

IL GIUDIZIO E LA CRISI DEL METODO EPISTEMOLOGICO GARANTISTA

di Clelia Iasevoli

L'efficienza, declinata sul paradigma del mero contenimento dei tempi processuali, non può postulare una riduzione a qualunque costo, ma deve iscriversi nell'alveo del giusto processo (art. 111 Cost.), che è principio per e sulla giurisdizione. Il contraddittorio è il metodo di acquisizione connaturale all'oggetto della funzione di accertamento e, per questa ragione, esige come regola di decisione l'immediatezza/partecipazione. È, dunque, il principio di stretta giurisdizionalità a richiedere nel dibattimento una progressiva interazione tra il giudice e la prova. Ciò nonostante, talune innovazioni introdotte dalla Riforma Cartabia segnano la crisi del metodo epistemologico garantista.

SOMMARIO: 1. La tecnica di derivazione *del* dover essere *dall'*essere. – 2. La non effettività del principio di concentrazione. – 3. L'attività illustrativa delle richieste probatorie e le valutazioni prognostiche. – 4. La videoregistrazione da modalità di documentazione ad atto con efficacia surrogatoria. – 5. L'immediatezza "partecipazione" come regola di decisione. – 5.1. La funzione di accertamento secondo i canoni del *giusto processo*. – 6. La rinnovazione probatoria in appello in caso di *overturning* sfavorevole all'imputato. – 7. La despazializzazione dell'istruttoria.

1. La tecnica di derivazione *del* dover essere *dall'*essere.

Nell'esperienza giuridica postmoderna la fuga dalla cognizione è imposta dalle disfunzioni organizzative e dalla lentezza disumana dei processi, che hanno degradato la persona ad oggetto.

Tuttavia, la tecnica di derivazione *del* dover essere *dall'*essere per ottenere un risultato "pratico", stabilendo, secondo criteri di opportunità, in cosa debba risolversi questa conformazione, non coincide con l'aspirazione alla migliore tutela possibile dei diritti fondamentali dell'imputato, proprio perché il metodo dovrebbe essere inverso a quello applicato.

L'affermazione è chiarita dall'esemplificazione offerta da una recente pronuncia della Corte costituzionale¹ che ha considerato inefficaci talune garanzie a causa dell'inadeguatezza concreta del sistema ad assicurarne la funzionalità. L'esito frequente della «mera conferma» delle dichiarazioni rese nel primo dibattimento, da parte del

¹ Corte cost., sent., 29 maggio 2019, n. 132, in www.giurcost.org.

testimone riconvocato nel secondo a giudice mutato, dimostrerebbe la superfluità del diritto alla rinnovazione probatoria, rispetto a quanto già emerge dalle trascrizioni, acquisibili al fascicolo dibattimentale, ex art. 511 co. 2 c.p.p. La pronuncia ha dato adito ad accese critiche in dottrina², anche per le sollecitazioni che il giudice delle leggi ha rivolto al legislatore, auspicando l'adozione di rimedi strutturali per favorire la concentrazione del dibattimento e la previsione di ragionevoli deroghe alla regola dell'immutabilità del giudice.

Le Sezioni unite Bajrami³ vanno oltre: scrivono un meccanismo *preater legem* per contenere l'effetto espansivo dei guasti sistemici. Il raggio di azione del diritto alla rinnovazione è circoscritto alla parte che ne abbia chiesto l'ammissione; al giudice è attribuito il potere-dovere di rigettare la richiesta, ai sensi degli artt. 495 co. 1 c.p.p. e 190 co. 1 c.p.p., per la manifesta superfluità della reiterazione degli esami già svolti; la parte deve indicare le specifiche circostanze, che rendono necessaria la rinnovazione.

La rinnovazione probatoria è, dunque, un mero formalismo, un'attività antieconomica, un intralcio al ritmo del procedere, trattandosi di conoscenze che già esistono. Eppure, il mutamento del giudice è determinato da cause che l'imputato è costretto a subire⁴.

Siamo di fronte ad una visione efficientista e/o sostanziale della giustizia, che si iscrive nel percorso di quel formante giurisprudenziale⁵, che ha inciso sulle forme e sullo scopo del processo, con l'effetto della permeabilità del diritto processuale penale ad influssi, poco compatibili con tradizioni ordinamentali da Stato di diritto.

Il riscontro si rinviene pure con riferimento a talune procedure, che, così come innovate dalla Riforma Cartabia, non sembrano costituire spazi di impronta accusatoria.

² P. FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in www.archiviopenale.it, 11 giugno 2019; O. MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciatina del codice di procedura penale*, in *Arch. pen.*, 2019, 404; D. NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, in *Arch. pen.*, 2019, 409; M. 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, 1551; G. SPANGHER, *Immutabilità del giudice. La norma non è incostituzionale ma per la Corte va cambiata*, in www.ilpenalista.it, 11 giugno 2019; C. SCACCIANOCE, *Mutamento del giudice e rinnovazione della prova: la Corte costituzionale esorbita dai confini accusatori*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 1.

³ Cass. pen., sez.un., 30 maggio 2019, P.G. in proc. Bajrami, in *Cass. pen.*, 2020, 1030. In dottrina, B. GALGANI, *Istanze di deflazione, principio di immediatezza e ... smaterializzazione del processo penale*, in *Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia*, a cura di G. De Francesco, A. Gargani, E. Marzaduri, Torino, 2019, 213; M. BARGIS, *Il principio di immediatezza nel caso di mutata composizione del giudice: dai responsi di Corte costituzionale, Sezioni unite e Corti europee alle prospettive de iure condendo*, in *Sist. pen.*, 2020, 4, 41 ss; A. CALIGARIS, *Quando l'immediatezza soccombe all'efficienza: un discutibile (ma annunciato) sviluppo giurisprudenziale in tema di rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice*, in *Cass. pen.*, 2020, 1062 ss; A. MANGIARACINA, *Immutabilità del giudice versus efficienza del sistema: il dictum delle Sezioni Unite*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 1, 151.

⁴ In argomento, P. RENON, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, Torino, 2011, *passim*.

⁵ G. SPANGHER, *Oralità, contraddittorio, aspettative di verità*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di D. Negri, R. Orlandi, Torino, 2017, 32; C. IASEVOLI, *La Cassazione penale 'giudice dei diritti'. Tra chiusura al fatto e vincolo del precedente*, Napoli, 2018, *passim*; O. MAZZA, *Tradimenti di un codice*, in www.archiviopenale.it, 12 novembre 2019; A. GAITO, E.N. LA ROCCA, *Vent'anni di "giusto processo" e trent'anni di "codice Vassalli": quel (poco) che rimane...*, in www.archiviopenale.it, 28 ottobre 2019.

Mi soffermerò su alcune modifiche che, a mio avviso, indeboliscono lo scopo cognitivo del giudizio e che sono il risultato della funzione di mediazione sociale e politica⁶, svolta dalla magistratura nella gestione delle troppe inefficienze della macchina processuale.

Una funzione che per il passato ha generato altre, non meno importanti, involuzioni. Il riferimento è alle tre sentenze del '92 (nn. 24, 254, 255), con cui la Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità delle regole di esclusione probatoria di cui agli artt. 195, 500 e 513 c.p.p., ritenendo che ostacolassero l'accertamento della verità⁷. Si agì in nome del principio di non dispersione della prova, anch'esso manifestazione peculiare dell'efficiente amministrazione della giustizia. Se il vizio, ieri, era di tipo culturale, oggi, è di metodo; ma ad essere a rischio è, ancora una volta, la struttura/filtro della giustizia procedurale minima⁸: il contraddittorio come metodo epistemologico garantista.

2. La non effettività del principio di concentrazione.

Ora, siamo tutti d'accordo che il cortocircuito del giudizio è da rinvenirsi nell'eccessiva lunghezza dei dibattimenti, cioè, nell'estinzione del principio di concentrazione, presupposto dell'immediatezza. E la riforma Cartabia, muovendosi nell'ottica della concentrazione, estende al processo penale la calendarizzazione delle udienze, già prevista per il processo civile⁹. L'art. 30 co. 1 lett. a) del decreto legislativo n. 150 del 2022 colloca questo rimedio organizzativo in un contesto normativo, da cui scompare la logica dell'*extrema ratio*, che, invece, si rinveniva alla base della locuzione originaria: «quando non è assolutamente possibile». Sicché la modifica del comma 1 dell'art. 477 c.p.p. descrive una situazione non più eccezionale, ma ordinaria «quando non è possibile esaurire il dibattimento in una sola udienza», rispetto alla quale il presidente stabilisce il calendario delle udienze, sentite le parti, «assicurando celerità e concentrazione, indicando per ciascuna udienza le specifiche attività da svolgere».

Sicuramente il rimedio razionalizza lo svolgimento delle udienze, grazie anche alla dialetticità del meccanismo, ma esso è insufficiente ad imporre che il dibattimento si svolga a ciclo continuato, senza pause prolungate. La mancanza di termini perentori e di una sanzione processuale non restituiscono effettività al principio di concentrazione,

⁶ L. FERRAJOLI, *Giurisdizione e democrazia. Una critica dell'ermeneutica giuridica*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale. Ricordando Massimo Nobile*, a cura di C. Iasevoli, Napoli 2020, 97; C. IASEVOLI, *La crisi della politica e la funzione nomofilattica della Cassazione*, in *Politica e giustizia nella postmodernità del diritto*, a cura di C. Iasevoli, Napoli, 2018, 409.

⁷ P. FERRUA, *La sentenza costituzionale n. 255 del 1992: declino del processo accusatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1455.

⁸ S. VECA, *Sull'idea di giustizia procedurale*, in *Riv. fil.*, 2001, 221.

⁹ P. BRONZO, *La riforma Cartabia e la razionalizzazione dei tempi processuali nella fase dibattimentale*, in *www.dirittodidifesa.eu*, 10 marzo 2022, 12; M. MONTAGNA, *La razionalizzazione del dibattimento e il preteso recupero dell'immediatezza*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 135.

essendo state queste le lacune, che hanno legittimato la celebrazione dei processi per mesi o per anni, non soltanto a causa della loro complessità.

La riforma avrebbe dovuto spingersi oltre, prevedendo uno spazio temporale di udienze ravvicinate, scandito da un termine finale perentorio, utile ad evitare i rallentamenti, non dovuti all'esercizio di fondamentali garanzie.

3. L'attività illustrativa delle richieste probatorie e le valutazioni prognostiche.

Se tutte le regole processuali – nessuna esclusa! – incidono sulla fisionomia del giudizio, va anche detto che esse incidono *sul giudizio*, a seconda delle finalità che perseguono. L'osservazione vale anche per l'innovazione apportata al primo comma dell'art. 493 c.p.p., in linea con quanto suggerito dalla Relazione di accompagnamento alla legge delega e in attuazione del criterio di delega, enunciato dall'art.1, comma 11, lett. b). Si è intervenuti prevedendo l'onere di articolare le richieste illustrandone, esclusivamente, l'ammissibilità, ai sensi degli artt. 189 e 190, co. 1 c.p.p.

Un primo dato emerge con chiarezza: non compare più il riferimento alla relazione illustrativa, che si rinveniva sia nel d.d.l. A.C. 2435, sia nell'emendamento proposto dalla Commissione Lattanzi. Come è noto l'istituto, per il passato, è stato usato per forzare l'area cognitiva del giudice con il travaso di parte del contenuto delle indagini preliminari, mediante lettura o, addirittura, mediante proiezione di videocassette.

L'attenzione sulle richieste di prova si spiega nel chiaro intento di rafforzare il filtro di ammissibilità del giudice nell'ottica dell'economia processuale. Si perviene così al compromesso di un'attività illustrativa, il cui scopo non esclude l'efficacia persuasiva, non prevista dal criterio dell'art. 190 co.1 c.p.p., ma implicata dall'art. 189 c.p.p., come idoneità ad assicurare l'accertamento dei fatti. Da qui il pretesto per elevare il criterio di idoneità probatoria a requisito di carattere generale, contribuendo in tal modo ad ispessire il filtro di ammissibilità e, conseguentemente, ad accelerare lo svolgimento del dibattimento.

Se così fosse, però, ad essere negata sarebbe la presunzione *iuris tantum* di ammissibilità della prova, essendo il giudice chiamato ad esercitare un potere meramente ricognitivo, controllando la manifesta irrilevanza e superfluità della stessa rispetto all'indicazione dei fatti da provare ad opera delle parti. L'avverbio "manifestamente" rafforza la regola, posta a presidio del diritto alla prova, secondo cui l'incertezza in ordine all'utilità di un mezzo dovrebbe sempre risolversi con un suo provvedimento ammissivo¹⁰.

¹⁰ Vi è chi accortamente osserva che il *favor* per l'ammissione delle prove, sotteso all'avverbio manifestamente è in sintonia con il principio costituzionale secondo cui ciascuna parte ha la facoltà di ottenere l'acquisizione di ogni mezzo di prova a suo favore (art. 111 co. 3 Cost.); «d'altronde, il pericolo che il massiccio ingresso dei mezzi di prova nel dibattimento possa compromettere il rapido svolgimento di questa fase può essere evitato proprio attraverso il ricorso all'istituto della revoca dei provvedimenti ammissivi, che consente di espungere una prova inutile prima che questa venga assunta». Così P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica della prova testimoniale"*, Torino, 2002, 112.

Mi rasserena la connotazione derogatoria dell'art. 189 c.p.p., essa non è suscettibile di alcuna estensione analogica, essendo la sua efficacia circoscritta alle "prove non disciplinate dalla legge", che in quanto tali richiedono un criterio di ammissibilità a maglie più strette.

Tuttavia, vi è chi sostiene che sia proprio la valutazione di rilevanza della richiesta di prova a comportare il vaglio sulla sua capacità persuasiva¹¹. Il che significa che i contenuti illustrativi dell'ammissibilità delle istanze potrebbero essere strumentalizzati ai fini di un giudizio prognostico che si risolverebbe – senza dubbio – in un'anticipazione del risultato di prova. Gli effetti sarebbero dirompenti, con riverberi sull'esercizio del diritto alla controprova, che risulterebbe ridimensionato da uno spazio di discrezionalità critica rispetto ad una garanzia funzionale all'effettività del contraddittorio.

Mi preoccupano, dunque, le insidie sottese all'attività illustrativa e l'uso improprio dei criteri generali di ammissione della prova. Né può considerarsi dirimente l'obiezione secondo cui il giudice dibattimentale, avendo una limitata conoscenza della causa, non sia in grado di valutare la prova prima che essa sia assunta, perché l'innesto di un'attività illustrativa nella fase di ammissione, non solo estende l'ambito cognitivo giudiziale, ma si presta a consentire valutazioni prognostiche circa gli esiti dell'accertamento.

La linea è, veramente, molto sottile! Né credo che il compito di impedire ogni divagazione, ripetizione e interruzione, affidato al presidente dall'art. 493 co. 4 c.p.p., possa considerarsi un rimedio adeguato ad evitare il riemergere di prassi devianti, come il tentativo delle parti di immettere dati spuri nell'area cognitiva del giudice.

L'efficienza, declinata sul piano di ammissibilità della prova, non può postulare una riduzione a qualunque costo: ogni arbitraria limitazione va ad incidere sulla qualità del risultato conoscitivo.

Ragionare diversamente significa svalutare il contraddittorio nel cognitivismo processuale.

4. La videoregistrazione da modalità di documentazione ad atto con efficacia surrogatoria.

Ed alquanto significativa è la lett. *f*) del comma 1 dell'art. 30 del decreto legislativo n. 150 che va ad innestare il comma 4 *ter* all'interno dell'art. 495 c.p.p., rubricato "provvedimenti del giudice in ordine alla prova", secondo cui «se il giudice muta nel corso del dibattimento, la parte che vi ha interesse ha diritto di ottenere l'esame delle persone che hanno già reso dichiarazioni nel medesimo dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate, salvo che il precedente esame sia stato documentato integralmente mediante

¹¹ G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, 61-62; P. TONINI, *La prova penale*, Padova, 2000, 26.

mezzi di riproduzione audiovisiva. In ogni caso, la rinnovazione dell'esame può essere disposta quando il giudice lo ritenga necessario sulla base di specifiche esigenze».

La prima parte della disposizione riconosce il diritto alla rinnovazione probatoria, ritenendo poi l'immediatezza in senso «sostanziale» derogabile dalla riproduzione audiovisiva del precedente esame. Quest'ultima andrebbe a compensare l'esigenza che quel giudice che *partecipa* alla deliberazione abbia assistito, in prima persona, alla formazione delle prove utilizzabili ai fini della condanna o del proscioglimento dell'imputato. È stato accolto, quindi, il suggerimento del giudice delle leggi che nella declaratoria di inammissibilità della questione inerente all'illegittimità dell'art. 525 co. 2 c.p.p., aveva prospettato il ricorso a garanzie compensative, in linea con quelle indicate dalla giurisprudenza europea¹².

La modifica è anche il risultato della commistione tra il piano dell'interpretazione convenzionalmente orientata e il piano della logica del pregiudizio effettivo¹³: se il primo rende doverosa l'interpretazione convenzionalmente orientata soltanto nell'ottica dell'incremento di garanzie (art. 53 Cedu); il secondo, sostanziosamente in un giudizio *ex post* – compiuto in modo casistico – si muove su standard minimi di tutela.

Da qui si spiega la connotazione residuale del rapporto diretto tra giudice e prova a fronte dell'espansione della riproduzione audiovisiva, prevista dall'innovato art. 510 co. 2 *bis* c.p.p., secondo cui «l'esame dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici, delle parti private e delle persone indicate nell'articolo 210, nonché gli atti di ricognizione e confronto, sono documentati anche con mezzi di riproduzione audiovisiva».

L'eccezione è, dunque, destinata a diventare la regola con una incisiva contrazione della *facoltà dell'imputato di interrogare o di far interrogare, davanti al giudice, le persone che rendono dichiarazioni a suo carico* (art. 111 co. 3 Cost.). L'ampliamento della *vis* dei diritti è considerato un costo troppo alto in termini di efficienza, laddove, il livellamento verso il basso – tollerato dalla giurisprudenza europea – è considerato un'opportunità in termini di efficientismo.

Eppure la modifica incide sensibilmente sul diritto alla prova, riproponendo l'idea di un libero convincimento del giudice, caratterizzato subiettivisticamente e, pertanto, poco aperto a confutazioni, sebbene gli sia attribuito il potere di disporre la rinnovazione della prova *ex officio*, qualora lo ritenga necessario di fronte a specifiche esigenze. Si tratta, però, di un potere non orientato da canoni normativi, che si traduce nell'esercizio di una discrezionalità libera, foriera di sperequazioni trattamentali. Qui si

¹² Ad esempio, la Corte di Strasburgo ha indicato quale “misura compensativa” adeguata la possibilità, per il nuovo giudice, di disporre la rinnovazione della deposizione dei (soli) testimoni la cui deposizione sia ritenuta importante (Corte eur. dir. uomo, sentenze 2 dicembre 2014, Cutean contro Romania, paragrafo 61, e 6 dicembre 2016, Skaro contro Croazia, paragrafo 24); e ha escluso la violazione dell'art. 6 CEDU, in un caso in cui non era stata rinnovata l'escussione dei testimoni nonostante la sostituzione di un membro del collegio giudicante, sottolineando come i verbali delle deposizioni in precedenza raccolte fossero a disposizione del nuovo componente del collegio, e l'imputato non avesse chiarito quali elementi nuovi e pertinenti la rinnovazione avrebbe potuto apportare (Corte eur. dir. uomo, sentenza 10 febbraio 2005, Graviano contro Italia, paragrafi 39-40; in senso analogo, decisione 9 luglio 2002, P. K. c. Finlandia).

¹³ O. MAZZA, *Legge e potere: l'irruzione delle Corti sovranazionali*, in www.penalecontemporaneo.it.

annida il *vulnus* all'art. 3 co. 2 Cost., cioè, in un contesto di emarginazione delle parti e di disconoscimento, caso per caso, della regola "obbligatoria" della *partecipazione* del giudice della decisione al contraddittorio per la prova.

A mio avviso, la misura compensativa individuata dall'art. 495 co. 4 *ter* c.p.p., come funzionale all'obiettivo prefissato, non comporta il minor sacrificio possibile di altri diritti, anzi. Si ricorda che pure la proposta di estendere la disposizione di cui all'art. 190-*bis* c.p.p. ai casi di mutamento del giudice, rinvenibile nell'art. 5 d.d.l. A.C. 2435, si risolveva nella contrazione del diritto alla prova e, quindi, nella contrazione della verifica confutativa dell'esame e del controesame, esercitando il giudice – di fatto – una discrezionalità libera, mentre le parti erano tenute ad una *probatio diabolica*. Quando a mancare è l'uguaglianza tra le parti, la giurisdizione finisce con l'assumere una caratterizzazione in termini di autoritarismo e il processo perde la sua anima democratica.

5. L'immediatezza "partecipazione" come regola di decisione.

La Commissione Lattanzi è intervenuta sul punto, proponendo l'emendamento che è stato recepito dalla legge delega, alla lett. *d*) dell'art. 1, comma 11, l. n. 134/2021. Il problema è che, nella strutturazione dell'art. 495 co. 4 *ter* c.p.p., la videoregistrazione da mera modalità di documentazione è divenuta un atto del procedimento *stricto sensu con efficacia surrogatoria rispetto all'immediatezza*. La riproduzione del video in dibattimento realizza un'oralità attenuata¹⁴, ma inverte il metodo di acquisizione richiesto dall'immediatezza/partecipazione, sostituisce, cioè, il contraddittorio *per* la prova con il contraddittorio *sulla* prova.

Mi spiego.

L'opzione semantica "immediatezza della deliberazione", rinvenibile nella rubrica dell'art. 525 co.2 c.p.p., eleva l'immediatezza, nel primo grado di giudizio, a regola di decisione, indipendentemente dall'orientamento del convincimento del giudice, come presupposto oggettivo della legalità della sentenza di proscioglimento e della sentenza di condanna. E il carattere vincolato del comportamento richiesto al giudice – la partecipazione al dibattimento – si desume dalla previsione della nullità assoluta. In buona sostanza, la locuzione normativa «alla deliberazione concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento» (art. 525 co. 2 c.p.p.) non rimette alla discrezionalità del giudice la partecipazione alla formazione della prova: si tratta di un comportamento obbligato, la cui inosservanza è espressamente sanzionata.

La partecipazione ininterrotta al dibattimento assorbe il concetto di immediatezza sostanziale – come rapporto tra giudice e prova – sul piano della competenza funzionale¹⁵, essendo volta a garantire che chi decide si formi il proprio

¹⁴ R. ORLANDI, *Immediatezza ed efficienza nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 815.

¹⁵ G. RICCIO, voce *Competenza funzionale*, (dir. proc. pen.), in *Enc. giur. Treccani*, vol. VII, Roma, 2003.

convincimento in presenza delle parti, avvalendosi di fonti conoscitive qualificate. Il che significa che l'ambito di efficacia della nullità assoluta non è circoscritto alla violazione della sola immediatezza formale, che include il canone di immutabilità del giudice, ma impedisce il ricorso ad altra forma di cognizione secondo il criterio di una sanatoria per raggiungimento dello scopo.

Da un punto di vista di teoria generale del processo, in presenza di un atto difforme dal proprio schema legale è possibile controllare se la finalità attribuita all'atto sia stata altrimenti conseguita, in quanto la medesima – configurando un dato, per quel tipo di atto, costante e, quindi, estrinseco rispetto all'atto posto in essere – rappresenta un sicuro termine di raffronto alla cui stregua commisurare l'avvenuto conseguimento dello scopo, in origine connaturato all'atto, tramite un diverso accadimento; altrettanto, invece, non può ritenersi per le modalità tipiche della funzione.

Sicché a non consentire la sanatoria non è soltanto il regime assoluto della nullità, ma anche il diverso piano in cui si collocano le forme che si risolvono in modalità di esercizio della funzione, trattandosi non più del risultato di una funzione, bensì del modo di essere della stessa, predeterminato dal legislatore: l'immediatezza/partecipazione valutata *ex ante* come essenziale alla protezione dei valori/principi, ritenuti degni di tutela. Ed essendo un elemento intrinseco, legislativamente, prescritto per contrassegnare l'esercizio della funzione, la sua carenza impedisce *in re ipsa* la verifica dell'equivalente idoneità di altre forme al conseguimento dello scopo, che caratterizza le modalità mancanti, stante la non reperibilità di uno specifico effetto, riconducibile separatamente alle modalità previste, da assumere *a priori* quale parametro di raffronto.

In altri termini, è l'esercizio della funzione giurisdizionale a costituire il titolo di legittimazione soggettiva per l'imputazione giuridica della pronuncia e, quindi, il presupposto per la diretta riferibilità allo Stato dell'atto sentenza. Il giudizio inteso quale modo di essere dell'attività conoscitiva – esplicita dal giudice nel dibattimento – assume il ruolo di elemento identificatore dell'esercizio della funzione. Da qui il nesso tra la partecipazione a tale fase ed il realizzarsi dei principi che presiedono all'acquisizione delle risultanze dibattimentali; nel senso cioè dell'esistenza di una relazione diretta tra la presenza del giudice al dibattimento ed il peculiare modo di essere dell'attività conoscitiva, che – in questa fase – diviene tratto connotativo della funzione giurisdizionale, non essendo scindibile la percezione del dato probatorio dalla sua valutazione. La mancata partecipazione a tale fase comporta, attraverso la mutata acquisizione dei dati dibattimentali, la sostituzione, con una diversa forma di conoscenza dell'attività conoscitiva del giudice rispetto a come la stessa sia configurata nella disciplina del dibattimento; sostituzione che implica l'alterazione, non reversibile, delle forme che connotano l'esercizio della funzione del giudice nel giudizio di primo grado.

In buona sostanza, se il giudice della decisione non prende parte alla formazione della prova, non si realizza il metodo di acquisizione imposto dall'immediatezza/partecipazione', che è ritenuta dalla legge la regola epistemica del dibattimento, essenziale all'attuazione dei contenuti costituzionali della giurisdizione di accertamento, che, ai sensi dell'art. 111 co. 4 Cost., richiede il contraddittorio tra le parti

come il metodo di acquisizione connaturale all'oggetto della funzione di accertamento. È, dunque, il principio di stretta giurisdizionalità a richiedere una progressiva interazione tra il giudice e la prova¹⁶.

La sostituzione di questa regola epistemica, in chiave efficientista, con un atto che impedisce l'interazione fra giudice, parti e dichiarante, ferma restando la *littera legis* dell'art. 525 co. 2 c.p.p., comporta per quel giudice, relativamente a quel processo, la perdita del titolo di legittimazione soggettiva nei confronti dell'atto/sentenza da emanare: essendo incompetente funzionalmente a valutare una prova alla cui formazione non abbia assistito. Il concetto dinamico di partecipazione è altra cosa, rispetto ad una mera attività di osservazione: le due attività non possono ritenersi equipollenti.

La percezione-valutazione delle risultanze dibattimentali all'interno di una determinata successione, cronologica e teleologica, delle deduzioni e controdeduzioni delle parti, si fonda sulla presenza ininterrotta del giudice al dibattimento, prescritta dall'art. 525 co. 2 c.p.p., norma che tipizza la competenza funzionale del giudice nel giudizio di primo grado. Essa è norma di comportamento e non soltanto una garanzia per l'imputato, la cui disattesa mette in pericolo la stessa funzione di accertamento della giurisdizione secondo i canoni del *giusto processo*. E, un processo non "giusto", perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme a Costituzione, quale che sia la sua durata.

È vero il diritto vivente va in direzione opposta, distaccandosi però dal dato testuale. La Cassazione penale modula, regola, crea, segnando rotture, talvolta, evidenti, ma è sfornita di una legittimazione in senso creatrice¹⁷. I principi di legalità e di separazione dei poteri impongono che le decisioni si giustificino in ragione della loro conformità ad un sistema di valori e, dunque, di principi normativi, sistema precostituito dal legislatore. La Corte non può ridefinire il contenuto delle proposizioni normative alla luce delle esigenze applicative, presentando le proprie conclusioni come soggettivistiche derivazioni di un *dover essere* dall'*essere*, né come creative forme di produzione normativa, come è accaduto in molte occasioni, non da ultimo, con la sentenza Bajrami. Una cosa, poi, è l'allontanamento dal testo volto ad assicurare una maggiore tutela dei diritti fondamentali; altra e, ben diversa, è la situazione in cui la fuga dalla *littera legis* si risolve nella negazione delle garanzie.

5.1. La funzione di accertamento secondo i canoni del giusto processo.

La vocazione triadica del processo si desume dai connotati assiologici della funzione di accertamento, vale a dire, dagli artt. 111; 24 co. 2 e 27 co. 2; nonché dell'art.

¹⁶ L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista*, 2016, Napoli, 66 e ss.

¹⁷ F. CAPRIOLI, *Il giudice e la legge processuale: il paradigma rovesciato*, in *Ind. pen.*, 2017, 967; D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017, 421 s.; C. IASEVOLI, *La Cassazione penale 'giudice dei diritti'. Tra chiusura al fatto e vincolo del precedente*, 2018, *passim*.

101 co. 2 Cost. In particolare, il giudizio è *giusto* ed è legale nel senso dell'art. 111 Cost., se la sequenza dei comportamenti necessitati corrisponde alle norme processuali. L'*iter* della conoscenza presuppone la terzietà e l'imparzialità del giudice nell'analisi del substrato storico e delle relative congetture; un intransigente atteggiamento critico nel continuo confronto con le prove disponibili; dovendosi individuare, tra le diverse ricostruzioni, la più accreditata oltre ogni ragionevole dubbio per giustificare una decisione di condanna. Ed è proprio qui che emerge la *vis* dei contenuti di garanzia della motivazione come trasparenza del percorso logico-giuridico, svelando la sua *ratio* che va oltre i diretti destinatari del provvedimento, come strumento di controllo diffuso sull'operato del giudice¹⁸, a riprova della soggezione di quest'ultimo alla legge¹⁹ (art. 101 co. 2 Cost.).

La motivazione è *servente* alla dimostrazione che il giudice 'padroneggia' il fatto, così come accertato, che non ha trascurato alcunchè, che ha ricostruito tutti gli elementi probatori nell'unità del contesto, privilegiandone taluni ai fini della decisione e ritenendone, invece, altri non attendibili. L'affidabilità di un assunto deriva dalle conferme che esso riceve, presupponendo la ricerca disinteressata e strenua di fatti che lo mettano in crisi, cioè, che lo falsifichino. La contrapposizione dialettica tra *tesi* e *antitesi* si riflette nel ragionamento, essendone il fondamento, e su di essa si incentra la lett. e) di cui all'art. 546 c.p.p., che riconosce l'effettività del diritto alla controprova come interrelazione tra *prova*, legittimamente acquisita, e *giudizio*²⁰.

Spiegare le ragioni che hanno determinato il convincimento, significa dimostrare di aver tenuto presente ogni fatto rilevante, argomentando la non attendibilità delle deduzioni difensive²¹, il giudice deve prendere in considerazione tutti e ciascuno degli elementi processualmente emersi, verificando se essi, ricostruiti in sé e posti vicendevolmente in rapporto, possano essere ordinati in una costruzione logica, armonica e consonante, tale da attingere la verità processuale, cioè, la verità del caso concreto.

L'operazione è complessa, per l'impianto ipotetico del ragionamento giudiziale, implicante il confronto, in chiave critica, tra ciascuna ipotesi e contingenze concrete del fatto storico che, in alcuni casi, potranno verificarla, risolvendo il dubbio, o falsificarla, alimentando un'alternativa plausibile. Per queste ragioni il giudice è il destinatario della sola metodologia epistemologica riconosciuta dalla nostra Costituzione: il contraddittorio per la prova. D'altra parte, l'art. 111 Cost. è principio

¹⁸ E. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 181.

¹⁹ M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova 1975, 319.

²⁰ M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1976, 284 ed anche 293, 294; secondo l'Autore «la naturale formazione del giudizio sulla prova e, quindi, per il legame della prova con il giudizio, la naturale formazione dello stesso giudizio, che per essere un giudizio di verità deve conseguire ad un rapporto immediato tra il giudice ed il dato, senza che nessun elemento estraneo si frapponga in questo rapporto sono, così, alterate dalle valutazioni implicite nell'accertamento istruttorio, che si inseriscono tra i dati per il giudizio condizionando il procedimento mentale attraverso il quale esso si forma».

²¹ M. MENNA, *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, Napoli, 2000, *passim*; A. BARGI, *I requisiti normativi della decisione giusta (tra fedeltà agli atti del processo e motivazione apparente)*, in *Giur. it.*, 2009, 2285.

per e sulla giurisdizione, sancendo i canoni del *giusto processo* come luogo di esercizio della funzione da parte di un giudice terzo ed imparziale nel rispetto della legalità, davanti alle parti in condizioni di parità e attraverso il metodo cognitivo dell'immediatezza/partecipazione. Ne discende che essa può cedere soltanto nei casi espressamente previsti dal legislatore per la tutela di un valore/principio, identificabile con chiarezza e suscettibile di una precisa collocazione nella Costituzione.

Volendo esemplificare, si pensi alle ipotesi tassativamente indicate dall'art. 190 *bis* c.p.p. E, con peculiare riferimento, al comma 2, non è un caso, che la modalità di documentazione delle dichiarazioni dei minori vittima di reati a sfondo sessuale, o della persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità, sia la videoregistrazione (art. 398, co. 5-*bis* c.p.p.), trattandosi di fonti di prova esposte, più di altre, ad influenze e a condizionamenti esterni, e meno in grado di controllare situazioni, che possono trasformarsi in avvenimenti fortemente traumatizzanti e lesivi della personalità. Qui la modalità di documentazione è servente alla tutela della persona che rende la dichiarazione e, contestualmente, alla tutela della genuinità della stessa, al fine di consentirne successivamente il controllo di credibilità e di attendibilità della fonte. La forma diventa *pre-condizione* della verifica inerente alla non contaminazione dei contenuti dell'atto, come strumento volto a prevenire le manifestazioni di 'crisi' della prova dichiarativa, con la conseguenza dell'inquadramento della videoregistrazione nella categoria degli atti. Addirittura, in questo caso, è atto qualificato dallo scopo funzionalmente proiettato sul giudizio, pur non consentendo l'interazione tra giudice e prova, anzi ad essa sostituendosi.

Generalizzare, *sic et simpliciter*, la portata di questi effetti, significa rompere la circolarità del rapporto tra giudice e prova, cioè, tra prova e giudizio: ed è questo il risultato del combinato disposto del comma 2 *bis* dell'art. 510 c.p.p. con l'art. 495 co. 4 *ter* c.p.p., in quanto esso si risolve nel disconoscimento dell'immediatezza come regola di decisione e come metodo di cognizione. Per questa via fanno capolino nostalgie inquisitorie che privilegiano il concetto di verità materiale.

Né possiamo ritenere che, essendo il patrimonio mnestico deteriorabile a causa del decorso del tempo, dei condizionamenti endoprocessuali, delle suggestioni mediatiche, della ripetizione degli interrogatori, la videoregistrazione sia la soluzione univoca perché il pericolo di un'alterazione del giudizio e della perdita di autenticità dello stesso è troppo alto, come troppo alto è il rischio di errori giudiziari.

Usando le parole di Giuseppe Riccio²² «il giudizio si forma nel contesto storico della complessiva esperienza processuale in cui si sviluppa; in esso l'intersoggettività diviene lo sfondo logico e il contesto cognitivo entro cui i "fatti" risultano sottraibili alla potenziale incontrollabilità di chi è chiamato a decidere. La legittimazione del potere punitivo sta nella natura "cognitiva" del giudizio, ma anche nelle garanzie che gli sono funzionali, tra le quali l'immediatezza svolge il ruolo di principio epistemologico fondamentale per la decisione». In questa prospettiva, il Maestro supera il dibattito sui dubbi di un riconoscimento costituzionale del principio, alla luce dell'interrelazione tra

²² G. RICCIO, *La Procedura penale. Tra storia e politica*, Napoli, 2010, 288.

contraddittorio e immediatezza²³. Essa è «parte del circuito interno alla monade-contraddittorio, indipendentemente dalla dimostrazione della sua inscindibilità con il principio di oralità con cui converge; *condicio* ontologica per l'attuazione di un rapporto corretto tra giudice e prove, la cui formazione è garanzia di imparzialità»²⁴.

Da qui l'immediatezza come valore intrinseco al contraddittorio; ciò significa che il *vulnus* alla stessa, in determinate situazioni processuali, si risolve nella violazione del principio, che ne costituisce la sintesi (art. 111 Cost.), tutte le volte che le eccezioni non siano ipotesi tipiche, determinate, tassativamente applicabili (art. 111 co. 5 Cost.).

6. La rinnovazione probatoria in appello in caso di *overturning* sfavorevole all'imputato.

Il paradigma garantista della cognizione in secondo grado è azionato dal diritto di accesso al giudizio di appello, che è manifestazione peculiare del diritto al *giusto processo* (artt. 24 e 27, co. 2, Cost.), come momento determinante, in quanto funzionale alla rimozione dell'errore nella ricostruzione del fatto²⁵.

Vi è, però, una stridente antinomia tra gli esiti interpretativi a cui è pervenuta la giurisprudenza di legittimità in tema di conformazione della regola dell'immediatezza nell'ipotesi di mutamento del giudice in primo grado²⁶ e le ricostruzioni esegetiche a cui sono giunte la Corte europea e la stessa Cassazione con riferimento al giudizio di secondo grado²⁷.

Ora l'appello, nel codice di rito, non ha mai assunto la configurazione di gravame puro, giacché introduce un procedimento nel quale i poteri cognitivi del giudice, all'infuori delle questioni rilevabili d'ufficio, sono circoscritti dall'iniziativa di parte. Pertanto è connaturale al contesto una contrazione della regola epistemica immediatezza/partecipazione, non più come presupposto oggettivo di tutte le decisioni, ma come meccanismo richiesto dalle parti e/o rimesso alla discrezionalità del giudice (art. 603 comma 1 e 3 co. c.p.p.) o, ancora, come norma di comportamento in situazioni tassativamente predeterminate, basti pensare alla sopravvenienza o alla scoperta di nuove prove dopo il giudizio di primo grado (art. 603 co. 2 c.p.p.) oppure

²³ In tal senso già, C. MASSA, *Il principio della immutabilità fisica del giudice nel dibattimento penale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 334.

²⁴ G. RICCIO, *La Procedura penale. Tra storia e politica*, cit., 287.

²⁵ Inoltre, l'art. 111, comma 7, Cost., quale norma di chiusura del sistema delle impugnazioni, tutelando l'incondizionata ricorribilità di qualsiasi "sentenza", per "violazione di legge", implicitamente, riconosce la garanzia di un controllo nel merito della decisione davanti ad altro giudice, connessa anche all'esigenza per l'amministrazione della giustizia di apparire giusta ai soggetti dell'ordinamento e, quindi, di estendere la sua sfera di influenza al di là della sola garanzia prevista per le parti.

²⁶ Corte cost., sent. 20 maggio 2019, n. 132; Cass. pen., sez. un., 10 ottobre 2019, n. 41736, Bajrami, in *Cass. pen.*, 2020, 1030.

²⁷ Corte eur. dir. uomo, sez. III, sent. 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*, § 33-34; Cass. pen., sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta, in *Cass. pen.*, 2016, 3203 ss., Cass. pen., sez. un., 29 gennaio 2017, Patalano, in *Cass. pen.*, 2017, 2666 ss.

al caso di *overturning* sfavorevole all'imputato, per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa (art. 603 co. 3 *bis* c.p.p.). Con riferimento a quest'ultima ipotesi, la rinnovazione istruttoria si sostanzia nel comportamento obbligato del giudice di acquisire di nuovo la prova decisiva, assunta in primo grado, per soddisfare il bisogno di certezza della responsabilità, come rimedio volto a prevenire l'errore logico nell'uso del canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio, prescritto per una decisione di condanna (art. 533 co.1 c.p.p. e art. 27 co. 2 Cost.)²⁸. Il giudice ha necessità di apprendere i fatti dalla viva voce della fonte dichiarativa, di fronte all'insinuarsi del dubbio, la cui ragionevolezza o irragionevolezza può trovare soluzione soltanto nella diretta percezione della comunicazione, in maniera incondizionata, rispetto ad un risultato probatorio, precedentemente acquisito. La giurisprudenza, prima, e la legge, dopo, hanno riconosciuto che la legalità della *reformatio in peius* nel giudizio di secondo grado impone il rispetto della regola epistemica dell'immediatezza/partecipazione, come presupposto oggettivo della 'giusta' sentenza, (artt. 111 e 27 co.2 Cost.).

Per la verità, l'art. 603 co. 3 *bis* ha subito un giro di vite ad opera della riforma Cartabia che ha circoscritto l'obbligo dell'istruzione dibattimentale ai soli casi di prove dichiarative assunte in udienza nel corso del giudizio dibattimentale di primo grado o all'esito di integrazione probatoria disposta nel giudizio abbreviato a norma degli articoli 438, co. 5, e 441, co. 5.». Dall'ambito operativo della disposizione è esclusa la sentenza di assoluzione emessa in abbreviato allo stato degli atti²⁹, in linea con i più recenti orientamenti della Corte europea secondo cui l'obbligo di rinnovazione presuppone, in quanto tale, che la prova posta alla base della decisione sia stata assunta dal giudice di primo grado³⁰. La *ratio* della preclusione è da rinvenirsi nella scelta dell'imputato di accettare un giudizio emesso allo stato degli atti, rinunciando alla formazione della prova in contraddittorio; si configura la deroga al metodo cognitivo contemplata dalla nostra Costituzione (art. 111 co. 5 Cost.). Sicchè legittimamente la volontà dell'imputato determina la piattaforma cognitiva delle valutazioni del giudice, sostanziandosi in una peculiare manifestazione dell'esercizio del diritto di difesa materiale (art. 24 Cost.).

Questa limitazione non mette in discussione il fondamento epistemologico dell'immediatezza, che torna a riespandersi nelle ipotesi in cui la sentenza di proscioglimento sia stata emessa in abbreviato come epilogo dei meccanismi di

²⁸ E. LORENZETTO, *Reformatio in peius in appello e processo equo (art. 6 Cedu): fisiologia e patologia secondo le Sezioni unite*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 ottobre 2016; H. BELLUTA, L. LUPÀRIA, *La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2017, 3, 151 ss; A. CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, in *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, a cura di M. Bargis – H. Belluta, Torino, 2018, 56; H. BELLUTA, L. LUPÀRIA, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale fra legge e giurisprudenza: punti fermi ... e non*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di G. Canzio-R. Bricchetti, Milano, 2019, 345; H. BELLUTA, *Tra legge e giudice: la Corte costituzionale "approva" la nuova fisionomia della rinnovazione probatoria in appello, come interpretata dalle sezioni unite*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 6, 38; A. GAITO, *Ancora alla ricerca di un passaggio a Nord-Ovest...oltre il giudizio d'appello*, in www.archiviopenale.it, 30 dicembre 2020.

²⁹ A. FAMIGLIETTI, *La rivisitazione del giudizio di appello*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 1, p. 169 ss.

³⁰ Corte eur. dir. uomo, sez. I, 25 marzo 2021, *Di Martino e Molinari c. Italia*.

integrazione probatoria di cui agli artt. 438 co.5 e 441 co. 5. c.p.p. Se consideriamo la posizione dell'imputato assolto in primo grado, la mancata rinnovazione della prova dichiarativa, precedentemente assunta, nega la possibilità di confutare le argomentazioni a fondamento dell'appello del pubblico ministero, possibilità che per essere effettiva necessita di trarre argomenti dall'interlocuzione diretta con la fonte, le cui affermazioni siano state poste a sostegno della tesi di accusa. Per questa ragione l'art. 603 co. 3 *bis* c.p.p. identifica *ex ante* come obbligatorio il metodo epistemologico garantista a presidio della presunzione di non colpevolezza (art. 27 co.2 Cost.), qualora il convincimento del giudice si orienti in termini di colpevolezza, nonostante l'imputato sia stato precedentemente assolto.

7. La despazializzazione dell'istruttoria.

In altra direzione va la despazializzazione dell'istruttoria³¹ attraverso la modalità a distanza, riconosciuta dall'art. 30 co. 1 lett. g) del decreto legislativo n. 150, che inserisce il comma 2 *bis* all'interno dell'art. 496 c.p.p. secondo cui «salvo che una particolare disposizione di legge preveda diversamente, il giudice può disporre, con il consenso delle parti, che l'esame dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici, delle persone indicate nell'articolo 210 e delle parti private si svolga a distanza».

È chiaro che la possibilità di districare il groviglio del processo per mezzo delle tecniche del digitale suscita molte speranze: accelerazione delle procedure, riduzione dei costi, dello stress delle vittime e degli imputati chiamati a comparire. Tutto ciò non è, comunque, senza danni. Il contraddittorio necessita di forme rituali; la preconditione su cui si fonda è che la verità si manifesti, anzi si 'tradisca', contro il volere stesso delle parti, proprio nel conflitto tra tesi ed antitesi, in un rapporto di immediatezza con il giudice, che esclude l'intermediazione di uno schermo. Non è un caso che il legislatore abbia previsto il consenso delle parti come presupposto applicativo dell'esame a distanza, salvando la norma da dubbi di incostituzionalità.

L'invito è a riflettere su una modalità che priva la relazione giudiziaria del linguaggio del corpo e di tutto quello che suscita la compresenza, indebolendo o, addirittura, annullando l'efficacia maieutica dell'esame incrociato, che necessita della fisicità: la sola capace di consentire le interrelazioni dirette tra le parti e il dichiarante, funzionali ad avvalorare la deposizione nell'esame diretto o a screditarla nel controesame³². Il diaframma tecnologico, costituito dallo schermo, si riverbera negativamente sul procedimento di formazione della prova, non consentendo ai difensori, al pubblico ministero, al giudice di cogliere tutte le informazioni ulteriori

³¹ A. GARAPON, *La despazializzazione della giustizia*, Milano, 2021, 101 e ss.

³² «Allo stato attuale delle nostre conoscenze scientifiche, non sembra poter essere messo seriamente in discussione che il metodo dialettico *de praesenti* integri il c.d. "golden standard" dell'epistemologia giudiziaria, ossia il miglior espediente per conseguire una conoscenza giudiziale genuina e affidabile». Così efficacemente, B. GALGANI, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale "virtuoso"*, Milano, 2022, p. 243-244.

ricavabili dagli aspetti paralinguistici della comunicazione. L'uditorio si realizza in una combinazione panottica ovvero 'per il fatto di vedere'³³. Di conseguenza, la qualità ed affidabilità dell'esame risultano, sensibilmente, attenuate.

Né mi rasserena la previsione di cui all'art. 133 *ter* co. 3 c.p.p., rubricata "modalità e garanzie della partecipazione a distanza". Essa richiede, a pena di nullità, modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti all'atto. La locuzione "modalità idonee" indica una categoria del tutto indeterminata, introducendo la tecnica del bilanciamento caso per caso e la logica della lesività sostanziale, che svuotano di significato l'espressa previsione del rimedio sanzionatorio.

Anche il libero convincimento ha bisogno della materialità dell'udienza, formandosi attraverso la partecipazione alla verificabilità e alla falsificabilità delle ipotesi accusatorie in forza del loro carattere assertivo; mediante la partecipazione alla loro prova empirica in forza non di qualsiasi procedura, bensì di quelle procedure, che si prestino a consentirne la verifica e la confutazione. Soltanto per questa via si può assicurare il massimo grado di razionalità e di attendibilità del giudizio.

Il contraddittorio esige l'incontro fisico in uno spazio giudiziario. L'aula giudiziaria assegna a ciascuno il proprio posto in un luogo fortemente simbolico, ponendolo a debita distanza dagli altri, con ciò riproducendo il modo di agire del diritto nella società³⁴. Secondo Massimo Nobili, «il rito probatorio non rappresenta un inutile formalismo, ma si tramuta esso stesso in uno scopo da perseguire, in un'esigenza etica da rispettare. Non si tratta di tutelare il singolo contro l'interesse della società, ma di riconoscere che la società ha un interesse alla *dignità* e alla *civiltà* dello strumento scelto e usato nella repressione della criminalità»³⁵.

Si sta affermando, invece, una giustizia procedurale, che vale per ciò che evita, a seconda del nucleo di valori politici che fissano il criterio indipendente *ex ante*, essenziale

³³ A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, 2021, 114 e ss. «La tele-giustizia apre la strada alla fluidificazione, all'immissione nel flusso, alla decorporeizzazione, in altre parole alla funzionalizzazione del lavoro della giustizia a detrimento della sua costituzione in un tempo e in un luogo (i due termini stanno e cadono insieme) elemento quest'ultimo indispensabile alla riflessività della politica. L'udienza rischia di essere risucchiata nell'immensa circolazione dei simboli, in flussi che finiscono per autoalimentarsi. La despazializzazione altera l'idea di un diritto che, come tutti i sistemi a caratterizzazione simbolica, traspone una realtà e la converte in un'altra; pur continuando il diritto a operare in questo senso, la tele-giustizia segna un passo supplementare verso una funzionalizzazione della giustizia. Quest'ultima si vede surrettiziamente assorbita dalla ritrascrizione, grazie alla codifica digitale, di tutta la sua materia – comprese le immagini dell'udienza – in una forma che la rende malleabile, rimaneggiabile da terzi e sottomessa a utilizzi diversi da quelli suoi propri».

³⁴ Più specificamente «il rituale giudiziario non è altro che la figurazione tangibile dell'opera di rappresentazione messa in atto dal diritto. L'efficacia di quest'ultimo, come quella del rituale, risiede nei meccanismi di rappresentazione e classificazione di oggetti ed esseri, dunque nella produzione di una forma sociale che diviene governabile, in quanto interamente ricreata. Ecco dove risiede l'efficacia simbolica del processo: nell'agire sul reale, per il tramite della rappresentazione dello stesso. [...] Senza il soccorso del simbolo e del rituale, il diritto resterebbe un'idea irreali o illusoria: esso necessita del simbolo per trasformarsi in un'esperienza concreta. Ciò che il rituale esprime è il diritto nella sua interezza, è il diritto prima del suo smembramento in una moltitudine di regole». A. GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milano, 2007, 53.

³⁵ M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, 28.

al raggiungimento del fine, in questo caso, l'efficienza, non quella cognitiva, ma come valore in sè. Il criterio indipendente *ex ante* sarebbe dato non *dalla* teoria, né dal dover essere, ma *alla* teoria da un'interpretazione del senso di giustizia³⁶. E, purtroppo, a prevalere è un esasperato dogmatismo di tipo tecnicistico sui principi/valori alla base del patto sociale in democrazia, i cui riflessi si percepiscono chiaramente quanto al rapporto tra individuo ed autorità. Difatti, la responsabilità di un processo dalla durata 'irragionevole' è addebitata alle sole parti, divenute il punto di convergenza di tutte le inefficienze.

³⁶ S. VECA, *Sull'idea di giustizia procedurale*, cit., 221.