

Indice analitico

Capitolo Primo

- 1. L'appello e le prove nel codice di rito del 1865**
- 2. Appello: abolizione o mantenimento ?**
- 3. Verso il codice di procedura penale del 1913**
- 4. Il codice del 1913**
- 5. Il codice di procedura penale del 1930**
- 6. Il progetto di riforma Carnelutti**
- 7. Il progetto preliminare del 1978**

Capitolo Secondo

- 1. Introduzione**
- 2. L'atto di appello come sede prescelta per le richieste istruttorie**
- 3. Il problema dell'appello incidentale**
- 4. Segue: un *excursus* storico in tema di appello incidentale**
- 5. L'appello incidentale non incluso tra le sedi naturali per le richieste istruttorie in appello ?**
- 6. L'art. 121 c.p.p. ed i presunti profili di incompatibilità**
- 7. L'appellante come unico legittimato**
- 8. La rinnovazione del primo comma**
- 9. Segue: un chiarimento concettuale sui c.d. casi di rinnovazione obbligatoria e rinnovazione facoltativa**
- 10. Segue: l'impossibilità di "decidere allo stato degli atti"**

11. Il secondo comma ed il "pieno vigore" del diritto alla prova
12. Segue: spunto per una comparazione con il concetto di *novum probatorio* nell'istituto della revisione
13. La rinnovazione disposta d'ufficio
14. L'ordinanza in merito alle richieste istruttorie in appello

Capitolo Terzo

1. Introduzione
2. L'istruttoria in appello conseguente all'incolpevole contumacia in primo grado
3. La rinnovazione nel giudizio di rinvio
4. Rinnovazione dell'istruttoria e rito abbreviato: questioni di compatibilità ed incertezze giurisprudenziali

Capitolo Quarto

1. Introduzione
2. L'appello nelle fonti nazionali e internazionali: il dogma del doppio grado di merito
3. Legge "Pecorella": un'occasione persa tra istanze garantistiche e moventi politici
4. L'istruttoria in appello come chiave di lettura dell'intero rimedio impugnatorio
5. Un passo indietro rispetto alla legge delega del 1978 ?
6. L'indifferenza della giurisprudenza italiana: un'atrofia ermeneutica

7. **Un modello unitario di metodo probatorio?**
8. **Le nuove prospettive europee dopo la sentenza Dan c. Moldavia**
9. **Proscioglimento in primo grado e condanna in appello all'esito di un dibattimento "cartolare": una lacuna tutta italiana**
10. **Il nostro ritardo di fronte al consolidamento della giurisprudenza di Strasburgo nelle ultime pronunce**
11. **Le garanzie difensive "sacrificate" sull'altare della celerità processuale**
12. **L'importanza della percezione diretta per i giudici sovranazionali: le pronunce Moldoveanu c. Romania, Manolachi c. Romania e Flueraș c. Romania**
13. **Segue: la sentenza Hanu c. Romani in linea con l'interpretazione di un intervento *ex officio* doveroso**
14. **Plausibili prospettive normative ed ermeneutiche: rinnovazione come "regola" ed ipotesi derogatorie**
15. **Segue: appello e primo grado radici comuni ma struttura difforme**
16. **Prospettive sistematiche per una scelta interpretativa costituzionalmente e convenzionalmente orientata**
17. **Conclusioni**

Prefazione

Questo lavoro si propone di fornire un contributo alla conoscenza del sistema giuridico processualpenalistico nel suo attuale e concreto modo di funzionare. L'elaborato si concentra su tema avente importanza preminente per due motivi principali: *in primis* poiché riteniamo che l'istruzione in fase di appello si presenti come la "chiave di lettura privilegiata per chi si riproponga di ricostruire la vocazione funzionale del giudizio di secondo grado" come sottolinea puntualmente Francesco Peroni; *in secundis* perché di fronte ad una prassi europea che si presta ad una "pressione osmotica" sempre più frequente nei confronti degli ordinamenti nazionali non è possibile voltare lo sguardo altrove. L'inadeguatezza del nostro sistema si è difatti già palesata numerose volte dinanzi ad una giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo che pare inconfondibilmente indirizzata verso un processo penale ove le garanzie per l'imputato siano non solo facilmente individuabili ma anche effettive. E questo affinché i singoli ordinamenti della c.d. "Grande Europa" si possano non semplicemente adeguare, ma anche pienamente identificare in un insieme di condivise garanzie processuali; nonché in quella che si presume debba essere una matrice comune per perpetuare il "giusto processo".

L'elaborazione deve necessariamente partire da una disamina storica di quale sia stata l'evoluzione dell'istituto della rinnovazione

dell'istruzione dibattimentale in appello nel nostro ordinamento attraverso le diverse impostazioni culturali e politiche fornite da i tre *corpus* normativi che hanno preceduto il codice attualmente in vigore; giungendo, così, fino al progetto incompiuto della legge delega del 1978.

Con il codice Vassalli del 1988 l'intera disciplina del dibattimento in secondo grado verrà sintetizzata in un unico articolo, la cui rubrica recita: "*Rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale*", ed è la parte successiva all'*excursus* storico, a porsi l'obiettivo di analizzare le ipotesi di rinnovazione disciplinate dai primi tre commi, rinviando, per scopi analitici, al capitolo successivo la trattazione di altre fattispecie rinnovatorie importanti ed altrettanto controverse.

L'approfondimento normativo rappresenterà, però, solo uno snodo, seppur fondamentale, della trattazione in questione. E questo poiché, oggetto di attenta analisi critica saranno soprattutto le posizioni giurisprudenziali, ora oscillanti ora consolidate da tempo, che devono inevitabilmente fare i conti con la normativa sovranazionale, nonché con gli innovativi orientamenti dei giudici di Strasburgo, che più di una volta, del resto, si sono mostrati fonte di ispirazione per le nostre corti e per il nostro legislatore.

L'opzione ermeneutica inaugurata con la ormai già celebre pronuncia *Dan c. Moldavia* è stata, difatti, ulteriormente ribadita e rifinita con sentenze successive che, ponendosi nel medesimo solco interpretativo, mostrano l'inadeguatezza di taluni istituti – anche a causa delle soluzioni esegetiche di volta in volta fornite – o addirittura di un intero sistema giuridico, in punto di garanzie per l'imputato. Ed è grazie a tale giurisprudenza che, prendendo come riferimento il

prototipo della rinnovazione disegnato dalla Corte EDU, suggeremo, ove possibile, di fornire una lettura del nostro istituto che sia non più solo convenzionalmente orientata ma, allo stato attuale, anche costituzionalmente ispirata, in virtù delle innovazioni apportate al nostro sistema giuridico negli ultimi decenni.

Capitolo Primo

Sommario: 1. L'appello e le prove nel codice di rito del 1865. - 2. Appello: abolizione o mantenimento? - 3. Verso il codice di procedura penale del 1913. - 4. Il codice del 1913. - 5. Il codice di procedura penale del 1930.- 6. Il progetto di riforma Carnelutti. - 7. Il progetto preliminare del 1978.

1. L'appello e le prove nel codice di rito del 1865

L'analisi di quella che è stata, e continua ad essere, l'evoluzione dell'istituto dell'istruttoria dibattimentale in appello deve partire essenzialmente da un punto di riferimento certo: il primo codice di rito del neonato regno d'Italia; il quale riproduceva, in alcuni casi addirittura integralmente, le norme contenute nel codice di procedura penale per gli stati di S.M. il Re di Sardegna del 20 novembre 1859.

Evidente era, del resto, l'infulenza subita dal codice preunitario - e di conseguenza del suo erede – da parte della codificazione francese; difatti, per soffermarci appositamente sul nostro campo d'indagine, tutta la parte relativa alle impugnazioni appariva, in particolare, come il risultato di quello spirito riorganizzativo e di razionalizzazione dell'intera materia, tipico, appunto, della legislazione napoleonica. Ad

una trattazione unitaria venne, in tal senso, preferita una ripartizione tra titoli dedicati al giudizio pretorile e quello dinanzi al tribunale correzionale che, come vedremo in seguito, comporterà delle differenze non irrilevanti sotto il profilo probatorio in appello, e costringerà, non poche volte, dottrina e giurisprudenza ad operazioni ermeneutiche non trascurabili, volte, spesso, ad evitare conseguenze negative per l'imputato.

Ma, prima di procedere oltre, è necessario, senz'altro, sottolineare un dato fondamentale: l'esperienza giuridica italiana si è, difatti, sempre distinta – e fondamentale lo è tutt'oggi - per il carattere essenzialmente eccezionale, riconosciuto all'istruzione probatoria in appello. Eccezionalità che, risalta agli occhi non solo da un'analisi comparativa con la "vera" fase istruttoria, quella del dibattimento in primo grado, ma che si palesa maggiormente guardando a quella che pare essere l'idea che il legislatore ha di uno schema tipico dell'appello "caratterizzato dal riesame dei verbali relativi alle prove raccolte nel dibattimento di primo grado"¹. Questa oscillazione tra *novum iudicium* e *revisio prioris instantiae* sarà, difatti, il nucleo delle principali discussioni sul tema.

Sotto il profilo strutturale, quindi, l'appello, nel codice del 1865, assume una fisionomia essenzialmente cartolare, che si caratterizza per la presenza di due fasi fondamentali: una relazione della causa ad opera di un componente del collegio designato dal presidente; ed una

¹ Testualmente A.MAZZARRA, *La rinnovazione del dibattimento in appello*, Cedam, 1995, p. 1.

discussione dibattimentale conseguente la lettura della relazione.

Grazie al primo adempimento il giudice del gravame è messo in condizione di conoscere i fatti portati dinanzi al giudice di prima istanza ma - ed è questo il profilo problematico - l'accesso a questa prima cognizione avviene per opera di una selezione critica realizzata dal relatore. Cognizione, in realtà, mediata due volte, se possibile; una prima perchè dinanzi al giudice di appello si presenta una causa dai confini nuovi - nell'eventualità di una devoluzione parziale - una seconda mediazione perchè i fatti che la corte andrà a valutare saranno stati, in sostanza, precedentemente vagliati da altri.

Dimostrazione di tale impostazione, comprimente dell'istruttoria in appello, è la previsione codicistica secondo cui il dibattimento di appello dovesse svolgersi senza l'esame di testimoni e dei periti (art. 363, 2° comma, c.p.p. 1865); nonostante un rinvio testuale alle disposizioni attinenti alla discussione nel giudizio di prima istanza (artt. 362, 2° comma, e 416 c.p.p. 1865), il distacco sotto il profilo probatorio è infatti evidente proprio a causa di tale doppia preclusione.

"Così modellato, il rito dell'appello risulta[va]", quindi, "di massima, privo di un autonomo spazio destinato all'esperimento di attività probatorie"², una volta esaurito l'interrogatorio dell'imputato - unico residuo contributo non mediato alla cognizione del giudice di appello - quello che restava, infatti, non era altro che un convincimento quasi intergralmente - se non del tutto - formato su atti del fascicolo processuale.

Eppure, la normativa in questione mostrava, comunque, delle pur

² Si veda F. PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio di appello*, CEDAM, 1995, p. 8.

minime aperture; soffrendo, difatti, di alcune deroghe che riconoscevano espressamente la facoltà del giudice a "sentire nuovamente i testimoni chiamati nel primo giudizio, od anche sentirne altri, sia a carico che a discarico"³ (art. 363, 2° comma) qualora ne rilevasse la necessità. In tal senso, quindi, una riapertura del dibattimento ed un tentativo, seppur parziale, di restituire connotazioni di oralità ed immediatezza alla fase in questione, non era *tout court* escluso, almeno sotto il profilo formale.

Questa facoltà di rinnovare il dibattimento ed escussione di nuovi testimoni si presentava, però, modellata differentemente a seconda che si trattasse di giudizio dinanzi al tribunale correzionale, in veste di giudice di secondo grado, o dinanzi alla corte d'appello; tale possibilità era infatti riconosciuta a condizioni più rigorose nei giudizi d'impugnazioni alle sentenze del tribunale correzionale, potendo la corte d'appello disporre la rinnovazione solo se ritenuta "assolutamente indispensabile per la delucidazione del fatto" (art. 417, 2° comma, c.p.p. 1865).

Il giudice di appello aveva, quindi, un margine di manovra sotto il profilo probatorio decisamente limitato, essendo rimesse alla promozione d'ufficio solo la ripetizione del dibattimento di primo grado e l'escussione dei testi (art. 363, c.p.p. 1865); ma d'altronde, gli spazi angusti entro cui il giudice era costretto a muoversi, si mostravano in armonia con le scelte del legislatore di voler rimettere alle parti la ricerca e la presentazione degli elementi probatori⁴.

3 Cfr. Borsani-Casorati, *Codice di procedura penale italiano*, VI, Milano, s.d., p. 225.

4 Cfr. A. MAZZARRA, *Op. Cit.*, p. 40.

Nonostante ciò, la "discrezionalità dell'apprezzamento in ordine all'esigenza di reiterare la prova testimoniale o di integrarla"⁵ e la mancanza di una norma che imponesse al giudice un provvedimento motivato avvalorò la tesi, diffusa sia in giurisprudenza quanto in dottrina, che non vi fosse alcun obbligo in capo al giudice di indicare i motivi che lo avessero portato ad esercitare il relativo potere. Il magistrato era, quindi, assolutamente libero di emanare ordinanza di rinnovazione ed era altrettanto libero di revocare una precedente ordinanza ove si fosse successivamente convinto della superfluità di tali nuovi adempimenti probatori in aggiunta di quelli precedenti⁶.

Ulteriore deroga ad un appello avente fisionomia tipicamente cartolare era, però, la previsione, contenuta nel medesimo articolo, che riconosceva alle parti la facoltà di fare "nuove produzioni, deduzioni ed istanze" (art. 417, 1° comma); il dettato era espressamente riconosciuto solo per i giudizi dinanzi alla corte d'appello, non anche per i gravami avverso le sentenze pretorili (anche se fu pacificamente esteso anche a tale sede, essendosi riconosciuto, tra l'altro, più elevato il rischio per l'imputato, a causa delle minori garanzie del giudizio dinanzi al pretore "non solo perchè è unico il magistrato ma anche perchè non è prescritto che il difensore dell'imputato sia un avvocato o un procuratore esercente")⁷.

Nonostante l'assenza di qualsivoglia limite normativo alle "nuove produzioni, deduzioni ed istanze", sia dottrina che giurisprudenza precisarono, comunque, che "resta fermo – ben inteso - il limite della

⁵ Testualmente A.MAZZARRA, Op. Cit., p.42.

⁶ Cfr. A.MAZZARRA Op. Cit., p. 42.

⁷ Osserva L.Casorati, *Appello, in Dig. it.*, vol. IV, Torino, 1896, p.116.

fisionomia devolutiva propria dell'appello, alla luce della quale le istanze delle parti non possono tradursi in una impropria restituzione in termini per la presentazione di motivi nuovi"⁸. Le istanze dovevano quindi adattarsi ad un profilo che perseguisse un maggior accertamento ma pur sempre entro il disegno delineato dai motivi di gravame; in caso contrario, sarebbe stata palese la violazione delle norme che pongono limiti temporali perentori alla presentazione dei motivi di appello. Consentito era, dunque, chiarire e dimostrare il campo di analisi formato con l'atto di appello, ma entro il perimetro preventivamente delineato dai motivi di gravame, nient'altro.

In relazione al tema se fosse necessario un provvedimento motivato o meno che respingesse o ammettesse le richieste istruttorie, al contrario, non fu mai data risposta univoca e generalmente accettata: la giurisprudenza oscillò a lungo tra riconoscere una "facoltà incensurabile del magistrato" nell'ammettere "in giudizio d'appello le nuove prove richieste dalle parti"⁹ e chi invece, *ex adverso*, era convinto che in caso di richiesta espressa delle parti ad una più ampia istruzione corrispondesse un obbligo di provvedimento motivato del giudice.

Il quadro normativo delineato pare, quindi, aprire varchi ad un recupero - seppur ben lontano da un disegno realmente soddisfacente - di un'immediatezza nel giudizio di appello che, come abbiamo sottolineato ad inizio paragrafo, appare refrattario, per come costruito dal legislatore nel corso degli anni, a sbocchi significativi.¹⁰ Ma tale è

8 Così F.PERONI, Op. Cit., p.11.

9 Cfr. Cass. Torino, 15 luglio 1885, Gallo, in riv. Pen., XXIII, 1886, p. 47.

10 Cfr. F.PERONI, Op. Cit., p. 11.

"l'impressione offerta, al riguardo, da una lettura esclusivamente focalizzata sull'area in esame (...) destinata a ridimensionarsi ove l'attenzione si sposti ad altri piani d'indagine"¹¹. Il processo penale delineato dal codice di rito del 1865 mostra infatti una palese propensione per la fase delle indagini preliminari come sede effettiva della formazione delle prove; le deroghe ad immediatezza ed oralità previste persino in tale fase non potevano, quindi, che riprodursi in una eventuale, e comunque tendenzialmente eccezionale, rinnovazione dell'istruttoria in fase di appello. Si aggiunga poi che, l'iniziativa probatoria di parte in appello, era fortemente limitata da un orientamento giurisprudenziale tendente a disconoscere il carattere di vero e proprio diritto, e propenso, invece, a riconoscere come "incensurabile in cassazione la decisione del magistrato d'appello che respinge le nuove deduzioni ed istanze delle parti"¹², escludendo quindi qualsiasi obbligo di motivazione in capo al giudice.

2. Appello: abolizione o mantenimento?

A cavallo tra il diciannovesimo ed il ventesimo secolo la discussione giuridica fu in parte monopolizzata da un'accesa diatriba tra propugnatori dell'abolizione dell'appello e chi, al contrario, ne auspicava non una semplice conservazione ma un ampliamento

¹¹ Testualmente F.PERONI, Id., p. 12.

¹² Si veda Cass. Roma, 30 aprile 1888, Paone, cit., p.207.

concreto, seppur entro i limiti di un secondo grado comunque avente fisionomia cartolare e vocazione di controllo della fase precedente; il dibattito in questione, d'altra parte, non caratterizzò esclusivamente il nostro paese e la nostra tradizione giuridica, andando ben oltre i confini nazionali¹³. E dopotutto, i temi dibattuti che si registrano in quel periodo furono numerosi, e, seppur caratterizzati da eterogeneità congenite e differenze concettuali, si mostrarono, in un certo modo, tra loro strettamente correlati. "Non di rado rieccheggiano posizioni maturate nella dottrina d'oltralpe, che coinvolge alcuni dei nodi cruciali della cultura processualistica dell'epoca(...)il tema dell'abolizione dell'appello si intreccia, infatti, a problematiche quali l'introduzione della giuria popolare, il consolidarsi del principio dell'intimo convincimento, e l'enfatizzazione del valore dell'oralità dibattimentale"¹⁴; in particolare quest'ultimo profilo spesso verrà utilizzato come sostegno alle principali critiche mosse nei confronti dell'appello, visto come retaggio dell'*ancien régime* (giuridico e non solo), ed ostacolo vero e proprio al trionfo di principi come il libero convincimento e l'oralità del dibattimento, ritenuti cardini del patrimonio della moderna cultura giuridica¹⁵.

Da una parte, quindi, si patrocinava l'abolizione dell'appello, sottolineandone - a causa della fisionomia cartolare - le carenze evidenti, che portavano, necessariamente, ad una cognizione del giudice di seconda istanza eccessivamente mediata; un giudizio

¹³ Dimostrazione ne è il dibattito d'oltralpe, ripreso anche da una parte non indifferente della dottrina italiana. Si veda al riguardo C.CESARINI, *Dell'appello in penale*, cit., p. 131 s.

¹⁴ Così F.PERONI, Op. Cit., p. 14-15

¹⁵ Cfr. F.PERONI, Id., p. 16

caratterizzato da una valutazione dei fatti così come riportati dal relatore, ed un'analisi delle risultanze processuali solo tramite i verbali del giudizio di primo grado. Un giudizio, quindi, che mal si sarebbe conciliato con un sistema tendente ad un convincimento morale del giudice. Sotto diversa prospettiva, invece, veniva sottolineato come l'unico modo per favorire la formazione di una decisione più giusta ed equa fosse proprio quello di procedere verso un ampliamento significativo dell'attività istruttoria nel giudizio di secondo grado, e non verso l'abolizione dell'appello¹⁶.

Si assistette, quindi, ad un alternarsi, a cavallo di quegli anni, di progetti di riforma che disegnavano un giudizio penale senza secondo grado, ed altri che, al contrario, avanzavano proposte di potenziamento delle facoltà, tanto delle parti quanti officiosi, per l'introduzione di prove nuove in tale fase del processo.

Ma nonostante ciò, le proposte di chi patrocinava il mantenimento dell'appello furono pur sempre inserite in un contesto che presupponesse la struttura cartolare del secondo grado; senza quindi andare a stravolgere quella che pareva comunque essere una configurazione oramai acquisita, di un giudizio d'appello che mostrava il proprio nucleo in una mera ripetizione del percorso gnoseologico del giudice di prime cure¹⁷.

16 Cfr., A.MAZZARRA, Op. Cit., p.47-48.

17 Degni di nota il progetto De Filippo, contenente norme per "*l'unificazione legislativa nelle diverse province del regno. Modificazioni all'organico giudiziario, al codice di procedura civile e ai codici penale e di procedura penale*", presentato alla camera dei deputati in seduta del 18 aprile 1868; il disegno di legge Calenda contenente "*disposizioni relative alla composizione del tribunale penale, all'appello e ai giudizi contumaciali, di opposizione, di revisione e di cassazione*", che prevedeva la soppressione dell'appello contro le sentenze del tribunale, conservandolo per le sentenze pretorili, ritenendo più semplice l'errore in caso di singolo magistrato. Presentato in senato il 13 luglio 1895.

Una delle proposte più significative dell'epoca – che prevedeva per la prima volta tre ipotesi chiare e reali di rinnovazione - fu il disegno di legge presentato dall'allora Ministro Orlando contenente *"Disposizioni per rendere più sollecita l'amministrazione della giustizia"*. Il profilo maggiormente innovativo era, senz'altro, la presenza di un obbligo (e non più la semplice facoltà) in capo al giudice, di procedere alla rinnovazione in ben tre casi: A) "ritenesse che gli atti non fossero sufficienti per pronunciare il suo giudizio sul gravame"; B) "vi fosse istanza conforme del pubblico ministero e del difensore del condannato"; C) pronunciava l'annullamento della sentenza di primo grado per violazione di forme stabilite a pena di nullità verificatesi in dibattimento.

Inizialmente la proposta venne accolta positivamente; in particolare dalla commissione incaricata di studiare e proporre le modifiche da introdurre con il nuovo codice di rito, nonostante la presenza di ben tre ipotesi di rinnovazione automatica. Ma con l'intensificarsi delle discussioni sul tema, prevalse, lentamente, il timore che il riconoscimento di un vero e proprio diritto delle parti avrebbe rappresentato un potenziale ostacolo alla definizione del giudizio, a discapito dell'economia processuale¹⁸. Apparve, perciò, come la migliore delle soluzioni, quella di non vincolare il giudice ad un vero e proprio obbligo di rinnovazione; escludendo, quindi, che il giudizio fosse ancorato ad alcun automatismo, anche se circoscritto ad ipotesi tassative. Fu approvato l'enunciato di principio in base al quale "il giudice di appello potrà ripetere in tutto o in parte il dibattimento quando non creda sufficiente per giudicare l'appello la istruzione che

¹⁸ Cfr., A. Mazzarra, Op. Cit., p. 49

gli è stata trasmessa"¹⁹. Con un ritorno, quindi, di una piena discrezionalità giudiziale; tanto che i successivi progetti preliminari, ed il testo definitivo del codice del 1913, si conformeranno a tale enunciato.

Variamente articolata si presentava la gamma di argomenti addotti dall'orientamento abrogazionista e da quello conservatore per dimostrare la bontà delle rispettive enunciazioni. Una principale tesi scelta dai propugnatori della soppressione del secondo grado, era infatti "la necessità di un'inversione dei rapporti tra istruzione e giudizio" che elevasse "quest'ultimo a sede naturale della dialettica per la prova"²⁰. Il principio di oralità veniva quindi individuato come la principale e più idonea garanzia ad assicurare un contatto non mediato tra giudice e fonte probatoria²¹. Ed è proprio questa "enfaticizzazione del dibattimento di primo grado"²² che permette di comprendere l'avversione, di una parte della dottrina di allora, per l'istituto dell'appello; sede di un giudizio dove oralità ed immediatezza verrebbero, difatti, puntualmente mortificati. L'avversione per l'istituto arriva a tal punto da sottolineare come il giudizio di secondo grado "mina e distrugge il principio fondamentale dell'oralità, e questo in doppio modo, perchè pone a base dell'apprezzamento delle prove le mute carte e perchè trasporta negli atti scritti il centro di gravità del processo"²³. A nulla sarebbero servite, in tal senso, le proposte di chi riteneva possibile evitare una umiliazione del principio di oralità

19 Testualmente, Id., A.Mazzarra,p.49

20 Si veda F.Peroni, Op. Cit., p.14.

21 Cfr. F.Peroni, Id., p.14-15

22 In proposito F.Peroni, Id., p. 15.

23 Testualmente, C. Cesarini, Op. Cit., p. 412.

mediante un rimodellamento del secondo grado rendendo obbligatoria la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale; poiché procedendo in questo senso si andrebbe, secondo i teorici abolizionisti, solo a discapito dell'economia processuale, per giunta senza nessuna garanzia di immunità da errore per il giudice.

Eppure, impossibile da ignorare, da parte degli abolizionisti, appariva la principale obiezione mossa dai fautori della conservazione che, pur semplice, si presentava come ardua da eludere: "la funzione di garanzia connaturata ad un istituto che si offre quale rimedio critico nei confronti di una decisione ritenuta ingiusta"²⁴. Principalmente su questo presupposto si basano, difatti, gran parte delle tesi conservatrici, secondo le quali "un secondo e più maturo esame della stessa causa dinanzi ad un maggior numero di magistrati che per posizione, per dottrina e per esperienza sono in grado di offrire titoli di più solida garanzia, dietro tutti gli elementi del primo giudizio e le osservazioni critiche delle parti, non può non essere proficuo al più regolare indirizzo della procedura ed al migliore accertamento della verità e della giustizia"²⁵.

A tali considerazioni i teorici abolizionisti replicano proponendo soluzioni variamente articolate. Diffuso sarà, ad esempio, il "riscontrato nesso tra rimedi impugnativi e carenze della giustizia"²⁶; sottolineando, infatti, come l'abrogazione dell'appello debba inserirsi in un più ampio disegno di riforma delle norme dell'ordinamento

²⁴ Così F. Peroni, Id., p.16.

²⁵ Secondo F. SALUTO, *Commenti al codice di procedura penale per il regno d'Italia*, 2° ed., vol. IV, Torino, 1878, p.310.

²⁶ Testualmente, F. PERONI, Op. Cit., pagine 17

giudiziario, che si concentri in modo rilevante sull'organo giudicante in primo grado, potenziandone la collegialità, aumentando il numero dei componenti tecnici e ricorrendo, eventualmente, al giurì o allo scabinato. Rispondendo invece in modo più diretto a chi riconosceva l'inderogabile funzione garantistica rivestita dall'appello, una parte della dottrina abolizionista affermò che tali istanze di garanzia non devono essere riposte nel doppio grado di giudizio, ma devono trovare realizzazione, per una effettiva tutela dell'imputato, nella più idonea sede del dibattimento di primo grado²⁷.

In un'ottica totalmente diversa (seppur convintamente abolizionista) si posero alcune figure di spicco della tradizione giuridica italiana, tra questi Arturo Rocco. Facendo leva, infatti, sul profilo "necessariamente" autoritativo che deve (*rectius*: dovrebbe) caratterizzare la decisione giudiziale, l'appello veniva individuato come un istituto "perfettamente contrario e antitetico al concetto del giudice ed al carattere della funzione giudicante, penale o civile che sia"²⁸. A sostegno di tale tesi venne rimarcato come in caso di errore giudiziario, che rappresenta "un'eccezione rispetto alla verità, che è la regola"²⁹, il rimedio più idoneo non può essere altro se non quello straordinario della revisione; se è stata dimostrata "una" verità giudiziale (che tale quindi non è, essendo la verità giudiziale unica), ed intento dell'imputato è quello di evidenziare l'errore, così da dimostrare una "verità contraria", la via obbligata può essere solo quella di un rimedio straordinario quale la revisione, perchè tale fine si

27 Cfr., F.PERONI, Op. Cit., p. 18.

28 Così Art. ROCCO, *Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale*, vol. I, Modena, 1904, p.308.

29 Ancora Art. ROCCO, Op. Cit., p. 305.

raggiunge solo grazie alla sopravvenienza di nuovi elementi di prova e non mediante un mero riesame critico della decisione³⁰.

Ma già da questi brevi cenni alle posizioni ablizioniste (in particolare le ultime citate), si palesa il problema di fondo che ha contribuito acchè non venissero accolte le teorie che vedevano nell'istituto dell'appello un "nemico" del giusto processo; risulta evidente, infatti, la volontà di voler sacrificare le reali istanze di garanzie per l'imputato riposte anche, ma non solo, nel doppio grado di merito, a favore di una esigenza di pronta reazione dell'ordinamento alla condotta penalmente rilevante. Esigenze spesso protette riconoscendo come necessario l'appello, ma solo da un punto di vista meramente formale, per poi ridurlo, in sostanza, ad una scatola vuota, in quanto privo di quelle che sono le reali connotazioni di garanzia³¹.

2.2 Verso il codice di procedura penale del 1913

Il processo di neo codificazione inizia, quindi, ben prima del 1913, ed il dibattito sull'abrogazione dell'appello non è altro che uno, seppur molto significativo, dei temi che vengono affrontati agli albori

30 Cfr. F.PERONI, Op. Cit., p. 18.

31 Esempio lampante sono le posizioni di R. GAROFALO, *Criminologia*, 2^{ed.}, Torino, 1891, che chiaramente riconosce come "*gli appelli ed i ricorsi non dovrebbero già essere banditi, ma conservati in tali limiti da rendere impossibili gli esempi di condanne non eseguite per due, tre o più anni, di prescrizione acquisita nel frattempo, di annullamenti per formalità puramente esterne e che non hanno potuto in alcun modo influire sul contenuto della sentenza*", p. 414.

del novecento, e che condizioneranno, in modo rilevante, non tanto i corpi legislativi successivi quanto la strada che porterà al codice di rito del 1913, che avrà vita breve, e al codice del 1930, poi, che, al contrario, resterà in vigore per più di mezzo secolo.

Il percorso di elaborazione del nuovo codice inizia, per dare un punto di partenza a questo *excursus*, con l'istituzione nel 1898 della commissione presieduta dal guardasigilli Finocchiaro – Aprile; il periodo in questione mostra con evidenza come il dibattito di fine secolo, su una possibile abolizione dell'appello, si sia diretto in modo netto verso l'opzione conservatrice: lo dimostreranno, del resto, i numerosi disegni di legge e proposte di riforma tesi ad ampliare la fase istruttoria in appello che, nonostante privati di una successiva positivizzazione, rappresentano preziosissimo contributo per comprendere come si fosse oramai definitivamente evoluta - in senso esplicitamente aperto a discutere su come riformare l'appello - la coscienza giuridica italiana, verso un tema non visto più essenzialmente come un tabù inviolabile.

Ma, a dispetto delle apparenze, le scelte conservatrici di un giudizio con doppio grado di merito non si tradussero in un atteggiamento ossequioso verso l'assetto precedente, quello del codice del 1865, al contrario. Verranno, difatti, negli anni successivi, elaborate numerosi tesi che presentano un concetto del processo penale "più schiettamente liberale"³² rispetto al codice del 1865.

In tale scenario, il legislatore si avvicina alla materia di nostro interesse partendo da quello che, come notato in precedenza, era stato il protagonista assoluto delle discussioni sul mantenimento

³² Secondo le parole di M. CHIAVARIO, voce *Codice di procedura penale*, cit., p. 258.

dell'appello: l'oralità del dibattimento. Nello specifico, il tema che maggiormente interesserà la dottrina giuridica, e che poi si tradurrà in discussioni parlamentari, è il rapporto intercorrente tra scrittura ed oralità all'interno delle fasi dibattimentali. Se infatti in primo grado, nonostante le deroghe talora anche vistose, l'oralità non pare essere materia di discussione, la situazione è completamente differente, invece, nella fase di appello dove eccetto alcune isolate proposte mai tradotte in legge³³, lo spazio destinato all'istruttoria è ridotto, e dove tutti i possibili casi - comunque tassativi - di rinnovazione obbligatoria, proposti di volta in volta in seno alle commissioni, vengono, puntualmente, sacrificati in favore di una più rassicurante facoltatività riconosciuta in capo al giudice.

Eppure, i termini entro cui ci si muove per ridisegnare la disciplina dell'appello dimostrano come, nonostante sia ormai avvertita l'esigenza di tutelare i valori di oralità - immediatezza, si ponga, altrettanto stabilmente, l'idea che non sia impossibile riportare le risultanze di fatto mediante i verbali dell'udienza precedente, purchè puntualmente redatti³⁴. Ed è questo il contesto entro cui vengono mossi i primi passi per ridisegnare non un singolo istituto, seppur fondamentale come l'appello, ma l'intero codice di procedura; e

33 Vedi la proposta dell'allora Ministro Orlando, p. 7-8.

34 Una posizione prossima a quella in questione verrà assunta anche dall'allora guardasigilli Finocchiaro – Aprile che presentando il progetto del codice alla camera nel 1905. *"Non disconosco – osservava il ministro- l'importanza del principio di oralità: ma parmi che, impugnando l'appello da questo aspetto, non si tenga conto dell'influenza che l'istruzione scritta esercita nel giudizio, e della quale, soprattutto nel processo misto, non si può sopprimere ogni traccia. Il principio dell'oralità è senza dubbio prevalente nel giudizio penale: ma non è il solo su cui sempre ed esclusivamente si fonda la convinzione del giudice, il quale spesso valuta non soltanto le prove che cadono sotto i suoi sensi, ma anche quelle scritte, che fanno parte del dibattimento dopo essersi data lettura degli atti"*

dopotutto, è grazie a queste considerazioni che "si spiegherà la primaria attenzione dedicata (...) al problema dei possibili espedienti atti ad assicurare maggiori spazi di oralità al giudizio di secondo grado"³⁵ come garanzia di giustizia assolutamente non sacrificabile.

La commissione presieduta dal guardasigilli affrontò, quindi, il problema della struttura dell'appello sotto molteplici punti di vista; in relazione alla questione della istruttoria dibattimentale, nello specifico, si pose coerentemente su una linea di favore verso un ampliamento delle prerogative di oralità offerte al giudice del secondo grado. E due furono, in tal senso, i capi d'imputazioni mossi verso il processo disegnato dal codice del 1865: il pericolo di eccessivo condizionamento del giudice, la cui cognizione, come sottolineato, era influenzata da una attività di relazione sull'oggetto della causa, effettuata da un componente del collegio designato dal presidente, fin dai primi tempi profondamente stigmatizzata da una parte non irrilevante della dottrina giuridica; più generico, ma di matrice comune al problema precedente, era l'altro aspetto, ovvero lo spazio eccessivo riservato alla lettura degli atti del primo grado, che contribuiva, ovviamente, in modo considerevole alla mortificazione dell'oralità nel secondo grado.

Le problematiche sottese al tema in questione non lasciarono la commissione indifferente; in uno dei progetti di riforma presentati, infatti, si contemplò addirittura la possibilità di attribuire al pubblico ministero la competenza, in luogo di un componente del collegio, a redigere la relazione della causa. Inoltre, sempre all'interno di un

³⁵ Con le parole di F. PERONI, Op. Cit., p. 23.

medesimo disegno, si prospettò la necessità di confinare, entro i limiti di un apprezzamento giudiziale, la lettura dei verbali, tutt'al più subordinandola ad iniziativa di parte o presidenziale.³⁶

Il lavoro della commissione non si concentrò, però, solo sull'identificazione di quei connotati del giudizio di secondo grado che mortificassero i principi di oralità – immediatezza, con l'obiettivo di sopprimerli; era infatti evidente, come si rendesse assolutamente indispensabile un intervento che rafforzasse le possibilità, per il materiale probatorio, di trovare ingresso nella fase di gravame, introducendo, ad esempio, alcune ipotesi tassative di rinnovazione obbligatoria - come già proposto in passato - tra cui quella in caso di iniziativa concorde delle parti. Ma, come in precedenza, ad una soluzione realmente innovativa venne preferita una dal profilo decisamente più cauto, mantenendosi l'ampia discrezionalità per il giudice.

Per quanto riguarda le parti, invece, in merito alle facoltà probatorie, non mancarono evidenti segni di apertura verso una struttura maggiormente tollerante; e questo, nonostante si rimanesse comunque in un contesto meramente propositivo, che raramente si sarebbe poi tradotto in dettato legislativo. Alle parti si riservava piena facoltà in ordine alla presentazione di istanze e documenti - anche *ex novo* - nonchè si riconosceva la possibilità di richiedere l'esame di

³⁶ Recitava infatti l'art. 474 dello schema di progetto che "*nell'udienza il pubblico ministero espone l'oggetto dell'appello*". Si veda come nella relazione di accompagnamento (testo in L. MORTARA e ALTRI, *Commento al codice di procedura penale*, p.te I, vol. I, cit., p. 617) venga sottolineato che fine della norma fosse quello di convertire la "*relazione in una nuda esposizione dell'oggetto della causa, deferendola, però, al pubblico ministero, per mantenere il giudice perfettamente neutrale prima della pronuncia della sentenza*".

nuove prove e "su nuovi fatti o nuove circostanze dei periti o dei testimoni assunti nel primo giudizio"³⁷.

Nonostante nel 1902 la commissione venne ricostituita ed ampliata, e le venne sottoposta la bozza di progetto, gli anni successivi coincideranno con la fase di revisione che comporterà l'abbandono di diversi aspetti innovativi contenuti nel originario tessuto normativo.

Emblematico di un ritorno ad assetti tradizionali fu la scelta di reintegrare la relazione della causa nell'alveo delle competenze di un componente del collegio giudicante; affiancato da un abbandono di prospettive volte a limitare l'esposizione degli scritti o il contenuto degli stessi.³⁸ I risultati della revisione condussero ad un testo che, una volta licenziato, venne portato all'attenzione del guardasigilli sostanzialmente invariato. Nonostante avesse perso i caratteri maggiormente innovativi, il progetto presentato non si mostrava, comunque, come semplice riproposizione della struttura tradizionale, benchè i connotati rilevanti questo suggerissero. Si registrarono, in tal senso, rilevanti passi in avanti in alcuni ambiti; in primo luogo venne delimitato lo spazio relativo alle letture, escludendosi qualsiasi automatismo e subordinando, il tutto, all'apprezzamento del presidente (art. 540, 3° comma). Inoltre, anche grazie al favore della commissione ministeriale, si andò ad ampliare la facoltà, sia in capo al giudice che alle parti, di presentare nuovi documenti e di esaminare

³⁷ Recita l'art. 475 della bozza redatta dalla sottocommissione, vedi L. MORTARA e ALTRI, in *Commento al codice di procedura penale*, p.te I, vol. I, cit., p. 620.

³⁸ Il ripristino delle forme tradizionali trovò il consenso diffuso per il timore che "i limiti imposti alla esposizione non darebbero al magistrato quella nozione completa della causa che è necessaria per pronunciare il suo giudizio sul gravame..." (Cosi, L. MORTARA e ALTRI, op.ult.cit., p. 618).

nuove prove, dando la possibilità di "sentire anche su nuovi fatti e nuove circostanze i testimoni esaminati nel primo giudizio" (541, 1° comma).

Il cambio al dicastero comportò un arresto del processo di riforma, senza arrivare alla definitiva approvazione prima della fine della legislatura. Sarà necessario attendere il 1911 e la nuova nomina a guardasigilli del ministro Finocchiaro-Aprile per assistere ad una rilevante accelerazione che porterà, due anni dopo, alla promulgazione del nuovo codice. La prima iniziativa fu il recupero del progetto di riforma del 1905, che venne, però, adeguatamente integrato da incisive modifiche divenute doverose in conseguenze di alcune riforme settoriali intervenute durante gli anni di quiescenza, e soprattutto per soddisfare il mutato scenario e le nuove istanze della cultura giuridica. In relazione all'appello, però, gran parte dell'energia propositiva e delle discussioni si condensarono, in modo prevalente, su un altro argomento di importanza preminente che - seppur collegato al nostro campo d'indagine - riguarda un ambito differente, ovvero quella il tema della *reformatio in pejus*.

2.3 Il codice del 1913

Il nuovo codice ripropose il tradizionale principio secondo cui nel giudizio di appello non si dovesse far luogo all'esame di periti e testimoni (art. 491, 4° comma, c.p.p. 1913), ma andò a dilatare in modo non indifferente i poteri istruttori riconosciuti al giudice, il quale, su richiesta della parti o anche *ex officio*, poteva "ordinare la presentazione di nuovi documenti, la rinnovazione in tutto o in parte del dibattimento, l'esame, anche su nuove circostanze, dei testimoni o periti del primo giudizio, o oltre prove" (art. 493, c.p.p. 1913).

Risalta immediatamente agli occhi, dalla lettura di queste righe, il nuovo ruolo di supplenza riconosciuto al giudice, cui veniva riservata la facoltà di introdurre elementi aventi addirittura caratteri di originalità rispetto alle fasi precedenti del processo in corso. Un ruolo che - guardando l'ordito normativo che disciplinava il primo grado - gli era stato a lungo riconosciuto solo nella fase precedente. A tal proposito, le competenze del magistrato spaziavano dalla possibilità di disporre nuovi accertamenti istruttori, fino a decidere l'accesso ai luoghi in cui era stato commesso il fatto (art. 400, 1° comma, c.p.p. 1913), ordinare la citazione di testimoni e prescrivere che si procedesse al loro esame, o anche chiedere nuovi documenti (art. 400, 2° comma, c.p.p. 1913).

Ma sebbene - come rileviamo - i poteri riservati al giudice in ambito istruttorio fossero stati accresciuti rispetto al passato, il codice non produsse medesimi risultati in relazione alla posizione delle parti,

limitandosi a riconoscere la possibilità di "fare nuove produzioni, istanze e deduzioni, in relazioni ai motivi di appello già proposti" (art. 493, c.p.p. 1913), riproducendo la formula già sperimentata nel *corpus* precedente.

Nonostante il legislatore avesse mostrato reali intenzioni di innovazione e razionalizzazione della materia, non deve infatti trarre in inganno la scelta di ricondurre l'intera questione delle istanze istruttorie in un unico capo, l'art. 493 c.p.p. del 1913, che potrebbe indurre a pensare ad una posizione paritaria – sotto il profilo istruttorio – di parti e giudice. Le parti e giudice, infatti, non si troveranno mai sullo stesso piano, ma permarrà anche "nel testo in discorso, un sensibile discrimine tra interventi riservati all'iniziativa del giudice ed attività di integrazione probatoria devoluta alle parti"³⁹.

Queste ultime sono sì riconosciute come titolari di un vero e proprio diritto processuale, ma pur sempre da esercitare entro chiari ed inderogabili limiti⁴⁰.

Ma il dettato del nuovo codice di rito – proseguendo oltre – mostrava in realtà, ad una attenta analisi, una scelta del tutto inedita, con l'introduzione, difatti, di una netta delimitazione tra appello del pubblico ministero e appello dell'imputato. Ovvero una devoluzione sensibile al soggetto impugnante. Se il gravame era proposto dal pubblico ministero, al giudice d'appello veniva, infatti, attribuita "la piena cognizione del procedimento" (art. 480, 1° comma, c.p.p. 1913), e l'imputato aveva la facoltà, a quel punto, di "addurre tutti i suoi mezzi di difesa" (art. 480, 1° comma). Il riconoscimento di tale facoltà

³⁹ Si veda F. PERONI, Op.cit., p 31.

⁴⁰ Cfr. F PERONI, Id., p. 32.

alle parti, in caso di devoluzione piena ed appello incidentale, operava nel senso di rendere possibile una *reformatio in melius* anche dei capi della sentenza non oggetto di gravame da parte dell'organo dell'accusa.

In assenza di iniziativa di parte, il giudice era però vincolato entro i limiti segnati dal P.M. con l'atto di appello, vedendosi preclusa, quindi, anche la ricerca di mezzi di prova favorevoli all'imputato. La giurisprudenza, del resto, interpretò il dettato normativo nel senso di non riconoscere sempre, in caso di appello del pubblico ministero, l'effetto devolutivo totale; in caso di appello parziale, infatti, il precetto dell'art. 480 c.p.p. era inoperante, e il giudice era legittimato a riesaminare tutta la sentenza solo su istanza dell'imputato, e comunque entro i limiti della relativa domanda. La norma in questione rappresentava, in fin dei conti, ipotesi derogatoria rispetto al limite *ex art. 493* dello stesso codice, che comunque prescriveva il nesso necessario tra deduzioni e motivi d'appello già formulati.

Ma, venuta meno nei testi definitivi ogni proposta di rinnovazione obbligatoria – eccetto una, che a breve verrà analizzata - ciò che rimaneva era, quindi, un'amplissima discrezionalità del magistrato in merito alle richieste istruttorie delle parti, potendo, questi, ordinare la rinnovazione quando riteneva di "non essere in grado di pronunciare allo stato degli atti" (art. 493 c.p.p. 1913); e la decisione di quest'ultimo, per opinione diffusa in giurisprudenza, non era censurabile, se non per violazione di legge, con il ricorso per Cassazione.

Eppure, come anticipato, in realtà, nel nuovo *corpus* normativo, fu introdotta un'ipotesi di rinnovazione obbligatoria; e quest'ultima - seppur circoscritta ad una ipotesi specifica – ci mostra comunque una

sensibilità crescente, da parte della dottrina giuridica italiana, verso il tema dell'istruttoria in appello.

Si enunciava, con tale ipotesi, il principio secondo cui ogniqualvolta, nel giudizio di primo grado, si fosse verificata una nullità assoluta insanabile, il giudice del gravame, dopo aver rilevato il vizio, avrebbe dovuto ordinare "la ripetizione dell'escussione dibattimentale" (art. 495, 1° comma, c.p.p. 1913). In caso di nullità sanabile ma non sanata, al contrario, veniva invece riconosciuta la possibilità al giudice di "ordinare la rinnovazione degli atti nulli" o decidere in merito, una volta dichiarata la nullità, ove avesse riconosciuto l'atto nullo non caratterizzato da "elementi concludenti al giudizio" (art. 495, 2° comma, c.p.p. 1913).⁴¹

Se, quindi, la nullità avesse colpito un atto prodromico o addirittura fondamentale (atto di citazione) per il giudizio, la cui invalidità si fosse poi propagata sugli atti successivi e consequenziali, l'unica soluzione sarebbe stata quella di una rinnovazione integrale del dibattimento. Sebbene, questo fosse il diritto scritto, altra, invece, la prassi invalsa in giurisprudenza.

Si tendeva, difatti, ad interpretare restrittivamente il precetto normativo, sottolineando come "quando si tratti di nullità sanabili, ma non sanate, che viciano atti fondamentali del processo, come appunto la citazione, il giudice d'appello procede senz'altro all'esame del merito, ordinando, ove occorra, la rinnovazione del dibattimento ai sensi dell'art. 493"⁴².

41 Cfr. A. MAZZARRA, Op.cit., pp. 52-53.

42 V. Cass., Sez. I, 23 aprile 1926, p.m. *In c. Graiff, in giust.pen. La procedura penale italiana (supplemento)*, 1926, c. 538.

3. Il codice di procedura penale del 1930

Va da subito chiarito che la tematica delle impugnazioni - e nello specifico dell'appello - non rivestirà ruolo centrale nelle discussioni che precedono e pervadono gli anni che porteranno alla promulgazione del nuovo codice di rito. L'appello, ed il tema dei rimedi impugnatori in genere, appaiono più come argomenti incidentali, come nodi da sciogliere per il perseguimento di obiettivi chiari che, seppur non pertinenti in modo evidente al tema in questione, ne avrebbero comunque influenzato in modo decisivo la struttura e la disciplina.

Emblematica appare in questo senso la questione della massima speditezza dei procedimenti, che mostra la volontà di riportare il processo penale a luogo ove l'interesse collettivo è il fine primario da raggiungere, anche a scapito delle garanzie individuali. Ed è ovvio, allora, che in un contesto di questo tipo, fin dai primi passi della ricodificazione, le impugnazioni appaiono come gli istituti più rischiosi, a causa del possibile uso (*rectius*: abuso) a scopi dilatori; ed in quanto tali, quindi, primi indiziati per un profondo ripensamento che rimarrà poi sul piano delle mere discussioni e mai si tradurrà realmente in dettato normativo.⁴³

43 Si registrò in quel periodo, addirittura, un riemergere della discussione tra abolizionisti e conservatori in tema di appello. Massimo esponente in quel periodo della corrente abrogazionista fu proprio il guardasigilli dell'epoca, Arturo Rocco, che più di una volta manifesterà le sue avversità per uno "*fra gli istituti processuali più combattuti*" (Si veda, la *Relazione del Ministro di giustizia e degli Affari di Culto*). Lo stesso Rocco, probabilmente di fronte al consenso unanime del parlamento per un mantenimento dell'appello, si attestò poi su posizioni più moderate sottolineando che "*data la nostra tradizione, la mentalità nostra, la consuetudine giudiziaria italiana, non sarebbe*

Con la consapevolezza, quindi, di quale fosse *l'humus* ideologico di quell'epoca, non sorprende come diffusa si palesasse l'avversione per un processo in cui il giudice si mostrasse subalterno alle parti, seppur a certe condizioni ed entro certi limiti; confliggendo, difatti, in modo visibile, con gli orientamenti politici, scientifici e culturali del tempo. Lo stesso mondo giuridico, del resto, non fu immune da un retroterra culturale che plagiò ogni ambito rilevante della vita pubblica e non solo; lo Stato, con la "S" maiuscola, non doveva semplicemente trovarsi, ma, ancor prima, mostrarsi su di un piano dominante rispetto al singolo cittadino, cui i diritti civili, politici e morali potevano – e talvolta dovevano - essere ripetutamente sacrificati nell'interesse dell'ordine pubblico.

In tale prospettiva lo Stato veniva impersonato, di volta in volta, dalle numerose figure pubbliche e di rilievo che articolavano l'intero apparato burocratico italiano. Il giudice non era altro che l'incarnazione del potere giurisdizionale, e di conseguenza, al magistrato, non poteva riconoscersi altro ruolo nel processo se non quello di parte centrale e soprattutto attiva su ogni piano, compreso quello istruttorio. Paradigmatica appare in tal senso la rubrica dell'art. 520 del nuovo codice che recita *"Facoltà del giudice d'appello: rinnovazione del dibattimento"*, che suggerisce, immediatamente, il protagonista di una eventuale rinnovata fase istruttoria in secondo grado.

Sotto il profilo strutturale la fisionomia cartolare - di mero riesame critico del materiale probatorio acquisito in primo grado -

facile affrontare il problema dell'abolizione di questo istituto" (Queste le parole usate nel suo *Discorso del Ministro della giustizia e degli Affari di Culto, il 27 maggio 1925*).

venne mantenuta riproducendo, in alcuni casi integralmente, il dettato normativo del codice precedente (art. 493, c.p.p. 1913). E si assistette, al contrario, alla soppressione della norma che riconosceva alle parti il diritto di fare "nuove produzioni, istanze e deduzioni"; a dimostrazione che, nonostante gran parte della normativa sul tema fosse rimasta formalmente invariata, profondamente dissonante si mostrava il contesto giuridico entro cui gli istituti sarebbero stati immersi da quel momento in poi. Sebbene, onde evitare un'eccessiva compressione delle facoltà delle parti, la dottrina prevalente tese ad interpretare in modo elastico il dettato codicistico; ritenendo, ad esempio, ammesse le nuove istanze e deduzioni, sempre entro i limiti dei motivi di appello, grazie ad una lettura comprensiva della parte finale dell'ultimo comma dell'art. 520: "Il pubblico ministero e le parti possono presentare direttamente all'udienza in cui intendono proporre la rinnovazione le prove nuove e quelle da riassumersi." (art. 520, 3° comma, c.p.p. 1930). Al giudice, viceversa, vennero conferiti poteri più ampi in ambito istruttorio, prevedendosi che "Se il giudice d'appello ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti, può anche d'ufficio ordinare la presentazione di nuovi documenti, la rinnovazione in tutto o in parte del dibattimento, l'esame anche su nuove circostanze dei testimoni del primo giudizio o l'assunzione di altre prove nuove; può sentire altresì i periti e consulenti tecnici, nei limiti in cui sono ammessi nel giudizio di primo grado, e nei casi di assoluta necessità può disporre una nuova perizia..." (art. 520, 1° comma, c.p.p. 1930).

Particolarmente significativo è l'ultimo periodo del comma appena citato, relativo alla disposizione di "nuova perizia"; la

delimitazione di un nuovo accertamento peritale solo ai casi di "assoluta necessità" non rappresenta, come potrebbe concludersi ad una prima lettura, una inibizione dei poteri giudiziali, tutt'altro. Il limite in questione è la dimostrazione di come la *voluntas legis*, per niente mascherata, fosse proprio quella di escludere, ove possibile, ogni forma di apprezzamento da parte di soggetti differenti dal giudice; riconducendo, a quest'ultimo, anche la soluzione di questioni che apparivano strettamente tecniche. Del resto, già nella fase istruttoria di primo grado il codice del 1930 prevedeva che, in caso di necessità, il giudice potesse disporre una perizia, ma che non sussistesse alcun obbligo al riguardo in capo al magistrato,

Nonostante le pochissime istanze realmente innovative - in particolare in tema di impugnazioni se non verso un maggior rigore ed una compressione delle garanzie individuali - il nuovo *corpus* normativo si caratterizzò comunque per l'introduzione di una nuova ipotesi di rinnovazione, rimessa, ovviamente, al libero apprezzamento del giudice: nel caso in cui in primo grado, infatti, fosse stata dichiarata l'improcedibilità o l'estinzione del reato e tale decisione fosse, successivamente, reputata fallace da parte del giudice del gravame, questi poteva provvedere, ove necessario, alla rinnovazione dell'istruttoria e decidere nel merito inappellabilmente (art. 522, 4° comma, c.p.p. 1930). Appare già ad una prima lettura come intento del legislatore fosse quello di ristabilire la presunta legalità violata a detrimento delle garanzie processuali dell'imputato, in questo caso specifico la garanzia mortificata era quella ad avere un doppio grado di merito (tanto che fu sollevata questione di costituzionalità dal Tribunale di Locri nel 1964, decisa con declaratoria di infondatezza).

In tal senso, era evidente che la pronuncia in questione, da parte del giudice dell'appello, non era affatto una delcaratoria di invalidità del procedimento di primo grado, ma, al contrario, una vera e propria sentenza che, decidendo nel merito, andava a riformare il *decisum*.

Ulteriore mutamento - rispetto ai due codici precedenti - nel sistema processuale del 1930 riguardò il tema delle nullità assolute ed insanabili, abolite ma praticamente integralmente avvicendate da una nuova categoria onnicomprensiva di invalidità, definita "nullità generali".⁴⁴ La disciplina prevista in questo caso ricalca in modo evidente quella prevista dal codice del 1913 all'articolo 495, 1° comma, stabilendo che "il giudice di appello, se accerta alcuna delle nullità indicate nell'art. 185, e questa non è sanata a norma dell'art. 187, ritiene il giudizio e pronuncia ordinanza con cui dispone la rinnovazione del dibattimento" una volta conclusa l'istruttoria dibattimentale il giudice decide "in merito inappellabilmente" (art. 522, 2° comma, c.p.p. 1930). Il riferimento all'inappellabilità non è privo di valore; essendo, difatti, quest'ultima una pronuncia da parte del giudice di secondo grado - ed in quanto tale congenitamente inappellabile - il riferimento ad una inoppugnabilità sembrerebbe, ad una prima analisi, assolutamente superfluo.

L'unica lettura possibile sarebbe, quindi, quella secondo cui il richiamo ad un divieto di appellarsi alla sentenza in questione sia finalizzato a rimarcare la scelta del legislatore di voler riconoscere, in quella specifica ipotesi, il ruolo del giudice sia come giudice di appello, che valuta e dichiara la nullità e ordina la rinnovazione, sia

⁴⁴ Cfr. A. MAZZARRA, Op.cit., p. 60.

come organo di unica istanza che decide nel merito.

La discussione sulle invalidità riprese vigore nel 1955 quando, con la l. 517/55, venne introdotta nuovamente nel sistema processuale la categoria delle nullità insanabili; rilevabili, secondo la soluzione novellistica, *ex officio* in ogni stato o grado del processo e che avrebbero comportato un annullamento della sentenza con rinvio degli atti al giudice di prime cure. La discrasia con il precetto dell'art. 522 c.p.p. era manifesta, anche se ormai diffusa era l'attitudine della cultura giuridica a ritenere il rimedio della semplice rinnovazione assolutamente inidoneo nei casi in cui l'invalidità avesse colpito un atto fondamentale del procedimento. Di conseguenza pareva del tutto approssimativo far dipendere la scelta tra rinnovazione e regressione solo in base alla qualifica della nullità ora come relativa (rinnovazione) ora assoluta (regressione). Senz'altro più conveniente apparve la soluzione secondo cui, a prescindere dal *nomen juris* dell'invalidità, si dovesse procedere ad una rinnovazione, in sede di gravame, quando l'atto fosse strumento eventuale; al contrario, inevitabile sarebbe stata la regressione in caso di atto assolutamente imprescindibile nella successione processuale.

4. Il progetto di riforma Carnelutti

Dal 1930, anno della promulgazione del codice, al biennio 1987-88, in cui vide la luce il nuovo *corpus* normativo, si susseguiranno - come prevedibile - numerosi tentativi di riforma della disciplina codicistica, ora relativi a singole parti del codice, o addirittura singoli istituti, ora esperimenti di vera e propria ricodificazione.

Di questa intensa attività - che comunque condizionerà il testo definitivo poi approvato alla fine degli anni ottanta - diversi appaiono i contributi degni di nota che in tale sede non possono essere approfonditi, anche a causa dell'eterogeneità di contenuto. Sebbene appaia inevitabile, poter prescindere da un cenno a quello che è stato spesso indicato come un riuscitissimo esperimento di costruzione, seppur solo teorica, di un processo impostato su canoni di matrice rigorosamente accusatoria, forse mai più raggiunto nelle successive fasi della vicenda di ricodificazione.⁴⁵ Si allude, ovviamente, al progetto di riforma elaborato dalla commissione Carnelutti, insediatasi nel 1962 su volontà del Ministro Gonella, con l'obiettivo di una riforma organica della giustizia penale.

Il tema della prova, nel progetto in questione, era affrontato dall'art. 170 prog. prel., che prevedeva una rinnovazione totale o parziale del dibattimento da ordinarsi solo nel caso in cui la documentazione risultante non permettesse al giudice d'appello di "ricostruire esattamente lo svolgimento del processo di primo

⁴⁵ In proposito si veda la posizione di F. PERONI, Op.cit., pp. 52 e ss.

grado"⁴⁶. Era poi previsto che l'escussione dei mezzi di prova venisse circoscritta alle sole istanze istruttorie avanzate ma, la cui assunzione, non fosse stata ammessa in primo grado (art. 170, n. 2); di conseguenza era escluso che le prove sopravvenute o conosciute dopo il primo giudizio trovassero ingresso in sede di appello; l'unica strada, per queste, era quella di una revisione del processo che avesse come presupposti proprio quelle prove sopravvenute o scoperte successivamente. Rimedio straordinario, questo, che, secondo la commissione, era l'unico scenario in cui si potessero presentare fatti che se fossero stati conosciuti dal giudice fin dall'inizio lo avrebbero condotto a diversa decisione.

In tal senso, quindi, l'appello veniva visto come rimedio complementare e non concorrente al primo grado. Luogo dove la fisionomia cartolare permane e viene prospettata un'integrazione probatoria solo nell'eventualità che le "carte" del primo giudizio non consentano di decidere. Ma gli adempimenti istruttori supplementari vengono rigidamente limitati a quello che resta comunque un riesame critico, non più di semplici documenti a questo punto, ma delle prove già assunte dinanzi al giudice di prime cure, o al massimo con l'assunzione di mezzi di prova le cui istanze in primo grado furono rigettate.

Nonostante gli evidenti profili critici della proposta in questione - e ci riferiamo, in particolare, alle conseguenze non irrilevanti che comporterebbe la totale esclusione delle prove *noviter reperta*, con la necessità di ricorrere spessissimo al rimedio straordinario della

⁴⁶ Testualmente CARNELUTTI, *Verso la riforma del processo penale*, Napoli, 1963, p. 88.

revisione - è ovvio che la disciplina prospettata dalla trama normativa appena analizzata mostra un evidente aspetto di merito: una chiara ed esplicita posizione su come debba essere strutturato l'appello, in particolare nel suo aspetto più delicato, quello dell'istruttoria dibattimentale.

4.2 Il progetto preliminare del 1978

Forse il grande momento del diritto processuale penale, una congiuntura tra le più significative della intera storia processualpenalistica, è rappresentato proprio dagli anni che vedono l'emanazione della prima legge delega e che ispirano le aspirazioni poi condensate nel progetto preliminare del 1978. In tal senso, è proprio l'analisi di quest'ultimo contributo che può darci, concretamente, il senso di una concezione dell'appello, da parte della cultura giuridica, ormai irrimediabilmente mutata rispetto al nostro punto di partenza.

La struttura processuale delineata dal progetto in questione era quella di un modello a matrice tipicamente accusatoria, nel quale il vero elemento qualificante era dato dalla sussistenza, in capo al giudice, di un vero e proprio obbligo, e non più mera facoltà, di ordinare la rinnovazione, se formalmente richiesta con l'atto di appello o con i motivi nuovi, in caso di non manifesta infondatezza.⁴⁷

Profili identificati come problematici – che assieme ad altre

⁴⁷ Cfr. A. MAZZARRA, Op.cit., p. 70.

questioni, di carattere extragiuridico, rappresentano i motivi di una mancata approvazione - erano quelli relativi ai poteri officiosi, di molto ridimensionati, e l'ammissione di nuovi mezzi di prova nel giudizio d'appello, pressoché automatica. In merito al primo punto, difatti, il progetto non considerava alcun potere d'ufficio che permettesse al giudice di agire autonomamente, con l'intento di integrare il piano probatorio, andando a colmare le lacune istruttorie del primo grado; ma forti critiche vennero mosse anche verso il secondo aspetto, dove la genericità del dettato pareva riconoscere un diritto incondizionato - ed illimitato - delle parti in ambito istruttorio; senza legittimare, tra l'altro, il giudice ad alcun sindacato in merito alla fondatezza del mezzo richiesto; controllo previsto, invece, ove si fosse trattato di rinnovazione del dibattimento⁴⁸. L'unico argine all'assunzione obbligatoria ed indiscriminata di ogni mezzo di prova era il riferimento ad un concetto di "irrilevanza" (art. 564, 1° comma, Prog. prelim.). Delimitazione temporale, invece era prevista solo per le prove sussistenti e conosciute già al momento dell'appello o dei motivi aggiunti, mentre il termine di decadenza era del tutto inoperante nei confronti di prove sopravvenute o conosciute dopo la scadenza del termine fissato (art. 565, 2° comma, Prog.prel.). L'ampio spazio dedicato alle novità istruttorie era testimoniato, dopotutto, dalla previsione secondo cui la rinnovazione in senso tecnico, ovvero la reiterazione dell'istruttoria, seguiva l'acquisizione delle nuove prove e non viceversa, a dimostrazione che solo ove si fosse verificata la necessità - dopo l'assunzione di nuovi mezzi istruttori - il giudice avrebbe dovuto, in caso di richiesta di parte, rinnovare il dibattimento

48 Si veda l'art. 2, punto n. 76 del progetto preliminare del 1978.

di primo grado (art. 564, 3° comma).

Era evidente che un modello di questo tipo avesse bassissime probabilità di completare la sequela di atti e formalità necessari alla propria promulgazione; d'altra parte, gli aspetti identificati come profondamente critici furono – come già citato - numerosi: spaziando da quelli più generici, che qualificavano il modello di appello in questione come antagonista di un processo penale votato alla semplificazione e speditezza, in virtù di una rinnovazione pressochè sempre automatica; fino a temi specifici che identificavano nella totale assenza di una disciplina relativa ai poteri ufficiosi in ambito probatorio una lacuna gravissima, non potendo il giudice, anche in casi di assoluta necessità, predisporre accertamenti istruttori di propria iniziativa e dovendo, di conseguenza, far affidamento solo sulle richieste delle parti o addirittura, in mancanza di istanze di parte, decidere solo sulla base di quanto già assunto in primo grado, anche in caso di convincimento parziale.

Certo, le concause che portarono ad un radicale ripensamento dell'istituto non vanno ricercate esclusivamente sul piano giuridico. Come noto, difatti, gli anni in questione si caratterizzarono per mutamenti sociali e politici che escludere da qualsiasi considerazione relativa alle scelte legislative apparirebbe come decisamente azzardato: l'aumento della criminalità organizzata, l'ascesa del terrorismo di matrice politica, sono solo alcuni degli elementi che portarono ad un certo tipo di legislazione particolarmente dura e repressiva.

Nel 1979, infatti, allo scadere della delega fu presentato un disegno di legge governativo - poi approvato – affinché la delega

venisse prorogata. Tale richiesta, veniva motivata dalla riconosciuta necessità di una maggiore ponderazione nelle proposte legislative, affinché si arrivasse ad un rimodellamento dell'impianto complessivo; verso un appello che, quindi, non prevedesse sempre e comunque un automatica rinnovazione, in modo da adattarlo al principio di economia processuale. L'unica soluzione percorribile appariva, allora, quella di predisporre alcuni limiti per l'accoglimento, da parte del giudice, delle richieste di parte; al riguardo fu proposto un emendamento all'art. 2, punto n. 76 (legge n. 108/74) che reintegrasse un profilo di discrezionalità giudiziale, prevedendo il rinnovo dell'istruttoria solo nel caso in cui il giudice ritenesse di non essere in grado di decidere allo stato degli atti, formula poi mutuata nella l. delega del 1987, ed inserita nel testo definitivo.

Capitolo Secondo

1. Introduzione.- 2. L'atto di appello come sede prescelta per le richieste istruttorie.- 3. Il problema dell'appello incidentale.- 4. Segue: un *excursus* storico in tema di appello incidentale. - 5. L'appello incidentale non incluso tra le sedi naturali per le richieste istruttorie in appello? - 6. L'art. 121 c.p.p. ed i profili di incompatibilità.- 7. L'appellante come unico legittimato.- 8. La rinnovazione del primo comma.- 9. Segue: un chiarimento concettuale sui c.d. casi di rinnovazione "obbligatoria" e "facoltativa". - 10. Segue: "impossibilità di decidere allo stato degli atti" – 11. Il secondo comma ed il "pieno vigore" del diritto alla prova. - 12. Segue: spunto per una comparazione con il concetto di *novum* probatorio nell'istituto della revisione.- 13. La rinnovazione disposta d'ufficio.- 14. L'ordinanza in merito alle richieste istruttorie.

1. Introduzione

Con il codice Vassalli del 1988 l'intera disciplina del dibattimento in secondo grado viene sintetizzata in un unico articolo, la cui rubrica recita "*Rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale*"; il che, parrebbe suggerire, a tutti gli effetti, il raggiungimento di una disciplina organica e compiuta in tema di istruttoria in grado di appello dove, appunto, il dibattimento si svolga assolutamente con le stesse forme – chiaramente adattate alla diversità del passaggio processuale in

questione - di quelle del primo grado. Ma, come avremo modo di concludere già dalla semplice lettura del primo comma dell'articolo in questione, tali considerazioni sono agevolmente smentite da quello che appare essere, inequivocabilmente, l'archetipo dell'appello nelle intenzioni del legislatore, e ancor più, nella posizione consolidata della giurisprudenza.

D'altra parte il percorso storico appena descritto ci consente di rimarcare come l'evoluzione dell'istituto dell'appello – e non solo in uno dei suoi aspetti fondamentali, quale l'istruttoria – si sia realizzata in modo eloquente ed ineccepibile. Nondimeno, è proprio lo stesso *excursus* storico a mostrarci come il progresso – perchè di tale si tratta – che il nostro ordinamento ha manifestato sul tema delle garanzie processuali non pare essere assolutamente ultimato. Al contrario, la nostra intelaiatura è ben lungi da un prototipo processuale che assicuri garanzie processuali all'imputato in ogni aspetto del processo penale.

E questo non solo per la criticità emblematica del nostro sistema processuale, il ritardo della giustizia (anomalia che rappresenta un'arma a disposizione di chi può profittare di tale degenerazione e che, al contrario, danneggia gravemente chi realmente necessita di un percorso avente finalità rieducative⁴⁹) ma soprattutto per le numerose antinomie insite tanto nel diritto sostanziale (in particolar modo), quanto in quello processuale, che non permettono di identificare nel nostro impianto un *corpus* normativo organicamente soddisfacente sotto il profilo delle garanzie. L'appello ne è dimostrazione paradigmatica.

⁴⁹ Si veda al riguardo la celeberrima sentenza n. 364/88 della Corte Costituzionale e la ricchissima letteratura conseguente.

Come nota autorevole dottrina, difatti, siamo di fronte ad una vera e propria crisi evolutiva del nostro secondo grado⁵⁰, che appare oramai inadatto a soddisfare le esigenze di garanzia non solo reclamate dal nostro ordinamento - e quindi di matrice costituzionale - ma anche istanze di natura sovranazionale.

Il contributo della giurisprudenza europea - che rappresenterà snodo fondamentale di tale trattazione – spinge infatti, secondo una parte consistente della letteratura giuridica, ad una riforma legislativa sul tema assolutamente non più postergabile; mettendo in risalto oramai l'inadeguatezza del nostro appello penale ed il ritardo della nostra politica legislativa.

2. L'atto di appello come sede prescelta per le richieste istruttorie

Il primo comma dell'art. 603 c.p.p. recita: "Quando una parte nell'atto di appello o nei motivi nuovi presentati a norma dell'art. 585 comma 4, ha chiesto la riassunzione di prove già acquisite nel dibattimento di primo grado o l'assunzione di nuove prove..." (Art. 603, 1° comma, c.p.p.). Il legislatore ci indica quindi in modo chiaro le sedi naturali delle richieste istruttorie in appello, quali l'atto di appello e gli eventuali motivi nuovi che a norma dell'art. 585 c.p.p. possono essere

⁵⁰ In proposito si v. A. GAITO, *Verso una crisi evolutiva del giudizio di appello*, in *Arch. Pen.*, 2012, n. 2

presentati fino a quindici giorni prima dell'udienza presso la cancelleria (sebbene, come vedremo, tale ultima preclusione temporale venga ritenuta insussistente, da parte della giurisprudenza, per la categoria delle prove *noviter reperta*, sottoposte, infatti, a regime di assunzione difforme da quello previsto per il primo comma)⁵¹.

Ma, nell'indicare l'atto di impugnazione quale strumento designato ad avanzare richieste istruttorie, il legislatore sembrerebbe sollevare non poche questioni ermeneutiche; in particolare, in merito alla legittimazione a formulare tali richieste in appello. Secondo una prima, e più restrittiva, interpretazione, infatti, il primo comma dell'articolo 603 c.p.p. riconoscerebbe la legittimazione al solo appellante, con conseguente integrazione del dibattimento solo in caso di esplicita richiesta di quest'ultimo nell'atto di appello o, al più tardi, nei motivi aggiunti⁵². Al contrario, nessun riconoscimento verrebbe fuori – da tale interpretazione letterale – a favore del soggetto non impugnante, per il quale rimarrebbe solo la facoltà "In ogni stato e grado del procedimento [di] presentare al giudice memorie o richieste scritte mediante deposito in cancelleria." (art. 121, c.p.p.).⁵³

A sostegno di tale tesi, secondo cui le intenzioni reali del legislatore siano da ricercare in una lettura più elastica del primo comma dell'art. 603 c.p.p., vengono addotte alcune considerazioni frutto della lettura di alcuni dei lavori preliminari al nuovo codice. È noto, infatti, che la disciplina in questione, nel prog. prel. del 1978, fosse suddivisa in due norme, gli artt. 563 e 564 prog.prel., che

51 In questo senso, Cass., Sez. VI, 21 dicembre 1993.

52 Così ZAPPALÀ, *Art. 603*, cit., p. 202.

53 Vedi A.MAZZARRA, *Op.cit.*, p. 73.

mostravano l'intento di voler legare la rinnovazione e la richiesta di prove nuove ai motivi di appello, per assoggettarle al principio devolutivo in ambito istruttorio. Erano infatti previste una serie di ipotesi - poi espunte al momento dell'approvazione del progetto finale - che palesavano degli obiettivi notevolmente differenti del legislatore; le prove nuove - quelle regolate dall'art. 603, 2° comma, c.p.p., per intenderci - potevano essere assunte anche quando la domanda fosse stata presentata nel corso del dibattimento; inoltre, se in conseguenza dell'assunzione di nuove prove fosse sorta la necessità, si sarebbe potuta avanzare richiesta di rinnovazione dell'escussione, sia parziale che totale, quand'anche non si fosse tempestivamente avanzata in precedenza la domanda.

Ma il profilo di maggior rilievo era l'assenza di qualsiasi discriminazione in tema di legittimazione a promuovere l'escussione dibattimentale, sulla base dell'avvenuta, o meno, impugnazione. In questo modo, da un lato si escludevano preclusioni per le parti sotto il profilo probatorio - anche di chi non avesse proposto appello - ma, dall'altro, si tendeva a delimitare la rinnovazione e l'ingresso di nuove prove in appello entro i confini delle domande di parte - circoscrivendo, così, la cognizione del giudice in base alle scelte dei soggetti - escludendo ogni tipo di intervento officioso "in aderenza alle caratteristiche del processo accusatorio"⁵⁴ ⁵⁵. Disciplina, quest'ultima, che, seppur indirizzata verso un appello con conformazione di *novum iudicium*, fù - ed è - criticata da altra, pur autorevole, parte di dottrina, nonché dalla giurisprudenza

⁵⁴ Si legge in *Progetto preliminare del codice di procedura penale. Relazione*, Roma, 1978, p. 465.

⁵⁵ Cfr. A. MAZZARRA, *Op.cit.*, p. 74.

maggioritaria, che al, contrario, riconobbe – e riconosce - nella fisionomia parzialmente cartolare del giudizio di appello, una struttura che può perfettamente adattarsi ad un porcesso a connotazione accusatoria (e d'altronde, è sufficiente ricordare che una parte della dottrina, pur propugnando la necessità di un sistema processuale a base accusatoria, non ha del tutto abbandonato, nelle discussioni sul tema dell'appello, la c.d. questione abrogazionista. Sebbene si sia notato come, l'abolizione dell'appello sia ancora oggi un "tabù: un orizzonte proibito", e questo, in particolare "per il radicamento storico e l'appropriazione culturale del doppio grado di giudizio"⁵⁶).

Lettura parzialmente diversa – seppur concorde nell'escludere il non impugnante dalle istanze in tema di prova - viene data anche da parte di altra dottrina, che evidenzia come l'art. 603 c.p.p. al primo comma non preveda alcuna istanza del non appellante poichè, ove occorra, non si esclude un intervento del giudice sulla base dei poteri previsti dal terzo comma del medesimo articolo⁵⁷.

Come noto, difatti, la formulazione del progetto finale - attualmente in vigore – non ha escluso assolutamente l'intervento giudiziale; come possiamo agevolmente notare, al terzo comma dell'art.603 c.p.p rinveniamo ancora la disposizione che legittima l'intervento giudiziale in ambito istruttorio ove "assolutamente necessario".

Ed è proprio la previsione di una rinnovazione dibattimentale disposta *ex officio*, ancora salda nell'istituto oggetto di analisi - anche

⁵⁶ Testualmente D. CHINNICI, *Verso il "giusto processo" d'appello: se non ora quando?*, in *Arch. Pen.*, 2012, n. 3, p. 2.

⁵⁷ In tal senso, CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, 2° ed., Torino, 1992, p. 715.

quando non vi sia stata nessuna domanda di parte – che renderebbe, allora, difficile giungere a conclusione differente rispetto a quella che identifica l'atto di appello e i motivi ex art. 585 c.p.p. come le uniche sedi naturali delle richieste istruttorie in appello⁵⁸, e di conseguenza i soggetti legittimati ad avanzarle.

3. Il problema dell'appello incidentale

Alcun contributo tangibile, al contrario, possono dare i lavori preparatori al nuovo codice in relazione ad altro tema. Trattasi del dubbio, sollevato da parte di autorevole dottrina, sul ruolo dell'appello incidentale in tema di rinnovazione istruttoria, e se tale strumento sia analogamente idoneo a contenere le istanze istruttorie di parte. La questione, del resto, solleva diversi interrogativi generali in ordine agli strumenti attraverso i quali le domande istruttorie possono essere avanzate in sede di appello e, di conseguenza, in relazione ai soggetti legittimati a farlo.⁵⁹

Il legislatore – come già largamente evidenziato - sembra infatti individuare nell'atto di appello e nei motivi ex art. 585 c.p.p., i mezzi esclusivi per avanzare richieste istruttorie in secondo grado. A tal

⁵⁸ In questo senso, F. CORDERO, Op. cit., p. 715, sottolinea che al non appellante "tale iniziativa [istruttoria] non è ammessa *ex adverso*; dove occorra, interviene il giudice (comma 3)".

⁵⁹ Cfr. A. Mazzarra, Op.cit., p. 73.

proposito, l'esclusione di qualsivoglia richiamo anche all'appello incidentale – si è detto - apre solo a due plausibili conclusioni, tra loro speculari: l'atto in questione è identificato come inadatto a contenere istanze istruttorie per la fase di secondo grado; o, viceversa, l'omissione è in realtà involontaria, e saremmo allora di fronte ad una lacuna da colmare a livello esegetico, attraverso l'inclusione della *species* dell'atto di appello incidentale all'interno del più vasto *genus* degli atti di appello. È bene però, prima di analizzare l'eventuale attitudine di tale atto processuale a contenere istanze istruttorie, ripercorrere brevemente le fasi storiche che hanno portato all'introduzione dell'appello incidentale nel nostro ordinamento.

4. Segue: un breve *excursus* storico in tema di appello incidentale

È opportuno a questo punto ripercorrere, seppur molto brevemente, le tappe (e di conseguenza le ragioni) che hanno portato all'introduzione dell'appello incidentale nel nostro ordinamento; istituto che trova ingresso per la prima volta nel tessuto normativo con il codice di rito del 1930. Risultato di un compromesso – come si è più di una volta affermato - tra le istanze abrogatrici del divieto di *reformatio in pejus* e dei tentativi di arginare le impugnazioni

temerarie, l'appello incidentale venne pensato come strumento riservato esclusivamente al pubblico ministero, affinché, con tale impugnazione, si limitasse l'operatività del principio che precludeva al giudice di riformare, in senso peggiorativo, il *decisum*. L'intento, quindi, era quello di introdurre uno strumento che limitasse l'abuso ai fini dilatori dell'appello, ma che permettesse al giudice, altresì, un riesame della sentenza (*rectius*: delle parti impuginate della sentenza) in ambo le direzioni; e quindi non solo in senso più favorevole all'imputato; stante la permanenza, nel nostro ordinamento, del divieto di *reformatio in piejus* in caso di impugnazione della sola parte privata.

L'istituto in questione ha, poi, subito, nel corso degli anni, un parziale mutamento - dovuto principalmente a quell'attività di emenda della consulta che ha interessato tanto il codice di procedura quanto il diritto sostanziale, affinché il diritto ed il processo penale ereditati dal "ventennio" fossero compatibili (o perlomeno non manifestamente antitetici) con il dettato costituzionale – che ne ha comportato un vero e proprio snaturamento rispetto a quella che pareva essere l'idea iniziale del legislatore.⁶⁰

60 Ci riferiamo alla pronuncia di incostituzionalità n. 177 del 1971 con la quale la Consulta aveva dichiarato la illegittimità dell'ultimo comma dell'allora art. 519 c.p.p. 1930 perchè in " contrasto con gli articoli 3, 24 e soprattutto 112 della costituzione". L'articolo, come formulato, che riconosceva al solo pubblico ministero la legittimazione a proporre appello incidentale, ledeva "l'equilibrio del contraddittorio, che si polarizza, nell'imputato (e nel suo difensore), da un lato, e dall'altro, nel pubblico ministero, portatori di interessi solitamente contrapposti". Con l'avvento della costituzione, infatti, è stato imposto un rigido principio di parità delle parti che, assieme ad altri principi garantistici, e coerenti con un processo penale di matrice accusatoria, mostreranno nel corso degli anni la inidoneità del codice di rito, fino a giungere alla promulgazione del nuovo codice.

5. L'appello incidentale non incluso tra le sedi naturali per le richieste istruttorie in appello?

Ma, tale nuova formulazione – con la quale viene riconosciuta la legittimazione anche alla parte privata di proporre appello incidentale – conseguente alla pronuncia di incostituzionalità, ha comportato, ovviamente, una alterazione intrinseca allo stesso strumento.

È fuor di dubbio, difatti, che l'appello incidentale proposto dall'imputato non rivesta lo stesso ruolo di quello proposto dall'organo dell'accusa. Quest'ultimo, come sottolineato, funge anche (ma non solo) da espediente per rimuovere l'ostacolo del divieto di *reformatio in pejus* - mantenuto nel codice del 1930, nonostante le numerose discussioni sul tema – permettendo, in questo modo, un controllo finanche in senso peggiorativo. Il gravame incidentale dell'imputato, al contrario, non tende a rimuovere alcun ostacolo alla cognizione del giudice di appello; questi infatti può, senza alcun dubbio, adottare provvedimenti più vantaggiosi per l'accusato, riformando in senso più favorevole la sentenza, anche in caso di solo appello proposto in via principale dalle altre parti e non dal soggetto interessato. In tal senso, difatti, non esiste (ed esisteva al momento della pronuncia della consulta) alcun divieto di *reformatio in melius*, che l'appello incidentale dell'imputato dovrebbe andare a limitare o escludere; al contrario, è riconosciuta espressamente la facoltà alla Corte d'appello di modificare o escludere pene accessorie e misure di sicurezza in

caso di conferma della sentenza di primo grado (art. 597, 2° comma, lett.c, c.p.p.) o di prosciogliere con formula maggiormente liberatoria.⁶¹

E giungiamo, quindi, al tema di nostro interesse. Se il giudice, muovendosi entro il *thema* proposto dalle parti con i motivi d'impugnazione, principale ed incidentale, non è assolutamente vincolato alle singole supposizioni decisorie prospettate dalle parti - potendo liberamente decidere tra "tutte le questioni astrattamente ipotizzabili"⁶² - appare ovvio, allora, che l'appello incidentale, pur allargando il *thema* cognitivo del giudice di secondo grado, dovrà, però, coinvolgere non i medesimi punti della sentenza già oggetto di gravame (non avendosi in tale caso alcun ampliamento), bensì parti del *decisum* che siano sì, strettamente correlati e connessi con quelle impugnate, ma nettamente distinte, e che influenzino direttamente queste ultime.

Ed è questo il punto centrale: se da un lato, l'appello incidentale appare formalmente idoneo a contenere istanze istruttorie, per altro verso non si presenta come strumento con finalità essenzialmente probatorie. Apparirebbe, tutt'al più, come strumento con l'attitudine a mostrare i fatti descritti nell'impugnazione principale sotto una prospettiva differente ed antitetica. Ed è probabilmente in questo che, si è sottolineato, va ricercata la scelta del legislatore di escludere l'appello incidentale dal novero degli atti che consentono di avanzare richieste avente tema probatorio in secondo grado.

61 Cfr. A. MAZZARRA, Op.cit., p. 77-78.

62 Così FERRUA, voce *Appello*, cit., p. 8.

6. L'art 121 c.p.p. ed i presunti porfili di incompatibilità

La lettura dell'art. 603 - seguendo l'interpretazione secondo cui le sole parti impugnati vengono riconosciute come uniche legittimate a proporre istanze istruttorie nell'atto di appello o nei motivi nuovi – porrebbe una serie di interrogativi in ordine alla compatibilità di tale disposizione con altro principio generale, previsto per il procedimento penale, secondo cui "in ogni stato e grado del procedimento le parti e i difensori possono presentare al giudice memorie o richieste scritte mediante deposito in cancelleria" (art. 121, c.p.p.). Al secondo comma, l'articolo in oggetto, dispone che il giudice decide sulle richieste "ritualmente formulate", ed è sulla base di questo passaggio normativo che è stata costruita la soluzione ermeneutica, da una parte della dottrina, secondo cui non potrebbero essere identificate come "ritualmente formulate" quelle richieste istruttorie che appaiano come avulse dal contesto processuale. In tal senso, il giudice avrebbe, infatti, l'obbligo di provvedere sul merito solo ove la richiesta effettuata si innesti in modo corretto nel frammento processuale oggetto della valutazione.

Di conseguenza, avendo l'art. 603 c.p.p. al primo comma precluso al soggetto non impugnante la possibilità di avanzare domande in merito alle fonti di prova, sarebbe da escludersi che, le memorie e richieste *ex art. 121 c.p.p.*, facciano sorgere, in capo al giudice, un obbligo di motivazione, e pertanto un diritto delle parti a pretendere il

relativo provvedimento. Ed in tale prospettiva, quindi, le richieste e memorie depositate in cancelleria non potrebbero avere altra funzione se non quella di dare impulso ad una eventuale rinnovazione officiosa prevista dal 3° comma dell'art. 603 c.p.p. Al contrario, le domande incorporate nell'atto di appello e nei motivi nuovi, presentate dalle parti impunganti, farebbero sorgere, in capo al giudice, un vero e proprio obbligo di motivazione del provvedimento (in realtà, come analizzeremo più avanti, la giurisprudenza maggioritaria, sulla scorta di un'interpretazione formatasi sulla base della normativa previgente, opera tutt'oggi una lettura molto restrittiva dell'obbligo giudiziale di emanare provvedimento *ad hoc* in caso di richieste istruttorie *ex art. 603 c.p.p.*, escludendo non solo tale obbligo, ma riconoscendo come legittima anche la motivazione implicitamente contenuta nel *decisum* finale).

7. L'appellante come unico legittimato

Sul tema della legittimazione a proporre istanze istruttorie in appello, parte autorevole della dottrina⁶³ ha a lungo sostenuto che la previsione di un monopolio a proporre istanze istruttorie del solo appellante - in quanto unico legittimato – si porrebbe in contrasto con il principio dispositivo, nonchè, più specificamente, con altro dettato normativo di rilievo, quale l'art. 190 c.p.p.; che riconoscerebbe

⁶³ Si v. in proposito le posizioni di A. MAZZARRA, *La rinnovazione del dibattimento in appello*, p. 83 ss.

l'indiscriminato diritto alla prova durante tutto il procedimento penale, a prescindere dalla fase o grado, ponendo, di conseguenza, serissime questioni di compatibilità. Indubbia sarebbe, secondo tale dottrina, la natura di principio generale del dettato normativo in questione, non essendo assolutamente esclusa, in modo esplicito, un'applicazione generale del principio testè citato, in tutte le fasi processuali, e non limitatamente al primo grado. E ciò, sebbene, secondo altra pur autorevole dottrina, al contrario, nell'individuare quale collocazione naturale delle richieste istruttorie, l'atto di appello ovvero i motivi nuovi, il legislatore ha operato una scelta chiara e definita; l'espresso riferimento all' "atto di appello", difatti, unitamente alla comparazione operata con i due articoli, 563 e 564 prog. prel. del 1978, deve inequivocabilmente far propendere per la carenza di legittimazione delle parti non appellanti; per le quali, quindi, "tale iniziativa non è ammessa *ex adverso*; dove occorra, interviene il giudice (comma 3)⁶⁴". Di conseguenza, si dovrebbe pervenire ad istruzione dibattimentale integrativa di quella di primo grado solo con "istanza della parte appellante (nessuna legittimazione spetta a quella non appellante, salva la facoltà generale di formulare richieste a norma dell'art. 121) o d'ufficio⁶⁵".

Si è in proposito detto, difatti, che la legge-delega ha esplicitamente riconosciuto come principio portante quello secondo cui la rinnovazione è ammessa quando il giudice ritenga di non essere in grado di decidere allo stato degli atti, con l'intento proprio di arginare l'applicazione diffusa del principio espresso nell'art. 190

64 Si v. in proposito CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, 2° ed., Torino, 1992, p. 715.

65 Con le parole di ZAPPALÀ, *ART. 603*, cit., p. 202.

c.p.p. Le forme ed i termini che legittimano le istanze istruttorie in appello dovrebbero, secondo tale tesi, ritenersi assolutamente vincolanti, non diversamente, del resto, da quanto prescritto in tema di adempimenti per il primo grado. Se lecito risulta uno sbarramento cronologico nel giudizio di prime cure (secondo il combinato disposto degli artt. 468 e 493, 1° e 2° comma, c.p.p.) a maggior ragione esso è necessario in sede d'appello.

Quella parte di dottrina propensa ad accogliere una estensione indiscriminata dell'art. 190 – e del diritto alla prova in generale – anche nella fase di appello⁶⁶, ha però evidenziato che, in realtà, seguendo l'impostazione restrittiva, anche l'appellante - legittimato alle istanze istruttorie con l'atto di appello e con i motivi nuovi - sarebbe incongruamente garantito. E questo perchè, nonostante tutto, si vedrebbe comunque preclusa la possibilità di introdurre nel processo le prove *noviter producta*⁶⁷, una volta scaduto il termine perentorio previsto dall'art. 585, 4° comma. L'unico modo per evitare che fonti probatorie importanti o addirittura determinanti non trovino ingresso in questa fase processuale rimarrebbe, allora, l'intervento giudiziale del terzo comma, che, però, è totalmente estraneo alla volontà delle parti, limitate ad una mera attività d'impulso.

E si svelerebbe, in tal modo, l'antinomia di fondo di un sistema formalmente modellato come accusatorio ma caratterizzato da

66 In proposito MAZZARRA, Op. cit., p. 83. secondo la quale "[l]' esclusiva legittimazione dell'appellante sembra (...) porsi in contrasto con il principio dispositivo delle parti sul materiale probatorio da acquisire e valutare in giudizio e con il diritto, sancito dall'art. 190. c.p.p., ad ottenere l'ammissione delle prove".

67 Per *noviter producta* si intendono sia prove preesistenti sia conosciute, o comunque conoscibili, per le quali, però, non si è chiesta l'ammissione. La questione su quanto sia appropriato escludere le *noviter producta* da gran parte dei mezzi impugnatori, quasi identificando una sorta di "colpa processuale", verrà analizzata in seguito.

continue compressioni del principio dispositivo e connotazioni inquisitorie, ribadisce una parte di dottrina; un modello processuale dove la convinzione del giudice non è frutto di una dialettica tra le parti bensì risultato della sua stessa attività.⁶⁸

Sul punto in questione - relativo alle sole prove *noviter reperta* - la giurisprudenza si è in realtà pronunciata in diverse occasioni, rilevando, in proposito, che la fattispecie descritta nell'art. 603, 2° comma, c.p.p. (nella quale la prova deve presentare il "carattere della novità", sussistente o in caso di sopravvenienza o di scoperta dopo l'espletamento di attività di ricerca, con risultati in un momento successivo alla decisione di primo grado⁶⁹), non soggiace alla regola di deduzione almeno quindici giorni prima, prescritta dall'art. 585, 4° comma, c.p.p., trattandosi di deduzione non scusabile – diversamente dal caso di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale previsto dall'art. 603, comma primo – di alcuna preclusione temporale relativamente a prove la cui ammissibilità deve essere valutata solo in quanto "manifestatamente superflue, irrilevanti o illegittime" a norma dell'art. 495, 1° comma, c.p.p., appositamente richiamato dall'art. 603, 2° comma, c.p.p.⁷⁰. Ma in tale prospettiva, allora, è ovvio che verrebbe fortemente ridimensionato il problema secondo cui, con tali rigide preclusioni temporali, numerosi contributi probatori, anche decisivi, resterebbero esclusi dal giudizio.

68 Cfr. A. MAZZARRA, Op.cit., p. 82-83-84.

69 Cass., 21 ottobre, 1993, Bavagnoli, C.E.D. Cass., n. 195940.

70 In proposito si vedano le sentenze della S.C. , Cass. 3 marzo 1994, Coscia, n. 198862; e più recenti, Cass., 1 ottobre 2002, Vicinanza, n. 222543 e Cass., 5 maggio 2004, Amoroso, n. 229452.

7. La rinnovazione del primo comma

Il primo comma dell'art. 603 c.p.p. ripropone, quasi pedessivamente, la omologa disposizione rinvenuta nel precedente codice di rito, nella quale era previsto che "se il giudice di appello ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti, può anche d'ufficio ordinare la presentazione di nuovi documenti, la rinnovazione in tutto o in parte del dibattimento, l'esame anche su nuove circostanze dei testimoni del primo giudizio o l'assunzione di altre prove nuove..." (art. 520, 1° comma, c.p.p., 1930). Se comparassimo la disposizione citata con quella vigente potremmo agevolmente notare come, escluse alcune variazioni prettamente formali, il principio racchiuso nei due commi sia rimasto sostanzialmente invariato. Differenze, semmai, si denotano ampiamente nel ruolo riconosciuto al giudice nell'intero processo penale; un ruolo senz'altro maggiormente compatibile con un giudizio di matrice accusatoria; testimoniato, del resto, fin subito, dalla differente rubrica dell'art. 520 c.p.p. 1930 rispetto a quella, invece, prevista dell'art. 603 c.p.p., dove, la rinnovazione non viene più vista come potestà del giudice – vero *dominus* del processo inquisitorio – ma, al contrario, come una facoltà fondamentale rimessa alle parti, in aderenza al principio dispositivo.

8. Segue: un chiarimento concettuale sui c.d. casi di rinnovazione obbligatoria e rinnovazione facoltativa

Prima di porcedere oltre, però, è bene soffermarsi sulla centrale dicotomia che si incontra nell'analisi dell'istituto della rinnovazione; è infatti consuetudine, nell'esperienza giuridica, distinguere – per agevolare la trattazione dell'istituto della rinnovazione – tra la categoria della c.d. "rinnovazione discrezionale" e categoria della c.d. "rinnovazione obbligatoria". A questa seconda categoria vengono ricondotte oltre l'ipotesi prevista dal secondo comma dell'art. 603 c.p.p. (relativa al *novum probatorio*), anche altre fattispecie tra cui quella del 4° comma del suddetto articolo, relativo all'ipotesi di rinnovazione in caso di contumacia, nonché la ripetizione dell'istruttoria dibattimentale ordinata dal giudice di rinvio prevista dall'art. 627, 2° comma, c.p.p; discorso parzialmente difforme, come vedremo, è quello della rinnovazione istruttoria nell'appello del rito abbreviato. Queste ultime ipotesi rinnovatorie verranno trattate separatamente per agevolare la trattazione.

Nel primo gruppo, viceversa, rientrano le due ipotesi c.d. "discrezionali" disciplinate dal primo e dal terzo comma dell'articolo in analisi; includendosi, in tale *genus*, sia la rinnovazione disposta per impossibilità di "decidere allo stato degli atti" sia quella voluta dal giudice in presenza di "assoluta necessità" (art. 603, 1° e 3° comma, c.p.p.). Ciò che qui preme chiarire, però, è che la distinzione terminologica – assolutamente legittima ai fini pratici – non deve far

cadere in errore su quale sia il ruolo del giudice in merito alle richieste istruttorie di parte. In ambedue le forme di rinnovazione – e in questo caso ci possiamo riferire a quelle previste dal 1° e 2° comma dell'art. 603, essendo paradigmatiche al riguardo – è sotteso infatti sempre un dovere del giudice in merito alle istanze istruttorie di parte, e non una facoltà intesa in senso proprio. La "facoltatività" citata serve, difatti, semplicemente ad indicare il più ampio spazio discrezionale riservato al giudice; quello che varia, quindi, è semmai il presupposto (*recitus*: i presupposti) che possono legittimare il comportamento del giudice.

Nel primo comma è evidente il rinvio del legislatore è ad un parametro chiaro ma emblematicamente elastico: la ritenuta impossibilità di decidere allo stato degli atti. Nel secondo caso – quello relativo al *novum probatorio* - per converso, si è optato per l'individuazione di presupposti dai confini ben definiti, che lasciano, invece, pochissimo margine alla discrezionalità giudiziale.⁷¹

9. Segue: l'impossibilità di decidere allo stato degli atti

Chiarito ciò, è bene passare allora ad un'analisi del primo caso di rinnovazione previsto dall'art. 603 c.p.p.; introducendo, altresì, le prime riflessioni sul perchè, l'istituto in oggetto, sia tema di grandissima discussione in dottrina; in particolare nella prospettiva di

⁷¹ In questo senso A. MAZZARRA, Op.cit., p.93-94.

un processo di riforma serio e radicale dell'intero istituto dell'appello. Un passaggio obbligato, secondo una parte della letteratura giuridica, in virtù, anzitutto, della recente giurisprudenza europea; e questo, in una prospettiva che riesca ad impostare il processo penale, nella fase di appello, su canoni di reale garanzie per l'imputato, dove l'intervento del giudice sia la vera "eccezione" – compatibilmente con il principio dispositivo – e non uno strumento per sopperire ai limiti volutamente imposti alle parti in tema di richieste istruttorie. Un processo, quindi, dove l'istruzione in appello non venga incontrovertibilmente intesa come eccezione ad un processo avente, quasi sempre, la ribadita fisionomia cartolare.

La dottrina maggioritaria ha mostrato, infatti, negli ultimi anni, di voler dare interpretazione al parametro di riferimento della possibilità – o impossibilità – di decidere allo stato degli atti, nel senso di ricomprendere in tale ipotesi non solo la valutazione delle istanze probatorie già acquisite ma anche "dalle prospettive di mutamento della decisione impugnata, conseguente all'assunzione o alla riassunzione delle prove richieste allo scopo di dimostrare la fondatezza della domanda di riforma"⁷². In merito, si è infatti sostenuto che "l'esigenza istruttoria nasce dall'ipotesi asserita; quando anche tutto risulti chiaro negli atti", infatti, "le prove *de quibus* vanno riassunte o acquisite *ex novo* ogniqualvolta possano ricondurre ad una decisione diversa"⁷³. L'impostazione dottrinale si basa, del resto, sull'assunto che, una volta accettata la struttura del processo

72 V. ZAPPALÁ, *Commento all'art. 603 c.p.p.*, p. 204.

73 In questo senso CORDERO, *Codice*, p. 675.

accusatorio, questa strada appare inevitabile; se la convinzione giudiziale si forma – e deve necessariamente formarsi – attraverso la dialettica delle parti, il contraddittorio, nonché la verifica delle differenti e contrastanti allegazioni delle parti, allora conseguenza naturale non può essere altra se non quella di ammettere – non con la regola dell'eccezionalità – le prove dirette a dimostrare la diversa ricostruzione del fatto, descritta nel gravame, che differirà, ovviamente, da quella prospettata nel *decisum*.⁷⁴

È bene fare una dovuta precisazione: quando ci si riferisce all'ipotesi di rinnovazione del primo comma dell'art. 603 c.p.p., non si prende in considerazione esclusivamente il caso di istanza istruttoria finalizzata ad evidenziare, in appello, la portata rilevante di un contributo probatorio che si sia già stato assunto in primo grado; tale categoria, difatti, è quella che viene logicamente e naturalmente ricompresa nell'ipotesi di rinnovazione disposta per non decidibilità allo stato degli atti. Nondimeno, è necessario richiamare un'ulteriore gruppo probatorio che viene fatto rientrare, concettualmente, nel *genus* della rinnovazione "facoltativa" del primo comma: ovvero il caso di prove nuove la cui "novità", non sia dovuta a sopravvenienza o rinvenimento dopo il giudizio di prime cure, bensì, alla scelta del momento in cui, la parte, opti per avanzare la richiesta di assunzione.

Si tratta, quindi, di quelle prove conosciute fin dal giudizio di primo grado, ma per le quali non si è proposta alcuna istanza, e che potranno essere valutate, di conseguenza, solo in base al parametro della non decidibilità allo stato degli atti.

⁷⁴ Cfr. A. MAZZARRA, Op.cit, p. 97.

Tornando proprio al parametro di (non) decidibilità, l'elaborazione giurisprudenziale ha optato per una scelta ermeneutica comprensiva di più ipotesi; in questo senso, difatti, non viene fatta rientrare esclusivamente la fattispecie in cui i dati probatori, in precedenza acquisiti, siano contraddittori o incerti – obbligandosi, perciò, una rinnovazione o integrazione probatoria – ma, anche, l'eventualità in cui il mezzo di prova, oggetto di istanza, presenti carattere di decisività, ai fini della decisione, ovvero, quando sia idoneo, di per sé, ad inficiare ogni altra risultanza probatoria⁷⁵.

Oggetto di pronunce più isolate, al contrario, altra opzione interpretativa di prassi, che predilige una lettura del canone di non decidibilità allo stato degli atti meno rigorosa; si è indicato, infatti, che il potere-dovere del giudice, di disporre la rinnovazione del primo comma, sia esercitabile ogniqualvolta egli ritenga necessaria l'integrazione anche in prospettiva di una riforma della sentenza impugnata, ed all'attitudine di quella prova di legittimare un ragionevole dubbio sulla colpevolezza dell'imputato⁷⁶. Lettura che, anche alla luce del nuovo assunto introdotto nel tessuto codicistico con la l. 46 del 2006 – e ciò che ne rimane - probabilmente meglio si adatterebbe ai principi processuali.

Ed in questo senso, anche un orientamento - che, seppur non recentissimo, è stato identificato da parte della dottrina come "maggiormente aderente alla filosofia sottesa all'art. 111 Cost" - in base al quale, in caso di dubbio, sussisterebbe un obbligo per il giudice

⁷⁵ In questo senso Cass., Sez. VI, 27 Giugno 1995 ;Id. Sez. III, 13 Gennaio 2003 Sez. III, 23 Maggio 2007; nonché Sez. III, 23 maggio 2007.

⁷⁶ Così Cass., Sez. III, 9 Novembre 2006.

"di ammettere la prova richiesta che venga ritenuta decisiva ed indispensabile", ovvero quella idonea ad "apportare un contributo considerevole ed utile al processo"⁷⁷ in quanto indirizzata a risolvere dubbi o prospettare soluzioni differenti.

In ambito di indirizzi dottrinali sono da rilevare, nel contempo, posizioni più rigide, in forza delle quali il giudice è tenuto a disporre la rinnovazione solo quando ritiene di non poter decidere in assenza di quel mezzo di prova⁷⁸; nonché, letture maggiormente elastiche del dettato normativo, in base alle quali, la condizione è soddisfatta tutte le volte in cui il giudice valuti in termini di utilità quelle operazioni istruttorie⁷⁹.

Del resto, l'innovato quadro costituzionale e codicistico – in particolare il principio della "colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio" – ha spinto, già da tempo, una parte di letteratura giuridica verso soluzioni maggiormente articolate, tendenti a distinguere dalle ipotesi di prove già assunte in primo grado - per le quali si chiede la rinnovazione - le c.d. *noviter producta*; queste ultime, oltretutto, qualificabili nell'insieme composto anche di quegli elementi che pur conosciuti dalle parti già in primo grado, siano però rimasti estranei alle dinamiche processuali perchè ritenuti irrilevanti da parte del giudice. In relazione a tale categoria, autorevole dottrina ha difatti sottolineato come sia necessario un pieno "dispiegarsi delle garanzie

77 Testualmente C. FIORIO, Op. cit., p. 175.

78 In questo senso si v. ZAPPALÀ, Op. cit., p. 204.

79 Così F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 1142; A. MAZZARRA, Op. cit., p. 97; A. BARGI, *La rinnovazione istruttoria in appello tra potere discrezionale del giudice e diritto alla prova*, in *Dir. pen. e proc.*, 204, p. 96.

del contraddittorio" perchè trattasi, senza dubbio, di prima assunzione⁸⁰. Cosa invece assolutamente non sostenibile per il caso di prove assunte in primo grado e per le quali appare del tutto adeguato il termine "rinnovazione".

Per tale dottrina, quindi, la "decidibilità allo stato degli atti" non si presenterebbe come valore neutro nelle dinamiche impugnatorie, ovvero come dato privo di significato, che permetta, a conti fatti, la più vasta dilatazione della discrezionalità giudiziale; e neppure come semplice parametro valutativo del percorso gnoseologico seguito dal giudice di prime cure, come avviene, invece, nel giudizio di legittimità, dove è censurabile il vizio logico della motivazione (art. 606, 1° comma, lett. e c.p.p.). E questo, perché, nell'appello, a differenza che nel ricorso per cassazione, è coinvolta tanto la *questio iuris* quanto la *questio facti*; come nel primo grado, difatti, il giudice deve effettuare un giudizio prognostico, in relazione a quel mezzo di prova, sulle prospettive di decidibilità in assenza di quel materiale probatorio. Eppure, a differenza del primo grado, dove tale prognosi deve fare i conti solo con l'imputazione, in tale fase, al contrario, il giudice, nel valutare la "rilevanza" di quel contributo probatorio, deve tener conto, altresì, di una decisione giudiziale già sussistente e di un materiale ormai validamente acquisito agli atti, nonchè – non meno rilevante – della diversa ricostruzione, operata dalle parti, con i motivi d'impugnazione. Queste considerazioni non possono che incidere notevolmente sul giudizio di "rilevanza" o "non superfluità" che il giudice opererà per valutare l'utilità dell'assunzione. Ma, proprio in

⁸⁰ In tal senso F. PERONI, *Giusto processo e doppio grado di giurisdizione nel merito*, cit., p. 714

considerazione di ciò, assumerebbe – secondo la dottrina – un ruolo rilevantissimo l'indicazione "specifica delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta" (art. 581, 1° comma, lett. c, c.p.p.), perché rappresenterebbe il mezzo attraverso il quale la parte deve mostrare al giudice le potenzialità dell'elemento di prova richiesto. E questo poiché, la "decidibilità allo stato degli atti" non starebbe ad indicare una situazione statica posta sotto il giudizio del magistrato, bensì un contesto processuale in cui l'accertamento probatorio presenta ancora rilevanti profili di dinamicità⁸¹.

10. Il secondo comma ed il "pieno vigore" del diritto alla prova

Proprio la relazione al testo definitivo riconosceva che nell'ipotesi di sopravvenienza o scoperta probatoria il diritto alla prova riacquisisce "pieno vigore"⁸²; chiarendo, con ciò, che in tale fattispecie di rinnovazione c.d. "obbligatoria", viene restituita piena effettività al diritto alla prova nel grado di appello.

Sotto il profilo del riferimento temporale, per la sopravvenienza, la prassi giurisprudenziale si è mostrata, nel corso degli anni, consolidata nel ritenere, come limite cronologico per valutare la

81 In questo senso A. BARGI, Op. cit., p. 100.

82 V. la *Relazione al testo definitivo del codice di procedura penale*, in *Gazz. Uff., Serie generale*, 24 ottobre 1988, n. 250, Suppl. Ord. n. 2, p. 199.

soppravvenienza o la scoperta, la pronuncia di primo grado⁸³; ed in questo senso, del resto, si è specificato che, nell'ipotesi asserita, non opera la preclusione temporale imposta dall'art. 585, comma quarto c.p.p. per la presentazione dei motivi nuovi, limite, al contrario, sussistente per il caso di rinnovazione contemplato dal primo comma dell'art. 603 c.p.p.; tesi, tra l'altro, condivisa anche da una parte consistente della dottrina⁸⁴.

Con riferimento, invece, alla fisionomia che deve presentare il mezzo istruttorio affinché questo sia idoneo alla rinnovazione del secondo comma, la giurisprudenza ha affrontato, in passato, una fattispecie emblematica; trattasi del caso in cui il coimputato assolto in primo grado - le cui dichiarazioni erano, quindi, soggette al particolare regime di valutazione *ex art. 192, terzo comma c.p.p.* - venga indicato come teste in appello. In tal senso, difatti, la Corte ha più di una volta escluso che i presupposti del secondo comma dell'art. 603 c.p.p. siano sussistenti solo grazie alla sopraggiunta possibilità, per l'allora coimputato, di assumere il ruolo di testimone nel nuovo grado di giudizio; e questo in quanto, per i giudici di legittimità, in primo grado si sarebbero comunque potute provocare, durante l'esame del soggetto, le dichiarazioni favorevoli che, seppur subordinate ad un particolare regime valutativo, non si potrebbero comunque mai qualificare, in un secondo momento, quali prove sopravvenute o rinvenute successivamente.⁸⁵

83 Cass., Sez. III, 21 ottobre 1993.

84 In proposito si v. F. PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, cit., p. 188.

85 In tal senso Cass., Sez. II, 29 novembre 1999; nonché più recente Cass., Sez. III, 13 gennaio 2006.

L'istituto in questione, allora, a differenza di quello disciplinato dal comma precedente, vuole prescindere da alcun riferimento al parametro della "decidibilità allo stato degli atti"; l'art. 603, comma secondo c.p.p., difatti, attribuisce al giudice d'appello il potere-dovere di ordinare l'acquisizione probatoria entro i limiti dell'art. 495 c.p.p. (che sottintende rinvio agli artt. 190 e 190 *bis* c.p.p.), con l'unico limite preclusivo che esclude, quindi, gli apporti conoscitivi irrilevanti, manifestamente superflui o illeciti⁸⁶. Proprio in tale prospettiva, la Cassazione ha difatti chiarito che solo nell'ipotesi testè analizzata – di prove sopravvenute o scoperte successivamente – la eventuale mancata assunzione da parte del giudice, configuri violazione *ex art.* 606, comma primo, lett. d) c.p.p.; al contrario, le fattispecie riconducibili ai commi primo e terzo dell'art. 603 c.p.p., saranno censurabili, in sede di legittimità, solo sulla base del vizio di motivazione, regolato dall'art. 606, comma primo, lett. e) c.p.p.⁸⁷.

L'ipotesi contemplata dal secondo comma dell'articolo in analisi, rappresenta, d'altronde, forse l'unica forma di dibattimento in appello che permetta una certa riesplorazione dei profili di immediatezza ed oralità anche nel giudizio di secondo grado. Il legislatore, infatti, nel disciplinare l'assunzione di prove nuove perchè sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado, oltre ad escludere qualsivoglia preclusione temporale alla deduzione delle fonti, riduce considerevolmente - ed è questo il profilo di maggior interesse – la discrezionalità giudiziale; se si esclude quella richiamata dall'art. 495 c.p.p. che esclude, in forza del richiamo all'art. 190 c.p.p.,

86 Cass., Sez. I, 10 gennaio 1995; Id. Sez. V, 13 marzo, 2003; nonchè Cass., Sez., VI, 5 maggio 2004.

87 Cass., Sez. IV, 17 maggio 2006.

esclusivamente le prove vietate dalla legge, quelle manifestamente superflue e quelle irrilevanti.

Se non fosse che, alcune perplessità considerevoli sorgono anche in relazione a tale ipotesi di rinnovazione che apparirebbe, ad una prima analisi, come quella meno controversa, e che invece – anche grazie alla comparazione di cui ci serviremo – una volta oggetto di approfondimento mostra evidenti punti critici.

Tenendo ben presente che il caso del secondo comma rientrerebbe tra quelli della c.d. "rinnovazione obbligatoria", è chiaro che la questione più delicata riguardi, a questo punto, lo spazio concesso al concetto di *novum probatorio* qui espresso ai fini della rinnovazione. Sebbene, sia comunque doveroso ammettere che il legislatore si sia mostrato, almeno in questo caso, puntuale sotto il profilo della formulazione, prevedendo chiaramente che "se le nuove prove sono sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nei limiti previsti dall'articolo 495, comma 1" (art. 603, 2° comma, c.p.p.); non manca, quindi, una precisa identificazione di quale sia il concetto di "prove nuove" nelle intenzioni del legislatore, affinché si possa ordinare la rinnovazione ai sensi dell'art. 603 c.p.p.

11. Segue: spunto per una comparazione con il concetto di *novum probatorio* nell'istituto della revisione

Decisamente più proficuo ai fini della trattazione di tale istituto è valutare, quindi, la concreta incidenza che il concetto di *novum probatorio* ha su i mezzi di impugnazione, sia ordinari che straordinari. Ed è ovvio che non sia possibile prescindere, in questo senso, da quale sia il criterio ermeneutico attraverso il quale individuare tale "novità" della prova⁸⁸.

Contributo cospicuo possiamo trarre, in tal senso, da un'analisi comparativa con il concetto di "prova nuova" previsto in altro mezzo di impugnazione – questo, però, straordinario – quale è il rimedio della revisione. Nella disciplina *ad hoc* prevista per tale istituto si stabilisce che il gravame è esperibile "se dopo la condanna sono sopravvenute o si scoprono nuove prove che, sole o unite a quelle già valutate, dimostrano che il condannato deve essere prosciolto a norma dell'articolo 631 [c.p.p.]" (art. 630, 1° comma, lett.c, c.p.p.).

Il conflitto ermeneutico volto a definire l'ampiezza del concetto di "prova nuova" nel giudizio di revisione - come nell'intero processo penale - è stato, ed è ancora, uno dei più vivi ed accesi. Il criterio di *novum probatorio* è stato difatti storicamente inteso in due accezioni: le prove *noviter reperta* e quelle *noviter producta*. Nel primo gruppo rientrano le prove emerse o venute ad esistenza dopo il passaggio in giudicato della sentenza (o comunque dopo altro limite cronologico di

⁸⁸ Così, F.CALLARI, *La revisione, la giustizia penale tra forma e sostanza*, Giappichelli, p. 202.

volta in volta individuato dal legislatore o dalla giurisprudenza); quelle, perciò, che l'imputato non ha potuto produrre o perchè la prova non sussisteva o perchè era ignorata senza colpa. Al secondo gruppo appartengono, al contrario, quelle prove che pur preesistendo al passaggio *in iudicatum*, non sono state oggetto di istanza affinché potessero formare la cognizione del giudice. A tal fine, infatti, si mostra irrilevante non solo la preesistenza o susseguenza, rispetto al passaggio in giudicato, ma anche la conoscenza o ignoranza e la disponibilità o indisponibilità per l'imputato. In questo secondo caso la prova è nuova perchè acquisita dopo, nient'altro.⁸⁹

A tal proposito, il legislatore sembra – sia nell'ipotesi della revisione quanto in quella di rinnovazione dell'istruzione in appello – seguire l'impostazione che ammette, ai fini del rimedio straordinario o dell'istruzione in secondo grado, solo le prove *noviter reperta*, che hanno in modo evidente un raggio molto più ristretto. Delinendo, in questo senso, una sorta di "colpa processuale" delle parti che non abbiano prodotto in precedenza prove conosciute o conoscibili, vedendosi, successivamente, preclusa tale possibilità. È il nostro modello processuale ha prevedere, del resto che, tra gli elementi non acquisiti, gli unici non soggetti a decadenze temporali, sono quelli la cui mancata deduzione dipende da cause in alcun modo imputabili al soggetto in favore del quale è chiesto il rimedio.

Eppure, si è notato in dottrina che tale tesi si fonda, in realtà, su di un assunto non immune da critiche e ombre. In tale prospettiva, difatti, si parte dal presupposto secondo cui, nel procedimento penale, ogni parte sia provvista di una generale e piena cognizione in tema di

89 SI V. G.FOSCHINI, *La "novità" della prova per l'ammissibilità della revisione*.

prova; cosa assolutamente illusoria se solo si considera il divario esistente, ancora oggi, tra i mezzi di ricerca della prova a disposizione del pubblico ministero e quelli a disposizione del difensore di parte⁹⁰, che permetterebbe di sottolineare come "la disponibilità della prova costituisca piuttosto una petizione di principio, anziché una realtà normativa della quale occorre prendere atto"⁹¹. Apparirebbe, allora, fallace "sopravvalutare le potenzialità dell'investigazione privata quasi a volerle accreditare una posizione di competitività rispetto a quella condotta dalla polizia statale, e quasi a voler costruire su di essa quelle saldi base di parità tra accusa e difesa indicati come i contrafforti della nuova struttura processuale"⁹².

Pertanto, rispetto al tema della "prova nuova" - in ambito tanto di revisione quanto di rinnovazione dell'istruzione in appello - condizionando l'ammissibilità del giudizio ad una valutazione sulla responsabilità del soggetto in ordine alla mancata acquisizione della prova nel giudizio, si andrebbe in contro ad un problema di non facile soluzione: come determinare fino a che punto la difesa si sia spesa diligentemente nella ricerca del mezzo di prova? Cercando, in tal senso, di individuare una sorta di "diligenza tipica".

Sul tema, parte della dottrina ha tentato di marginalizzare la questione enfatizzando il ruolo riconosciuto al giudice da parte dell'ordinamento, in ambito istruttorio, regolato da diverse fonti normative (quali l'art. 507, 523 comma 6, c.p.p., e lo stesso art. 603

90 Questo nonostante le ultime riforme sul tema, si veda la legge n. 397/2000, in merito alla disciplina sulle indagini difensive, con la quale si è cercato di scalfire il monopolio pubblico nella fase investigativa, cercando di costruire un parallelismo tra accusa e difesa.

91 A.SCALFATI, *L'esame sul merito nel giudizio di preliminare di revisione*, cit., p. 241.

92 G.TRANCHINA, *I soggetti*, cit., p.239.

comma 3, c.p.p.), grazie alle quali pare comunque possibile colmare le carenze istruttorie conseguenza di una inerzia di parte. Ed in proposito, difatti, è facile riconoscere come, nonostante la costituzionalizzazione del principio di imparzialità del giudice (art. 111, comma 2, Cost.), l'interpretazione più diffusa in merito alle facoltà probatorie dell'organo giudicante tenda sempre a riconoscere confini più ampi di quelli confacenti ad un processo accusatorio⁹³.

E questo ci riporta, quindi, alla nostra tematica. Se perplessità non trascurabili sorgono dall'analisi del concetto di *novum probatorio* relativo ad un mezzo di impugnazione straordinario, allora, considerazioni perlomeno della medesima portata devono essere fatte per il caso del rimedio ordinario processuale per eccellenza, ovvero l'appello. E, ponendoci in questo senso una domanda significativa dell'insofferenza di una parte della dottrina verso un giudizio di secondo grado così costruito, dovremmo chiederci, allora, se sia possibile circoscrivere ad una singola ipotesi l'unico caso reale di rinnovazione equiparabile a quella del primo grado?

Questo anche in considerazione del fatto che, le "prove nuove" contemplate dal secondo comma sono limitate alle c.d. *noviter reperta* e non alla più vasta categoria delle *noviter producta*; accogliendo, in questo modo, la presunzione secondo cui l'imputato ed il suo difensore abbiano una conoscenza piena dell'intero piano probatorio - con la conseguenza che, tutti i mezzi per cui non si chiede l'istruzione devono essere oggetto di decadenza perchè non "scelti" dalle parti - con gli evidenti dubbi sollevati in presenza.

93 Cfr. F.CALLARI, Op.cit., p. 202 ss.

11. La rinnovazione disposta d'ufficio

Come chiarito in precedenza, la semplificazione lessicale che distingue tra le due grandi categorie di rinnovazione - rinvenibili non solo nell'articolo 603 c.p.p.⁹⁴ - identificando una *species* nella c.d. rinnovazione discrezionale e altra in quella c.d. obbligatoria, è ben accetta solo se si indugia su di una classificazione a scopo puramente sistematico; purchè, quindi, si agevoli la trattazione della materia riconducendo ad analisi differenti i casi di rinnovazione, non tanto perché questi si differenzino sotto il profilo dell'obbligo giudiziale – il giudice, infatti, si trova sempre di fronte ad un dovere - quanto sui differenti presupposti che fondano tale dovere del magistrato in tema di richieste istruttorie.

L'ipotesi disciplinata dal comma terzo dell'art. 603 c.p.p. viene convenzionalmente fatta rientrare nei casi di rinnovazione c.d. discrezionale - o facoltativa - prevedendosi un'attività giudiziale in ambito probatorio solo ove ritenuto "assolutamente necessario" (art. 603, comma 3, c.p.p.). La scelta di un maggior rigore rispetto alla formulazione prevista dal primo comma - dove, è bene ricordare, sono necessarie richieste istruttorie da avanzare con l'atto di appello o con i motivi nuovi, che invece non rappresentano requisito essenziale in questo caso - è probabilmente da rinvenire nella considerazione secondo cui durante il dibattimento di primo grado il giudice può procedere *ex officio* all'assunzione di fonti di prova solo "se risulta

⁹⁴ Si è citata in precedenza l'ipotesi dell'art. 627, si aggiungano ora anche i due casi di rinnovazione previsti dai commi 5° e 6° dell'art. 604, c.p.p.

assolutamente necessario" (art. 507, comma primo, c.p.p.)⁹⁵. Si presume, di conseguenza, che tale scelta sia da ricondurre ad una *voluntas legis* indirizzata ad evitare poteri officiosi relativi alla prova in dibattimento d'appello, esercitabili a condizioni meno rigorose di quelle riconosciute in primo grado.

Ciò detto, non sono mancati, in sede di progetto preliminare tentativi di ricondurre l'attività istruttoria giudiziale in appello a presupposti meno severi di quelli previsti per il primo grado; la legge-delega, infatti, prevedeva, all'art. 2, punto n. 94, un escussione dibattimentale in appello ordinata dal giudice quando questi ritenesse di non poter decidere allo stato degli atti, riportando, in questo modo, a presupposto comune i due casi di rinnovazione "facoltativa" previsti dall'art. 603 (primo e terzo comma). La commissione parlamentare, sul punto, avanzò la proposta di modifica al progetto preliminare affinché tale formulazione, contenuta nella direttiva, potesse confluire integralmente nel testo finale; ma la mozione, al termine dei lavori, non venne accolta, in considerazione, anche, del fatto che "nel nuovo sistema processuale le prove devono essere richieste dalle parti (...) risulta residuale e contenuto il potere del giudice di provvedere di ufficio alla loro assunzione".⁹⁶

Il risultato fu una locuzione pressoché identica a quella prevista dall'art. 507 c.p.p., in tema di intervento giudiziale in primo grado; evidenziando che, in tal modo, si sarebbe sia evitato di creare una asimmetria normativa tra il primo ed il secondo grado, e, nel

⁹⁵ L'art. 507 al primo comma recita "Terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se lo ritiene assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prove".

⁹⁶ V. *Relazione al progetto definitivo del codice di procedura penale* in Supplemento ordinario n. 2 alla Gazzetta Ufficiale n. 250 del 24 ottobre 1988.

contempo, non si sarebbe tradito il dettato della legge-delega in quanto l'"assoluta necessità" si presenterebbe, comunque, ogni volta che il giudice non sia in grado di decidere allo stato degli atti.

Ricco e lungo dibattito si è costruito attorno alla reale portata di tale potere giudiziale. Parte della dottrina ha sottolineato – in virtù del carattere residuale, suppletivo ed eccezionale – come tale potestà debba e possa essere esercitata dal giudice solo quando l'acquisizione di tali mezzi di prova sia integrazione indispensabile per risolvere punti non idoneamente approfonditi. Mentre, sarebbe categoricamente escluso che l'esercizio di tale potere-dovere sia legittimo al fine di colmare lacune istruttorie delle parti, o al fine di superare le decadenze intervenute.

Su posizioni critiche si pose – qualche anno fa – un orientamento giurisprudenziale che evidenziò come, seguendo tale impostazione, il risultato sarebbe stata una rinuncia della "naturale funzione conoscitiva che ogni processo deve avere". A tal proposito, si rilevava come il principio dispositivo si espande in senso positivo, nel senso che accresce il diritto delle parti a vedere ammesse le fonti di prova richieste, ma non funziona negativamente; non è possibile che l'inerzia di parte precluda "l'ammissione di prove necessarie all'accertamento dei fatti". Sarebbe necessario, di conseguenza, ammettere ogni mezzo istruttorio, anche quelli che le parti avrebbero potuto richiedere e non hanno richiesto o per le quali siano decadute a causa di richiesta tardiva⁹⁷. In questo senso, infatti, ed in quanto alle potenzialità operative di tale istituto, è del tutto irrilevante – secondo la citata

⁹⁷ Si veda per tutto Cass. , Sez. III, 3 dicembre 1990, Ventura, in *Cass.pen.*, 1991, II, p.154.

giurisprudenza – che una parte sia incorsa durante il giudizio di prime cure in una preclusione rispetto a quello specifico mezzo istruttorio, che poi venga valutato dal giudice come "assolutamente necessario"⁹⁸. Benchè, tale posizione giurisprudenziale tutt'oggi sollevi non poche perplessità in dottrina⁹⁹ – sia per i dubbi suscitati dalla ripartizione dei ruoli processuali sia per il ruolo di sanatoria di invalidità che sembrerebbe attribuito all'intervento giudiziale – i giudici di legittimità non sembrano intenzionati a mutare tale orientamento. E questa posizione, è del resto ribadita quando si afferma che rientrerebbe nei poteri del giudice ordinare d'ufficio la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale ove valuti assolutamente necessario l'esame testimoniale di quei soggetti le cui dichiarazioni, già rese nel dibattimento di primo grado, e verbalizzate, siano state, però, dichiarate inutilizzabili dallo stesso giudice perchè tardivamente depositate¹⁰⁰ (art. 468, 1° comma, c.p.p.).

Eppure appare evidente che, qualsiasi attività del giudice in ambito istruttorio, portata oltre i limiti tollerabili, possa ledere, anche irrimediabilmente, sia il principio dispositivo sia, sforzando l'occhio critico, il principio di parità delle parti. Se il giudice opta per l'ammissione *ex officio* di mezzi di prova assolutamente necessari, a causa di un'attività carente e lacunosa del pubblico ministero, l'imputato si troverà evidentemente in una posizione sfavorita; le

98 V. Cass., Sez. I, 21 Febbraio 1994; Id., Sez. I, 28 Settembre 1993; nonchè, più recenti, Cass., Sez. III, 21 Novembre 2001.

99 Si vedano, in proposito, le posizioni di A. MAZZARRA, Op. cit., p. 181 ss.; F. PERONI, Op. cit., p. 239 ss.; C. FIORIO, Op. cit., p. 169 ss.

100 V. Cass., Sez. I, 22 Gennaio 2008; ed in precedenza, Cass., Sez. V, 11 Novembre 2004.

probabilità di contrasto alle posizioni dell'organo di accusa da parte di chi è chiamato a difendersi, infatti, sono subordinate alla diligenza del pubblico ministero nell'indicare tanto il capo d'imputazione quanto le ipotesi probatorie¹⁰¹. E questo in primo grado come in appello.

Sotto diversa prospettiva, però, non è pensabile, del resto, che in un sistema probatorio con preclusioni così rigide – accentuate in appello – sia preclusa qualsiasi integrazione istruttoria officiosa all'esito degli accertamenti dibattimentali¹⁰². In questo senso parte della dottrina ha evidenziato come rappresentino "un residuo necessario questi poteri d'intervento diretto, coordinati al sistema penale italiano" anche, e soprattutto, in virtù di una indisponibilità dell'oggetto del processo dovuto all'obbligatorietà dell'azione penale che presuppone "almeno [un] marginale potere istruttorio *ex officio*"¹⁰³. E sopperiscono di fatto, a tale esigenza, in via precipua, gli artt. 507 e 603, c.p.p.

101 Le disposizioni dettate dagli artt. 468, 493, 603, 1° comma, c.p.p. tendono proprio ad evitare le c.d. "prove a sorpresa".

102 Cfr. A. MAZZARRA, *Op.cit.*, p.109.

103 Si v. Cordero, *Codice*, cit., p. 575.

12. L'ordinanza in merito alle richieste istruttorie in appello

Il precedente *corpus* normativo - coerentemente con l'ideologia che pervadeva gran parte degli istituti - limitava il provvedimento in tema di richieste istruttorie in appello, al solo caso in cui il giudice ritenesse di dover dar corso ad una nuova escussione dibattimentale.

In tal senso, parte della dottrina ha riconosciuto, al contrario, che, in antitesi a quel sistema, nell'attuale formulazione si rinvenirebbe un chiaro riferimento all'obbligo, in capo al giudice, di emanare provvedimento *ad hoc* tanto in caso di ammissione delle prove quanto in caso di rigetto dell'istanza di parte. Nel codice previgente era, difatti, esplicitamente disciplinato, al secondo comma dell'art. 520 c.p.p. - con soluzione implicita per il caso di reiezione - che la rinnovazione totale o parziale dovesse disporsi con ordinanza; solo nel caso in cui il giudice avesse deciso di aderire alle istanze istruttorie sarebbe quindi sorto obbligo di statuizione espressa. Un eventuale rigetto, al contrario, si sarebbe dovuto ricercare - spesso implicitamente - nel *decisum* conclusivo del giudizio di appello, poiché la decisione relativa a tale richiesta avrebbe, idealmente, supportato la *res iudicanda*, contribuendo all'esame della causa in oggetto.

Ma se la dottrina si mostrava concorde nel ritenere lecita la motivazione sul rigetto delle richieste istruttorie contenuta all'interno della sentenza che avesse chiuso il secondo grado, medesimo consenso diffuso non era rinvenibile in merito alle modalità secondo

cui a tale onere si sarebbe dovuto adempiere. Il contrasto in dottrina pareva, per la verità, essere generato dalla prassi giurisprudenziale invalsa prima della promulgazione del nuovo codice. Per lungo tempo, difatti, si seguì un indirizzo consolidato - potremmo anche dire granitico - secondo cui - con evidente ulteriore compressione delle garanzie per l'imputato - fosse sufficiente anche una motivazione implicita¹⁰⁴. Evidente era la criticità di fondo: ammettendo la motivazione implicita, infatti, si sopprimeva qualsiasi rilevanza della giustificazione stessa, escludendo, di conseguenza, qualsiasi sindacato sulla decisione in questione "posta l'incensurabilità della motivazione in fatto della sentenza di appello"¹⁰⁵. Critica, al tempo, la dottrina prevalente ed una parte minoritaria della giurisprudenza, secondo cui, in virtù di un diritto di difesa costituzionalmente garantito dall'art. 24 della Cost., la motivazione esplicita - seppur contenuta nel *decisum* - che rigettasse le richieste istruttorie di parte, fosse assolutamente indispensabile¹⁰⁶

Con la promulgazione del nuovo codice, secondo parte della dottrina¹⁰⁷, si sarebbe, al contrario, innovato sul tema, disciplinandosi l'obbligo giudiziale a statuire nel merito in ogni caso, indipendentemente dal contenuto del provvedimento. L'ordinanza

104 V. Cass., sez. IV, 22 marzo 1991, Baron, in *riv. pen.*, 1992, p. 181

105 Leone, *Trattato*, cit., III, p. 209.

106 Emblematico dell'orientamento giurisprudenziale si veda Cass. Pen. Sez I, 20 aprile 1982, Bonfanti, in *cass. Pen. Mass.* 1984, p. 919; Per la dottrina la posizione di Algostino, *Rinnovazione*.

107 In questo senso MAZZARRA, *La rinnovazione del dibattimento in appello*, cit., p. 113, secondo la quale "L'art. 603, 5° comma, c.p.p., innovando la disciplina precedente, afferma l'obbligo di statuire con ordinanza, in contraddittorio con le parti tutte le volte che si decide nel merito ad una richiesta istruttoria, indipendentemente dal contenuto - positivo o negativo - della relativa deliberazione".

legislativamente imposta non sarebbe altro, infatti, che una chiara e coerente applicazione del principio garantistico già riconosciuto in primo grado, dove si disciplina che "il giudice, sentite le parti, provvede con ordinanza all'ammissione delle prove a norma degli articoli 190, 1° comma e 190 bis" (Art, 495, 1 ° comma, c.p.p.); e, proseguendo oltre, "nel corso dell'istruzione dibattimentale, il giudice decide con ordinanza sulle eccezioni proposte dalle parti in ordine alla ammissibilità delle prove" (art. 495, 4° comma, c.p.p.). Sottolineandosi, con ciò, che il diritto alla prova può essere adeguatamente garantito solo con un provvedimento giudiziale in forma di ordinanza, emesso senza ritardo e nel contraddittorio tra le parti.

Su posizioni totalmente antitetiche, invece, la giurisprudenza della Suprema corte¹⁰⁸, che pare consolidata su di un orientamento secondo cui, la facoltà giudiziale di ordinare la rinnovazione dell'istruzione sfugga – in virtù del carattere derogatorio ed eccezionale della disciplina di cui all'art. 603 c.p.p. - al sindacato di legittimità, fatto salvo, comunque, l'obbligo del giudice di fornire logica ed adeguata motivazione. Ma non necessariamente in un provvedimento *ad hoc*.

Secondo tale orientamento, difatti, si ritiene che tale iniziativa, diretta all'integrazione del quadro probatorio, sia fondata comunque su di una valutazione attribuita in via esclusiva al giudice di merito, ed in quanto tale da ritenere insindacabile nel giudizio di legittimità ove sia logicamente e adeguatamente motivata, anche se implicitamente.

108 In questo senso v. Cass., sez. IV, 19 febbraio 2004 n. 18660; sez. II, 4 novembre 2003 n. 45739; sez. VI, 2 dicembre 2002 n. 68

Consequenziale a tale scelta ermeneutica, sarebbe l'affermazione secondo cui il collegio giudicante non avrebbe l'obbligo ad emanare apposito provvedimento negativo¹⁰⁹ in merito ad istanze istruttorie ritualmente formulate, essendo, per contro, sufficiente che dia conto nel *decisum* del suo potere discrezionale¹¹⁰, e che tale scelta sia adeguatamente e logicamente motivata.

In realtà, la giurisprudenza non pare aver optato per una scelta ermeneutica differente da quella sperimentata a lungo nella vigenza del precedente codice; difatti si è sostenuto - come in passato - che, in caso di rigetto, la motivazione secondo la corte può essere fornita addirittura implicitamente, ricavandola dalla stessa struttura motivazionale della sentenza di appello¹¹¹. La S.C. ha difatti più di una volta confermato che, ribadito il carattere eccezionale della rinnovazione dell'istruttoria in grado di appello, se alcun dubbio sorge circa la necessità di motivazione espressa contenuta in un provvedimento *ad hoc* - che permetta alle parti, quindi, di conoscere quali siano stati i presupposti di fatto e le ragioni di diritto - quale l'ordinanza che ammette le istanze; lo stesso non potrebbe dirsi, al contrario, per quella avente contenuto negativo - ovvero di reiezione dell'istanza - potendo, la motivazione, essere fornita in forma implicita, desumendola, cioè, dal tenore letterale della sentenza che chiude l'appello¹¹². Tale posizione - rappresentativa di un orientamento ritenuto tutt'oggi prevalente - sottende ovviamente l'idea di una presunzione di completezza dell'istruttoria dibattimentale di

109 Si v. Cass., sez. VI, 18 dicembre 2006.

110 In questo senso si v. Cass. sez V, 7 luglio 2003; Cass., sez VI, 18 giugno 2003.

111 In proposito Cass., sez II, 16 marzo 2005; Cass., sez. V, 20 gennaio 2005.

112 Emblematica in questo senso è la posizione assunta dalla S.C. nella sentenza cass. sez. V, ud. 10 dicembre 2009 (dep. 21 aprile 2010), n. 15320.

primo grado. Si sostiene, difatti, che, posta la natura devolutiva del giudizio di appello, la rinnovazione, se disposta, assume comunque carattere derogatorio non solo dei principi processuali ma anche, per certi versi, dell'attività posta in essere in primo grado; e di conseguenza, se l'ordinanza a contenuto positivo, che apporta un *quid novi* nel processo, ha bisogno di una motivazione espressa, stessa impostazione non andrebbe invece seguita per quanto attiene al caso di ordinanza di reiezione – secondo la cassazione – poichè questa nulla introduce nel processo, sicchè non si comprende come mai la *ratio* giustificatrice del rigetto, non possa desumersi sufficientemente dal *decisum* che definisce il giudizio.¹¹³

Orbene, sul tema dell'ammissibilità di un'ordinanza implicitamente motivata si registrano in dottrina, per vero, posizioni tra loro eterogenee.

In primis, si è notato come lo stesso codice sembri escludere la liceità di una c.d. "ordinanza implicita" - essendo tale un ordine di proseguire il dibattimento senza statuire sulle richieste istruttorie – prevedendo, per il primo grado, che in merito alle istanze sull'assunzione di fonti probatorie "il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti" (art. 190, 1° comma, c.p.p.)¹¹⁴. Alcuna diversificazione dovrebbe esservi, quindi, tra le

113 Cfr. G. BORRACCI, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di appello tra revisio prioris instantiae e novum iudicium*, in Cass. pen., 2011, n. 06, p. 2261.

114 In opposizione, altra dottrina ha, in realtà, sottolineato come il riferimento all'art. 190, c.p.p., per garantire un provvedimento esplicito anche in caso di rigetto, sia improprio, perchè quest'ultimo deve applicarsi pienamente solo nel giudizio di primo grado, a nulla rilevando il dettato *ex art.* 598 c.p.p. del codice, stante l'eccezionalità della rinnovazione.

modalità per l'ammissione e quelle per il rigetto, in appello come in primo grado - prevista, invece, dal codice del 1930 a discapito di quell'imputato che si fosse visto rigettare l'istanza - ma al contrario una previsione chiara ed evidente di obbligo del giudice al provvedimento esplicito anche in caso di diniego per illegalità, superfluità o irrilevanza del mezzo di prova richiesto, presumendo in questo caso l'istanza di rinnovazione del 2° comma. E considerando, inoltre, che l'art. 190 viene implicitamente richiamato dall'art. 603 c.p.p., con il rinvio interno all'art. 495 c.p.p., parrebbe agevole concludere – secondo la dottrina - che una decisione implicita, da rilevare poi nella sentenza conclusiva, sia assolutamente da rifiutare.

In secundis – e se non ci si accontentasse di tali considerazioni – sarebbe impossibile confutare l'inequivocabile dato normativo, secondo cui l'ordinanza di reiezione priva di motivazione, perché magari postergata alla redazione delle motivazioni della sentenza, è assolutamente soggetta a nullità, essendo, questa, contraria sia alla previsione di legislazione ordinaria secondo cui "le sentenze e le ordinanze, sono motivate, a pena di nullità" (art. 125, 3° comma, c.p.p.) sia – e potremmo dire in particolare - per contrarietà con il dettato costituzionale relativo al giusto processo (art. 111, 1° comma, Cost.)¹¹⁵. Si aggiunga, tra l'altro, che, differentemente dalla sentenza, la motivazione dell'ordinanza non è rinviabile ad un momento successivo, escludendo, con ciò, qualsiasi formazione progressiva del provvedimento (le motivazioni che hanno spinto il legislatore a prevedere una legittima scissione della sentenza, in momento

¹¹⁵ Il testo dell'art. 111, 1° comma, Cost., come innovato dalla l. Cost. Del 23- 11- 1999, n. 2 (*Inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 della Costituzione*) recita " La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge".

decisorio e momento descrittivo¹¹⁶, non prevista, invece, per le ordinanze, si è detto, sarebbero da ricercare nella maggiore complessità che il provvedimento presuppone, anche se tale equazione non sempre corrisponde al dato effettivo). L'obbligo di motivare, a pena di nullità, tanto la sentenza quanto l'ordinanza, sarebbe senz'altro rappresentativo della scelta di voler apprestare garanzie più solide per i diritti fondamentali; in questo caso specifico, al diritto alla prova nel processo penale. Mancando il movente che ha sostenuto quella specifica decisione verrebbe del resto anche a mancare l'oggetto stesso di un eventuale sindacato di legittimità.

Eppure, la giurisprudenza ha ripetutamente rilevato che, così operando, il provvedimento ordinatorio lungi dall'acquisire alcun carattere d'insindacabilità, poichè, potendo senz'altro incidere sulla struttura della sentenza – ovvero la motivazione – sarà comunque possibile proporre ricorso per cassazione *ex art. 606, 1° comma, lett. e, c.p.p.* Ancora, altra parte della dottrina¹¹⁷ ha, però, contrariamente sostenuto che l'impostazione granitica della giurisprudenza – in tendenziale conformità con quella formatasi nella vigenza del precedente codice – sia assolutamente da rigettare; e questo, poiché una "preventiva conoscenza della sorte delle richieste istruttorie consentirebbe all'imputato", nonchè al P.M., di "modificare i rispettivi *petita*". Questa della corte, si è notato, non è altro che una "disinvolta

116 Si veda in proposito l'art. 544, 2° e 3° comma, c.p.p.

117 Si vedano in proposito le posizioni di C. FIORIO, *La prova nuova nel giudizio penale*, secondo cui "una tale impostazione è da respingere con fermezza non solo per la degradazione del diritto alla prova ad essa sottesa (e certamente non tollerabile alla luce del "giusto processo"), ma anche in considerazione delle ripercussioni sulle strategie processuali delle parti. Ma anche A. MAZZARRA, *La rinnovazione del dibattimento in appello*; MENNA, *Il giudizio d'appello*; PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*; ed anche, seppur con posizioni più moderate, ZAPPALÀ, *Commento all'art. 603*.

prassi radicatasi nel codice abrogato", e che tutt'oggi si presenta come maggioritaria presso la giurisprudenza, tanto di merito quanto di legittimità, legittimando una "sostanziale libertà di forme sia nella concessione che nella negazione di un momento istruttorio in appello".¹¹⁸

Si è notato, in proposito, che tale impostazione comporta una inevitabile compressione dei poteri istruttori riconosciuti alle parti, seppur in via eccezionale in questa ipotesi; legittimare, infatti, una prassi secondo cui le ragioni ostative si possono rinvenire solo ed unicamente nel provvedimento finale - non appena siano conoscibili le motivazioni della sentenza - ostacola, di fatto, il potere delle parti su come impostare una strategia processuale che sia adeguata al contesto processuale. Così facendo, si constringerebbe, per di più, il soggetto ad esperire ricorso per cassazione, potendo, egli, solo in tal modo chiedere il sindacato sul *decisum*, ed in particolare sul punto in cui si è statuito il rigetto delle istanze istruttorie; rigetto, che viene per di più ritenuto legittimo anche quando la motivazione è fornita in modo implicito. Inoltre, si aggiunga che il gravame di legittimità si caratterizza comunque per un *numerus clausus* di motivi, e questo avrebbe, ripercussioni negative – secondo la dottrina – sulla scelta del motivo – o motivi – di ricorso.

La posizione della corte non sembrerebbe, quindi, condivisibile, e questo non solo a causa del dato formale - una volta interpretato alla stregua del dettato costituzionale - ma anche per le inevitabili ripercussioni che essa produce sul diritto di difesa, postergato al momento – eventuale – di un'impugnazione di legittimità.

118 Testualmente C. FIORIO, Op. ult. cit., p. 189.

Capitolo Terzo

1. Introduzione. - 2. L'istruttoria in appello conseguente all'incolpevole contumacia in primo grado. - 3. La rinnovazione nel giudizio di rinvio. - 4. Rinnovazione dell'istruttoria e rito abbreviato: questioni di compatibilità ed incertezze giurisprudenziali.

1. Introduzione

Come anticipato, i casi di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, disciplinati dal nostro ordinamento, non sono riconducibili esclusivamente all'art. 603 c.p.p.; sebbene, infatti, il fulcro della discussione verta, in gran parte, sulle ipotesi regolate dalla disposizione in oggetto – anche quando il termine "rinnovazione" sia impropriamente utilizzato – altre fattispecie di questo tipo sono rinvenibili in norme diffuse all'interno del *corpus* codicistico.

In tale prospettiva, allora, si pone come assolutamente necessario analizzare i c.d. "altri casi" di istruzione rinnovata – o comunque rinnovabile – che il tessuto normativo mette a disposizione delle parti processuali; e questo con la consapevolezza, del resto, che la circostanza in un certo senso definibile tipica – quella conseguente al

primo grado svoltosi con rito ordinario – non rappresenta l'unica ipotesi in cui sia necessario, e comunque legislativamente previsto, procedere ad una rinnovazione dell'istruttoria o ad una integrazione del materiale probatorio. In tal senso, l'interesse pare rivolto alle ipotesi di appello conseguente a sentenza emessa all'esito di un giudizio celebrato con rito abbreviato; per comprendere, in particolar modo, quali esiti differenti – e se ve ne siano - vengono in rilievo dalla scelta del rito contratto "allo stato degli atti" e quello, al contrario, con richiesta di integrazione probatoria; soprattutto in virtù delle innovazioni legislative degli ultimi anni intervenute in materia¹¹⁹. Nonchè, altra fattispecie rinnovatoria particolarmente delicata e discussa come quella del giudizio di appello da svolgersi dopo l'annullamento – con rinvio – da parte dei giudici di legittimità, e se, in tale ipotesi, un nuovo giudizio di merito comporti o meno delle variazioni nell'applicazioni dell'istituto della rinnovazione.

Prima di ciò, è necessario, però, fare un breve passo indietro. Nel capitolo precedente, difatti, si sono approfonditi i casi di rinnovazione previsti dai primi tre commi della disposizione oggetto del nostro interesse; a tal proposito, si è preferito omettere da quella trattazione ogni valutazione relativa all'ipotesi disciplinata dal quarto comma del medesimo articolo. Trattasi della disposizione che regola il caso di rinnovazione riconosciuta al contumace in primo grado, la cui assenza sia stata causata dal caso fortuito, forza maggiore o incolpevole ignoranza del decreto di citazione; legittimando l'imputato, in questo modo, a chiedere la rinnovazione (questo è uno dei casi in cui apparirebbe impropria la scelta terminologica) senza che vi sia alcuna

¹¹⁹ Ci riferiamo alla l. n. 479 del 16 dicembre 1999, la c.d. "legge Carotti".

valutazione discrezionale da parte del giudice, eccetto quella *ex artt.* 495 e 190 c.p.p. E questo anche se, come plausibile, i mezzi di prova oggetto di istanza non siano riconducibili, esclusivamente, alla categoria delle prove *noviter reperta* (le uniche per le quali, come visto, il legislatore a norma dell'art. 603, 2° comma, c.p.p., ha escluso alcuna valutazione ancorata al criterio della "decidibilità allo stato degli atti" o di "assoluta necessità").

Tale ipotesi rinnovatoria, per incolpevole contumacia in primo grado, viene ricondotta alla categoria della rinnovazione c.d. "obbligatoria" – secondo la dicotomia precedentemente analizzata – in quanto, nella suddetta fattispecie, viene limitata la discrezionalità giudiziale – un margine, seppur minimo, è sempre presente, com'è naturale – non legando, la scelta giudiziale, ad alcun giudizio di assoluta necessità (art. 603, 3° comma, c.p.p.) o di non decidibilità allo stato degli atti (art. 603, 1° comma, c.p.p.). Ma, nonostante il recupero delle garanzie processuali per il soggetto assente nella fase di appello, tale disciplina è stata aspramente criticata a causa di una presunta inidoneità a tutelare concretamente l'imputato contumace; come, del resto, si evidenziava l'inadeguatezza dell'art. 175 c.p.p. prima che intervenisse la riforma legislativa, spinta, tra l'altro, dalle numerose condanne della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo inflitte all'Italia.

Ma andiamo con ordine, perché è proprio da questa ipotesi che, a nostro parere, bisogna iniziare.

2. L'istruttoria in appello conseguente all'incolpevole contumacia in primo grado

È necessario, a questo punto, affrontare il tema della rinnovazione in appello richiesta da soggetto dichiarato contumace in primo grado che riesca, però, a dimostrare la propria incolpevole assenza. Il tema della legittimità di un giudizio svoltosi in contumacia ha rappresentato uno degli argomenti maggiormente dibattuti in dottrina e affrontati dalla giurisprudenza nazionale e sovranazionale; si tratta, del resto, di una materia densa di criticità sotto il profilo delle garanzie dell'imputato. Ed è difatti proprio sul tema della contumacia che la Corte di Strasburgo si è più di una volta pronunciata – condannando l'Italia – al fine di evidenziare le lacune normative del nostro ordinamento, nonché l'inadeguatezza della nostra giurisprudenza sul tema. Portando, come sappiamo, ad una importante riforma dell'art. 175 c.p.p., sfociata con l'inserimento di una interpolazione che permettesse una rimessione nei termini per impugnare la sentenza per l'imputato incolpevolmente contumace¹²⁰. Sebbene tale riforma abbia, in parte, adeguato il nostro processo al modello di garanzia prospettato dai giudici sovranazionali, è la stessa Corte Europea ad aver, più di una volta, sottolineato come sia l'istituto della contumacia ad essere, di per se, intrinsecamente incompatibile con un processo che dovrebbe presentare adeguate garanzie per l'imputato.¹²¹

120 Ci riferiamo ovviamente alla L. 22 aprile 2005, n. 60.

121 Si v. in proposito le posizioni dei giudici di Strasburgo nelle sentenze Sejdovic c.

Proprio seguendo tale impostazione, il legislatore italiano ha deciso di riformare nuovamente – e si tratta di una novità nel senso stretto del termine¹²² - la disciplina del giudizio di contumacia, affinché ci si possa dirigere, finalmente, verso un processo che escluda del tutto la celebrazione di giudizi in assenza; ovvero tutti quei casi in cui vi siano ragionevoli dubbi sulla conoscenza del procedimento, da parte dell'imputato, a causa della mancata notifica del decreto di citazione. Nondimeno, prima di procedere verso una breve disamina della riforma in questione - e sulle possibili ripercussioni in materia di rinnovazione - è bene analizzare precedentemente la disciplina che ha caratterizzato gli anni successivi alla promulgazione del codice vigente; ovvero quella in cui il giudizio contumaciale era ancora previsto (trattasi di qualche mese fa), nonché le più rilevanti posizioni sul tema, della dottrina e della giurisprudenza; tenendo conto, del resto, delle conseguenze che la contumacia in primo grado dell'imputato produce – a questo punto si dovrebbe dire produceva - sul giudizio di secondo grado, e nello specifico in tema di istruttoria in appello.

Il quarto comma dell'art. 603, c.p.p. recita "il giudice dispone, altresì, la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale quando l'imputato, contumace in primo grado, ne fa richiesta, e prova di non essere potuto comparire per caso fortuito o forza maggiore o per non aver avuto conoscenza del decreto di citazione, sempre che in tal caso

Italia, emessa dalla prima sezione in data 10.11.04 e successivamente confermata dalla Grande Camera a seguito di impugnazione; nonché Colozza c. Italia del 12 febbraio 1985; Novoselov c. Russia, dell'8 luglio 2004 ; Somogyi c. Italia del 18.4.04.

122 È una riforma introdotta quest'anno nel nostro ordinamento, trattandosi di legge approvata il 17 maggio del 2014.

il fatto non sia dovuto a sua colpa, ovvero quando l'atto di citazione per il giudizio di primo grado sia stato notificato mediante consegna al difensore nei casi previsti dagli articoli 159, 161 comma 4 e 169, non si sia sottratto volontariamente alla conoscenza del procedimento" (art. 603, 4° comma, c.p.p.).

La disposizione in questione appresta, in modo evidente, uno strumento atto a tutelare il diritto dell'accusato, involontariamente rimasto estraneo, affinché questi possa esplicitare la propria difesa personale. Autorevole dottrina ha, difatti, già da tempo, sottolineato come il diritto di difesa si sviluppi tanto sul piano tecnico, con l'assistenza del difensore, sia su quello personale, garantendo il diritto dell'imputato ad essere presente, per avanzare le proprie eccezioni, ogniqualvolta si veda accusato, o si agisca contro di lui in un determinato processo.¹²³

Ma il comma in questione ha sollevato non poche questioni ermeneutiche, sulle quali la dottrina non pareva aver optato per un orientamento comune. Orientamento comune - o comunque maggioritario - presente, al contrario, in giurisprudenza; questo, in particolar modo sul tema dell'ammissibilità dell'istanza del contumace, condizionata dalla prova, da questi fornita, che la mancata comparizione nel precedente grado di giudizio sia dipesa da caso fortuito, forza maggiore o dal non avere avuto conoscenza, senza colpa, del decreto di citazione¹²⁴. Parte della dottrina ha riconosciuto, coerentemente con le posizioni della giurisprudenza, che la rinnovazione dibattimentale in appello, così disciplinata, sia idonea a

123 In questo senso si v. CARULLI, *Il diritto di difesa dell'imputato*, Napoli, 1967; FERRUA, *La difesa nel processo penale*, Torino, 1988.

124 Per la giurisprudenza si v. Cass., sez. V, 20 settembre 2005.

garantire l'assunzione delle prove non chieste - e quindi non acquisite - in primo grado, da parte dell'imputato, perché incolpevolmente contumace; inoltre, in tal modo, si è sostenuto, verrebbe assicurato il diritto di difesa, ma, al contempo, non si violerebbe alcun canone del doppio grado di giurisdizione – che, tra l'altro, come vedremo in seguito, non pare rinvenirsi in alcuna regola precettiva – poiché, questo, verrebbe garantito dalla possibilità di proporre ricorso per cassazione¹²⁵. Soluzione, questa, ritenuta, al contrario, assolutamente insoddisfacente da altra parte della dottrina, che, con posizioni composite, avrebbe, invece, privilegiato una scelta differente, da parte del legislatore del 2005, che, intervenuto sul problema della contumacia in sede di impugnazione, dopo le condanne dai giudici di Strasburgo¹²⁶, avrebbe potuto – secondo tale dottrina: dovuto – operare una scelta simile a quella dell'art. 175 c.p.p., anche per l'art. 603 c.p.p.

Per tale orientamento, difatti, nonostante i "reiterati moniti della Corte europea dei Diritti dell'Uomo" - tra cui quelli che hanno portato all'intervento sull'art. 175 c.p.p. - "il sistema delineato dal codice di rito" compenserebbe "con una insoddisfacente rinnovazione istruttoria un grave *deficit* di contraddittorio manifestatosi in primo grado, dovuto", tra l'altro, "ad una incolpevole assenza dell'imputato"¹²⁷.

Ma, profilo altrettanto discusso appare, oltretutto, quello della legittimazione a chiedere la rinnovazione *ex art.* 603, 4° comma. L'operatività dell'istituto è difatti subordinata a due condizioni

125 Su tali posizioni, ad esempio, E. ZAPPALÀ, *Art. 603*, in M. CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 208.

126 Ci riferiamo alle sentenze della Corte eur. dir. uomo, I, 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia* e Corte eur. dir. uomo, II, 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*, nonché alla riforma che ne è conseguita.

127 Così C. FIORIO, *Op. cit.*, p. 165.

essenziali, l'impulso della parte rimasta contumace e la prova, da questi fornita, del caso fortuito o della forza maggiore o della incolpevole ignoranza del decreto di citazione. Se pochi dubbi sorgono, ovviamente, sulla legittimità di un onere della prova a carico di colui che voglia beneficiare dell'istituto in esame¹²⁸, medesima soluzione non vale per quanto riguarda la sede in cui avanzare tale richiesta. In proposito, infatti, alcune incertezze si sono rilevate in dottrina relativamente alla necessità che il contumace richiedente, rivesta anche la qualifica di appellante. Dottrina autorevole pareva, infatti, riconoscere la possibilità, di usufruire di tale ipotesi di rinnovazione, al solo contumace appellante¹²⁹; mentre negli ultimi anni, nel solco di posizioni dottrinali maggiormente elastiche¹³⁰, parte della letteratura ha privilegiato, invece, una soluzione più garantista.

Si è replicato che, a favore di una tutela effettiva dell'imputato che incolpevolmente non sia potuto intervenire in primo grado, il legislatore abbia altresì previsto una sostanziale riduzione del potere discrezionale del giudice d'appello; il quale, difatti, a differenza degli altri casi di rinnovazione, eccetto quello di *novum probatorio*, "dispone" - non già semplicemente "può disporre" - la rinnovazione; manifestando, in tal modo, la *voluntas legis* di voler compensare la decurtazione difensiva, a causa della mancata partecipazione al

128 In proposito si veda Cass., sez. V, 27 settembre 1996.

129 Secondo E. ZAPPALÀ, infatti, l'istanza di rinnovazione deve essere contenuta nell'atto di appello o nei motivi nuovi.

130 Per MAZZARRA, *La rinnovazione del dibattimento in appello*, secondo la quale il requisito di cui all'art. 603, comma 1 c.p.p., sarebbe troppo penalizzante per l'imputato contumace e, comunque, "in contrasto con le finalità perseguite da questa particolare forma di istruzione dibattimentale", p. 159-160. Su posizioni analoghe anche MOSCARINI, *La contumacia dell'imputato*, Milano, 1997, p. 459. Mentre contributi più recenti, ma sempre sulle medesime posizioni, CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, p. 114 ss., nonché FIORIO, *La prova nuova nel giudizio di appello*, p. 165 ss.

giudizio di prima istanza, con una minore discrezionalità giudiziale in tema di assunzione probatoria. Al giudice d'appello, perciò, verrà rimessa, oltre la valutazione della sussistenza dei presupposti previsti dal comma quarto dell'art. 603 c.p.p. - ovvero la prova dell'incolpevole contumacia fornita dall'imputato - semplicemente una valutazione basata sui criteri dettati dall'art. 495 c.p.p.¹³¹

Ma la doverosità della rinnovazione regolata da tale ipotesi non sarebbe, per quella parte di letteratura giuridica critica, affatto rassicurante in tema di recupero del diritto alla prova in appello, come pure il dato letterale parrebbe suggerire. E questo perché, secondo una certa giurisprudenza¹³², l'imputato non solo deve indicare in modo specifico i mezzi di prova per cui chiede l'assunzione, ma la scelta del giudice, se ammettere o meno tali richieste (o circa le ragioni addotte dall'imputato a giustificazione della contumacia)¹³³, "costituisce accertamento di fatto che, se adeguatamente motivato, è incensurabile in sede di legittimità"¹³⁴.

Come detto, per una parte della dottrina il legislatore del 2005 - intervenuto per modificare l'art. 175 c.p.p.¹³⁵ dopo le condanne da parte dei giudici di Strasburgo - avrebbe dovuto, senza indugiare ulteriormente, optare per una scelta innovativa anche in relazione alla disciplina della rinnovazione istruttoria, e non lasciare immutato il comma in questione. Su quale sarebbe dovuta essere la portata innovativa dell'intervento legislativo, le posizioni dottrinali, però,

131 In proposito si veda Cass., sez. III, 10 gennaio 2003.

132 Cass., sez. VII, 10 gennaio 2003.

133 Cfr. D. CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, p. 117.

134 Cass., sez. V, 3 ottobre 2000.

135 D.l. 21 febbraio 2005, n. 17, conv. dalla l. 22 aprile, 2005, n. 60.

non paiono attestate su di una opzione unitaria. Una parte della dottrina ha sostenuto che, l'unica soluzione legislativa realmente rispettosa del diritto di difesa – a tutela delle garanzie dell'imputato – sarebbe quella di una regressione del processo in primo grado¹³⁶; alternativa che, però, non ha trovato compiuta realizzazione. In questo senso, si è notato, infatti, che sarebbe "stata senz'altro più coerente con il modello del giusto processo" una scelta differente, "orientata nel senso di prevedere che il giudice di appello", anzichè ordinare l'assunzione delle prove (non trattandosi, tra l'altro, di rinnovazione delle prove, ma di assunzione per la prima volta), "annullasse la sentenza impugnata con rinvio al giudice *a quo*"; solo così si sarebbe infatti garantito, in modo effettivo, il diritto all'imputato di difendersi. E a nulla rileverebbe, invece, che il margine di discrezionalità giudiziale sia stato cosiderevolmente ridimensionato in tale ipotesi, perché, nonostante tutto, si andrebbe comunque a negare all'imputato "il giudizio di primo grado senza una ragione specifica che renda plausibile la pesante deroga all'assunzione della prova nel contesto fisiologico".¹³⁷

E tali posizioni sembrerebbero, del resto, avallate dalla innegabile "maturazione di una consapevolezza circa la necessità di un diritto alla prova" dimostrato, in modo evidente – secondo una parte della dottrina – anche dalla scelta legislativa in tema di giudizio dinanzi al giudice di pace¹³⁸; ove, come noto, si è previsto che, se in appello si presenti il caso di contumace incolpevole in primo grado, che avanzi richieste istruttorie, e "ove si tratti di far luogo ad attività probatoria di

136 In questo senso C. FIORIO, *La prova nuova nel processo penale*, p. 167.

137 Si v. D. CHINNICI, *Op. cit.*, p. 118-119.

138 D.lgs 28 agosto 2000, n. 274, art. 39, comma 2.

cui all'art. 603, comma 4 c.p.p., non si procede" - come avviene, invece, per il giudizio ordinario - ad alcuna rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, "bensì all'annullamento della sentenza di primo grado". Con ciò, si è individuato, infatti, come sia paradossale una situazione in cui "lo *standard* di garanzie partecipative dell'imputato assicurate dall'acquisizione delle prove in primo grado, in caso di assenza" incolpevole, sia riconosciuta solo ed unicamente per i "procedimenti per reati di lieve offensività, quali sono quelli di competenza del giudice di pace"¹³⁹, e non per tutti i giudizi. Secondo tale dottrina, infatti, una scelta di questo tipo andrebbe estesa anche al giudizio ordinario, mostrandosi, del resto, in linea con le posizioni consolidate della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, in tema di contumacia.

Come noto, del resto, la giurisprudenza di Strasburgo è stata una delle componenti principali di quella svolta legislativa rappresentata dalla interpolazione inserita nell'art. 175 c.p.p.¹⁴⁰. Ma è proprio tale ultima riforma che ha - secondo parte della dottrina ingiustamente - lasciato inalterato il dettato previsto dall'art. 603, comma 4 c.p.p.; conservando, quindi, l'esperibilità del mezzo istruttorio direttamente dinanzi al giudice di seconde cure, quando si sarebbe potuto optare per una scelta differente. In senso critico, infatti, si è sottolineato che il cambiamento operato all'art. 175 c.p.p., non essendo stato accompagnato da una corrispondente modifica della formula di cui all'art. 603, comma quarto c.p.p., costringerebbe al paradosso secondo

139 Si v. D. CHINNICI, Op. cit., p. 118-119.

140 La legge è intervenuta, d'altronde, dopo le due condanne Sedjovic c. Italia e Somogyi c. Italia, inflitte all'Italia per la mancata previsione di una restituzione del termine per impugnare concesso all'imputato incolpevolmente contumace in primo grado.

cui un imputato contumace in primo grado venga rimesso nei termini per impugnare, ma non avrebbe automaticamente diritto alla rinnovazione del dibattimento in appello¹⁴¹. E questa circostanza pare, del resto, essere confermata dalla giurisprudenza della S.C., secondo cui deve chiarirsi che, il provvedimento che rimetta nei termini d'impugnazione il contumace in primo grado – *ex art. 175 c.p.p.* - non vincola o condiziona in alcun modo il giudice di secondo grado in ordine alla scelta della rinnovazione, dovendo egli, infatti, valutare sempre autonomamente la sussistenza dei requisiti normativi che la rendano necessaria¹⁴²; ovvero la prova, fornita dall'imputato, che la mancata comparizione fosse dovuta ad una delle tre ipotesi contemplate dal quarto comma.

D'altronde, la giurisprudenza, sul tema della rinnovazione in caso di contumacia dell'imputato in primo grado, ha, nel tempo, diverse volte chiarito che l'ipotesi di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, disciplinata dal quarto comma, non esclude assolutamente che il giudice debba operare le opportune valutazioni in relazione alla rilevanza ed ammissibilità delle prove richieste¹⁴³.

E la cassazione, del resto, sembra aver delineato precisamente quelli che ritiene essere i confini dell'istituto in esame; ad esempio, in relazione alla qualificazione della "forza maggiore" ostativa, ha sottolineato che la stessa non deve essere in alcun modo ascrivibile all'interessato. Nell'ipotesi celebre ed emblematica, di volta in volta puntualmente richiamata, ad esempio, viene ritenuto inammissibile il

141 In questo senso G. LATTANZI, *Costretti dalla corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1125.

142 In proposito Cass., Sez. VI, n. 14916, 25 marzo 2010.

143 Cass., sez. VII, n. 223821 10 gennaio 2003.

caso di richiesta di rinnovazione *ex art.* 603, quarto comma c.p.p., essendosi dimostrata l'impossibilità di rientro in Italia a causa della situazione insurrezionale verificatasi in uno stato estero, quando l'imputato si sia ivi recato pur essendo già stato avvertito della data fissata per l'udienza, ed essendo nota la instabile situazione sociale nella nazione di destinazione¹⁴⁴. Ugualmente, per il caso di mancata comparizione causata da non conoscenza del decreto di citazione, la corte ha precisato che la prova, il cui onere grava sempre sull'imputato, non può essere desunta unicamente dal fatto che la notificazione dell'atto sia avvenuta mediante consegna al difensore¹⁴⁵.

Ma, come già anticipato, la posizione forse di maggior rilievo espressa dalla corte sul tema in questione, è quella relativa alla sindacabilità della decisione giudiziale. E questo poiché, sul punto, la S.C. ha ribadito più e più volte che, nonostante la decurtata discrezionalità (rispetto ipotesi di rinnovazione contenute nel 1° e 3° comma della medesima disposizione), tale valutazione costituisce comunque accertamento di fatto, sicchè, se adeguatamente motivato, il rigetto risulterà essere incensurabile in sede di legittimità¹⁴⁶.

Questo lo scenario normativo riscontrabile fino a qualche mese fa. Scenario, però, del tutto mutato - almeno sotto il profilo formale - con la novella legislativa n. 67 del 28 aprile 2014¹⁴⁷, che sembrerebbe aver formalmente eliminato l'istituto della contumacia nel nostro

144 È una delle pronunce emblematiche da parte della S.U. nel chiarire il concetto di "forza maggiore" adeguato ad ammettere la rinnovazione del quarto comma. Nel caso di specie, il paese era il Turkmenistan.

145 Secondo la Cassazione nella sentenza del 9 Gennaio 1998.

146 Cass., sez. V, 3 Ottobre 2000.

147 La legge è entrata in vigore il 17 maggio del 2014.

ordinamento. Il lento, e non autonomo, adeguamento¹⁴⁸ del nostro ordinamento alle decisioni emesse dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sul tema in questione parrebbe, con tale norma, aver trovato un punto di arrivo; sul quale, però, sono state sollevate non poche perplessità, in particolare sul delicatissimo tema del regime transitorio da applicare¹⁴⁹.

Passando ad una inevitabilmente approssimativa – vista la novità – disamina della riforma, prima grande modifica formale è, senza ombra di dubbio, la scomparsa del termine contumacia, con l'obbligo di riferirsi ad un processo svoltosi *in absentia*; la differenza non è solo lessicale, poiché, secondo la nuova legge, il giudizio risulterebbe lecito solo ove si accerti la effettiva conoscenza, da parte dell'imputato, del processo a suo carico, con conseguente suo rifiuto – tacito o espresso – a partecipare al giudizio in questione. Sul piano sostanziale, al contrario, la modifica di maggior rilievo è da indentificarsi, senz'altro, nella previsione legislativa secondo cui "se l'imputato non è presente il giudice rinvia l'udienza e dispone che l'avviso sia notificato all'imputato personalmente ad opera della polizia giudiziaria" (art. 420 quarter, primo comma, c.p.p.¹⁵⁰) e, proseguendo oltre, "quando la notificazione ai sensi del comma 1 non risulta possibile, e sempre che non debba essere pronunciata sentenza a norma dell'articolo 129, il giudice dispone con ordinanza la sospensione del processo nei confronti dell'imputato assente..." (art.

148 Il cui passaggio fondamentale, prima di questo ora analizzato, è stato senz'altro la legge n. 60 del 2005.

149 R. MAGI, "Quale regime transitorio per le modifiche in tema di contumacia e irreperibilità", in www.magistraturademocratica.it, del 18 maggio 2014.

150 Come novellato dalla l. 67 del 2014.

420 quarter, comma secondo, c.p.p.¹⁵¹). Eccetto, quindi, il caso di declaratoria di proscioglimento, il giudice ha l'obbligo, in caso di prove insufficienti che dimostrino la effettiva conoscenza o comunque la volontaria sottrazione, di sospendere il processo per un termine non superiore ad un anno – con relativa sospensione dei termini di prescrizione – alla cui scadenza viene reiterata l'attività di notificazione; se all'esito della stessa sovengono nuovi elementi che permettono di confermare la effettiva conoscenza da parte dell'imputato, la sospensione viene revocata.

Ed è proprio tale "contenuto innovativo" che rappresenta "la novità di maggior rilievo ed impatto anche in relazione ai procedimenti in corso", e questo in particolare di fronte ad "un testo di legge che risulta" assolutamente "privo di disciplina transitoria espressa e affetto da numerose incompletezze sul piano della armonizzazione e del coordinamento con le norme vigenti"¹⁵². L'assenza di una disciplina transitoria appare, del resto, lacuna la cui gravità è ulteriormente accentuata dalla durata media del processo penale nel nostro paese; si pensi, ad esempio, al caso di contumacia dichiarata prima dell'entrata in vigore della riforma in questione e che permanga fino alla conclusione del processo.

Allo stato dei fatti, quindi, la nuova norma prevede come lecita la celebrazione di un processo "*in absentia*" solo in caso di rinuncia espressa, ipotesi meno problematica ma meno frequente; in caso di diniego tacito, quando sussistano sufficienti elementi che indirizzino verso la effettiva conoscenza; oppure volontaria sottrazione alla

151 Come riformato dalla suddetta legge.

152 Con le parole di R.Magi, "*Quale regime transitorio per le modifiche in tema di contumacia ed irreperibilità*", in www.magistraturademocratica.it, 18 maggio 2014.

conoscenza del procedimento o di atti dello stesso – prevista per far fronte ai possibili abusi perpetuati mediante la nuova normativa – che rappresenta la fattispecie dai confini più incerti, e che genererà, senz'altro, numerose dispute ermeneutiche.

Le criticità sorgono, oltretutto, se si riflette che in realtà "una contumacia ben dichiarata con le vecchie norme" rassicurerebbe comunque "il rispetto anche dei nuovi parametri" e sarebbe atto "valido anche rispetto ad una necessaria prova di resistenza" richiesta dalla nuova normativa. Coerente con tale posizione sarebbe, del resto, la scelta del legislatore di optare per una sospensione del procedimento in quanto tutti gli elementi suggerirebbero, in modo inequivocabile, che il comportamento tenuto dall'imputato non sia "sanzionabile come volontaria sottrazione", ed in quanto tale non qualificabile come "comportamento concludente di un soggetto realmente edotto di un procedimento"¹⁵³. Ma, nonostante ciò, pare del tutto evidente "la difficile opera di coordinamento tra la previgente e la attuale disciplina" in assenza di un qualsiasi regime transitorio che agevoli il passaggio da un sistema processuale che prevede un giudizio contumaciale ad altro sistema nel quale l'istituto in questione scompare.

153 In proposito si v. R.Magi, "*Quale regime transitorio per le modifiche in tema di contumacia ed irreperibilità*", in www.magistraturademocratica.it, 18 maggio 2014.

3. La rinnovazione nel giudizio di rinvio

Altra ipotesi di rinnovazione - già precedentemente citata - è la fattispecie disciplinata dall'art. 627, comma secondo, c.p.p., che, in tema di annullamento con rinvio della sentenza di appello da parte del giudice di legittimità, regola che "il giudice di rinvio decide con gli stessi poteri che aveva il giudice la cui sentenza è stata annullata, salve le limitazioni stabilite dalla legge. Se è annullata una sentenza di appello e le parti ne fanno richiesta il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale per l'assunzione delle prove rilevanti per la decisione" (art. 627, 2° comma, c.p.p.).

Si tenga presente, anzitutto, che è assolutamente plausibile un annullamento da parte dei giudici di legittimità, proprio per mancata assunzione di prove che invece meritavano di essere acquisite; ovvero, nel caso in cui, ad esempio, i giudici di merito rigettando erroneamente una legittima richiesta di assunzione di prove andavano a commettere violazione di legittimità censurabile da parte della S.C. Si pensi, ad esempio, al caso di prove *noviter reperta*, la cui assunzione dovrebbe conseguire ad un giudizio di ammissibilità *ex art. 495 c.p.p.*, e che invece vengono, per errore, valutate alla stregua del criterio di "decidibilità allo stato degli atti".

In un'ipotesi di questo tipo i mezzi dovrebbero, di conseguenza, essere assunti senza alcuna valutazione di rilevanza, o necessità ai fini della decisione; in aderenza, tra l'altro, al principio di diritto espresso dalla corte nella pronuncia di annullamento. E del resto, può

verificarsi che sia la stessa Corte a ravvisare la necessità di riassumere una prova già acquisita o di procedere ad integrazione probatoria mediante nuovi mezzi di prova, sicchè si possa eliminare ogni dubbio od incertezza, in merito ad un profilo non adeguatamente approfondito dai giudici d'appello.

Sul punto, però, dottrina e giurisprudenza paiono porsi su posizioni profondamente antitetiche. Secondo parte della dottrina, infatti, nel giudizio di rinvio il diritto alla prova riacquisirebbe pieno vigore, in quanto il giudice non potrebbe negare la rinnovazione adducendo una sufficienza del materiale, e ritenendosi, per questo, in grado di pervenire alla decisione, come invece potrebbe fare nell'appello ordinario¹⁵⁴. Totalmente contrapposta, invece, la posizione della giurisprudenza maggioritaria, che, in forte critica con le posizioni dottrinali appena descritte, ribadisce come il dettato normativo sia incontestabile sul punto, indicando, chiaramente, che "...il giudice di rinvio decide con gli stessi poteri che aveva il giudice la cui sentenza è stata annullata..." (art. 627, 2° comma, c.p.p.). Il giudice d'appello, quindi, in sede di rinvio, non è tenuto a disporre la rinnovazione del dibattimento tutte le volte che le parti ne facciano richiesta, essendo i suoi poteri pressochè identici a quelli del giudice la cui sentenza sia stata annullata; con l'ulteriore presupposto, tra l'altro, che la prova richiesta non sia solo indispensabile – a norma dell'art. 603 c.p.p. - ma anche rilevante, come prescritto dall'art. 627, comma secondo c.p.p.¹⁵⁵

154 Sul si v. punto GALATI, *Le impugnazioni*, in SIRACUSANO-GALATI-TRANCHINA-ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Milano, 2006.

155 Questa la consolidata giurisprudenza della Cassazione, costante anche tra i giudici di merito per la verità, ribadita in diverse pronunce, si v. in proposito Cass., Sez. V, 18 gennaio 2011; Id., Sez. III, 15 dicembre 2005; Id., Sez. I, 24 marzo 2004; Id., . Cass.,

Se differenza si vuole ricercare, allora, secondo la posizione della giurisprudenza, questa non è in realtà nella riespansione del diritto alla prova, bensì, al contrario, in una sua contrazione; in virtù di un giudizio del giudice di appello non più condizionato solo dal requisito della indispensabilità – già di per se complesso da superare – ma anche da un riconosciuto – *ex art. 627*, secondo comma c.p.p. - presupposto di rilevanza.

Degna di nota, al contempo, quella giurisprudenza minoritaria¹⁵⁶ che, con atteggiamento critico verso le scelte appena descritte, si attesta su posizioni assolutamente divergenti e molto prossime a quella parte di dottrina che riconosce legittima la riespansione effettiva del diritto alla prova in caso di annullamento con rinvio; trattasi di giurisprudenza più isolata, che tenta di interpretare l'istituto della rinnovazione istruttoria nel giudizio di rinvio senza incorrere in quello che, una parte della dottrina, ritiene essere un vero e proprio "errore logico"¹⁵⁷. Ebbene, tale posizione giurisprudenziale prevede che, in caso di annullamento e di richiesta di rinnovazione delle parti, "il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale per l'assunzione delle prove rilevanti per la decisione". La norma, pertanto, disciplinerebbe autonomamente l'ipotesi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nel giudizio di rinvio - che nel giudizio di appello è invece regolata dal secondo comma, dell'art. 603 codice di rito - reintegrando pienamente "le parti in un diritto alla prova che

Sez. II, 13 luglio 2007.

156 Così Cass., Sez. V, 22 settembre 2004.

157 In proposito si è detto che "la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale per l'assunzione di prove rilevanti si configura come atto dovuto del giudice di rinvio al quale risulta precluso pervenire alla decisione sulla base dei soli atti acquisiti nei precedenti giudizi". GAITO, *Il ricorso per cassazione*, in DOMINIONI, GAITO, CORSO, DEAN, GARUTI, MAZZA, *Procedura penale*, Torino, 2010, p. 811.

non può essere negato dal giudice ritenendosi in grado di pervenire alla decisione sulla sola base degli atti, come invece può fare nel dibattimento di appello".¹⁵⁸

3. Rinnovazione dell'istruttoria e rito abbreviato: questioni di compatibilità ed incertezze giurisprudenziali

La problematica dei limiti ed ambiti della rinnovazione dell'istruttoria in appello nel giudizio abbreviato pone una serie di questioni ermeneutiche che devono, come ovvio, tenere conto di una riforma legislativa che ha mutato profondamente la struttura di tale rito alternativo¹⁵⁹. È opportuno, ai fini della trattazione, tenere allora ben distinte le due ipotesi di rito attualmente disciplinate dal codice all'art. 438 c.p.p., quella con integrazione probatoria e quella c.d. "allo stato degli atti", in quanto le due forme si caratterizzano per una fisionomia, sotto il profilo probatorio, profondamente dissimile.

Ed è proprio muovendo da tale disuguaglianza che, difatti, la giurisprudenza maggioritaria – ma non in modo netto - negli anni pare aver consolidato l'orientamento secondo cui è da ritenersi ammissibile,

158 N. MANI, *Rinnovazione istruttoria e giudizio di rinvio*, in *Arch. Pen.*, 2013, n. 3, p. 4.

159 Ci riferiamo alla l. del 16 dicembre 1999, n. 479, anche detta "Legge Carotti", che, tra le numerose modifiche, mutato anche l'assetto del giudizio abbreviato, non più limitato all'unica ipotesi di abbreviato "allo stato degli atti", ovvero incondizionato, ma con la possibilità ulteriore di accedere ad un rito alternativo con richiesta di integrazione probatoria, ovvero un rito, il cui accesso, è condizionato.

a seguito della nuova formulazione dell'art. 438 c.p.p., la richiesta di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale avanzata da colui che abbia subordinato la richiesta di accedere al rito contratto solo previa integrazione probatoria; mentre, al contrario, chi abbia richiesto un rito abbreviato da svolgersi "allo stato degli atti" sarebbe legittimato solo a sollecitare l'intervento *ex officio* del giudice, *ex art. 603, 2° comma, c.p.p.*¹⁶⁰. In realtà, l'orientamento in questione - evidentemente influenzato dalla riforma legislativa in tema di rito contratto - rientra in quelle oscillazioni giurisprudenziali, succedutesi in giurisprudenza per un decennio, che mostrano, sul tema, una posizione da parte della Cassazione non propriamente unitaria.

Una delle prime pronunce della Corte, successiva alla promulgazione delle c.d. "Legge Carotti", aderiva, difatti, all'orientamento delle S.U. formatosi prima della riforma legislativa, con il quale si sottolineava che la rinnovazione dell'istruttoria in appello fosse un potere officioso esercitabile dal giudice solo quando ne emerga una "assoluta necessita" a norma dell'art. 603, terzo comma c.p.p.¹⁶¹ In questo senso, allora, la scelta della corte pareva indirizzata verso un'interpretazione insensibile alla novella legislativa, affinché si perpetuasse l'orientamento consolidato nel corso degli anni precedenti alla modifica del rito alternativo in questione¹⁶². Tale orientamento verrà, però, riaffermato solo da una parte della giurisprudenza una volta intervenuta la novella legislativa, la quale continuerà a sostenere - e continua fino ad oggi - una facoltà esclusiva del giudice in tema di rinnovazione, con le parti relegate ad un ruolo di mera sollecitazione

160 Si v. Cass., Sez. III, 2 marzo 2004.

161 In proposito Cass., Sez. III, 13 febbraio 2003; Id., Sez. VI, 26 giugno 2003.

162 Cass., Sez. un., 13 dicembre 1995.

dell'intervento officioso¹⁶³. Buona parte della giurisprudenza della S.C. si attesterà, invece, nel corso degli anni, su posizioni che riconoscono alle parti un vero e proprio diritto alla prova, purché, però, si sia richiesto il rito contratto condizionato¹⁶⁴.

Negli ultimi anni, la contrapposizione pare protrarsi. In alcune pronunce, difatti, si sostiene fermamente che vi sia un diritto alla prova in capo alle parti, distinguendo però tra le due tipologie di abbreviato, e, ovviamente, riconoscendo tale diritto solo per il caso di rito abbreviato condizionato all'integrazione probatoria¹⁶⁵; mentre, finanche in ultime prese di posizione, sono da rilevarsi sentenze che mostrano, *ex adverso*, un'adesione alla tesi che riconosce un potere esclusivo del giudice in tema di rinnovazione, da esercitare *ex art. 603*, comma terzo c.p.p.; e di conseguenza, una semplice possibilità per le parti, di sollecitare il giudice ad esercitare la relativa facoltà¹⁶⁶.

Il tema meriterebbe senz'altro una posizione più netta da parte della Corte di cassazione; e questo, anche in prospettiva di una giurisprudenza della Corte E.D.U. che, sul punto, pare molto chiara nel ritenere che, il consenso dell'imputato ai riti speciali debba essere

163 Cass., Sez. VI 20 aprile 2005; Id. Cass., Sez. V, 9 maggio 2006; nonché Cass., Sez. IV, 14 novembre 2007. Ma la giurisprudenza della corte, nel senso di riconoscere un potere esclusivo del giudice in tema di rinnovazione istruttoria in appello nell'abbreviato, continua anche negli anni successivi, si vedano, in proposito, Cass., Sez. I, 14 ottobre 2010; Id. Cass., Sez. II, 18 gennaio 2011, n. 3609; Id. Cass., Sez. III, 13 gennaio 2011; Cass., Sez. I, 23 maggio 2012. .

164 Cass., Sez. IV, 20 dicembre 2005; Id. Cass. Sez. VI, 10 novembre 2005; seguendo il medesimo orientamento, Cass., Sez. VI, 18 dicembre 2006 (non massimata); ulteriori pronunce, negli anni successivi si attestano su uguale interpretazione, Cass., Sez VI, 16 ottobre 2008; Id. Cass., Sez. III, 29 gennaio 2008; nonché Cass., Sez. I, 24 gennaio 2008; Id. Cass., Sez. II, 15 maggio 2009.

165 Cass, Sez. II, 17 giugno 2010.

166 Tra le ultime pronunce in questo senso si veda, Cass., Sez. V, 3 maggio 2013 (ud. 19 aprile 2013). Al contrario, sempre dello stesso anno, Cass., Sez. I, 16 aprile 2013. Che, invece, sembra riconoscere un diritto a chiedere la rinnovazione dell'istruttoria se si è scelto l'abbreviato condizionato.

informato ed effettivo, "devono cioè risultare evidenti sia le garanzie a cui si rinuncia, sia i benefici che conseguono alle rinunce"¹⁶⁷. Ed invece – si nota - "non è certo chiaro come si atteggi nel giudizio abbreviato la fase d'appello" tanto a causa del laconico dato normativo, quanto – e soprattutto – per l'oscillante giurisprudenza sul tema. Si pensi che "nel corso di dieci anni" ben "undici sentenze escludono un diritto alla prova delle parti" e "quattordici lo ammettono". Ma, nonostante la Corte sovranazionale abbia "precisato che la portata effettiva delle rinunce deve risultare obiettivamente dai testi normativi"¹⁶⁸, sul tema di giudizio abbreviato non pare esserci "una disciplina specifica che governa la fase d'appello: di qui l'incertezza oggettiva sui limiti di applicabilità dell'art. 603 c.p.p."¹⁶⁹.

Eppure, se colpe si devono imputare, più che rilevare una lacuna normativa – trattandosi, per lo più, di dato testuale ampio – bisognerebbe parlare, al contrario, di una incertezza imbarazzante della giurisprudenza.

Ciò detto, la situazione attuale ci mostra una prassi che comunque, seppur oscillante e divisa in punto di potere esclusivo o non esclusivo del giudice, pare unita nell'escludere *tout court* un diritto alla prova in appello, se il primo grado si sia celebrato con rito contratto incondizionato. In tale ipotesi, difatti, la posizione è chiara: le parti possono al più esortare l'intervento giudiziale *ex art. 603, 3° comma, c.p.p.*, nient'altro.

167 Corte eur. dir. uomo, Gr. Cam., 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia; Id., 30 novembre 2000, Kwiatkowska c. Italia; Id., 6 novembre 2007, Hany c. Italia; Id., 23 novembre 1993, Poitrimol c. Francia; Id., 21 febbraio 1990, Håkansson e Sturesson c. Svezia; Id., Gr. Cam., 18 ottobre 2006, Hermi c. Italia.

168 Corte eur. dir. uomo, Gr. Cam., 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia.

169 Testualmente R. APRATI, *Giudizio abbreviato e imprevedibilità della rinnovazione istruttoria in appello*, in *Arch. Pen.*, 2013, n. 3, p. 3.

Anche su tale punto sono state, però, manifestate aspre critiche, da parte di autorevole dottrina¹⁷⁰ - per quanto riguarda il tema delle sole prove *noviter repertae* - che, al contrario, tende a riconoscere come assolutamente irrilevante, ai fini dell'acquisizione, la scelta del rito semplice o condizionato¹⁷¹. In questo senso, infatti, in seguito alle incisive modifiche apportate nel tessuto normativo con la l. del 1999 n. 479, sarebbe venuta meno, secondo tale dottrina, quella conformazione unica del giudizio abbreviato - sulla quale anche la giurisprudenza si mostrava unita nel ritenere la facoltà probatoria esclusivamente in capo al giudice - che obbligava a riconoscere, in modo incontestabile, una compressione del diritto alla prova, per le parti, nell'appello conseguente ad un primo grado svoltosi con rito alternativo.

Ma, se in tale prospettiva, quindi, la giurisprudenza pare prediligere una scelta ermeneutica negativa - agevolata, comunque, dalla laconicità del dato testuale - che vada ad escludere sempre qualsiasi facoltà probatoria delle parti in caso di scelta del rito contratto "semplice", chiarendo che "l'imputato che abbia ceduto al giudizio abbreviato incondizionato (...) potrà soltanto sollecitare il giudice di secondo grado all'esercizio del potere officioso di cui all'art. 603, comma 3, c.p.p."¹⁷²; la dottrina, al contrario - fondando le proprie tesi, tra l'altro, su alcune ultime, ma non ultimissime, pronunce dei giudici di legittimità¹⁷³ - ritiene che le conclusioni della giurisprudenza

170 Si v. in proposito, C. FIORIO, Op. cit., pp. 186-187; oppure V. BALESTRINI, *Giudizio abbreviato e rinnovazione dell'istruzione dibattimentale*, in *Cass. pen.*, 2000, 958.

171 In proposito, G. SEGALA, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, n. 10, p. 1249.

172 In questo senso i giudici nella sentenza, Cas., Sez. VI, 18 marzo 2009.

173 Cass., Sez. I, 14 Ottobre 2010 (dep. 09 Dicembre 2010), n. 43473

debbano essere oggetto di profondo ripensamento. E questo affinché si possa restituire alle parti, in caso di *noviter reperta*, il pieno esercizio del diritto alla prova. Secondo tale orientamento dottrinale, difatti, in caso di *novum probatorio*, il giudice dovrebbe ammettere la prova richiesta dalle parti non sulla base di un giudizio di "assoluta necessità", bensì sulla base di una valutazione di non superfluità, irrilevanza od illiceità; con questo, quindi, rinviando non al terzo comma dell'art. 603 c.p.p., ma al secondo comma della medesima disposizione – in tema di *nova* – e di conseguenza agli artt. 495 e 190 c.p.p.

A sostegno di tale tesi, difatti, si è evidenziato che, trattandosi di prove sopravvenute – o comunque al tempo non conosciute – l'imputato in nessun modo avrebbe potuto rinunciare consapevolmente alla loro assunzione; sotto questo punto di vista, l'unica soluzione, quindi, sarebbe quella di restituire per le prove sopravvenute il diritto alla prova. E questo, si nota, sulla base anche di quel necessario consenso "informato" ed effettivo dell'imputato ai riti speciali, che è stato, del resto, più volte ribadito dai giudici sovranazionali.

Capitolo Quarto

1. Introduzione. - 2. L'appello nelle fonti nazionali ed internazionali: il dogma del doppio grado di merito. - 3. Legge "pecorella": un'occasione persa tra istanze garantiste e moventi politici. - 4. L'istruttoria in appello come chiave di lettura dell'intero rimedio impugnatorio. - 5. Un passo indietro rispetto alla legge delega del 1978? - 6. L'indifferenza della giurisprudenza italiana: un'atrofia ermeneutica. - 7. Un modello unitario di metodo probatorio? - 8. Le nuove prospettive europee dopo la sentenza Dan. c. Moldavia. - 9. Proscioglimento in primo grado e condanna in appello all'esito di un dibattito "cartolare": una lacuna tutta italiana. - 10. Il nostro ritardo di fronte al consolidamento della giurisprudenza di Strasburgo nelle ultime pronunce. - 11. Le garanzie difensive "sacrificate" sull'altare della celerità processuale. - 12. L'importanza della percezione diretta per i giudici sovranazionali: le pronunce Moldoveanu c. Romania e Manolachi c. Romania e Flueraș c. Romania. - 13. Segue: la sentenza Hanu c. Romania in linea con l'interpretazione di un intervento *ex officio* doveroso. - 14. Plausibili prospettive normative ed ermeneutiche: rinnovazione come "regola" ed ipotesi derogatorie. - 15. Prospettive sistematiche per una scelta interpretativa costituzionalmente e convenzionalmente orientata. - 16. Conclusioni.

1. Introduzione

Tra le considerazioni critiche, che più di frequente viene avanzata nei confronti dei rimedi impugnatori disciplinati dal nostro ordinamento, c'è senz'altro quella secondo cui, durante i lavori preparatori del codice Vassalli, fossero mancati gli idonei riferimenti

comparativi per strutturare gran parte degli istituti in questione, ed in generale per i meccanismi di controllo delle decisioni penali¹⁷⁴. La conseguenza fu, del resto, una maggiore attenzione ai profili di razionalizzazione e semplificazione delle forme – soprattutto in una prospettiva di contenimento della impugnazioni – ed una trascuratezza relativa a taluni istituti che avrebbero necessitato, al contrario, un disegno organico e realmente innovativo. Emblematico, in proposito, è proprio l'istituto dell'appello, e talune scelte legislative – tra cui quella oggetto della nostra analisi – che hanno spinto a ritenere lo stesso secondo grado, per come strutturato, il vero "anello debole" del nuovo sistema processuale.

Soffermandoci sul primo comma dell'art. 603 c.p.p., possiamo difatti agevolmente constatare come la norma in questione riproduca, in larga misura, la formulazione del codice di rito abrogato; ponendo, in tal modo, serissime questioni di compatibilità con un sistema a connotazioni accusatorie. Un secondo grado basato prevalentemente sul verbale di primo grado, e con una rinnovazione ancora concepita come "eccezione" appariva assolutamente congruente ad un sistema penale come quello previgente ma risulta, al contrario, profondamente dissonante rispetto ad un processo dai profili del tutto mutati. In un processo inquisitorio come quello in vigore fino al 1988, d'altronde, l'appello – concepito essenzialmente come controllo della decisione di primo grado – mostrava una confacente ragion d'essere, poichè rappresentava una delle poche forme di garanzia predisposte nei confronti dell'imputato, anche se molto approssimativa e

¹⁷⁴ In proposito su tutti si v. D. CHINNICI, Op. cit., p. 105 ss.; C. FIORIO, Op. cit., p. 159 ss.

frequentemente compressa ai fini del perseguimento della "verità" giudiziale (e questo, anzitutto, in quanto la formazione delle prove in primo grado era attività riservata al giudice istruttore, nell'istruzione formale, ed al pubblico ministero in quella sommaria; nella fase successiva si assisteva, invece, ad un dibattimento dove, illusoriamente, l'imputato tentava di recuperare un contraddittorio, seppur minimo, sulle prove già assunte, ma il tutto si risolveva, in sostanza, in una ratifica delle prove già acquisite con la formula del "dar per letto").

In tale contesto giuridico, allora, l'appello veniva identificato come parte di un disegno unitario finalizzato alla "ricerca della verità", dove il ruolo del singolo è posto in secondo piano rispetto all'interesse generale. Ma, nonostante ciò, sarebbe stato comunque impossibile escludere del tutto – almeno da un punto di vista formale - un ruolo attivo da parte dell'imputato; di conseguenza, ai fini di preservare uno spazio, seppur limitatissimo, per l'attività difensiva, l'appello veniva disciplinato come una sorta di "camera di compensazione", dove l'accusato avrebbe potuto – in teoria - recuperare una posizione dialetticamente attiva. In sostanza, però, gli spazi a questi riservati, rimanevano angusti tanto quanto quelli del primo grado; e questo perchè in secondo grado si assisteva ad un'attività tendenzialmente solitaria del giudice – per di più, in questo caso, con profili di staticità notevoli, essendovi solo una mera rivalutazione delle carte del primo grado – con l'unica novità data dalla diversità dell'organo giudicante.

Con ciò, vogliamo rimarcare come nessun processo accusatorio possa tollerare un modello di questo tipo; ovvero la presenza di un istituto che, seppur modificato, mostri ancora il retaggio di un sistema

processuale intimamente dissimile. Un appello così congegnato è manifestamente incompatibile con il disegno generale del nostro processo; e lo è – attenzione – non solo per la scelta fatta dal legislatore nel primo comma dell'art. 603 c.p.p., ma anche per l'intera struttura dell'escussione dibattimentale in appello – e quindi per tutte le opzioni ermeneutiche in tema di rinnovazione, che ancora guardano all'istruzione in appello come un qualcosa di eccezionale e non invece ad una effettiva rinnovazione, alla stregua del primo grado, che sarebbe la scelta più ovvia – nonchè per numerose altre preferenze legislative in relazione al rimedio in questione che non possono non lasciare profondamente perplessi.

2. L'appello nelle fonti nazionali ed internazionali: il dogma del doppio grado di merito

È proprio "dalla consapevolezza della fallacia umana", che "da sempre i sistemi hanno previsto differenti congegni come sorta di antidoto all'errore" in questo senso si sono sperimentati, di volta in volta, nuovi o rinnovati rimedi al fine di neutralizzare i vizi, "quasi che il postulato fosse la possibilità di raggiungere la verità solo per gradi". L'esperienza giuridica italiana, d'altronde, appare saldamente radicata ad un processo dove, "in estrema sintesi, l'apprensione della conoscenza è possibile solo per approssimazione graduale", in questo

senso un giudizio penale ad unico grado di merito è stato oggetto di discussione - e finanche di proposte - ma mai protagonista di una concreta attività propositiva che spingesse verso un cambiamento epocale di questo tipo. Eppure, come già accennato, "il problema dell'appello non si pone tanto relativamente all'*an* della doppia modulazione del rito di merito, quanto alla struttura del secondo congegno" che male si inserirebbe "nel prisma del giusto processo".¹⁷⁵ A questo proposito, infatti, si esige di dare una giusta collocazione all'istituto dell'appello – prima ancora che alla rinnovazione dell'istruzione in secondo grado – all'interno dell'ordinamento italiano e, necessariamente, anche in quello europeo ed internazionale che si prestano, oramai, ad un'intensa "pressione osmotica" con i singoli sistemi legislativi. Si tratta, ovvero, di investigare su quali indicazioni e addentellati si possano rinvenire nelle fonti normative sovraordinate a quella ordinaria, guardando alla Carta costituzionale entro il confine nazionale, e alle fonti convenzionali in materia di diritti dell'uomo per andare oltre lo *ius positum* italiano.¹⁷⁶

Appare evidente, dopotutto, che, una volta impostato il discorso su quale debba essere la collocazione normativa dell'istituto, la naturale conseguenza sia quella di ricercare i principi fondanti, andando a "privilegiare [ovviamente] una chiave di lettura impostata sulla dimensione di garanzia" che l'appello riveste nell'ordinamento.¹⁷⁷ Ancora oggi, in proposito, è del resto considerazione diffusa che il doppio grado di merito sia una delle più importanti – se non "la" più

175 D.CHINNICI, *Verso il "giusto processo" d'appello: se non ora quando?*, Arch.pen., 2012 n.3, p. 1.

176 Cfr. F.PERONI, Op.cit, p. 117.

177 Testualmente F.PERONI, Op.cit., p.118.

importante - e specifiche forme di garanzie che un sistema processuale possa predisporre per l'individuo; e l'istituto dell'appello, in questo senso, ne ha sempre rappresentato la trasposizione normativa più diffusa e celebre. Con ciò diventa necessario, allora, osservare attentamente ove – e se - nel quadro della fonti precedentemente richiamate si possa rinvenire un riconoscimento tangibile, un precetto, di tale garanzia al doppio grado di giurisdizione; e se possa, quest'ultimo principio, contribuire, eventualmente, a comporre quel "prisma del giusto processo".¹⁷⁸

Conviene, in proposito, iniziare da un'analisi attenta dei plausibili riferimenti normativi contenuti nella Carta costituzionale – variamente individuati dalla dottrina – che sorreggerebbero il principio del doppio grado di merito. In proposito, è bene evidenziare come, eccetto le riforme degli ultimi anni¹⁷⁹ - in base alle quali, comunque non è detto sia stato riconosciuto il diritto ad un doppio grado di giurisdizione - nella Costituzione non vi sia alcuna formulazione esplicita in merito; ciò ha, di conseguenza, stimolato in modo rilevante l'attività ermeneutica della dottrina, impegnata ad individuare il dettato normativo – o i dettati – che avvalorassero la tesi secondo cui il doppio grado di merito sia non solo una garanzia imprescindibile ma anche formalmente riconosciuta, dell'intero processo italiano, non solo di quello penale.

Proprio prendendo spunto da quest'ultimo assunto, difatti, e allargando il campo d'indagine oltre il processo penale, è possibile

¹⁷⁸ Secondo la definizione di D.CHINNICI, Op.cit. p. 4.

¹⁷⁹ Ci riferiamo in particolar modo alla legge costituzionale n.2 del 1999 che ha inserito all'art. 111 cost. Il fondamentale riferimento al "giusto processo".

rilevare un primo orientamento dottrinale in materia che identifica nell'art. 125 Cost. il riferimento normativo ad un principio generale e non, come sembrerebbe, circoscrivibile alla sola giurisdizione amministrativa; "nel prescrivere l'istituzione, presso le regioni, di organi giurisdizionali di primo grado", infatti, sarebbe riconosciuta - secondo tale dottrina - "come doverosa, la previsione di un secondo grado di giudizio"¹⁸⁰. In proposito, si è riconosciuto che se tale doveva essere nella prospettiva del costituente l'ordinamento della giustizia amministrativa, apparirebbe, allora, del tutto ingiustificata una discriminazione nei confronti della giustizia ordinaria, penale o civile che sia.

In dissenso altra parte della dottrina che, per sottolineare la vulnerabilità di tale tesi, tende a criticare la possibilità di una *reductio ad unum* tra differenti strutture processuali. Basandosi difatti sul presupposto secondo cui vi sia un'identità di struttura nell'accertamento amministrativo, penale e civile, si commette l'errore di ignorare come la cognizione del giudice amministrativo – finanche in primo grado – sia più prossima ad un controllo di legittimità che non di merito, e questo non può non avere delle conseguenze anche sulla struttura stessa del gravame. "Se dunque persino sul terreno degli elementi testuali potenzialmente più suggestivi, residuano plausibili breccie al dubbio che la garanzia del doppio grado non figuri nel novero di quelle oggetto di riconoscimento costituzionale"¹⁸¹ perplessità ancora maggiori dovrebbero sorgere quando ci si appresta ad individuare indirettamente, nel dettato normativo elasticamente

180 Così F.PERONI, Op.cit., p. 121.

181 Testualmente F.PERONI, Op.cit., p. 122.

interpretato, il fondamento del principio in questione.

In questo senso la medesima dottrina ha sottolineato di leggere come emblematico della scelta di non costituzionalizzare il principio del doppio grado, il voto in seno all'Assemblea costituente che portò ad escludere dalla Carta un riferimento di tal genere. Anche se, probabilmente, la *ratio* di tale scelta sia più da ricercare più nel timore manifestato di creare, in questo modo, un vincolo eccessivamente rigido al legislatore; impedendogli di poter disciplinare in diverso modo, ma con equivalenti garanzie, i rimedi avverso le decisioni giudiziali.

Con un riferimento specifico al solo processo penale, invece, altra parte della dottrina ha preferito rinvenire il fondamento del principio suddetto in altra norma costituzionale: l'art. 24 Cost. Andando a ricomprendere tra le componenti del diritto di difesa – costituzionalmente garantito dalla suddetta disposizione – la facoltà, per le parti, di appellarsi.

È innegabile come il silenzio serbato dal Costituente in merito al doppio grado renda complesso ogni tentativo di estrapolazione del principio avente, tra l'altro, valenza generale. Ma permette, in compenso, anche di sottolineare che, grazie a suddetta scelta, il legislatore gode di ampi margini di discrezionalità - che tali non sarebbero stati in caso di dettato costituzionale vincolante – potendo optare per il rimedio che meglio si adatti di volta in volta all'evoluzione normativa, con l'unico argine di impedire ogni possibile sgretolamento delle garanzie

Proseguendo oltre, non resta quindi che constatare se nelle altre fonti sovraordinate citate in precedenza – particolarmente quelle

convenzionali ratificate dal nostro paese in tema di diritti della persona – si possa invece rivenire un riferimento esplicito al principio del doppio grado di giudizio. D'altronde, sono proprio le questioni in punto di garanzie soggettive a mostrarci con evidenza l'attenzione riservata al secondo giudizio da parte delle fonti internazionali; dove viene riconosciuto, ad esempio, in proposito, che "ogni individuo condannato per un reato ha diritto a che l'accertamento della sua colpevolezza e la condanna siano riesaminati da un tribunale di seconda istanza in conformità della legge" (art. 14, n.5, P.I.D.C.P.); indicando nello stesso tempo sia la garanzia rappresentata dal secondo grado sia l'ampia discrezionalità riconosciuta al legislatore nazionale nella scelta dello strumento, a condizione, però, che l'imputato sia adeguatamente garantito. Similare è la formulazione contenuta in altra fondamentale fonte internazionale che sotto la rubrica "*Diritto ad un doppio grado di giudizio in materia penale*" prevede esplicitamente che "Ogni persona dichiarata colpevole da un tribunale ha il diritto di far esaminare la dichiarazione di colpevolezza o la condanna da una giurisdizione superiore. L'esercizio di tale diritto, ivi compresi i motivi per cui esso può essere esercitato, è disciplinato dalla legge." (art. 2, prot. VII, C.E.D.U.).

Se, quindi, il dettato costituzionale non ci permette di dare univoca e conforme risposta, grande contributo, invece, pare provenirci dalle fonti internazionali, che se da un lato non possono essere strumentalizzate per individuare nel doppio grado una condizione di regolarità del processo nel nostro paese – anche se, ad un'attenta analisi, non pare esservi soluzione differente – dall'altro ci convincono che, una volta operata la scelta di prevedere il rimedio

dell'appello come garanzia fondamentale, è bene non lasciare che lo stesso resti su di un piano prettamente formale e che venga invece sintonizzato con le aspettative degne di un "giusto processo".

Del resto, la crisi di funzionalità dell'appello è già da tempo evidente, eppure, nonostante il patrocinio della dottrina, i tentativi di riforma sono stati pochi e maldestri¹⁸². E l'evidente obsolescenza dell'istituto viene ulteriormente accentuata se si considerano gli indubbi avanzamenti acquisiti con la riforma del 1988, in particolare con la tanto agognata conquista del processo a matrice accusatoria.

3. Legge "Pecorella": un'occasione persa tra istanze garantistiche e moventi politici

È bene indugiare, a questo punto, seppur brevemente, su quello che è stato il primo – potremmo dire unico – tentativo di riforma dei rimedi impugnatori, di cui si è potuto prendere atto a partire dall'anno di promulgazione del nuovo codice di rito. Tra i numerosi disegni di legge di riforma del secondo grado smarriti nei meandri delle commissioni giustizia di volta in volta rinnovate, o nelle discussioni

¹⁸² Ci riferiamo alla L. n. 46 del 2006, la c.d. "Legge Pecorella", il primo significativo tentativo di riforma dell'appello che a causa della disorganicità e lacunosità – anche dovute alla presenza di "altri" moventi che spinsero ad una riforma del processo penale – venne in più punti dichiarata incostituzionale, scomparendo quasi del tutto, e vanificando anche alcune delle meritevoli prospettive di riforma insite nella legge stessa., tra cui quella di sanare l'anomalia della condanna per la prima volta in appello, dopo un proscioglimento in primo grado, dopo un processo interamente cartolare.

parlamentari, l'unico progetto che può essere analizzato come legge dello stato entrata in vigore in modo effettivo è la Legge n. 46 del 2006, volgarmente conosciuta come Legge "Pecorella", dal nome del suo primo relatore. Un'analisi che, però, è costretta entro i confini di quello che sarebbe potuto essere e non è stato, delle occasioni mancate per imporre una reale metamorfosi al rimedio dell'appello nel nostro ordinamento coinvolgendo anche – non solo – l'istituto della rinnovazione. E questo perché, come noto, la suddetta legge ha avuto vita brevissima, ed è stata, nel giro di un anno, pressochè ridotta all'osso dalla cesoia costituzionale. Ma, il tentativo di riforma, seppur maldestro in molti aspetti - nonché indotto da motivazioni difficili da definire giuridiche, ben note alle cronache - ha mostrato, in modo evidente, l'urgenza di dover dare nuovo assetto, anche radicale, all'istituto dell'appello; e questo, in senso decisamente più garantistico, coerentemente, dopotutto, con un processo accusatorio che non c'è stato imposto dall'alto ma che si è scelto lucidamente.

Ed è proprio sullo specifico tema della condanna in appello senza rinnovazione del dibattimento, dopo il gravame del pubblico ministero avverso una sentenza di proscioglimento in primo grado, che la giurisprudenza europea, tra l'altro, ha mostrato un'agilità interpretativa e fermezza di principi, decisamente superiori alle corti italiane che, al contrario, paiono essere atrofizzata su interpretazioni divenute ormai non più tradizionali, bensì anacronistiche. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, d'altronde, negli ultimi anni si è mostrata molto prolifica in questo senso, affrontando una varietà di temi tutti aventi come comune denominatore i profili garantistici di un processo impostato su basi accusatorie. Dall'art. 175 c.p.p. ed il problema della contumacia, che

ha obbligato il nostro legislatore a rivedere la materia¹⁸³, alla mancanza nel nostro sistema di un'ipotesi di revisione conseguente a sentenza di una delle Corti Europee¹⁸⁴; senza tralasciare le posizioni della giurisprudenza europea sulla questione della correlazione tra capo d'imputazione e *decisum*.¹⁸⁵

Ma, tornando al precetto normativo, ci troviamo di fronte ad una legge, la n. 46/2006, caratterizzata, quindi, dall'ambizioso obiettivo di modificare profondamente l'assetto del giudizio d'appello, incidendo in modo rilevante sugli equilibri complessivi del sistema penale (come detto, difatti, questa rappresenta il primo rilevante esperimento legislativo in tema di impugnazioni penali, dove difatti il sistema è rimasto sostanzialmente inalterato dall'anno della promulgazione del codice Vassalli, a dimostrazione del "conservatorismo" giuridico che troppo spesso ci caratterizza).

È bene però, a questo punto, liberare la nostra analisi da qualsivoglia considerazione di tipo extragiuridico, che inquinerebbe ogni tipo di analisi; e ciò affinché si possano ripercorrere, in modo del tutto genuino, i moventi che hanno condotto alla costruzione di una

183 In proposito è però intervenuta una recente riforma legislativa, ci riferiamo all'approvazione della l. n. 67 del 2014, che potrebbe mutare in modo consistente l'assetto del processo penale sulla questione della contumacia. Si rimanda, sul punto, al capitolo precedente.

184 Corte EDU, sentenza 9 settembre 1998, Dorigo c. Italia. In questa sentenza, come sempre, vengono affrontati diversi temi critici. Di nostro preminente interesse sono le lacune normative che hanno portato il c.d. "caso Dorigo" a diventare così celebre: trattasi della mancanza di un caso di revisione in ipotesi di sentenza europea (è questo il tema critico di portata più generale) e della condanna di Dorigo ritenuto responsabile dell'attentato, rivendicato dalle BR, compiuto nella notte fra il 2 e il 3 settembre 1993; detta condanna poggiava sul dichiarato dei coimputati "letto", ai sensi dell'allora vigente art. 513 c.p.p., nonostante la loro mancata escussione in dibattimento (questo è il tema più specifico).

185 Corte eur. dir. uomo, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia.

legge che mutasse in modo considerevole la posizione dell'imputato e del Pubblico ministero, pesando in modo rilevante sul "nuovo" ruolo a cui sarebbe stato destinato l'appello. E la *ratio* della novella, infatti, è da ricercare proprio nella necessità di porre rimedio al grave difetto di tutela per l'imputato che, prosciolto in primo grado, si veda condannato in appello, dopo l'impugnazione del pubblico ministero; in questo modo, l'accusato risulta privato di un grado di merito, nonchè condannato - o comunque condannabile - sulla base di una mera rilettura delle "carte" processuali, con una presunzione di completezza, e senza alcun obbligo di rinnovo dell'escussione. Parte della dottrina ha osservato come la normativa precedente alla c.d. Legge "Percorella" fosse paradossalmente per un verso garantista, perchè riconosceva all'imputato condannato in primo grado sia il rimedio dell'appello sia il ricorso per cassazione; ma per altro verso fosse in contrasto con il Patto internazionale e - ad oggi - con la Convenzione europea perchè riconosceva all'imputato assolto in primo grado e condannato in appello il solo rimedio del ricorso per cassazione.¹⁸⁶

A tal proposito, il profilo indubbiamente più innovativo della riforma era da individuare, senz'altro, nella rigida limitazione al potere di proposizione dell'appello da parte del pubblico ministero, che avrebbe risolto in modo decisamente radicale la criticità su citata. Nello specifico, all'organo dell'accusa (ma anche alla parte assolta) era preclusa l'impugnazione - eccetto il caso di *novum probatorio* decisivo, come vedremo - della sentenza di primo grado con cui l'imputato fosse stato prosciolto; ma tale sottrazione veniva, al

¹⁸⁶ Cfr. FERRUA, *Il "giusto processo"*, p. 195-196.

contempo, bilanciata con un ampliamento dei motivi di ricorso dinanzi alla corte di cassazione. Finalità apertamente dichiarata dagli autori era quella di applicare concretamente il principio della "colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio"¹⁸⁷, ponderando quest'ultimo, al contempo, con altro principio essenziale: ovvero il canone della ragionevole durata del processo. E proprio in tale prospettiva si prescriveva, difatti, l'inappellabilità delle sentenze di non luogo a procedere e l'appellabilità limitata per le sentenze di proscioglimento; in questo ultimo caso appariva determinante non solo la sopravvenienza di una "prova nuova" ma che questa fosse anche determinante in quanto, per proporre l'appello, era necessario avanzare richieste istruttorie che indicassero non solo il mezzo ma anche il carattere di decisività e "qualora il giudice, in via preliminare, non [avesse disposto] la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale [avrebbe dichiarato] con ordinanza l'inammissibilità dell'appello"¹⁸⁸.

Il risalto intenzionalmente attribuito in questo modo al principio di non colpevolezza pagherà, però, come detto, il dazio di muoversi in un campo particolarmente delicato e sensibile, qual è quello dei rimedi impugnatori; senza mostrare, però, l'accortezza normativa necessaria affinché si potesse realmente apportare una modifica rilevante al sistema penale, e subendo, in questo senso, quella che è stata puntualmente definita "ortopedia costituzionale"¹⁸⁹; seppure, come già sottolineato, graverà in modo assolutamente rilevante "l'onta" di

187 Principio, tra l'altro, inserito nell'art. 533 c.p.p. proprio dalla legge n. 4/2006.

188 Questo il testo dell'art. 593, comma, c.p.p. come innovato dalla legge n. 46 del 2006.

Innovazione che verrà poi espunta da una delle diverse pronunce di incostituzionalità che hanno sostanzialmente reso la c.d. "legge Pecorella" ad uno scheletro normativo.

189 In questo senso C. FIORIO, *La prova nuova nel sistema delle impugnazioni penali*, CEDAM, 2008, p. 145.

motivazioni politiche che parevano aver indotto la riforma.

Nella prospettiva della legge "Pecorella", allora, il grado di appello assumeva una conformazione sempre più prossima al *novum iudicium* - anche se molto meno frequente – con evidente distacco dall'appello tradizionale. Il richiamo da parte dell'art. 593, 2° comma, c.p.p. - come formulato dopo la promulgazione della legge e prima della pronuncia di incostituzionalità – all'art. 603, 2° comma c.p.p. riconosceva, infatti, la facoltà sia all'imputato che al pubblico ministero di impugnare la sentenza di proscioglimento solo nel caso in cui "la nuova prova [fosse] decisiva" (art. 593, 2° comma, c.p.p.¹⁹⁰), riportando, in questo modo, il giudizio d'appello nell'alveo di un dibattito caratterizzato da immediatezza, oralità e formazione della prova nel contraddittorio tra le parti; con il difetto non indifferente, però, di limitare tale ipotesi solo alla condizione che sussistesse un *novum probatorio* decisivo, e non – come sarebbe idoneo – sempre.

L'iter parlamentare particolarmente difficoltoso, coniugato alle numerose – e per niente celate – perplessità sulla coerenza costituzionale del testo, portarono, ancor prima delle pronunce di illeggittimità, ad una evidente conflittualità tra la normativa novellistica e l'assetto tradizionale oramai profondamente sedimentato; di un sistema, però, che si mostrava, al contrario, sguarnito di qualsiasi strumento finalizzato a limitare, tanto per l'imputato quanto per il pubblico ministero, la proposizione

¹⁹⁰ Come formulato prima della pronuncia di incostituzionalità n. 26 del 6 febbraio 2007.

dell'appello avverso sentenze liberatorie. Si tenga conto anche – e in un certo senso soprattutto – dei dubbi (si legga: contrarietà) sollevati dall'allora Presidente della Repubblica¹⁹¹ sia sul tema dell'inappellabilità (per cui si presumeva una violazione del principio di "parità delle parti" ex art. 111, 2° comma, Cost., poi ribadito dalla Consulta), sia sul tema del mutamento dei casi di ricorso per Cassazione (per il quale si prospettava invece una violazione dell'art. 111, 7° comma, Cost., trasformando la S.C. in giudice di merito, con pericolose ripercussioni sulla ragionevole durata del processo) che, come sottolineato, fungeva da contrappeso alla limitazioni delle facoltà di impugnazioni. I dubbi sollevati – non in modo esclusivo dal Capo di stato – portarono, tuttavia, solo ad una limitata attività emendativa del testo originario; totalmente invariate furono preservate, infatti, le ipotesi di inappellabilità della sentenza di non luogo a procedere e quella di assoluzione conclusiva del giudizio abbreviato; l'unica rilettura si riferì alla possibile impugnazione della sentenza di proscioglimento ad esito del giudizio a cognizione piena, per la quale la formulazione venne integrata con la previsione di gravame lecito, ma solo in caso di *novum probatorio* decisivo.

Prima delle censure di costituzionalità, di fatto, l'appello si delineava, quindi, come luogo in cui l'eventuale *reformatio in pejus* della sentenza fosse possibile solo sulla base di materiali conoscitivi non emersi nel giudizio di primo grado. Si voleva suggerire, dopotutto, che in caso di pronuncia liberatoria dinanzi al giudice di prime cure delle due l'una: o le prove sussistenti al tempo avevano

191 Il Presidente Carlo Azeglio Ciampi rinviò il testo alle camere, sollevando forti perplessità in merito alla possibilità che il testo potesse passare indenne al vaglio della Consulta.

indirizzato il procedimento verso un giudizio assolutorio perché tali erano i fatti, o perché il materiale non era apparso sufficiente a sostenere le tesi dell'accusa e di conseguenza a sciogliere ogni ragionevole dubbio. Soprattutto in tale ultima ipotesi, una mera rinnovazione dell'istruttoria di primo grado, o addirittura un semplice riesame critico del percorso gnoseologico effettuato dal giudice di primo grado, si mostravano senz'altro carenti di quella *vis* processuale indispensabile per superare la cinta della "colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio". E proprio la forza della presunzione costituzionale, nonché dell'innovazione codicistica imponevano – secondo gli autori – la necessità che la riforma in *pejus* fosse pronunciata solo sulla base di prove nuove¹⁹².

Merito senz'altro della riforma in questione – che in virtù degli esiti non è improprio definire: tentativo di riforma – è di aver, quindi, rilevato l'enorme vuoto di garanzia - la colossale carenza di tutela - di un procedimento penale, come quello attuale, nel quale è plausibile – e tale è di frequente – assistere ad un proscioglimento in primo grado (dove si è svolto un dibattimento effettivamente rispettoso dei principi di oralità, immediatezza con formazione dialettica della prova), ed una condanna in appello senza che vi sia un obbligo di integrale rinnovazione del dibattimento. Un *decisum* sulla base di un semplice riesame critico, infatti, priva l'accusato-condannato di un grado di merito svoltosi entro i canoni del processo accusatorio, nonché consente di condannare in appello sulla base del medesimo materiale - per giunta con una semplice lettura, il più delle volte - che non ha permesso uguale esito in primo grado.

192 Cfr. C.FIORIO, Op.cit., p. 151.

Su questa linea già da qualche anno si è posta la giurisprudenza europea, mettendo in risalto, in questo modo, ancor più il ritardo legislativo; con un'attività di riforma praticamente in atrofia, se si esclude, infatti, la normativa appena analizzata (che comunque, per quanto meritevole in alcuni punti di principio, resta tentativo incauto e maldestro alla luce delle lacune e delle deficienze evidenti che non possono essere taciute e mascherate dal retroterra ideologico che generò le discussioni più note). Ma, a questo punto, se l'immobilismo del legislatore è da tempo divenuto insostenibile, le criticità dovrebbero essere risolte, a rigor di logica, in via di *praxis*; in attesa degli irragionevoli tempi per le modifiche normative, l'onere di ricondurre l'appello nell'alveo del "giusto processo" è senza dubbio da riconoscere alla giurisprudenza – e all'operatore del diritto in generale – che molto spesso, d'altronde, svolge ruolo di supplenza legislativa.

Ma, come avremo modo di vedere, così non è, o non è stato finora, perlomeno.

4. L'istruttoria in appello come chiave di lettura dell'intero rimedio impugnatorio

Appare evidente quindi, per ciò che si è detto fino a questo punto, come "la chiave di lettura privilegiata per chi si proponga di ricostruire la vocazione funzionale del giudizio di secondo grado nell'ambito di un determinato sistema" sia, senz'altro, l'istituto che disciplina l'istruttoria in appello. "Nulla meglio delle regole preposte all'accertamento probatorio", infatti, " si presta a dar conto delle scelte del legislatore a favore di un giudizio di secondo grado concepito come critica alla decisione" o, piuttosto, "come reiterazione del giudizio di merito"¹⁹³. Una funzione innegabilmente marginale riconosciuta all'istruttoria nel giudizio di appello – che caratterizza evidentemente il nostro ordinamento – avvalorata, di conseguenza, quella tesi che riconosce in questa uno "strumento funzionale all'integrazione, parziale o totale, della piattaforma probatoria sulla quale si è consumato il giudizio di primo grado"¹⁹⁴. Tale marginalità, d'altronde, è conclamata fin dalla scelta di disciplinare l'intera materia – che non pare proprio avere importanza secondaria – in un unico articolo che, per quanto flessibile ed accurato, non riuscirà mai garantire adeguata piattaforma a fattispecie che si potrebbero presentare tra loro profondamente eterogenee.

Un'istruttoria in appello, pertanto, come ripetizione

193 F.PERONI, *Nuove deduzioni probatorie in fase di discussione finale: tra logica dei gravami e diritto alla prova*, in *Cass.pen.*, 1997

194 C.FIORIO, *Op.cit.* p. 159.

dell'accertamento effettuato in primo grado e non come esperienza autoreferenziale, come dovrebbe essere. Un assunto che tradisce del resto un'impostazione di fondo secondo cui la conoscenza giudiziale è già completa, e si presenta come essenziale solo un accertamento su formazione e valutazione della prova, per valutare che siano totalmente scevre da errori (si legga: vizi) che dovranno, se presenti, essere neutralizzati da parte del giudice *ad quem*. Ed in realtà, coerente con tale scelta legislativa, appare ancor oggi la posizione maggioritaria in giurisprudenza, che per molti anni ha dominato anche la dottrina nazionale. Ma, come si è pure sostenuto, in "una prospettiva teleologica del processo, l'accertamento della verità giudiziale, ossia la pronuncia sulla sorte dell'imputato, che dal processo attende la decisione sulla propria innocenza o comunque sulla propria libertà" non legittima in alcun modo, per il solo fatto di trovarsi in fase di appello, "mutamenti quanto alla natura dell'attività cognitiva che, innegabilmente, anche in seconda istanza necessita essere svolta".¹⁹⁵

5. Un passo indietro rispetto alla legge delega del 1978?

Nell'*excursus* storico del primo capitolo, si è affermato che la legge delega n. 81 del 1987 si palesasse come evidente passo indietro rispetto alle posizioni assunte nella precedente, quella del 1978;

¹⁹⁵ In questo senso D.CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 104.

almeno sotto il punto di vista della presa di posizione su come dovesse essere disciplinata l'istruttoria in appello. Secondo quest'ultima, infatti, la rinnovazione del dibattimento in appello era praticamente la regola ove una parte ne avesse fatto richiesta motivata e se, la richiesta, non apparisse manifestamente infondata; con un giudizio di appello, pertanto, pressochè assimilabile a quello di primo grado sotto il profilo della formazione della prova nella dialettica tra le parti.

La formulazione recepita nel *corpus* finale fu, però, sotto il profilo innovativo, affatto prossima a quest'ultima; in quanto si sostanziò in un recupero quasi integrale della omologa disciplina prevista dal codice di rito del 1930 all'art. 520; senza che le parziali ed esigue modifiche rispetto a quest'ultima disposizione potessero occultare la scelta decisamente retriva. Ovviamente, sarebbe ingiusto sottacere il cambio di rotta operato dal legislatore del 1988 rispetto al 1930 – il che è abbastanza naturale – che, per quanto appiattito su posizioni reazionarie, manifestò comunque una consapevolezza nuova rispetto ad un istituto - dell'appello in generale, ma della rinnovazione dibattimentale più nello specifico, che rappresenta in realtà, come detto, la vera chiave di volta per comprendere le opzioni legislative sul tema - non più immerso in un sistema penale a matrice inquisitoria; e questo del resto traspare fin dal ruolo che il legislatore riconosce al *novum probatorio* del secondo comma.

Ma questo non deve fuorviare. Una semplice comparazione con il sistema penale del 1930 non può assolutamente fungere infatti da parametro per valutare la compatibilità della nostra attuale rinnovazione con il prisma "giusto processo"; è logico difatti che, rispetto ad istituto perfettamente compatibile con il modello

processuale inquisitorio, l'art. 603 c.p.p. mostri uno spessore in ambito istruttorio fino a quel momento sconosciuto. Ma si tratta più di illusione ottica che altro¹⁹⁶. Molto più proficuo sarebbe, al contrario, individuare in questa disciplina non un punto di approdo – che sarebbe del tutto insoddisfacente – quanto un punto di partenza per il rimodellamento dell'istituto in oggetto; sia nella prospettiva di renderlo idoneo ad uno schema processuale – il processo accusatorio - come quello attuale, sia in quella di adeguare la struttura del giudizio di appello a quella di un reale *novum iudicium*, e non uno snodo processuale ripetutamente svigorito da interpretazioni immobilizzate sul dato letterale. In definitiva: superare quella svilente concezione di appello come "terra di elemosine processuali"¹⁹⁷.

Appare evidente, del resto, fin dalla scelta lessicale di "*rinnovazione dell'istruzione dibattimentale*" una "concezione del giudizio penale di seconda istanza propria di un legislatore che non ha voluto estirpare tutte le radici dell'albero inquisitorio", optando, al contrario, per una scelta che è sì innovativa rispetto alla disciplina precedente – inevitabilmente – ma che è molto distante dalla reale prospettiva di rinnovamento contenuta, su tutte, nella legge delega del 1978, nonostante le carenze che quest'ultima presentava e che sono state evidenziate. Eppure "le resistenze culturali di un sistema di millenaria tradizione", si sa, "sono talmente insinuate nella *forma mentis* del nostro legislatore, come degli operatori del diritto e, non ultimo, della coscienza collettiva, da indurre i più a ritenere che solo operazioni parziali e gradualistiche possono destrutturare il vecchio modo

196 Si v. D.CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, p. 107.

197 Con le parole di E.FASSONE, *L'appello: un'ambiguità da sciogliere*, in *Quest. Giust.*, 1991, p. 635.

d'intendere il secondo giudizio"; intraprendendo in questo modo, però, un percorso tortuoso, fiacco e conflittuale per ottenere ciò, che al contrario, "andava fatto con la ricodificazione del nuovo sistema processuale del 1988" in modo assolutamente organico¹⁹⁸. Risulta quasi superfluo, del resto, sottolineare come, durante la riscrittura del codice, l'intero mondo giuridico italiano – il legislatore ovviamente in primo luogo – venne posto innanzi ad una scelta: preservare intatta la disciplina sul punto – con un'attività istruttoria limitata ad una funzione integrativa, coerentemente con un giudizio di secondo grado inteso come mero controllo dell'accertamento effettuato nella fase precedente, stante una presunzione di completezza – ovvero, *ex adverso*, optare per un giudizio di appello autoreferenziale, dotato di propria autonomia; un *novum iudicium* e non un mero riesame critico che, se non ipotizzabile in ogni giudizio, poteva essere quantomeno circoscritto ai casi di impugnazione della sentenza di primo grado che avesse prosciolto l'imputato; come d'altronde prospettava la l. 46/2006, sebbene solo in caso di *novum probatorio* decisivo.

Ma è proprio tale ultima alternativa a mostrarsi – secondo quella parte di dottrina giuridica che poi influenzò in modo determinante il legislatore – azzardata sotto duplice profilo: tramutare il giudizio di appello in un vero nuovo giudizio viene visto tutt'oggi come un lusso processuale, ma, soprattutto, urta con l'idea tradizionale del giudizio d'appello quale strumento critico e di controllo; una reale attività istruttoria non appare infatti fuori luogo, ma "sovrabbondante", almeno rispetto al preannunciato scopo di controllo riconosciuto per tale fase processuale.

198 In questo senso D.CHINNICI, Op.cit., p. 108.

Ma, a questo punto, accettata l'idea di un giudizio d'appello come sede di controllo si dovrebbe, a rigor di logica, escludere *tout court* che la statuizione di secondo grado possa sostituirsi a quella oggetto di censura. Tutt'al più, nelle ipotesi di vizio riscontrato, si dovrebbe prevedere un annullamento della sentenza con rinvio della causa al giudice di primo grado - in diversa composizione - o al limite ad un organo giurisdizionale di pari grado di quello che ha annullato la sentenza¹⁹⁹.

Tra le diverse possibilità il legislatore ha optato per una scelta di compromesso che, almeno in questo frangente, appare inadatta proprio perchè solleva enormi problemi di coerenza con il giudizio penale di seconda istanza e con il modello processuale in genere; questa opzione - disarmonica rispetto al primo grado, in modo ancor più evidente dopo l'introduzione del principio del "giusto processo" nel dettato costituzionale e della colpevolezza "oltre ogni ragionevole dubbio" nel codice – tradisce, infatti, una originaria incertezza del legislatore che da un lato pareva paventare la possibilità di un giudizio "con molta rinnovazione, cioè con più immediatezza che in passato" dimenticando, però, che "la rinnovazione resta cosa diversa [dall'istruttoria]"²⁰⁰, ma dall'altro temeva le possibili conseguenze di un appello decisamente indirizzato verso lo schema del *novum iudicium*.

199 Cfr. D.CHINNICI, Op.cit., p. 109-110.

200 Con le parole di E. FASSONE, Op. ult. cit., p. 633.

6. L'indifferenza della giurisprudenza italiana: un'atrofia ermeneutica

La conoscenza – diretta ed immediata nel giudizio penale – è l'essenza stessa del processo. E se, nel giudizio di primo grado questo appare indubitabile – in particolare dopo la l. n. 63/2001 che ha parzialmente riadattato i codici penali alla nuova formulazione dell'art. 111, Cost. - la disciplina delineata per l'appello genera, al contrario, nutrite perplessità su quale sia la qualità - prima ancora che la quantità - della cognizione giudiziale in tale snodo processuale. Come avremo modo di constatare a breve, infatti, l'eccezionalità dell'accertamento probatorio in appello appare dato consolidato; frutto di una giurisprudenza che sul tema ha opzioni tanto radicate da aver evitato qualsiasi apertura verso prospettive europee, e che riconosce, tutt'oggi, che "anche nel vigente c.p.p. la rinnovazione del giudizio in appello è istituto di carattere eccezionale al quale può farsi ricorso esclusivamente quando il giudice ritenga, nella sua discrezionalità, di non poter decidere allo stato degli atti"²⁰¹. Una posizione radicata della giurisprudenza, rimasta del tutto indifferente anche alle mutate posizioni di una parte della dottrina che ha da tempo riconosciuto la necessità di accogliere le istanze fiorite grazie all'attività della Corte europea dei Diritti dell'Uomo.

²⁰¹ Si v. PANIGONI, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 2892. In commento alla sentenza delle Sezioni Unite in data 26 gennaio 1996; mentre più recenti Cass., Sez. V, 10 dicembre 2009, nella quale si affronta, tra l'altro, anche il tema del provvedimento di reiezione delle richieste istruttorie in appello; da ultima Cass., Sez. II, 23 gennaio 2014 (ud. 28 novembre 2013), nella quale si ribadisce la posizione della S.C. verso una rinnovazione dell'istruzione in appello avente carattere tenedenzialmente eccezionale.

La posizione della giurisprudenza appare invariata, e ancor peggio invariabile, se si tiene conto di pronunce che a distanza di un decennio confermano posizioni secondo cui, anche nel vigente c.p.p., la rinnovazione conserva il proprio carattere di eccezionalità, rispetto all'abbandono del principio di oralità del secondo grado, nel quale vige la presunzione che l'indagine probatoria abbia raggiunto la propria completezza nel dibattimento svoltosi dinanzi ai primi giudici. In questo senso, infatti, la legge non prevede alcun obbligo giudiziale di disporre la rinnovazione dell'escussione dibattimentale, eccetto i casi in cui la discrezionalità giudiziale viene decurtata, ma vincola tale potere alla condizione che la presunzione di completezza dell'accertamento di primo grado ceda solo di fronte "all'impossibilità di decidere allo stato degli atti"²⁰². E questo nonostante talune pronunce - comunque assolutamente isolate - palesino una sensibilità crescente, o quantomeno presente, sul tema della rinnovazione in appello; in particolare nei giudizi che presentano due pronunce, quella di primo grado e quella di appello, aventi contenuti profondamente differenti, liberatoria la prima e di condanna la seconda. La S.C., nonostante abbia optato quasi sempre per l'opzione ermeneutica tradizionale, dinanzi a fattispecie di questo tipo, non ha mancato - seppur affrontando quasi sempre indirettamente il tema - di mostrare che delle aperture verso una lettura innovativa sono assolutamente plausibili²⁰³. E, sebbene l'orientamento appaia saldamente consolidato,

202 In questo senso Silvestri, *A.n. Proc.pen.*, 1992, p. 109. Commentando la posizione della Cassazione penale nella sentenza del 27 maggio 1991; analogamente e più recente Cass., Sez. II, 26 aprile 2000, Accettola, in *Mass. Uff.*, n. 216532.

203 Si v. ad esempio Cass. pen., S.U., 30.10.2003, Andreotti, in Cass. pen., 2004, 838, con nota di Carcano, D., *Brevi note sulle regole che governano il processo penale*, nonché in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 590, con nota di Lozzi, G., *Reformatio in peius* del giudice di appello e *cognitio facti ex actis* della Corte di cassazione la

resta comunque da evidenziare che, in modo sporadico e per niente riconducibile ad un orientamento giurisprudenziale i giudici di legittimità sembrano propensi ad accogliere le posizioni europee, che a breve verranno analizzate²⁰⁴. E questo potrebbe far ben sperare.

7. Un modello unitario di metodo probatorio ?

Tornando nuovamente all'ipotesi emblematica – perchè densa di criticità sotto il profilo delle garanzie – dell'imputato assolto in primo grado e condannato in appello dopo l'impugnazione dell'organo di accusa, ci si chiede – legittimamente - per quale motivo le modalità di assunzione della prova dovrebbero, in tale sede, differire rispetto a

sentenza delle S.U. Del 24 novembre 2004, nella quale si affronta il tema centrale della *reformatio in peius* e della possibilità di una *cognitio facti ex actis* da parte dei giudici di legittimità. In questo senso si è sottolineato che la "mancata risposta dei giudici di appello alle prospettazioni della difesa circa la portata di decisive risultanze probatorie inficerebbe la completezza e la coerenza e logica della sentenza di condanna e , a causa della negativa verifica di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, la renderebbe suscettibile di annullamento". Si teneva conto, in tale ipotesi, del caso di imputato non legittimato ad impugnare la sentenza di assoluzione, per carenza di interesse; in questa fattispecie, il soggetto aveva come unica possibilità quella di indicare nelle memorie difensive i mezzi di prova assunti, e non assunti, che permetterebbero di contrastare l'impugnazione principale da parte del p.m., e sollecitarne la riassunzione, o prima assunzione ex art. 603, comma terzo, c.p.p.

204 Ne è esempio la pronuncia Cass., V Sez., 26 giugno 2013 (ud. 7 maggio 2013), nella quale i giudici hanno stabilito che, è illegittima la sentenza d'appello che vada a riformare quella assolutoria di primo grado condannando l'imputato, sia pure ai soli fini civili, sulla base di un'interpretazione alternativa del materiale probatorio ritenuto insufficiente in primo grado; in appello infatti occorre una forza persuasiva superiore del dato probatorio, che faccia venir meno ogni ragionevole dubbio. In tal senso, ogni volta che il giudice voglia effettuare un diverso apprezzamento di una prova orale decisiva, che in primo grado era stata ritenuta non attendibile, il giudice deve ordinare assolutamente la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale.

quelle di primo grado? È patrimonio giuridico comune, infatti, quello di ritenere unitario, anche quanto alle forme, il metodo probatorio; senza che a nulla rilevi la già avvenuta escussione di quelle prove dinanzi al giudice *a quo*. Ma se a questo si aggiunge che, nell'ipotesi presa in considerazione, l'accusato rischierebbe di essere prosciolto in primo grado all'esito di un dibattimento coerente con le forme e modalità di un processo accusatorio e condannato in appello solo dopo un riesame critico delle "carte" del primo giudizio - con una rinnovazione limitata o addirittura assente - è allora evidente che, almeno in tale paradigmatica fattispecie, una escussione dibattimentale quanto più prossima a quella di primo grado – con le dovute clausole di compatibilità – sia inevitabile.

Ma se, come affermato, la conoscenza giudiziale è l'essenza stessa del processo, l'attività di formazione delle prove, allora, ne è il cuore pulsante. Ed un giudizio caratterizzato da una tendenziale ripetizione della escussione probatoria – tra l'altro solo in caso di non decidibilità allo stato degli atti – che abbia già formato la cognizione del giudice di prime cure, con i soli *nova* a sopportare il peso di una integrazione troppo spesso ignorata, appare davvero come sede di inaccettabile torchiatura delle garanzie individuali.

8. Le nuove prospettive europee dopo la sentenza *Dan c. Moldavia*

Le conseguenze fatali di un giudizio di secondo grado dove evidentemente i diritti individuali vengono compressi – ribadendo che il *dictum* del giudice di appello è idoneo a rovesciare quello di primo grado anche *in toto* – sono state, del resto, più di una volta oggetto di scrupoloso esame da parte della Corte di Strasburgo. Ma indulgiando un istante, si può agevolmente constatare, d'altronde, come molti interventi in tema di garanzie dell'imputato, effettuati negli ultimi decenni dal legislatore italiano, non siano affatto frutto di prontezza legislativa del nostro parlamento – e quindi parto autonomo - bensì risultato di una incalzante attività da parte della Corte europea.²⁰⁵

Detto ciò, c'è da riconoscere che la difettosa normativa sul tema della formazione della prova in appello non è individuabile come unica responsabile delle criticità enunciate; allargando lo spettro di analisi all'operatore di diritto in generale, difatti, possiamo agevolmente notare che – ed è questa la nota dolente – se accusa deve muoversi non è solo verso il legislatore – comunque principale imputato – ma anche verso una giurisprudenza nazionale che ha più volte rafforzato una "asfittica interpretazione dell'attività istruttoria nella prassi applicativa" - pur avendo margini ermeneutici non proprio angusti - riconoscendo la rinnovazione ancora "alla stregua di adempimento

205 Un caso, tra i più celebri, è quello della restituzione nel termine, quanto al contumace, prevista attualmente dall'art. 175 c.p.p. grazie, soprattutto, alle numerose pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo.

residuale" sulla base di una sorta di presunzione assoluta di "completezza del sapere formato in primo grado". E non concependo, invece, l'appello "come dovrebbe essere", ovvero "quale esperienza cognitiva autoreferenziale" se non in ogni ipotesi perlomeno ogniqualvolta "si approdi a una condanna in appello per la prima volta, dopo un esito liberatorio nel primo giudizio".²⁰⁶

Una consueta inadeguatezza del nostro ordinamento, si potrebbe concludere, se la conflittualità generata da tale disciplina rimanesse entro i confini nazionali, ma così non è. Poiché la Corte europea si dirige in senso opposto – e, a conferma della linea interpretativa iniziata con la celebre sentenza Dan c. Moldavia, si pongono, del resto, le ultime pronunce della Corte EDU²⁰⁷ - indicando l'esigenza di una piena garanzia per l'imputato in tutte le possibili manifestazioni del diritto di difesa. Ed è la corte stessa ad affermare, rimuovendo qualsiasi dubbio ermeneutico, che "quando impugnante è il p.m. contro una sentenza assolutoria, il giudice di appello non può riformare la sentenza e pronunciare sentenza di condanna senza avere assunto nuovamente in contraddittorio le prove dichiarative disponibili a carico dell'imputato"²⁰⁸. E a nulla rileva, in proposito, la necessità di un bilanciamento tra principi – in questo caso con la ragionevole durata del processo – invocata ripetutamente come legittimazione ad attenuare di volta in volta i diritti difensivi (punto sul quale, tra l'altro, si è pronunciata anche la Consulta individuando

206 In questo senso D.CHINNICI, *Verso il "giusto processo" d'appello: se non ora quando?*, in *Arch. Pen.* n. 3, 2012.

207 Ci riferiamo in particolare alle pronunce C. Eur. Dir. Uomo, Sez. III, 5 marzo 2013, ric. n. 36605/04, Manolachi c. Romania e C. Eur. Dir. Uomo, Sez. III, 9 aprile, ric. Recn. 17520/04, Flueras c. Romania. Che si mostrano coerenti con la posizione degli ultimi anni.

208 Corte eru.dir. uomo, Sez. III, c.c. 5 luglio 2011, Dan contro Moldavia, cit.

come "il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie")²⁰⁹. Per quanto riguarda tema di vitale importanza, infatti, la ragionevole durata non può consentire scappatoie in punto di garanzie dell'imputato poichè "un processo non giusto, perchè carente sotto il profilo della garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che ne sia la durata"²¹⁰; diversamente, difatti, si andrebbe a sacrificare il diritto di difesa e non si opererebbe, invece, alcuna ponderazione di principi - che è assolutamente legittima, nonché spesso necessaria – in aperto contrasto con il dettato costituzionale, le garanzie previste dall'art. 6 C.e.d.u. e la conseguente giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Ma una volta chiarito quindi quale sia l'orientamento consolidato della nostra giurisprudenza, non deve sorprendere come le pronunce della S.C. si pongano tutt'oggi – nonostante il mutato scenario circostante - entro un solco ermeneutico oramai ben definito; ribadendo infatti che la rinnovazione è – e rimane – istituto a carattere eccezionale, in conformità al principio di presunzione di completezza fino a prova contraria dell'istruttoria dibattimentale svolta in primo grado²¹¹, le Corti non fanno altro che avallare una scelta esegetica abbondantemente sperimentata, e che sembrerebbe quasi assicurare dinanzi alle "incertezze" interpretative che paiono aprirsi per merito –

209 Corte cost., n. 317 del 2009, cit.

210 Corte cost., n. 317 del 2009, cit.

211 Tra le numerose pronunce che convergono su questa linea interpretativa si v. Cass., Sez. II, 26 aprile 2000, Accettola, n. 216532; Cass., Sez. V, 21 aprile 1999, Jovino, n. 213637; Cass., Sez. I, 22 marzo 1999, P.m. in c, Merlino, n. 215128; Id. Cass., Sez. V, 10 dicembre 2009 ; nonché Cass., Sezione II, 23 gennaio 2014 (ud. 28 novembre 2013)

e non a causa - dalle posizioni dei giudici sovranazionali. Ma è proprio tale impostazione ad essere apparentemente coerente sul piano formale ma viziata, in realtà, "da un eccessivo schematismo concettualistico" utilizzato di frequente dalla prassi giurisprudenziale proprio per avallare una compressione del diritto alla prova nel giudizio di appello "mediante la riduzione dell'effettività del suo esercizio entro gli angusti ed equivoci ambiti semplificativi della facoltatività o obbligatorietà del correlato dovere del giudice di dare accesso alla prova richiesta dalle parti".²¹²

Se allora, con la sentenza *Dan c. Moldavia*, la Corte pare abbia posto dei confini invalicabili – generalizzando il principio secondo cui, nei giudizi di appello conseguenti ad impugnazioni dell'organo di accusa di sentenze di assoluzione, si debba necessariamente rinnovare integralmente l'istruzione, con pienezza delle prove e nel rispetto dell'immediatezza ed oralità, quali requisiti irrinunciabili del giusto processo – la illogicità di fondo di una interpretazione atrofizzata su posizioni conservatrici appare ancor più assordante; in considerazione, altresì, di un immobilismo del legislatore che sposterebbe necessariamente, come già affermato, la soluzione del problema ad un livello di *praxis*. Soluzione, però, allo stato attuale, assolutamente mancante.

Eppure – ribadendo - un giudizio di secondo grado con controllo esclusivamente, o comunque prevalentemente cartolare, che non tiene conto dei canoni del giusto processo europeo – principio ad oggi costituzionalizzato, per di più – non può essere concepito come prototipo immutabile, bensì come indiziato principale di un

²¹² Si v. A. BARGI, in *dir. pen. e proc.*, n. 1 del 2004, p. 96.

ripensamento profondo, che deve giungere fino ad una inevitabile modifica normativa; modifica che, a quanto pare, può essere solo spinta – vista l'inerzia del legislatore – da un deciso cambio di rotta della giurisprudenza italiana, del resto generosamente favorita dal lavoro della Corte EDU.

9. Proscioglimento in primo grado e condanna in appello all'esito di un dibattimento "cartolare": una lacuna tutta italiana

I giudici di Strasburgo hanno optato quindi, incontrovertibilmente, per una linea interpretativa dell'art. 6 C.E.D.U. che obbligherebbe, quantomeno, la prassi giurisprudenziale italiana ad adattarsi – e farlo in fretta – ad un'impostazione ermeneutica decisamente più favorevole all'imputato. È pur vero che, se questo è lo stato dell'arte, è facilmente prevedibile – ed auspicabile – che la nostra Corte di legittimità si adeguerà al più presto ai principi enunciati dalla Corte europea.

E questo, in virtù anche di una ineluttabilità evidente, alla luce delle nuove pronunce²¹³ che dimostrano esplicitamente come la

213 Sempre seguendo la scelta ermeneutica proposta nella sentenza Dan c. Moldavia si veda anche, tra le ultime dal punto di vista cronologico, Moldoveanu c. Romania, C. Eur. Dir. Uomo, 19 giugno 2012. Nella quale si rimarca, tra l'altro, anche la violazione dell'art. 6 lett. c), c.e.d.u. per essere stato "calpestato" il "right to legal assistance" da parte della suprema corte nazionale.

posizione nel c.d. "caso Dan c. Moldavia" non sia evento isolato ed inatteso ma, al contrario, scelta chiara e consapevole.

Circoscrivendo la nostra analisi ovviamente al solo ordinamento italiano – ma è evidente che il tema della legittimità della condanna in secondo grado, dell'imputato prosciolti in primo, sulla base di un dibattito essenzialmente cartolare, coinvolga praticamente tutti gli ordinamenti giuridici della "grande Europa" – si è già notato che l'art. 593 c.p.p. disciplina la facoltà di appello del p.m. e dell'imputato, sia per le sentenze di condanna quanto per quelle di assoluzione; normativa aspramente criticata da gran parte della letteratura perché ritenuta assolutamente inadatta a tutelare l'imputato da una condanna in secondo grado con conseguente preclusione all'esame nel merito della statuizione. Sul tema interveniva, infatti, la l. 46 del 2006 che, con soluzione – non impropriamente definita drastica - optava per un appello avverso sentenze di proscioglimento legittimo solo in ipotesi di *novum probatorio*, e per di più decisivo; delimitando in modo evidente i casi di ammissibilità del gravame. Sui motivi di natura eterogenea che hanno portato all'amputazione e conseguente (quasi) inutilità della legge in analisi, e su quali fossero le lacune evidenti che ne hanno determinato il fallimento, si rimanda alle considerazioni fatte in precedenza.

Cio che qui rileva è invece comprendere come questi assetti legislativi, resi ancor più statici da interpretazioni appiattite sul dato formale, collidano con la nuova idea di appello – e ancor più di rinnovazione dell'istruzione in appello - che si sta delineando grazie al lavoro dei giudici di Strasburgo. È evidente, dopotutto, che, per quanto l'attuale codice di procedura penale presenti una caratura

accusatoria, le impugnazioni sono macchiate, allo stato dei fatti, da una evidente impronta inquisitoria; certo, è indubbio che nei rimedi impugnatori spesso si attenui l'esigenza dei formalismi e lungaggini che caratterizzano il primo grado, ma questo non può voler dire di certo un giudizio di appello che presenti di regola una fisionomia cartolare e che solo eccezionalmente sia aperto a spazi di immediatezza ed oralità nell'escussione. Ciò, soprattutto quando sono in gioco le garanzie dell'imputato che potrebbero, al più, essere comprese solo con il proprio consenso, come delle volte viene disciplinato (e la stessa Corte EDU si è, del resto, più di una volta mostrata incline ad accettare limitazioni dei diritti individuali solo col consenso del soggetto e rese legittime dalla normativa nazionale; anche se, sul tema della rinnovazione in caso di condanna in appello, ha optato – come vedremo – per una posizione molto più rigida).

10. Il nostro ritardo di fronte al consolidamento della giurisprudenza di Strasburgo nelle ultime pronunce

Perplessità notevoli, quindi, tanto per la normativa vigente in tema di rinnovazione dell'istruzione in appello – limitata alle tassative ipotesi previste nell'unico articolo che disciplina la materia²¹⁴ - quanto, come detto, per l'interpretazione che ne vien data dalla giurisprudenza,

²¹⁴ Si è già sottolineato, comunque, che ipotesi di rinnovazione sono distribuite anche in altre disposizioni come gli artt. 604-627 c.p.p.

che non pare incline ad abbandonare la "tanto cara" opzione di rinnovazione in appello come rimedio eccezionale.²¹⁵

Ma se questo è lo stato attuale, dunque, la posizione assunta dai giudici di Strasburgo è da salutare con estremo favore – almeno da chi auspica da tanto un cambio di rotta su questo tema, perlomeno nella prassi giurisprudenziale – perchè è su tale indirizzo che si dovrebbe far leva per una interpretazione dell'istituto che sia non solo convenzionalmente orientata ma anche, alla luce delle riforme poste in atto, costituzionalmente orientata. Una significativa apertura in chiave garantista quella operata dai giudici sovranazionali – auspicando in un celere adattamento della nostra giurisprudenza e del nostro legislatore – prima con la condanna alla Moldavia nel ricorso *Dan c. Moldavia*, per violazione dell'art. 6 C.E.D.U., e poi ribadito nelle pronunce successive²¹⁶, che ha operato, in tal modo, un veloce ma coerente consolidamento di una linea interpretativa che, coerentemente con altre già citati orientamenti²¹⁷, tende ad accentuare i profili garantistici per l'imputato nel processo penale. Osservato, infatti, come l'intervenuta condanna in grado di appello dei ricorrenti, precedentemente prosciolti, senza procedere a nuova escussione dibattimentali violi l'assunto convenzionale, i giudici sovranazionali hanno manifestato attitudine antitetica ad un processo evidentemente

215 Praticamente immutata nella sostanza è la posizione assunta dalla Cass. Pen., S.U., 24 gennaio 1996, Panigoni, cit.; tra le ultime pronunce, come visto, Cass., Sezione II, 23 gennaio 2014 (ud. 28 novembre 2013)

216 La posizione è stata ribadita diverse volte, ad oggi, si vedano in proposito le pronunce C. Eur. Dir. Uomo, 19-06-2012, Moldoveanu c. Romania; C. Eur. Dir. Uomo, Sez III, 5 marzo 2013, ric. n. 36605/04, Manolachi c. Romania; C. Eur. Dir. Uomo, Sez III, 9 aprile 2013, ric. recn. 17520/04, Flueraş c. Romania.

217 Ci riferimano, come esempi emblematici, alle condanne inflitte all'Italia in tema di art. 175 c.p.p., assenza del caso di revisione successivo a pronuncia europea collidente con quella nazionale.

iniquo in quanto svoltosi in modo da condurre, di fatto, ad una condanna *prime facie* in grado di appello attraverso una rivalutazione esclusivamente cartolare della testimonianza – o altro mezzo di prova che venga sostanzialmente svilito da tale *modus operandi* – senza passare, al contrario, attraverso la diretta audizione dei testi. E questo perchè "chi è chiamato a decidere sulla colpevolezza d'un individuo" dovrebbe, "in linea di principio, sentire i testimoni di persona, per valutarne la credibilità"; valutare, infatti, "l'affidabilità delle fonti di prova è compito complesso"²¹⁸ che non può essere eseguito, ad esempio, mediante una semplice lettura delle "carte"; in particolare, in relazione alla prova per eccellenza, quella testimoniale, rileggendo semplicemente le dichiarazioni verbalizzate in primo grado. Eppure, come detto, in ambito nazionale l'istituto si mostra ancora legato – secondo le interpretazioni della S.C. – ad una logica eccezionale, in quanto l'appello resta "un giudizio caratterizzato dal controllo prevalentemente cartolare di quanto verificatosi in prime cure".²¹⁹

E tale indirizzo pare essere dominante, invariabilmente, tutt'oggi nella giurisprudenza della S.C. dove, sul tema della *reformatio in pejus* della sentenza di assoluzione, è stato diverse volte ribadito come il giudice di appello non sia obbligato – affinché sia legittima la riforma a detrimento dell'imputato – ad alcuna rinnovazione delle prove dichiarative assunte in primo grado e giunte fino in appello mediante la verbalizzazione, se la decisione si fonda su di un diverso apprezzamento delle stesse²²⁰. In questo senso si è notato, infatti, che

218 Vedi Corte. eur. dir. uomo, Craxi c. Italia, n.34896/97, 5 dicembre 2002

219 In questo senso si v. Cass. pen., sez. III, 5-04-2000, Santeramo, in *Guida dir.*, 2001, n. 16, 9.

220 Ultima, da un punto di vista cronologico, è la sent. Cass. pen., sez II, 10 luglio 2013 n. 29452. Nella quale si affrontava il tema della legittimità di una condanna in

l'interpretazione data all'art. 6 della C.E.D.U. fornita dai giudici di Strasburgo – in prima battuta nella sentenza *Dan c. Moldavia*, e successivamente nelle ulteriori pronunce che ne hanno seguito la linea esegetica – non vuole condizionare in modo indefettibile la facoltà del giudice di appello di riformare in peggio la statuizione di primo grado solo ove si sia proceduto ad una rinnovazione dell'escussione dibattimentale; la Corte EDU – si osserva – ha semplicemente voluto affermare che chi abbia la responsabilità di statuire sulla colpevolezza o innocenza dovrebbe, in linea di massima, poter "udire i testimoni personalmente e valutare la loro attendibilità" in virtù del fatto che "la valutazione dell'attendibilità di un testimone è compito complesso che generalmente non può essere eseguito mediante una semplice lettura delle sue parole verbalizzate"²²¹. Ma questa, ci dice la S.C., non è regola assoluta, bensì riferibile solo alla possibilità di ascoltare i dichiaranti in prima persona per valutarne l'attendibilità; il rispetto dell'art. 6 C.e.d.u., per come interpretato, deve, quindi, comunque tener conto delle caratteristiche del procedimento che si sta celebrando, nonché del caso concreto. Posta, quindi, la struttura ancora eccezionale dell'istruzione nell'appello – sulla scorta della normativa ancora in vigore e della granitica interpretazione fornita – non si dovrebbe, secondo la giurisprudenza nazionale, rinvenire, nella posizione dei giudici europei, alcun obbligo di interpretazione dell'istituto che sia aderente a quella fornita dalla stessa Corte EDU.

secondo grado emessa sulla base di un diverso apprezzamento delle conversazioni telefoniche oggetto di intercettazioni, senza però procedere alla rinnovazione delle prove dichiarative.

²²¹ Formula ripresa nella sentenza *Dan c. Moldavia* del 5 luglio 2011. Ma in senso analogo, seppur ancora non in via di principio ed in modo così deciso, si v. anche 29 settembre, *Marcos Barrios c. Spagna*, 27 novembre 2007, *Popovici c. Moldavia*.

11. Le garanzie difensive "sacrificate" sull'altare della celerità processuale

L'opportunità di tale scelta ermeneutica, allora, tradirebbe un'idea di appello come "vittima" da sacrificare sull'altare della celerità processuale; sembrerebbe, difatti, che la coerenza dell'appello così configurato sia da ricercare esclusivamente in una scelta del legislatore di rendere lo stesso compatibile con il principio di ragionevole durata del processo. Ma in questo modo, come già sottolineato, non solo è esclusa alcuna ponderazione di principi, ma, per di più, si finisce – come spesso – per ascrivere ad un unico istituto le deficienze di un intero sistema processuale che, di frequente, sono provocate oltre che da paralisi legislative e timori giurisprudenziali, anche, se non soprattutto, da concause extragiuridiche. È chiaro, del resto, che la ricerca ossessiva - ma scomposta - di un sistema compatibile con il principio di ragionevole durata del processo – che rimane comunque principio indiscutibile in quanto tale – non può di certo passare per la rinuncia, o deformazione, di principi altrettanto insopprimibili. Tanto varrebbe, seguendo tale ottica, riportare il processo alla conformazione del 1930.

Ma, come affermato in precedenza, un processo che sacrifichi tutte o anche talune delle garanzie difensive è ingiusto in quanto tale, quale ne sia la durata.

12. L'importanza della percezione diretta per i giudici di Strasburgo: le pronunce *Moldoveanu c. Romania*, *Manolachi c. Romania*, *Flueras c. Romania*

Sempre nell'ottica di un'analisi approfondita della posizione dei giudici sovranazionali, le conclusioni di Strasburgo sembrano oramai essere chiare e definite se si guarda alle posizioni assunte in altre pronunce; da ultime, le sentenze *Manolachi c. Romania* e *Flueras c. Romania*, infatti, ci impegnano verso valutazioni che si presentano fatalmente contrastanti con il nostro sistema; con ovvie ripercussioni, in via di principio, per i problemi di "conformazione" che ne devono – o dovrebbero – derivare.

La corte ha infatti, nelle pronunce in questione, circoscritto un vero e proprio diritto dell'imputato a confrontarsi direttamente con la fonte dell'accusa, ovvero il teste; e questo sia nel senso di permettere alla difesa di poter criticare il testimone di fronte ad ogni giudice che abbia il pieno potere di pronunciare una sentenza di condanna, sia, e più in generale, come diritto ad essere giudicati sulla base di una valutazione affidabile dell'attendibilità delle dichiarazioni accusatorie²²². E del resto, se in primo grado l'affidabilità del teste varia a seconda di quanto sia diretta la percezione giudiziale dell'evento-testimonianza, perchè in appello ciò dovrebbe mutare? L'oralità e l'immediatezza dell'escussione dibattimentale sono principi

²²² In questo senso si v. S. RECCHIONE, *La rivalutazione in appello della testimonianza "cartolare": la posizione della Corte di Strasburgo e quella della Cassazione a confronto*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 giugno 2013. cit.

imprescindibili ogniqualvolta il giudice, chiamato a decidere, abbia l'autorità per statuire con pieni poteri, sia in fatto che in diritto, sulla responsabilità dell'individuo; e tale *modus operandi* sembrerebbe apparire ancor più doveroso ove l'autorità decidente avesse intenzione di fondare, su quella prova, la condanna. Tale scelta ermeneutica, difatti, più che valorizzare il diritto dell'imputato a "guardare negli occhi" colui che lo accusa (che comunque rappresenta un elemento di garanzia processuale), in realtà tende ad enfatizzare il diritto di quest'ultimo ad una condanna fondata sulla valutazione diretta del mezzo di prova, ovvero, nelle ipotesi più frequenti, l'audizione dei testi a carico.

La scelta di tutelare l'assunzione – o riassunzione – immediata della prova testimoniale - ma vale per le prove dichiarative in genere - è chiaramente finalizzata ad evidenziarne tanto la complessità quanto il peso che essa ha nel processo penale; peso che d'altronde viene aggravato se sulla base di quel mezzo di prova si pretende di fondare la condanna. In tal senso, un evento di questo tipo non può che svilupparsi dinanzi al giudice, che solo in questo modo può apprezzarne a pieno la "tridimensionalità".

Ma la particolare attenzione riservata dai giudici europei alla garanzia in questione emerge, tra l'altro, ed ancora con maggiore chiarezza, nella pronuncia *Flueras c. Romania*, dove la Corte dichiara che a "garanzia della affidabilità della valutazione giudiziale in ordine alla attendibilità della testimonianza"²²³ vi debba essere una tutela di tale diritto anche *ex officio*, prescindendo da eventuali richieste di parte. Conclusione ancor più significativa se si considera che – come

223 C. eur. dir. Uomo, Sez. III, 9 aprile 2013, ric. recn. 17520/04, *Flueras c. Romania*.

accennato - la Corte di Strasburgo si mostri spesso "particolarmente incline a valorizzare (in senso favorevole allo Stato) i cedimenti di tutela dei diritti nascenti dal consenso dell'imputato".^{224 225}

13. Segue: la sentenza *Hanu c. Romania* in linea con l'interpretazione di un intervento *ex officio* doveroso

Tale linea interpretativa si mostra, del resto, in continuo consolidamento. Con la sentenza *Hanu c. Romania*, infatti, la Corte di Strasburgo ha, da ultimo, nuovamente valutato incompatibile con le garanzie convenzionali – in violazione dell'art. 6 C.E.D.U. - il ribaltamento della sentenza di assoluzione fondato su una mera rivalutazione cartolare delle testimonianze assunte in primo grado, laddove non sia proceduto alla nuova audizione dei testi; a nulla rilevando la mancata istanza di parte in quanto, il diritto in oggetto deve essere tutelato anche d'ufficio.²²⁶

La garanzia di cui all'art. 6 della Carta viene quindi letta nuovamente come diritto dell'accusato a confrontarsi con il testimone alla presenza dell'autorità che deve decidere della sua colpevolezza o

224 In proposito si v. S.N. c. Sweden, 2 luglio 2002.

225 Testualmente S. RECCHIONE, *La rivalutazione in appello della testimonianza "cartolare": la posizione della Corte di Strasburgo e quella della Cassazione a confronto*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 giugno 2013. cit.

226 Si v. S. RECCHIONE, *La rivalutazione in appello della testimonianza "cartolare": la posizione della Corte di Strasburgo e quella della Cassazione a confronto*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 giugno 2013. cit.

della sua innocenza; l'osservazione diretta del comportamento del teste può infatti avere conseguenze decisive per l'accusato e per la stessa cognizione giudiziale. D'altronde la Corte, pur riconoscendo che l'art. 6 della Convenzione non detta alcuna regola sulla ammissibilità delle testimonianze né, tanto meno, sul modo di valutarle, rileva però come la mancata diretta escussione delle prove dichiarative in particolari circostanze possa collidere con la tutela convenzionale del diritto di difesa.

Più che evidenti sono quindi le ragioni che dovrebbero spingere la nostra giurisprudenza - nell'immediato, ma il legislatore in modo organico e compiuto - a mutare atteggiamento di fronte al "vento europeo". Preoccupandosi, se non altro, dell'incidenza che un filone interpretativo di questo tipo può avere su un sistema che ancora consente una rivalutazione delle testimonianze assunte in primo grado su base essenzialmente cartolare; fondando tra l'altro sulle stesse una sentenza di condanna che oltre a non reggersi su di una rinnovata escussione del dibattimento potrebbe sovvertire – nelle ipotesi peggiori – anche l'esito liberatorio del giudizio di primo grado. Preoccupazioni che però, allo stato dei fatti, non sembrano assillare la S.C., se non in isolate pronunce²²⁷, ed il legislatore.

²²⁷ Asupicando si tratti di prime prese di posizioni si v. Cassazione, Sez. IV pen., 26 febbraio 2013 (dep. 12 aprile 2013), n. 16566, Pres. Serpico, Rel. Di Stefano, ric. Carboni, nella quale la nostra Corte di legittimità pare aver optato per una convincente interpretazione conforme del sistema italiano sulla base della linea ermeneutica emersa dalle pronunce della Corte europea. È stata in effetti riconosciuta una lesione del diritto di difesa in relazione ai casi in cui la nuova valutazione differisca da quella effettuata dinanzi al giudice di prime cure in ordine alla sola attendibilità, che è l'unica a dipendere dalla valutazione del contegno del teste e dai dati extraverbali. Mentre è stata ritenuta assolutamente legittima la nuova valutazione fondata su elementi estrinseci e dati probatori nel loro coomplesso. Si tratta di una pronuncia che pare porsi nel solco interpretativo, sviluppato negli ultimi anni, secondo cui la rinnovazione dell'istruttoria sia inevitabile in caso di "decisività" del mezzo

14. Plausibili prospettive normative ed ermeneutiche: rinnovazione come "regola" ed ipotesi derogatorie.

Dunque, che fare?

Se i tempi - assolutamente troppo spesso irragionevoli - del legislatore non sembrano dare, paradossalmente, alcuna certezza, allora l'unica aspettativa deve essere riposta in una decisa presa di posizione della Corte di cassazione - magari in una pronuncia a sezioni unite - che coincida, dopotutto, con quella essenziale consapevolezza che la giurisprudenza, tanto di merito quanto di legittimità, dovrebbe lucidamente mostrare nel dare spazio ad una interpretazione che sia convenzionalmente e costituzionalmente orientata dell'istituto della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale. Opzione ermeneutica che darebbe, tra l'altro, nuovo spessore all'intero rimedio impugnatorio e non al singolo istituto in esame, essendo la fase dibattimentale il cuore del processo penale a prescindere dal grado processuale.

Ma, ammesso anche che il giudizio di secondo grado sia un giudizio di merito esperito da magistrati più anziani ed esperti, ci si chiede, comunque, come sia possibile - nonostante la riconosciuta natura di fase di "controllo" - accettare la maggiore validità di esiti che si traducono in una semplice e spoglia valutazione di sapere

richiesto o in caso di "inattendibilità" del teste le cui dichiarazioni si siano precedentemente assunte.

pregresso? Per quanto sia convincente l'attività di persuasione interpretativa, infatti, il giudizio di primo è l'unico, allo stato attuale, che ci fornisce sempre un esito giudiziale proveniente del rapporto diretto ed immediato tra giudice e mezzo di prova nel contraddittorio delle parti. E solo questo modello è da riconoscere come il più "giusto" ed affidabile, sia per il giudice che sviluppa in questo modo una cognizione decisamente più approfondita e qualitativamente raffinata, sia per l'imputato che viene in tal senso salvaguardato da maggiori e migliori garanzie processuali.

In un certo senso, allora, il distacco da un regime di questo tipo nella fase di appello non dovrebbero rappresentare la regola – come ancora concepito dalla nostra prassi - bensì oggetto di ipotesi derogatorie tassativamente previste che legittimino l'appello privo di istruzione dibattimentale – rinnovata o *ex novo* – in modo questo si eccezionale e non come pratica diffusa. Molto diffusa è del resto la tesi che vorrebbe riconoscere nel consenso dell'imputato, nell'accertata impossibilità di ripetizione e nella provata condotta illecita, gli unici casi in cui l'appello possa tornare ad assumere una fisionomia cartolare (in riferimento alla prima delle tre opzioni, come affermato in precedenza, la Corte di Strasburgo ha in realtà più di una volta dimostrato di voler riconoscere un diritto da garantire anche *ex officio* all'imputato – con rinnovazione disposta dal giudice anche in assenza di richieste di parte – almeno nell'ipotesi di possibile condanna per la prima volta in secondo grado dopo il proscioglimento dinanzi al giudice di prime cure; ipotesi, quest'ultima, che potrebbe essere, in caso di accoglimento dalla nostra giurisprudenza, agevolmente praticata grazie alla rinnovazione officiosa prevista dall'art. 603, 3°

comma, c.p.p). Sembrerebbe, allora, di certo più coerente con un sistema processuale a connotazioni accusatorie un appello così disciplinato – con una rinnovazione di prassi, esclusa solo in ipotesi tassativamente previste, ed eventualmente disposta *ex officio* nei casi più delicati – rispetto invece a quello che ancor oggi si esibisce prevalentemente nelle nostre aule di tribunale.

Ma del resto, "in un processo accusatorio, nel quale il giudizio di merito consegue all'assunzione delle prove effettuata alla stregua del principio dell'oralità e del contraddittorio nel momento di formazione della prova, costituisce, dal punto di vista logico, una contraddizione" interna "un secondo giudizio di merito basato sugli atti del processo e, quindi, su prove già formate, ragion per cui la decisione può essere [iniquamente] riformata da un giudice davanti al quale non è stata assunta nessuna prova"²²⁸.

15. Segue: appello e primo grado, radici comuni ma struttura difforme

Secondo la generale impostazione del nostro processo penale, un'assimilazione tra primo e secondo grado - entrambi giudizi di merito - è innegabile. Per quanto caratterizzati da ovvie diversità, difatti, i due giudizi non possono collocarsi in ambiti logico-

²²⁸ Così G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, VII ed., Torino, 2007, 667 s.

interpretativi totalmente antitetici; cosa del tutto legittima quando invece si sposta l'analisi comparativa su un giudizio di merito e uno di legittimità – come possono essere giudizio di appello e ricorso per Cassazione – in quanto, in tal caso, ci si trova di fronte a difformità congenite più che evidenti. Ma è proprio questa radice comune dei giudizi di merito a rendere, in un certo senso, ancor più disarmonica tale struttura del giudizio di appello rispetto a quello di primo grado, in particolar modo quando il sistema oggetto di analisi dovrebbe realizzare il "giusto processo". E l'intollerabile "ambiguità del giudizio di appello" pare ulteriormente "amplificata dalla apertura *ad libitum* dei motivi" di gravame, "che non sono incasellati entro situazioni codificate" - come per il ricorso per cassazione – potendo, l'appellante, "dolarsi di qualsiasi capo o punto dell'intera pronuncia, con la conseguenza di un nuovo giudizio potenzialmente integrale"²²⁹, che però rischierebbe – e difatti rischia - di non essere equiparabile, in quanto ad escussione dibattimentale, a quello di primo grado, risultando pertanto assolutamente insoddisfacente ed iniquo.

²²⁹ Testualmente D. CHINNICI, *Verso il "giusto processo" d'appello: se non ora, quando?*, in *Arch. Pen.*, 2012, n. 3.

15. Prospettive sistematiche per una scelta interpretativa costituzionalmente e convenzionalmente orientata

Detto questo, quali opportunità, quindi, per una interpretazione che sia non solo convenzionalmente ma anche costituzionalmente orientata?

Nel nostro ordinamento il dato normativo, per quanto equivoco ed eccessivamente laconico, non esclude *tout court* un recupero in fase di appello di oralità ed immediatezza nella formazione della prova. Anzi pare lasciarci margini che, se sfruttati bene, consentirebbero di tollerare gli esosi tempi legislativi; del resto "il diritto di difendersi provando con il metodo cognitivo del contraddittorio, che rende giusta la condanna se la colpevolezza è provata oltre ogni ragionevole dubbio, impone" esclusivamente "interpretazioni che finalmente paiono comparire nella pagine del diritto vivente"²³⁰, per ora esclusivamente di matrice europea ma che – si auspica – giungano intatte sino a noi.

E d'altronde, è lo stesso codice ad enunciare che "in grado di appello si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni relative al giudizio di primo grado..." (art. 598, c.p.p.), rendendo congenite all'appello, ferma la clausola di salvezza, le regole che disciplinano il giudizio di primo grado. Ed ancor più persuasiva è la tesi se si accosta suddetta norma alla omologa del codice di rito del 1930; in

²³⁰ Si v. D. CHINNICI, Op. ult. cit., p. 11-12.

quest'ultimo, difatti, le regole applicabili erano solo quelle compatibili con la struttura del giudizio di appello. Nella nuova disposizione, *ex adverso*, la regola è un'applicazione indiscriminata, ad esclusione dei casi regolati *ad hoc* per il solo giudizio di appello o le disposizioni palesemente incompatibili.

Ma in realtà questa assimilazione del giudizio di secondo grado alla fase svoltasi dinanzi al giudice di prime cure pare, ad un'analisi meno approssimativa, cosa ovvia, dovendo infatti i principi guida del dibattito trovare senza dubbio integrale corrispondenza anche nel giudizio di appello. In secondo grado come in primo, la tutela dell'imputato si mostra dopotutto ancora come l'aspetto più delicato, non tollerandosi ugualmente alcuna attenuazione ingiustificata, in particolar modo se il materiale probatorio di primo grado sia risultato a quell'esito insufficiente a sostenere la tesi dell'accusa.

"Il sapere per la verità", infatti, " non è eredità trasmissibile al collega con funzioni superiori", come invece si vuole sostenere puntualmente nel nostro ordinamento, "ma esperienza diretta e autoreferenziale da vivere nel contesto giudiziale ogni volta che si instauri un processo nel merito dei fatti". In questo senso, allora, l'obbligo di oralità della prova verrebbe eluso solo in caso di impossibilità "per cause sopravvenute non prevedibili *ex ante*, ai sensi dell'art. 512 c.p.p."²³¹ o in riferimento al dettato costituzionale secondo cui "la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo nel contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta

231 Così D. CHINNICI, Op. ult. cit., p. 13.

illecita" (art. 111, 5° comma, Cost.)²³². Ma se tale è la regola generale decisa dal legislatore – a tal punto da costituzionalizzarla come principio del giusto processo – perchè mai la si dovrebbe ridurre a mera dichiarazione propagandistica? Senza invece, al contrario, usufruire delle enormi possibilità interpretative che questa ci consente? E come potrebbe, d'altronde, la giurisprudenza negare profilo di rilevanza ad una prova dichiarativa che miri a illuminare profili oscuri in primo grado solo perchè già la relativa fonte sia già stata assunta in precedenza? È ovvio infatti che sul punto a nulla rilevi l'avvenuta escussione della medesima prova dichiarativa in primo grado se l'istanza di riassunzione aspiri a mostrare un diverso aspetto non del tutto emerso nel precedente giudizio.

È innegabile la necessità di una forzatura ermeneutica affinché si possa riportare l'art. 603 c.p.p. entro l'alveo di una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata (e questo appare in modo evidente dalla lettura di queste poche righe); come innegabile rimane, allo stesso, tempo l'esigenza di un intervento organico da parte del legislatore che risolva le criticità alla fonte. Ma, dopotutto, l'operazione legislativa non dovrà solo, come ovvio, riguardare le antinomie evidenziate nelle pagine precedenti – e ci riferiamo all'insopportabile contraddizione di un processo che permetta una condanna per la prima volta in appello, senza una rinnovata escussione dibattimentale, con evidenti compressioni ingiustificate del diritto di difesa che vanno a vanificare gli sforzi fatti per raggiungere un "giusto processo" – ma anche all'urgenza che si palesa sotto il

²³² Il comma in questione è stato inserito ex art. 1 legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2, *Inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 della Costituzione*.

profilo dell'uso (si legga: abuso) che viene troppo spesso fatto del mezzo impugnatorio in genere. Del resto "se è inaccettabile un processo presidiato da prerogative difensive attenuate rispetto a quelle assicurate in primo grado" ugualmente inaccettabile risulta l'uso "pretestuoso dell'appello (come del ricorso per Cassazione) per lucrare l'ampia via di uscita della prescrizione o delle strade secondarie dell'amnistia o di leggi più favorevoli"²³³. Ma questo ci porterebbe lontano.

Naturalmente non si vuole in questa sede patrocinare una tesi che riconosca sempre e comunque necessario procedere a rinnovazione dell'istruzione dibattimentale. Nel giudizio di primo grado è infatti indispensabile creare da zero il materiale probatorio, in quello di appello no. Se l'eccezionalità della rinnovazione è – come visto - assolutamente incongruente con il nostro ordinamento, è pur vero che, al contrario, non bisogna radicalizzare la tesi opposta, in quanto sono del tutto prevedibili ipotesi dove un attività probatoria interamente rinnovata sia impossibile, non richiesta dall'imputato o addirittura inutile per le particolarità di taluni casi pratici. Ed escludendo, quindi, il caso di impugnazione da parte del P.M. della sentenza liberatoria in primo grado – che obbligherebbe alla rinnovazione dell'escussione anche *ex officio* secondo la posizione della Corte EDU che ci sembra la più coerente – in tutti gli altri casi è possibile riconoscere che in caso di consenso dell'imputato – anche implicito: assenza di istanze – di provata condotta illecita o impossibilità niente osti ad escludere, o tutt'al più limitare, la rinnovazione dell'istruttoria in appello. Eppure, onde evitare palesi iniquità processuali si dovrebbe, allora, porre il

²³³ In questo senso D. CHINNICI, Op. ult. cit., p. 16.

giudice nelle condizioni di svolgere attività istruttoria non esclusivamente quando lo ritenga strettamente necessario – dopotutto un provvedimento in tal senso racchiude implicitamente la relativa riconosciuta necessità - ma anche quando l'imputato avanzi una richiesta in tal senso con l'obiettivo di contrastare l'impugnazione della sentenza liberatoria da parte dell'organo di accusa o, al più, per far riemergere (meglio: emergere) profili non affiorati in precedenza, in relazione a quel mezzo di prova, dinanzi al giudice di seconde cure.

Nel caso di appello del P.M. ad una sentenza di proscioglimento si potrebbe, d'altronde, riconoscere una vera e propria sorta di presunzione di necessità non solo per evitare un evidente contrasto con la posizione dei giudici di Strasburgo ma anche perchè altrimenti la violazione dell'assunto secondo cui "il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova" (art. 111, 4° comma, Cost.) sarebbe manifesta. Eppure, "il fatto che a prescindere dal tipo di sentenza appellata, il parametro della necessità per la decisione, ai fini dell'ammissione di una prova non nuova, sia interpretato in termini rigidi" senza operare, quindi, alcuna distinzione tra sentenze impugnate e soggetti impugnanti, "relegando la rinnovazione a situazione residuale o eccezionale, [appare senz'altro come] un retaggio della cultura di inquisitoria memoria".²³⁴

²³⁴ Testualmente D. CHINNICI, *Verso il "giusto processo" d'appello: se non ora, quando?*, in *Arch. Pen.*, 2012, n. 3. p. 17

16. Conclusioni

In questa prospettiva – e concludendo - si impone, allo stato della giurisprudenza di Strasburgo, nonché di esigenze costituzionali, un riequilibrio del sistema processuale che sposti il baricentro della cognizione giudiziale diretta nel giudizio di appello in modo da equipararlo – o al più adattarlo - al giudizio di merito del primo grado. Urgenza primaria è quindi quella di strutturare il processo nella fase di secondo grado con previsione di una rinnovazione integrale di tutti gli apporti dichiarativi a carico, anche se già acquisiti in primo grado, ove ne venga fatta rituale richiesta (sia possibile e non vi sia condotta illecita). Contemporaneamente, però, riflettere sulla possibilità di interpretare l'assunto della "assoluta necessità" previsto dall'art. 603, 3° comma, c.p.p., alla luce delle posizioni dei giudici sovranazionali; interpretazione che, come visto, prescrive una rinnovazione disposta anche *ex officio* in caso di capovolgimento della sentenza liberatoria di primo grado, affinché si tuteli pienamente il diritto dell'imputato a norma dell'art. 6 della Convenzione (è bene ricordare, infatti, che la Corte EDU si attesta su una posizione più rigida rispetto a quella da alcuni fornita – *ex art. 111, 4° comma, Cost.* - in riferimento ai casi in cui la rinnovazione possa essere esclusa, a detrimento dei profili di oralità ed immediatezza; prevedendo come legittima quale eccezione ad un regime di obbligatoria escussione in appello, unicamente la situazione di impossibilità materiale).

Come affermato, quindi, un adeguamento alle opzioni ermeneutiche europee non è impossibile – e risulterebbe del resto necessario, anche per rendere l'interpretazione dell'istituto costituzionalmente orientata – seppur sotto alcuni aspetti sia necessario, senz'altro, operare in modo elastico a livello esegetico e talvolta con forzature interpretative. Per i giudizi in corso, ad esempio, un agevole adattamento sarebbe quello – evitando sussulti interpretativi – di disporre la rinnovazione delle prove dichiarative ove venga fatta richiesta di parte, escludendo la *reformatio in pejus* ogniqualvolta non venga - anche d'ufficio se necessario - disposta la rinnovazione dell'escussione. Non potendo del resto ammettersi che lo stesso materiale probatorio ritenuto insufficiente a sostenere le tesi d'accusa in primo grado, a tal punto da non superare lo scoglio del "ragionevole dubbio" venga, *ex adverso*, all'esito di un semplice riesame cartolare, stimato come soddisfacente a statuire sulla libertà dell'imputato; privandolo, in aggiunta, di un possibile ulteriore esame nel merito del *decisum*. Come visto, d'altra parte, è lo stesso codice a fornirci lo spunto per una lettura idonea: l'art. 598 c.p.p. è chiaro difatti nel prevedere un estensione delle regole che governano il primo grado anche al giudizio di appello, senza che a nulla rilevi la "clausola di salvezza" ed il riferimento alla disciplina *ad hoc*; tra cui si rinviene, tra l'altro, anche l'istituto della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale che ben può – e deve - essere interpretato in senso convenzionalmente e costituzionalmente orientato.

La Costituzione – art. 111, Cost. - chiude il cerchio interpretativo, escludendo qualsiasi distinzione di sorta tra gradi, "anche il processo d'appello, cioè, deve essere giusto, con tutto quanto ne consegue in

termini di prova, oralità e contraddittorio"²³⁵.

La posizione assunta dai giudici di Strasburgo negli ultimi anni²³⁶ dovrebbe, senza dubbio, registrarsi come l'impulso più energico per una netta svolta interpretativa delle nostre Corti. Le impugnazioni penali, e l'appello in particolare, mostrano del resto come il legislatore del 1988 ritenesse, erroneamente, di poter mantenere sostanzialmente invariati alcuni istituti – o comunque loro profili fondamentali – determinando l'assurdo di processi orali in primo grado – compatibili con il giudizio accusatorio – ma ancora imperniati su di una fisionomia cartolare nelle fasi successive. E del resto, l'inserimento del canone del giusto processo nella costituzione, in un contesto giuridico che già da tempo aveva sperimentato interpretazioni in questo senso grazie alla giurisprudenza europea, non poteva rimanere privo di conseguenze nel sistema delle impugnazioni e segnatamente nell'appello. Ed infatti, in tale cornice culturale, l'adeguamento agli *standards* europei – scomposto, ma la cui demolizione non è immune da critiche – si era tentato con la l. 46 del 2006 (che limitava – ai *nova* decisivi – la facoltà di appello delle sentenze di proscioglimento in primo grado, così da tentare un adeguamento del procedimento penale al canone della "colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio"). Ma come visto, nonostante la presunzione di non colpevolezza di

235 Si v. A. GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio di appello*, in *Arch. Pen.*, n. 2, 2012, p. 4-5.

236 Si tenga conto del fatto che la pronuncia Dan c. Moldavia, e le successive che si sono posizionate nel medesimo solco ermeneutico, sono sì un punto di partenza ma rappresentano anche il traguardo di una giurisprudenza cominciata già anni prima. In proposito si veda, a titolo esemplificativo, Corte eur. dir. Uomo, II, 18 maggio 2004, Destrehem c. Francia, dove si enuncia la violazione dell'art. 6, par. 3, C.e.d.u., in caso di diniego da parte del giudice alla richiesta dell'accusato di sentire in appello i testi difesa, procedendosi ugualmente alla riforma in senso peggiorativo della sentenza di proscioglimento in primo grado.

matrice costituzionale (art. 27, 2° comma, Cost.) e l'innovativo assunto codicistico relativo alla responsabilità (art. 533, 1° comma, c.p.p.) la Consulta ha ritenuto di dover ridurre la disciplina in questione ad uno scheletro normativo.

Eppure, non è solo l'europa a reclamare il cambio di rotta, ma sono anzitutto la struttura stessa del nostro ordinamento costituzionale e del nostro processo penale a pretendere, quantomeno, una lettura dell'istituto che non collida con il sistema nel suo complesso.

Contrariamente è destinato a riproporsi "il problema perenne della piena maturazione del processo accusatorio all'italiana, che accusatorio non può di certo essere considerato, almeno fino a quando l'appello rimane, tendenzialmente, solo cartolare, con l'integrazione probatoria relegata a livello di eccezione".²³⁷

²³⁷ Con le parole di A. GAITO, Op. ult. cit., p. 6.

Indice bibliografico:

- A.SCALFATI, L'esame sul merito nel giudizio di preliminare di revisione;
- APRATI, Giudizio abbreviato e imprevedibilità della rinnovazione istruttoria in appello, in Arch. Pen., 2013, n. 3;
- BALESTRINI, Giudizio abbreviato e rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, in Cass. pen., 2000;
- BARGI, La rinnovazione istruttoria in appello tra potere discrezionale del giudice e diritto alla prova, in Dir. pen. e proc.;
- BAVAGNOLI, C.E.D., Cass., 21 ottobre, 1993
- BELLAVISTA, Il principio dispositivo nel procedimento penale di impugnazione, in Studi sul processo penale, vol. II, 1960;
- BORRACCI, La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di appello tra revisio prioris instantiae e novum iudicium, in Cass. pen., 2011, n. 06;
- BORSAANI-CASORATI, Codice di procedura penale italiano,VI, Milano;
- C. FIORIO, La prova nuova nel processo penale, CEDAM, 2008;
- C.CESARINI, Dell'appello in penale, in Riv. Pen., 1878, IX;
- CALLARI, La revisione, la giustizia penale tra forma e sostanza, Giappichelli;
- CARNELUTTI, Verso la riforma del processo penale, Napoli, 1963;
- CARULLI, Il diritto di difesa dell'imputato, Napoli, 1967;
- CASORATI, Appello, in Dig. it., vol. IV, Torino, 1896;
- Cass. Roma, 30 aprile 1888, Paone, cit.;
- CHIAVARIO, Nel nuovo regime delle impugnazioni i limiti ed i mancati equilibri di una riforma, in Commento al nuovo codice di procedura penale, coordinato da Chiavario, VI, 1991;
- CHINNICI, Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo, Giappichelli, 2009;
- CHINNICI, Verso il "giusto processo" d'appello: se non ora quando?, in Arch. Pen., 2012, n. 3;
- CONSO – GREVI – NEPPI MODONA, Il nuovo codice di procedura penale – Dalle leggi delega ai decreti delegati; III, Padova, 1990;
- CORDERO, Procedura penale, Milano, 1995;
- F.SALUTO, Commenti al codice di procedura penale per il regno d'Italia, 2° ed., vol. IV, Torino, 1878;
- FASSONE, L'appello: un'ambiguità da sciogliere, in Quest. Giust., 1991;
- FERRUA, La difesa nel processo penale, Torino, 1988;
- FERRUA, voce Appello, e Appello nel diritto processuale, penale, Dig. Pen., I, Torino, 1987;
- FIORIO, Funzioni caratteristiche ed ipotesi del giudizio di appello.

- FOSCHINI, La "novità" della prova per l'ammissibilità della revisione;
- GAITO, Il ricorso per cassazione, in DOMINIONI, GAITO, CORSO, DEAN, GARUTI, MAZZA, Procedura penale, Torino, 2010;
- GAITO, Verso una crisi evolutiva del giudizio di appello, in Arch. Pen., 2012, n. 2;
- GALATI, Le impugnazioni, in SIRACUSANO-GALATI-TRANCHINA-ZAPPALÀ, Diritto processuale penale, Milano, 2006;
- GALLO, in riv. Pen., XXIII, 1886 Cass. Torino, 15 luglio 1885;
- GAROFALO, Criminologia, 2°ed., Torino, 1891;
- LATTANZI, Costretti dalla corte di Strasburgo, in Cass. pen., 2005;
- MANI, Rinnovazione istruttoria e giudizio di rinvio, in Arch. Pen., 2013, n. 3;
- MASSA C., Il principio dispositivo nel processo penale, in Riv. it. dir. e proc. pen. 1961;
- MASSA M., Contributo allo studio dell'appello nel processo penale, Milano, 1969;
- Mazzara - La rinnovazione del dibattimento in appello. CEDAM, 1995;
- MENNA, Il giudizio di appello, Napoli, 1995;
- MORTARA e ALTRI, Commento al codice di procedura penale, p.te I, vol. I;
- MOSCARINI, La contumacia dell'imputato, Milano, 1997;
- PERONI, Giusto processo e doppio grado di giurisdizione nel merito;
- PERONI, La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nel giudizio penale di secondo grado, Studium Juris, 199
- PERONI, Nuove deduzioni probatorie in fase di discussione finale: tra logica dei gravami e diritto alla prova, in Cass.pen., 1997;
- RAMAJOLI – Il giudizio abbreviato e la preclusione a disporre in grado di appello, la rinnovazione del dibattimento.
- ROSSI, Poteri del giudice limitati nel procedimento di ammissione probatoria, Dir. Pen. e processo, 1996.
- SEGALA, in Dir. pen. e proc., 2011, n. 10;
- SPANGHER, Reformatio in peius (divieto di), in Enc. dir., XXXIX, Milano, 1988;
- TRANCHINA, I soggetti, in AA.VV., Diritto processuale penale, I, Milano, 1994;
- ZAPPALÀ, Art. 603, in Commento al nuovo codice di procedura penal, UTET, 1989;

GIURISPRUDENZA:

- Cass, Sez. II, 17 giugno 2010
- Cass. n. 1075/1999
- Cass. n. 12459/1998
- Cass. n. 1576 del 22/10/1993
- Cass. n. 37285/2000
- Cass. n. 49587 del 2001
- Cass. n. 9151 del 28/6/1998
- Cass. pen. 1/3/1994
- Cass. pen. 15/5/1993
- Cass. pen. 16/2/1987

- Cass. pen. del 27/6/1995

- Cass. S.U. 13/12/1995

- Cass. S.U. 25/2/1998
- Cass. S.U., 11/2/1994 n. 2056
- Cass. sez V, 7 luglio 2003
- Cass. sez. V, 21 aprile 2010
- Cass. Sez. VI, 10 novembre 2005
- Cass., Sez. II, 4 novembre 2003
- Cass., 10/11/1995, n. 2268
- Cass., 13/6/2000, n.216171
- Cass., 18/11/1997
- Cass., 23/12/1997
- Cass., 9/11/1995, n. 1996
- Cass., Sez I, 22 Gennaio 2008
- Cass., sez II, 16 marzo 2005
- Cass., Sez VI, 16 ottobre 2008
- Cass., sez VI, 18 giugno 2003
- Cass., Sez. I, 10 gennaio 1995
- Cass., Sez. I, 14 ottobre 2010
- Cass., Sez. I, 16 aprile 2013
- Cass., Sez. I, 21 Febbraio 1994
- Cass., Sez. I, 23 maggio 2012
- Cass., Sez. I, 24 gennaio 2008
- Cass., Sez. I, 24 marzo 2004
- Cass., Sez. I, 28 Settembre 1993
- Cass., Sez. II, 15 maggio 2009
- Cass., Sez. II, 18 gennaio 2011
- Cass., Sez. II, 29 novembre 1999

- Cass., Sez. II, 13 luglio 2007
- Cass., sez. III, 10 gennaio 2003
- Cass., Sez. III, 13 febbraio 2003
- Cass., Sez. III, 13 Gennaio 2003
- Cass., Sez. III, 13 gennaio 2006
- Cass., Sez. III, 13 gennaio 2011
- Cass., Sez. III, 2 marzo 2004
- Cass., Sez. III, 21 Novembre 2001
- Cass., Sez. III, 21 ottobre 1993
- Cass., Sez. III, 23 maggio 2007
- Cass., Sez. III, 23 Maggio 2007
- Cass., Sez. III, 29 gennaio 2008
- Cass., Sez. III, 9 Novembre 2006
- Cass., Sez. III, 15 dicembre 2005
- Cass., Sez. IV, 17 maggio 2006
- Cass., Sez. IV, 19 febbraio 2004
- Cass., Sez. IV, 20 dicembre 2005
- Cass., Sez. un., 13 dicembre 1995
- Cass., Sez. V, 11 Novembre 2004
- Cass., Sez. V, 13 marzo, 2003
- Cass., sez. V, 20 gennaio 2005
- Cass., sez. V, 20 settembre 2005
- Cass., Sez. V, 22 settembre 2004
- Cass., Sez. V, 3 maggio 2013
- Cass., sez. V, 3 Ottobre 2000
- Cass., sez. V, 3 ottobre 2000
- Cass., Sez. V, 9 maggio 2006
- Cass., Sez. V, 18 gennaio 2011;
- Cass., Sez. VI 20 aprile 2005
- Cass., Sez. VI, 18 dicembre 2006
- Cass., sez. VI, 18 dicembre 2006
- Cass., Sez. VI, 2 dicembre 2002
- Cass., Sez. VI, 21 dicembre 1993

- Cass., Sez. VI, 25 marzo 2010
- Cass., Sez. VI, 26 giugno 2003
- Cass., Sez. VI, 27 Giugno 1995

- Cass., sez. VII, 10 gennaio 2003
- Cass., sez. VII, 10 gennaio 2003
- Cass., Sez., VI, 5 maggio 2004;
- Cass., Sez. IV, 14 novembre 2007
- Cass., Sezione II, 23 gennaio 2014
- Corte Cost. sent. n. 470/1991

- Corte cost., n. 317 del 2009
- Corte EDU, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia
- Corte EDU, 30 novembre 2000, Kwiatkowska c. Italia
- Corte EDU, 6 novembre 2007, Hany c. Italia
- Corte EDU, Colozza c. Italia del 12 febbraio 1985
- Corte EDU, Craxi c. Italia, 5 dicembre 2002
- Corte EDU, Gr. Cam., 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia
- Corte EDU, I, 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia
- Corte EDU, Moldoveanu c. Romania, 19 giugno 2012
- Corte EDU, Novoselov c. Russia, dell'8 luglio 2004
- Corte EDU, sentenza 9 settembre 1998, Dorigo c. Italia
- Corte EDU, Sez III, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania
- Corte EDU, Sez III, 9 aprile 2013, Flueraș c. Romania.
- Corte EDU, Sez. III, 5 luglio 2011, Dan contro Moldavia
- Corte EDU, Sez. III, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania
- Corte EDU, Sez. III, 9 aprile, Flueraș c. Romania
- Corte EDU, Somogyi c. Italia del 18.4.04

Vorrei cominciare ringraziando il Professor Grosso per la disponibilità e la gentilezza che lo contraddistinguono sempre dinanzi alle reiterate richieste di noi studenti, in particolare le mie. Grazie al Dottor Cricri, senza il quale non avrei mai potuto completare l'intero lavoro, grazie per la cortesia, la pazienza ed i preziosissimi consigli.

Grazie a tutti gli amici che mi sono stati vicini in questa piccolissima avventura, anche coloro i quali non hanno nemmeno la benchè minima idea di quale sia stato, nel concreto, il mio percorso universitario, ma che, senza particolari domande e pretese, hanno scelto di regalarmi affetto quotidiano e sincero. Grazie agli amici di una vita Matteo, Pierpaolo, Vincenzo, Giando, Federica. Grazie a chi, nell'ultimo periodo, ha coraggiosamente scelto di volermi stare vicino, come Franco, Giacomo, Claudio.

Grazie a Viola, senza la quale non avrei mai trovato la forza di finire in modo splendido ciò che avevo cominciato con difficoltà. Grazie per questi tre anni di amore incondizionato.

Ma questi ringraziamenti devono necessariamente concludersi dalle quattro persone che mi sopportano ogni giorno ed ogni ora, due di loro addirittura da ben venticinque anni, insegnandomi perfettamente cosa voglia dire amare qualcuno più di se stessi. Tutto ciò che ho fatto e potrò fare di buono è merito vostro. Grazie di tutto.

Francesco