In precedenza di tali pronunce delle sezioni unite, viceversa, la giurisprudenza di legittimità si muoveva nel consolidato solco di ritenere che, salva la possibilità di integrazione *ex officio* del compendio probatorio, la rinnovazione fosse da escludersi in tutti i casi di abbreviato non condizionato: optando per il rito alternativo, l'imputato aveva rinunciato ad esercitare il contraddittorio¹⁰⁷, con ciò prestando il proprio consenso al fatto che l'accertamento si svolgesse in modo meno garantito anche in appello¹⁰⁸.

Le più recenti conclusioni delle sezioni unite ripropongono «il problema del fondamento cognitivo della rinnovazione istruttoria»¹⁰⁹, ma in maniera del tutto peculiare: considerare applicabile l'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p. anche in caso di giudizio abbreviato non soltanto ne smentisce le esigenze di speditezza, poiché ne «snatura la

giudizio ordinario d'appello, dopo un proscioglimento, occorre una concreta variazione della base cognitiva (quale però?), o anche nel giudizio abbreviato d'appello ci si può accontentare della medesima base cognitiva». In dottrina, si è dedotto dalle argomentazioni delle sezioni unite che in appello proposto avverso una sentenza di proscioglimento si configuri un «meccanismo di rinnovazione automatico» (G. CANESCHI, *La rinnovazione istruttoria in appello dopo la riforma Orlando: una non soluzione ad un problema apparente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 841). Sul punto, v. le riflessioni di H. BELLUTA, *Tra legge e giudice: la Corte costituzionale "approva" la nuova fisionomia della rinnovazione probatoria in appello, come interpretata dalle sezioni unite*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, VI, p. 38, nota 4, che reputa che l'interpretazione delle sezioni unite della Corte di cassazione, che ha di fatto reso la rinnovazione istruttoria un «incombente obbligatorio», indipendente dallo statuto probatorio adottato in primo grado, superi, «in certa misura, anche i *dicta* della Corte europea dei diritti umani, la quale è alquanto solida nell'affermare che 'qualora un giudice d'appello sia chiamato ad esaminare un caso in relazione ai fatti di causa e alla legge, e a fare una valutazione completa della questione relativa alla colpevolezza o all'innocenza del ricorrente, non può, per una questione di giusto processo, adeguatamente stabilire questi problemi senza una valutazione diretta delle prove'; ma «talora la stessa Corte europea offre una risposta diversa, considerando sufficiente, allo scopo di evitare una violazione dei canoni convenzionali del fair trial, una motivazione "rinforzata", purché sussistano adeguati 'safeguards against arbitrary or unreasonable assessment of evidence or establishment of the facts'» (ivi, p. 38, nota 4). L'Autore si riferisce a C. eur. dir. uomo, 24 aprile 2016, *Kashlev c. Estonia*, § 51 ss. Sul punto, v. *supra*, § 1. Antecedentemente, v., nello stesso senso, S. RECCHIONE, *Pronunce della Corte EDU e giurisprudenza della cassazione tra tutela dei diritti individuali e salvaguardia degli interessi collettivi*, in *Arch. pen.*, 2014, III, p. 710, dove l'Autrice ritiene che «forse la Cassazione [sia] andata addirittura oltre le indicazioni europee laddove ha ritenuto necessaria la rinnovazione dell'audizione anche in caso di rito abbreviato», poiché considerare anche in tal caso «comunque necessaria la audizione significa trasformare il rito scelto in un rito a prova dichiarativa piena, peraltro nella sola fase di appello».

¹⁰⁷ V. *supra*, cap. II, § 5.

¹⁰⁸ V., *ex multis*, Cass., sez. II, 12 giugno 2014, Avallone ed altro, in *Arch. pen.*, 2014, III, p. 1, per cui «nel caso di celebrazione del processo nelle forme del giudizio abbreviato non devono trovare applicazione, in linea teorica e fatte salve le possibili eccezioni in caso di integrazione probatoria, i principi stabiliti dalla Corte EDU con la sentenza Dan c. Moldavia. Nel caso di giudizio abbreviato, infatti, è stata proprio la richiesta dell'imputato di definizione del processo allo stato degli atti a determinare la celebrazione già in primo grado di un *processo basato non su oralità e immediatezza ma sulla sola valutazione della documentazione inserita nel fascicolo del pubblico ministero* [corsivo nostro]». Sul punto, v. A. MANGIARACINA, *Limiti al potere di integrazione probatoria del giudice in sede di giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 704 ss.; S. RECCHIONE, *Pronunce della Corte EDU e giurisprudenza della cassazione tra tutela dei diritti individuali e salvaguardia degli interessi collettivi*, cit., p. 709-710-711.

¹⁰⁹ A. CAPONE, *Appello dell'imputato contro la condanna. Le Sezioni Unite negano l'obbligo di rinnovazione istruttoria*, cit., p. 295. Sul punto, v. anche *supra*, § 3.

fisionomia di rito ‘a prova contratta’¹¹⁰, ma soprattutto è una soluzione «irrispettosa di un minimo di *fair play* processuale»¹¹¹.

La scelta strategica dell'imputato di rinunciare ad esercitare il contraddittorio in sede di primo grado, proprio quando premiata dall'esito decisorio, infatti, non sarà preservata in sede di appello instaurato a seguito dell'impugnazione avverso la sentenza di proscioglimento ad opera del pubblico ministero¹¹².

La *ratio* dell'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p. è che si ritiene opportuno evitare che la decisione d'appello – nel rito ordinario – possa porre alla base di una *riforma in peius* della decisione di proscioglimento un accertamento fattuale epistemologicamente meno affidabile, stante la mancanza d'immediatezza nella formazione della prova dichiarativa, la quale connotava, invece, il metodo di accertamento su cui si era basato il giudice di primo grado¹¹³.

Ma, diversamente, il consenso a rinunciare all'esercizio del contraddittorio e dell'immediatezza nella formazione della prova è proprio il fondamento giustificativo della possibilità di instaurazione del rito abbreviato, ai sensi dell'art. 111 comma 5 Cost.; in tale sede, poi, il giudice potrà benissimo pervenire ad una sentenza di condanna emessa «oltre ogni ragionevole dubbio», non ostando in alcun modo a tale esito decisorio il *deficit* di contraddittorio connotante la fisiologica struttura del rito¹¹⁴.

¹¹⁰ S. TESORIERO, *Una falsa garanzia: l'obbligatoria attuazione del contraddittorio nel giudizio abbreviato d'appello*, cit., p. 3680. In giurisprudenza, ribadisce che la struttura “a prova contratta” costituisca il tratto peculiare di tale rito deflativo C. cost., sent. 26 giugno 2009 n. 184, in *Giur. cost.*, 2009, p. 2039 ss., con nota di G. LOZZI, *Il contraddittorio in senso oggettivo e il giudizio abbreviato*, *ivi*, p. 2055 ss. e G. SPANGHER, *Indagini difensive e giudizio abbreviato*, *ivi*, p. 2062 ss.

¹¹¹ A. CAPONE, *Appello dell'imputato contro la condanna. Le Sezioni Unite negano l'obbligo di rinnovazione istruttoria*, cit., p. 296.

¹¹² Sul tema, v. A. CAPONE, *La riassunzione delle prove dichiarativa e la riforma della decisione in appello*, cit., p. 14, dove l'Autore evidenzia: «in pratica la rinuncia al contraddittorio viene preservata solo nel caso in cui la scelta dell'imputato abbia esito infausto: *se viene condannato, bastano le carte; se viene assolto, bisogna risentire i testimoni!* [corsivo nostro]». V. anche D. VIGONI, *L'appello contro la sentenza nel giudizio abbreviato fra lacune normative e regole giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, III, p. 420, dove l'Autrice partendo dal presupposto che tale indirizzo interpretativo seguito dalle sezioni unite renda la struttura del giudizio abbreviato «instabile, essendo suscettibile di variare a seconda dell'epilogo di primo grado e in base alle determinazioni del P.M. riguardo all'impugnazione», suggerisce «un'interpretazione adeguatrice in senso selettivo, per cui s'impone la rinnovazione ex art. 603, comma 3 bis, c.p.p. solo delle prove dichiarative assunte oralmente dal giudice nel corso del giudizio abbreviato. È invece rimessa al giudice di seconde cure, quale ‘garante della presunzione d'innocenza’, ogni decisione circa l'assoluta necessità della rinnovazione istruttoria finalizzata ad assumere oralmente per la prima volta in appello prove dichiarative che il giudice di primo grado abbia valutato sulla base degli atti».

¹¹³ Sul tema, v. V. AIUTI, *Condanna in appello e rito abbreviato*, cit., p. 1443.

¹¹⁴ Cfr. F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, I, p. 87, dove l'Autore evidenzia che il «giudice del rito abbreviato dispone» certamente «di materiali cognitivi meno raffinati di quelli dibattimentali: eppure è pacifico ... che le

Conseguentemente, si è ritenuto che sancire l'obbligo di esercitare il metodo di contraddittorio in sede di appello anche in tal caso non sembra poter costituire in alcun modo una garanzia per l'imputato innocente – poiché vittorioso in primo grado – quanto piuttosto «una garanzia contro le scelte dell'imputato innocente», posto che «l'accertamento cartolare, epistemologicamente meno accreditato, è ritenuto dall'ordinamento sufficiente per condannare; insufficiente per assolvere»¹¹⁵, poiché qualora il pubblico ministero proponga appello avverso una sentenza di assoluzione, sarà necessario procedere alla “variazione della base cognitiva” a disposizione del giudice, disattendendo, appunto, la scelta dell'imputato e la fisionomia stessa del rito.

Non si può negare che esista, in tale rito speciale, la possibilità che sopravvenga una condanna cartolare in appello; ma l'imputato si è assunto consapevolmente tale rischio sulla base di una propria scelta strategica, fin dal primo grado¹¹⁶.

E, peraltro, non sembra prospettabile alcun dubbio, sul punto, in merito alla compatibilità rispetto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, posto che il giudice di Strasburgo ha ritenuto compatibile con essa una condanna cartolare, qualora pronunciato all'esito di un rito speciale a prova contratta liberamente scelto dall'imputato¹¹⁷.

L'irragionevolezza di tale “asimmetria” tra i metodi cognitivi connotanti i due gradi di giudizio, conseguente all'interpretazione delle sezioni unite, ha portato parte della dottrina¹¹⁸ a paventare che potesse profilarsi una questione di legittimità costituzionale, circostanza che – effettivamente – si è poi recentemente verificata.

condanne emesse da tale giudice» si fondino «su un giudizio di colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio», perfettamente in linea con il disposto dell'art. 533 comma 1 c.p.p.

¹¹⁵ S. TESORIERO, *Una falsa garanzia: l'obbligatoria attuazione del contraddittorio nel giudizio abbreviato d'appello*, cit., p. 3683-3687, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente nel testo. Secondo l'Autore, «tale scenario fa a pugno con la presunzione d'innocenza che ci si propone meritoriamente di voler rafforzare» (ivi, p. 3687).

¹¹⁶ Cfr. A. CAPONE, *Appello dell'imputato contro la condanna. Le Sezioni Unite negano l'obbligo di rinnovazione istruttoria*, cit., p. 296.

¹¹⁷ C. eur. dir. uomo, 19 ottobre 2017, *Fornataro c. Italia*, § 36. Sul punto, v. H. BELLUTA, *Tra legge e giudice: la Corte costituzionale “approva” la nuova fisionomia della rinnovazione probatoria in appello, come interpretata dalle sezioni unite*, cit., p. 39; A. CAPONE, *Appello dell'imputato contro la condanna. Le Sezioni Unite negano l'obbligo di rinnovazione istruttoria*, cit., p. 296.

¹¹⁸ A. CAPONE, *La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello*, cit., p. 14; S. TESORIERO, *Una falsa garanzia: l'obbligatoria attuazione del contraddittorio nel giudizio abbreviato d'appello*, cit., p. 3674 ss.

La Corte d'appello di Trento¹¹⁹, infatti, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 603 comma 3-bis c.p.p., nella parte in cui – come interpretata dal “diritto vivente” – tale disposizione obbliga il giudice a disporre la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale anche in caso di giudizio di primo grado celebrato nelle forme del rito abbreviato, con riferimento alla parità delle parti¹²⁰ ed al principio della ragionevole durata (art. 111 comma 2 Cost.)¹²¹, alla *fattispecie sussidiaria* nella formazione della prova basata sul consenso (art. 111 comma 5 Cost.) e – da ultimo – all'art. 117 comma 1 Cost., in relazione all'art. 20 della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012¹²², il quale richiede che il numero di audizioni della vittima sia «limitato al minimo».

Le censure, come avanzate dalla Corte d'appello, invero, già a prima vista, «non appaiono granitiche»¹²³.

Il giudice delle leggi¹²⁴, pronunciandosi sul punto, ha infatti dichiarato la questione infondata, reputando che, per quanto l'art. 603 comma 3-bis c.p.p. non chiarisca se «l'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale valga anche nel caso in cui il giudizio di primo grado, conclusosi con l'assoluzione dell'imputato, sia stato celebrato con le forme del rito abbreviato»¹²⁵, reputare applicabile anche in tale particolare contesto, in linea con il “diritto vivente”, «la disciplina della rinnovazione istruttoria, non

¹¹⁹ C. app. Trento, ord. 20 dicembre 2017, in *Cass. pen.*, 2018, X, p. 3374 ss., con nota di S. TESORIERO, *Il sindacato costituzionale sulla (ir)ragionevole estensione dell'art. 603, comma 3-bis, c.p.p. al giudizio abbreviato*, *ivi*, 2018, p. 3389 ss.

¹²⁰ C. app. Trento, ord. 20 dicembre 2017, *cit.*, p. 3377, per cui, in specie, «l'obbligo di procedere a istruzione dibattimentale nel secondo grado di un giudizio abbreviato altererebbe irragionevolmente la simmetria tra il diritto dell'imputato a beneficiare, in ogni caso, della riduzione di un terzo della pena, da un lato, e la facoltà del rappresentante della pubblica accusa a utilizzare le prove assunte e ‘cartolarizzate’ nelle indagini preliminari (con la già acquisita pregnanza accusatoria), dall'altro».

¹²¹ Su cui, per un'analisi, v. *supra*, cap. III, § 7.

¹²² Su cui v., ampiamente, *supra*, cap. II, § 4.

¹²³ H. BELLUTA, *Tra legge e giudice: la Corte costituzionale “approva” la nuova fisionomia della rinnovazione probatoria in appello, come interpretata dalle sezioni unite*, *cit.*, p. 39

¹²⁴ C. cost., sent. 23 maggio 2019 n. 124, pubblicata in G.U. n. 22, 1° serie speciale, 29 maggio 2019, p. 6 ss. Per un commento a tale pronuncia, v. G. MARINO, *Rinnovazione istruttoria e giudizio di abbreviato: disciplina incostituzionale?*, in *Dir. e giust.*, 24 maggio 2019, consultabile al sito www.dirittoegiustizia.it (ultimo accesso 30 agosto 2019).

¹²⁵ C. cost., sent. 23 maggio 2019 n. 124, *cit.*, p. 11. Come nota, però, S. TESORIERO, *Il sindacato costituzionale sulla (ir)ragionevole estensione dell'art. 603 comma 3-bis c.p.p. al giudizio abbreviato*, *cit.*, p. 3392, per quanto sia vero che esista «un ‘diritto vivente’ tracciato dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite» in materia, dovrebbe comunque essere considerato che il legislatore non sia «interventuto sulla disciplina delle forme del rito abbreviato d'appello (art. 599 c.p.p.) per specificare espressamente un caso di rinnovazione. Il silenzio serbato nonostante fosse noto il conflitto interpretativo giunto all'attenzione dei giudici di legittimità ben avrebbe potuto essere letto come indicatore della scelta legislativa di non estendere la nuova disciplina al rito abbreviato».

introduce alcuno squilibrio tra i poteri processuali delle parti, dal momento che configura un adempimento doveroso a carico del giudice¹²⁶, sottratto al potere dispositivo delle parti, e da realizzare anche in assenza di richiesta delle parti medesime»¹²⁷.

In riferimento alla ragionevole durata di cui all'art. 111 comma 2 Cost., la Corte costituzionale, in linea con le proprie pregresse pronunce sul punto¹²⁸, ha affermato che «il principio della ragionevole durata del processo va temperato con il complesso delle altre garanzie costituzionali, sicché il suo sacrificio non è sindacabile, ove sia frutto di scelte non prive di una valida *ratio* giustificativa»¹²⁹, non potendosi reputare priva di tale *ratio*¹³⁰ la necessità di assicurare un contatto diretto del giudice con i testimoni, la quale è «imposta, anche nell'ambito di un giudizio che nasce come meramente 'cartolare', dall'esigenza di far cadere l'implicito dubbio ragionevole¹³¹ determinato dall'avvenuta

¹²⁶ Ma, posto che tale azione sia doverosa, e si configuri quindi non negli ordinari termini di *eccezionalità*, ma di *regolarità*, «l'irruzione del contraddittorio in appello nell'ambito di un rito che ne ha certificato la superfluità in primo grado supererebbe un vaglio di coerenza solo riconoscendo uno scarto logico tra le attività di *valutazione* e di *rivalutazione* della prova, tale per cui la seconda, a differenza della prima, non potrebbe prescindere dal materiale raccolto attraverso il metodo euristico migliore. Così non è» (S. TESORIERO, *Il sindacato costituzionale sulla (ir)ragionevole estensione dell'art. 603 comma 3-bis c.p.p. al giudizio abbreviato*, cit., p. 3399).

¹²⁷ C. cost., sent. 23 maggio 2019 n. 124, cit., p. 13. In tale punto, asserendo dunque sussista il dovere di procedere anche *ex officio* in capo al giudice, la Consulta effettua un interessante *distinguo* rispetto alle conclusioni cui era pervenuta C. cost., sent. 24 gennaio 2007 n. 26, cit., p. 221 ss., rilevando come in tale pronuncia il giudice delle leggi avesse invece censurato uno squilibrio tra i poteri delle parti, dovuto alle modifiche introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 46 (v. *supra*, § 2, nota 31), la cui «disciplina ... precludeva al pubblico ministero di impugnare le sentenze di proscioglimento pronunciate in primo grado» (*ivi*, p. 13).

¹²⁸ Sul punto, v. anche *supra*, cap. III, § 5 e 7.

¹²⁹ C. cost., sent. 23 maggio 2019 n. 124, cit., p. 12. In tale punto la Corte costituzionale si richiama a C. cost., sent. 6 giugno 2014 n. 159, in *Giur. cost.*, 2014, III, p. 2528 ss., con nota di V. CERULLI IRELLI; C. cost., ord. 1° agosto 2008 n. 332, *ivi*, 2008, IV, p. 3580 ss.; C. cost., ord. 30 luglio 2008 n. 318, *ivi*, 2008, IV, p. 3411 ss. Da questo punto di vista sembrerebbe quantomeno "singolare" che lo stesso giudice delle leggi, in relazione ad una questione di legittimità costituzionale relativa agli art. 525 comma 2, 526 comma 1 e 511 c.p.p., in una pronuncia di pochissimi giorni dopo, sia giunto, pur se in *obiter dictum*, a soluzioni diametralmente opposte in riferimento ai rapporti tra la garanzia dell'immutabilità del giudice e il principio della «ragionevole durata» di cui all'art. 111 comma 2 Cost. Sul punto, v. *supra*, cap. III, § 7.

¹³⁰ Però – secondo A. CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, cit., p. 71, nota 56 –, in realtà la *ratio* sottesa alla rinnovazione istruttoria in caso di rito abbreviato è tutt'altro che chiara: anche in tale contesto, «se la rinnovazione, come in sostanza riteneva la corte di cassazione prima della riforma, presuppone un già formato convincimento del giudice nel senso della condanna, allora [essa] può essere considerata espressione di un certo garantismo (sia pure inquisitorio). Ma se, indipendentemente dal convincimento del giudice, si attribuisce al pubblico ministero appellante il diritto potestativo di vanificare la scelta dell'imputato di essere giudicato *ex actis*, il rito abbreviato appare nel suo complesso privo di senso [corsivo nostro]». Dello stesso tenore le considerazioni di S. TESORIERO, *Il sindacato costituzionale sulla (ir)ragionevole estensione dell'art. 603 comma 3-bis c.p.p. al giudizio abbreviato*, cit., p. 3399-3400, il quale osserva che «lo scopo diretto ed esclusivo di tutelare in via generale ed astratta il metodo orale entra in contraddizione con il sottosistema processuale la cui cifra costituzionale è la superfluità del predetto metodo».

¹³¹ Sul tema, v. H. BELLUTA, *Tra legge e giudice: la Corte costituzionale "approva" la nuova fisionomia della rinnovazione probatoria in appello, come interpretata dalle sezioni unite*, cit., p. 40, per cui, se si

adozione di decisioni contrastanti' [, che è] possibile superare soltanto attraverso la 'forza persuasiva superiore' della motivazione del giudice d'appello, fondata per l'appunto sull'ascolto diretto delle testimonianze decisive»¹³².

Per quanto concerne il riferimento all'art. 20 della cosiddetta "direttiva vittime", (piuttosto prevedibilmente) la Consulta rileva – in prima battuta – che «il divieto della rinnovazione superflua dell'audizione della vittima sancito dall'art. 20 riguarda la sola fase delle «'indagini penali', corrispondenti – nel contesto del diritto processuale penale italiano – alle indagini preliminari, e non si estende dunque alla fase del processo ... nella quale è pacifico che la persona offesa debba poter essere sentita - eventualmente con modalità protette, ove si tratti di vittima vulnerabile¹³³ - nel contraddittorio tra le parti»; successivamente, il giudice delle leggi ricorda che «tale divieto fa comunque salvi i 'diritti della difesa', tra i quali si iscrive, in posizione eminente, il diritto al contraddittorio nella formazione della prova»¹³⁴.

Infine, la Consulta sostiene che l'art. 111 comma 5 Cost. «si limit[i] a permettere che la prova possa in casi eccezionali formarsi al di fuori del contraddittorio, in particolare allorché l'imputato vi consenta»; essa, però, non prescrive che «una tale modalità di giudizio debba necessariamente valere per ogni fase del processo, compresa quella di appello. Piuttosto, la norma costituzionale in parola rinvia alla legge per la puntuale disciplina dei processi fondati sulla rinuncia dell'imputato all'assunzione della prova in contraddittorio, e lascia così che sia il legislatore a provvedere secondo il suo

considera che, sulla scorta dell'interpretazione datane dalle sezioni unite della Corte di cassazione, la rinnovazione istruttoria sarebbe dunque l'unica modalità che permetta di superare il "dubbio ragionevole" sulla colpevolezza dell'imputato (v. *supra*, § 4), «appare condivisibile ritenere che una parentesi istruttoria in appello sia più che compatibile con l'esigenza di giudicare conoscendo, soprattutto laddove tale giudizio si orienti nel senso dell'*overturning* del proscioglimento in condanna»: in tale ottica, secondo l'Autore, «l'ansia prestazionale dettata dal parametro del tempo ragionevole si riduce a poca cosa».

¹³² C. cost., sent. 23 maggio 2019 n. 124, cit., p. 12. Il giudice delle leggi, forse non condividendo appieno l'orientamento delle sezioni unite per cui sussisterebbe un intricato nodo logico-giuridico che legherebbe i canoni del contraddittorio, dell'immediatezza e dell'«oltre ogni ragionevole dubbio», chiarisce, però, di «non essere chiamata a fornire una propria interpretazione della disposizione censurata, ma unicamente a verificare la compatibilità dell'interpretazione fornita dal diritto vivente con le superiori norme costituzionali»; essa, quindi, «non può che prendere atto» che tale motivazione «fornisce idonea ragione giustificativa della dilatazione dei tempi processuali determinata dalla disposizione medesima, ritenuta dalle Sezioni unite della Corte di cassazione necessaria a una piena tutela dell'interesse primario dell'imputato a non essere ingiustamente condannato» (*ivi*, p. 12).

¹³³ Sul tema, v. *supra*, cap. II, § 4.

¹³⁴ Come rileva H. BELLUTA, *Tra legge e giudice: la Corte costituzionale "approva" la nuova fisionomia della rinnovazione probatoria in appello, come interpretata dalle sezioni unite*, cit., p. 40, si tratta di «argomenti vagamente semplicistici», ma di certo «adeguati alla consistenza del dubbio avanzato dalla Corte territoriale».

discrezionale apprezzamento affinché il processo mantenga caratteristiche di complessiva equità, e sia comunque assicurato, in particolare, l'obiettivo ultimo della correttezza della decisione»; dall'applicazione dell'art. 603 comma 3-bis c.p.p. non potrebbe dunque rilevarsi alcuna «conseguenza pregiudizievole per l'imputato medesimo, derivante dall'eliminazione di una disciplina probatoria concepita anch'essa come garanzia in suo favore contro condanne potenzialmente ingiuste¹³⁵; il che appare intrinsecamente contraddittorio»¹³⁶.

Insomma, tale garanzia – consistente nella disciplina probatoria reputata epistemologicamente più affidabile, l'unica che permetta di condannare «oltre ogni ragionevole dubbio»¹³⁷ – si imporrebbe sulla scelta della parte¹³⁸, la quale ha però legittimamente condizionato lo sviluppo della dialettica probatoria in primo grado.

In merito a tale questione, invero, la Corte costituzionale sembra valorizzare esclusivamente il profilo garantistico per cui si è opportunamente introdotto l'onere di procedere a rinnovazione istruttoria in caso di *overturning* sfavorevole in appello, in ossequio all'orientamento del giudice di Strasburgo volto a valorizzare l'immediatezza¹³⁹.

Ma se il piano di criticità della disciplina è effettivamente relativo alle peculiarità strutturali del rito abbreviato¹⁴⁰, a ben vedere, assume importanza centrale che dal *thema*

¹³⁵ Secondo H. BELLUTA, *Tra legge e giudice: la Corte costituzionale "approva" la nuova fisionomia della rinnovazione probatoria in appello, come interpretata dalle sezioni unite*, cit., p. 44, «se tale assunto fosse spinto sino alle estreme conseguenze, si rischierebbe di delegittimare ogni giudizio di condanna fondato sulla prova cartolare o, peggio, sulla scrittura delle attività di indagine».

¹³⁶ C. cost., sent. 23 maggio 2019 n. 124, cit., p. 13, da cui sono tratte anche le due citazioni immediatamente precedenti. Di fatto, «il contraddittorio diviene amico della verità ma nemico delle parti» (S. TESORIERO, *Il sindacato costituzionale sulla (ir)ragionevole estensione dell'art. 603 comma 3-bis c.p.p. al giudizio abbreviato*, cit., p. 3394, nota 15).

¹³⁷ E d'altronde senza l'intricato nesso operato dalle sezioni unite della Corte di cassazione tra il contraddittorio effettuato in connubio con l'immediatezza e il canone dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", l'unica soluzione epistemologicamente e sistematicamente giustificabile sarebbe quella di reputare applicabile la rinnovazione istruttoria, a seguito di giudizio abbreviato, esclusivamente nel caso in cui «le dichiarazioni considerate a discarico dal g.u.p. s[iano] state assunte oralmente ex artt. 438, comma 5 o 441, comma 5, c.p.p.»: in tal caso, il giudice d'appello non potrebbe «rivalutarle a carico dell'imputato senza prima disporre una nuova audizione; se invece le dichiarazioni sono state acquisite in forma cartolare, per effetto del consenso dell'imputato al rito», la *ratio* stessa della disciplina della rinnovazione istruttoria, ma anche quella di tale rito speciale, indurrebbe a ritenere «legittima una rivalutazione parimenti cartolare» (A. CAPONE, *Prova in appello un difficile bilanciamento*, cit., p. 60).

¹³⁸ Sul punto, v. TESORIERO, *Il sindacato costituzionale sulla (ir)ragionevole estensione dell'art. 603 comma 3-bis c.p.p. al giudizio abbreviato*, cit., p. 3401.

¹³⁹ V. *supra*, § 1.

¹⁴⁰ Come nota H. BELLUTA, *Tra legge e giudice: la Corte costituzionale "approva" la nuova fisionomia della rinnovazione probatoria in appello, come interpretata dalle sezioni unite*, cit., p. 45, «l'appello ... appare più garantito quando abbia ad oggetto una sentenza di proscioglimento, imponendovi un nuovo episodio di immediatezza e oralità, anziché quando sia instaurato avverso una sentenza di condanna, facendosi sede di una possibile rivalutazione *ex actis*».

decidendum devoluto alla Consulta, appunto, esulasse proprio il riferimento al canone di uguaglianza-ragionevolezza della disciplina ed al diritto di difesa, i quali sono però «i due parametri fondamentali per misurare la compatibilità costituzionale della disciplina in esame»¹⁴¹.

Sul piano della ragionevolezza, la domanda diviene dunque: «può l'ordinamento tollerare un rito speciale giustificato dalla superfluità di un canone cognitivo che si ritiene tuttavia irrinunciabile in appello senza avvitarsi in una spirale contraddittoria?»¹⁴².

Pur se riconducendo la questione esclusivamente al diverso piano della *ratio* garantistica, posta la diversità dei termini in cui è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dalla Corte d'appello di Trento, per ora la Consulta ha reputato di sì: il recupero del contraddittorio nella formazione della prova sarebbe una garanzia per l'imputato, pur se assegnatagli soltanto in seguito ad una sentenza di proscioglimento – la quale ha premiato la sua scelta strategica –, di fatto quale *condicio* per la sua eventuale condanna, condanna che in sede di primo grado può benissimo essere sorretta, appunto, da una conoscenza giudiziale *ex actis*, pacificamente tollerata dalla Carta costituzionale.

¹⁴¹ Come rileva S. TESORIERO, *Il sindacato costituzionale sulla (ir)ragionevole estensione dell'art. 603 comma 3-bis c.p.p. al giudizio abbreviato*, cit., p. 3394. Ed – invero – C. cost., sent. 23 maggio 2019 n. 124, cit., p. 13-14, osserva, che «qualora il senso della censura formulata fosse quello di denunciare non il *vulnus* alla parità delle parti nel processo, quanto piuttosto lo squilibrio sopravvenuto nel sinallagma sotteso alla richiesta di rito abbreviato – identificato nella rinuncia dell'imputato al contraddittorio nella formazione della prova in cambio degli sconti di pena previsti in suo favore dall'art. 442 cod. proc. pen. –, il parametro invocato risulterebbe di nuovo del tutto inconferente, una tale censura alludendo semmai a una supposta intrinseca irragionevolezza della disciplina, in ipotesi rilevante ai sensi dell'art. 3 Cost.: parametro, quest'ultimo, *che non è stato però invocato* [corsivo nostro] dall'ordinanza di rimessione, e che pertanto non può formare oggetto di esame in questa sede». Secondo A. CAPONE, *Appello dell'imputato contro la condanna. Le Sezioni Unite negano l'obbligo di rinnovazione istruttoria*, cit., p. 299, «sul giudizio di appello appena riformato pende ... una spada di Damocle, pronta ad abbattersi non appena un giudice formuli in modo adeguato una questione di legittimità costituzionale» dell'art. 603 comma 3-bis c.p.p. proprio «in relazione agli art. 3 e 24 Cost.».

¹⁴² S. TESORIERO, *Il sindacato costituzionale sulla (ir)ragionevole estensione dell'art. 603 comma 3-bis c.p.p. al giudizio abbreviato*, cit., p. 3398.

6. Gli ulteriori chiarimenti della Corte di cassazione: l'*expert witness*; la condotta illecita.

Le sezioni unite si sono pronunciate anche in merito ad una differente questione controversa, relativa all'applicabilità della regola di cui all'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p. all'ipotesi di dichiarazioni del perito o del consulente tecnico¹⁴³ rese dinanzi al primo giudice, in caso di appello del pubblico ministero avverso una sentenza di proscioglimento.

L'incertezza sul punto era dovuta alla mancanza di uniformità di opinioni, in seno alla giurisprudenza di legittimità, in merito all'equiparazione dello *status* di consulente tecnico e di perito a quello di testimone "comune".

Un orientamento, infatti, ai fini dell'applicazione della regola *de qua*, riteneva equiparabili *in toto* i mezzi di prova della testimonianza e della perizia, sulla base del fatto che la funzione svolta dall'*expert witness* nel processo e l'acquisizione dei risultati a cui egli è giunto nello svolgimento dell'incarico peritale imporrebbero che la rivalutazione della prova sia preceduta dal riascolto del medesimo, dato il rinvio dell'art. 501 comma

¹⁴³ Sul tema, per un inquadramento generale, v., *ex plurimis*, D. POLIDORO, *Istruttoria dibattimentale nel processo di appello e rinnovazione delle dichiarazioni provenienti dalle fonti di prova tecnicamente qualificate: ipotesi e soluzioni*, in *Arch. pen.*, 2018, I, p. 2, per cui «le valutazioni compiute dai 'testimoni tecnici' – riconducibili tanto all'impiego di 'opzioni metodologiche' tradizionalmente affidabili, quanto, in particolare, all'utilizzo di strumenti non ancora consolidati nella comunità scientifica, ma comunque affidabili sotto il profilo euristico – rappresentano, oggi, condizioni sempre più necessarie – e per certi versi indispensabili – per accertare la responsabilità dell'imputato nel processo penale». Come noto, riguardo alla "nuova prova scientifica" il reale rischio è piuttosto quello «di inserire nel quadro gnoseologico componenti di dubbio valore scientifico (la cosiddetta 'scienza spazzatura')» (G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., p. 112). Come rileva G. CANZIO, *La motivazione della sentenza e la prova scientifica: "Reasoning by probabilities"*, in *Prova scientifica e processo penale*, a cura di G. Canzio - L. Lupària, Padova, 2017, p. 13, «qualunque prova scientifica – ad eccezione delle sole leggi a carattere generale o quelle statistiche con margine di errore pressoché nullo – riveste comunque un carattere probabilistico, tanto che il grado di fondatezza dell'inferenza dipende dalla maggiore o minore precisione del significato conoscitivo e dimostrativo del dato assiologico costituito dalla legge di copertura». Ne consegue che «la prova scientifica, soprattutto nelle vicende caratterizzate da particolare complessità tecnica quanto alla ricostruzione probatoria, [è sì] destinata a svolgere, sempre più, un ruolo di straordinario rilievo nel ragionamento e nella decisione del giudice, rivelandosi potenzialmente idonea ad accorciare i tempi e gli spazi dei 'percorsi di verità' e a ridurre l'area dell'incertezza e del ragionevole dubbio», ma «il funzionamento delle Corti nelle questioni in cui sono coinvolte dimensioni tecniche e scientifiche, soprattutto se nuove per l'interprete, [deve] essere ... più rigoroso quanto ai profili della selezione degli esperti, della formulazione dei quesiti e della verifica di attendibilità delle risposte» (*ivi*, p. 11). In giurisprudenza, v. le conclusioni cui è pervenuta la nota Cass., sez. un., 10 luglio 2002, Franzese, in *C.E.D. Cass.*, n. 222138-222139.

l c.p.p., per quanto concerne le modalità d'esame dello stesso¹⁴⁴, alle «disposizioni sull'esame dei testimoni, in quanto applicabili»¹⁴⁵.

Un differente indirizzo sosteneva invece che la prova scientifica non fosse equiparabile a quella dichiarativa, con la conseguente mancanza di un obbligo per il giudice di procedere alla rinnovazione dibattimentale in caso di *overturning* sfavorevole basato su una diversa valutazione di tale contributo probatorio, sulla base del fatto che esso consti in un parere tecnico, da cui il giudice può discostarsi solo argomentando congruamente il proprio diverso convincimento¹⁴⁶.

La questione è stata rimessa, dunque, alle sezioni unite della Corte di cassazione¹⁴⁷, le quali hanno stabilito che il giudice d'appello, in caso di riforma *in peius* della sentenza di proscioglimento, avvenuta sulla base di una diversa valutazione di tali dichiarazioni, se di natura decisiva, ha ugualmente l'obbligo di procedere alla rinnovazione dell'esame dello stesso in quanto trattasi di prova dichiarativa¹⁴⁸, mentre un tale onere non sussiste qualora un siffatto diverso apprezzamento abbia ad oggetto la relazione del perito acquisita in primo grado senza l'effettuazione dell'esame¹⁴⁹.

In tale seconda ipotesi verrebbe meno una delle caratteristiche che la prova dichiarativa deve avere ai sensi dell'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p., ossia l'essere stata comunicata “a viva voce”, essendo quest'ultimo l'unico mezzo – per le sezioni unite della Corte di cassazione – che garantisce e attua i principi di oralità e immediatezza.

¹⁴⁴ Sulle differenze intercorrenti tra il ruolo e il contributo del testimone e quello dell'*expert witness*, in particolare in riferimento al momento dell'esame incrociato, v., per tutti, G. VARRASO, *La prova tecnica*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Spangher, Torino, 2009, p. 280 ss.

¹⁴⁵ Per tale indirizzo, cfr. Cass., sez. IV, 27 aprile 2018, Anello, in *C.E.D. Cass.*, n. 273872; Cass., sez. IV, 28 febbraio 2018, D'Angelo, in *C.E.D. Cass.*, n. 273908; Cass., sez. IV, 21 febbraio 2018, Lumaca, in *C.E.D. Cass.*, n. 273907; Cass., sez. IV, 6 dicembre 2016, Maggi, in *C.E.D. Cass.*, n. 269035; Cass., Sez. II, 1° luglio 2015, Sagone, in *C.E.D. Cass.*, n. 264542.

¹⁴⁶ V. Cass., sez. V, 14 settembre 2016, Abruzzo, in *C.E.D. Cass.*, n. 269529; Cass., sez. III, 18 ottobre 2017, Colleoni, in *C.E.D. Cass.*, n. 271812.

¹⁴⁷ Cass., sez. un., 28 gennaio 2019, Pavan Devis, cit., p. 1 ss. La rimessione della questione si deve a Cass., sez. II, ord. 23 maggio 2018, Pavan Devis, in *Dir. pen. cont.*, consultabile al sito www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso 30 agosto 2019).

¹⁴⁸ Merita segnalare, al riguardo, che la Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene “testimone” chiunque renda dichiarazioni all'autorità procedente destinate a essere utilizzate per la ricostruzione fattuale operata dal giudice al momento della sua decisione, con l'esclusione però del perito, al cui riguardo dovrebbero comunque essere salvaguardate le garanzie per l'accusato previste dall'art. 6 comma 1 Conv. eur. dir. uomo: cfr. C. eur. dir. uomo, sent. 28 agosto 1991, *Brandstetter* c. Austria, § 42. Il consulente tecnico, diversamente, rientra nella categoria di “testimone” di cui all'art. 6 comma 3 Conv. eur. dir. uomo: cfr. C. eur. dir. uomo, sent. 6 maggio 1985, *Bönisch* c. Austria, § 32. Sul punto, v., su tutti, G. UBERTIS, *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Arch. pen.*, 2012, II, p. 6. V., altresì, R. CASIRAGHI, sub art. 6, cit., p. 209. Sull'“autonomia linguistica” del giudice di Strasburgo, v., ampiamente, *supra*, cap. I, § 7.

¹⁴⁹ Cass., sez. un., 28 gennaio 2019, Pavan Devis, cit., p. 20.

In sostanza, quando in primo grado vi sia stato un contraddittorio solo cartolare fra le parti – per loro scelta – mediante il deposito di eventuali memorie tecniche, la prova si configura *ab origine* come cartolare: ne consegue che non sussista alcun onere di rinnovazione, ai sensi dell'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p., ad opera del giudice d'appello. Ritenendo diversamente, l'esame del perito dovrebbe essere compiuto *ex novo* in tale sede, posto che le parti avevano rinunciato ad esso in primo grado¹⁵⁰; rimane fermo, in ogni caso, che il giudice possa disporre tale esame *ex officio*, qualora lo ritenga assolutamente necessario ai sensi dell'art. 603 comma 3 c.p.p.¹⁵¹.

È evidente la contraddizione rispetto alle conclusioni cui sono giunte le stesse sezioni unite in relazione al rito abbreviato¹⁵², nel quale la scelta dell'imputato di rinunciare ad esercitare il contraddittorio non viene preservata in sede di appello, non rilevando in alcun modo, dunque, ai fini dell'applicazione dell'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p., che l'escussione della fonte di prova personale non sia stata effettuato in primo grado.

Nelle sue argomentazioni, la Corte di cassazione si è richiamata alla tesi dottrinale per cui il perito ha un ruolo processuale polivalente¹⁵³, reputando che tale circostanza non giustifichi, stando al dato letterale dell'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p., una disciplina differenziata¹⁵⁴; le sezioni unite hanno dunque optato, ai fini dell'estensione della disciplina anche a tale categoria di dichiaranti, per un'assimilazione del perito al testimone, normativamente sostenibile dato il disposto di cui all'art. 501 comma 1 c.p.p.: entrambi usano il linguaggio verbale per trasmettere le informazioni di cui sono a

¹⁵⁰ Cass., sez. un., 28 gennaio 2019, Pavan Devis, cit., p. 20-21, che peraltro in tal punto sostiene che tale soluzione non contrasterebbe con il principio di diritto affermato nella sentenza Patalano, in tema di rinnovazione della prova in appello a seguito di giudizio abbreviato non condizionato (v. *supra*, § 5), poiché in quel caso l'onere di rinnovare ha ad oggetto le sommarie informazioni veicolate nel processo pur sempre a mezzo del linguaggio verbale, mentre, nel caso in esame, non vi è alcuna dichiarazione del perito ma solo una relazione scritta. La distinzione operata dalle sezioni unite pare, invero, un po' forzata.

¹⁵¹ Cass., sez. un., 28 gennaio 2019, Pavan Devis, cit., p. 21.

¹⁵² V. *supra*, § 5.

¹⁵³ Cfr. Cass., sez. un., 28 gennaio 2019, Pavan Devis, cit., p. 13, per cui «il perito, in ambito processuale, può rivestire ruoli polivalenti potendo essere chiamato a svolgere sia accertamenti (indagini; acquisizione di dati probatori: cd attività percipiente) che valutazioni (cd. attività deducete): ed è per questa sua peculiarità che viene denominato – in linea con la tradizione dei paesi di *common law* – anche "testimone esperto" (*expert witness*), perché, come il testimone, ha l'obbligo di riferire sui fatti sui quali viene esaminato, ma "esperto" perché, nel rispondere, si avvale delle sue competenze specialistiche». Sul punto, v. O. DOMINIONI, *Prova scientifica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali II-1, Roma, 2008, p. 967-977.

¹⁵⁴ Cfr. Cass., sez. un., 28 gennaio 2019, Pavan Devis, cit., p. 17, che ritiene che «ai ristretti fini» dell'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p., «l'attenzione va[da] focalizzata non tanto sul contenuto [delle dichiarazioni], quanto sull'effetto che le dichiarazioni del perito hanno sulla decisione, sicché, ove siano ritenute decisive ai fini dell'assoluzione dell'imputato, vanno considerate come una prova dichiarativa a tutti gli effetti».

conoscenza nel corso del dibattimento davanti ad un giudice, nel contraddittorio delle parti¹⁵⁵.

Il giudice di seconde cure, dunque, verificato il carattere decisivo della valutazione del perito o del consulente tecnico per l'assoluzione in primo grado, ove voglia disattendere tale pronuncia, in ossequio al canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio¹⁵⁶, deve necessariamente rinnovare l'istruzione e disporre l'audizione del consulente tecnico o del perito, ai sensi dell'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p.¹⁵⁷, trattandosi di una prova dichiarativa, per cui l'ordinamento privilegia l'acquisizione effettuata in contraddittorio in connubio con l'immediatezza, per il formarsi del suo convincimento¹⁵⁸.

D'altronde, la soluzione cui la Corte di cassazione è pervenuta in merito alla necessità di procedere alla rinnovazione istruttoria, poteva agevolmente ricavarsi dal fatto che, se il processo penale è il luogo deputato a "ricostruire"¹⁵⁹, tale ricostruzione, anche quando implica conoscenze tecnico-scientifiche, non può fare a meno della contrapposizione dialettica delle parti, *modus procedendi* ad esso "connaturato", la cui efficacia, parimenti a quanto avviene per il testimone, dipende indubbiamente dall'intensità e dalla qualità del confronto¹⁶⁰.

¹⁵⁵ Cass., sez. un., 28 gennaio 2019, Pavan Devis, cit., p. 11-12. Sul punto, v. L. ALGERI, *Per la reformatio in peius è obbligatoria la rinnovazione dell'esame dell'esperto*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1447.

¹⁵⁶ Come nota L. ALGERI, *Per la reformatio in peius è obbligatoria la rinnovazione dell'esame dell'esperto*, cit., p. 1448, anche in tal caso è, infatti, «il canone del ragionevole dubbio che impone al giudice di appello, che intenda valutare in modo diverso le dichiarazioni di un testimone o le dichiarazioni di un perito che siano state ritenute decisive per la pronuncia di assoluzione, di procedere di nuovo all'esame degli stessi in contraddittorio, in modo da dissipare i dubbi sulla colpevolezza dell'imputato».

¹⁵⁷ Cass., sez. un., 28 gennaio 2019, Pavan Devis, cit., p. 24, distingue, in generale, in base al fatto che il vizio si sia configurato nella vigenza della precedente normativa, con ciò prospettando un difetto di motivazione, ed il caso in cui la decisione impugnata sia emessa successivamente all'entrata in vigore del novellato art. 603 comma 3-*bis* c.p.p., reputando si verifichi in tal caso l'inosservanza di una norma processuale per cui è prospettata la nullità. Su tale conclusione e sui rimedi prospettati in dottrina, in riferimento all'inosservanza dell'obbligo di procedere alla rinnovazione istruttoria v., ampiamente, *supra*, § 3, in particolare nota 74. Per quanto concerne, in specie, la categoria del perito, le sezioni unite ritengono che se «la sentenza di condanna pronunciata in sede di appello in riforma della sentenza assolutoria di primo grado, sia stata decisa sulla base della sola relazione peritale, acquisita agli atti, senza il previo esame del perito, il ricorso per cassazione – sia che si debba applicare la vecchia che la nuova normativa – [possa] essere proposto *solo* [corsivo nostro] ai sensi dell'art. 606 lett. e) cod. proc. pen. ossia per vizio di motivazione sotto il profilo della mancanza o manifesta illogicità della motivazione ... e sempre che la prova negata (esame del perito), confrontata con le ragioni addotte a sostegno della decisione, sia di natura tale da poter determinare una diversa conclusione del processo» (*ivi*, p. 24).

¹⁵⁸ Sul punto, v. G. GAETA, *Una declinazione esemplare della legalità europea in prospettiva intertemporale*, in *Arch. pen.*, 2019, I, p. 2.

¹⁵⁹ Per tali fondamentali considerazioni, v. *supra*, cap. I, § 1; cap. II, § 1 e 2.

¹⁶⁰ V., sul punto, le considerazioni di C. SCACCIANOCE, *Prova tecnica e appello penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, III, p. 749, dove l'Autrice rileva che «il modello falsificazionista insito nel contraddittorio assurge a pratica preziosa, la sola, peraltro, che consente a chi ha funzione di *ius dicere* di potere svolgere un più

Ulteriori dubbi permangono, invece, sulla *ratio* della rinnovazione: garanzia dell'immediatezza o del ragionevole dubbio? Le sezioni unite considerano necessaria la rinnovazione, ma solo nel caso in cui l'esame dibattimentale del perito o del consulente tecnico sia svolto in primo grado, mancando – opportunamente – in tale occasione il consueto ed “eccentrico” richiamo al canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio, che avrebbe invece sfatato l'asserita decisività di tale previo esame¹⁶¹.

Viceversa, in riferimento ad un altro nodo esegetico derivante dal tenore letterale dell'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p., merita segnalare che la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che l'obbligo di procedere alla rinnovazione istruttoria non sussisterebbe nel caso di dichiarazioni acquisite ai sensi dell'art. 500 comma 4 c.p.p., cioè nelle ipotesi in cui l'atto di indagine sia stato in primo grado acquisito al processo per il verificarsi della *fattispecie sussidiaria* nella formazione della prova prevista all'art. 111 comma 5 Cost.¹⁶² della «provata condotta illecita» effettuata ‘sul’ dichiarante¹⁶³.

La Corte di cassazione sostiene che tale conclusione si basi sul fatto che «l'onere di rinnovare l'audizione deriv[i] dalla iniquità della decisione su compendi probatori deprivati e presuppone, pertanto, che l'audizione si sia ‘già’ svolta in contraddittorio in primo grado»¹⁶⁴.

Ne consegue che, qualora il giudice di prime cure acquisisca al fascicolo di cui all'art. 431 c.p.p. un atto d'indagine ai sensi dell'art. 500 comma 4 c.p.p., «non essendo stata effettuata alcuna valutazione diretta del teste in primo grado, manchi il presupposto convenzionale per la rinnovazione, *dato che non si registra alcun disallineamento tra le*

penetrante controllo sulle acquisizioni di natura scientifica, pervenendo a un'affermazione di colpevolezza, se, e solo se, può escludersi ogni ragionevole dubbio».

¹⁶¹ V. Cass., sez. un., 28 gennaio 2019, Pavan Devis, cit., p. 21-22, che, a tal proposito, sostiene che la mancata applicazione dell'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p. non sia in contrasto con il criterio dell'«oltre ogni ragionevole dubbio», poiché esso «*opera a valle del processo, e cioè al momento della decisione* [corsivo nostro], decisione che non può che essere presa sulla base del materiale probatorio legittimamente acquisito agli atti (nella specie: la sola relazione peritale)». Tale conclusione, invero, richiama i dubbi in ordine alle differenti argomentazioni delle sezioni unite della Corte di cassazione già esplicitati, specialmente in riferimento al rito abbreviato: v. *supra*, § 4 e 5.

¹⁶² Sul punto, v. *supra*, cap. II, § 5.

¹⁶³ Cfr. Cass., sez. II, 11 dicembre 2017 n. 55068, in *Giur. it.*, 2018, p. 205 ss. Per un commento di tale pronuncia, v. V. AIUTI, *Rinnovazione del dibattimento e “provata condotta illecita”*, *ivi*, 2018, p. 206 ss.; G. SGADARI, *Dichiarazioni acquisite ex art. 500, comma 4, c.p.p. e reformatio in pejus. È necessaria la rinnovazione dibattimentale?*, in *Il penalista*, 3 dicembre 2018, consultabile al sito www.ilpenalista.it (ultimo accesso 29 agosto 2019).

¹⁶⁴ Cass., sez. II, 11 dicembre 2017, n. 55068, cit., p. 206.

prove utilizzate nel primo grado di giudizio e quelle disponibili per il giudizio di appello [corsivo nostro]»¹⁶⁵.

Infine, richiamandosi ad una nota tesi dottrinale¹⁶⁶, la Corte di cassazione sottolinea come la subornazione renda il dichiarante sostanzialmente incapace di testimoniare: tale «stato ... è incompatibile con la assunzione della testimonianza in qualunque fase processuale e, dunque, anche nel giudizio di appello»¹⁶⁷.

Tale argomentazione pare, a primo impatto, completamente disallineata dalle conclusioni cui sono pervenute le sezioni unite della Corte di cassazione¹⁶⁸ – peraltro avallate dalla Corte costituzionale¹⁶⁹ –, in materia di rito abbreviato.

La soluzione, basata sulla ‘variazione del metodo cognitivo’, cui si è pervenuti nel caso di consenso dell’imputato ai sensi dell’art. 111 comma 5 Cost., non è stata infatti applicata per l’ipotesi di «provata condotta illecita».

E, d’altronde, stando al rigido dato letterale dell’art. 603 comma 3-*bis* c.p.p., in questo caso si tratta di «prova dichiarativa»¹⁷⁰. Salvo che la subornazione non possa più dirsi «provata»¹⁷¹, in riferimento a tale fattispecie, la Cassazione ammette però che una dichiarazione unilaterale possa essere valutata diversamente attendibile da due giudici di merito, conducendo ad una condanna in appello senza rinnovazione, sulla base della sola motivazione rafforzata¹⁷². È evidente che tale – ragionevole, in quanto con la condotta illecita l’imputato rinuncia all’esercizio del contraddittorio (e dunque, naturalmente, dei

¹⁶⁵ Cass., sez. II, 11 dicembre 2017, n. 55068, cit., p. 206-207, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente. La Corte di cassazione ritiene che la «rivisitazione del processo nel caso di progressione processuale non conforme presuppone ... che la testimonianza sia ‘assumibile’. Tale circostanza non si verifica nei casi in cui si accerti che il teste sia subornato e che, pertanto, la sua audizione non garantisca l’ingresso nel processo di contenuti probatori credibili e non supporti un percorso valutativo affidabile del compendio probatorio disponibile» (*ivi*, p. 207).

¹⁶⁶ P. FERRUA *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, cit., p. 164 ss.

¹⁶⁷ Cass., sez. II, 11 dicembre 2017 n. 55068, cit., p. 207.

¹⁶⁸ V. *supra*, § 4 e 5.

¹⁶⁹ V. *supra*, § 5.

¹⁷⁰ Cfr. V. AIUTI, *Rinnovazione del dibattimento e “provata condotta illecita”*, cit., p. 208, che rileva che «nel *genus* delle ‘prove dichiarative’ menzionate dalla nuova norma, insomma, rientrano anche le sommarie informazioni acquisite ex art. 500, 4° comma. Il fatto che la Costituzione ne consenta l’uso in primo grado non vuol dire che siamo obbligati a utilizzarle anche in appello, a prescindere dalla possibilità di risentire il dichiarante».

¹⁷¹ Cass., sez. II, 11 dicembre 2017, n. 55068, cit., p. 206-207.

¹⁷² Come nota V. AIUTI, *Rinnovazione del dibattimento e “provata condotta illecita”*, cit., p. 210, la conseguente «costruzione della diversa norma» effettuata dalla Corte di cassazione è sorretta dal fatto che essa ritiene che «una prova acquisita e valutata in modo ‘cartolare’ non de[bba] essere ri-acquisita oralmente, per essere rivalutata».

suoi corollari)¹⁷³ – conclusione della giurisprudenza di legittimità¹⁷⁴, sia in controtendenza con l’orientamento delle sezioni unite in riferimento al rito abbreviato.

Per quanto concerne quest’ultimo, le sezioni unite hanno identificato la *ratio* della regola della rinnovazione istruttoria nell’esigenza di assicurare «una variazione della base cognitiva utilizzata»¹⁷⁵ dal giudice di seconde cure, mentre, nel caso della «provata condotta illecita», la Corte di cassazione non ha reputato sorga la stessa necessità, ai fini di una rivalutazione di tali dati gnoseologici¹⁷⁶.

Non resta che ribadire, dunque, che i difetti di coordinamento in merito all’interpretazione dei requisiti da cui nasce l’obbligo di procedere alla rinnovazione istruttoria nascono probabilmente dalla rigidità della disposizione di cui all’art. 603 comma 3-*bis* c.p.p., che, non discriminando tra situazioni diverse che meriterebbero un trattamento diverso, è inadatto alle molteplici esigenze che condizionano la rinnovazione dell’istruzione dibattimentale¹⁷⁷.

¹⁷³ Al riguardo, v. *supra*, cap. II, § 5.

¹⁷⁴ Secondo V. AIUTI, *Rinnovazione del dibattimento e “provata condotta illecita”*, cit., p. 210, all’evidenza, la *ratio* della decisione della Corte di cassazione è: «se ri-ascoltiamo il dichiarante subornato, immettiamo nel dibattimento d’appello un’informazione inaffidabile; e la funzione della rinnovazione, che è quella di introdurre in appello il materiale più attendibile possibile, ne uscirebbe svilita». L’art. 603 comma 3-*bis* c.p.p. «va quindi interpretato come se escludesse casi del genere dal suo campo applicativo»: «in logica interpretativa diremmo che la Corte ha individuato una ‘eccezione inespressa’» (V. AIUTI, *Rinnovazione del dibattimento e “provata condotta illecita”*, cit., p. 210). Sulla *fattispecie sussidiaria* nella formazione della prova del *contraddittorio inquinato*, v., ampiamente, *supra*, cap. II, § 5.

¹⁷⁵ Cass., sez. un., 22 dicembre 2017 Troise, cit., p. 286. Sul punto, v. *supra*, § 5.

¹⁷⁶ Sul punto, v. V. AIUTI, *Rinnovazione del dibattimento e “provata condotta illecita”*, cit., p. 209, il quale sottolinea come alla base della conclusione cui è pervenuta in tale occasione la Corte di cassazione vi sia, dunque, *a priori*, «un evidente conflitto irrisolto tra la Seconda Sezione penale e le Sezioni unite».

¹⁷⁷ Cfr. V. AIUTI, *Rinnovazione del dibattimento e “provata condotta illecita”*, cit., p. 212, il quale ritiene che la rigidità della disciplina introdotta induca l’interprete «a manipolare il testo delle norme, sfiando la regola della rinnovazione con numerose ‘eccezioni inesprese’». L’Autore conclude: «ma gli equilibri che regolano l’accertamento di primo grado sono sempre riproducibili per intero, regole e eccezioni incluse, nel giudizio che è destinato a criticare e sostituire quell’accertamento?». Infatti, «per quanto ragionevole sia la soluzione della Corte, non è escluso che lo stesso dilemma oggi proposto dall’art. 500, 4° comma, si ripresenti – con analoghi problemi, analoghe soluzioni, e analoghe perplessità – anche in caso di ‘impossibilità di natura oggettiva’» ex art. 111 comma 5 Cost., con l’esclusione dell’ipotesi di morte del dichiarante (*ivi*, p. 212). L’Autore si riferisce a tale locuzione come interpretata dalla dottrina prevalente e dalla giurisprudenza. Peraltro, merita segnalarsi che (quantomeno) tale ulteriore inconveniente non si verificherebbe se tale locuzione fosse interpretata come riferentesi a esperimenti probatori strutturalmente refrattari alla formazione in contraddittorio: v. *supra*, cap. II, § 5 e 6.

BIBLIOGRAFIA

AIUTI, V., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il libero convincimento del giudice d'appello*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3971.

AIUTI, V., *Impugnazioni e principio di immediatezza nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, XI, p. 1440.

AIUTI, V., *L'art. 603 c.p.p. dopo Dan c. Moldavia: un casebook*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1002.

AIUTI, V., *Poteri d'ufficio della Cassazione e diritto all'equo processo*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3214.

AIUTI, V., *Condanna in appello e rito abbreviato*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, XI, p. 1438.

AIUTI, V., *Obbligo di rinnovazione e prova dichiarativa (comma 58 l. n. 103/2017)*, in *La riforma della giustizia penale*, a cura di A. Marandola – T. Bene, Milano, 2017, p. 263.

AIUTI, V., *Appello della condanna e rinnovazione istruttoria*, in *Dir. pen. cont.*, Riv. Trim., 2018, V, p. 35.

AIUTI, V., *Rinnovazione del dibattimento e "provata condotta illecita"*, in *Giur. it.*, 2018, p. 206.

AIUTI, V., *L'immediatezza presa sul serio*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, I, p. 109.

ALGERI, L., *Il nuovo volto dell'appello tra obbligo di rinnovazione istruttoria e dovere di motivazione "rafforzata"*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, III, p. 388.

ALGERI, L., *Per la reformatio in peius è obbligatoria la rinnovazione dell'esame dell'esperto*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1444.

- ALTAVILLA, E., *La psicologia giudiziaria*, Torino, 1929.
- AMODIO, E., *L'impatto della normativa europea sul processo penale italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 665.
- AMODIO, E., *Il dibattimento*, in *Il nuovo processo penale dalle indagini preliminari al dibattimento*, Milano, 1989, p. 100.
- AMODIO, E., *Il dibattimento nel nuovo rito accusatorio*, in *Giust. pen.*, 1989, III, 580.
- AMODIO, E., *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa* (2002), in ID., *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, p. 131.
- AMODIO, E., *L'esame incrociato tra la prassi statunitense e le scelte del legislatore italiano* (1990), in ID., *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, p. 265.
- ANDOLINA, A., *Gli atti anteriori all'apertura del dibattimento*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Ubertis – G.P. Voena, XXXII, Milano, 2008.
- ANDREAZZA, G., *Gli atti preliminari al dibattimento nel processo penale*, Padova, 2004.
- APRATI, R., *Overturing sfavorevole in appello e mancanza del riesame*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2672.
- ARISTOTELE, *Retorica*, I, 3, 1358 b ss., in ID., *Opere*, trad. it., X, Roma-Bari, 1992, p. 1.
- BACONE, F., *Nuovo organo* (1620), trad. it., Milano, 2002.
- BALSAMO, A., *La Corte di Strasburgo e i testimoni assenti: gli sviluppi del "nuovo corso" avviato dalla sentenza Al-Khawaja*, in *Cass. pen.*, 2013, VII-VIII, p. 2837.

BARGI, A. – GAITO, A., *Il ritorno della Consulta alla cultura processuale inquisitoria (a proposito del p.m. nelle impugnazioni penali)*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 240.

BARGIS, M., *Incidente probatorio*, in *D. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1992, p. 347.

BARGIS, M., *Studi di diritto processuale penale*, Torino, 2002.

BARGIS, M., *Testimonianza (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg., II, t. 1, Milano, 2008, p. 1097.

BARGIS, M., *Impugnazioni*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso – V. Grevi, Padova, 2018, p. 897.

BARGIS, M., *Primi rilievi sulla proposta di modifica in materia di impugnazioni nel recente d.d.l. governativo*, in *Dir. pen. cont.*, Riv. trim., 2015, I, p. 1.

BAZZANI, M., *Art. 511 c.p.p.: lettura dibattimentale di atti originariamente irripetibili*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, III, p. 764.

BECCARIA, C., *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di A. Burgio, Milano, 2012.

BELLINO, S. – DI MASI, V., *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello. CEDU e Cassazione a confronto*, in *La prova nel giudizio di appello*, a cura di L. Iandolo, Torino, 2014, p. 100.

BELLUTA, H., *Contraddittorio e consenso: metodi alternativi per la formazione della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, I, p. 126.

BELLUTA, H., *Prospettive di riforma dell'appello penale, tra modifiche strutturali e microchirurgia normativa*, in *Impugnazioni penali: assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, a cura di M. Bargis – H. Belluta, Torino, 2013, p. 235.

BELLUTA, H.–LUPÀRIA, L., *La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, Riv. trim., 2017, III, p. 151.

BELLUTA, H., *Oltre Dasgupta o contro Dasgupta? Alle Sezioni Unite decidere se la rinnovazione è obbligatoria anche in caso di overturning da condanna a proscioglimento*, in *Dir. pen. cont.*, 19 ottobre 2017, consultabile all'indirizzo www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso 11 settembre 2019), p. 1.

BELLUTA, H., *Tra legge e giudice: la Corte costituzionale "approva" la nuova fisionomia della rinnovazione probatoria in appello, come interpretata dalle sezioni unite*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, VI, p. 37.

BELVINI, L., *Mutamento del giudice e nuova istruttoria: note sull'involuzione interpretativa*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, I, p. 150.

BIONDI, G., *L'istituto dell'incidente probatorio. Dagli albori del codice di rito alle prospettive de iure condendo*, in *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma: continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Milano, 2012, p. 75.

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

BOUCHARD, M., *Prime osservazioni al decreto legislativo sulle vittime di reato*, in *Quest. giust.*, 14 gennaio 2016 consultabile al sito internet www.questionegiustizia.it (ultimo accesso 11 settembre 2019).

BRONZO, P., *Condanna in appello e rinnovazione della prova dichiarativa*, in *Arch. pen.*, 2014, III, p. 1.

BRONZO, P., *La nuova ipotesi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello*, in *Le recenti riforme in materia penale*, a cura di G.M. Baccari – C. Bonzano – K. La Regina – E.M. Mancuso, Padova, 2017, p. 406.

BRUNO, P., *Concentrazione (principio del)*, in *D. disc. pen.*, vol. VI, Milano, 1992, p. 501.

BUZZELLI, S., *Le letture dibattimentali*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis - G.P. Voena, XXXIII.2, Milano, 2000.

BUZZELLI, S., *Fascicolo dibattimentale “negoziato” e acquisizione probatoria*, in *Ind. pen.*, 2001, I, p. 389.

BUZZELLI, S., *Giusto processo*, in *D. disc. pen.*, Agg., II, 2004, p. 342.

CABIALE, A., *Verso un appello “convenzionalmente orientato”: necessità di un nuovo esame testimoniale per condannare in seconde cure*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 47.

CAIANIELLO, M., *Mutamento del giudice dibattimentale e rinnovazione del giudizio*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1394.

CALAMANDREI, I., *Immediatezza (principio di)*, in *D. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1992, p. 149.

CALAMANDREI, P., *Oralità nel processo*, in *Nuovo D. it.*, vol. IX, Torino, 1939, p. 178.

CALAMANDREI, P., *La dialetticità del processo*, in ID., *Processo e democrazia*, Padova, 1954, p. 122.

CALAMANDREI, P., *Processo e giustizia (1950)*, in *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, I, Napoli, 1965, p. 572.

CANESCHI, G., *La rinnovazione istruttoria in appello dopo la riforma Orlando: una non soluzione ad un problema apparente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 821.

CANTONE, R., *La reformatio in peius in appello di una sentenza di assoluzione: i limiti imposti dalla Cassazione*, in *Arch. n. proc. pen.* 2013, IV, p. 456.

CANZIO, G., *Prova scientifica, ricerca della "verità" e decisione giudiziaria nel processo penale*, in *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Milano, 2005, p. 71.

CANZIO, G. – TARUFFO, M. – UBERTIS, G., *Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)*, in *Criminalia*, 2009, p. 305.

CANZIO, G., *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile"*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, VIII, p. 985.

CANZIO, G., *La motivazione della sentenza e la prova scientifica: "Reasoning by probabilities"*, in *Prova scientifica e processo penale*, a cura di G. Canzio - L. Lupària, Padova, 2017.

CAPONE, A., *Incidente probatorio e tutela della vittima di reato*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 344.

CAPONE, A., *Dopo Dan c. Moldavia. Per un processo di parti nell'appello penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1007.

CAPONE, A., *Prova in appello: un difficile bilanciamento*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, p. 52.

CAPONE, A., *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, in *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, a cura di M. Bargis – H. Belluta, Torino, 2018, p. 56.

CAPONE, A., *La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello*, in *Dir. pen. cont.*, 9 ottobre 2018, consultabile all'indirizzo www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso 20 agosto 2019), p. 1.

CAPONE, A., *Appello dell'imputato contro la condanna. Le Sezioni Unite negano l'obbligo di rinnovazione istruttoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, I, p. 288.

CAPPELLETI, M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962.

CAPRIOLI, F., *Inappellabilità delle sentenze di proscioglimento e «parità delle armi» nel processo penale*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 250.

CAPRIOLI, F., *I nuovi limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento tra diritti dell'individuo e «parità delle armi»*, in *Giur. it.*, 2007, p. 253.

CAPRIOLI, F., *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 51.

CAPRIOLI, F., *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensiva*, in *Cass. pen.*, 2012, VII-VIII, p. 2444.

CARACENI, L., *Poteri d'ufficio in materia probatoria*, Milano, 2007.

CARNELUTTI, F., *Lezioni sul processo penale*, III, Roma, 1947.

CARNELUTTI, F., *Torniamo al giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, p. 171.

CARNELUTTI, F., *Questioni sul processo penale*, Bologna, 1950.

CARNELUTTI, F., *Principi del processo penale*, Napoli, 1960.

CARNELUTTI, F., *La malattia del processo penale italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, p. 7.

CAROFILIO, G., *La tecnica del controesame (Metodo ed implicazioni)*, in *Quest. giust.*, 1996, p. 121.

CARTABIA, M., *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3564.

CASATI, P., *Il giudizio di appello tra esigenze di celerità processuale e rispetto del contraddittorio*, in *Ind. pen.*, 2007, II, p. 671.

CASIRAGHI, R., *Prove vietate e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1768.

CASIRAGHI, R., *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Ubertis – G.P. Voena, XVI, Milano, 2011.

CASIRAGHI, R., *Conferme e smentite della Grande camera in materia di testimoni assenti*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2627.

CASIRAGHI, R., sub art. 6, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis – F. Viganò, Torino, 2016, p. 188.

CASIRAGHI, R., *I nuovi approdi “europei” del diritto al confronto*, in *Cass. pen.*, 2019, III, p. 1363.

CASSIBBA, F., *L’udienza preliminare. Struttura e funzioni*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis – G. P. Voena, XXX.1, Milano, 2007.

CASSIBBA, F., *Il contraddittorio nella formazione della prova tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Giur. mer.*, suppl. vol. n. 12, 2008, p. 126.

CASTIGLIA, G., *Il principio di immediatezza e la rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice*, in *Cass. pen.*, 2007, IX, p. 3182.

CECCHETTI, M., *Il principio del “giusto processo” nel nuovo art. 111 della Costituzione. Origini e contenuti normativi generali*, in *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione delle prove. Legge 1° marzo 2001, n. 63*, a cura di P. Tonini, Padova, 2001, p. 72.

CERESA-GASTALDO, M., *Non è costituzionalmente tollerabile la menomazione del potere di appello del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1894.

CERESA-GASTALDO, M., *Appello (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali III, 2010, p. 11.

CERESA-GASTALDO, M., *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*, in *Dir. pen. cont.*, Riv. trim., 2017, III, p. 163.

CESARI, C., *Prova (acquisizione della)*, in *D. disc. pen.*, Agg., II, 2004, p. 721.

CHELO, M.S., *Prove precedentemente acquisite e irrevocabilità del consenso all'utilizzabilità in caso di mutamento del giudice*, 19 ottobre 2018, in www.ilpenalista.it (ultimo accesso 11 settembre 2019).

CHIAVARIO, M., *Dichiarazioni a carico e contraddittorio tra l'intervento della Consulta e i progetti di riforma costituzionale*, in *Leg. pen.*, 1998, p. 925.

CHIAVARIO, M., *Giustizia penale, Carta dei diritti e Corte europea dei diritti umani*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, IV, p. 21.

CHIAVARIO, M., *Giusto processo – II) processo penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, Roma, 2001, p. 1.

CHINNICI, D., *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005.

CHINNICI, D., *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Torino, 2009.

CHINNICI, D., *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di appello*, in *Cass. pen.*, 2012, IX, p. 3159.

CHINNICI, D., *Contraddittorio, immediatezza e parità delle parti nel giudizio di appello. Estenuazioni interne e affermazioni europee*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, III, p. 172.

CHINNICI, D., *Contraddittorio e giudizio di appello. Ortodossia europea, resistenze interne e gradualità aperture in attesa del "sigillo del legislatore"*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di D. Negri – R. Orlandi, Torino, 2017, p. 187.

CHIOVENDA, G., *Principi di diritto processuale civile*, Roma, 1923.

CHIOVENDA, G., *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, vol. II, Roma, 1931.

CHIOVENDA, G., *Principi di diritto processuale civile (1906)*, Napoli, 1965, p. 680.

CIAMPI, S., *art. 603 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda – G. Spangher, Assago Milanofiori, 2017, p. 3253.

CIPOLLA, P., *Mutamento del giudice, rinnovazione del dibattimento mediante letture di verbali di prove dichiarative e rilevanza del consenso delle parti*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3068.

COMI, V., *Riforma in appello di una sentenza assolutoria e obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 195.

CONFALONIERI, A., *Diritto ad essere informati riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1007.

CONSO, G., *Accusa e sistema accusatorio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 334.

CONSO, G., *Questioni nuove di procedura penale*, Milano, 1959.

CONSO, G., *Intervento*, in *Criteri direttivi per una riforma del processo penale (IV Convegno di studi «Enrico De Nicola»)*, Milano, 1965, p. 317.

CONSO, G., *Verso il nuovo processo penale. Problemi di metodo e scelte di fondo*, in *Giust. pen.*, 1988, p. 513.

CONSO, G. – GREVI, V. – NEPPI MODONA, G., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. I, Padova, 1989.

CONSO, G. – GREVI, V. – NEPPI MODONA, G., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. IV, Padova, 1989.

CONSO, G. – GREVI, V. – NEPPI MODONA, G., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. V, Padova, 1989.

CONSO, G., *Conclusioni*, in *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Milano, 1996, p. 269.

CONTI, C., *Le due “anime” del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 197.

CONTI, C., *Giusto processo – b) diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, 2001, p. 627.

CONTI, C., *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento: variazioni in tema di diritto alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, VI, p. 746.

CONTI, C., *Giusto processo (proc. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, III, Milano, 2006, p. 2815.

COPPI, F., *No all'appello del pm dopo la sentenza di assoluzione*, in *Il Giusto processo*, 2003, V, p. 27.

CORDERO, F., *Scrittura e oralità nel rito probatorio*, in *Studi in onore di F. Antolisei*, vol. I, Milano, 1965, p. 311.

CORDERO, F., *Diatrìbe sul processo accusatorio (1964)*, in ID., *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, p. 201.

CORDERO, F., *L'istruzione sommaria nel conflitto fra le due Corti (1964)*, in ID., *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, p. 3.

CORDERO, F., *La testimonianza nel diritto inglese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 193.

CORDERO, F., *Procedura penale*, Milano, 1987.

CORDERO, F., *Procedura penale*, Milano, 2006.

CORDERO, F., *Un'arma contro due*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 807.

CORDERO, F., *Chi abusa del processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1421.

CORDERO, F., *Procedura penale*, Milano, 2012.

CRISTIANI, A., *Lecture vietate e libero convincimento del giudice*, 1964.

DALIA, A.A. – PIERRO, G., *Giurisdizione penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, 1989, p. 1.

D'ANDRIA, M.L., sub *art. 525 c.p.p.*, in *Codice di procedura: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi – A. Lupo, Milano, 2017, p. 520.

DEAN, G., *Nuovi limiti cronologici dell'incidente probatorio*, in *Giur. cost.*, 1994, II, p. 780.

DE CATALDO NEUBURGER, L., *Ruolo del "copione" e attendibilità della testimonianza. Prospettive interdisciplinari*, a cura di G. Ubertis, in *Dir. pen. proc.*, VIII, 1988, p. 1042.

DE CATALDO NEUBURGER, L., *Esame e controesame nel processo penale*, Padova, 2000.

DEGANELLO, M., *Oralità (principio della)*, in *D. disc. pen.*, vol. IX, 1995, p. 15.

DELITALA, G., *Intervento*, in *Criteri direttivi per una riforma del processo penale (IV Convegno di studi «Enrico De Nicola»)*, Milano, 1965, p. 185.

DELL'ANNO, P., *Obbligo di motivazione e "ragionevole dubbio"*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, III, p. 522.

DE LUCA, G., *Logica e metodo probatorio giudiziario*, in *Scuola pos.*, 1965, p. 30.

DE LUCA, G., *Se cambia il collegio è sufficiente leggere i verbali o è necessario rinnovare l'istruttoria dibattimentale?*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1131.

DENTI, V., *Valori costituzionali e cultura processuale*, in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei. Studi di diritto comparato*, vol. II, a cura di A. Pizzorusso – V. Varano, Milano, 1985, p. 811.

DENTI, V., *Oralità I) Principio dell'oralità – Dir. proc. civ.*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 1.

DI CHIARA, G., *Nota a Corte cost.*, 3 febbraio 1994, n. 17, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1630.

DI CHIARA, G., *Incidente probatorio*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, 2002, p. 546.

DI MARTINO, C., *Prova testimoniale II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 1991, p. 1.

DINACCI, F.R., *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003.

DINACCI, F.R., *Regole di giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Arch. pen.*, III, 2013, p. 1.

DINACCI, F.R., *Cultura dell'esame incrociato e resistenze operative*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di D. Negri – R. Orlandi, Torino, 2017, p. 83.

D'ISA, R., *Osservazioni sulla disciplina del fascicolo per il dibattimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1096.

DOGLIANI, M., *A cinquant'anni dalla pubblicazione di Concetto, limiti e procedimento della revisione costituzionale di Costantino Mortati: la babele delle lingue permane*, in *Giur. cost.*, 2002, VI, p. 3740.

DOMINIONI, O., *La testimonianza della parte civile*, Milano, 1974.

DOMINIONI, O., *L'imputato tra protagonismo dell'accusa e subalternità della difesa*, in *Arch. pen.*, 1982, p. 73.

DOMINIONI, O., *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 736.

DOMINIONI, O., *Prova scientifica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali II-1, Roma, 2008, p. 965.

DOSI, E., *La prova testimoniale: struttura e funzione*, Milano, 1974.

DWORKIN, R., *I diritti presi sul serio (1977)*, trad. it., 2010, Bologna.

ESPOSITO, A., *“Fair trial” anglosassone, “procès équitable” europeo, “processo giusto” italiano*, in *Rass. st. penit.*, 1992, p. 1.

FANULI, G., – LAURINO, L., *In quali casi è possibile dare lettura dei verbali di prove assunte dal collegio in diversa composizione?*, in *Riv. pen.*, 1999, p. 417.

FASSONE, E., *Garanzia e dintorni: spunti per un processo non metafisico*, in *Quest. giust.*, 1991, p. 116.

FASSONE, E., *L'appello: un'ambiguità da sciogliere*, in *Quest. giust.*, 1991, p. 623.

FERRAIOLI, M., *Dubbi sull'acquisibilità delle dichiarazioni in precedenza rese dall'imputato (o coimputato) che rifiuti l'esame in dibattimento*, in *Giur. cost.*, III, p. 1949.

FERRAJOLI, L., *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, III, p. 2771.

FERRUA, P., *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano, 1981.

FERRUA, P., *Imputato e difensore nel nuovo processo penale (1988)*, in ID., *Studi sul processo penale*, Torino, 1990, p. 39.

FERRUA, P., *Anamorfosi del processo accusatorio (1992)*, in ID., *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 157.

FERRUA, P., *Contraddittorio e verità nel processo penale (1992)*, in ID., *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 47.

FERRUA, P., *La testimonianza nell'evoluzione del processo penale italiano (1990)*, in ID., *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 87.

FERRUA, P., *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo: la difficile ricerca di nuovi equilibri processuali*, in *Quest. giust.*, 1995, II, p. 425.

FERRUA, P., *Il giudice per le indagini preliminari e l'acquisizione delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 203.

FERRUA, P., *Processo penale, contraddittorio e indagini difensive (1997)*, in ID., *Studi sul processo penale*, III, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997, p. 87.

FERRUA, P., *Il "giusto processo" in Costituzione. Rischio contraddizione sul neo-contraddittorio*, in *Dir. e giust.*, 2000, p. 74.

FERRUA, P., *Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione*, in *Questione giustizia*, 2000, p. 50.

FERRUA, P., *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2005.

FERRUA, P., *Metodo scientifico e processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, *Dossier – La prova scientifica nel processo penale*, p. 12.

FERRUA, P., *Oralità e contraddittorio nel quadro delle garanzie costituzionali: giurisprudenza delle Corti europee e frantendimenti della Corte costituzionale*, in *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Milano, 2012, p. 161.

FERRUA, P., *Carenze ed eccessi di garanzia nel diritto di difesa dell'imputato*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 540.

FERRUA, P., *Giustizia del processo e giustizia della decisione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 1201.

FERRUA, P., *Il contraddittorio tra declino della legge e tirannia del diritto vivente*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di D. Negri – R. Orlandi, Torino, 2017, p. 3.

FERRUA, P., *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, Torino, 2017.

FERRUA, P., *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, in *Quest. giust.*, 2017, I, p. 109.

FERRUA, P., *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, X, p. 1265.

FERRUA, P., *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Arch. pen.*, 2019, II, p. 1.

FLORIAN, E., *Delle prove penali*, a cura di P. Fredas, Milano-Varese, 1961.

FONZOLI, A., *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento: un difficile equilibrio tra forme di acquisizione probatoria mediante lettura degli atti e nullità del dibattimento per inosservanza del principio di immutabilità del giudice*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2007, p. 144.

FOSCHINI, G., *Il dibattimento. Studi*, Milano, 1956.

FOSCHINI, G., *Dibattimento: a) dir. proc. pen.*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 342.

FOSCHINI, G., *Il dibattimento penale di primo grado*, Milano, 1964.

FOSCHINI, G., *Intervento*, in *Criteri direttivi per una riforma del processo penale (IV Convegno di studi «Enrico De Nicola»)*, Milano, 1965, p. 372.

FOSCHINI, G., *Sistema del diritto processuale penale*, II, Milano, 1968.

FRIGO, G., *Un'involuzione dell'impianto accusatorio con il pretesto di tutelare la difesa*, in *Guida dir.*, 1998, p. 61.

GABRIELI, F.P. – MAZZA, M., *Istruzione (diritto processuale penale)*, in *Nov. dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 280.

GAETA, G., *Una declinazione esemplare della legalità europea in prospettiva intertemporale*, in *Arch. pen.*, 2019, I, p. 1.

GAITO, A., *Quali limiti alla rinnovazione della prova dopo il mutamento del giudice dibattimentale?*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1286.

GAITO, A., *Riformiamo le impugnazioni senza rinunciare al giusto processo*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 455.

GAITO, A., *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 354.

GALANTINI, N., *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova (Convegno su "Il diritto delle prove dall'Unità d'Italia alla Costituzione repubblicana")*, in *Dir. pen. cont.*, 7 settembre 2011, consultabile all'indirizzo www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso 12 settembre 2019), p. 1.

GALLUCCI, E., *Modalità di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in caso di mutamento del giudice*, in *Cass. pen.*, 1999, I, p. 185.

GALLUCCI, E., *La rinnovazione del dibattimento a seguito del mutamento del giudice*, in *Cass. pen.*, 2004, IV, p. 1444.

GESTRI, M. – SILINGARDI, S., *La tutela dei diritti fondamentali in Europa dopo il Trattato di Lisbona*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano. Problematiche attuali e prospettive per il futuro*, a cura di S. Sonelli, Torino, 2015, p. 29.

GIARDA, A., *Diritti dell'uomo e processo penale italiano: un bilancio e prospettive operative (Convegno su «Diritti dell'uomo e processo penale»)*, 1980, p. 1.

GIARDA, A., *Riforma della procedura e riforme del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, IV, 1989, p. 1385.

GIARDA, A., *L'incidente probatorio oltre i confini delle indagini preliminari. Commento alla sentenza della Corte costituzionale 10 marzo 1994, n. 77*, in *Corr. giur.*, 1994, n. 5, p. 556.

GIOSTRA, G., *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. dir.*, 1986, p. 13.

GIOSTRA, G., *La riforma dell'incidente probatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, II, p. 661.

GIOSTRA, G., *Contraddittorio (principio del) – II Dir. proc. pen.*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Roma, 2001, p. 1.

GIOSTRA, G., *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Quest. giust.*, 2001, VI, p. 1128.

GIULIANI, G., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1971.

GIULIANI, G., *Prova (fil. dir.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1988, p. 518.

GIUNTA, F., *Luci ed ombre sulla prospettiva di riforma dell'esame incrociato*, in *Giust. pen.*, 2011, I, p. 40.

GREVI, V., *Un freno all'uso distorto della richiesta di rimessione a tutela dell'«efficienza» del processo penale: la parziale illegittimità dell'art. 47 comma 1 c.p.p. (con un corollario sulla correlativa illegittimità dell'art. 37 comma 2 c.p.p. in tema di riacquisizione)*, in *Cass. pen.*, 1997, V, p. 1276.

GREVI, V., *Processo penale e riforme costituzionali nel cammino della Commissione bicamerale*, in *Pol. dir.*, 1998, p. 129.

GREVI, V., *Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio. Dagli insegnamenti della Corte costituzionale al progettato nuovo modello del «giusto processo»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, III, p. 821.

GREVI, V., *Quelle rigidità del «giusto processo» che portano a risultati paradossali*, in *Guida dir.*, 1999, n. 42, p. 10.

GREVI, V., *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di «giusto processo» penale (tra «ragionevole durata», diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in *Pol. dir.*, 2000, III, p. 423.

GUALTIERI, P., *Le investigazioni del difensore*, in *Problemi attuali della giustizia penale*, studi raccolti da A. Giarda – G. Spangher – P. Tonini, Padova, 2002.

GUAZZAROTTI, A., *La corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1 Cost.*, in *Giur. cost.*, 2007, V, p. 3574.

ILLUMINATI, G., *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 1.

ILLUMINATI, G., *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, in *Foro it.*, 1988, V, c. 355.

ILLUMINATI, G., *Principio di oralità e ideologie della Corte costituzionale nella motivazione della sent. 255 del 1992: declino del processo accusatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, III, p. 1973.

ILLUMINATI, G., *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2005, p. 198.

ILLUMINATI, G., *Giudizio*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso – V. Grevi, Padova, 2010, p. 763.

ILLUMINATI, G., *Giudizio*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso – V. Grevi, Padova, 2016, p. 797.

KALB, L., *Ruolo delle parti e poteri del giudice nello svolgimento dell'esame testimoniale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, XII, p. 1542.

KOSTORIS, R.E., *Giudizio (dir. proc. pen)*, in *Enc. giur. Treccani, Agg.*, Roma, vol. XVI, 1997, p. 1.

KOSTORIS, R.E., *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo: considerazioni sul caso Drassich*, in *Giur. it.*, 2009, XI, p. 2514.

LATTANZI, G., *La prova e il dibattimento. Introduzione*, in *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, orizzonti*, Milano, 2009, p. 157.

LEONE, G., *Trattato di diritto processuale penale*, I, Napoli, 1961.

LEONE, G., *Processo penale (diritto vigente)*, in *Nov. dig. it.*, XIII, Torino, 1976, p. 1160.

LIEBMAN, E.T., *Il giudizio d'appello e la Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, III, p. 401.

LONATI, S., *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare" le fonti di prova a carico (studio sul contraddittorio nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nel sistema processuale penale italiano)*, in *Procedura penale*, Torino, 2008, p. 55.

LORENZETTO, E., *Reformatio in peius in appello e processo equo (art. 6 Cedu): fisiologia e patologia secondo le Sezioni unite*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2016, consultabile al sito www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso 12 settembre 2019).

LORENZETTO, E., *Processo penale e legge n. 103 del 2017: la riforma che non c'è*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, VI, p. 1067.

LORUSSO, S., sub art. 525 c.p.p., in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda – G. Spangher, Assago Milanofiori, 2017, p. 2604.

LOZZI, G., *L'ambito di operatività dell'art. 392 c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, I-II, p. 502.

LOZZI, G., *Reformatio in peius del giudice di appello e cognitio facti ex actis della Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, II, p. 631.

LOZZI, G., *La vanificazione dei principi generali del processo penale*, in *Pol. dir.*, 2005, II, p. 281.

LOZZI, G., *Il contraddittorio in senso oggettivo e il giudizio abbreviato*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 2055.

LOZZI, G., *Lezioni di procedura penale*, XXII, Milano, 2017.

LUPÀRIA, L., *Una recente decisione della Corte di giustizia sull'allargamento delle ipotesi di audizione del minore in incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2005, XI, p. 3541.

LUZZATI, C., *Il contraddittorio penale oltre la distinzione tra regola e principio*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1239.

MACCHIA, A., *Linee evolutive del sistema d'appello alla luce della giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, in *Cass. pen.*, 2017, VI, p. 2136.

MACCHIA, A., *L'assetto del giudizio di appello dopo le riforme*, in *Dir. pen. cont.*, Riv. trim., 2018, XI, p. 23.

MAFFEI, S., *Il diritto al confronto con l'accusatore*, Piacenza, 2003.

MANGIARACINA, A., *Limiti al potere di integrazione probatoria del giudice in sede di giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2005, II p. 703.

MAMBRIANI A., *Esame e controesame delle parti; spunti sistematici*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, p. 453.

MAMBRIANI, A., *Giusto processo e non dispersione delle prove*, Piacenza, 2002.

MANCINELLI, R., *L'immutabilità del giudice nel corso del dibattimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 903.

MANCUSO, E.M., *Il regime probatorio dibattimentale*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Uberti – G.P. Voena, XXXIII.1, Milano, 2017.

MANI, N., *Resistenze giurisprudenziali al capolinea: la forza granitica della sentenza di assoluzione e la necessaria riassunzione della prova dichiarativa anche nel giudizio d'appello da rito abbreviato*, in *Arch. pen.*, 2017, II, p. 1.

MANZINI, V., *Trattato di diritto processuale penale italiano*, II, Torino, 1956.

MANZINI, V., *Trattato di diritto processuale penale italiano*, IV, Torino, 1972.

MANZIONE, D., *Le nuove "regole" per l'esame testimoniale (a proposito dell'art. 499 c.p.p.)*, in *Cass. pen.*, 1991, VIII-IX, p. 1479.

MARANDOLA, A., *Mutamento del giudice dibattimentale e sopravvenuta irripetibilità della prova*, in *Cass. pen.*, 1994, VIII-IX p. 1992.

MARANDOLA, A., *Prime riflessioni sul “nuovo” giudizio d’appello*, in *Dir. pen. cont.*, Riv. trim., 2018, II, p. 159.

MARANDOLA, A., *Un anno di riforma Orlando. Tra prime applicazioni e qualche ripensamento*, in www.ilpenalista.it, 3 agosto 2018 (ultimo accesso 12 settembre 2019).

MARINO, G., *Rinnovazione istruttoria e giudizio di abbreviato: disciplina incostituzionale?*, in *Dir. e giust.*, 24 maggio 2019, consultabile al sito www.dirittoegiustizia.it (ultimo accesso 12 settembre 2019).

MARZADURI, E., *La riforma dell’art. 111 Cost. tra spinte contingenti e ricerca di un modello costituzionale del processo penale*, in *Leg. pen.* 2000, p. 790.

MARZADURI, E., *sub art. 1*, in *Commento alla l. cost. 23/11/1999, n. 2*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 800.

MASSA, C., *Il principio della immutabilità fisica del giudice nel dibattimento penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, p. 324.

MASSA, C., *Il principio dell’immediatezza processuale*, in *Studi in onore di B. Petrocelli*, vol. II, Milano, 1972, p. 1121.

MASSA, M., *Contributo all’analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964.

MASSA, M., *Contributo allo studio dell’appello nel processo penale*, Milano, 1969.

MAZZA, O., *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Conso, XXIV, Napoli, 2007, p. 664.

MAZZA, O., *L'illusione accusatoria: Carnelutti e il modello dell'inchiesta preliminare di parte*, in *L'inconscio inquisitorio*, a cura di L. Garlati, Milano, 2010, p. 153

MAZZA, O., *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale probatorio preconstituito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, IV, p. 1514.

MAZZA, O., *Contraddittorio (principio del) dir. proc. pen.*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, p. 247.

MAZZA, O., *Il contraddittorio attutito di fronte ai testimoni vulnerabili*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di D. Negri – R. Orlandi, Torino, 2017, p. 119.

MAZZA, O., *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, *Arch. pen.*, 2019, II, p. 1.

MAZZOTTA, V., *La rinnovazione dell'istruttoria in caso di riforma di una sentenza di assoluzione*, in *Cass. pen.*, 2014, X, p. 3334.

MENNA, M., *Immediatezza e principio di immutabilità del giudice*, in *Giur. it.*, 1994, IV, p. 187.

MENNA, M., *Il giudizio d'appello*, Napoli, 1995.

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. VIII, *Progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco*, Roma, 1929.

MOLARI, A., *Considerazioni introduttive*, in *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienze della giustizia penale*, a cura di R.E. Kostoris, Torino, 2005, p. 1.

MORELLI, F.B., *Il mutamento del giudice nell'attuale disciplina del rito abbreviato: tra principio di immediatezza e requisiti di capacità*, in *Cass. pen.*, 2008, III, p. 1257.

MORSELLI, C., *L'incidente probatorio*, Torino, 2000.

MUZZICA, R., *La rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice: un impulso della Corte costituzionale per una regola da rimeditare*, *Dir. pen. cont.*, consultabile all'indirizzo www.penalecontemporaneo.it, 3 giugno 2019 (ultimo accesso 12 settembre 2019).

NACAR, B., *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello: dubbi applicativi e questioni di legittimità costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, III, p. 314.

NAPPI, A., *Commento all'art. 472 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, diretto da G. Conso e V. Grevi, Milano, 1987, p. 1244.

NAPPI, A., *Il nuovo processo penale: un'ipotesi di aggiornamento del giudizio di appello*, in *Cass. pen.*, 1990, V, p. 974.

NEGRI, D., *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, in *Arch. pen.*, 2019, II, p. 1.

NEPPI MODONA, G., *Come ai tempi del terrorismo*, in *La Repubblica* del 10 giugno 1992, p. 10.

NICOLINI, N., *Della progressione logica della procedura penale*, in *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, I, Napoli, 1841, p. 5.

NOBILI, M., *Lecture testimoniali consentite al dibattimento e libero convincimento del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, I, 1971, p. 256.

NOBILI, M., *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989, V, p. 274.

ORLANDI, R., *Sono davvero troppi tre gradi di giudizio?*, in *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, a cura di C. Nunziata, in *Dir. giust.*, 2004, suppl. 29, p. 139.

ORLANDI, R., *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, p. 3.

ORLANDI, R., *Linee applicative dell'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di G. Di Chiara, Torino, 2009, p. 363.

PADOVANI, T., *Doppio grado di giurisdizione: appello dell'imputato, appello del PM, principio del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2003, XII, p. 4023.

PAGLIANO, A., *Le discrasie del sistema processuale penale italiano in tema di letture e contestazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, XII, p. 1527.

PALMIERI, L., *Oralità e immediatezza nel giudizio di appello: una riforma solo annunciata*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, VIII, p. 1077.

PASTA, A., *Il disagio dell'interprete innanzi alle norme della Cedu*, in *Arch. pen.*, 2017, I, p. 197.

PAULESU, P.P., *Mutamento del giudice dibattimentale e diritto alla prova testimoniale*, in *Cass. pen.*, 1999, IX, p. 2495.

PAULESU, P.P., *Vittima del reato e processo penale: uno sguardo d'insieme (informazioni, diritti, tutele)*, in *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, a cura di M. Bargis – H. Belluta, Torino, 2017, p. 159.

PEPINO, L., *Legalità e diritti di cittadinanza nella democrazia maggioritaria*, in *Quest. giust.*, 1993, p. 237.

PEPINO, L., *Il dibattimento nel processo penale: necessità o lusso*, in *Quest. giust.*, 1995, II, p. 441.

PERONI, F., *L'istruzione dibattimentale nel giudizio di appello*, Padova, 1995.

PERONI, F., *Giusto processo e doppio grado di giurisdizione nel merito*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, III, p. 710.

PESSINA, E., *Storia delle leggi nel procedimento penale*, Napoli, 1912.

PIERRO, G., *Sistema accusatorio e sistema inquisitorio*, in *D. disc. pen.*, XIII, Torino, 1997, p. 320.

PINELLI, C., *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, 2007, V, p. 3518.

PISANI, M., *Giurisdizione penale*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, 1970, p. 381.

PISANI, M., «Italian Style»: *il nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, I, p. 269.

PISAPIA, G.D., *Intervento*, in *Criteri direttivi per una riforma del processo penale (IV convegno di studi «Enrico De Nicola»*, Milano, 1965, p. 209.

PISAPIA, G.D., *Appunti di procedura penale*, I, Milano, 1971.

POLIDORO, D., *Istruttoria dibattimentale nel processo di appello e rinnovazione delle dichiarazioni provenienti dalle fonti di prova tecnicamente qualificate: ipotesi e soluzioni*, in *Arch. pen.*, 2018, I, p. 1.

PONZONI, L., *Cross examination: un bilancio e un (tentativo di) rilancio ad un quarto di secolo dall'introduzione del nuovo codice di rito*, in *Dir. pen. cont.*, consultabile all'indirizzo www.penalecontemporaneo.it, 30 gennaio 2015 (ultimo accesso 16 settembre 2019), p. 1.

POPPER, K.R., *Logica della scoperta scientifica* (1934), Torino, 1970, p. 311.

POTETTI, D., *Note brevi in tema di immutabilità del giudice dibattimentale dopo la sentenza n. 17 del 1994 della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1995, VII-VIII, p. 1733.

PRESSACCO, L., *Equo processo ed immutabilità del giudice dibattimentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 356.

PRESSACCO, L., *Una censura pienamente annunciata: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il ribaltamento in appello dell'assoluzione senza rinnovazione dell'istruzione dibattimentale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, VII-VIII, p. 260.

RAFARACI, T., *I poteri delle parti e del giudice nell'istruzione dibattimentale*, in *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma*, Milano, 2012, p. 219.

RAYMOND, G., *Le droits garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés ordinamentales*, in *Rév. Dir. Homme*, 1970, p. 289.

RECCHIONE, S., *Pronunce della Corte EDU e giurisprudenza della cassazione tra tutela dei diritti individuali e salvaguardia degli interessi collettivi*, in *Arch. pen.*, 2014, III, p. 701.

RECCHIONE, S., *La rivalutazione in appello della testimonianza cartolare: la posizione della Corte di Strasburgo e quella della Cassazione a confronto*, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2013, consultabile al sito internet www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso 17 agosto 2019), p. 1.

RECCHIONE, S., *La vittima cambia il volto del processo penale: tra le parti "eventuali", la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità*, in *Dir. pen. cont.*, Riv. trim., 2017, I, p. 69.

REDAELLI, I., *La condanna in appello dell'imputato assolto, fra antinomie di sistema, principi europei ed interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Arch. pen.*, 2014, III, p. 737.

RENON, P., *L'incidente probatorio «allargato» all'esame della Corte costituzionale: verso un contraddittorio senza oralità?*, in *Giur. cost.*, 2000, XII, p. 3219.

RENON, P., *Limiti cronologici dell'incidente probatorio e diritto alla prova*, in *Giur. cost.*, 2001, III, p. 964.

RENON, P., *Verso una soluzione «costituzionalmente orientata» in materia di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale disposta a seguito di mutamento del giudice*, in *Giur. cost.*, 2007, II, p. 671.

RENON, P., *Mutamento del giudice dibattimentale e rinnovazione del dibattimento*, Torino, 2008.

RENON, P., *Incidente probatorio oltre la scadenza dei termini delle indagini preliminari? Questione chiusa... anzi no*, in *Giur. cost.*, 2009, III, p. 1584.

RENON, P., *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale a seguito di mutamento del giudice nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2011, IV, p. 3333.

RENON, P., *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, III, p. 1019.

RENZETTI, S., *Art. 512 c.p.p.: una lettura garantista nel rispetto del principio del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2006, I, p. 141.

RICCIO, G. – SPANGHER, G., *La procedura penale*, Napoli, 2002.

RIVELLO, P.P., *Lecture consentite e vietate*, in *D. disc. pen.*, vol. VII, 1993, p. 405.

ROMBI, N., *Irreperibilità del dichiarante e lettura dell'atto di querela*, in *Cass. pen.*, 1998, XII, p. 3316.

ROMBI, N., *Le Sezioni unite e le condanne cartolari nel giudizio abbreviato d'appello*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 806.

ROMBI, N., *La riforma di una sentenza di condanna esige la rinnovazione della prova dichiarativa in appello?*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 106.

RUOTOLO, M., *Per una gerarchia degli argomenti dell'interpretazione*, in *Giur. cost.*, 2006, V, p. 3418.

SANTORIELLO, C., *Chi condanna esprime certezze, chi assolve può limitarsi a dubitare*, in *Arch. pen.*, 2014, III, p. 1.

SANTORO, A., *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, 1954.

SARTRE, J.P., *Critica della ragione dialettica. I, Teoria dei sistemi pratici*, trad. it., Milano, 1963.

SAU, S., *L'incidente probatorio*, in *Problemi attuali della giustizia penale*, diretto da A. Giarda – G. Spangher – P. Tonini, Padova, 2001.

SAU, S., *Incidente probatorio*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., XVII, Roma, 2005, p. 1.

SCACCIANOCE, C., *Riforma in peius della decisione senza rinnovare la prova orale*, in *Arch. pen.*, 2013, III, p. 1055.

SCACCIANOCE, C., *Prova tecnica e appello penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, III, p. 749.

SCAPARONE, M., *La testimonianza indiretta dei funzionari di polizia giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1992, I, p. 127.

SCHETTINO, M.H., *Mutamento del giudice: il malfunzionamento delle realtà giudiziali può derogare alla rinnovazione dibattimentale?*, in www.ilpenalista.it, 14 gennaio 2019 (ultimo accesso 30 agosto 2019).

SCHOPENAUER, A., *L'arte di ottenere ragione* (1831), Milano, 1991.

SELVAGGI, E., *Esame e controesame*, in *D. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, p. 280.

SGADARI, G., *Dichiarazioni acquisite ex art. 500, comma 4, c.p.p. e reformatio in pejus. È necessaria la rinnovazione dibattimentale?*, in *Il penalista*, 3 dicembre 2018, consultabile al sito www.ilpenalista.it (ultimo accesso 29 agosto 2019).

SILVESTRI, P., *Le sezioni unite impongono rigore per l'acquisizione e l'utilizzazione delle dichiarazioni predibattimentali rese senza contraddittorio da persona residente all'estero*, in *Cass. pen.*, 2012, III, p. 872.

SIRACUSANO, D., *Dibattimento: I) dibattimento penale*, in *Enc. giur. Treccani*, X, 1988, p. 1.

SIRACUSANO, D., *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Milano, 1989.

- SIRACUSANO, D., *Urge recuperare l'oralità*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, V, p. 527.
- SIRACUSANO, D., *Il giudice per le indagini preliminari tra legislazione e prassi*, in *Cass. pen.*, 2003, II, p. 685.
- SPANGHER, G., *Doppio grado di giurisdizione (principio del) – II) Dir. proc. pen.*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIII, 1989, p. 1.
- SPANGHER, G., *Sistema delle impugnazioni penali e durata ragionevole del processo*, in *Cass. pen.*, 2002, X, p. 1261.
- SPANGHER, G., *Il doppio grado di giurisdizione*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di F. R. Dinacci, Milano, 2010, p. 515.
- SPANGHER, G., *Riforma in appello (proscioglimento vs condanna) e principio di immediatezza*, in *Giur. it.*, 2014, XI, p. 2592.
- SPANGHER, G., *Il “nuovo” giudizio di appello*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, X, p. 1327.
- SPANGHER, G., *Oralità, contraddittorio, aspettative di verità*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di D. Negri – R. Orlandi, Torino, 2017, p. 27.
- SPANGHER, G., *Immutabilità del giudice. La norma non è incostituzionale ma per la Corte va cambiata*, in www.ilpenalista.it, 11 giugno 2019 (ultimo accesso 16 settembre 2019).
- STELLA, F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003.
- STELLA, F., *Sul divieto per il Pubblico Ministero di proporre appello contro le sentenze di assoluzione*, in *Cass. pen.*, 2004, III, p. 756.
- STONE M., *La cross-examination* (1988), Milano, 1990.

SURACI, L., *Incidente probatorio, prova rinnovabile e dibattimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, XI, p. 1493.

SURACI, L., *La rinnovazione del dibattimento in caso di proscioglimento*, in *La riforma Orlando*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2017, p. 255.

TAMIETTI, A., *Il principio dell'immutabilità del giudice nella giurisprudenza europea: divergenze e similitudini con la disciplina interna*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 699.

TAORMINA, C., *Il regime della prova nel processo penale*, Torino, 2007.

TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1992.

TARUFFO, M., *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani, Agg.*, Roma, vol. XVI, 1997, p. 1.

TARUFFO, M., *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in *Diritto penale, controllo di razionalità e giustizia*, Padova, 1998, p. 66.

TARUFFO, M., *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009.

TASSI, A., *La Corte estende l'audizione protetta all'infermo di mente*, in *Giur. cost.*, 2005, I, p. 605.

TERZI, M., *Trent'anni dall'entrata in vigore del codice di procedura penale. Lo stato della fase dibattimentale di primo grado dei Tribunali ordinari: analisi e proposte*, in *Giur. pen.*, 2019, II, p. 1.

TESORIERO, S., *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della Cedu*, in *Dir. pen. cont.*, Riv. trim., 2014, III-IV, p. 239.

TESORIERO, S., *Luci e ombre della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello per il presunto innocente*, in *Giust. pen.*, 2017, III, p. 79.

TESORIERO, S., *Riforma della sentenza e riapertura dell'istruttoria in appello*, in *Arch. pen.*, 2017, II, p. 1.

TESORIERO, S., *Una falsa garanzia: l'obbligatoria attuazione del contraddittorio nel giudizio abbreviato d'appello*, in *Cass. pen.*, 2017, X, p. 3668.

TESORIERO, S., *Il sindacato costituzionale sulla (ir)ragionevole estensione dell'art. 603, comma 3-bis, c.p.p. al giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2018, X, p. 3389.

TONINI, P., *Una sentenza additiva molto discussa, a) il diritto a confrontarsi con l'accusatore*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1506.

TONINI, P., *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, X, p. 1388.

TONINI, P., *L'alchimia del nuovo sistema probatorio: una attuazione del «giusto processo»?*, in *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n. 63)*, a cura di P. Tonini, Padova, 2001, p. 20.

TONINI, P., *L'attuazione del contraddittorio nell'esame di imputati e testimoni*, in *Cass. pen.*, 2001, II, p. 688.

TONINI, P. – CONTI, C., *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014.

TONINI, P., *Manuale di procedura penale*, Milano, XXIV, 2018.

TRANCHINA, G., *Impugnazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, p. 699.

TRANCHINA, G. - DI CHIARA, G., *Appello (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. III, 1999, p. 200.

TREMOLADA, M., *Utilizzabilità della prova orale dopo il mutamento del giudice*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 744.

TRINCI, A., *L'attuazione del contraddittorio*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di D. Negri – R. Orlandi, Torino, p. 217.

TROCKER, N., *Il valore costituzionale del giusto processo*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M. G. Civinini – C. M. Verardi, Milano, 2001, p. 25.

UBERTIS, G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979.

UBERTIS, G., *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, in *D. disc. pen.*, III, Torino, 1989, p. 453.

UBERTIS, G., *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, in *D. Disc. pen.*, V, Torino, 1991, p. 521.

UBERTIS, G., *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1992, p. 1.

UBERTIS, G., *Prova (in generale)*, in *D. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, p. 296.

UBERTIS, G., *I poteri del pretore ex art. 506 e 507 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, I, 1996, p. 363.

UBERTIS, G., *Diritto alla prova nel processo penale e Corte europea dei diritti dell'uomo (1994)*, in ID., *Verso un "giusto processo" penale*, Torino, 1997, p. 89.

UBERTIS, G., *Garanzie giurisdizionali e giurisprudenza costituzionale* (1996), in ID., *Verso un "giusto processo" penale*, Torino, 1997, p. 27.

UBERTIS, G., *Diritti fondamentali e processo penale* (2000), in ID., *Argomenti di procedura penale*, Milano, 2002, p. 5.

UBERTIS, G., *La previsione del giusto processo secondo la "Commissione bicamerale"* (1998), in ID., *Argomenti di procedura penale*, Milano, 2002, p. 27.

UBERTIS, G., *Prova e contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1182.

UBERTIS, G., *Azione penale, contraddittorio e durata ragionevole del processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, I, p. 143.

UBERTIS, G., *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, III, p. 2104.

UBERTIS, G., *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1091.

UBERTIS, G., *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale* (2003), in ID., *Argomenti di procedura penale*, II, Milano, 2006, p. 5.

UBERTIS, G., *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, in *Cass. pen.*, 2006, III, p. 1206.

UBERTIS, G., *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, I, p. 16.

UBERTIS, G., *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. I, Milano, 2008, p. 419.

UBERTIS, G., *La prova dichiarativa debole: problemi e prospettive in materia di assunzione della testimonianza della vittima vulnerabile alla luce della giustizia sovranazionale*, in *Cass. pen.*, 2009, X, p. 4058.

UBERTIS, G., *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2009.

UBERTIS, G., *Eterogenesi dei fini e dialettica probatoria nel rito abbreviato* (2009), in ID., *Argomenti di procedura penale*, III, Milano, 2011, p. 147.

UBERTIS, G., *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo* (2010), in ID., *Argomenti di procedura penale*, III, Milano, 2011, p. 203.

UBERTIS, G., *La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra Cedu e Trattato di Lisbona* (2010), in ID., *Argomenti di procedura penale*, III, Milano, 2011, p. 229.

UBERTIS, G., *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Arch. pen.*, 2012, I, p. 1.

UBERTIS, G., *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015.

UBERTIS, G., *Ancora sull'efficacia della giurisprudenza di Strasburgo* (2013), in ID., *Argomenti di procedura penale*, IV, Milano, 2016, p. 117.

UBERTIS, G., *La "rivoluzione d'ottobre" della Corte costituzionale e alcune discutibili reazioni* (2012), in ID., *Argomenti di procedura penale*, IV, Milano, 2016, p. 43.

UBERTIS, G., *Dialettica probatoria e terzietà del giudice (Convegno su «Ermeneutica del processo. Dialoghi tra filosofia e diritto processuale»)*, in *Jus*, III, 2017, p. 293.

UBERTIS, G., *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini*, in *Arch. pen.*, 2017, II, p. 389.

UBERTIS, G., *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Milano, 2017.

VALENTINI, C., *Contraddittorio, immediatezza e oralità nella giurisprudenza della Corte E.D.U.*, in *Arch. pen.*, 2016, II, p. 1.

VARRASO, G., *La prova tecnica*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Spangher, Torino, 2009.

VASSALLI, G., *Il diritto alla prova nel processo penale (1967)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 3.

VELANI, L.G., *Facoltà di astensione dei prossimi congiunti: il nuovo orientamento della Consulta limita la possibilità di ricorrere all'applicazione dell'art. 512 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2001, III, p. 789.

VELE, A., *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, X, p. 1226.

VENTURA, P., *Le indagini difensive*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis – G.P. Voena, XXVII.2, Milano, 2005.

VICOLI, D., *Irragionevoli i limiti all'appello del pubblico ministero: i labili confini tra norma illegittima e norma inopportuna*, in *Giur. it.*, 2007, p. 257.

VIGONI, D., *L'appello contro la sentenza nel giudizio abbreviato fra lacune normative e regole giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, III, p. 413.

VOCINO, C., *Oralità nel processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXX, 1980, p. 592.

WALDENFELS, B., *Politiche dell'estraneo. L'istituzione del moderno e l'irruzione dell'altro*, trad. it., Verona, 2012.

WELLMAN, F.L., *L'arte della cross examination* (1903), a cura di G. Frigo, Milano, 2009.

WIGMORE, J.H., *Evidence in Trials at Common Law*, Boston, 1983.

ZACCHÈ, F., *Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti*, in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2012, consultabile al sito internet www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso 16 settembre 2019), p. 1.

ZACCHÈ, F., *Il diritto al confronto nella giurisprudenza europea*, in *Regole europee e processo penale*, a cura di A. Gaito – D. Chinnici, Padova, 2016, p. 207.

ZACCHÈ, F., *Ennesima condanna dell'Italia per violazione del diritto al confronto*, in *Dir. pen. cont.*, 2 novembre 2017, consultabile al sito internet www.penalecontemporaneo.it (ultimo accesso 16 settembre), p. 291.

ZAFFALON, E., *“Giusto processo” e informazione di garanzia*, in *Cass. pen.*, 2001, III, p. 1061.

ZAGREBELSKY, V., *Il sistema europeo e il movimento internazionale per il riconoscimento dei diritti umani*, in *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, a cura di V. Zagrebelsky – R. Chenal – L. Tomasi, Bologna, 2016, p. 33.

ZANON, G., *La Corte, il legislatore ordinario e quello di revisione, ovvero del diritto all'«ultima parola» al cospetto delle decisioni d'incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1998, VI, p. 3169.

ZAVAGLIA, F., *In tema di domande suggestive nell'esame testimoniale condotto dal giudice*, in *Arch. pen.*, I, 2013, p. 1.

ZILLETTI, L., *La linea del Piave e il duca di Mantova*, in *Arch. pen.*, 2019, II, p. 1.