



GIUSTIZIA INSIEME

ISBN

ISSN:

Registrazione: 18/09/2009 n.313 presso il Tribunale di Roma

978-88-548-2217-7

2036-5993

L'IMMUTABILITÀ DEL GIUDICE DEL DIBATTIMENTO DOPO LA SENTENZA DELLE SS.UU. "BAJRAMI": ISTRUZIONI PER LA SOPRAVVIVENZA

di Lorenzo Miazzi

Diritto e processo penale – 28 novembre 2019 n. 804

Sommario: Paragrafo zero; - 1. Il mutamento del giudice del dibattimento da SS.UU. Iannasso a SS.UU. Bajrami; - 2. L'intervento della Corte costituzionale;- 3. I principi affermati dalla sentenza Bajrami e l'unicità del giudice ex art. 525 comma 2 c.p.p.; - 4. Il principio di conservazione della validità degli atti non espressamente revocati e le questioni preliminari ex art. 591 c.p.p.;- 5. La richiesta di riti alternativi; - 6. Principio di conservazione della validità degli atti non espressamente revocati, apertura del dibattimento e richiesta di prove; - 7. L'ordinanza ammissiva delle prove 8. Utilizzabilità delle dichiarazioni già assunte; - 9 . Valore del consenso delle parti; - Appendice: Istruzioni per la sopravvivenza in udienza

Paragrafo zero

In principio era il vecchio codice.

Il giudice del dibattimento non partecipava alla formazione della prova, che era raccolta nella fase che si chiamava dell'istruzione, formale o sommaria, svolta dal giudice istruttore o dal pubblico ministero secondo regole assimilabili a quelle del dibattimento. Poi il testimone veniva chiamato al processo e il giudice - perché le domande le faceva solo il giudice - per prima cosa gli chiedeva se confermava le dichiarazioni rese. E il testimone, ovviamente, rispondeva di sì.

Poteva bastare, ma anche no. Perché se invece c'era da chiarire, gli si faceva anche la pelle al testimone, che se sospettato di falsa testimonianza in ogni caso ("in ogni caso"!) era posto in stato di arresto in aula. L'immutabilità del giudice in quel sistema era un accessorio, previsto ma non a pena di nullità. Era un sistema imperfetto, ma non era la barbarie, era un processo che durava il tempo che serviva, che si adeguava alla complessità del caso e alla qualità di quanto raccolto in istruttoria. Con l'aiuto delle ricorrenti amnistie, era un sistema che reggeva.

Poi arrivarono i professori; che andavano poco in udienza, e sui libri si innamorano del rito accusatorio, della parità delle parti, del duello fra accusa e difesa.

E i professori incrociarono i parlamentari degli anni '80, che neppure loro erano stati in udienza, ma avevano visto molta tv e avevano negli occhi i legal thriller americani. Con la giustizia che trionfa e emerge oralmente in udienza, davanti al popolo.

Perché noi no, dissero i professori, incuranti del sistema concreto in cui quel processo doveva innestarsi.

Perché noi no, si chiesero i parlamentari, incuranti di fornire le risorse e le norme per farlo funzionare.

Così nacque il codice di procedura penale del 1988, quello che qualcuno chiama ancora il nuovo rito, anche se per quasi tutti è l'unico rito mai conosciuto. Un processo in cui quasi tutti noi abbiamo creduto e abbiamo difeso. Un processo in cui l'immutabilità del giudice è corollario, premessa e conseguenza, dei principi portanti: immediatezza e oralità. Il giudice che non cambia è il meccanismo imprescindibile del suo funzionamento, per questo previsto a pena di nullità. Nel 1989 siamo partiti da qui, da questo modello: fare tutto il processo oralmente, farlo subito, farlo davanti allo stesso giudice.

Immediatezza, oralità, immutabilità. Com'è andata?

L'immediatezza si perde subito. Senza riti alternativi, senza amnistie, l'arretrato cresce, in modo geometrico; i rinvii istruttori diventano sempre più lunghi e oggi mediamente le sentenze di primo grado arrivano dopo 4 anni, ma anche molto più tardi se il caso è complesso. Se il processo non è ancora più lungo è solo perché, a un certo punto, scatta la prescrizione...

Persa l'immediatezza, si perde di conseguenza l'oralità: cosa può ricordare il teste dopo tre, cinque, sette anni? L'audizione di un teste è diventata uno strazio. La contestazione, nata per mettere in crisi il teste, è diventata (con solenne ipocrisia) "contestazione in aiuto alla memoria" per rimediare alla mancanza di memoria. La famosa tecnica del dibattimento accusatorio è ridotta al penoso "contestare" riga per riga al teste quello che aveva detto anni prima alla polizia giudiziaria.

Era rimasta l'immutabilità. Un simulacro vuoto in queste condizioni. Come i testimoni anche i giudici perdono la memoria, non possono ricordare anni dopo cosa è stato dichiarato, e rileggono quello che il teste, anni prima, già non si ricordava più ma grazie alle contestazioni ha confermato di avere detto, anni prima ancora, alla polizia giudiziaria...

Eppure l'immutabilità è stata difesa fino a ieri. Dagli avvocati, ed è comprensibile, che vi vedevano un formidabile veicolo di nullità e di dilazione del processo; dalla Cassazione, ed è meno comprensibile, che difendeva un principio che, nelle condizioni di fatto del nostro sistema penale, non è un presidio di legalità ma solo un fastidio.

Poi è arrivata Corte costituzionale n. 132/2019; poi è arrivata Sezioni Unite n. 41736/19, Bajrami. Che dicono che il processo si può fare a puntate, che può durare anni e anni, che il giudice non dovrebbe cambiare ma se cambia va bene lo stesso. La storia è finita.

1. Il mutamento del giudice del dibattimento da SS.UU. Iannasso a SS.UU. Bajrami

L'applicazione pratica del principio di immutabilità del giudice - un tema di vitale importanza soprattutto nei tribunali medio-piccoli, data la frequente alternanza dei giudici - va radicalmente riconsiderato alla luce delle recenti Sezioni Unite n. 41736/19, Bajrami.

Il comma secondo dell'art. 525 c.p.p. dispone che *“alla deliberazione [della sentenza] concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento...”*, ma sin da subito si sono creati in giurisprudenza orientamenti contrapposti fra chi ritenne che la rinnovazione era assicurata dalla lettura dei verbali delle prove assunte avanti al giudice mutato e coloro invece che ritenevano necessario, se vi era richiesta delle parti, che la prova dichiarativa venisse riassunta.

Nel 1999, si pervenne a una prima composizione del conflitto con l'importante sentenza c.d. “Iannasso”¹, la quale, in sintesi, afferma che:

- il principio di immutabilità del giudice posto dall'art. 525 comma 2 c.p.p. a pena di nullità assoluta, impone che quando muti la persona fisica del giudice monocratico o

¹ Sez. U, Sentenza n. 2 del 15/01/1999 Ud. (dep. 17/02/1999); questa la massima ufficiale: *“Nel caso di rinnovazione del dibattimento a causa del mutamento della persona del giudice monocratico o della composizione del giudice collegiale, la testimonianza raccolta dal primo giudice non è utilizzabile per la decisione mediante semplice lettura, senza ripetere l'esame del dichiarante, quando questo possa avere luogo e sia stato richiesto da una delle parti.”*

la composizione del giudice collegiale il dibattimento sia integralmente rinnovato, fin dalla dichiarazione di apertura dello stesso, con la ripetizione delle richieste di prova immediatamente successive e dell'ammissione e dell'assunzione delle prove;

- i verbali delle prove acquisite avanti il diverso giudice possono essere legittimamente inclusi nel fascicolo per il dibattimento in quanto prove assunte nel contraddittorio delle parti;

- una volta disposta la rinnovazione del dibattimento, il giudice può disporre (ai sensi dell'ultimo inciso del secondo comma dell'art. 511 c.p.p.), la lettura delle prove raccolte nel dibattimento solo in assenza di richiesta proveniente dalle parti di riassunzione delle prove precedentemente acquisite.

L'applicazione pratica dei principi della sentenza "Iannasso" però non fu omogenea, e anzi su alcuni argomenti fu molto oscillante (forse anche perché la motivazione è insolitamente stringata). Nella giurisprudenza di merito - timorosa della "nullità assoluta" minacciata dall'art. 525 - si ritenne impossibile per il giudice (fuori delle ipotesi disciplinate dall'art. 190 bis c.p.p.), disporre la lettura delle precedenti dichiarazioni rese da un testimone, perito o altro dichiarante senza procedere alla nuova audizione dello stesso, se una - basta una - delle parti avesse fatto richiesta di riammissione e riacquisizione delle prove, indipendentemente dalla formulazione di nuove domande.

In pratica, dopo la sentenza delle SS.UU. si formò (con poche eccezioni) una prassi "difensiva" che conferiva importanza decisiva al consenso delle parti - consenso che doveva essere espresso - senza il quale non era possibile utilizzare i verbali senza riassumere il dichiarante.

Difformi orientamenti si crearono relativamente alla necessità o meno, in caso di mutamento della composizione del giudice, di procedere a nuova apertura del dibattimento e di rinnovare formalmente anche il provvedimento ammissivo delle prove reso ex art. 495 cod. proc. pen.; ed in ordine alla possibile rilevanza del consenso prestato dalle parti alla lettura degli atti assunti dal collegio quando vi sia successivo mutamento del giudice, o del difensore; oltre che eventualmente, in caso affermativo, le modalità di prestazione di detto consenso.

Altri due punti infine- come rileva la stessa Sentenza Bajrami - erano rimasti non esplicitamente chiariti dalla sentenza Iannasso:

- se, a seguito della rinnovazione del dibattimento, fosse legittimata a formulare la richiesta di nuova assunzione dell'esame già assunto dal giudice diversamente composto soltanto la parte che ne aveva inizialmente chiesto ed ottenuto l'ammissione, od anche la controparte;

- se, investito della predetta richiesta, il nuovo giudice potesse valutarla secondo i parametri ordinari (artt. 495 e 190, comma 1, cod. proc. pen.), ed in ipotesi motivatamente non accoglierla, ovvero fosse vincolato ad ammetterla.

Questi conflitti interpretativi si sono radicalizzati sino a rendere inevitabile una nuova remissione alle SS.UU.

2. L'intervento della Corte costituzionale

L'insoddisfazione della giurisprudenza di merito rispetto ai principi della sentenza Iannasso - interpretata nel modo più restrittivo come si è detto per timore della nullità - nel frattempo ha trovato sfogo anche nel ricorso alla Corte costituzionale. Così al giudice delle leggi è stato richiesto di valutare “se gli artt. 511, 525, comma 2, e 526, comma 1, del codice di procedura penale, siano costituzionalmente illegittimi in relazione all'art. 111 della Costituzione, se interpretati nel senso che ad ogni mutamento della persona fisica di un giudice, la prova possa ritenersi legittimamente assunta solo se i testimoni già sentiti nel dibattimento, depongano nuovamente in aula davanti al giudice-persona fisica che deve deliberare sulle medesime circostanze o se invece ciò debba avvenire solo allorquando non siano violati i principi costituzionali della effettività e della ragionevole durata del processo».

Con la sentenza n. 132 del 2019 la Corte², pur dichiarando inammissibili le questioni di legittimità costituzionale, ha ritenuto - se si ritenga obbligato il giudice a disporre la ripetizione dell'assunzione della prova dichiarativa ad ogni mutamento del Giudice - “*assai dubbia (l')idoneità complessiva di tale meccanismo a garantire, in maniera effettiva e non solo declamatoria, i diritti fondamentali dell'imputato, e in particolare quello a una decisione giudiziale corretta sull'imputazione che lo riguarda*”.

Non vi è dubbio che questa pronuncia abbia riaperto il conflitto che è sullo sfondo del contrasto giurisprudenziale: quello fra rispetto dei principi fondativi del “nuovo” codice di procedura (in particolare, quello dell'oralità) e l'esigenza di funzionamento effettivo del processo (anche per il principio della ragionevole durata del processo) nel contesto di reale disponibilità di risorse e di concreto atteggiamento delle parti³. Non vi

² Corte costituzionale, sentenza n. 132 del 20 maggio 2019, che *dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 525, comma 2, 526, comma 1, e 511 del codice di procedura penale, sollevate, in riferimento all'art. 111 della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Siracusa.*

³ Esigenza che è ben focalizzata nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale emessa il 12 marzo 2018 dal Tribunale di Siracusa, che così argomenta: “*Orbene nelle realtà periferiche del Paese come la presente, la persona fisica del giudice cambia continuamente specie se si fa riferimento alla composizione del collegio; il fatto che i giudici siano solitamente di prima nomina e, maturato il termine, vengano trasferiti altrove, la circostanza che vi siano continuamente vuoti da coprire e dunque*

è dubbio infatti che il fantasma della prescrizione - temuta o desiderata dalle parti - aleggi su molte delle motivazioni pro e contro le soluzioni “tecniche” consentite dalla normativa. Parlando esplicitamente di una contrapposizione fra “nobili ideali e distorsioni della prassi”, si era commentato che *“il dibattito rappresenta, in maniera evidente, la risposta ad un generale “malessere” per le distorsioni patologiche che la regola della rinnovazione del dibattimento, per quanto ispirata a nobili principi, vive quotidianamente nella prassi. Il carico elevato di processi, unito ai frequenti avvicendamenti nei ruoli giurisdizionali (soprattutto nei tribunali periferici), l’assenza di un temperamento sui termini di prescrizione e di un vaglio del giudice sull’istanza di rinnovazione, idoneo a neutralizzare eventuali richieste dilatorie delle parti, rappresentano indici del malfunzionamento concreto del meccanismo della rinnovazione”*⁴.

3. I principi affermati dalla sentenza Bajrami e l’unicità del giudice ex art. 525 comma 2 c.p.p.

Pochi mesi dopo anche la Cassazione si è trovata a decidere sulle questioni sollevate (5).

E’ utile premettere i principi di diritto enunciati dalla sentenza n. 41736/19, Bajrami, depositata il 10.10.2019:

«il principio d’immutabilità del giudice, previsto dall’art. 525, comma 2, prima parte, cod. proc. pen., impone che il giudice che provvede alla deliberazione della sentenza sia non solo lo stesso giudice davanti al quale la prova è assunta, ma anche quello che ha disposto l’ammissione della prova, fermo restando che i provvedimenti

spostamenti interni per fare fronte alle diverse emergenze, le maternità che giocano un ruolo determinante nelle piccole sedi con giudici di prima nomina; sono tutte circostanze che fanno sì che sia sostanzialmente impossibile che un processo complesso possa essere iniziato e portato a termine dagli stessi giudici; il rispetto formale e categorico del principio dell’oralità in queste realtà determina la oggettiva impossibilità che il processo venga portato a termine, con inevitabile pregiudizio delle ragioni delle persone offese e con inutile enorme dispendio di attività processuali.”

⁴ Raffaele Muzzica, *“La rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice: un impulso della corte costituzionale per una regola da rimeditare”*, commento a Corte cost., sent. 29 maggio 2019, n. 132, in *Diritto penale contemporaneo*, editato il 3 giugno 2019.

⁵ Le questioni di diritto in ordine alle quali il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite sono le seguenti: *“se il principio d’immutabilità di cui all’art. 525, comma 2, cod. proc. pen. richieda la corrispondenza, rispetto al giudice che abbia proceduto alla deliberazione finale, del solo giudice dinanzi al quale la prova sia stata assunta, ovvero anche del giudice che abbia disposto l’ammissione della prova stessa”;* *“se, ai fini di ritenere la sussistenza del consenso delle parti alla lettura degli atti assunti dal collegio che sia poi mutato nella sua composizione, sia sufficiente la mancata opposizione delle stesse, ovvero sia invece necessario verificare la presenza di ulteriori circostanze che la rendano univoca”.*

sull'ammissione della prova emessi dal giudice diversamente composto devono intendersi confermati, se non espressamente modificati o revocati»;

«l'avvenuto mutamento della composizione del giudice attribuisce alle parti il diritto di chiedere, ai sensi degli artt. 468 e 493 cod. proc. pen., sia prove nuove sia la rinnovazione di quelle assunte dal giudice diversamente composto, in quest'ultimo caso indicando specificamente le ragioni che impongano tale rinnovazione, ferma restando la valutazione del giudice, ai sensi degli artt. 190 e 495 cod. proc. pen., anche sulla non manifesta superfluità della rinnovazione stessa»;

«il consenso delle parti alla lettura ex art. 511, comma 2, cod. proc. pen. degli atti assunti dal collegio in diversa composizione, a seguito della rinnovazione del dibattimento, non è necessario con riguardo agli esami testimoniali la cui ripetizione non abbia avuto luogo perché non chiesta, non ammessa o non più possibile».

Le massime enunciate rispondono in effetti ai quesiti posti. Tuttavia la parte motiva della sentenza affronta anche altri aspetti della procedura che precede e segue l'avvenuto mutamento del giudice e proprio la descrizione di tale procedura pone una serie di problemi pratici che il giudice si trova a dover risolvere.

In merito, la sentenza afferma (p. 10) che a seguito del mutamento della persona del giudice monocratico o della composizione del giudice collegiale, il dibattimento deve essere integralmente rinnovato, il che comporta la necessità della ripetizione della sequenza procedimentale costituita:

- dalla dichiarazione di apertura del dibattimento (art. 492),
- dalle richieste di ammissione delle prove (art. 493),
- dai provvedimenti relativi all'ammissione (art. 495),
- dall'assunzione delle prove «che siano state ammesse ... secondo le regole stabilite negli artt. 496 ss. cod. proc. pen.».

Il principio d'immutabilità del giudice non è, quindi, violato (p. 11) allorché il giudice diversamente composto si sia limitato al compimento di attività od all'emissione di provvedimenti destinati ad aver luogo prima del dibattimento, quali, ad esempio:

- gli atti urgenti previsti dall'art. 467 cod. proc. pen.;
- l'autorizzazione alla citazione di testimoni ex art. 468 cod. proc. pen.;
- la verifica della regolare costituzione delle parti ex art. 484 cod. proc.

4. Il principio di conservazione della validità degli atti non espressamente revocati e le questioni preliminari ex art. 591 c.p.p.

SS.UU. Bajrami afferma (p. 12) che *“non è necessario che il giudice, nella diversa composizione sopravvenuta, rinnovi formalmente l'ordinanza ammissiva delle prove chieste dalle parti, perché i provvedimenti in precedenza emessi dal giudice diversamente composto e non espressamente revocati o modificati conservano efficacia.”*

Viene quindi affermato un principio di conservazione dell'efficacia dei provvedimenti emessi dal giudice “diverso” (da quello che poi decide emettendo sentenza) che non è previsto normativamente, ma che la Corte fa discendere dall'art. 525, comma 2, ultima parte, cod. proc. pen., (6) riguardante il giudizio d'assise (l'unico nell'ambito del quale sia normativamente prevista la presenza di giudici supplenti), ritenuto applicabile per analogia; e dall'art. 42, comma 2, cod. proc. pen., (7) in materia di astensione, anch'essa ritenuta “disciplina analoga”.

Nella sentenza si afferma (p. 12) che *“nella nozione di "dibattimento" ex art. 525, comma 2, prima parte, rientra, pertanto, anche la dichiarazione della sua apertura ex art. 492 cod. proc. pen.”* Si afferma inoltre, in applicazione analogica dell'art. 525 comma 2 ultima parte c.p.p., che *“i provvedimenti già emessi conservano efficacia se non sono espressamente revocati”*.

Pertanto non è più riproponibile lo schema che si era ormai consolidato secondo cui a seguito del mutamento del giudice si riparte (automaticamente e inevitabilmente) dall'apertura del dibattimento e dalla rinnovazione delle richieste di prova.

Nella sentenza si afferma infatti che *“a seguito del mutamento della composizione del collegio giudicante, il procedimento regredisce nella fase degli atti preliminari al dibattimento (che precede la nuova dichiarazione di apertura del dibattimento ex art. 492 cod. proc. pen.)”* e che il giudice, nella composizione sopravvenuta, *“ha il potere di valutare ex novo le questioni tempestivamente proposte dalle parti e decise dal giudice diversamente composto”*, citando due precedenti: Sez. 6, n. 3746 del 24/11/1998, dep. 1999, De Mita, Rv. 213343, e Sez. 1, n. 36032 del 05/07/2018, Conti, Rv. 274382, entrambe in tema di competenza per territorio. Le due pronunce non sono però esattamente sovrapponibili.

Nella sentenza de Mita del 1998 (8) si afferma che il mutamento intervenuto nella composizione del collegio riporta il procedimento nella fase prevista dalla norma (art.

⁶ A norma del quale, *«se alla deliberazione devono concorrere i giudici supplenti in sostituzione dei titolari impediti, i provvedimenti già emessi conservano efficacia se non sono espressamente revocati»*.

⁷ A norma del quale *«il provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione o di ricasazione dichiara se e in quale parte gli atti compiuti precedentemente dal giudice astenutosi o ricasato conservano efficacia»*.

⁸ Cass. Sez. 6, sentenza n. 3746 del 24.11.1998, imp. De Mita: *“Non è abnorme la sentenza che dichiari l'incompetenza territoriale del giudice per essere stata adottata la decisione oltre il termine di cui all'art. 491 cod. proc. pen. dopo che la relativa eccezione sia stata già sollevata e disattesa dal collegio in*

491 c.p.p.) e rende quindi ammissibile la proposizione di tutte le questioni da essa previste.

Nello specifico (questione di competenza per territorio riproposta avanti al nuovo giudice) si afferma che la questione era proponibile e poteva essere decisa in modo difforme “*non potendo la preclusione alla ulteriore deducibilità essere impeditiva del potere del giudice di apprezzare liberamente tutti gli elementi necessari alla propria decisione, ivi comprese le questioni attinenti alla competenza.*”

Nella sentenza Conti (9), nella parte motiva si afferma, in maniera parzialmente difforme dalla sentenza De Mita, che “*in caso di mutamento del giudice, quel che è oggetto di rinnovazione è il dibattimento... Il dibattimento ha inizio, secondo quanto previsto dall'articolo 492 cod. proc. pen., con la dichiarazione di apertura, una volta compiute le attività che compongono la fase degli atti introduttivi in cui si collocano le questioni preliminari e fra esse la questione di competenza per territorio.*” La conclusione della Suprema Corte è che “*la Corte di assise ha errato nell'affermare in sentenza che l'eccezione, riproposta in sede di discussione, fosse tardiva, perché ha omissso di considerare quanto avvenuto durante gli atti introduttivi al dibattimento innanzi al giudice dibattimentale nella primigenia composizione, sul presupposto, non conforme a legge, di una sopravvenuta inefficacia in ragione della rinnovazione del dibattimento*”.

Sorge quindi il problema di individuare il momento processuale cui retroagisce il mutamento del giudice, in particolare se siano riproponibili le questioni preliminari: se è indiscutibile che - secondo la sentenza De Mita - il processo ritorna alla fase precedente l'apertura del dibattimento, cioè nella fase ex art. 491 c.p.p., è anche vero che - secondo

diversa composizione, in sede di atti preliminari al dibattimento. ... l'eccezione non può ritenersi tardiva in quanto, dopo il mutamento della composizione del collegio giudicante, il procedimento regredisce nella fase degli atti preliminari al dibattimento, sia perché, infine, il limite temporale di cui all'art. 491 cod. proc. pen. riguarderebbe, semmai, la proponibilità della questione ma non il potere del giudice di apprezzare liberamente i presupposti del suo potere decisionale, tra i quali quello della competenza.”

⁹ Sez. 1 - , Sentenza n. 36032 del 05/07/2018, imp. Conti: “*In caso di rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice, non è tardiva l'eccezione di incompetenza territoriale ritualmente formulata dinanzi al primo giudice e riproposta in sede di discussione, in quanto la regressione del procedimento conseguente alla rinnovazione del dibattimento fa pienamente salva l'efficacia degli atti introduttivi al medesimo*”.

Il caso è il seguente: nel procedimento di primo grado la difesa dell'imputato aveva formulato l'eccezione dinnanzi al giudice dell'udienza preliminare e poi, dopo il rigetto, l'aveva riproposta entro il termine preclusivo di cui all'articolo 491 cod. proc. pen. dinnanzi al giudice del dibattimento che l'aveva rigettata con ordinanza pronunciata fuori udienza. Non ebbe però a reiterarla, dopo che la Corte di primo grado dispose la rinnovazione del dibattimento, ai sensi dell'articolo 525 cod. proc. pen., per mutamento della composizione del collegio.

la sentenza Conti - gli atti introduttivi conservano efficacia anche nel caso della rinnovazione del dibattimento.

La sintesi può essere trovata distinguendo la fase della verifica della costituzione delle parti e quella delle attività da compiersi successivamente. In pratica:

- rimangono immutate e non devono essere riesaminate le questioni relative alla regolarità della costituzione delle parti;

- non possono essere sollevate questioni preliminari non proposte davanti al primo giudice, in quanto tardive dovendo essere sollevate “subito dopo compiuto per la prima volta l'accertamento della costituzione delle parti”;

- in caso di specifica richiesta del difensore, il giudice dovrà riprendere in esame le questioni preliminari già sollevate, ma potrà riportarsi alle ordinanze precedentemente emesse che conservano efficacia se non revocate.

- se le richieste di prova sono state già formulate avanti al giudice diverso, il nuovo giudice potrà invitare le parti a riportarsi alle precedenti richieste di prova, riportandosi a sua volta all'ordinanza ammissiva già pronunciata.

5. La richiesta di riti alternativi

La sentenza Bajrami non affronta direttamente la questione dei poteri del “nuovo” giudice riguardo l'ammissibilità dei riti alternativi, che, si ricorda, nel procedimento davanti al Tribunale in composizione monocratica possono essere richiesti anche nella fase dibattimentale. La questione però esiste, in quanto non è dubitabile che la sentenza riassegna poteri di intervento del giudice in una fase - quella delle questioni preliminari - che logicamente precede quella della richiesta dei riti alternativi, lasciando pensare che al giudice vengano riassegnati anche i poteri relativi, riconsiderando le ordinanze già rese dal primo giudice.

Tuttavia la tematica è richiamata esplicitamente nella sentenza (par. 5.2, pp. 13 e 14), nella parte in cui enuncia il principio di conservazione della validità degli atti non espressamente revocati (di cui si è parlato al paragrafo che precede), sia pure a soli fini esemplificativi. Anche in questo caso la sentenza richiama alcuni precedenti: interessano qui Sez. 3, n. 30416 del 01/07/2016, Bianco, Rv. 267353, che ha ritenuto, in tema di ammissibilità di un rito alternativo, che il mutamento della persona del giudice non priva di efficacia il precedente provvedimento di ammissione al rito abbreviato, dovendo quindi ritenersi preclusa, dinanzi al nuovo giudice, la possibilità di chiedere l'applicazione di pena concordata; e Sez. 3, n. 37100 del 18/06/2015, Benassi, Rv. 264584, che ha ritenuto, in tema di giudizio abbreviato subordinato ad un'integrazione probatoria, che il provvedimento inerente alla decisione incidentale sull'ammissione del rito e delle sue modalità di svolgimento non perda efficacia in caso di successivo mutamento della persona del giudice.

Il primo richiamo merita un approfondimento: se il procedimento retrocede alla fase delle questioni preliminari, tanto è vero che può essere riproposta e diversamente decisa la questione per competenza territoriale, si può legittimamente dedurre che un'attività sicuramente successiva come la richiesta di rito alternativo possa essere oggetto di nuova considerazione da parte del giudice.

Più specificamente, il limite posto dalla legge per la richiesta dei riti alternativi è quello dell'art. 555 co.2 c.p.p. per il quale la parte decade dalla richiesta se non la formula "prima della dichiarazione di apertura del dibattimento"; e il nuovo giudice - nella sequenza procedimentale descritta dalla Bajrami - deve procedere ad una nuova apertura. Poiché non si prevede - come avviene invece per l'art. 491 comma 1 c.p.p. - che la richiesta possa essere avanzata solo in occasione della prima apertura del dibattimento, la stessa sembra ri-proponibile avanti al nuovo giudice prima che egli ri-apra il dibattimento. Tuttavia va considerato che la giurisprudenza - prima della sentenza Bajrami ovviamente - si era pronunciata negativamente, ritenendo che la richiesta di rito abbreviato, ove non venga formulata in limine al dibattimento, rimane preclusa anche nel caso in cui muti la persona fisica del giudice, poichè le fasi anteriori all'apertura del dibattimento non sono interessate alla rinnovazione degli atti¹⁰.

Non è chiaro quindi se l'imputato che non abbia chiesto nulla al primo giudice possa, dopo il mutamento, richiedere un rito alternativo e se il nuovo giudice abbia il potere di ammetterlo. Per la soluzione affermativa può farsi richiamo al principio di favore alla celebrazione di riti alternativi e l'assenza di un divieto normativo; contrariamente si può valorizzare, per il principio di conservazione degli atti, il silenzio prima serbato ritenendo che esso abbia "consumato" il relativo potere di richiesta; nonché un'esigenza di logica di sistema (si arriverebbe al punto che l'imputato che non aveva richiesto l'abbreviato, effettuata una parte dell'istruzione dibattimentale in modo a lui sfavorevole, potrebbe "approfittare" del mutamento del giudice per chiedere l'abbreviato vanificando l'attività processuale fatta sino a quel momento).

Questione collegata è se l'imputato che abbia avanzato richiesta di rito abbreviato condizionato o di patteggiamento, non accolti, possa riproporre la richiesta al nuovo giudice.

Come si è detto, la sentenza Bajrami non prende posizione. Come regolarsi, perciò? Si deve ritenere che rispetto a quella che si può definire una "apertura incidentale" enunciata nella sola parte motiva, prevalgano le regole speciali dettate dalle norme e precisate dalla giurisprudenza di questi anni, che escludono la possibilità di nuove richieste di riti alternativi in conseguenza del mutamento del giudice.

¹⁰ (Cass., Sez. 5, n. 36764 del 24.5.2006; Cass. sez. IV, n.46410 del 22/06/2018.

Un punto fermo è che nell'ipotesi in cui fosse stata avanzata la richiesta di rito alternativo, nel caso di mutamento del giudice la richiesta conserva efficacia, secondo un principio già affermato in passato (11).

In particolare poi, in tema di rito abbreviato, è stato affermato che il mutamento della persona del giudicante non ha rilievo riguardo la decisione incidentale sulla ammissibilità del rito alternativo¹²; e che nel caso di rigetto della richiesta del c.d. abbreviato condizionato da parte del giudice dibattimentale, il rimedio è l'applicazione anche d'ufficio della riduzione di un terzo prevista dall'art. 442 co. 2 cod. proc. pen. (come applicabile ai sensi di Corte costituzionale 15.2.1991 n. 81), se il giudice riconosca alla luce dell'istruttoria espletata che quel rito si sarebbe dovuto invece celebrare¹³ (e purché la richiesta sia stata coltivata e rinnovata dal difensore)¹⁴.

Riguardo il patteggiamento, la giurisprudenza ha affermato che “la richiesta di patteggiamento, già respinta dal giudice del dibattimento che abbia conseguentemente dichiarato la propria incompatibilità, non può essere rinnovata davanti ad altro giudice”¹⁵; e non vi sono motivi per derogare nel caso in cui nel frattempo il giudice sia mutato (anche) per altri motivi.

¹¹ Sez. 6, Sentenza n. [397](#) del 01/10/1998 Ud. (dep. 14/01/1999) Rv. 213437: “Ove le parti abbiano formulato richiesta di trasformazione del giudizio direttissimo in giudizio abbreviato, a norma dell'art. 452, comma secondo, cod. proc. pen., e, rinviatosi il dibattimento ad altra udienza senza che il giudice abbia ancora provveduto su tale richiesta, intervenga un mutamento dell'organo giudicante, la richiesta non deve essere reiterata dinanzi al nuovo giudice. Infatti, la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, conseguente al mutamento del giudice, non investe affatto la richiesta di giudizio abbreviato, che è atto del predibattimento, e che ovviamente prescinde dalla composizione fisica dell'organo giudicante.”

¹² Sez. 3, Sentenza n. 30416 del 01/07/2016 “Il principio di immutabilità del giudice ha riguardo alla identità fisica del giudice che assume la prova e decide, e non entra in considerazione allorchè il mutamento della persona del giudicante intervenga esclusivamente per la decisione incidentale sulla ammissibilità di un rito alternativo; ne consegue che, qualora detto mutamento si verifichi dopo che sia stata accolta una richiesta di giudizio abbreviato, deve ritenersi preclusa, dinanzi al nuovo giudice, una richiesta di applicazione di pena concordata.”

¹³ Sez. U, Sentenza n. 44711 del 27/10/2004 “Il rigetto della richiesta di giudizio abbreviato subordinata dall'imputato all'assunzione di prove integrative, quando deliberato sull'erroneo presupposto che si tratti di prove non necessarie ai fini della decisione, inficia la legalità del procedimento di quantificazione della pena da infliggere qualora si pervenga, in esito al dibattimento, ad una sentenza di condanna. Ne consegue che il giudice dibattimentale il quale abbia respinto “in limine litis” la richiesta di accesso al rito abbreviato - “rinnovata” dopo il precedente rigetto del giudice per le indagini preliminari ovvero proposta per la prima volta, in caso di giudizio direttissimo o per citazione diretta - deve applicare anche d'ufficio la riduzione di un terzo prevista dall'art. 442 cod. proc. pen., se riconosca (pure alla luce dell'istruttoria espletata) che quel rito si sarebbe dovuto invece celebrare.”

¹⁴ Sez. 6, Sentenza n. 27505 del 28/04/2009 “Nell'ipotesi in cui la richiesta di giudizio abbreviato subordinata all'assunzione di prove integrative sia rigettata dal giudice prima dell'apertura del dibattimento, il riesame di merito del provvedimento negativo può essere sollecitato dall'imputato al fine di ottenere la riduzione di pena di cui all'art. 442, comma secondo, cod. proc. pen., dinanzi allo stesso giudice, all'esito del dibattimento di primo grado, ovvero al giudice dell'impugnazione, in forza di specifico motivo di gravame.”

¹⁵ Sez. 1, Sentenza n. 16889 del 22/04/2010.

Queste regole deve ritenersi debbano valere anche nel caso in cui l'imputato abbia richiesto un rito, respinto, e intenda chiederne un altro. La richiesta deve essere coltivata tempestivamente, nei termini di legge davanti al primo giudice¹⁶; diversamente il mutamento del giudice non fa rivivere tale facoltà.

6. Principio di conservazione della validità degli atti non espressamente revocati, apertura del dibattimento e richiesta di prove

Come si è detto, la sentenza Iannasso enunciava la necessità della ripetizione della sequenza procedimentale costituita dalla dichiarazione di apertura del dibattimento (art. 492), dalle richieste di ammissione delle prove (art. 493), dai provvedimenti relativi all'ammissione (art. 495), dall'assunzione delle prove. Ma nella sentenza Bajrami, in forza del principio di conservazione dei provvedimenti, si afferma (p. 14) che "La disposizione di cui all'art. 525, comma 2, prima parte, cod. proc. pen. non comporta, quindi, la necessità, a pena di nullità assoluta, di rinnovare formalmente tutte le attività previste dagli artt. 492, 493 e 495 cod. proc. pen., poiché i relativi provvedimenti in precedenza emessi dal giudice diversamente composto conservano efficacia se non espressamente modificati o revocati."

Prosegue la sentenza affermando che la garanzia dell'immutabilità del giudice non attribuisce alle parti il diritto di reiterare senza alcun beneficio processuale attività già svolte e provvedimenti già emessi, bensì il diritto di poter nuovamente esercitare, a seguito del mutamento della composizione del giudice, le facoltà previste dalle predette disposizioni.

Spetta però alle parti rilevare il sopravvenuto mutamento della composizione del giudice ed attivarsi con la formulazione delle eventuali, conseguenti richieste, se ne abbiano, chiedendo altresì, ove necessario, la concessione di un breve termine. Inteso che se le parti non esercitano tale facoltà il giudice può ignorare l'avvenuto mutamento e proseguire, come se nulla fosse, dal punto cui era arrivato il giudice precedente. Salvo (p. 15) ritenere necessaria, d'ufficio, la ripetizione, anche pedissequa, delle predette attività (cioè cagionando egli stesso quella "immotivata dilazione dei tempi di definizione del processo" che si impedisce alle parti)...

Ora, non si creano problemi con la dichiarazione di apertura del dibattimento, che il giudice dovrebbe rinnovare; tuttavia se nessuna delle parti osserva alcunché in ordine

¹⁶ Sez. 2, Sentenza n. 10462 del 08/01/2016 "Qualora la richiesta di patteggiamento, formulata in via ordinaria e non a seguito di giudizio immediato, venga rigettata, non è preclusa all'imputato la possibilità che si proceda con giudizio abbreviato, sempre che la relativa istanza venga formulata prima della dichiarazione di apertura del dibattimento."

al mutamento del giudice, non è necessario disporla espressamente e conserva efficacia quella del primo giudice.

Assai più complesso conciliare la procedura sopra descritta con la facoltà delle parti di richiedere termine per presentare una nuova lista ai sensi dell'art. 468 c.p.p. richiamata dalle SS.UU.¹⁷.

Secondo una interpretazione letterale della motivazione (confortata dalla massima enunciata formalmente a p. 27: «*l'avvenuto mutamento della composizione del giudice attribuisce alle parti il diritto di chiedere, ai sensi degli artt. 468 e 493 cod. proc. pen., sia prove nuove sia la rinnovazione di quelle assunte dal giudice diversamente composto...*») si dovrebbe ritenere che in caso di mutamento del giudice comunque per la parte - per qualunque parte - si riapra la possibilità di ampliare la propria lista testi, o di proporla se ne era decaduta.

Inutile osservare che questo significa andare in palese contraddizione col dichiarato (sempre nella sentenza) intento di evitare immotivate perdite di tempo; e con principio consolidato in giurisprudenza secondo cui la parte che non abbia depositato la lista testi nei termini di cui all'art. 468 c.p.p. decade dalla possibilità di farlo. E non pare ci sia una ragionevole necessità di differenziare la posizione processuale di chi, perso il termine ne decade per sempre se il giudice non muta, e chi invece viene rimesso in termini se il giudice muta.

Appare perciò necessario proporre una diversa interpretazione che vada oltre quella letterale, basata su una valutazione olistica del dettato normativo e dei principi del codice.

Si evidenzia perciò che la sentenza - in modo forse non troppo chiaro - definisce le richieste formulabili dalle parti come "consequenti"; ma il collegamento non è con il semplice sopravvenuto mutamento della composizione del giudice, ma con il mutamento da cui deriva la rinnovazione del dibattimento; cioè con il mutamento del giudice che avvenga dopo che una attività istruttoria era stata espletata, con esiti da cui può derivare la necessità di un'integrazione probatoria prima non prevista (e che magari il giudice diversamente potrebbe effettuare ex art. 507 c.p.p.). Solo in questo caso si giustifica la disparità di trattamento rispetto a chi era semplicemente decaduto dal termine.¹⁸

¹⁷ Cass. SS.UU. n. 41736/19, p. 15: "*peraltro, a seguito del mutamento della composizione del giudice, le parti possono esercitare nuovamente le facoltà attribuite loro dagli artt. 468 e 493 cod. proc. pen., ovvero presentare nuove richieste di prova, che andranno ordinariamente valutate dal nuovo giudice.*"

¹⁸ Come se la massima sopra riportata fosse preceduta da un inciso che richiami l'ambito decisionale in cui la sentenza opera, che è quello delimitato già dalla sentenza Iannaso, della rinnovazione del dibattimento; quindi la si dovrebbe leggere così: "nel caso di rinnovazione dell'istruttoria, *l'avvenuto mutamento della composizione del giudice attribuisce alle parti il diritto di chiedere, ai sensi degli artt. 468 e 493 cod. proc. pen., sia prove nuove sia la rinnovazione di quelle assunte dal giudice diversamente composto...*"

Ciò significa che la parte ha il diritto di poter nuovamente esercitare, a seguito del mutamento della composizione del giudice, le facoltà previste dalle predette disposizioni (cioè, come dice la sentenza, chiedere *sia prove nuove sia la rinnovazione di quelle assunte dal giudice diversamente composto*) con la eventuale formulazione delle richieste conseguenti al mutamento del giudice a fronte di istruttoria già svolta. Il deposito della lista serve cioè a individuare quali dichiaranti già sentiti riesaminare e su quali circostanze, al fine di porre il giudice nella condizione di valutarne la necessità (ex 495 c.p.p.), chiedendo altresì, ove necessario, la concessione di un breve termine anche ai fini di presentazione di nuova lista ex 468 c.p.p., necessaria per la formulazione delle richieste di prova ex 493 c.p.p. (par.5.4).

In una interpretazione coerente della motivazione della sentenza, la facoltà della parte di presentazione di nuova lista ex 468 c.p.p. con nuove richieste di prova risulta essere lo strumento con cui la parte – che non aveva indicato il dichiarante nella propria lista - può chiedere di ri-esaminare il dichiarante già sentito su specifiche circostanze, anche laddove si tratti di soggetto inizialmente non indicato in lista dalla parte, che, altrimenti, non avrebbe facoltà di richiederne la rinnovazione (¹⁹); oppure può chiedere prove nuove conseguenti alle dichiarazioni rese.

Quanto alle modalità con cui richiedere la ri-assunzione del teste, la sentenza non pare fare obbligo di presentare nuova lista a chi aveva già inserito il dichiarante nella propria lista testi: quindi la parte potrà più agevolmente presentare le proprie richieste oralmente in udienza nella fase ex art. 493 c.p.p. Diversamente, chi non avendolo indicato prima vuole ri-sentire il dichiarante, deve depositare nuova lista testi ex art. 468, eventualmente chiedendo allo scopo un breve termine. Chi, infine, non aveva chiesto l'audizione del dichiarante nella originaria lista testi e non ha depositato nuova lista, può sollecitare il potere del giudice, ai sensi dell'art. 507 c.p.p., di disporre la nuova assunzione.

Ulteriore problema riguarda la concessione del “breve termine”. La sentenza cita come esempio la situazione in cui la necessità della rinnovazione del dibattimento non sia stata prevista ed anticipata, ma si sia palesata soltanto in udienza, senza preavviso alcuno: cioè, deve ritenersi, quando il mutamento del giudice sia stato improvviso e non

¹⁹ Par. 6, in particolare pag. 17: *“Come anticipato, la prevista necessità di legittimare le parti, a seguito del mutamento della composizione del giudice, ad esercitare nuovamente le facoltà ad esse attribuite dagli artt. 468 e 493 c.p.p., comporta la facoltà di presentare nuove richieste di prova, il che può rendere necessario concedere, se la parte interessata ne faccia richiesta, un breve termine per consentire l'eventuale presentazione di una nuova lista nei tempi e nei modi indicati dall'art. 468 c.p.p. Ne consegue che la parte che non abbia indicato il nominativo del dichiarante da esaminare nuovamente e le circostanze sulle quali il nuovo esame deve vertere in una lista tempestivamente depositata ex art. 468, non ha diritto all'ammissione”*.

preavvisato. Il che significa che se il mutamento è annunciato, la parte che vuole avvalersi delle facoltà sopra descritte dovrà farsi diligente e presentare, entro i termini del 468 c.p.p., una nuova lista prima dell'udienza in cui compare il giudice nuovo.

7. L'ordinanza ammissiva delle prove

L'ordinanza ex art. 495 c.p.p. va emessa dallo stesso giudice che assume le prove e che decide il processo: il principio già stabilito dalla sentenza Iannasso è ribadito dalla sentenza Bajrami. Tuttavia la nuova pronuncia introduce alcune rilevanti novità:

- l'ordinanza del "vecchio" giudice non va necessariamente formalmente rinnovata se condivisa anche dal giudice nella composizione sopravvenuta, poiché conserva efficacia, se non espressamente modificata o revocata;

- spetta alle parti attivarsi con la formulazione di nuove richieste esercitando nuovamente le facoltà attribuite loro dagli artt. 468 (qualora intendano presentare nuove liste come si è visto al punto che precede) e 493 cod. proc. pen., con richieste in udienza;

- solo a quel punto sorge per il giudice l'obbligo di pronunciarsi, prima di assumere le prove ex art. 496 c.p.p.

Il giudice può accogliere o meno la richiesta di nuova assunzione. La Suprema Corte detta le regole per la decisione (p. 18): le uniche prove dichiarative da riassumere sono quelle che il giudice «*ammetta ai sensi degli articoli 190 e 495 cod. proc. pen.*», con ciò implicitamente evidenziando che dal nuovo giudice devono essere riassunte soltanto le prove da lui ritenute: a) non vietate dalla legge; b) non manifestamente superflue; c) non irrilevanti.

Quali sono dunque le prove che invece non possono essere ammesse? La Suprema Corte detta qualche indicazione, non esaustiva ma importante.

Prove vietate: il nuovo giudice può ritenere che la prova già ammessa ed assunta dinanzi al giudice precedente sia vietata dalla legge (ipotesi che la stessa SS.UU riconoscono essere, nella prassi applicativa, residuali, ma non da escludere in modo assoluto).

Prove superflue: secondo la Suprema Corte (p. 20) sono le prove che vertono sulle stesse circostanze già compiutamente oggetto del precedente esame; la richiesta di reiterazione dell'esame di un verbalizzante che già nel corso del precedente esame aveva chiesto di consultare in aiuto alla memoria gli atti a sua firma (dato che non potrà che riportarsi nuovamente ai verbali); la richiesta di risentire un dichiarante che già nel corso del precedente esame aveva palesato cattivo ricordo dei fatti, o che comunque debba essere riesaminato dopo ampio lasso di tempo dal verificarsi dei fatti in ipotesi a sua conoscenza (dato che il nuovo esame non potrà apportare alcun elemento di novità attendibile).

Prove irrilevanti: sono le prove che non influiscono sul giudizio. Si tratta di una prognosi ostica, dato che il nuovo giudice difficilmente, in questa fase, può prevedere con certezza che le circostanze siano del tutto inutili: ma non si può escludere in modo assoluto. La rilevanza dei predetti esami, rileva la Suprema Corte, non sembra poter essere messa in discussione, ove s'intenda procedere alla successiva declaratoria di utilizzabilità degli stessi previa lettura dei relativi verbali, ai sensi dell'art. 511 cod. proc. pen..

Al contrario la Suprema Corte indica, fra le prove da ammettere in quanto non superflue, il caso in cui le parti si siano avvalse del potere di indicare nuove circostanze o circostanze in precedenza riferite in modo insoddisfacente/incompleto in ordine alle quali esaminare nuovamente il dichiarante; o abbiano allegato elementi dai quali desumere la sua inattendibilità (anche se limitatamente ad alcuni punti della deposizione resa), e la conseguente necessità che egli venga nuovamente esaminato; o quando il nuovo giudice - anche prescindendo dall'interesse delle parti - ritenga necessario attivare i poteri di cui all'art. 506 cod. proc. pen. per rivolgere nuove domande al teste.

La Suprema Corte detta anche il criterio con cui effettuare le valutazioni di rilevanza e superfluità: quello di cui all'art. 238 comma 5 c.p.p. secondo il quale le parti hanno il diritto di ottenere l'ammissione dell'esame delle persone le cui dichiarazioni (confluite in verbali di prove di altro procedimento penale, assunte in incidente probatorio od in dibattimento) siano state acquisite, e risultino utilizzabili contro l'imputato (ovvero se il suo difensore ha partecipato all'assunzione della prova).

Quando ritenga rilevanti e non superflue le nuove circostanze il giudice accoglie la richiesta con ordinanza e fissa l'udienza per la nuova audizione; che deve ritenersi in un'ottica di sistema, dovrebbe vertere esclusivamente o principalmente sulle nuove circostanze. Il dichiarante, in quanto inserito nella (nuova) lista ex art. 468 c.p.p., diventa teste della parte che ne chiede la ri-audizione e che pertanto dovrà citarlo.

8. Utilizzabilità delle dichiarazioni già assunte

La Suprema Corte afferma (p. 23) che *“resta ferma l'utilizzabilità, ai fini della decisione, anche delle dichiarazioni già assunte dinanzi al giudice diversamente composto, previa lettura ex art. 511 cod. proc. pen.”* col seguente regime:

le dichiarazioni verbalizzate “permangono” nel fascicolo del dibattimento (p. 24);

esse sono utilizzabili dopo la ripetizione dell'esame dinanzi al giudice nella nuova composizione, se la ripetizione è stata chiesta, ammessa ed è tuttora possibile;

esse sono utilizzabili senza la ripetizione dell'esame, se la ripetizione non è stata chiesta, o non è stata ammessa o non è più possibile, ai sensi dell'art. 511 comma 2 (che consente la lettura e la conseguente utilizzazione ai fini della decisione dei verbali di dichiarazioni rese dinanzi a giudice diversamente composto, anche in difetto del consenso delle parti, se, per qualsiasi ragione, «l'esame non abbia luogo»);

dei verbali di dichiarazioni deve essere data lettura secondo quanto previsto dall'art. 511: se vi è richiesta di parte, il giudice dispone la lettura integrale o parziale delle dichiarazioni; senza richiesta, il giudice può limitarsi a indicare le dichiarazioni fra gli atti utilizzabili ai fini della decisione.

9 . Valore del consenso delle parti

Se prima della sentenza Bajrami , come si è detto, era prassi diffusa considerare il consenso delle parti il perno del sistema della rinnovazione dibattimentale, oggi la Suprema Corte svuota di ogni contenuto il consenso, che nel sistema da essa disegnato non ha alcun ruolo.

La parte non può prestare consenso al mutamento del giudice: “Ferma l'irrilevanza (ai sensi del combinato disposto degli artt. 525, comma 2, prima parte, e 179 cod. proc. pen.) del consenso eventualmente prestato alla violazione del principio d'immutabilità del giudice, sanzionata a pena di nullità assoluta, e quindi insanabile...” (p. 18).

Il consenso neppure influenza il regime di utilizzabilità delle dichiarazioni precedentemente rese dinanzi al vecchio giudice. Il consenso infatti (p. 25):

non è necessario, se la parte che ne aveva chiesto l'ammissione non ha chiesto la ripetizione, oppure la ripetizione non è stata ammessa o non è possibile;

è irrilevante, se il giudice ha ammesso la ripetizione ma il nuovo esame non è stato assunto (pur essendo possibile) ed è stata disposta lettura delle dichiarazioni; in tal caso si applica l'art. 179 c.p.p. che commina la nullità assoluta.

Appendice: Istruzioni per la sopravvivenza in udienza

Per tenere presenti le molte questioni che la sentenza Bajrami solleva, senza dovere ogni volta riapprofondire gli argomenti studiati, ho elaborato un riassunto, dal taglio operativo, che ho diffuso nella mia Sezione penale. Un piccolo manuale per la sopravvivenza in udienza. Lo propongo se può essere utile.

Mutamento del giudice dopo la dichiarazione di apertura del dibattimento ma prima dell'ammissione delle prove.

• Attività di verifica della costituzione delle parti (art. 484 c.p.p.): rimangono efficaci le ordinanze del primo giudice, che non possono essere oggetto di richieste delle parti o di provvedimenti del nuovo giudice.

• Questioni preliminari (art. 491 c.p.p.): le parti possono chiedere al nuovo giudice di riconsiderare le ordinanze emesse dal primo giudice, in particolare quelle che riguardano la propria competenza. Il nuovo giudice può riportarsi alle ordinanze già rese. In caso di mancata riproposizione delle questioni, le ordinanze precedenti rimangono efficaci senza necessità di riconferma. Le parti non possono sollevare questioni nuove.

• Richiesta di riti alternativi (per i soli procedimenti a citazione diretta): se è già stato richiesto e ammesso un rito alternativo, l'ordinanza ammissiva rimane valida e non può essere modificata; se era stato richiesto un abbreviato condizionato e il giudice non lo aveva ammesso, o se era stato rigettato un patteggiamento, il nuovo giudice non può revocare la precedente ordinanza; se la parte non aveva effettuato richieste, non può farlo avanti il nuovo giudice.

• Apertura del dibattimento (art. 492 c.p.p.): il giudice dovrebbe rinnovarla; tuttavia se nessuna delle parti osserva alcunché in ordine al mutamento del giudice, non è necessario disporla espressamente e conserva efficacia quella del primo giudice.

Si suggerisce pertanto al nuovo giudice, in mancanza di specifiche richieste delle parti, di far precedere ad ogni attività dibattimentale la seguente ordinanza:

“Il giudice, confermate le ordinanze precedentemente emesse nel processo, rinnova l'apertura del dibattimento e invita le parti a formulare le richieste di prova.”

Mutamento del giudice dopo l'ammissione delle prove e lo svolgimento di attività istruttoria

• Rinnovazione delle richieste di prova (art. 493 c.p.p.) e ordinanza ammissiva (art. 495 c.p.p.): il giudice dovrebbe far rinnovare le richieste di prova e pronunciare nuova ordinanza ex art. 495 c.p.p.; tuttavia se nessuna delle parti osserva alcunché in ordine al mutamento del giudice, non è necessario disporla espressamente e conserva efficacia quella del primo giudice.

• Richiesta di ripetizione di attività istruttoria: se vi è stata attività istruttoria, la parte (sia quella che ha chiesto a suo tempo l'audizione del dichiarante, sia quella che non lo inserì fra i propri testi) può chiedere che il dichiarante venga risentito, ma dovrà dimostrare la rilevanza e non superfluità della richiesta. Se la parte aveva già inserito il dichiarante nella propria lista testi originaria, sarà sufficiente che ne faccia richiesta in udienza ex art. 493 c.p.p. Se la parte non aveva prima inserito il dichiarante in lista testi, dovrà formulare la richiesta con il deposito di nuova lista testi ex art. 468 c.p.p., nei seguenti termini:

a) se il mutamento del giudice era conosciuto (ad esempio dopo la filtro del giudice togato quando si indica che il processo passerà ad altro giudice; oppure quando emerga una causa di astensione, o una possibile riunione; o se il mutamento era stato comunicato etc.) la parte deve presentare la nuova lista con richiesta di risentire il dichiarante prima della nuova udienza, nei termini di legge;

b) se il mutamento del giudice non era previsto (ad esempio per trasferimento del primo giudice, o nel caso di subentro di altro giudice nel ruolo, etc.) la parte può chiedere alla nuova udienza un breve termine, che il giudice deve concedere.

• Ordinanza sull'ammissione delle (nuove) prove: preso atto della richiesta di ri-sentire il dichiarante il giudice può:

a) ritenere superfluo o irrilevante l'esame del dichiarante già sentito; in tal caso rigetta la richiesta e utilizzerà la deposizione già resa ex art. 511 c.p.p.:

b) ritenere rilevanti e non superflue le nuove circostanze; in tal caso accoglie la richiesta con ordinanza e fissa l'udienza per la nuova audizione (sulle nuove circostanze). Il dichiarante, in quanto inserito nella (nuova) lista ex art. 468 c.p.p., diventa teste della parte che ne chiede la ri-audizione e che pertanto dovrà citarlo.

In ogni caso è superfluo o irrilevante il consenso o dissenso delle parti rispetto a questi provvedimenti.

Si suggerisce, dopo l'apertura del dibattimento, se nessuna parte fa richieste specifiche, di pronunciare la seguente ordinanza:

“Il giudice conferma le ordinanze rese ex artt. 493 e 495 c.p.p. e dichiara utilizzabili gli atti contenuti nel fascicolo del dibattimento; ai sensi dell'art. 511 comma 5 c.p.p., indica specificamente, in luogo della lettura, i verbali contenenti le dichiarazioni dei testimoni, periti, consulenti e imputati precedentemente rese.”