

ANTICIPAZIONI

FILIPPO RAFFAELE DINACCI - ALESSANDRO PASTA

Il dibattito tra organizzazione ed euristica processuale*

Parte I - Organizzazione

La c.d. riforma Cartabia ha apportato alla disciplina del dibattimento poche, ma significative, modifiche, dichiaratamente nel segno di una miglior attuazione del principio di concentrazione. Gli autori, analizzate le aree tematiche sulle quali la novella ha inciso, formulano delle considerazioni critiche.

The trial hearing between organization and heuristics procedure

The so-called Cartabia reform has made few but significant changes to the trial phase discipline, admittedly for a better implementation of the principle of concentration. The authors, having analyzed the thematic areas on which these innovations have had an impact, put forward some critical considerations.

SOMMARIO: PARTE I: ORGANIZZAZIONE 1. Introduzione: l'«alternativa» ai riti «alternativi». 2. Nuove contestazioni e diritti. 3. Il calendario delle udienze quale strumento organizzativo. 4. L'obbligo di illustrare le ragioni di ammissibilità delle prove. 5. Perizia e consulenze tecniche: la necessaria *discovery*. PARTE II: EURISTICA 6. La rinnovazione dibattimentale per mutamento del giudice: una questione trascurata, un quadro confuso. 6.1 Un intervento legislativo molto atteso. 6.2 Un quadro destinato a rimanere confuso: il produttore di nullità assolute. 6.3 Alla ricerca di un correttivo. 6.4 Principi, cause e rimedi. 7. Conclusioni: l'alternativa alla rinuncia ai diritti.

1. *Introduzione: l'«alternativa» ai riti «alternativi».* La circostanza che nelle intenzioni dei redattori del codice Vassalli dovesse giungere alla fase dibattimentale solo una minor parte dei processi è un *tòpos* del diritto processuale penale. Nonostante la previsione di un elevato numero di procedimenti speciali, l'obiettivo non è stato raggiunto. A questa consapevolezza non è seguito un cambio di rotta ma, anzi, un continuo rilancio del legislatore il quale da più di due decenni ha deciso di introdurre varianti ai procedimenti deflattivi originariamente previsti, con un più ampio riconoscimento del diritto alla prova (si pensi all'abbreviato subordinato a integrazione probatoria o prece-duto dal deposito di investigazioni difensive), un ampliamento della loro sfera di operatività (è il caso del c.d. patteggiamento allargato) o un incremento dei benefici (la diminuzione della pena fino alla metà per le contravvenzioni nel

* Il presente contributo è destinato alla pubblicazione nel volume *Il processo penale dopo la riforma Cartabia*, volume II. *Giudizio, impugnazioni, esecuzione, giustizia riparativa*, a cura di Bricchetti e Varaso.

L'elaborato costituisce il frutto di un lavoro congiunto tra gli autori: sono comunque attribuibili a F. R. Dinacci i §§ 1, 3, 5 e 6 e ad A. Pasta i §§ 2, 4, 6.1, 6.2, 6.3, 6.4 e 7.

caso di abbreviato); sono stati altresì introdotti – soprattutto negli ultimi tempi - nuovi istituti capaci di definire il procedimento in ragione di determinati comportamenti dell'accusato (estinzione del reato per condotte riparatorie, sospensione del procedimento con messa alla prova) oppure della modesta offensività dell'illecito (esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto).

La c.d. riforma Cartabia (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150) è la più recente e notevole rappresentazione di questa tendenza di politica legislativa. Il comma 2 *bis* dell'art. 442 c.p.p., introdotto con la novella, prevede per esempio che la pena inflitta in sede di giudizio abbreviato sia ulteriormente ridotta di un sesto, in caso di mancata impugnazione della sentenza: la disposizione nasce per deflazionare il carico di lavoro dei giudici d'appello e della Corte di cassazione ma, indirettamente, aumenta l'*appeal* del giudizio abbreviato, il quale ora può arrivare a garantire all'imputato non più la riduzione della pena di un terzo, ma della metà per i delitti e di due terzi per le contravvenzioni¹. L'ampliamento della sfera dei reati per i quali è prevista la citazione diretta a giudizio ha aumentato, in ragione della clausola di rinvio prevista nel primo comma dell'art. 168 *bis* c.p., l'ambito di operatività della sospensione del procedimento con messa alla prova; anche la sfera di applicazione dell'esclusione della punibilità per tenuità del fatto è stata ampliata con la modifica di uno dei suoi presupposti applicativi (pena detentiva non superiore nel minimo a due anni, anziché nel massimo a cinque).

Il fatto che la previsione di questi istituti, alcuni dei quali difficilmente conciliabili con la Costituzione, possa contribuire all'instaurazione di un numero minore di dibattimenti, è sicuro². Ed è banale osservare che tanto maggiori saranno i benefici garantiti da questi procedimenti, tanti più accusati decideranno di servirsene. La sospensione del procedimento con messa alla prova è, sotto questo aspetto, un procedimento emblematico, sicuramente di «note-

¹ La circostanza rileva ulteriormente nella misura in cui il controllo di ammissione al giudizio abbreviato semplice concerne i soli profili formali della richiesta, mentre la decisione di non impugnare è ovviamente rimessa alla volontà dell'accusato.

² Altro è il tema dei benefici contemplati dal sistema penale in generale.

vole successo»³ (se con questa espressione si allude alla frequenza con cui viene applicato nelle aule di giustizia⁴).

Se l'obiettivo del legislatore è la deflazione del carico dibattimentale, è però possibile agire anche in un altro modo che non aumentando premi e benefici. Se per andare a una certa meta ci sono due strade, per orientare verso la seconda via, è certamente possibile rendere quella strada più sicura e scorrevole. Ma si può anche rendere più tortuosa e infida l'altra.

Qualcuno sospetta che con la riforma Cartabia il legislatore abbia inteso adottare anche questa seconda via, privando il dibattimento dei suoi più tipici tratti. L'accusato, infatti, si vedrebbe «posto dinanzi al dilemma della desistenza premiata o della resistenza punita. Il processo nelle forme dibattimentali diviene il luogo della rinuncia a una premialità sempre più esasperata e di un rischio penale la cui concretezza è direttamente proporzionale alle limitazioni imposte all'oralità, al contraddittorio, all'immediatezza»⁵.

Ormai da tempo il legislatore si è piegato alla logica della «desistenza premiata», secondo la quale più «le scelte processuali [...] saranno remissive, più garantiranno [all'imputato] un trattamento di favore»⁶. Resta da vedere se con la recente riforma si stia virando verso un dibattimento sfigurato, una fase in cui i principi sul giusto processo non sono - o non sono integralmente - riconosciuti⁷.

Nel caso in cui un legislatore avesse intenzione di comprimere le garanzie dibattimentali, meglio farebbe a evitare di scomodare il principio della «ragionevole durata» enunciato nel secondo comma dell'art. 111 Cost. Il principio, se da un lato esprime qualcosa di desiderabile, da tempo ormai è circondato da un'aura di sospetto. È comparso in troppe argomentazioni che si concludevano con una limitazione dei diritti dell'accusato. Un riformatore avveduto, e un poco malizioso, dunque, potrebbe essere indotto a evitarne

³ L'espressione è tratta da DELLA TORRE, *I dubbi sulla legittimità costituzionale del probation processuale: molteplici le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. contemp.*, 11 febbraio 2016, 1.

⁴ Con questo significato, del resto, si potrebbe affermare che l'indulto del 2006 è stato un successo, come lo sarebbe un istituto che riconoscesse l'immunità dalla giurisdizione penale o l'esenzione dal pagamento delle imposte in cambio di qualche migliaio di euro.

⁵ Così MAZZA, *L'efficientismo del processo post accusatorio*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2022, 502.

⁶ In tal senso ancora MAZZA, *L'efficientismo*, cit., 502.

⁷ La considerazione è sempre di MAZZA, *L'efficientismo*, cit., 502.

l'uso, soprattutto quando può giungere a ottenere i medesimi risultati servendosi di termini diversi.

«Concentrazione» è una parola che evoca ben altri scenari. La legge delega 16 febbraio 1987, n. 81 la indicava, accanto all'immediatezza, quale criterio idoneo ad attuare i principi del sistema accusatorio (art. 2, n. 66). Di per sé è un bene di rango secondario; diventa importantissima per il suo ruolo strumentale: è necessaria per evitare che gli intervalli di tempo tra assunzione delle prove, discussione e deliberazione della sentenza, alterino i ricordi. Senza concentrazione, contraddittorio, oralità e immediatezza si affievoliscono fino a svanire; dunque in questa sua dimensione funzionale ha un'importanza enorme, come non si è mai mancato di rilevare⁸.

Difficilmente qualche giurista avrebbe qualcosa da obiettare se un legislatore dichiarasse di avere quale obiettivo la miglior attuazione del principio di concentrazione. Ben altro atteggiamento avrebbe lo stesso giurista nei confronti di una riforma che perseguisse la ragionevole durata del processo.

Per le riforme relative alla normativa della fase dibattimentale, ed a nessun'altra, un legislatore avrebbe dunque un'insolita opportunità: anziché evocare il controverso principio della ragionevole durata potrebbe parlare di attuazione del principio di concentrazione.

Filo conduttore delle modifiche relative al dibattimento è, dichiaratamente, la miglior attuazione del principio di concentrazione («la riforma "Cartabia" non si limita a porre le basi normative per una riduzione a monte del numero di giudizi pieni da celebrare, ma introduce una serie di novità volte a dare nuova linfa al canone di concentrazione, "quale presupposto di tutti i corollari del contraddittorio nella formazione della prova di cui all'art. 111, comma 4, Cost." (Commissione Lattanzi, Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435, p. 29)»⁹).

⁸ Cfr. volendo DINACCI, voce *Concentrazione, Principio della*, in *Dizionario sistematico di procedura penale*, a cura di Spangher, Bergamo-Milano, 2008, 480; LOZZI, *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 670: la violazione del principio di continuità, da un lato, svuota di significato l'immediatezza posto che il susseguirsi di rinvii a udienza fissa e la conseguente protrazione dell'istruzione dibattimentale per lunghi periodi fa sì che il giudice decida quando non è più in condizioni di ricordare le modalità dell'assunzione della prova avanti a lui verificatasi e, dall'altro, tale violazione altera sia il contraddittorio per la prova (che spesso avviene quando non si ricordano le modalità di assunzione delle prove in precedenza effettuate) sia il contraddittorio sulla prova che in virtù di tali ritardi viene ad essere un contraddittorio basato sulle trascrizioni o sui verbali.

⁹ Così GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia*, in *Sist. pen.*, 2 novembre 2022, 60.

Stabilire se le cose stiano effettivamente in questi termini è l'obiettivo di questo scritto.

2. *Nuove contestazioni e diritti.* La consapevolezza di non effettuare una modifica rivoluzionaria, ma di recepire quanto stabilito dalla Corte costituzionale negli ultimi decenni¹⁰, è alla base dell'intervento legislativo in tema di modifica dell'imputazione ai sensi degli artt. 516, 517, 518 c.p.p. che mira a garantire il diritto di ottenere un termine per la difesa, di formulare richiesta di prove e di optare per dei riti premiali.

In linea con le più recenti sentenze del Giudice delle leggi, è stato opportunamente evitato di dare rilievo alla distinzione tra nuove contestazioni «patologiche», ossia determinate dalla considerazione di elementi che già risultavano dal fascicolo delle indagini al momento dell'esercizio dell'azione penale (dovute quindi a un'inadeguata valutazione del pubblico ministero), e «fisiologiche», legate dunque a quanto emerso nell'istruttoria dibattimentale. La disciplina deve essere unitaria perché in entrambi i casi l'imputato «viene a trovarsi in posizione diversa e deteriore - quanto alla facoltà di accesso ai riti alternativi e alla fruizione della correlata diminuzione di pena - rispetto a chi, della stessa imputazione, fosse stato chiamato a rispondere sin dall'inizio»¹¹.

A seguito della riforma, il primo comma dell'art. 519 c.p.p. stabilisce che nei casi previsti dagli articoli 516, 517 e 518, comma 2, sempre che la contestazione non abbia per oggetto la recidiva, il presidente informi l'imputato della possibilità di «chiedere un termine per la difesa e formulare richiesta di giudizio abbreviato, di applicazione della pena a norma dell'articolo 444 o di sospensione del procedimento con messa alla prova, nonché di richiedere l'ammissione di nuove prove»¹². Al comma successivo si precisa che nel caso in cui l'imputato faccia richiesta di un termine per la difesa, il presidente deve sospendere il dibattimento per un tempo non inferiore al termine per compa-

¹⁰ V. *Relazione illustrativa al Decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134 recante delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*, 2022, 139

¹¹ Corte cost., n. 237 del 2012; l'affermazione è ripresa da Corte cost., n. 273 del 2014, e Corte cost., 17 n. 206 del 2017.

¹² In coerenza con la novella è stato anche modificato il comma 4 *bis* dell'art. 141 disp. att. c.p.p. il quale ora stabilisce che l'imputato sia restituito nel termine per chiedere l'oblazione non solo «in caso di modifica dell'originaria imputazione in altra per la quale sia ammissibile l'oblazione», come già previsto, ma anche «nel caso di nuove contestazioni ai sensi degli articoli 517 e 518 del codice».

rire, non inferiore a venti giorni, ma comunque non superiore a quaranta giorni. In ogni caso l'imputato può, a pena di decadenza entro l'udienza successiva, formulare richiesta di giudizio abbreviato, di applicazione della pena a norma dell'articolo 444 o di sospensione del procedimento con messa alla prova, nonché richiedere l'ammissione di nuove prove.

Con una modifica dell'art. 520 c.p.p. è stato altresì previsto che qualora intenda contestare i fatti o le circostanze indicati negli articoli 516 e 517 all'imputato che «non è presente in aula»¹³, neppure mediante collegamento a distanza, il pubblico ministero chieda al presidente che la contestazione sia inserita nel verbale del dibattimento e che il verbale sia notificato per estratto all'imputato, con l'avvertimento che entro l'udienza successiva potrà formulare le sopra indicate richieste. In questi casi il presidente sospende il dibattimento e fissa una nuova udienza per la prosecuzione.

Riguardo a queste modifiche s'è detto che «in sede di nuove contestazioni sembrerebbe che il legislatore persegua l'obiettivo principale della riforma: ridurre i tempi processuali, attraverso il ricorso ai procedimenti speciali»¹⁴; «il legislatore in ogni momento possibile mira a tentare l'imputato a percorrere la strada del patteggiamento, dell'abbreviato, della sospensione del procedimento con messa alla prova [...] E proprio per tale ragione si è stabilito che l'eventuale richiesta della parte possa essere formulata anche nella prima udienza di ripresa del procedimento, decorsi i termini a difesa eventualmente richiesti».

Come si vedrà meglio più avanti¹⁵, è difficile negare che la riforma Cartabia sia animata dalla logica del «far presto pur che sia»¹⁶. In questo caso, però, le esigenze di deflazione sono meno pressanti che non in altre occasioni: il rito alternativo viene eventualmente disposto quando l'istruttoria è in corso; l'economia processuale, più che ai riti alternativi, è qui legata alla modalità con la quale il legislatore ha fin dal 1988 deciso di disciplinare le nuove contestazioni, senza regressione del procedimento.

¹³ La «non presenza *in aula*» rende evidente la dimensione fisica, materiale, del concetto. Il presupposto, dunque, è che l'imputato non sia presente fisicamente o non sia in collegamento a distanza. Solo in questi due casi l'imputato non avrà diritto alla notifica del verbale (dovuta invece qualora l'imputato sia «considerato presente», ad esempio perché allontanatosi o, presente a un'udienza, non compare alle successive: art. 420, comma 2 *ter* c.p.p.).

¹⁴ APRATI, *Riforma Cartabia: modifiche strutturali al processo penale - giudizio di primo grado*, in *Giur. it.*, 2023, 1205, dalla quale è tratta anche la prossima citazione.

¹⁵ Parr. 6.1, 6.2 e 7.

¹⁶ L'espressione è tratta da MAZZA, *Dall'immediatezza al "dar per visto": l'involuzione di un cardine del giusto processo*, in *Dir. dif.*, 8 luglio 2022.

Più che alla celerità, si mira all'attuazione degli artt. 3, 24, comma 2 Cost.. La nuova disciplina, in sintonia con la logica dell'impianto originario del codice, è un'attuazione dei principi di uguaglianza e di difesa, anche nella declinazione del diritto di disporre del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la difesa, nella consapevolezza, tra l'altro, che l'astratta prevedibilità della modifica dell'imputazione - che nelle prime pronunce della Corte costituzionale aveva giustificato la distinzione tra nuove contestazioni «patologiche» e «fisiologiche» - non è *effettiva* contestazione, mentre il terzo comma dell'art. 111 Cost. richiede «che la persona accusata di un reato sia [...] informata [...] della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico». L'imputato, grazie alla concessione del termine a difesa, potrà così valutare in modo ponderato la decisione di richiedere alla successiva udienza un rito alternativo o nuove prove.

I principi costituzionali sono d'aiuto anche per risolvere uno dei nodi problematici che probabilmente si prospetterà in relazione alla richiesta di prove. Nel testo originario del codice il diritto alla prova in caso di nuove contestazioni era garantito «a norma dell'art. 507 c.p.p.» (art. 519, comma 2 c.p.p.). Già nel 1992 il Giudice delle leggi aveva dichiarato costituzionalmente illegittima la disposizione nella parte in cui consentiva l'ammissione di nuove prove solo a norma dell'art. 507 c.p.p., e non secondo i criteri generali previsti dall'art. 190 c.p.p.¹⁷. Nella riscrittura dell'art. 519 c.p. la riforma Cartabia ha omesso ogni riferimento all'art. 507 c.p.p., recependo quanto stabilito dalla Corte costituzionale. Nella formulazione utilizzata non si menziona l'art. 190 c.p.p., ma non v'è dubbio che i criteri di ammissione delle «nuove prove» siano quelli indicati nelle disposizioni generali sulle prove del libro terzo (l'espressione «nuove» non significa altro che «ulteriori», ulteriori rispetto a quelle già acquisite, esattamente come nell'art. 507 c.p.p.¹⁸).

Quanto ai criteri di ammissione delle prove è dunque perfetta la sintonia tra legislatore e Corte. Non così in relazione alla titolarità del diritto alla prova.

¹⁷ Corte cost., n. 241 del 1992.

¹⁸ La qual cosa rende evidente come non sia sostenibile la consolidata interpretazione secondo la quale sarebbe possibile per il giudice dibattimentale esercitare il potere probatorio ex art. 507 c.p.p. anche in assenza di istruttoria (Cass., sez. un., 6 novembre 1992, in *Cass. pen.*, 1993, 280; Corte cost., n. 111 del 1993; Cass., Sez. un., 17 ottobre 2006, n. 41281, in *Cass. pen.* 2007, 952; Corte cost., n.73 del 2010, 2205). Sul tema ci si permette di rinviare a PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza. La logica dell'ipotesi, il paradigma dell'interesse*, Padova, 2016, 191 ss.

Nella formulazione originaria il secondo comma dell'art. 519 c.p.p. riconosceva questo diritto al solo imputato. La sentenza del 1992 che aveva espunto il riferimento all'art. 507 c.p.p. aveva anche dichiarato l'illegittimità della disposizione nella parte in cui escludeva che le nuove prove potessero essere chieste dal pubblico ministero e dalle altre parti private: l'omessa previsione violava «il principio di parità delle parti»¹⁹. Il recente intervento legislativo ha riproposto la versione codicistica del 1988, indicando come titolare del diritto alla prova l'imputato («il presidente informa l'imputato che può [...] richiedere l'ammissione di nuove prove»).

La formulazione potrebbe essere frutto di una scelta deliberata o, probabilmente, di una svista (nello stabilire i diritti esercitabili in caso di modifica dell'imputazione s'è stilato un breve elenco, e forse non ci si è resi conto che la titolarità del diritto di chiedere i riti alternativi è necessariamente riservata all'imputato mentre quella di chiedere l'acquisizione di prove no²⁰). Quale che sia la ragione, la disposizione non lascia spazio a dubbi: la nuova norma non riconosce il diritto alla prova al pubblico ministero e alle parti private diverse dall'imputato.

Da una parte c'è una sentenza additiva delle Corte costituzionale; dall'altra una nuova disposizione il cui dato letterale è chiarissimo. Escluso che la lettura della rubrica possa essere d'aiuto²¹ (per quanto avrebbe potuto esserlo), possono farsi alcune ipotesi, anche perché per giungere a una soluzione si dovrebbe prima risolvere una questione – quella del «giudicato costituzionale» – indubbiamente complessa e decisamente controversa²². Certo è che secondo un orientamento della Corte costituzionale che risale agli anni Sessanta sussiste il divieto a «che attraverso una legge si imponga che fatti, atti o situazioni siano valutati come se la dichiarazione di illegittimità costituzionale non

¹⁹ Corte cost., n. 241 del 1992. Per la stessa ragione Corte cost., 20 febbraio 1995, n. 50, in *Cass. pen.*, 1995, 1472 aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 517 c.p.p. nella parte in cui non consentiva al pubblico ministero e alle altre parti il diritto alla prova.

²⁰ L'ipotesi dell'errore è avvalorata dalla circostanza che nella *Relazione Illustrativa*, cit., 140, in cui si ricorda «il lungo percorso di sentenze additive» della Corte, non si dà alcuna spiegazione della ragione per la quale sarebbero state disattese le sentenze del Giudice delle leggi.

²¹ È, come è sempre stata, «diritti delle parti». Il plurale è dovuto al terzo comma (non modificato dalla riforma), dove si prevede che in caso di modifica dell'imputazione il presidente debba citare la persona offesa osservando un termine non inferiore a cinque giorni; prescindendo dagli interventi della Corte, i primi due commi hanno sempre e solo regolato diritti e garanzie dell'imputato.

²² Per un inquadramento v. DAL CANTO, voce *Giudicato costituzionale*, in *Enc. Dir.*, agg. V, Milano, 2001, 429.

fosse intervenuta. E come l'art. 136 sarebbe violato ove espressamente si disponesse che una norma dichiarata illegittima conservi la sua efficacia, del pari contrastante col precetto costituzionale deve ritenersi una legge la quale, per il modo in cui provvede a regolare le fattispecie verificatesi prima della sua entrata in vigore, persegue e raggiunge, anche se indirettamente, lo stesso risultato»²³.

Assumendo che la nuova norma ricavabile dall'art. 519 c.p.p. sia identica a quella già dichiarata incostituzionale nel 1992, si potrebbe giungere alla conclusione che il legislatore abbia violato questo divieto. Si tratterebbe allora di decidere se sia necessario un nuovo intervento del Giudice delle leggi o se sia già oggi possibile evitare, sulla base di quanto stabilito nella precedente sentenza additiva, un'interpretazione letterale della norma²⁴. In entrambi i casi si giungerebbe, in tempi diversi, alla conclusione che oltre all'imputato, anche il pubblico ministero e le altre parti private siano titolari del diritto alla prova.

D'altra parte, si potrebbe anche obiettare che la sentenza additiva della Corte risale a più di trenta anni fa, quando il quadro normativo che faceva da sfondo al secondo comma dell'art. 519 c.p.p. e al principio costituzionale all'epoca evocato era diverso rispetto a quello odierno e che quindi non sussiste alcun vincolo per il legislatore. Si potrebbe aggiungere che in questo trentennio non è mutato solo il quadro normativo, ma anche la sensibilità verso determinati valori; il *dictum* del Giudice delle leggi non è il teorema di Lagrange e, come scriveva Pound, «il diritto deve essere stabile e tuttavia non può restare immobile»²⁵. Si potrebbe quindi concludere che la chiara scelta legislativa sia basata su un rinnovato giudizio di bilanciamento tra interessi in conflitto, tipica prerogativa del legislatore. Il quale, con la modifica, avrebbe dunque voluto riservare il diritto alla prova al solo imputato, nel segno di una più rapida definizione del processo²⁶.

²³ Corte cost., n. 88 del 1966.

²⁴ Così sembra essere orientato l'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, *Relazione su novità normativa. La riforma Cartabia*, Roma, 4 gennaio 2023, 135, secondo il quale «data la natura dell'intervento normativo, di sola modifica della disposizione, parrebbe ragionevole ritenere che tali diritti [alla prova del pubblico ministero e delle altre parti private], al di là del difetto di coordinamento, non siano stati soppressi».

²⁵ POUND, *Interpretazioni di storia del diritto* [1922], in Id., *Giustizia, diritto, interesse*, Bologna, 1962, 7.

²⁶ Il legislatore, finalmente, si sarebbe reso conto che non ha senso inseguire la logica della «parità delle parti» in un processo in cui le parti non hanno nulla in comune: una, l'imputato, è titolare del diritto di difesa (art. 24, comma 2 Cost.), non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva (art. 27, comma 2 Cost.) e, in caso di condanna, subisce una limitazione alle proprie libertà. L'altra, il pubblico

La norma che risulterebbe non sarebbe però accettabile, soprattutto nel caso di nuove contestazioni fisiologiche, non imputabili a negligenze o deliberate scelte dell'inquirente: il titolare dell'azione penale verrebbe infatti privato della titolarità del diritto alla prova²⁷.

Diversa è la situazione delle altre parti private, le quali non hanno una posizione analoga né a quella dell'imputato, né a quella del magistrato inquirente (ed infatti non mancano disposizioni del codice che, proprio in ambito probatorio, differenziano le parti eventuali da quelle necessarie; si pensi alla richiesta di abbreviato subordinato a integrazione probatoria: il pubblico ministero - non la parte civile - può chiedere l'ammissione di prova contraria: art. 438, comma 5 c.p.p.). Da una parte si potrebbe sostenere che, nel momento in cui alla parte civile viene consentito l'ingresso nel processo penale, le si devono riconoscere i mezzi necessari per far valere il proprio diritto; dall'altra, si potrebbe obiettare che quando la parte civile s'inserisce nel processo penale, deve essere consapevole della sua ontologica differenza rispetto all'imputato;

ministero, munito di poteri coercitivi, può limitare le libertà personali (artt. 13-15 Cost.), svolge una funzione pubblica; appartiene alla magistratura, «un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere» (art. 104 Cost.), è inamovibile e sottoposto al potere disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario (art. 107 Cost.) e dispone direttamente della polizia giudiziaria (art. 109 Cost.); ha l'obbligo di esercitare l'azione penale (art. 112 cost.) e il compito di sovvertire la presunzione di non colpevolezza. È davvero difficile immaginare posizioni e ruoli, funzioni e obiettivi, altrettanto diversi in uno stesso ambito.

Nel linguaggio corrente il termine «parità» ha un significato preciso, e la parola è del tutto inadatta a descrivere il rapporto che sussiste tra la posizione del pubblico ministero e quella dell'imputato. Anche nella Costituzione il termine non era usato a sproposito. Quando si afferma che «tutti i cittadini hanno pari dignità sociale» (art. 3 Cost.), o che l'Italia «consente, in condizioni di parità con altri Stati, alle limitazioni di sovranità» (art. 11 Cost.), o che «la donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore» (art. 37 Cost.), si utilizza la parola nel significato «proprio [id est: comunel]». Non è così con la «parità delle parti». E infatti ci si trova innanzi a uno dei rari casi in cui chi si cimenta nell'impresa di fornire la definizione di un principio si premura, prima di tutto, a spiegare cosa quel principio *non* significhi (sul tema sia consentito il rinvio a PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 218).

²⁷ Che il pubblico ministero sia titolare del diritto alla prova non è espressamente riconosciuto da nessuna disposizione costituzionale; è però evidente che se ha il compito di sovvertire la presunzione di non colpevolezza, non gli si possono negare gli strumenti necessari. D'altra parte, il fondamento di questo diritto era già stato ricavato in via interpretativa dall'art. 112 Cost. Per assolvere l'obbligo di esercitare l'azione penale «il pm deve poter avere i poteri indispensabili: non solo quelli dell'iniziativa nella ricerca delle prove del reato, ma anche quello di poter ottenere dal giudice, nei casi in cui è egli stesso organo dell'istruzione, l'ammissione e l'acquisizione delle prove per sostenere la propria azione penale» (VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1968, ora in *Scritti giuridici*, vol. III, *Il processo e le libertà*, Milano, 1997, 454. Più recentemente, tra gli altri, RAFARACI, *La prova contraria*, Torino, 2004, 46).

dovrebbe dunque accettare le regole che sono espressione di questa differenza: non fosse disposta ad accettarle, dovrebbe evitare il cumulo dell'azione civile a quella penale e agire nella sede propria per la tutela dei propri diritti. Questa seconda impostazione potrebbe valere *a fortiori* in ambito di nuove contestazioni: in questo caso lo stesso imputato – per ragioni di speditezza – non beneficia delle prerogative che gli verrebbero garantite con il rito ordinario.

In caso di modifica dell'imputazione, l'interpretazione letterale conduce a una norma non conforme a Costituzione. Mentre è facile stabilire quale norma non verrà elaborata dalla giurisprudenza (quella che deriverebbe dall'interpretazione letterale), non è altrettanto agevole sapere quale verrà seguita.

3. *Il calendario delle udienze quale strumento organizzativo.* Apparentemente meno problematica è la disposizione relativa al calendario delle udienze.

Fino alla recente modifica normativa il primo comma dell'art. 477 c.p.p. prevedeva che «quando non è assolutamente possibile esaurire il dibattimento in una sola udienza, il presidente dispone che esso venga proseguito nel giorno seguente non festivo».

Si tratta probabilmente della disposizione più violata del codice di procedura penale: «l'esperienza maturata in trent'anni di vita del vigente codice di procedura penale restituisce, [infatti], una realtà assai lontana dal modello ideale immaginato dal legislatore. I dibattimenti che si concludono nell'arco di un'unica udienza sono l'eccezione; mentre la regola è rappresentata da dibattimenti che si dipanano attraverso più udienze, spesso intervallate da rinvii di mesi o di anni»²⁸.

La scelta legislativa del 1988 è stata certamente infelice. Già negli anni Ottanta il carico di lavoro nelle aule di giustizia era tale da non consentire di ipotizzare l'osservanza di un simile precetto, nemmeno presupponendo che i processi penali venissero trattati dai più zelanti operatori giuridici. La realtà impone a legislatori e interpreti dei vincoli che spesso non possono essere superati, e

²⁸ Cfr. Corte cost., n. 132 del 2019 con nota di DANIELE, *Le "ragionevoli deroghe" all'oralità in caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale al legislatore*, in *Giur. cost.*, 2019, 1543.

«se non la rispettiamo cercando di conoscere e di prevedere, può darci delle lezioni durissime, delle smentite terribili»²⁹.

Ma la decisione del legislatore era sbagliata anche per ragioni strutturali. L'intera parte del codice di procedura penale che si occupa della fase immediatamente antecedente all'istruttoria è mal congegnata³⁰: il secondo comma dell'art. 468 c.p.p. permette alle parti di ottenere l'autorizzazione alla citazione di testimoni, consulenti e persone indicate nell'art. 210 c.p.p. già per la prima udienza dibattimentale, quando non è ancora stato emesso il provvedimento di ammissione delle prove, il quale potrebbe escludere l'esame di quelle persone; d'altra parte, e prima ancora, in un momento antecedente all'ammissione delle prove il giudice deve verificare la regolare costituzione delle parti e risolvere eventuali questioni preliminari, attività che potrebbero portare al rinvio dell'udienza, alla regressione del procedimento, all'emissione di una sentenza di proscioglimento o alla trasmissione degli atti a un diverso giudice o a un pubblico ministero. Presupporre che - nella generalità dei casi - il dibattimento possa esaurirsi in un'udienza era piuttosto fantasioso, anche a prescindere dal tema dei carichi di lavoro.

Il principio di concentrazione è basilare; proprio per questo quando lo si vuole attuare diviene fondamentale tener conto della realtà fattuale e normativa in cui dovrà operare. Altrimenti alla sua enfatica declamazione corrisponderà una pratica inoperatività.

La riforma Cartabia ha fatto svanire dal primo comma dell'art. 477 c.p.p. le tracce di questo originario candore.

La disposizione è stata modificata, a partire dalla subordinata con cui inizia («quando non è [assolutamente] possibile esaurire il dibattimento in una sola udienza»). L'avverbio è stato eliminato. Il legislatore ha mostrato di essere consapevole della non eccezionalità dei casi in cui il dibattimento si svolge in più udienze. Per quanto ineccepibile, la modifica non ha, sotto il versante operativo, alcun rilievo.

Assai più incisiva - secondo alcuni - dovrebbe essere la modifica della seconda parte della disposizione, la quale ora prevede che il giudice, «dopo la lettura dell'ordinanza con cui provvede sulle richieste di prova, sentite le parti,

²⁹ In tal senso v. SCARPELLI, *Filosofia analitica, norme e valori*, Milano, 1962, 91.

³⁰ Sull'argomento v. TAVASSI, *Lista testi, diritto alla prova contraria e imparzialità del giudice: spunti per una coerente ricostruzione del sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 868.

stabilisce il calendario delle udienze, assicurando celerità e concentrazione e indicando per ciascuna udienza le specifiche attività da svolgere»³¹.

La nuova previsione sarebbe «una delle regole potenzialmente più importanti dell'intera riforma»³², poiché «come chiarito dalla Commissione Lattanzi - essa non è tesa unicamente a codificare a livello generale e astratto una prassi di pianificazione delle udienze già contemplata da vari protocolli locali, ma ha un obiettivo ben più ambizioso: “quello di richiamare [...] i dirigenti degli uffici a sperimentare forme innovative di organizzazione delle udienze dibattimentali, che tengano conto della maggiore efficienza [...] della trattazione dei casi in sequenza e non in parallelo sia in termini di capacità di definizione che [...] di chiusura [più rapida] dei processi” (Commissione Lattanzi, Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435, p. 29)»³³.

Sul punto non sono mancate voci critiche.

È stato per esempio posto in rilievo come nel settore che ha ispirato la modifica, quello civile, la previsione del calendario delle udienze, introdotto con la l. 18 giugno 2009, n. 69, «non ha dato, sino ad ora, buoni risultati nella prospettiva della semplificazione rituale e della correlativa riduzione dei tempi del processo»³⁴.

In effetti l'innovazione non era stata ritenuta particolarmente utile nemmeno nel processo civile. Si era parlato dell'introduzione dell'«ennesima disposizione che, coerentemente con il *bailamme* di norme dettate nelle numerose recenti riforme in materia processuale civile [...] si riduce a mero slogan di facciata»³⁵; dell'ulteriore «pomposa invenzione di marketing di molti aspiranti legislatori di questi ultimi anni»³⁶; si era altresì puntualizzato che «così com'è insomma - e più di questo è difficile che possa essere - il calendario proces-

³¹ In coerenza, è stato modificato il secondo comma dell'art. 145 disp. att. c.p.p., che muta in obbligo quella che era la facoltà del giudice di indicare, nei casi in cui il dibattimento si protrae per più giorni, la data in cui i dichiaranti devono comparire.

³² In tal senso GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente*, cit., 60.

³³ Così ancora GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente*, cit., 60. La novità è apprezzata, sia pur senza troppo entusiasmo, da VALENTINI, *Grandi speranze: una possibilità di riforma della riforma*, in *questa Rivista*, n. 3, 2022, 13.

³⁴ La considerazione è di RANALDI, *Il dibattimento che verrà: prologòmeni di una riforma che verrà*, in *La legge delega tra impegni europei e scelte valoriali*, a cura di Marandola, Padova, 2022, 216.

³⁵ In questa direzione GUGLIELMINO, *Brevi osservazioni sulla costituzionalità dell'obbligo di fissazione del calendario del processo*, in *Giur. it.*, 2013, 2587.

³⁶ Vedi BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *Giust. civ.*, 2009, 263.

suale non è una panacea acceleratoria, ma nella migliore (e non certo disprezzabile né inutile) delle ipotesi uno strumento, per lo meno, di ragionevole prevedibilità dei tempi processuali³⁷; può servire «se non proprio ad accelerare i tempi di svolgimento del processo - quanto meno a consentire alle parti una previsione della sua durata»³⁸. Alcuni operatori, ancor più scettici, hanno persino ipotizzato che l'obbligo di prevedere il calendario delle udienze avrebbe causato l'effetto opposto a quello voluto, portando alla dilatazione dei tempi del processo: si temeva infatti che l'imposizione dell'uso del calendario, specialmente negli uffici giudiziari con carichi lavorativi molto gravosi, avrebbe indotto il giudicante - nel timore di non poter rispettare i termini fissati e, perciò, d'incorrere nella sanzione disciplinare prevista - a stabilire scansioni temporali più lunghe di quelle che altrimenti avrebbe pianificato³⁹. Non pare che nel processo penale la previsione del calendario possa ambire a risultati migliori.

Come rilevato⁴⁰, ben può accadere che l'esame di un dichiarante richieda molto più tempo di quanto previsto, un testimone non si presenti, ci sia un impedimento del difensore o del giudice, si abbia uno sciopero dei cancellieri o l'astensione degli avvocati, la necessità di sentire il testimone *de relato*: si possono insomma verificare «tutta una serie di inciampi, ma anche di accadimenti che rientrano nella fisiologia dell'istruzione dibattimentale»⁴¹ che vanificano le previsioni del calendario pur diligentemente stabilito.

Né va trascurato che la mancata osservanza di quanto concordato nel calendario di un singolo procedimento possa dipendere da cause non legate a quel procedimento. Posto che nella stessa giornata i giudici di regola trattano più fascicoli, la dilatazione dell'istruttoria precedente potrebbe riverberarsi su

³⁷ Si veda ancora BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario*, cit., 259.

³⁸ Per tale rilievo cfr. PICOZZA, *Il calendario del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1650.

³⁹ È la tesi del tribunale di Varese, il quale aveva sollevato questione di costituzionalità dell'art. 81 *bis* delle disp. att. c.p.p. in riferimento agli artt. 3 e 111 Cost.. Corte cost., 18 luglio 2013, n. 216, in *Giur. cost.*, 2013, 2999 ha ritenuto la questione non fondata poiché gli argomenti evocati erano ricollegabili ad inconvenienti di mero fatto che non rilevavano ai fini del controllo di costituzionalità.

⁴⁰ Cfr. APRATI, *Riforma Cartabia*, cit., 2023, 1205; MANCUSO, *Le nuove dinamiche del giudizio*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di Castronuovo, Donini, Mancuso, Varraso, Padova, 2023, 814; MONTAGNA, *La razionalizzazione del dibattimento e il preteso recupero dell'immediatezza*, in *Proc. pen. e giust.*, 2022, f. 1, 135. RANALDI, *Il dibattimento che verrà*, cit., 216.

⁴¹ V. BRONZO, *La «riforma Cartabia» e la razionalizzazione dei tempi processuali nella fase dibattimentale*, in *Cass. pen.*, 2022, 1310.

quelle successive. Nel momento in cui i carichi di lavoro sono elevati, la possibilità di questa evenienza inevitabilmente cresce.

Per tutti questi motivi non pare irragionevole credere che nel primo comma dell'art. 477 c.p.p. sia enunciata «una norma manifesto»⁴², priva di significative conseguenze pratiche.

Sotto il versante strettamente interpretativo, la disposizione non pone peculiari problemi. Il calendario deve essere stabilito «dopo la lettura dell'ordinanza con cui provvede sulle richieste di prova». La circostanza che in questo momento venga previsto un obbligo non significa che in altre occasioni sia stabilito un divieto: ben potrebbe un giudice dell'udienza preliminare di un processo con svariate decine di imputati stabilire il calendario delle udienze⁴³ pur non avendo letto «l'ordinanza di ammissione delle prove»⁴⁴.

Quanto alla locuzione «sentite le parti», essa sarebbe stata aggiunta per sottolineare «l'ottica di proficuo clima collaborativo tra gli attori coinvolti nella giustizia, premessa essenziale per agevolare la celerità del suo corso»⁴⁵; costituirebbe quindi «un chiaro riferimento all'importanza della lealtà processuale, valore sotteso dall'ordinamento e sempre più spesso fuori moda»⁴⁶. A ben vedere l'attività di «sentire le parti» non è altro che l'*in sé* della calendarizzazione, che non potrebbe esistere – non potrebbe proficuamente esistere – se non dopo l'interlocuzione con difensori e pubblici ministeri. Un calendario delle udienze istruttorie dettato *ex officio*, che pur sarebbe possibile, sarebbe cieco, fallimentare, destinato a naufragare non appena varato, non essendo il giudice in condizione di ipotizzare né la durata dell'assunzione delle prove richieste dalle parti, né i loro impegni che, se trascurati, giustificerebbero istanze di legittimo impedimento.

⁴² Così APRATI, *Riforma Cartabia*, cit., 1205.

⁴³ Evidentemente non istruttorie, salvo casi eccezionali.

⁴⁴ Il primo comma dell'art. 477 c.p.p. viene dunque interpretato con argomento *a contrario* meramente interpretativo e non come produttivo di una norma implicita negativa. L'argomento *a contrario* può essere usato in due modi: può essere «usato come argomento produttivo di una norma implicita (di contenuto negativo), e sortisce l'effetto di colmare una lacuna» (GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, 365, dal quale è tratta anche la prossima citazione). Ma può anche essere «usato come argomento semplicemente interpretativo, e sortisce l'effetto non già di colmare una lacuna (mediante una norma implicita), ma anzi di metterla in luce, lasciando aperta la possibilità di colmarla in modi diversi».

⁴⁵ In tal senso GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente*, cit., 61.

⁴⁶ In questa direzione MANCUSO, *Le nuove dinamiche del giudizio*, cit., 814.

Più problematico è il tema delle violazioni; o meglio, delle relative conseguenze. La circostanza che la mancata previsione di un calendario delle udienze, in violazione del primo comma dell'art. 477 c.p.p., sia priva di sanzioni è conclusione sulla quale tutti concordano e dalla quale è difficile dissentire⁴⁷. Ad essere violata, però, potrebbe non essere la disposizione legislativa, ma quanto previsto nel calendario stabilito in osservanza dell'obbligo legislativo. Se, per esempio, in un processo con più imputati, ad un'udienza in cui era previsto il solo esame di tre testimoni dell'accusa venisse sentito anche un imputato la cui escussione era fissata per la successiva udienza, non sarebbe irragionevole ritenere sussistente la nullità riconducibile alla lettera c) dell'art. 178 c.p.p. nel caso in cui il difensore di un coimputato, certo che quest'ultimo esame non si sarebbe svolto in ragione del calendario, non si fosse presentato delegando un collega⁴⁸. La mancata osservanza del calendario non dovrebbe creare peculiari problemi quando si rinvia un'attività programmata; ne potrebbe porre quando se ne anticipa una non prevista.

Come non è possibile oggi ipotizzare l'esistenza di un divieto di stabilire un calendario di udienze in assenza della lettura dell'ordinanza di ammissione delle prove, non era vietato ieri calendarizzare le udienze in assenza di un obbligo. La prassi di provvedere in questo senso era invalsa da tempo. Molti giudici, collegiali o monocratici, quando lo hanno ritenuto necessario, hanno

⁴⁷ Tra gli altri, MONTAGNA, *La razionalizzazione del dibattimento*, cit., 136.

⁴⁸ La conclusione sembra porsi in contrasto con quell'orientamento che si fa scudo del carattere «tassativo delle nullità» per neutralizzarne la portata operativa. Sul punto cfr. Cass., sez. I, 14 aprile 2005, n. 21034, in *Riv. cancell.* 2005, 577 (il corsivo è aggiunto) secondo cui l'approvazione del calendario delle udienze (art. 16 d.lgs. 28 luglio 1989 n. 273) da parte del Presidente della Corte d'appello - costituente l'ultimo atto di un complesso iter procedimentale, cui concorrono, oltre al presidente del tribunale, anche i presidenti di sezione, cui la legge riserva, tra l'altro, poteri di direzione, organizzazione, nonché di collaborazione nell'attività di direzione dell'ufficio (art. 47 *ter* e 47 *quater* r.d. 30 gennaio 1941 n. 12, così come introdotti dal d.lgs. 19 febbraio 1998 n. 51 e modificati in parte dall'art. 3 d.lgs. 4 maggio 1999 n. 138) - «non è di per sé limitativa né ostativa all'esercizio, da parte del presidente della singola sezione, del potere di integrare il calendario, mediante la fissazione di udienze ulteriori di cui sia dato previo, *congruo avviso alle parti*, in assenza di qualsiasi previsione specifica di invalidità e alla luce del carattere tassativo delle nullità e del divieto di interpretazione analogica ed estensiva delle stesse».

Tuttavia, occorre rilevare come nel caso specifico la questione assuma una diversa rilevanza. Basti considerare che con la calendarizzazione delle udienze contemplata nella riforma Cartabia si regolamentino le attività da compiere in relazione alle quali le parti necessitano anche di un'adeguata preparazione. Viceversa, nel caso ipotizzato dall'indicata decisione della Corte di Cassazione il tema era costituito solo dalla previsione di ulteriori udienze che non a caso si dispone vengano comunicate con congruo avviso alla parte e ciò perché in tale contesto il limite difensivo potrebbe scaturire solo dall'impedimento del difensore a partecipare a quelle udienze.

programmato le attività di udienza. Altri no. Tra i giudici che, avvertendone l'esigenza, hanno predisposto un calendario, alcuni hanno previsto ritmi serrati, con rinvii brevi, e hanno concluso il dibattimento in tempi rapidi; altri giudici hanno stabilito rinvii di mesi, a volte di semestri, hanno accavallato udienze e hanno terminato l'istruttoria di processi non particolarmente complessi in un periodo che supera l'anno⁴⁹ (sempre che nel frattempo non abbiano cambiato funzione, sede o ufficio⁵⁰).

È stato detto che gli interventi della riforma Cartabia relativi al giudizio «partono da una constatazione di base: il palese fallimento dell'idea originaria dei codificatori del 1988 di dar vita a giudizi snelli e rapidi dipende anche da fattori di *non adeguata organizzazione del lavoro giudiziario*»⁵¹. È certamente così. È però ingenuo credere che quest'ultimo problema, la cui risoluzione avrebbe grandissima rilevanza per l'attuazione del principio di concentrazione e, più in generale per una giustizia penale più efficiente, possa essere risolto, anche solo in una modestissima parte, con l'introduzione dell'obbligo di prevedere il calendario delle udienze. È piuttosto necessario un radicale cambiamento della modalità di selezione e di valutazione dei magistrati, perché «da noi gli strumenti della selezione iniziale sono in larga misura inattendibili e le periodiche valutazioni di professionalità sono di regola basate sull'anzianità. Di fatto le poche valutazioni negative della professionalità dei magistrati sono quasi sempre erogate a giudici e pubblici ministeri che hanno in precedenza subito gravi sanzioni disciplinari. A differenza di altri paesi dell'Europa in cui i magistrati sono soggetti a sistemi di valutazione della professionalità altamente selettivi, da noi il sistema disciplinare finisce quindi, di fatto, per essere il principale e quasi esclusivo strumento di valutazione negativa della professionalità dei magistrati nei quattro decenni e più della loro

⁴⁹ Come rileva AGHINA, *Gli effetti del mutamento dell'organo giudicante tra rigidità processuali e carenze organizzative*, in *Proc. pen. e Giust.*, n. 2, 2012, 102, è del tutto estranea alla cultura (auto)organizzativa dei magistrati penali, abituati ad una trattazione parallela dei giudizi, con rinvii anche lunghi e frazionati, il criterio di gestione dei processi (particolarmente opportuno per quelli di cognizione collegiale) che preveda, dopo una prima udienza destinata unicamente a verificare la regolarità della costituzione delle parti, il rinvio ad un'udienza che ne consenta una trattazione cd. sequenziale, secondo un calendario di udienze ravvicinate che preveda l'esaurimento in tempi brevi di gruppi di processi (selezionati in base agli ordinari criteri di priorità) prima di aprirne nuovi.

⁵⁰ Il tema verrà ripreso nel par. 6.4 (v. parte II).

⁵¹ Così GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente*, cit., 60 (il corsivo è aggiunto).

permanenza in servizio»⁵². Il sistema improntato a pseudo valutazioni è doppiamente nefasto: «per un perverso circolo vizioso, le valutazioni della professionalità generalizzate ed altamente laudative finiscono per attenuare il rigore delle stesse condanne a livello disciplinare. La lettura delle sentenze disciplinari mostra, infatti, come molto frequentemente le elevate valutazioni della professionalità dei magistrati sottoposti a procedimento disciplinare vengono utilizzate come circostanze attenuanti per mitigare il rigore delle sentenze, senza tener conto che quelle valutazioni hanno di fatto un valore più rituale che sostanziale, che sono cioè attribuite a tutti i magistrati senza distinzione tra chi effettivamente le merita e chi no»⁵³.

È chiaro che intervenire in quest'ambito è infinitamente più difficile che non interpolando un articolo del codice. Si abbia però la consapevolezza che con la modifica del primo comma dell'art. 477 c.p.p. non si dà il minimo contributo alla risoluzione dei problemi che affliggono la giustizia penale.

4. *L'obbligo di illustrare le ragioni di ammissibilità delle prove.* La previsione del calendario delle udienze istruttorie è logicamente successiva all'attività di ammissione delle prove, anche questa oggetto di modifica ad opera della riforma.

Il primo comma dell'art. 493 c.p.p. prevedeva che, subito dopo la dichiarazione di apertura del dibattimento, le parti indicassero «i fatti che intendono provare e chiedono l'ammissione delle prove». Con la novella è stato aggiunto: «illustrandone esclusivamente l'ammissibilità ai sensi degli articoli 189 e 190, comma 1».

Nella *Relazione illustrativa* al decreto s'è detto che la modifica «intende enfatizzare l'introduzione di “un momento dialettico che accompagni le richieste di prova delle parti” a beneficio di un consapevole e razionale esercizio del sindacato giudiziale previsto dagli artt. 189 e 190 c.p.p., al fine di evitare un ingresso incontrollato di prove nel dibattimento e, quindi, appesantire l'istruttoria o impedire una effettiva programmazione del lavoro»⁵⁴. D'altra

⁵² Cfr. DI FEDERICO, *Riforma del sistema di disciplina dei magistrati in prospettiva comparata*, in *Quest. giust.*, 22 settembre 2021, 2, il quale ricorda che nel suo discorso ufficiale pronunciato nella cerimonia per l'inizio dell'anno giudiziario 2017 il Procuratore generale della Cassazione aveva affermato che le valutazioni di professionalità negative o non positive rese dal C.S.M. nell'ultimo biennio erano, secondo un dato offerto dall'organo di governo autonomo, dello 0,58% del totale.

⁵³ Così ancora DI FEDERICO, *Riforma del sistema di disciplina*, 2-3.

⁵⁴ *Relazione illustrativa*, cit., 141.

parte - s'è anche aggiunto - «per evitare che tale momento si trasformi in un modo surrettizio in un'occasione per veicolare al giudice elementi conoscitivi di valutazione, si è specificato che l'illustrazione deve concernere esclusivamente l'ammissibilità della prova ai sensi degli articoli 189 e 190, comma 1, c.p.p.», restando in ogni caso «fermo il potere del presidente, sancito dall'ultimo comma dell'art. 493 c.p.p., di impedire ogni divagazione, ripetizione e interruzione e ogni lettura o esposizione del contenuto degli atti compiuti durante le indagini preliminari»⁵⁵.

I commenti all'aggiunta legislativa sono stati di vario tenore.

Alcuni autori hanno apprezzato la modifica, che si inserirebbe «nella prospettiva della valorizzazione del diritto alla prova, nonché dell'agevolazione della decisione del giudice del dibattimento sull'ammissione delle prove»⁵⁶. La novità legislativa sembrerebbe «in grado di porre un qualche rimedio (obliquo) alla disapplicazione - da parte del p.m. quanto delle difese - della norma che vuole precisate in lista le circostanze su cui verteranno gli esami orali. Insomma: se la giurisprudenza di legittimità è indulgente, e benedice liste in cui il p.m. si limita a fare rinvio "ai capi di imputazione" e i difensori confidano [...] nella stessa indulgenza, [la nuova disposizione] vuole che si evitino almeno richieste di prova in cui "ci si riporta alla lista testi"»⁵⁷.

Altri interpreti, ritenendo che il criterio di delega che ha portato all'aggiunta «sa di antico»⁵⁸, hanno mostrato riserve, legate al timore che tramite l'illustrazione delle richieste di prove «si insinuino una violazione della regola della separazione tra fasi e del contraddittorio»⁵⁹: «in effetti la modifica operata sul primo comma dell'art. 493 c.p.p. recupera schemi del passato, non sempre ritenuti armonici rispetto alla struttura accusatoria del dibattimento e alla necessaria impregiudicatezza del giudicante»⁶⁰. In fondo, proprio a tutela dell'imparzialità del giudice, il legislatore aveva eliminato con l. 16 dicembre 1999, n. 479 il riferimento all'esposizione introduttiva del pubblico ministero⁶¹.

⁵⁵ *Relazione illustrativa*, cit., 141.

⁵⁶ In tal senso GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente*, cit., 61.

⁵⁷ La considerazione è di BRONZO, *La «riforma Cartabia»*, cit., 1312.

⁵⁸ L'espressione è di RANALDI, *Il dibattimento che verrà*, cit., 216.

⁵⁹ Vedi MONTAGNA, *La razionalizzazione del dibattimento*, cit., 136.

⁶⁰ Così MANCUSO, *Le nuove dinamiche del giudizio*, cit., 816.

⁶¹ Nella formulazione originale l'art. 493 c.p.p. («esposizione introduttiva e richieste di prova») prevedeva al primo comma che «il pubblico ministero espone[esse] concisamente i fatti oggetto dell'imputazione

Altri hanno intravisto scenari ancora più cupi, sostenendo che i pericoli non riguardano solo l'imparzialità del giudice, ma anche il diritto alla prova: dopo la riforma «il diritto di difendersi provando non sarà più di carattere assoluto, dovendo la difesa, in base alla nuova versione dell'art. 493 comma 1 c.p.p., dimostrare *ex ante* la rilevanza delle richieste di prova, in una sorta di *probatio diabolica* che consentirà al giudice di operare tagli draconiani, addirittura superiori a quelli già oggi ingiustificatamente quantitativi. Sul metro qualitativo della rilevanza si misura il ribaltamento della originaria impostazione che riconosceva all'imputato il diritto perfetto di ottenere l'ammissione di tutte le prove a discarico, senza oneri dimostrativi, salvo che il giudice, con ordinanza motivata, le ritenesse vietate oppure manifestamente superflue o irrilevanti»⁶².

I timori, così come le speranze, non sembrano fondati. L'appendice normativa aggiunta all'art. 493 c.p.p. non è sbagliata. È irrilevante. Nelle aule di giustizia non cambierà nulla. Non è stato previsto niente più di quanto già non fosse implicitamente previsto.

Affermare che un'entità è «prova» equivale a dire che quell'entità è utilizzata da qualcuno per formulare un'ipotesi riguardo all'esistenza di un fatto, che quell'entità è «rilevante» per sostenere che qualcosa è accaduto⁶³ (per farlo, ci si serve di una serie di argomentazioni più o meno convincenti basate su delle generalizzazioni, espressamente riferite da chi avanza l'istanza ma spesso, in larghissima parte, implicite).

L'«essere prova» non è una caratteristica di alcuna entità: non esistono le «prove» in natura, come esistono fiori, frutti o animali⁶⁴. La qualifica di qual-

e indica[ss]e le prove di cui chiede[va] l'ammissione». Cass. sez. IV, 26 gennaio 1996, n. 2524, in *Cass. pen.*, 1998 1680, con nota critica di NACAR, *Sui poteri del pubblico ministero in sede di «esposizione introduttiva»* era giunta ad affermare che non sussiste «alcuna violazione del diritto di difesa nell'esposizione introduttiva del p.m. con cui si riportino le dichiarazioni rese dagli imputati in sede di indagini preliminari, non essendo la stessa in alcun modo vincolante per il giudice» (in effetti il pregiudizio, più che al diritto di difesa, era all'imparzialità del giudice).

⁶² Così MAZZA, *L'efficientismo*, 503. In senso analogo IASEVOLI, *Il giudizio e la crisi del metodo epistemologico garantista*, in *Sist. pen.*, 10 novembre 2022, 8.

⁶³ Sul tema sia consentito il rinvio a PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 172.

⁶⁴ Sotto questo aspetto il concetto di prova è analogo a quello di «traccia» illustrato da FERRARIS, *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Bari, 2009, 252-253: «non esiste qualcosa come una "traccia in sé" o un "in sé della traccia", poiché essa risulta tale solo in riferimento a una mente che la contempla. Ne segue che [...] - esprimendosi in termini di ontologia negativa - l'essenza della traccia è di non averne una; o, in positivo, che un suo attributo ontologicamente rilevante è la funzione di rimando ad altro, ossia il suo valore segnico. In questo quadro, il non avere essenza si spiega con l'analizzabilità

cosa come prova presuppone un'operazione intellettuale. In assenza di una mente che formula ipotesi e congetture, esistono scritti, fotografie, dichiarazioni, non «prove» (come è stato osservato, sono «le ipotesi a determinare lo statuto semiologico di un dato osservativo: il valore sintomatico, il valore di rinvio di un certo elemento della realtà deriva dalla decisione, in forma di congettura, di ritenerlo pertinente»⁶⁵).

A differenza di «scritto», «fotografia» o «dichiarazione», «prova» (così come «indagine» o «processo») è un termine relativo, il quale «non ha significato, o non ha un significato esatto, se non in riferimento a un altro termine»⁶⁶. Nei libri e nei manuali esistono «indagini», «processi» e «prove», ma nella realtà un'indagine è sempre un'indagine *su qualcosa* (un fatto in quanto sussumibile in una disposizione incriminatrice), un processo è sempre un processo *per qualcosa*, e una prova è necessariamente una prova *di qualcosa* (un fatto in quanto rilevante per l'applicazione di una norma). Naturalmente è possibile parlare di «prova» senza nulla aggiungere, così come ci si può servire della parola «maggiore», «doppio», o «ulteriore», senza dire altro. Si tratta di parole presenti nel vocabolario. Ma se si vuole usare il termine in relazione a qualcosa di reale, deve essere indicato il secondo termine da porre in relazione al primo⁶⁷. «Questo contratto è la prova», «questo buco è maggiore» o «questa

della nozione di traccia nei due ingredienti di (1) un oggetto fisico e (2) un meccanismo mentale intenzionale (di livello più o meno alto); [...]

Rispetto agli oggetti fisici le tracce rivelano una peculiarità. I primi sono solo quello che sono, e possono diventare qualcosa di diverso (per esempio, nel caso di un cacciavite adoperato come punteruolo o in quello di un bicchiere adoperato come portapenne) solo entro un raggio limitato dalle risorse fisiche dell'oggetto. Una sedia può anche servire come appendiabiti, ma non come canoa, una canoa può fungere da riparo dalla pioggia, ma non come alimento. Le cose vanno diversamente per le tracce, giacché posso servirmi indifferentemente di una sedia, di una canoa o di una banana per indicare un limite che non può essere oltrepassato, un impegno per l'indomani, un ruolo in una gerarchia ecclesiastica, militare o accademica. Ancora una volta, se si elimina dal contesto la mente che ha imposto quella funzione di traccia (che ha fatto valere quell'X come Y), si resta con un oggetto fisico muto. [...] Se dunque c'è un in sé o una essenza indipendente dell'oggetto fisico, questo non vale per la traccia, che esiste come traccia solo perché c'è qualcuno che la considera come tale. È da ricercarsi in questa proprietà la caratteristica distintiva degli oggetti sociali rispetto agli oggetti fisici, il fatto cioè che non esistono indipendentemente da menti. In altri termini, essere una traccia è una caratteristica relazionale di un'entità naturale».

⁶⁵ CAPRETTINI, *Le orme del pensiero*, in *Il segno dei tre. Holmes, Dupin, Peirce*, a cura di Eco, Sebeok, Milano, 2004, 161.

⁶⁶ ABBAGNANO, voce *Relativo*, in *Dizionario di filosofia*, Milano, 2000, 739.

⁶⁷ La qual cosa non significa che questo secondo termine debba essere reso esplicito. È possibile che dal contesto si traggano le informazioni mancanti. È chiaro che in un processo l'indicazione del fatto che si intende dimostrare a volte è omessa, e si parla di «prova» senza aggiungere altro; non perché la specificazione non sia importante, ma perché implicita, perché ricavabile dal contesto.

altezza è doppia», sono affermazioni sintatticamente corrette che vogliono dire poco se non segue qualcosa al termine relativo. Un interlocutore razionale, innanzi a simili affermazioni, non potrebbe che esclamare: «di che cosa?». Nei processi che si svolgono nelle aule di giustizia è possibile - e anzi capita di frequente - che una parte dica: «questa è una prova», senza nulla aggiungere. All'affermazione di regola non segue nessuna richiesta di chiarimento per una ragione banale: nell'ambito di un determinato processo il fatto che si vuole provare è ricavato implicitamente dal contesto.

Tutto può essere «prova» e nulla, in sé, lo è⁶⁸. È una qualifica contingente, legata al contesto, che dipende dall'ipotesi che guida la mente di chi ricerca e dalle assunzioni di sfondo che fa. Una fotografia non sarà altro che una fotografia fino a che qualcuno non ci poserà sopra un'ipotesi, e allora potrà diventare una prova: «solo un'interpretazione (magari incorporata in un termostato) mette in relazione l'espansione del mercurio con il livello della temperatura, l'aspetto dei microbi con il decorso di una malattia. L'universo è pieno di indizi o sistemi di misura potenziali, che nessuno rileverà mai. E viceversa, forse ogni cosa del mondo potrebbe diventare significativa, se fosse inserita nel sistema adatto di domande»⁶⁹.

La rilevanza è requisito essenziale del concetto di prova, è implicitamente presupposto. Mancasse la rilevanza, intesa come idoneità a sostenere un'ipotesi relativa a un fatto, non si avrebbe prova⁷⁰.

Per questa ragione non sono condivisibili le affermazioni che si ripetono sul tema della prova sin dai primi commenti sul codice Vassalli, ossia che mentre

⁶⁸ V. NOZICK, *Spiegazioni filosofiche*, Milano, 1987, pp. 298-299, il quale ha insistito sul carattere contingente del nesso evidenziale, che è «una relazione fattuale sussistente nel mondo. Il fatto che *e* sia o non sia evidenza per *h* [ipotesi] dipende dalle connessioni empiriche fattuali che intercorrono tra *e* e *h*. Nella tradizione filosofica, però, prevale la tendenza a considerare la relazione evidenziale come una connessione logica che, se vale, vale necessariamente. Hilary Putnam ha osservato che le concezioni di questo tipo assumono (irrealisticamente) che l'evidenza sia valutata rispetto alla migliore teoria formulabile. Il fatto che noi consideriamo *e* evidenza per *h* dipende da quali altre teorie che collegano *e* con *h* accettiamo; valutiamo se qualcosa è un'evidenza per *h* su di uno sfondo di teorie, di altre credenze ecc. [...] Ma se in seguito scopriremo che una delle nostre assunzioni di sfondo era falsa e che, dunque, in realtà una delle nostre connessioni congiuntive pertinenti non sussisteva, diremo che, alla fin fine, *e* non era un'evidenza per *h*, anche se pensavamo che lo fosse».

⁶⁹ VOLLI, *Manuale di semiótica*, Bari, 2003, 8.

⁷⁰ «Quando prendiamo *E* a prova di *O* lo vediamo diversamente da come lo vedremmo se non sapessimo niente di *O* e dunque il vedere qualcosa come *evidence* è già un "guardare oltre la cortina". Gli storici non considerano i documenti isolandoli da ciò che, in qualche modo, ce li fa assumere come tali» (SANTUCCI, *Introduzione ad DANTO, Filosofia analitica della storia*, Bologna, 1971, xviii-xix).

con il vecchio codice «la parte doveva dimostrare la rilevanza della prova, per ottenere l'ammissione ad opera del giudice [...], nel nuovo sistema è il giudice che, per negare l'ammissione della prova richiesta dalle parti, deve dimostrare che essa è manifestamente irrilevante, in quanto non pertinente al *thema decidendum*, ovvero è manifestamente superflua in quanto tendente ad un risultato conoscitivo già acquisito. Sicché per il solo fatto che una prova sia stata richiesta da una parte, se ne presume l'ammissibilità sino a dimostrazione del contrario»⁷¹.

La tesi che le richieste di prova siano «assistite da una presunzione di ammissibilità»⁷², che il codice Vassalli configuri una sorta di inversione dell'onere di argomentare, in capo a chi esclude e non a chi chiede, ha trovato spazio anche nella *Relazione illustrativa* alla riforma Cartabia, in cui si scrive che la modifica è necessaria per «evitare un ingresso incontrollato di prove nel dibattimento». Ma è basata su un errore, sulla reificazione del concetto di prova, considerata come un frutto da offrire al giudice il quale, al solo suono della parola «prova», non potrebbe che spalancar le porte dell'istruttoria dibattimentale.

Se queste considerazioni appaiono astratte, basta affidarsi alla più concreta esperienza. Se in un processo per violenza sessuale il pubblico ministero volesse chiedere l'ammissione della testimonianza della persona offesa, non aveva prima della riforma Cartabia, né ha oggi, l'onere di affermare che «le dichiarazioni di quella persona sono rilevanti poiché necessarie per dimostrare che x è il colpevole e la condotta si è svolta secondo le modalità y: la persona era presente al momento del fatto e ha direttamente percepito l'illecito»; un difensore che di fronte al silenzio dell'inquirente lamentasse la mancata osservanza della recente modifica normativa apparirebbe decisamente sciocco. Se in quello stesso processo il medesimo inquirente volesse chiedere l'acquisizione di un contratto di compravendita di un biotrituratore, aveva prima della riforma Cartabia, e ha oggi, la necessità di assolvere a un onere argomentativo, giustificando la ragione per la quale quel

⁷¹ NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1989, 38. In senso analogo, tra i tanti, CAIANIELLO, *Mutamento del giudice dibattimentale e rinnovazione del giudizio*, in *Cass. pen.*, 1998, 1401; CHIAVARIO, *Considerazioni sul diritto alla prova nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 1996, 2019; RENON, *A rinnovazione dell'istruzione dibattimentale a seguito di mutamento del giudice nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2011, 3364; VALENTINI, *La prova decisiva*, Padova, 2012, 70.

⁷² L'affermazione è tratta da Corte cost., n. 111 del 1993.

contratto dovrebbe assumere la qualifica di prova (i.e. perché l'acquisizione di quel contratto potrebbe consentire di formulare un'affermazione relativa ai fatti oggetto di quel procedimento).

Qualora un difensore chiedesse l'acquisizione degli esiti di una necropsia in un processo per frode fiscale, non sarebbe il giudice a dover spiegare la ragione del rigetto, ma il difensore i motivi della rilevanza.

Prescrivere che le parti «indicano i fatti che intendono provare e chiedono l'ammissione delle prove, illustrandone esclusivamente l'ammissibilità ai sensi degli articoli 189 e 190, comma 1» oppure che le parti «indicano i fatti che intendono provare e chiedono l'ammissione delle prove» è esattamente la stessa cosa. Già nella precedente formulazione era (implicitamente) richiesto l'assolvimento dell'onere argomentativo, necessario per qualificare una determinata entità come prova. In alcuni casi, allora come oggi, la rilevanza è tanto evidente da non essere oggetto di discussione⁷³ (non è che nel caso della testimonianza della persona offesa di una violenza sessuale il giudizio di rilevanza non ci sia. È, semplicemente, tanto evidente da renderne superflua l'illustrazione).

Nei frequenti casi in cui la rilevanza era palese, le parti nulla aggiungevano alla mera richiesta; con ogni probabilità, nemmeno oggi, pur a fronte della modifica normativa, le parti si prodigheranno nell'illustrare le ragioni per le

⁷³ Per questa ragione è corretta la formulazione del terzo comma dell'art. 111 Cost., il quale, proprio per l'omessa menzione del criterio di rilevanza, è stato criticato. La disposizione, che impone al legislatore di assicurare all'accusato il diritto di ottenere l'«acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore», è stata contestata perché parrebbe configurare una «sproporzionata facoltà» (BUZZELLI, voce *Giusto processo*, in *Dig. Pen.*, vol. I Agg., 2004, 354): essa, «se presa alla lettera, potrebbe comportare il venir meno di ogni possibilità di controllo sulla pertinenza (se non addirittura dell'astratta ammissibilità) di prove a discarico» (CHIAVARIO, voce *Giusto processo*, II), in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 2001, 15; così anche CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2000, 1216; FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2011, 124; GREVI, *Quelle rigidità del «giusto processo» che portano a risultati paradossali*, in *Guida dir.*, 1999, f. 42, 12, RAFARACI, *La prova contraria*, Torino, 2004, 33, nota 53). Se la disposizione avesse imposto al legislatore di acquisire ogni «dichiarazione» o ogni «scritto», questi timori sarebbero stati fondati. Ma il terzo comma dell'art. 111 Cost. fa riferimento ai «mezzi di prova», locuzione che per definizione esige la rilevanza dell'entità che si vorrebbe far acquisire (la quale, proprio in ragione della rilevanza, assume la qualifica di «prova»). Questa è, del resto, la prospettiva della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo cui grava sull'accusato l'onere di indicare a fondamento della richiesta di prova la ragione relativa alla rilevanza della prova stessa, non potendo altrimenti dolersi della mancata ammissione dei mezzi di prova a discarico (lo ricorda GAITO, *Il procedimento probatorio (tra vischiosità della tradizione e prospettive europee)*, in *La prova penale*, vol. I, *Il sistema della prova*, Torino, 2008, 108, nota 23, il quale cita Corte eur., 25 luglio 2001, Perna c. Italia; Corte EDU, 4 maggio 2000, Ubach c. Andorra).

quali la testimonianza della vittima di una rapina «è ammissibile ai sensi degli articoli 189 e 190, comma 1» (per i processi con molti accusati e varie imputazioni non rimarrebbe altrimenti che auspicare una novella legislativa che introducesse il calendario delle udienze per l'illustrazione delle richieste di prova).

5. Perizia e consulenze tecniche: la necessaria discovery. Diversamente dalle modifiche sin qui analizzate, quella dell'art. 501 c.p.p. ha un indubbio rilievo, sia per quanto espressamente previsto, sia per quanto indirettamente ricavabile.

Nell'articolo sono stati inseriti i commi *bis* e *1 ter* i quali prescrivono che almeno sette giorni prima dell'udienza fissata per l'esame, il perito autorizzato a depositare una relazione scritta debba depositarla in cancelleria; nello stesso termine la parte che ha nominato un consulente tecnico deve depositare l'eventuale relazione scritta. L'obbligo di deposito anticipato, con lo stesso termine, è previsto anche nel caso in cui i consulenti siano incaricati dalle parti fuori dal caso di perizia.

Si è visto che nel primo comma dell'art. 477 c.p.p. è stato eliminato l'avverbio «assolutamente» per riallineare la disposizione alla realtà degli ultimi trent'anni. Non è stato fatto altrettanto con il comma 5 dell'art. 227 c.p.p., il quale - prevedendo che il perito richieda l'autorizzazione al giudice a presentare relazione scritta «qualora sia indispensabile illustrare con note scritte il parere» - lascia presupporre che la relazione scritta sia un'eccezionalità.

La modifica normativa non ha inciso sulla modalità di assunzione della prova, che si formerà solo con l'esame del perito o del consulente in dibattimento⁷⁴.

La stessa disciplina delle letture (segnatamente il terzo comma dell'art. 511 c.p.p.) è rimasta invariata; la lettura della relazione, dunque, dovrà sempre seguire l'esame dibattimentale, salvo questo non abbia luogo sull'accordo delle parti. Il previo deposito è esclusivamente finalizzato a «realizzare un con-

⁷⁴ Proprio movendo dal presupposto che le dichiarazioni rese dal perito o dal consulente tecnico nel corso del dibattimento, in quanto veicolate nel processo a mezzo del linguaggio verbale, costituiscono prove dichiarative, Cass. sez. un., 28 gennaio 2019, n. 14426, in *Cass. pen.*, 2019, 3859 laddove ha stabilito che sussiste per il giudice di appello l'obbligo di procedere alla rinnovazione dibattimentale attraverso l'esame del perito o del consulente nei casi in cui intenda riformare la sentenza di assoluzione, quando la diversa decisione si fonda sul decisivo contributo conoscitivo reso dall'esperto (analogo obbligo non sussiste ove la relazione scritta del perito o del consulente tecnico sia stata acquisita mediante lettura, ivi difettando la natura dichiarativa della prova).

traddittorio adeguatamente informato, e dunque, consapevole ed efficace, sulla prova scientifica»⁷⁵; è quindi «lo strumento attraverso il quale le parti e i consulenti tecnici [sono posti in condizione] di interloquire adeguatamente sulle questioni tecniche o scientifiche»⁷⁶.

La modifica è stata generalmente apprezzata⁷⁷, anche da coloro i quali non hanno trascurato un potenziale rischio: «il deposito anticipato della relazione eventualmente elaborata potrebbe produrre un effetto condizionante per il giudice nell'esercizio dei suoi compiti funzionali di conduzione e, per così dire, integrazione dell'istruttoria (art. 499, 6 comma, 506, 507, c.p.p.) [...] con ineludibili conseguenze rispetto al proprio agire imparziale»⁷⁸. Il pericolo non è meramente teorico ma, tutto sommato, non di una misura tale da controbilanciare il beneficio che si avrà in termini di efficacia del contraddittorio.

La *Relazione illustrativa* afferma che si sarebbe scelto di non introdurre alcuna sanzione per il tardivo od omesso deposito della relazione tecnica, «ritenendo che lo stesso non possa pregiudicare la validità dell'esame orale del perito o del consulente tecnico»⁷⁹. Sul tema, pur essendosi posta in rilievo l'assenza di sanzioni⁸⁰, non si è mancato di osservare che la nuova disciplina è proiettata a regolare in modo ordinato lo svolgimento del contraddittorio nell'acquisizione della prova tecnica e quindi «con una certa tranquillità si potrebbe sostenere che tanto l'omissione dell'adempimento, quanto il suo ritardo siano in grado di determinare una nullità generale a carattere intermedio per violazione delle norme relative all'assistenza dell'imputato o alla partecipazione del p.m. ai sensi dell'art. 178 c.p.p., a condizione però che le relazioni non fossero già conosciute, perché inserite nel fascicolo delle parti»⁸¹.

⁷⁵ *Relazione illustrativa*, cit., 143.

⁷⁶ Così MONTAGNA, *La razionalizzazione del dibattimento*, cit., 138.

⁷⁷ In tale direzione cfr. ad es. MONTAGNA, *La razionalizzazione del dibattimento*, cit., 138; RANALDI, *Il dibattimento che verrà*, cit., 220.

⁷⁸ RANALDI, *Il dibattimento che verrà*, cit., 220 il quale richiama le considerazioni svolte da TRIGGIANI, *La "riforma Bonafede" della giustizia penale: un anno dall'approvazione della delega per ridare celerità ed efficienza al processo penale (... anche a scapito delle garanzie difensive)*, in *Proc. pen. e Giust.*, 2020, 771

⁷⁹ *Relazione illustrativa*, cit., 143.

⁸⁰ *Relazione illustrativa*, cit., 143.

⁸¹ GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente*, cit., 63; MANCUSO, *Le nuove dinamiche del giudizio*, cit., 819.

⁸¹ In questa direzione APRATI, *Riforma Cartabia*, cit., 1206.

In effetti ritenere di essere innanzi a «un precetto [...] dal significato evocativo forte [ma] privo di sanzione»⁸² è conclusione a cui forse non è nemmeno opportuno pervenire.

Il legislatore ha ritenuto che, per un effettivo contraddittorio sulla prova tecnica, sia necessario avere la possibilità di leggere la relazione della controparte, potendo così valutare, con congruo anticipo, magari con l'ausilio di un esperto, i principi scientifici adottati, le metodologie utilizzate e la loro pertinenza al caso concreto. Mentre per esaminare efficacemente un testimone non è necessario, di regola, essere in possesso di conoscenze ulteriori rispetto a quelle che tipicamente l'uomo comune ha, per l'esame di un perito o di un consulente servono peculiari conoscenze che magistrati e avvocati generalmente non hanno. La conoscenza anticipata della relazione può, almeno in parte, essere un rimedio. Insomma, se in dibattimento deve essere verificata «l'attendibilità del perito, l'affidabilità del metodo scientifico utilizzato e la sua corretta applicazione alla concreta fattispecie processuale [...], operazioni tutte che consentono anche di distinguere le irrilevanti o false opinioni del perito (cd. *junk science*) dai pareri motivati sulla base di leggi e metodiche scientificamente sperimentate ed accreditate dalla comunità scientifica»⁸³, l'obbligo di deposito anticipato della relazione può permettere un più proficuo esame e, di conseguenza, la violazione dell'obbligo di deposito anticipato un ostacolo alle prerogative delle parti.

La previsione è tutt'altro che insensata, soprattutto quando il contributo degli esperti verte su questioni di particolare complessità, che richiedono meditate e consapevoli letture. Può essere vista come attuazione del terzo comma dell'art. 111 Cost., nella parte in cui prevede che l'accusato disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa. Nel momento in cui si presume - come è ragionevole presumere - che per un compiuto esercizio del diritto di difesa l'accusato deve essere posto in condizione di esaminare il perito nominato dal giudice o il consulente incaricato dal pubblico ministero o della parte civile, non dovrebbe restare senza sanzione la violazione dell'obbligo, nemmeno se il legislatore non ha previsto espressamente una sanzione: la categoria delle nullità generali è stata prevista proprio per questo.

⁸² Cfr. MANCUSO, *Le nuove dinamiche del giudizio*, 819.

⁸³ Cass. sez. un., 28 gennaio 2019, n. 14426, cit.

Del resto, se si ritenesse che non fosse prevista alcuna sanzione, la parte sleale o, quanto meno, negligente, si ritroverebbe in una situazione di vantaggio rispetto al contraddittore che ha osservato la legge processuale.

È dunque ragionevole concludere che la nuova prescrizione sia presidiata dalla nullità a regime intermedio per violazione delle norme sull'assistenza dell'imputato o sulla partecipazione del pubblico ministero ai sensi dell'art. 178 c.p.p.

La modifica dell'art. 501 c.p.p. ha una grande importanza anche per un'altra ragione.

Il legislatore del 1988 non si è preoccupato di ideare un codice di procedura penale asciutto e conciso⁸⁴. Eppure per un tema nevralgico, che nei decenni s'è rivelato essere sempre più importante, ha deciso di risparmiare parole, adottando una tecnica legislativa che quasi sempre crea incertezze e problemi, e che finisce per porre sulle spalle dell'interprete che applica il diritto, più che all'interprete-giurista, il compito di elaborare le regole del processo⁸⁵.

Il primo comma dell'art. 501 c.p.p. prevede che per l'esame dei periti e dei consulenti tecnici si osservano le disposizioni sull'esame dei testimoni «in quanto applicabili». La disposizione era nata dall'idea che «solo una visuale

⁸⁴ Si pensi all'art. 124 c.p.p., che riproduce l'art. 154 del codice del 1930 (e che può essere considerato l'emblema della legolatria, la più chiara manifestazione dell'illusione di risolvere ogni problema della realtà con la produzione di norme): secondo questa disposizione i giudici, i cancellieri e gli ausiliari «sono tenuti a osservare le norme di questo codice *anche quando l'inosservanza non importa nullità o altra sanzione processuale*».

Il presupposto della disposizione è che i soggetti indicati nell'art. 124 c.p.p. potrebbero non rispettare le norme quando la loro inosservanza non è sanzionata (se il legislatore avesse considerato questi soggetti rispettosi di tutte le norme, comprese quelle prive di sanzione, non avrebbe previsto l'art. 124 c.p.p.).

Ma se è corretta l'assunzione che sta alla base della previsione (giudici e cancellieri non osservano le norme prive di sanzione), non può essere corretta l'assunzione che renderebbe sensata la disposizione prevista dall'art. 124 c.p.p. (giudice e cancellieri osservano l'art. 124 c.p.p., una norma priva di sanzione).

Né il secondo comma dell'articolo aggiunge nulla. Si prevede che «i dirigenti degli uffici vigilano sull'osservanza delle norme anche ai fini della responsabilità disciplinare». Ma la fonte di responsabilità disciplinare è l'inosservanza delle norme processuali, pur prive di sanzione, non l'inosservanza della norma che impone di osservare le norme prive di sanzione (l'art. 124 c.p.p.).

⁸⁵ Spesso alla cripticità del comando giuridico si affianca un criterio di risoluzione delle problematiche regolamentari attraverso la tecnica del richiamo ad altro testo di legge in quanto compatibile. Ciò accade nella disciplina del processo penale per i minorenni (art. 1, comma 1, d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448), in quella contemplata per il processo innanzi al giudice di pace (art. 2, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274) e infine in quella prevista per il processo agli enti (art. 34, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231). In tal modo, però, si generano inevitabilmente momenti di incertezza interpretativa la cui esperienza ha dimostrato come gli stessi costituiscano "l'occasione" per momenti espansionistici del formante giurisprudenziale.

illuministica può indurre a pensare che il legislatore debba comportarsi come una sorta di papà che porta per mano l'interprete lungo tutti gli itinerari della procedura. Ci sono degli spazi che devono essere lasciati alla prassi perché solo l'esperienza operativa può plasmare un istituto nella sua precisa fisionomia»⁸⁶. In questo caso meglio avrebbe fatto il legislatore se non avesse lasciato l'interprete privo di guida e avesse speso qualche parola in più.

Nelle intenzioni del codificatore, il primo comma dell'art. 501 c.p.p. era «una valvola, che si può aprire e chiudere per assimilare o disgiungere la posizione del consulente tecnico a quella del testimone»⁸⁷; in effetti è stato così. Ma ciò non ha sicuramente giovato alla certezza del diritto e al principio di legalità processuale.

Il secondo comma dell'art. 497 c.p.p., che impegna il testimone all'obbligo di dire la verità, viene da alcuni ritenuto applicabile, essendo sotto questo aspetto assimilabile l'esperto al testimone⁸⁸, da altri no, essendo il consulente per definizione «parziale»⁸⁹. Anche in relazione alla possibilità di effettuare contestazioni (art. 500 c.p.p.), di formulare domande nocive o suggestive (art. 499, comma 2 e 3 c.p.p.) o di svolgere un confronto tra esperti⁹⁰ ci sono da tempo contrasti.

In assenza di indicazioni legislative, le regole sull'esame di periti e consulenti è stata rimessa alle diverse sensibilità degli interpreti e, quando si entra in un aula di giustizia, non è possibile sapere – finché non inizia l'esame – con quali modalità verrà assunta la prova: «a seconda dei diversi tribunali - come può agevolmente constatare chiunque frequenti le aule giudiziarie - il consulente sembra avvicinarsi all'*expert witness* del processo angloamericano, al “testimone esperto” o appare, piuttosto, ridotto ad un semplice “difensore tecnico”

⁸⁶ Così AMODIO, *Perizia e consulenza tecnica nel quadro probatorio del nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1989, 171.

⁸⁷ In tal senso ancora AMODIO, *Perizia e consulenza tecnica*, cit., 171.

⁸⁸ Cfr. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1992, 607.

⁸⁹ BAZZANI, *Il consulente estromesso: tra obblighi di verità e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1283.

⁹⁰ Secondo Cass. Sez. I, 24 maggio 2006, n. 34947, Rv 235253, non sussiste alcun ostacolo normativo all'espletamento di un confronto, in sede dibattimentale, tra periti e consulenti, dato che l'art. 211 c.p.p. non limita questo mezzo di prova a categorie di soggetti predeterminati e l'art. 501, comma primo, stesso codice assimila la posizione dei periti e dei consulenti a quella dei testimoni. Di diverso avviso ADORNO, voce *Perizia (dir. Proc. pen.)*, *Enc. Dir., Ann.*, III, Milano, 2010, 918.

delle parti, quasi ricordando così il modello propugnato dal codice Rocco»⁹¹; e si hanno così «conseguenze pratiche [...] paradossali, ben esemplificate da due ordinanze del Tribunale di Torino: diverse sezioni nello stesso giorno hanno sostenuto tesi opposte. Da una parte si afferma l'intenzione del legislatore che "il consulente si ispiri ai principi di lealtà e sincerità che sono alla base della formazione della prova nel processo penale" impegnandosi "a dire tutta la verità"; creando, al contempo, un serio affidamento nel giudice sulla lealtà e correttezza del proprio operato; dall'altra, invece, che il consulente è soltanto un "ausiliare della parte", non tenuto a "quel formale impegno che ex art. 226 c.p.p. caratterizza l'attività del perito", a cui per usare le parole di Rocco, "il giudice crederà nei limiti in cui crede agli avvocati"»⁹².

Con la modifica dell'art. 501 c.p.p. ad opera della c.d. riforma Cartabia il legislatore sembra aver preso una posizione abbastanza chiara, marcando la distanza tra la figura del consulente e quella del testimone. Non si può certo ipotizzare che da oggi ogni contrasto venga meno. Ma certo è possibile sostenere che, in alcuni casi, la soluzione dovrebbe essere incontestabile.

L'art. 149 disp. att. c.p.p., per esempio, prevede che l'esame del testimone deve avvenire in modo che nel corso della udienza nessuna delle persone citate prima di deporre possa comunicare con alcuna delle parti o con i difensori o consulenti tecnici, assistere agli esami degli altri o vedere o udire o essere altrimenti informata di ciò che si fa nell'aula di udienza. Sull'applicabilità della disposizione ai consulenti si riscontrano diverse opinioni.

Da un lato si è affermato che l'art. 149 disp. att., c.p.p. si applica anche nei confronti del consulente tecnico, «in quanto la sua natura processuale è del tutto assimilabile a quella del testimone»⁹³; dall'altro lato, invece, non solo si è ritenuto che la disposizione non sia applicabile ai consulenti e ai periti, ma si è rilevato che il diniego di autorizzazione alla parte di farsi assistere dal consulente nel corso dell'esame testimoniale dà luogo a una nullità di ordine generale a regime intermedio⁹⁴.

⁹¹ In tal senso CENTONZE, *Scienza "spazzatura" e scienza "corrotta" nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1258.

⁹² Così ancora CENTONZE, *Scienza "spazzatura"*, cit., 1258.

⁹³ Cass., Sez. I, 10 gennaio 2018, n. 40705, Rv. 274337; Cass., Sez. III, 16 gennaio 2014, n. 10808, Rv. 261495; Trib. Milano, 18 maggio 1999, in *Foro amb.*, 1999, 323.

⁹⁴ Cass., Sez. III, 9 giugno 2009, n. 35702, in *Cass. pen.*, 2010, 4242; Cass., Sez. III, 13 maggio 2009, n. 25992, Rv. 243912.

Il divieto enunciato nell'art. 149 disp. att. c.p.p. nasce dall'esigenza di evitare che il testimone non ancora esaminato sia influenzato da quanto viene riferito dagli altri dichiaranti. La riforma Cartabia ha previsto l'obbligo di deposito anticipato della relazione dell'esperto, al fine di meglio consentire un effettivo contraddittorio. Sarebbe oggi difficile sostenere che questa disposizione sia compatibile con la lettura che propende per l'applicabilità dell'art. 149 disp. att. c.p.p. anche ai consulenti.

Detta una nuova prescrizione ragionevole e contribuendo a far chiarezza dissolvendo alcuni contrasti interpretativi, la modifica dell'art. 501 c.p.p. risulta dunque senz'altro apprezzabile.