

Riccardo Germano

**L'IMMEDIATEZZA E LE SUE
CONTRADDIZIONI: PERCHÉ I
PRINCIPI NON SONO DOGMI**

Estratto

RICCARDO GERMANO

Dottorando di ricerca in Diritto penale - Università degli Studi di Milano-Bicocca

L'IMMEDIATEZZA E LE SUE CONTRADDIZIONI: PERCHÉ I PRINCIPI NON SONO DOGMI

Abstract

A partire dalla possibilità di sottoporre a bilanciamento, nel processo penale, il principio di immediatezza, si analizza criticamente la soluzione adottata dal codice di procedura penale per i casi di mutamento della persona fisica del giudice del dibattimento (art. 525). In particolare, si evidenziano gli incerti fondamenti costituzionali e sovranazionali del principio; le sue contraddittorie relazioni con alcuni istituti codicistici (mezzi di impugnazione; incidente probatorio “speciale”); le sue controproducenti ricadute pratiche. Sulla scorta di un *obiter dictum* della Corte costituzionale, *de lege ferenda* se ne propone una relativizzazione, introducendo la videoregistrazione delle prove dichiarative come strumento fruibile dal nuovo organo giudicante. Si accenna infine a due recenti pronunce, della Corte di giustizia dell'Unione europea e delle Sezioni unite della Corte di cassazione, che hanno interessato il tema.

Immediacy and its Contradictions: why Principles are not Dogmas

Abstract

Starting from the possibility to balance the principle of immediacy in criminal proceedings, the aim of this paper is to critically analyze the rule provided by the Italian Code of Criminal Procedure for the cases in which the composition of the

court does not remain the same in all the court hearings (Section 525). To do this, the Author focuses on the uncertain constitutional and supranational justifications of the principle under discussion, on its contradictory relation with the appellate remedies and the special evidentiary hearing and on its counterproductive practical consequences. In the wake of an obiter dictum of the Italian Constitutional Court, the Author suggests, with a de lege ferenda perspective, a remodeling of the principle by introducing the video-recording of the testimony as a tool available to the new judge. Finally, two judgements are analyzed, i.e. one delivered by the Court of Justice of the European Union and one by the Italian Supreme Court sitting in full bench.

SOMMARIO: 1. Il diritto per principi e l'ineludibile bilanciamento: un portato dello Stato costituzionale. — 2. In subordine, l'incerta copertura costituzionale del principio di immediatezza. — 3. La giurisprudenza della Corte e.d.u. sul principio di immediatezza. — 4. Aporie di una difesa incondizionata del principio di immediatezza. — 5. La teoria: la coesistenza, nel codice di procedura penale, del principio di immediatezza con un sistema di impugnazioni *omnibus*. — 6. *Segue*: la coesistenza, nel codice di procedura penale, del principio di immediatezza con l'istituto dell'incidente probatorio speciale. — 7. La pratica: lo scarso interesse per l'immediatezza quando converge con la ragionevole durata del processo. — 8. La *moral suasion* della Corte costituzionale. — 9. Riflessioni di politica penale processuale: la proposta di surrogare l'immediatezza con la videoregistrazione; l'"occasione mancata" dalla Corte di giustizia dell'Unione europea; l'"occasione colta" dalle Sezioni Unite.

152

1. *Il diritto per principi e l'ineludibile bilanciamento: un portato dello Stato costituzionale.* — Non è trascorso molto tempo da quando, tramite un *obiter dictum* in una sentenza di inammissibilità della Corte costituzionale ¹, si "gettò il sasso nello stagno": in quell'inciso si affermava la *derogabilità* del principio (sottostante alla regola) ² per cui solo i giudici che hanno *fisicamente* celebrato il dibattito — davanti ai quali, cioè, sono state assunte le prove — sono legittimati a deliberare la sentenza (principio di immediatezza *ex art. 525, comma 2, c.p.p.*) ³.

¹ C. cost., sent. 20 maggio 2019, n. 132, Considerato in diritto, § 3.2, in www.cortecostituzionale.it. Nella stessa linea, C. cost., ord. 7 giugno 2010, n. 205, *ivi*.

² Com'è noto, i principi — dei quali si possono fare differenti classificazioni (M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, 7ª ed., Giappichelli, Torino, 2017, pp. 95-101) — difficilmente possono trovare applicazione da sé medesimi, necessitando di una "concretizzazione" in una regola: per tutti, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 210 ss.

³ Al riguardo, vanno fatte due considerazioni preliminari: a) consapevoli che la questione dell'immutabilità del giudice dibattimentale riguarda anche attività svolte precedentemente

PERCHÉ I PRINCIPI NON SONO DOGMI

Sebbene tale affermazione non fosse di per sé nuova nella giurisprudenza della Corte ⁴, le reazioni della dottrina maggioritaria furono di forte critica, se non addirittura di sconcerto ⁵. In questa sede si cercherà invece di fornire una ricostruzione sistematica del richiamato principio che ne ridimensioni la (pretesa) assolutezza-inderogabilità. Per far ciò, occorre partire da una prospettiva storica.

La transizione dallo Stato di diritto ottocentesco allo Stato costituzionale ha portato ad un'acquisizione dagli effetti *dirimpenti*: al tempo del pluralismo dei valori, non c'è principio costituzionale che non sia bilanciabile con altri principi costituzionali, esplicitamente o implicitamente individuabili nel sistema delle fonti ⁶; il bilanciamento, più che un metodo logico-giuridico, è la descrizione di come necessariamente si rapportano tra di loro norme giuridiche a cui si può « aderire », giammai

all'assunzione probatoria, e che su questo punto si sono recentemente pronunciate le Sezioni Unite (Cass., sez. un., 30 maggio 2019, n. 41736, in *CED Cass.*, n. 276754), si limiterà il discorso alla mancata coincidenza tra il giudice che ha assistito all'assunzione probatoria e il giudice deliberante; b) l'immediatezza, nel nostro caso, è declinata come "principio", benché sarebbe più corretto parlare di "regola" nel momento in cui si concretizza nell'art. 525 c.p.p.. Per questi e altri aspetti, v. P. RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 3 ss.

⁴ In passato, la Corte costituzionale aveva affermato, in modo meno enfatico, come rimanesse « affidata alle scelte discrezionali del legislatore l'eventuale individuazione di presidi normativi volti a prevenire il possibile uso strumentale e dilatorio di siffatto diritto [alla rinnovazione delle prove di fronte al nuovo giudice] »: C. cost., ord. 21 febbraio 2007, n. 67, in *www.cortecostituzionale.it*. Nello stesso senso, C. cost., ord. 7 giugno 2010, n. 205, cit. In tema P. RENON, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale a seguito di mutamento del giudice nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3338, 3365 ss.

⁵ Tra i primi commenti, particolarmente critici: P. FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Arch. Pen. Web*, 2019, 2; O. MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in *Arch. Pen. Web*, 2019, 2; D. NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, in *Arch. Pen. Web*, 2019, 2; L. ZILLETTI, *La linea del Piave e il Duca di Mantova*, in *Arch. Pen. Web*, 2019, 2. Per una posizione moderatamente critica, v. C. LARINNI, *La rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice-persona fisica: l'eterno duello tra efficienza giudiziaria e garanzie*, in *Discrimen*, 5 dicembre 2019. Per una posizione moderatamente critica, ma aperta a soluzioni *de iure condendo*: M. DANIELE, *Le "ragionevoli deroghe" all'oralità in caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale al legislatore*, in *Discrimen*, 14 novembre 2019.

Di segno contrario rispetto ai commenti critici: R. MUZZICA, *La rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice: un impulso della Corte costituzionale per una regola da rimeditare*, in *Dir. pen. cont.*, 3 giugno 2019.

⁶ Se si accetta il pluralismo dei valori, ogni specificazione di un principio richiede il bilanciamento con un altro; per tutti: M. BARBERIS, *Manuale di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 157-159. Per taluni, poi, il confronto tra principi produce l'applicazione di uno e la disapplicazione dell'altro: R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 217.

« obbedire »⁷. Ciò non significa che non si possano progressivamente plasmare gerarchie tra principi; significa piuttosto che queste siano sempre mobili o relativamente stabili⁸. L'affermazione, di qualunque Giudice delle leggi, per cui un principio non è bilanciabile con altri — la mente corre alla nota sentenza della Corte costituzionale 30 novembre 2009, n. 317⁹ — vale fintantoché lo stesso giudice, realizzando che in un altro caso concreto un diverso principio pariordinato viene in gioco, risolve il bilanciamento in favore di quest'ultimo, relativizzando-compri-mendo il primo¹⁰. Certamente il risultato dell'operazione a volte può apparire un prodotto del “diritto libero”¹¹ — così colse nel segno, primo fra tutti, Carl Schmitt¹² —, ma il bilanciamento resta connaturato al sindacato di costituzionalità: di questo sono stati consapevoli i giudici della Corte costituzionale quando incidentalmente richiamarono l'*ovvio*, cioè la possibilità che si introducano, per mano del legislatore, deroghe al

⁷ Così Zagrebelsky (G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 149) distingue i principi dalle regole, sviluppando la dicotomia inaugurata da Dworkin (R. DWOR-KIN, *I diritti presi sul serio*, Mulino, Bologna, 2010, p. 48 ss.)

⁸ Per tutti, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 216-218. V. anche M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, cit., p. 221.

⁹ C. cost., sent. 30 novembre 2009, n. 317, in *www.cortecostituzionale.it*: « il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie. [...] Una diversa soluzione introdurrebbe una contraddizione logica e giuridica all'interno dello stesso art. 111 Costituzione, che da una parte imporrebbe una piena tutela del principio del contraddittorio e dall'altra autorizzerebbe tutte le deroghe ritenute utili allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti. Un processo non « giusto », perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata », salvo poi *precisare* che « in realtà, non si tratterebbe di un vero bilanciamento, ma di un sacrificio puro e semplice, sia del diritto al contraddittorio sancito dal suddetto art. 111 Costituzione, sia del diritto di difesa, riconosciuto dall'art. 24, secondo comma, Costituzione ».

¹⁰ Cfr. A. MORRONE, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. II, 2008, p. 197: « L'ordine di precedenza che segue il bilanciamento non è stabilito una volta per tutte, cristallizzando la Costituzione secondo l'interpretazione della Corte costituzionale, ma, di regola, vale solo limitatamente al contesto nel quale la decisione è destinata ad operare ».

¹¹ Testualmente in A. MORRONE, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, cit., pp. 193 ss., secondo cui il bilanciamento non è mai un'operazione di “diritto libero”, perché, anche nelle ipotesi in cui i criteri di bilanciamento non sono stabiliti direttamente da disposizioni costituzionali, « dai precedenti possono trarsi indicazioni per circoscrivere la discrezionalità della Corte costituzionale e per orientare le operazioni di bilanciamento lungo coordinate molto prossime a un sistema di valori ».

¹² Ancora attuale è la sua critica al rischio, insito in un controllo giurisdizionale di costituzionalità, di « politicizzazione della giurisdizione »: C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 41 ss.

PERCHÉ I PRINCIPI NON SONO DOGMI

principio di immediatezza tali da contemperare altri interessi costituzionalmente rilevanti¹³.

Rifiutare questa « aspirazione alla convivenza dei principi »¹⁴ equivarrebbe a proclamare la “tirannia” di un valore su un altro¹⁵, o a negare l’esistenza di situazioni-limite. Le quali, come periodicamente mostra la casistica, rendono palese l’esistenza di principi o valori *altri* in potenziale frizione con quelli a cui si è sempre aderito, sottovalutando la complessità del reale.

Un mutamento per sei volte consecutive della composizione del collegio giudicante¹⁶, per quanto deprecabili siano i fattori organizzativi che generino una tale situazione, ne è un fulgido esempio: ad emergere come contraltare del principio di immediatezza è, prima ancora del principio della ragionevole durata del processo (art. 111, comma 2, Cost.)¹⁷, il principio di *effettività del processo*, in mancanza del quale non possono darsi la nozione stessa di “processo” e la sua “attuazione” (art. 111, comma 1, Cost.)¹⁸. Altro principio che può porsi in antitesi con l’immediatezza, come si avrà modo di vedere, è la tutela — peraltro sancita dalla Direttiva 2012/29/UE — dell’integrità psico-fisica delle fonti di prova cosiddette “vulnerabili”¹⁹, per le quali è predisposto l’incidente

155

¹³ C. cost., sent. 20 maggio 2019, n. 132, cit., Considerato in diritto, § 3.2. Nella stessa linea, C. cost., ord. 7 giugno 2010, n. 205, cit.

¹⁴ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 13 s.

¹⁵ Così C. cost., sent. 9 aprile 2013, n. 85, in *www.cortecostituzionale.it*, con un evidente riferimento all’opera di Schmitt (C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, 4ª ed., Adelphi, Milano, 2008, passim): « tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro” (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona ».

¹⁶ C. cost., sent. 20 maggio 2019, n. 132, cit., Ritenuto in fatto, § 2.

¹⁷ Sul bilanciamento fra il canone dell’immediatezza e la ragionevole durata del procedimento: C. LARINNI, *La rinnovazione del dibattito per mutamento del giudice-persona fisica: l’eterno duello tra efficienza giudiziaria e garanzie*, cit., p. 14 ss.

¹⁸ C. cost., sent. 14 ottobre 1996, n. 353, in *www.cortecostituzionale.it*. In tema, per tutti, V. GREVI, *Il principio della « ragionevole durata » come garanzia oggettiva del « giusto processo » penale*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3208.

¹⁹ Tale tutela potrebbe trovare fondamento nell’art. 2 Cost. (L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Edizioni Torri del Vento, Palermo, 2012, p. 77 ss., 433 ss.) e, con precipuo riferimento al dichiarante minore di età, nell’art. 31 comma 2 Cost. (F. CASSIBBA, *La tutela dei testimoni “vulnerabili”*, in O. MAZZA - F. VIGANÒ (a cura di), *Il “pacchetto sicurezza” 2009. Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009 n. 94*, Giappichelli, Torino, p. 317 ss.).

probatorio al fine di “cristallizzare” il loro contributo dichiarativo. Ampliando gli orizzonti, poi, basti ricordare che anche un cardine della civiltà giuridica moderna, come il principio *nulla poena sine lege*, ha trovato un temperamento in seguito alle esperienze totalitarie del Novecento: trattasi dell’affermazione, poi codificata nell’art. 7, comma 2, C.e.d.u., secondo cui la stretta legalità penale non impedisce « il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili »²⁰.

2. *In subordine, l’incerta copertura costituzionale del principio di immediatezza.* — A ben vedere, la questione dell’eventuale bilanciamento verrebbe addirittura a ridimensionarsi quando la copertura costituzionale del principio di immediatezza, « presupposto necessario per un rapporto tra il decidente e la prova »²¹, risultasse *non* confermata dal dato normativo. E così è²²: difficile ricavare il principio in questione dalla clausola dell’art. 111, comma 3, Cost., secondo cui l’indagato ha « la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico », assumendo che quel giudice debba essere il giudice incaricato della decisione finale²³. L’interpreta-

156

²⁰ Per una critica, M. GALLO, *Le fonti rivisitate. Appunti di diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 84 ss.

²¹ D. CHINNICI, *L’immediatezza nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 15.

²² Propenso a negare la costituzionalizzazione del principio dell’“immutabilità del giudice” e del (non coincidente) “principio di immediatezza”, salvo riconoscere una certa dignità alla tesi che lo ricaverebbe, come oggetto di un diritto dell’imputato, dall’art. 111, comma 3, Cost.: P. RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 33 ss. V. anche E. AGHINA, *Gli effetti del mutamento dell’organo giudicante tra rigidità processuali e carenze organizzative*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, 2, p. 93.

²³ Propugnano questa tesi, con varie sfumature: F. R. DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Cedam, Padova, 2012, p. 96 s.; P. FERRUA, *La prova nel processo penale. Struttura e procedimento*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 99-100; O. MAZZA, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. dir., Annali VII*, 2014, p. 270; G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo criminale italiano*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 77. Così anche C. cost., ord. 7 giugno 2010, n. 205, cit.: « va peraltro osservato che il diritto “all’assunzione della prova davanti al giudice chiamato a decidere” — diritto che, in base alla ricordata giurisprudenza di questa Corte, la parte esercita nel chiedere la rinnovazione dell’esame del dichiarante — si raccorda, almeno per quanto attiene all’imputato, anche alla garanzia prevista dall’art. 111, terzo comma, Costituzione, nella parte in cui riconosce alla “persona accusata di un reato [...] la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico” e “di ottenere la convocazione e l’interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell’accusa” ». Per un’ulteriore disamina della collocazione, ad opera della Consulta, del principio di immediatezza tra le garanzie costituzionali: R. APRATI,

PERCHÉ I PRINCIPI NON SONO DOGMI

zione, fin troppo generosa, suona come una sovrapposizione tra (ciò che esprime) il piano costituzionale e (ciò che esprime) quello legislativo-codicistico, dove certamente alberga il principio di immediatezza: basti pensare che il codice di procedura penale detta una nullità assoluta speciale proprio in riferimento alla mancata rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale per mutamento *in itinere* della composizione fisica dell'organo giudicante (art. 525, comma 2, c.p.p.)²⁴. Notevole importanza per il legislatore ordinario, dunque, non altrettanto per quello costituzionale, che sul punto addirittura tace²⁵: ma i due livelli del sistema delle fonti rimangono distinti, nonostante il diverso avviso della dottrina e, così pare, della Corte costituzionale²⁶.

3. *La giurisprudenza della Corte e.d.u. sul principio di immediatezza.* — È d'obbligo un cenno alla giurisprudenza della Corte e.d.u., consapevoli dei limiti di una sua ricezione acritica nell'ordinamento italiano, già evidenziati dalla dottrina²⁷, ma altrettanto consapevoli del rilievo che ormai la medesima assume per il tramite dell'art. 117, comma 1, Cost.

Dall'insieme delle pronunce²⁸ emerge l'importanza, per un « *fair criminal process* », della possibilità che l'accusato si confronti con i testimoni in presenza del giudice che decida « *ultimately* » il caso²⁹, in particolare quando le osservazioni del giudice sulla credibilità e attendibilità di un testimone producano conseguenze importanti per l'accu-

157

Una diversa modulazione del principio di immediatezza: riflessioni sulla proposta Gratteri, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3534 s.

²⁴ Per la precisione, è l'unica nullità assoluta speciale prevista dal c.p.p.: G. SPANGHER, *Ragionamenti sul processo penale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 76-77. In tema, C. cost., ord. 7 giugno 2010 n. 205, cit. laddove afferma che « si tratta di regola costituente uno degli aspetti essenziali del modello processuale accusatorio, espresso dal vigente codice di procedura penale [e] che per tali ragioni la sua osservanza è presidiata dalla massima sanzione processuale, vale a dire dalla nullità assoluta ».

²⁵ Benché il principio venga poi variabilmente ricavato per via interpretativa, si ammette che l'immediatezza non risulti *espressamente* menzionata fra i principi del "giusto processo": F. CASSIBBA, *La tutela dei testimoni "vulnerabili"*, cit., p. 319; D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 9 s., 41 s.; F. R. DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, p. 95; P. FERRUUA, *Il giusto processo*, 3^a ed., Zanichelli, Bologna, 2012, p. 89.

²⁶ *Supra*, nota 23.

²⁷ Per tutti, v. la critica di P. FERRUUA, *La prova nel processo penale. Struttura e procedimento*, cit., pp. 259 ss. a C. cost., sent. 22 ottobre 2007 n. 348, in *www.cortecostituzionale.it* e C. cost., sent. 22 ottobre 2007 n. 349, *ivi*.

²⁸ Cfr. anche C. cost., sent. 20 maggio 2019, n. 132, cit., Considerato in diritto, § 3.2.

²⁹ Corte e.d.u., 27 settembre 2007, Reiner e altri c. Romania, § 74.

sato ³⁰. Così ragionando, ogni mutamento dell'organo giudicante dovrebbe, di regola, portare alla rinnovazione delle testimonianze ³¹.

Ciò nonostante, il principio di immediatezza non può essere assolutizzato al punto da impedire ogni mutamento della composizione fisica dell'organo giudicante, si suole affermare ³². Secondo la Corte e.d.u., infatti, impedimenti organizzativi o procedurali possono rendere impossibile la partecipazione continuativa del giudice nel processo. Ecco allora la possibilità di misure compensative per assicurare che i giudici che partecipano alle assunzioni delle prove testimoniali abbiano comunque contezza delle prove e delle argomentazioni: la messa a disposizione delle trascrizioni delle testimonianze, quando la credibilità del testimone non è in discussione; l'organizzazione di una nuova discussione; la rinnovazione delle testimonianze importanti di fronte al mutato collegio giudicante ³³.

Ancora una volta, la logica *fuzzy* della Corte e.d.u. fornisce precedenti — e, nondimeno, argomenti — per suffragare, in teoria, *tutto* e il *contrario di tutto*: per la giurisprudenza della Corte e.d.u. il principio di identità fra giudice davanti al quale è assunta la prova e giudice decidente, la cui lesione si risolve in una (indiretta) violazione dell'art. 6, § 3, lett. d), C.e.d.u., non gode — esattamente come gli altri principi, “*niente*

³⁰ Corte e.d.u., 18 marzo 2014, Beraru c. Romania, § 64.

³¹ Corte e.d.u., 2 dicembre 2014, Cutean c. Romania, § 60; Corte e.d.u., 18 marzo 2014, Beraru c. Romania, § 64; Corte e.d.u., 9 luglio 2002, P.K. c. Finlandia. In particolare, in Cutean c. Romania la Corte ha ravvisato una lesione dell'art. 6 C.e.d.u., ossia del diritto ad un *fair trial process* poiché nessuno dei componenti dell'originario collegio giudicante aveva assistito continuativamente agli esami dei testimoni, e la lettura delle trascrizioni non è stata ritenuta idonea misura compensativa, considerando peraltro che le dichiarazioni dell'accusato e del testimone costituivano prove importanti per la decisione finale (Corte e.d.u., 2 dicembre 2014, Cutean c. Romania, § 60-73). Cfr. anche Corte e.d.u., 7 marzo 2017, Cerovšek and Božičnik c. Slovenia, § 37-48.

³² Corte e.d.u., 6 dicembre 2016, Škaro c. Croazia, § 24; Corte e.d.u., 2 dicembre 2014, Cutean c. Romania, § 61.

³³ Corte e.d.u., 6 dicembre 2016, Škaro c. Croazia, § 24; Corte e.d.u., 2 dicembre 2014, Cutean c. Romania, § 61. In P.K. c. Finlandia (Corte e.d.u., 9 luglio 2002, P.K. c. Finlandia) la Corte non ha considerato una violazione del *fair trial process* la mancata osservanza dell'immediatezza, perché i « *lay judges* » rimasero gli stessi, durante lo svolgimento del processo, a fronte del mutamento del « *presiding judge* »: in quel caso la credibilità del testimone non risultava in discussione, né dalle trascrizioni emergevano elementi per dubitare della stessa. Sotto quelle condizioni, il fatto che il nuovo presidente del collegio avesse avuto la disponibilità della registrazione dei minuti della sessione in cui il teste era stato sentito fu valutato come una (più che sufficiente) compensazione della mancanza di immediatezza. La Corte, poi, ha rilevato come la base conoscitiva della sentenza non si esaurisse nella testimonianza in questione. Considerazioni simili si rinvengono nei casi Corte e.d.u., 10 febbraio 2005, Graviano c. Italia, § 39-40 e Corte e.d.u., 6 dicembre 2016, Škaro c. Croazia, § 22-31.

PERCHÉ I PRINCIPI NON SONO DOGMI

di nuovo sotto il Sole” — di una assolutezza tale da renderlo incomprimibile di fronte ad altri interessi ³⁴: la ponderazione spetta, ovviamente, al legislatore. Il peso del principio aumenta in casi di giudice monocratico e si flexibilizza in casi di collegi giudicanti ³⁵: tale assunto, lungi dall’essere vincolante, potrebbe essere tenuto in considerazione in prospettiva *de lege ferenda*.

Un cenno a parte, poi, merita la giurisprudenza della Corte e.d.u. sull’obbligo di rinnovare l’istruttoria dibattimentale in seguito ad appello del Pubblico ministero contro la sentenza di proscioglimento: anche in questo caso la regola ispirata alla riespansione dell’immediatezza in secondo grado non è mai stata assolutizzata dalla Corte ³⁶, benché la giurisprudenza di legittimità e il legislatore italiano abbiano preferito recepire categoricamente i suoi *dicta* ³⁷ (probabilmente trascurando l’inevitabile bilanciamento con altri valori, come la tutela delle fonti di prova vulnerabili) ³⁸. Di fronte agli entusiasmi di chi ha ravvisato in questo filone una rinascita dell’immediatezza e una rivitalizzazione del giudizio di appello ³⁹, si può agilmente replicare constatando che la riedizione in secondo grado della « prova viva » ⁴⁰ si giustifica solamente nei casi di possibile riforma in *pejus*, ad evitare che le prove acquisite oralmente, che, si badi, hanno già portato ad una sentenza di prosciogli-

³⁴ In tal senso, R. MUZZICA, *La rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice: un impulso della Corte costituzionale per una regola da rimeditare*, cit. Peraltro, opta per la qualificazione dell’art. 6 § 3, lett. d), C.e.d.u. come principio, e non come regola, C. VALENTINI, *La prova decisiva*, Cedam, Padova, p. 26.

³⁵ In argomento, P. RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 80.

³⁶ M. CERESA-GASTALDO, *La riforma dell’appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, p. 166 s., richiamando Corte e.d.u., 26 aprile 2016, Kashlev c. Estonia, § 50-51. L’argomento per cui, sotto certe circostanze, è sufficiente una “motivazione rinforzata” è rinvenibile anche in Corte e.d.u., 27 giugno 2017, Chiper c. Romania, § 63.

³⁷ Cfr., prima dell’approvazione della l. 23 giugno 2017, n. 103: Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, in *CED Cass.*, n. 267486; Cass., sez. un., 19 gennaio 2017, n. 18620, in *CED Cass.*, n. 269785. Dopo la l. n. 103 del 2017 — che ha inserito nell’art. 603 c.p.p. un nuovo comma 3-bis: « 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 » — cfr. anche C. cost., sent. 20 marzo 2019, n. 124, in www.cortecostituzionale.it.

³⁸ H. BELLUTA - L. LUPÁRIA, *La parabola ascendente dell’istruttoria in appello nell’esegesi “formante” delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, p. 161.

³⁹ G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo criminale italiano*, cit., p. 77, 121.

⁴⁰ M. CERESA-GASTALDO, *La riforma dell’appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*, cit., p. 165.

mento⁴¹, siano rivalutate cartolarmente da un secondo giudice, portando eventualmente ad una sentenza di condanna. E a destare sconcerto, comprensibilmente, è la condanna per la prima volta in secondo grado, sulla base di uno *standard* conoscitivo diverso rispetto a quello fondante il proscioglimento cristallizzato nella sentenza di primo grado⁴²: ad evitare tali esiti basterebbe l'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento, prevedendo una disciplina che superi i rilievi di incostituzionalità espressi dalla Corte costituzionale nella sentenza 24 gennaio 2007, n. 26⁴³.

Per concludere, è ormai acquisito che la giurisprudenza della Corte e.d.u. — le cui operazioni di *balancing* oscillano periodicamente fra « vincoli particolaristici » e « tendenze tipizzatrici »⁴⁴ — non offra argomenti *decisivi* per suffragare (o sconfessare) una tesi (o la sua antitesi): piuttosto, conferma l'intuizione iniziale per cui, al tempo del pluralismo dei valori, ragionare per dogmi funziona relativamente; fintantoché, cioè, un “caso difficile” imponga all'interprete di abbandonarli.

4. *Aporie di una difesa incondizionata del principio di immediatezza.* — Più di vent'anni fa, ci si domandava se « in un sistema che si è assuefatto all'idea dei dibattimenti ritardati » fosse preferibile « un contraddittorio senza immediatezza, proprio dell'incidente probatorio [o] un contraddittorio sorretto dall'immediatezza [...], ma mortificato nei “ricordi” ormai sbiaditi nel tempo »⁴⁵. La scelta tragica si ripropone, *mutatis mutandis*, in relazione alla opportunità o meno di riassumere di fronte al mutato organo giudicante le prove dichiarative già assunte in

⁴¹ In tal modo rafforzando la presunzione di innocenza: Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, cit.

⁴² R. APRATI, *Una diversa modulazione del principio di immediatezza: riflessioni sulla proposta Gratteri*, cit., p. 3541. In tema, per tutti, P. FERRUA, *La prova nel processo penale. Struttura e procedimento*, cit., p. 252 ss.

⁴³ Così, ad esempio, P. FERRUA, *La prova nel processo penale. Struttura e procedimento*, cit., p. 258-259. Si allude alla discussa dichiarazione di incostituzionalità della l. 20 febbraio 2006, n. 46 (cosiddetta “Legge Pecorella”), laddove vietava l'appellabilità da parte del Pubblico ministero delle sentenze di proscioglimento: C. cost., sent. 24 gennaio 2007, n. 26, in *Giur. cost.*, 2007, p. 221, con commenti di A. BARGI - A. GAITO, *Il ritorno della Consulta alla cultura processuale inquisitoria (a proposito della funzione del p.m. nelle impugnazioni penali)* e di F. CAPRIOLI, *Inappellabilità delle sentenze di proscioglimento e “parità delle armi” nel processo penale*.

⁴⁴ Così A. TESAURO, *Corte Edu e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante. Spunti teorico-generalisti e ricadute penalistiche*, in *Dir. pen. cont.*, 24 giugno 2019, p. 14.

⁴⁵ D. SIRACUSANO, *Urge recuperare l'oralità*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, p. 527.

PERCHÉ I PRINCIPI NON SONO DOGMI

contraddittorio, mancando il consenso delle parti alla lettura degli atti *ex art. 511 c.p.p.* ⁴⁶.

Dalla parte dei sostenitori della scelta codicistica vi sono *buoni argomenti*: l'importanza dell'oralità nel processo accusatorio, ovvero della percezione diretta da parte del giudice deliberante dei tratti prosodici dei dichiaranti escussi in contraddittorio ⁴⁷. Ciò non esclude, però, che vi siano *altrettanti buoni argomenti* contro la soluzione specificamente adottata dal codice per garantire incondizionatamente quel principio (art. 525, comma 2, c.p.p.): a cominciare dall'obbligo di motivare razionalmente la valutazione delle prove ⁴⁸, che stempera proprio quella « risonanza emotiva, scaturita dal contatto diretto con la fonte » che si vuole garantita dall'immediatezza ⁴⁹. Il nostro giudice, infatti, non decide con verdetto immotivato ⁵⁰. Ma procediamo con ordine.

L'auspicio del primo codice repubblicano per cui il dibattimento, e quindi il contraddittorio sorretto dall'oralità-concentrazione-immediatezza, sarebbe dovuto rimanere un "lusso" per pochi procedimenti ⁵¹ è rimasto sulla carta. Nella totale complicità delle parti processuali, restie ad accettare l'armamentario dei riti speciali, e del legislatore, refrattario

⁴⁶ Nella giurisprudenza di legittimità: *in primis*, Cass., sez. un., 15 gennaio 1999, n. 2, in *CED Cass.*, n. 212395; *in ultimis*, Cass., sez. un., 30 maggio 2019, n. 41736, cit.

⁴⁷ In tema, per tutti, P. FERRUA, *La prova nel processo penale. Struttura e procedimento*, cit., p. 100.

⁴⁸ P. FERRUA, *La prova nel processo penale. Struttura e procedimento*, cit., p. 155 ss.

⁴⁹ Così A. CAPONE, *La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello*, in *Dir. pen. cont.*, 9 ottobre 2018, p. 5-6.

⁵⁰ Si considerino le riflessioni di P. FERRUA, *La prova nel processo penale. Struttura e procedimento*, cit., p. 157: « [All'epoca della Rivoluzione francese] tale era la fiducia nell'intima convinzione dei giurati che in una visione ingenua e teatrale dell'oralità, oggi assolutamente improponibile, ci si spinse a vietare persino la verbalizzazione delle testimonianze dibattimentali, per non inquinare la lettura delle carte scritte con le "impressioni" prodotte nell'animo dei giudici dall'assunzione orale delle prove. Parte di questa visione emotiva sopravvive ancora oggi negli ordinamenti dove la giuria decide con verdetto immotivato. ».

⁵¹ Così G. FALCONE, *La posta in gioco. Interventi e proposte per la lotta alla mafia*, Rizzoli, Milano, 2010, p. 150. Nel dibattito parlamentare antecedente l'adozione del nuovo codice di procedura penale, v'era la consapevolezza che il nuovo processo sarebbe funzionato nel caso in cui sarebbero pervenuti a dibattimento solo una ristretta minoranza dei processi: per tutti, l'intervento dell'Onorevole P. Casini alla Camera dei deputati del 10 luglio 1984, in G. LATANZI - E. LUPO, *Il nuovo codice di procedura penale*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1991, p. 708. Si consideri, peraltro, che in Inghilterra il *guilty plea rate*, cioè la percentuale di procedimenti conclusi con il c.d. patteggiamento, si aggira intorno al 70% per le cause instaurate di fronte alla *Crown Court*: www.gov.uk/government/statistics/criminal-court-statistics-annual-january-to-march-2018.

— quantomeno fino a tempi recenti ⁵² — a introdurre adeguati disincentivi alla prosecuzione del processo penale *a tutti i costi*, ovvero alla procrastinazione del passaggio in giudicato delle sentenze ⁵³. Le conseguenze sono sotto gli occhi di tutti: la durata media del procedimento penale italiano rimane un'*anomalia* nel contesto internazionale ⁵⁴.

Al di là delle molteplici (con)cause di tale situazione, in parte anche ascrivibili a scelte organizzative, carenze di risorse e quant'altro, e in parte a vincoli costituzionali, come l'obbligatorietà dell'azione penale ⁵⁵, non possono tacersi le aporie che accompagnano una difesa *dogmatica* del principio di immediatezza: alcune di taglio più teorico, altre di taglio più empirico.

5. *La teoria: la coesistenza, nel codice di procedura penale, del principio di immediatezza con un sistema di impugnazioni omnibus.* — Nel codice di procedura penale la vocazione per l'oralità-immediatezza coesiste con un sistema di impugnazioni che, per definizione, sposta il baricentro del processo verso la "cartolarità". Questo vale *assolutamente* per il ricorso per cassazione e *relativamente* per l'appello, che, dopo la "riforma Orlando" (l. 23 giugno 2017, n. 103) e la ricezione della giurisprudenza della Corte e.d.u., mantiene una (residuale) fisionomia di nuovo giudizio orale, quantomeno laddove la sentenza appellata sia di

162

⁵² Il riferimento è alle modifiche al regime della prescrizione introdotte dalla l. 103 del 2017 (art. 1, commi 1 - 15) e dalla l. 9 gennaio 2019, n. 3 (art. 1, lett. d, e, f), entrata in vigore in data 1° gennaio 2020. Sulla possibilità che tali riforme disincentivino l'"uso dilatorio" dei mezzi di impugnazione: B. LAVARINI, *La ragionevole durata del processo come garanzia soggettiva*, in *Legislazione pen.*, 31 dicembre 2019, p. 17.

⁵³ Effetto a cui si giunge(va) anche sperando ogni mezzo di impugnazione possibile: M. BARGIS, *Impugnazioni*, in G. CONSO - V. GREVI - M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, 7^a ed., Cedam, Padova, 2014, p. 936. In tema, G. FALCONE, *La posta in gioco. Interventi e proposte per la lotta alla mafia*, cit., p. 151 notava « che l'imputato, se potesse, attraverso le impugnazioni, differire a lungo la definitività della sentenza di condanna, non troverebbe, comunque, conveniente qualsiasi forma di patteggiamento con l'accusa ». In tema, v. anche V. GREVI, *Il principio della « ragionevole durata » come garanzia oggettiva del « giusto processo » penale*, cit., p. 3209-3211.

⁵⁴ Cfr. il recente rapporto *European judicial systems. Efficiency and quality of justice - CEPEJ Studies n. 23*, ed. 2018 (dati 2016), p. 312 s., 328 s., 334 s.: <https://rm.coe.int/rapport-avec-couv-18-09-2018-en/16808def9c>.

⁵⁵ Ancora G. FALCONE, *La posta in gioco. Interventi e proposte per la lotta alla mafia*, p. 151 osservava, comparando il modello processuale statunitense con il codice di procedura penale in via di approvazione in Italia: « lo strumento fondamentale, che — a mio avviso — consente agli inquirenti di concentrare gli sforzi negli affari penali più importanti, è quello della non obbligatorietà dell'azione penale ».

PERCHÉ I PRINCIPI NON SONO DOGMI

proscioglimento ⁵⁶. La contraddizione nel coltivare l'immediatezza in primo grado e nel mantenere un accesso tendenzialmente *indifferenziato* ⁵⁷ — e non, invece, *selettivo* ⁵⁸ — ai mezzi di impugnazione è palese, tenuto conto che non v'è alcuna garanzia epistemica di maggiore correttezza della valutazione del giudice di impugnazione rispetto al giudice della sentenza impugnata ⁵⁹: piuttosto è verosimile il contrario, se si tiene conto della maggiore distanza temporale dai fatti rispetto al giudice *a quo* ⁶⁰ e della cartolarità del controllo, *a fortiori* se costruito come azione di annullamento — modalità che rimane astrattamente conciliabile col sistema accusatorio, al contrario dei gravami (orali o cartolari) ⁶¹.

Il trascorrere del tempo, in altre parole, è sempre garanzia di minore efficacia dimostrativa in un processo ispirato all'oralità-immediatezza: la

⁵⁶ Per tutti, v. M. CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflattive*, cit., p. 163 ss.

⁵⁷ In questo senso: G. LOZZI, *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *questa rivista*, 1997, p. 693; R. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, in *questa rivista*, 2014, p. 1141 ss. Con riferimento all'appello, si è parlato di « un secondo grado *omnibus*, pronto a raccogliere qualsivoglia doglianza, in base ad un ormai stravolto principio della devoluzione parziale »: H. BELLUTA, *L'appello: patologie croniche e acute*, in M. BARGIS - H. BELLUTA, *Impugnazioni penali. Assestamenti di sistema e prospettive di riforma*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 231.

⁵⁸ Un parziale tentativo è stato effettuato dalla l. 103 del 2017, con le modifiche in materia di impugnazioni: in particolare, viene il rilievo la nuova formulazione dell'art. 581 c.p.p.: « 1. L'impugnazione si propone con atto scritto nel quale sono indicati il provvedimento impugnato, la data del medesimo e il giudice che lo ha emesso, con l'enunciazione specifica, a pena di inammissibilità: a) dei capi o dei punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione; b) delle prove delle quali si deduce l'inesistenza, l'omessa assunzione o l'omessa o erronea valutazione; c) delle richieste, anche istruttorie; d) dei motivi, con l'indicazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta ».

⁵⁹ La mente corre al celebre passo di Ulpiano in *Digesto*, 49, I, 1. Con riferimento all'appello e poi alle impugnazioni in generale, F. M. IACOVIELLO, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 879, 718 ss.: « Non c'è nessuna regola epistemologica per cui chi giudica dopo giudica meglio di chi ha giudicato per primo. La verità legale è frutto dell'*imperium* di una norma, che stabilisce che la seconda sentenza si sostituisce alla prima. Ma tale norma non riflette alcuna evidenza scientifica e non risponde neppure al sentire comune ». Con precipuo riferimento all'appello, H. BELLUTA, *L'appello: patologie croniche e acute*, cit., p. 230.

⁶⁰ In tema, con precipuo riferimento all'appello: A. CAPONE, *La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello*, p. 3; F. M. IACOVIELLO, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 720 ss.

⁶¹ A titolo esemplificativo, M. CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflattive*, cit., p. 164 afferma l'opportunità che in un processo accusatorio il mezzo di di impugnazione — in particolare, l'appello — sia costruito come mezzo di controllo della prima decisione (*querela nullitatis*). La proposta, presente nei lavori parlamentari antecedenti la l. 103 del 2017, fu in seguito accantonata: per una disamina, M. BARGIS *I ritocchi alle modifiche in tema di impugnazioni nel testo del d.d.l. n. 2798 approvato dalla Camera dei deputati*, in *Dir. pen. cont.*, 19 ottobre 2015, p. 3.

fede nei mezzi di impugnazione diventa proporzionalmente inversa alla fede nell'oralità. Ne è una riprova la portata circoscritta delle impugnazioni nei sistemi penali processuali *adversary* ⁶².

L'obiezione teorica è dunque la seguente: non si può trascurare che una "battaglia" a difesa dell'oralità-immediatezza dovrebbe accompagnarsi ad una "battaglia" contro il *favor impugnationis*, dal momento che « più passa il tempo e più le informazioni sbiadiscono, i fatti si sfocano. La parola scritta trasmette informazioni essiccate. Il pericolo dell'errore di giudizio diventa maggiore nei gradi di impugnazione » ⁶³. Fintanto che l'impugnazione della sentenza dibattimentale sarà un passaggio *quasi scontato*, e non *meramente eventuale* ⁶⁴, l'oralità-immediatezza rimarrà un'utopia. E ciò alla luce anche di un altro fattore: a parità di risorse tecniche e umane, non si vede la razionalità nel distribuirle — benché seguendo un'allocazione "a piramide" — nei vari gradi di giudizio, mantenendo l'attuale carico di lavoro *pro capite*, anziché — attraverso un'oculata circoscrizione del diritto all'impugnazione ⁶⁵ — convogliarle maggiormente al primo grado di giudizio. Consentendo così una più attenta trattazione dei procedimenti, che *prevenga* errori di cui ci si dovrebbe *ex post* con quegli stessi mezzi di impugnazione. Eppure persiste l'idea « cara al processo inquisitorio » per cui « spalmare le garanzie in più gradi di giudizio », sia meglio, nei fatti, che « concentrarle nel dibattimento di primo grado » ⁶⁶. Come a dire che curare sia meglio che prevenire, peraltro trascurando il prezzo della cura: la perdita dell'oralità-immediatezza, per un verso, e, per l'altro, l'abnorme *dissociazione* temporale tra l'accertamento

164

⁶² Con riferimento al sistema delle impugnazioni nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America: G. FALCONE, *La posta in gioco. Interventi e proposte per la lotta alla mafia*, cit., p. 151; G. ILLUMINATI, *Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2018, 2, vol. IV, p. 547. In relazione all'appellabilità tendenzialmente circoscritta ai soli *motivi di diritto* nel processo penale statunitense, V. FANCHIOTTI, voce *Processo penale statunitense*, in *Enc. dir., Annali II*, t. I., 2008, p. 830. In relazione al *leave to appeal* nel processo penale inglese, V. PATANÈ, voce *Processo penale inglese*, in *Enc. di., Annali II*, t. I, cit., p. 775.

⁶³ F. M. IACOVIELLO, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 720.

⁶⁴ F. M. IACOVIELLO, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 718 ss.

⁶⁵ Sebbene si condivida la proposta di introdurre un filtro sulla "manifesta infondatezza" dell'atto d'appello (cfr., ad esempio, G. CANZIO, *Le impugnazioni penali fra riforme legislative e diritto giurisprudenziale*, in *SP*, 11 dicembre 2019, p. 15), il ridimensionamento delle impugnazioni potrebbe più proficuamente perseguirsi implementando l'*escussione* di sanzioni previste *ad impugnazione rigettata o dichiarata inammissibile*: a nulla, infatti, serve la delimitazione *ex ante* dei requisiti per impugnare, se l'impugnante non sopporta le conseguenze della proposizione dell'atto privo di quei requisiti.

⁶⁶ F. M. IACOVIELLO, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 718.

PERCHÉ I PRINCIPI NON SONO DOGMI

della fattispecie⁶⁷ e l'eventuale applicazione degli effetti giuridici previsti dalla norma di diritto penale sostanziale.

6. Segue: *la coesistenza, nel codice di procedura penale, del principio di immediatezza con l'istituto dell'incidente probatorio speciale*. — Una seconda aporia teorica nella difesa *incondizionata* dell'immediatezza è disvelata dalla presenza, nel codice, dell'incidente probatorio, nato come istituto eccezionale ma divenuto, per via di molteplici interventi normativi, strumento dai presupposti applicativi sempre più estesi⁶⁸.

In particolare, interessa ricordare l'ipotesi di incidente probatorio cosiddetto "speciale" ex art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., che consente l'assunzione anticipata della testimonianza dei "dichiaranti fragili"⁶⁹ e, in particolare, della « persona offesa particolarmente vulnerabile »⁷⁰, al di là delle tradizionali esigenze di non rinviabilità della prova⁷¹. Recentemente coordinata con l'« argine normativo »⁷² dell'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p., la cui *ratio* è impedire (defatiganti) (ri)escussioni sulle medesime circostanze⁷³, questa ipotesi contribuisce a delineare un

⁶⁷ Nel senso dell'antecedente, o protasi, dell'enunciato condizionale che costituisce la struttura logica di ogni norma penale incriminatrice: R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 14-15.

⁶⁸ V. per tutti, P. RENON, *L'incidente probatorio vent'anni dopo: un istituto sospeso tra passato e futuro*, in *questa rivista*, 2011, p. 1019 ss. È stato acutamente notato, poi, come nel codice di procedura penale vi siano numerose deroghe al principio di immediatezza e al principio di immutabilità del giudice, come gli artt. 26, 33-nonies, 238, 238-bis, 403, 431 c.p.p.: E. AGHINA, *Gli effetti del mutamento dell'organo giudicante tra rigidità processuali e carenze organizzati*, cit., p. 93-95.

⁶⁹ Cfr.: C. cost., sent. 13 gennaio 2005, n. 63, in *www.cortecostituzionale.it*; C. cost., ord. 26 marzo 2003, n. 108, *ivi*.

⁷⁰ La *ratio* dell'art. 392 c.p.p. comma 1-*bis* c.p.p., è stata individuata nella tutela della « dignità », « riservatezza » ed « equilibrio emotivo » (F. CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in G. CONSO - V. GREVI - M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 625; analogamente, C. PANSINI, *Le dichiarazioni del minore nel processo penale*, Cedam, Padova, 2001, p. 122; M. G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, in C. CESARI (a cura di), *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2015, p. 158) dei testimoni che siano minorenni o persone offese maggiorenni — in relazione a taluni reati — ovvero, a seguito del d.lgs. 15 dicembre 2015 n. 212, "persone offese particolarmente vulnerabili" ex art. 90-*quater* c.p.p.

⁷¹ C. PANSINI, *Le dichiarazioni del minore nel processo penale*, cit., p. 123.

⁷² Testualmente S. RECCHIONE, *Le vittime da reato e l'attuazione della Direttiva 2012/29/UE: le avanguardie, i problemi, le prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, 25 febbraio 2015, p. 8. *Ex multis*, auspicava una coordinazione tra l'art. 392, comma 1-*bis* c.p.p. e l'art. 190-*bis* comma 1-*bis* c.p.p. C. GIOVANNI, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile"*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, p. 991.

⁷³ L'art. 190-*bis* c.p.p. deroga agli ordinari criteri di ammissibilità della prova ex art. 190 c.p.p. (G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in P.

quadro normativo non sempre ispirato ad un *favor* per l'immediatezza: l'esigenza di evitare processi di "vittimizzazione secondaria"⁷⁴, consacrata anche nella Direttiva 2012/29/UE, ha prevalso su quel principio⁷⁵. E, prima ancora, prevalsero su quel principio esigenze di prevenzione dall'« usura psicologica »⁷⁶ del dichiarante, nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p. Così nacque l'art. 190-*bis* c.p.p., superando le più varie obiezioni, complessivamente ruotanti intorno ad una (supposta) lesione del diritto alla prova⁷⁷, e abbracciando l'assunto per cui il contraddittorio dibattimentale ha un valore *strumentale* alla correttezza del risultato⁷⁸, giammai *finale*.

A proposito della Direttiva 2012/29/UE, non sembra poi indebolire quanto sin qui sostenuto il recente assunto della Corte di giustizia

FERRUA - F. M. GRIFANTINI - G. ILLUMINATI - R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, 4^a ed., Giappichelli, Torino, p. 87 ss.) per evitare al dichiarante la ri-escussione sulle medesime circostanze, salvo che « il giudice o taluna delle parti lo riteng[an]o necessario sulla base di specifiche esigenze ».

⁷⁴ Cioè la condizione di sofferenza psicologica provocata dal coinvolgimento personale nel procedimento penale, in qualità di dichiarante; per tutti, L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Edizioni Torri del Vento, Palermo, 2012, p. 108 ss.

⁷⁵ In tema, per tutti, H. BELLUTA, *Il processo penale di fronte alla vittima particolarmente vulnerabile: aspirazioni (comunitarie) e aporie nazionali*, in P. SPAGNOLO - H. BELLUTA - V. BONINI, *Commento alle nuove norme in materia di tutela della vittima del reato*, in *Legislazione pen.*, 5 luglio 2016, p. 21 ss. Sia consentito il rinvio, in data antecedente all'approvazione del d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, a R. GERMANO, *Tra riscatto e fuga: le parole della vittima nel contraddittorio processuale*, in M. F. CORTESI - E. LA ROSA - L. PARLATO - E. SELVAGGI (a cura di), *Sistema penale e tutela delle vittime tra diritto e giustizia*, DIPLAP, Milano, p. 65 ss.

⁷⁶ Così, in riferimento alla ratio dell'art. 190-*bis* c.p.p., V. GREVI, *Prove*, in G. CONSO - V. GREVI - M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 330.

⁷⁷ Con varie sfumature: F. R. DINACCI, *L'art. 190-*bis* c.p.p.: « controriforma » del diritto probatorio*, in *Arch. Pen. Web.*, 2014, 3, p. 1 ss.; P. FERRUA, *La prova nel processo penale. Struttura e procedimento*, cit., p. 100 s.; V. GAROFOLI, *Artt. 190 e 190-*bis* c.p.p.: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 945 ss.

Le obiezioni, in particolare, si focalizzano sul deficit di informazione a disposizione della difesa dell'indagato, considerata la fluidità dell'addebito (F. R. DINACCI, *L'art. 190-*bis* c.p.p.: « controriforma » del diritto probatorio*, cit., p. 5) e l'incompletezza degli accertamenti (P. FERRUA, *La prova nel processo penale. Struttura e procedimento*, cit., p. 100): in parole, la diversità di base conoscitiva rispetto al dibattimento (M. STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, in *Arch. Pen. Web.*, 2015, p. 12). Tale deficit viene tuttavia compensato, nell'incidente probatorio "speciale" ex art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., dalla *discovery* integrale degli atti di indagine, volta ad assicurare la pienezza del contraddittorio (G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, cit. p. 90) e dall'obbligo di documentazione tramite mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva (M. G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., p. 191 ss.). In tema, diffusamente, L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., p. 449 ss.

⁷⁸ C. CONTI - P. TONINI, *Il diritto delle prove penali*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 130 s.; con riferimento alla testimonianza del minore, G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *questa rivista*, 2005, p. 1027.

PERCHÉ I PRINCIPI NON SONO DOGMI

dell'Unione europea — espressasi a seguito di un rinvio pregiudiziale che si esaminerà in seguito — secondo cui l'art 20, lett. *b* (« il numero delle audizioni della vittima sia limitato al minimo e le audizioni abbiano luogo solo se strettamente necessarie ai fini dell'indagine penale ») va riferito alla sola fase delle indagini preliminari ⁷⁹ e l'art. 18 (« fatti salvi i diritti della difesa, gli Stati membri assicurano che sussistano misure per proteggere la vittima e i suoi familiari da vittimizzazione secondaria e ripetuta, intimidazione e ritorsioni, compreso il rischio di danni emotivi o psicologici, e per salvaguardare la dignità della vittima durante gli interrogatori o le testimonianze [...] ») non impone la limitazione a *una sola* audizione della “vittima” nel corso del processo ⁸⁰. Da ciò taluni potrebbero ricavare che i limiti alla rinnovazione delle prove dichiarative assunte nell'incidente probatorio speciale (art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p.) non fossero imposti dalle disposizioni della Direttiva ⁸¹, non vietando questa una successiva escussione dibattimentale. La pronta replica sta nell'osservare che tra il *non imporre* una certa soluzione e l'*obbligare* alla soluzione contraria corre la stessa differenza concettuale che c'è tra la “negazione passiva” (non è obbligatorio che...) e la “negazione attiva” (è obbligatorio che non...) ⁸²: la prima non implica la seconda. Perdipiù l'incidente probatorio speciale, unitamente ai limiti al diritto alla rinnovazione delle prove *ex art. 190-bis*, comma 1-*bis*, c.p.p., continuerà a rappresentare la *best practice* per tutelare, da un lato, la persona offesa “nel procedimento” e “dal procedimento” ⁸³ e, dall'altro, per « scongiurare il rischio di dispersione del dato, [preservando] il contraddittorio » ⁸⁴. Questo fintantoché le tempistiche per approdare alla soglia del dibattimento rimarranno, in sistematica violazione del canone della concentrazione, « bizantine » ⁸⁵.

⁷⁹ C. Giust. UE, 29 luglio 2019, Gambino e Hyka, C-38/18, § 31-36.

⁸⁰ C. Giust. UE, 29 luglio 2019, Gambino e Hyka, C-38/18, § 50-54.

⁸¹ Considerazioni simili, vigente la Decisione quadro 2001/220/GAI, in A. CAPONE, *Incidente probatorio e tutela della vittima del reato*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 351 ss.

⁸² Su tale distinzione, ad altri fini, P. FERRUA, *La prova nel processo penale. Struttura e procedimento*, cit., p. 51-52.

⁸³ In tal senso, G. TODARO, *Il sistema italiano di tutela della vittima nel reato: analisi e prospettive*, in L. LÁRIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, Cedam, Padova, 2015, p. 111 s.

⁸⁴ M. STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, cit., p. 22.

⁸⁵ Cfr. D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 13 s.

7. *La pratica: lo scarso interesse per l'immediatezza quando converge con la ragionevole durata del processo.* — Esiste uno strumento formidabile a disposizione delle parti per tentare di perseguire il principio di immediatezza *sin dalle prime battute* del procedimento: la richiesta del giudizio immediato. Ma qui emerge un'altra contraddizione: il procedimento in questione — per svariate ragioni, non ultima l'attitudine a concepire l'udienza preliminare come una irrinunciabile *chance* difensiva ⁸⁶ — è scarsamente richiesto dalla difesa ⁸⁷. Sorge allora spontaneo domandarsi, nel tentativo di individuare una coerenza tra *ciò che accade* e *ciò che si vorrebbe accadesse*, come si possa pretendere la valorizzazione dell'immediatezza, addirittura sul piano costituzionale, quando *in primis* le parti — il riferimento è perlopiù alla difesa ⁸⁸ — vi dimostrano nella prassi un interesse relativo, subordinato ad altri (pur legittimi) interessi. Perché, cioè, perseguire l'immediatezza solo nelle ipotesi di (potenziale) conflitto con la ragionevole durata del procedimento (art. 111, comma 2, Cost.) ⁸⁹ e non anche nelle ipotesi di (potenziale) concordanza con la stessa ⁹⁰? La rivendicazione dell'importanza dell'immediatezza dopo il mutamento dell'organo giudicante — nella consapevolezza che la rinnovazione probatoria compromette *talvolta* l'equilibrio psicofisico dei dichiaranti e *sempre* la genuinità delle dichiarazioni *bis* ⁹¹ —

168

⁸⁶ M. DANIELE - P. FERRUA, *Venti di riforma dell'udienza preliminare e del patteggiamento: un subdolo attacco al processo accusatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 5, p. 80-81.

⁸⁷ Su questo punto, per tutti, D. DE ROSA, voce *Giudizio immediato* (*I Aggiornamenti*), in *Dig. Disc. Pen.*, Aggiornamento III, t. I., 2005, p. 593.

⁸⁸ Mentre per la difesa la scelta resta discrezionale, i presupposti per la richiesta del giudizio immediato da parte del Pubblico ministero sono predeterminati (art. 453 ss. c.p.p.). Peraltro si osserva come il decreto di citazione a giudizio, emesso dal Pubblico ministero nell'ambito dei procedimenti davanti al tribunale in composizione monocratica, nell'anno 2018 costituisse la principale fonte del contenzioso (2/3) di primo grado: G. MAMMONE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2018*, p. 23: http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/20190125_RelazioneAG018.pdf. La proporzione, ancorché non esplicitata, sembra mantenersi su livelli analoghi nell'anno 2019: G. MAMMONE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*, p. 27: http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Primo_Presidente_Cassazione_Cassazione_2020.pdf.

⁸⁹ Corollario di tale norma è, con le parole di un autorevole Autore, che « le garanzie non potranno dilatarsi fino a rendere irragionevoli i tempi processuali »: G. CONSO, *Introduzione*, in G. CONSO - V. GREVI - M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, cit., p. LIV.

⁹⁰ In tema, S. BUZZELLI, voce *Processo penale (ragionevole durata del)*, in *Enc. dir., Annali III*, 2010, p. 1020: « Senza [la durata ragionevole] l'oralità resta sprovvista di quella copertura costituzionale che indirettamente le viene riservata proprio dall'art. 111 comma 2, secondo periodo, cost. ».

⁹¹ L'allusione è, ovviamente, alla progressiva distanza temporale dai fatti e alla perdita dell'"effetto sorpresa" nella ripetizione dell'esame incrociato: A. CAPONE, *La riassunzione*

PERCHÉ I PRINCIPI NON SONO DOGMI

diventa doppiamente viziata ogniquale volta le parti non abbiano ricercato, con gli strumenti processuali a loro disposizione, l'immediato confronto col giudice dibattimentale, al fine di *minimizzare* la distanza temporale tra fatti oggetto di accertamento e assunzione delle prove dichiarative su quei fatti. A nulla, infatti, vale la diretta percezione delle prove dichiarative da parte del giudice quando la loro valenza epistemica sia già stata *gravemente compromessa* dal trascorrere del tempo del processo e, quando accade, da un pregresso esame incrociato sulle medesime circostanze. Elemento che indebolisce, se non preclude del tutto, le potenzialità dell'"effetto sorpresa" delle domande sui testi.

L'immediatezza, in altre parole, è funzionale alla correttezza del risultato se e solo se si espleta "*in one shot*". E l'eventualità, peraltro nota ai giudici della Corte costituzionale ⁹², per cui « spesso la difesa, dopo aver chiesto la ripetizione dell'atto, di fronte al testimone riconvocato, consente che sia data lettura di quanto detto o consenta al dichiarante di limitarsi a confermare quanto detto in precedenza » ⁹³ conferma i dubbi sull'"eterogenesi dei fini" che, nella prassi, può coinvolgere l'istituto tradizionalmente difeso in punta di diritto: vengono a nozze le parole di un Maestro, per cui talvolta « l'exploit tecnico sta nell'eludere i temi capitali (se quel fatto sia avvenuto, chi l'abbia commesso, come qualificarlo, ecc.) parlando d'altro, finché la prescrizione non chiuda i conti » ⁹⁴.

L'oralità-immediatezza dovrebbe allora perseguirsi accelerando l'*iter* processuale; rapporto di vicinanza tra la prova dichiarativa e il giudice, certamente, ma anche rapporto di vicinanza tra la prova dichiarativa e gli accadimenti ⁹⁵. In questo senso la proposta di generalizzare la citazione

delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello, cit., p. 3; G. CASTIGLIA, *Il principio di immediatezza e la rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3189; M. CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*, cit., p. 164-165.

⁹² Cfr. C. cost., sent. 20 maggio 2019, n. 132, cit., Considerato in diritto, § 3.1.

⁹³ Così G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo criminale italiano*, cit., secondo cui, tuttavia, tale dato non può attenuare la necessità di rispettare il principio di immediatezza.

⁹⁴ F. CORDERO, *Procedura penale*, 9^a ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 1303. In tema, V. GREVI, *Il principio della « ragionevole durata » come garanzia oggettiva del « giusto processo » penale*, cit., p. 3209-3210. Risalendo nel tempo, v. M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, Mulino, Bologna, 2010, p. 51, il quale ammoniva contro « le soverchie dilazioni, le molte ed inutili formalità [che] prolungano il giudizio, ed un facile scampo somministrano all'accorto reo ».

⁹⁵ In argomento, G. CASTIGLIA, *Il principio di immediatezza e la rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice*, cit., p. 3189. Recentemente, v. anche M. DANIELE, *Le "ragionevoli deroghe" all'oralità in caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale al legislatore*, cit., p. 11.

diretta a giudizio, eliminando *tout court* l'udienza preliminare, meriterebbe più attenzioni da parte dei *fans* dell'immediatezza ⁹⁶. Non ci si meravigli, altrimenti, se l'incidente probatorio assistito dai limiti alle riassunzioni *ex art. 190-bis c.p.p.* sia diventato strumento privilegiato di acquisizione probatoria, ben oltre i confini originariamente previsti dal legislatore ⁹⁷.

8. *La moral suasion della Corte costituzionale.* — Tante, allora, le contraddizioni che continuano ad aleggiare intorno ad una difesa *dogmatica* del principio di immediatezza ⁹⁸. A partire dal suo incerto fondamento costituzionale che, ad ogni buon conto, si darà per scontato in queste ultime righe, nel tentativo di esaminare declinazioni più ragionevoli di quella imposta univocamente dall'art. 525, comma 2, c.p.p.

Vero è che in altri ordinamenti si favorisce — o meglio, si prescrive, a pena di nullità — una trattazione concentrata delle udienze, al fine di prevenire mutamenti nella composizione dell'organo giudicante, tanto più probabili quanto maggiore è l'estensione temporale del dibattimento ⁹⁹. Tuttavia è difficile stabilire se una regola come quella, ad esempio, del processo penale cileno — laddove si sanziona a pena di nullità non solo la violazione del principio di immediatezza, ma anche la violazione del principio di concentrazione ¹⁰⁰, senza il quale il primo dei

170

⁹⁶ In questo senso: M. DANIELE - P. FERRUA, *Venti di riforma dell'udienza preliminare e del patteggiamento: un subdolo attacco al processo accusatorio*, cit., p. 80-81; più risalente nel tempo, R. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, cit., p. 1145 s. Un'obiezione alla proposta potrebbe fondarsi sul dato per cui il tasso di proscioglimenti in primo grado, prossimo al 50%, palesa l'inefficienza del decreto di citazione a giudizio (che, come detto, costituisce la principale fonte del contenzioso di primo grado): G. MAMMONE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2018*, cit., p. 23. In questo senso, a partire dal rilievo per cui l'udienza preliminare non svolgerebbe un'efficace funzione "di filtro", si propone piuttosto una ridefinizione della regola di giudizio *ex art. 425 c.p.p.*: G. MAMMONE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*, cit., p. 25.

⁹⁷ Denunciava già la marginalizzazione della fase dibattimentale, P. RENON, *L'incidente probatorio nel procedimento penale. Tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, Cedam, Padova, 2000, p. 64 ss.

⁹⁸ Nel panorama dottrinale, sono perlopiù isolate le voci che vagliano criticamente la portata dell'immediatezza: A. CAPONE, *La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello*, cit., p. 5-6, in relazione alla (ri)espansione dell'immediatezza nel giudizio di appello.

⁹⁹ Cfr. C. cost., sent. 20 maggio 2019, n. 132, cit., Considerato in diritto, § 3.2.

¹⁰⁰ Il principio di immediatezza nell'udienza di *juicio oral* del processo penale cileno è riconosciuto dagli articoli 284, 291 e 340, comma 2, del codice di procedura penale cileno. In particolare, l'art. 284 del codice di procedura penale cileno, comparabile al nostro art. 525

PERCHÉ I PRINCIPI NON SONO DOGMI

due diviene « un mero simulacro »¹⁰¹ — possa trovare attuazione nei nostri uffici giudiziari, in assenza di una disciplina legislativa che *scoraggi fortemente le parti dall'adozione del rito ordinario*, da riservarsi unicamente ai « casi importanti e [a] quelli in cui gli imputati proclamano con forza la loro innocenza »¹⁰². E comunque resterebbe la criticità — talvolta inevitabile, potendo la composizione dell'organo giudicante mutare non solo per motivi strettamente organizzativi, ma anche per eventi naturali imponderabili (decesso o infermità del magistrato), per ragioni meritevoli di tutela (congedo per maternità del magistrato) o, addirittura, per cause interne al procedimento (declaratoria del difetto di competenza; accoglimento della richiesta di rimessione; etc.)¹⁰³ — della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, in assenza del consenso della parti alla lettura degli atti *ex art. 511 c.p.p.* Sanzione che resta un farmaco peggiore del male, per i motivi già menzionati: primo fra tutti, la distruzione del valore epistemologico di escussioni *bis*, per « l'irripetibilità congenita dell'esame incrociato »¹⁰⁴.

Allo stato attuale, di gran lunga più percorribile sarebbe l'altra

171

c.p.p., stabilisce che l'udienza di *juicio oral* si deve svolgere con la presenza ininterrotta dei giudici e qualsiasi infrazione a questa regola comporta la nullità dell'udienza e della eventuale sentenza. Analogamente al nostro art. 477 c.p.p., l'art. 282 del codice di procedura penale cileno prescrive che l'udienza si deve realizzare in maniera continuativa, potendo prolungarsi in sessioni successive fino alla sua conclusione, e l'art. 283, comma 1 dello stesso codice riconosce la possibilità di sospendere l'udienza per un massimo di due volte per ragioni di assoluta necessità e per il minimo tempo necessario d'accordo con il motivo della sospensione. La disciplina pare identica a quella italiana, senonché il comma 4 dell'art. 283 del codice di procedura penale cileno stabilisce che la sospensione dell'udienza o la sua interruzione per un periodo che ecceda di 10 giorni impedisce la sua continuazione e — a differenza del nostro art. 477 c.p.p., che non prescrive sanzioni per l'eventuale inosservanza — comporta la nullità dell'intera l'udienza di *juicio oral* e la sua ripetizione dal principio.

¹⁰¹ C. cost., sent. 20 maggio 2019, n. 132, cit., Considerato in diritto, § 3.1.

¹⁰² Così G. PECORELLA, *Una crisi annunciata. Lettera a un giovane avvocato sul processo penale*, in *Arch. Pen. Web.*, 2019, 3, p. 9.

¹⁰³ In tema, P. RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 202 s., dove si sottolinea il progressivo aumento statistico del fenomeno, riconducibile anche, ma non solo, alla cronica lunghezza dei procedimenti penali. V. anche M. DANIELE, *Le "ragionevoli deroghe" all'oralità in caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale al legislatore*, cit., p. 5, dove si rappresenta l'impossibilità, anche a seguito di una riforma dell'ordinamento giudiziario, per il giudice trasferito di esaurire le pendenze dell'ufficio di provenienza.

¹⁰⁴ R. APRATI, *Una diversa modulazione del principio di immediatezza: riflessioni sulla proposta Gratteri*, cit., p. 3540. Analogamente, M. CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflattive*, cit., p. 164-165.

opzione “gratuitamente” suggerita nell’*obiter* contestato¹⁰⁵: la videoregistrazione delle prove dichiarative, come proposta dalla Commissione Gratteri¹⁰⁶. Per inciso: certamente l’illustrazione di soluzioni alternative a quella *de lege data* trascende l’olimpico *self-restraint* che si pretende da un Giudice delle leggi. Ma non sembra scandaloso, né sarebbe la prima volta¹⁰⁷, che la Corte costituzionale ravvisi una situazione di « disagio »¹⁰⁸ e — restia a dichiarare l’incostituzionalità, per l’inammissibilità delle questioni e per il peso dei precedenti¹⁰⁹ — sollecati in motivazione

¹⁰⁵ Parla di « gratuiti suggerimenti », in senso critico, P. FERRUA, *Il sacrificio dell’oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, cit., p. 1. A ben vedere, però, la Corte costituzionale ha ritenuto « doveroso sollecitare l’adozione di rimedi strutturali in grado di ovviare agli inconvenienti evidenziati »: C. cost., sent. 20 maggio 2019, n. 132, cit., Considerato in diritto, § 3.2.

¹⁰⁶ La Commissione per l’elaborazione di proposte normative in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità organizzata, istituita con DPCM del 30.05.2014, (https://www.unitelmasapienza.it/sites/default/files/mediaroot/documenti/iniziative_scientifiche/relazione_e_articolato_della_commissione_per_l_elaborazione_di_proposte_normative_in_tema_di_lotta_anche_patrimoniale_alla_criminalita_organizzata_dpcm_30.5.2014.pdf) ha proposto la riformulazione dell’art. 190-bis c.p.p. Il nuovo testo è il seguente: « Art. 190-bis. — 1. Quando è richiesto l’esame di un testimone, di una delle persone indicate nell’articolo 210, di un consulente tecnico, di un perito e questi hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell’articolo 238, l’esame è ammesso solo se riguarda fatti o circostanze diverse da quelle oggetto delle precedenti dichiarazioni. — 1-bis. Abrogato. — 2. Il giudice, anche su richiesta di parte, può disporre l’esame dei soggetti indicati nel comma 1 se lo ritenga necessario sulla base di specifiche e comprovate esigenze o qualora sia indispensabile per valutare l’attendibilità del dichiarante. — 3. Nel caso previsto dal comma 2 l’esame non è ammesso se l’assunzione del mezzo di prova è stata documentata tramite videoripresa effettuata con apparecchiature in dotazione all’Ufficio, salvo che sia assolutamente necessario ». Ciò che rileva, ai nostri fini, è il nuovo comma 3 dell’art. 190-bis c.p.p.

¹⁰⁷ Cfr.: C. cost., ord. 21 febbraio 2007, n. 67, cit. V. anche C. cost., ord. 7 giugno 2010 n. 205, cit. In argomento, attenta dottrina ha sottolineato « come, pur attraverso pronunce di segno sempre negativo, [...] la Corte non abbia per questo rinunciato ad una funzione di orientamento »: P. RENON, *La rinnovazione dell’istruzione dibattimentale a seguito di mutamento del giudice nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 3338. La dottrina costituzionalista (A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 5^a ed., Giappichelli, Torino, p. 186) suole distinguere, all’interno delle “sentenze-indirizzo/sentenze monito”, tra pronunce di “costituzionalità provvisoria” e pronunce di “mero auspicio di revisione legislativa”, *aventi carattere non vincolante*: in quest’ultimo tipo si collocerebbe la sentenza della Corte costituzionale che si sta esaminando. Per una approfondita disamina storica dell’“attività monitoria” della Corte costituzionale, cioè delle sentenze-indirizzo e dei suggerimenti, *anche impliciti*, rivolti dalla Corte al Parlamento, v. L. PEGORARO, *La corte e il parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Cedam, Padova, 1987, p. 24 e ss.

¹⁰⁸ Così A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 266, in relazione alle esortazioni e ai moniti della Corte costituzionale nei confronti del legislatore.

¹⁰⁹ C. cost., ord. 7 giugno 2010 n. 205, cit.; C. cost., ord. 29 luglio 2008, 318, *ivi*; C. cost., ord. 21 febbraio 2007, n. 67, *ivi*; C. cost., ord. 13 dicembre 2004, n. 418, *ivi*; C. cost., ord. 12

PERCHÉ I PRINCIPI NON SONO DOGMI

l'adozione di rimedi strutturali a tutela di esigenze costituzionalmente rilevanti: l'« efficienza dell'amministrazione della giustizia penale »¹¹⁰, *alias* « l'idoneità del modello processuale a raggiungere il suo scopo istituzionale (di accertamento dei fatti e delle eventuali responsabilità) »¹¹¹. A dimostrazione, questo, di come la distinzione tra *legittimità costituzionale*, entro cui si muove l'opportunità politica, e *illegittimità costituzionale* sia realisticamente una questione *di gradi*. Esattamente come i confini tra principi sono sempre mobili e, in potenza, assoggettabili a nuovi bilanciamenti. D'altronde non è da escludere che proprio la “sentenza-monito” possa rivelarsi uno strumento per “transitare” verso *nuovi esiti* del giudizio di bilanciamento¹¹², finora sempre risolto dalla Corte nel senso della legittimità costituzionale dell'attuale art. 525, comma 2, c.p.p.¹¹³.

9. *Riflessioni di politica penale processuale: la proposta di surrogare l'immediatezza con la videoregistrazione; l'“occasione mancata” dalla Corte di giustizia dell'Unione europea; l'“occasione colta” dalle Sezioni Unite.* — Ciò detto, in prospettiva *de iure condendo* la videoregistrazione delle prove dichiarative sarebbe fruibile dai nuovi componenti dell'organo giudicante, i quali manterrebbero la facoltà di disporre anche d'ufficio la riconvocazione del testimone¹¹⁴, qualora lo ritenessero « assolutamente necessario »¹¹⁵: a quel punto si consentirebbe la scelta fra il ripristino integrale dell'immediatezza, accompagnato dalla perdita di valenza epistemica del nuovo esame, e la fruizione della videoregistrazione dell'esame precedente, rinunciando al dogma dell'immediatezza *fisica*, ma preservando quello che è stato definito « il nocciolo duro delle garanzie costituzionali rappresentato dal contraddittorio e dalla parità

173

marzo 2003, n. 73, *ivi*; C. cost., ord. 27 febbraio 2002, n. 59, *ivi*; C. cost., ord. 3 dicembre 2001, n. 431, *ivi*; C. cost., ord. 3 dicembre 2001, n. 399, *ivi*; C. cost., sent. 24 gennaio 1994, n. 17, *ivi*.

¹¹⁰ C. cost., sent. 20 maggio 2019, n. 132, cit., Considerato in diritto, § 3.2.

¹¹¹ V. GREVI, *Il principio della « ragionevole durata » come garanzia oggettiva del « giusto processo » penale*, cit., p. 3208, dove si rinviene il fondamento costituzionale dell'“efficienza del processo” nell'art. 111 comma 1 e comma 2 Cost.

¹¹² Cfr. M. DANIELE, *Le “ragionevoli deroghe” all'oralità in caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale al legislatore*, cit., p. 11.

¹¹³ *Supra*, nota 119.

¹¹⁴ Così C. cost., sent. 20 maggio 2019, n. 132, cit., Considerato in diritto, § 3.2., richiamando l'art. 507 c.p.p.

¹¹⁵ *Supra*, nota 106.

delle parti »¹¹⁶. La surrogazione dell'immediatezza con la videoregistrazione — che peraltro preserva quei « contenuti comunicativi non verbali che concorrono ad integrare il fenomeno dichiarativo »¹¹⁷, superando così l'obiezione di chi rivendica l'importanza dei tratti prosodici¹¹⁸ — potrebbe inizialmente essere riservata ai dibattimenti più complessi¹¹⁹ o, ancora, ad ipotesi di mutamento di alcuni membri del giudice in composizione collegiale, escludendola nei casi di mutamento del giudice monocratico: diverse le opzioni sul tavolo¹²⁰ più ragionevoli di quella attualmente in vigore.

Seguendo questa impostazione, il nuovo organo giudicante sarebbe allora titolare del potere-dovere di valutare quale dei due compromessi sia, ai fini conoscitivi, il migliore, salvo motivare sull'« assoluta necessità » nel caso opti per la rinnovazione. La quale verrebbe così a presumersi *relativamente* superflua, a fronte della videoregistrazione dell'esame incrociato¹²¹. Che questa opzione, peraltro, sia stata considerata dalla Corte costituzionale un possibile meccanismo « compensativo » funzionale « all'altrettanto *essenziale* obiettivo della correttezza della deci-

¹¹⁶ O. MAZZA, *Misure di protezione della vittima fonte di prova*, in *Giur. it.*, 2012, p. 478. Analogamente: F. CASSIBBA, *La tutela dei testimoni "vulnerabili"*, cit., p. 310; P. FERRUA, voce *Difesa (diritto di)*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. III, 1989, p. 489.

¹¹⁷ S. RECCHIONE, *La vittima cambia il volto del processo penale: le tre parti "eventuali", la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 1, p. 89.

¹¹⁸ *Supra*, nota 47.

¹¹⁹ Così C. cost., sent. 20 maggio 2019, n. 132, cit., Considerato in diritto, § 3.2.

¹²⁰ A favore di una generalizzazione dell'attuale meccanismo ex art. 190-bis c.p.p., R. MUZZICA, *La rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice: un impulso della Corte costituzionale per una regola da rimeditare*, cit. In argomento, si è affermato che « nel suo estremismo appare quasi più coerente [rispetto al regime attuale, in tensione col principio di eguaglianza] la prospettiva di chi vorrebbe estendere il regime dell'art. 190-bis c.p.p. ad ogni processo, quale che fosse l'oggetto dell'imputazione »: P. FERRUA, *La prova nel processo penale. Struttura e procedimento*, cit., p. 101. In tema, il Comitato Direttivo Centrale dell'Associazione Nazionale Magistrati, nella riunione del 10 novembre 2018, ha approvato una proposta di estensione dell'applicazione della norma di cui all'art. 190-bis c.p.p., anche nel caso di mutamento del giudice e in relazione « ai reati contro la pubblica amministrazione (in primis la corruzione), ai reati più gravi in materia economica, tributaria e finanziaria (banca rotta, agiotaggio, frode fiscale), che sono reati notoriamente caratterizzati da lunghe istruttorie testimoniali, oltre che da significativa produzione documentale, nonché ad altri reati contro le fasce deboli (ad es. gli atti persecutori e i maltrattamenti in famiglia) caratterizzati da termini di prescrizione brevi »: <http://www.associazionemagistrati.it/doc/3059/le-proposte-di-riforma-dellanm-in-materia-di-diritto-e-processo-penale.htm>.

¹²¹ In tema, R. APRATI, *Una diversa modulazione del principio di immediatezza: riflessioni sulla proposta Gratteri*, cit., p. 3539 s.

PERCHÉ I PRINCIPI NON SONO DOGMI

sione»¹²² conferma quanto sostenuto sin dalle prime battute: la natura *derogabile* del principio di immediatezza, nell'ipotesi di (pretesa) riespansione della stessa di fronte al mutato organo giudicante.

A questo proposito può ritenersi un'“occasione mancata” la già ricordata pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea, interrogata sulla (in)compatibilità della disciplina italiana vigente con talune disposizioni della Direttiva 2012/29/UE¹²³: la Corte ha statuito che « gli articoli 16 e 18 della direttiva 2012/29 devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale ai sensi della quale, nel caso in cui la vittima di un reato sia stata sentita una prima volta dal collegio giudicante di un organo giurisdizionale penale di primo grado e la composizione di tale collegio sia successivamente mutata, detta vittima deve, in linea di principio, essere nuovamente sentita dal collegio di nuova composizione qualora una delle parti nel procedimento rifiuti che detto collegio si basi sul verbale della prima audizione di detta vittima»¹²⁴. Benché la pronuncia si sia rimessa, perlopiù, alla giurisprudenza della Corte e.d.u. secondo cui il principio di immediatezza deve comportare di regola la rinnovazione delle prove dichiarative “determinanti”¹²⁵, appare *elusivo* l'assunto per cui l'obbligo di impedire fenomeni di « vittimizzazione secondaria e ripetuta » *ex art. 18* non comporti, di per sé, limiti alle *potenzialmente infinite* escussioni dibattimentali della “vittima”, ancorché assistita dalle misure di protezione “nel processo” previste dagli artt. 23 e 24¹²⁶. Elusivo, tale assunto, non perché elude il quesito del giudice rimettente, al quale dà compiutamente risposta, ma perché elude: *a)* il problema della perdita di valore epistemico delle ripetute escussioni sui medesimi fatti, *solo in apparenza* funzionali alla tutela dei diritti della difesa, ripetutamente « fatti salvi » dalla Direttiva 2012/29/UE; *b)* il problema della tutela della vittima “dal procedimento”, distinto dalla tutela “nel procedimento”¹²⁷ (artt. 23 e 24 della Direttiva)

¹²² Così C. cost., sent. 20 maggio 2019, n. 132, cit., Considerato in diritto, § 3.2.

¹²³ Il rinvio pregiudiziale è del Trib. Bari, ord. 10 ottobre 2017, G. M. e H. S., in *Dir. pen. cont.*, 8 gennaio 2018, con commento di F. MARCHETTI, *Rinnovazione del dibattimento ex art. 525 comma 2 c.p.p. e tutela della dignità della vittima: alla Corte di giustizia una questione interpretativa in ordine alla Direttiva 2012/29/UE*.

¹²⁴ C. Giust. UE, 29 luglio 2019, Gambino e Hyka, C-38/18, § 59.

¹²⁵ C. Giust. UE, 29 luglio 2019, Gambino e Hyka, C-38/18, § 42-44.

¹²⁶ C. Giust. UE, 29 luglio 2019, Gambino e Hyka, C-38/18, § 50-54, 57-58.

¹²⁷ In dottrina si distinguono nettamente le due forme di tutela; cfr., per tutti: H. BELLUTA, *Un personaggio in cerca d'autore: la vittima vulnerabile nel processo penale italiano*, in AA.VV., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa*

e relativo alla necessità di ridurre in assoluto le occasioni di contatto della fonte di prova con lo *strepitus fori* (in una parola: “deprocessualizzare”¹²⁸).

Più sensibili al tema, invece, si sono dimostrate le Sezioni Unite della Corte di cassazione, nella misura in cui hanno recentemente chiarito — precedute da un’attenta dottrina¹²⁹ e da avanguardie giurisprudenziali di merito¹³⁰ — che la rinnovazione in seguito al mutamento dell’organo giudicante resta comunque subordinata ai criteri di ammissione della prova, e in particolare alla “non manifesta superfluità” ex art. 190 c.p.p.¹³¹: *repetita non iuvant*, quindi, in ipotesi di pedissequae rinnovazioni di prove dichiarative sui medesimi fatti o di prove il cui valore dimostrativo sia già stato compromesso dal trascorrere del tempo¹³². E, a ben vedere, nell’*obiter* della Consulta sembra(va) suggerirsi, dietro il “vestito formale” della declaratoria di inammissibilità¹³³, un’opzione ermeneu-

e Italia, Giappichelli, Torino, 2012, p. 103 ss.; T. RAFARACI, *La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie. Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2009, p. 259 ss.; S. RECCHIONE, *La tutela della vittima “nel” e “dal” processo penale: problemi e prospettive*, in *La magistratura*, 2009, p. 92 ss.: <https://www.associazionemagistrati.it/media/55021/12%20-%20Recchione.pdf>.

¹²⁸ Testualmente in H. BELLUTA, *Eppur si muove: la tutela delle vittime particolarmente vulnerabili nel processo italiano*, in L. LUPÁRIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, cit., p. 258.

¹²⁹ Senza pretese di esaustività: P. CATARINELLA, *Rinnovazione del dibattimento di primo grado per diversa composizione dell’organo giudicante e utilizzabilità mediante lettura, nonostante l’opposizione di una parte, della deposizione resa da un testimone esaminato dal precedente giudice*, in *Giur. merito*, 2000, p. 658 ss.; G. CASTIGLIA, *Il principio di immediatezza e la rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice*, cit., p. 3197 ss.; D. POTETTI, *Corte costituzionale e Sezioni unite in tema di mutamento della persona del giudice e rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 805-807. Nell’ottica di bilanciare il principio di immediatezza con la protezione delle vittime vulnerabili, H. BELLUTA - L. LUPÁRIA, *La parabola ascendente dell’istruttoria in appello nell’esegesi “formante” delle Sezioni Unite*, cit., p. 161 proponevano — nei casi di obbligatoria rinnovazione delle prove dichiarative a seguito di appello del Pubblico Ministero contro la sentenza di proscioglimento — la riedizione dei criteri di ammissione della prova, incluso quello dettato dall’art. 190-bis c.p.p., da parte del giudice di appello. Contrari ad una lettura restrittiva dell’art. 190 c.p.p. da parte del nuovo giudice, per tutti: L. BELVINI, *Mutamento del giudice e nuova istruttoria: note sull’evoluzione interpretativa*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, p. 153-155; P. RENON, *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 300-301.

¹³⁰ A titolo esemplificativo: Trib. Nola, ord. 30 settembre 2009, in *Leggi d’Italia*; Trib. Napoli, 11 marzo 1999, Farella e altro, in *Giur. merito*, 2000, p. 648.

¹³¹ L’affermazione non è del tutto nuova, potendosi comunque rinvenire riferimenti alla necessità di applicare le regole generali dettate dagli artt. 190, 493 e 495 c.p.p. in: Cass., sez. un., 15 gennaio 1999, n. 2, cit.; C. cost., ord. 21 febbraio 2007, n. 67, cit.

¹³² Cass., sez. un., 30 maggio 2019, n. 41736, cit., Considerato in diritto, punti 7-7.2.

¹³³ Riconduce C. cost., sent. 20 maggio 2019, n. 132, cit. al genere delle decisioni di inammissibilità « vestite », cioè contenenti « l’indicazione dell’interpretazione che avrebbe dovuto essere seguita » (M. RUOTOLO, *Per una gerarchia degli argomenti dell’interpretazione*, in

PERCHÉ I PRINCIPI NON SONO DOGMI

tica che andasse in questa direzione: così può leggersi il rimprovero al giudice « rimettente [di non aver] fatto propria [l']interpretazione [secondo la quale l'obbligo di ripetere sussiste solo nel caso in cui non si ecceda il limite di ragionevole durata del processo], evitando così di riassumere le prove dichiarative »¹³⁴.

Sarebbe difficile, a questo punto, non prendere atto del superamento per via interpretativa dell'*assolutezza* del principio sottostante alla regola ex art. 525, comma 2, c.p.p.¹³⁵: il passo successivo, però, compete al legislatore¹³⁶. Nell'attesa, si è tentato di illustrare come la moltitudine di istanze che si affacciano sul processo penale, l'impossibilità di replicare genuinamente l'esame incrociato e la possibilità di usufruire, nel secolo XXI, di supporti documentali audiovisivi che permettono « di “rinnovare” la percezione diretta della testimonianza durante ogni fase processuale »¹³⁷ confortino la tesi per cui l'immediatezza non è un dogma, ma tutt'al più un principio a cui aderire — così insegna il pluralismo di valori — sempre e solo *in linea di principio, con le dovute eccezioni*.

Giur. cost., 2006, p. 3427-3428): R. MUZZICA *La rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice: un impulso della Corte costituzionale per una regola da rimediare*, cit.

¹³⁴ C. cost., sent. 20 maggio 2019, n. 132, cit., Considerato in diritto, § 2.2.

¹³⁵ G. SPANGHER, *I nuovi orizzonti del dibattimento rinnovato davanti al giudice diversamente composto*, in *Giur. Pen.*, 2019, 10, secondo cui l'interpretazione data dalla Sezione Unite « ridisegna[] i confini operativi dell'art. 525 cpv. c.p.p. ».

¹³⁶ Sembra condividere l'opportunità di modificare l'assolutezza della regola l'art. 525 comma 2 c.p.p., A. MARANDOLA, *Il (permanente) dibattito sulla riforma del processo penale*, in *Dir. proc. pen.*, 2019, p. 1330. Per una proposta di superamento dell'attuale doppio regime di ammissione probatoria (art. 190 e 190-bis c.p.p.) nella peculiare ipotesi di mutamento dell'organo giudicante, v. P. RENON, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale a seguito di mutamento del giudice nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 3367 s.

¹³⁷ Così S. RECCHIONE, *La vittima cambia il volto del processo penale: le tre parti “eventuali”, la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità*, cit., p. 89, in relazione alla videoregistrazione della prova dichiarativa della “persona offesa particolarmente vulnerabile” ex art. 90-quater c.p.p.