

Ingiusta detenzione e pubblicità dell'udienza:
self restraint della Consulta
e norma «reale» sovranazionale

Mario Antinucci

La decisione

Riparazione per ingiusta detenzione - Pubblicità dell'udienza e giusto processo - Istanza di svolgimento in pubblico del giudizio di merito e di legittimità - Assenza - Inammissibilità (C.e.d.u., art. 6; Cost., artt. 111, co. 1, 117, co. 1; C.p.p., artt., 315, co. 3, 646, co. 1)

È inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 315, co. 3, c.p.p. in relazione all'art. 646, co. 1, c.p.p. sollevata con ordinanza, in riferimento agli artt. 111, co. 1, e 117, co. 1, Cost., dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, in merito al diritto di svolgimento del giudizio in udienza pubblica, evidenziando che una questione finalizzata a riconoscere una determinata facoltà a una parte processuale è priva di rilevanza attuale se, nel giudizio a quo, quella parte non ha mai manifestato la volontà di esercitare la facoltà in discussione.

CORTE COSTITUZIONALE, 18 luglio 2013, n. 214 - GALLO, *Presidente* - FRIGO, *Relatore*.

Il commento

1. A distanza di poco tempo dalla nota sentenza “Lorenzetti” della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di diritto alla pubblicità dell'udienza nel procedimento di riparazione per ingiusta detenzione¹, la Corte costituzionale, investita di significativa questione di legittimità sollevata dal Supremo collegio, si è espressa con una sentenza destinata a suscitare alcune riflessioni sul delicato terreno delle garanzie della libertà del cittadino europeo.

Con ordinanza depositata il 25 ottobre 2012², le Sezioni unite penali della Corte di cassazione hanno sollevato, in riferimento agli artt. 111, co. 1, e 117,

¹ Corte eur. dir. uomo, 10 aprile 2012, Lorenzetti c. Italia, in *questa Rivista*, 2012, 583.

² Cass., Sez. un., 25 ottobre 2012, Nicosia, in *Mass. Uff.*, n. 253289.

co. 1, Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 315, co. 3, in relazione all'art. 646, co. 1, c.p.p., nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per la riparazione dell'ingiusta detenzione si svolga davanti alla Corte d'appello, nelle forme dell'udienza pubblica. Il relativo procedimento è in effetti trattato in camera di consiglio «*senza la presenza del pubblico*» (art. 127, co. 6, c.p.p.) e le disposizioni sottoposte a scrutinio, nella prospettiva del Giudice *a quo*, violerebbero l'art. 117, co. 1, Cost., ponendosi in contrasto con il principio di pubblicità delle udienze sancito dall'art. 6, § 1, C.e.d.u., così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, con la sentenza 10 aprile 2012, Lorenzetti c. Italia, ha ritenuto “essenziale”, ai fini del rispetto di detto principio, «*che i singoli coinvolti in una procedura di riparazione per custodia cautelare “ingiusta” si vedano quanto meno offrire la possibilità di richiedere una udienza pubblica innanzi alla corte di appello*»³.

Le medesime disposizioni violerebbero, altresì, l'art. 111, co. 1, Cost., per contrasto con la regola del “giusto processo”, la quale – pur in assenza di esplicita menzione – non potrebbe ritenersi sorretta, per ciò che attiene alla pubblicità delle udienze, da principi diversi o più circoscritti di quelli desumibili dalla corrispondente norma convenzionale.

2. Tuttavia, in una prospettiva non esente da rilievi in letteratura⁴, la questione della pubblicità dell'udienza è stata affrontata dalla Corte rimettente distinguendo il giudizio di merito da quello di legittimità evidenziando che il giudizio di legittimità, per le caratteristiche proprie della funzione che è chiamato a svolgere, non presenta la necessità di garantire la pubblicità, come indicato dalla Corte costituzionale sia con la sentenza n. 93 del 2010 che con quella n. 80 del 2011, ove il giudice delle leggi ha analizzato il principio contenuto nell'art. 6 C.e.d.u., come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, per la quale a condizione che una pubblica udienza si sia tenuta in prima istanza, la assenza di analoga udienza in secondo o terzo grado può trovare giustificazione nelle particolari caratteristiche del giudizio.

³ Corte eur. dir. uomo, 10 aprile 2012, Lorenzetti c. Italia, cit.

⁴ A. GAITO, *De profundis per le udienze camerali?*, in *Oss. proc. pen.*, 2007, 237; ID. *L'Europa impone l'abbandono delle procedure camerali nel processo penale: verso una crisi operativa per la Corte di cassazione?*, in *www.foroeuropa.it*, 6, 2007; FUREARO, *Pubblicità dell'udienza in Cassazione e regole europee: incongruenze sistematiche e ripensamenti inopportuni, (a proposito di Corte cost., sent. n. 80 del 2011)*, in *questa Rivista*, 2011, 210; ID., *La pubblicità dell'udienza nel sistema del «giusto processo»: un problema da risolvere*, in Dinacci, *Processo penale e Costituzione*, Milano 2010, p. 377.

In questo senso le Sezioni unite hanno affermato che la circostanza che il procedimento per la riparazione per ingiusta detenzione sia trattato, in sede di legittimità, con il rito camerale in assenza del pubblico, non evidenzia profili di contrasto con il principio di cui all'art. 6, § 1, C.e.d.u.

Un particolare punto di riflessione è costituito dalla motivazione con la quale il Collegio ha giustificato la rilevanza della questione, ricordando che allorché la Corte europea dei diritti dell'uomo censuri non un concreto difetto di uno specifico processo, ma una carenza strutturale del quadro normativo nazionale, sussiste un obbligo della parte contraente la convenzione di conformarsi (art. 46 C.e.d.u.). Ciò anche in presenza del dato per il quale nello specifico procedimento oggetto di giudizio il ricorrente non aveva formulato alcuna richiesta di trattazione in pubblico sia nei gradi di merito che in sede di legittimità; con una riflessione in qualche modo divergente da quanto la Corte costituzionale ha affermato nella richiamata sentenza n. 80 del 2011, allorché si era ricordata l'assenza di una specifica domanda da parte dell'interessato per la trattazione in forma pubblica del procedimento.

Tale indirizzo si giustificerebbe, peraltro, solo nel quadro di un raffronto puramente "interno" all'ordinamento nazionale, tra norma censurata e parametro costituzionale, diversamente dal caso di contrarietà a un parametro convenzionale, ove è pacifico che la pronuncia della Corte di Strasburgo, che - come nel caso Lorenzetti - censuri non un concreto «difetto» del singolo processo, ma una carenza dipendente dalla disciplina normativa del relativo modulo procedimentale (dunque, «strutturale»), avrebbe, una efficacia espansiva "esterna" rispetto al caso considerato.

Il generale vincolo di adeguamento degli Stati contraenti alle sentenze definitive della Corte europea (art. 46 C.e.d.u.) farebbe allora scattare, in rapporto a tutti i processi attinti dal rilevato difetto strutturale, l'obbligo di porre termine alla violazione contestata e di cancellarne, per quanto possibile, le conseguenze, obbligo che non potrebbe rimanere condizionato da istituti volti a regolare l'ordine processuale, quali decadenze e preclusioni.

Se così fosse, il processo in corso, "strutturalmente ingiusto", sarebbe destinato a concludersi senza alcuna possibilità di "purgazione" dell'elemento di "ingiustizia": col risultato che l'interessato non avrebbe altra via che quella di ricorrere alla Corte di Strasburgo, con effetti ampliativi del relativo contenzioso.

Tale risultato sarebbe, per converso, agevolmente evitabile tramite la proposizione di una questione di legittimità costituzionale che conduca alla rimozione della norma legislativa interna, generativa dell'elemento di "ingiustizia". Nel caso di specie, l'invocata declaratoria di illegittimità costituzionale consen-

tirebbe (sempre secondo il Collegio rimettente) di annullare con rinvio il provvedimento impugnato, dando modo così al ricorrente di formulare “eventuale” richiesta di udienza pubblica nel giudizio di rinvio davanti alla Corte d’appello.

3. Muovendo da opposte premesse la Consulta perviene in poche battute a diverse conclusioni, deducendo un profilo di inammissibilità della questione sottoposta al suo vaglio, evidenziando che «una questione finalizzata a riconoscere una determinata facoltà a una parte processuale è priva di rilevanza attuale se, nel giudizio a quo, quella parte non ha mai manifestato la volontà di esercitare la facoltà in discussione»⁵.

Secondo quanto espressamente si ricava dall’ordinanza di rimessione, infatti, la parte privata non solo non ha mai chiesto l’udienza pubblica nei gradi di merito (prima istanza e giudizio di rinvio), ma neppure ha chiesto o eccepito alcunché sul punto – diversamente dal caso esaminato dalla citata sentenza n. 80 del 2011 – nelle due occasioni in cui il procedimento è transitato innanzi al giudice di legittimità. Istanze o eccezioni del tipo considerato non risultano essere state formulate addirittura nemmeno dopo che il secondo ricorso per cassazione dell’interessato è stato rimesso alle Sezioni unite, allo specifico scopo di stabilire come la sentenza “Lorenzetti” della Corte di Strasburgo, riguardo alla pubblicità delle udienze nel procedimento per la riparazione dell’ingiusta detenzione, incidesse sul giudizio principale.

Tale circostanza esclude, a prescindere da ogni altra considerazione, che possa ravvisarsi, nel giudizio *a quo*, la prospettata esigenza della “purgazione” di un elemento di “ingiustizia” del processo in base a quanto rilevato dalla Corte europea e che, correlativamente, venga in considerazione l’evocato obbligo di adeguamento previsto dall’art. 46, § 1, della C.e.d.u. (obbligo rispetto al quale non è comunque pertinente la denuncia della violazione delle regole del “giusto processo”, di cui all’art. 111, co. 1, Cost., che le Sezioni unite reputano parimenti lese, a fianco del precetto dell’art. 117, co. 1, Cost.).

4. Nel confronto di idee in materia di pubblicità alla luce dei recenti arresti della giurisprudenza europea e costituzionale in materia, in riferimento al rinnovato quadro europeo, torna di bruciante attualità la lettura di sistema sintetizzata dalla Corte costituzionale al punto 5 del “Considerato in diritto”

⁵ Cfr. Corte cost., n. 214 del 2013, punto 5 del Considerato in diritto: «(omissis) ... con particolare riguardo a questioni volte ad ampliare le possibilità di accesso dell’imputato a riti alternativi, ordinanze n. 55 del 2010, n. 69 del 2008, n. 129 del 2003 e n. 584 del 2000».

nella sentenza n. 80 del 2011⁶ secondo la quale «*le innovazioni recate dal Trattato di Lisbona [...] avrebbero comportato un mutamento della collocazione delle disposizioni della C.e.d.u. nel sistema delle fonti, tale da rendere ormai inattuale la ricordata concezione delle “norme interposte”. Alla luce del nuovo testo dell’art. 6 del Trattato sull’Unione europea, dette disposizioni sarebbero divenute, infatti, parte integrante del diritto dell’Unione: con la conseguenza che - almeno in fattispecie quale quella di cui al presente si discute - i giudici comuni (ivi compreso, dunque, il giudice a quo) risulterebbero abilitati a non applicare le norme interne ritenute incompatibili con le norme della Convenzione, senza dover attivare il sindacato di costituzionalità [...] Un effetto diretto non potrebbe essere d’altronde, negato alle norme della C.e.d.u., segnatamente allorché - come nell’ipotesi in esame - sia già intervenuta una sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo che abbia riconosciuto una violazione da parte dell’Italia, riconducibile a uno specifico difetto “strutturale” del sistema normativo interno.*».

Nella specie, nell’ambito del procedimento di prevenzione, il decreto del giudice d’appello veniva impugnato con ricorso per cassazione dai difensori⁷ dell’interessato onde, facendo leva sui principi affermati dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nella sentenza 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza contro Italia⁸, si eccepiva tra l’altro ai sensi dell’art. 609, co. 2, c.p.p., la violazione del principio di pubblicità delle procedure giudiziarie, sancito dall’art. 6 C.e.d.u. chiedendo che il ricorso venisse trattato in udienza pubblica in applicazione estensiva dell’art. 441, co. 2, c.p.p., attribuendo a tale istanza conseguenze invalidanti per le decisioni di merito, in quanto ambedue scaturite all’esito di procedure da ritenere illegali ora per allora.

In letteratura si osserva⁹ come e perché circoscrivere la declaratoria di illegittimità costituzionale ai soli gradi di merito equivarrebbe, in effetti, a creare «*pericolosi vuoti di tutela*» in tutti quei casi in cui non siano previsti «*meccanismi correttivi che consentano di recuperare, ora per allora, la pubblicità, dapprima negata o semplicemente non richiesta, sollevando la questione per la prima volta solo dinanzi alla Corte di cassazione*».

In ogni caso, una volta che si affidi la scelta del rito alla parte, non si vedrebbe

⁶ ROMOLI, *Sistema europeo e ordinamento interno nell’elaborazione della corte costituzionale*, in *questa Rivista*, 2012, 181.

⁷ A. GAITO, *De profundis per le udienze camerali?*, cit., 39.

⁸ Cui hanno fatto seguito, in senso conforme, le sentenze 8 luglio 2008, Perre e altri c. Italia; 5 gennaio 2010, Bongiorno c. Italia, e 2 febbraio 2010, Leone c. Italia.

⁹ A. GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, Interventi, in *Convegno “La prova penale nello specchio del diritto vivente”*, organizzato dall’Associazione tra gli studiosi del processo penale (Siracusa, 30 settembre - 2 ottobre 2011).

perché la pubblicità dell'udienza possa essere richiesta solo nei gradi di merito e non, anche per la prima volta, davanti alla Corte di cassazione. Posto che l'equità può essere apprezzata in base ad una valutazione globale della procedura, ogni qualvolta e nella misura in cui nel giudizio di fronte alla Corte di cassazione risulti in concreto negato il riesame del ragionamento probatorio fondante la decisione di merito, si realizza il rischio che non sia possibile porre rimedio alle iniquità precedentemente verificatesi. Al contrario trattandosi dell'atto conclusivo del processo, la procedura terminale di Cassazione deve essere capace di porre rimedio all'ingiustizia della decisione impugnata.

Al riguardo si osserva¹⁰ che le «*incongruenze sistematiche*» cui è pervenuta la Corte costituzionale con la nota sentenza n. 80 del 2011 non convincono in primo luogo sotto il profilo del coordinamento con il disposto dell'art. 611 c.p.p. Quest'ultima norma, infatti, prevedendo in via generale che la Corte procede con le forme del rito camerale «*quando deve decidere su ogni ricorso contro provvedimenti non emessi nel dibattimento, fatta eccezione delle sentenze pronunciate a norma dell'art. 442 c.p.p.*», fissa un principio di *inderogabilità dell'udienza pubblica* ogni qualvolta si discuta della legittimità di qualsivoglia provvedimento (e non solo, quindi, delle sentenze) emesso a seguito del confronto tra le parti in sede di pubblica udienza (con l'unica specifica aggiunta concernente la sentenza emessa in abbreviato a seguito di procedimento camerale).

In questo senso, tanto nel grado di merito che di legittimità, in prospettiva di operatività effettiva delle garanzie, non dovrebbero sfuggire al vaglio di legittimità costituzionale le singole norme di rito che regolano i giudizi caratterizzati dai connotati di piena giurisdizionalità (ad esempio, quello di riparazione per ingiusta detenzione e di prevenzione) nella parte in cui non prevedono i necessari avvertimenti all'interessato/indagato/imputato in merito alla facoltà di chiedere che il giudizio venga trattato in udienza pubblica per contrasto con gli artt. 24, 111 Cost.

Posto che «*la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*» (art. 111, co. 1, Cost.), non dovrebbe sorprendere l'attualità e la forza dirompente, in chiave di effettività delle regole del giusto processo europeo, dell'esegesi posta a base delle Sezioni Unite «Racco»¹¹ in tema di inutilizzabilità delle intercettazioni nel procedimento di riparazione per ingiusta detenzione, il cui principio di diritto deve ritenersi senz'altro valido anche sul versante del processo di prevenzione¹².

¹⁰ FURFARO, *Pubblicità dell'udienza in Cassazione e regole europee*, cit., 212.

¹¹ Cass., Sez. un. 30 ottobre 2008, Racco, in *Mass. Uff.*, n. 293754.

¹² Cass., Sez. un., 9 aprile 2010, Cagnazzo, in *Mass. Uff.*, n. 273149.

Si è a buon diritto osservato¹³ che nonostante l'«*arroccamento su un'insostenibile distinzione tra norme C.e.d.u., Trattato di Lisbona e diritto comunitario*», tanto la sentenza n. 93 del 2010, quanto la n. 80 del 2011, proprio in tema di rilevanza della pubblicità dell'udienza nelle fasi di merito del giudizio di prevenzione hanno proposto conclusioni che, incentrate sul confronto tra il concetto di pubblicità dell'udienza e l'impianto codicistico del dibattimento penale, rappresentano tuttavia punti fermi per l'interprete.

In particolare, la decisione n. 93 del 2010, dopo avere sottolineato come «*l'assenza di un esplicito richiamo in Costituzione non scalfisce [...] il valore costituzionale del principio di pubblicità delle udienze giudiziarie*» in quanto «*la pubblicità del giudizio, specie di quello penale, costituisce principio connotato ad un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, cui deve conformarsi l'amministrazione della giustizia, la quale - in forza dell'art. 101, primo comma, Cost. - trova in quella sovranità la sua legittimazione*», è pervenuta alla nota conclusione di illegittimità costituzionale delle norme sul procedimento di prevenzione nella parte in cui non consentono che su istanza degli interessati esso si svolga «*nelle forme dell'udienza pubblica*», utilizzando tale espressione dopo il richiamo esplicito della norma di cui all'art. 472 c.p.p. e, implicitamente, all'altro, relativo al successivo art. 473, che concerne ovviamente la distribuzione di competenze tra presidente del collegio e giudice in merito alla decisione sull'esclusione della pubblicità.

Se, dunque, «*la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*» (art. 111 Cost.), gli effetti dell'interpretazione conforme alla C.e.d.u. sulla nozione di contraddittorio senz'altro si estendono *ipso iure* al principio di pubblicità dell'udienza giudiziaria, quale presupposto indefettibile del dibattimento penale.

È fin troppo nota, sul punto, la posizione della Corte europea: l'art. 6, § 3, lett. *d*), nel prevedere che «*ogni accusato ha in particolare il diritto di interrogare o far interrogare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'interrogatorio dei testimoni a discarico nelle medesime condizioni dei testimoni a carico*» sancisce il diritto dell'imputato di confrontarsi con il suo accusatore, garanzia, questa, cardine assoluto dell'equità del processo. Il principio fondamentale è che la prova dichiarativa (al pari di ogni altra prova), per poter essere utilizzata ai fini dell'affermazione della responsabilità penale dell'imputato, deve essere assunta necessariamente in contraddittorio¹⁴.

¹³ FURFARO, *Pubblicità dell'udienza in Cassazione e regole europee*, cit., 210; ID., *La pubblicità dell'udienza nel sistema del «giusto processo»*, cit., 377.

¹⁴ Corte eur. dir. uomo, 27 febbraio 2001, Lucà c. Italia; Id., 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia; Id., 19 ottobre 2006, Majadallah c. Italia.

Ed è indubbio che l'imputato, secondo la prescrizione della citata norma della Convenzione, deve poter partecipare all'assunzione della fonte testimoniale in un pubblico dibattimento¹⁵, *regola iuris* operante quale vera e propria *ratio decidendi* nella esegesi delle Sezioni Unite De Francesco, recente importante arresto giurisprudenziale in tema di utilizzazione dibattimentale delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari¹⁶.

Vero che la pubblicità non è direttamente correlata al contraddittorio, né alla terzietà e all'indipendenza del giudice; parimenti vero, però, che il controllo che essa garantisce ha ad oggetto attività processuale che, a mente della formula costituzionale, non può che svilupparsi nel contraddittorio davanti al giudice terzo ed imparziale. L'"equità" di ogni procedimento di accertamento - quale ne sia l'oggetto - ha, ormai, il proprio paradigma nella forma rassegnata dall'art. 111, co. 2, Cost., ed è su tale modello, dunque, che ogni procedura deve essere livellata¹⁷.

In chiave di sistema, dunque, sembra parimenti indubitabile *rebus sic stantibus* che l'espressione «*nelle forme dell'udienza pubblica*» - utilizzata nella decisione della Corte costituzionale n. 93 del 2010 quale garanzia dell'imputato nel processo - abbia individuato nel modello dibattimentale disciplinato dal Libro VII del Codice di procedura penale la forma del procedere in ogni giudizio regolato dal *contraddittorio*.

In aderenza alla direttiva generale dettata dall'art. 2, co. 1, prima parte, L. 16 febbraio 1987, n. 81 la quale esige l'applicazione al processo penale dei principi costituzionali e l'adeguamento alle Carte internazionali dei diritti dell'uomo, nonché l'attuazione dei caratteri del sistema accusatorio, il Legislatore delegato ha affermato *expressis verbis*, l'imperativo per cui l'udienza è pubblica a pena di nullità (art. 471, co. 1, c.p.p.).

Che la pubblicità vada riferita all'udienza dibattimentale è dato inequivocabile così come altrettanto certo è che l'arco temporale coperto dal dato normativo va dal momento iniziale dell'udienza, coincidente con l'ingresso in aula del Giudice, a quello finale, avente ad oggetto la chiusura del dibattimento, la pubblicazione della sentenza ex art. 545 c.p.p., oppure la sospensione del dibattimento, nelle ipotesi contemplate dall'art. 477 c.p.p., od, ancora la lettura dell'ordinanza che fissa l'udienza di rinvio (art. 586, co. 4, c.p.p.)¹⁸. In sede operativa, ove la *ratio* della pubblicità coincida effettivamente con la pienezza

¹⁵ Corte eur. dir. uomo, 13 gennaio 2009, Taxquet c. Belgique, § 58.

¹⁶ Cass., Sez. un., 25 novembre 2010, De Francesco, in *Mass. Uff.*, n. 250197.

¹⁷ FURFARO, *Il diritto alla pubblicità dell'udienza tra sistema interno e giusto processo europeo*, in *Giur. It.*, 2008, 649.

¹⁸ Sul punto cfr. BOCCHINI, voce *Pubblicità delle udienze*, in *Dig. Pen.*, Torino, Agg. V, 2010, IV, p. 702.

del contraddittorio tra le parti - indefettibile in ogni singolo procedimento connotato da piena giurisdizionalità - la presenza-assenza di tale requisito dell'azione rispetto al momento di costituzione del rapporto processuale dovrebbe auspicabilmente seguire il regime di controllo di ogni altro *presupposto processuale*¹⁹.

Giova solo precisare²⁰ che se il codice accusatorio e garantista oggi vigente, in epoca di giusto processo, fosse letto ed applicato nel senso di lasciare, invece, al p.m. (al Giudice e ad ogni altra parte processuale) l'attribuzione di sacche di arbitrio incontrollabile, ne risulterebbe scardinato il sistema processuale penale nella sua interezza, che è deve rimanere vincolato sempre e in ogni caso al rispetto delle regole.

Non integra gli estremi oggettivi del presupposto processuale di pubblicità dell'udienza l'accertamento di singoli coefficienti di accusatorietà del rito, quali la formale partecipazione del pubblico, ovvero il riconoscimento di singole regole-base dell'istruttoria dibattimentale celebrata nell'udienza pubblica [ad esempio il rinvio dell'udienza per legittimo impedimento (art. 420-ter, c.p.p.) ovvero la verbalizzazione non riassuntiva del processo (art. 481, co. 2, c.p.p.)]: cosa resta della *oralità* ed *immediatezza* quali predicati essenziali del *contraddittorio* se, ad esempio, l'instaurando giudizio - una volta manifestata la volontà di procedere in udienza pubblica - non viene assegnato d'*ufficio* in applicazione delle ben note regole tabellari del Consiglio giudiziario al ruolo delle udienze pubbliche?

Argomentando dalle stesse premesse, per coerenza sistematica con le regole dell'udienza dibattimentale disciplinate nel Libro VII del Codice di rito, una volta richiesta l'udienza pubblica, dovrà essere ammessa, ad esempio, la ricusazione del giudice in applicazione dell'art. 37 c.p.p., potrà essere affetto da nullità assoluta e di ordine generale l'omesso avviso all'interessato della data di udienza pubblica e il sindacato di legittimità sulle decisioni assunte in udienza pubblica non sarà limitato alla sola violazione di legge (estendendosi al controllo sulle motivazioni e correttezza del procedimento probatorio della decisione stessa), potendosi fisiologicamente configurare il vizio di mancata assunzione di una prova decisiva nel giudizio dibattimentale (art. 545,546, 606 c.p.p.).

Corollario ne è che, se si affida la scelta del rito alla parte, non si vedrebbe perché la pubblicità dell'udienza possa essere richiesta solo nei gradi di merito e non, anche per la prima volta, davanti alla Corte di cassazione, ove la

¹⁹ ABBATI, voce *Condizioni di procedibilità e presupposti processuali*, in *Dig. Pen.*, Torino, Agg. III, 2005, 2005, 194.

²⁰ A. GAITO, *Presupposti del giudizio immediato e processo equo*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 525.

fondamentale garanzia di *presunzione d'innocenza* dovrebbe trovare il massimo grado di tutela in relazione alla gradualità dei giudizi interni²¹.

5. In tema di procedimento per ingiusta detenzione, ove non si volesse ragionare in termini di applicabilità diretta della “norma reale” sovranazionale rimanendo così arroccati su posizioni di retroguardia, sarebbe addirittura inevitabile la conclusione che le norme in questione (artt. 314 e 646 c.p.p.) siano in contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost., nella parte in cui non accordano all'interessato la garanzia «minimale» richiesta dalla Corte europea, ossia la facoltà di chiedere che il procedimento si svolga in udienza pubblica, tanto nel giudizio innanzi alla Corte d'Appello quanto in sede di controllo in Cassazione.

Detta facoltà andrebbe riconosciuta, peraltro, non soltanto in relazione ai giudizi di merito, ma anche con riguardo al giudizio di cassazione, senza che rilevi, in senso contrario, la circostanza che di quest'ultimo non venga fatta menzione nelle citate sentenze della giurisprudenza europea. Se pure è vero, infatti, che la Corte di Strasburgo ha affermato in più occasioni che il diritto a un'udienza pubblica può essere escluso quando debbano trattarsi esclusivamente questioni di diritto, essa ha, tuttavia, anche precisato che l'assenza dell'udienza pubblica, nei gradi successivi al primo, può giustificarsi solo se in primo grado la pubblicità sia stata garantita.

Inevitabilmente, allora, l'alternativa tra interpretazione conforme, disapplicazione della norma interna contrastante o prevalenza della norma interna attraverso operazioni ermeneutiche che si muovono sul versante della disposizione domestica e che dunque sembrano estranee all'obbligo di rispetto della norma sovranazionale per come interpretata dalla Corte di Giustizia, costituiscono il vero banco di prova sul quale misurare il significato del rinvio pregiudiziale²².

²¹ In questo senso A. GAITO, CHIAVARIO, Interventi, in *Spunti di riflessione processualpenalistica su alcuni orientamenti della Corte europea dei diritti umani*, in Convegno “Diritto penale e Processo nello spazio comune europeo”, Roma, Università La Sapienza, 19 giugno 2012.

²² CELOTTO, PISTORIO, *Interpretazioni comunitariamente e convenzionalmente conformi*, in *Giur. it.*, 2010,1979; NUCERA, *Sentenze pregiudiziali della Corte di Giustizia ed ordinamento tributario interno*, Padova, 2010, p. 68.