**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO**
Facoltà di Giurisprudenza
Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

# IL GIUSTO PROCESSO DI APPELLO

## La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale tra giurisprudenza europea e ordinamento interno

Relatore:
Prof. Marcello Busetto

Laureanda:
Greta Dondi

Anno Accademico 2014/2015

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO**
Facoltà di Giurisprudenza
Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

# IL GIUSTO PROCESSO DI APPELLO

## La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale tra giurisprudenza europea e ordinamento interno

Relatore:
Prof. Marcello Busetto

Laureanda:
Greta Dondi

*Impugnazioni penali - Appello – rinnovazione istruttoria dibattimentale – giusto processo - principio di immediatezza*

Anno Accademico 2014/2015

*Ai miei genitori,*

*con profondo affetto, stima e riconoscenza*

“Sempre devi avere in mente Itaca -
raggiungerla sia il pensiero costante.
Soprattutto, non affrettare il viaggio;
fa che duri a lungo, per anni, e che da vecchio
metta piede sull’isola, tu, ricco
dei tesori accumulati per strada
senza aspettarti ricchezze da Itaca.
Itaca ti ha dato il bel viaggio,
senza di lei mai ti saresti messo
sulla strada: che cos’altro ti aspetti?

E se la trovi povera, non per questo Itaca ti avrà deluso.
Fatto ormai savio, con tutta la tua esperienza addosso
già tu avrai capito ciò che Itaca vuole significare”

C. Kavafis

SOMMARIO

INTRODUZIONE ..... 1

CAPITOLO I. LA RINNOVAZIONE DELL'ISTRUZIONE DIBATTIMENTALE IN APPELLO NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO ..... 5

PARTE I. L'APPELLO NEL CODICE VASSALLI ..... 5

1.1.1. Premessa ..... 5
1.1.2. Modelli processuali a confronto ..... 6
1.1.3. La scelta "tendenzialmente" accusatoria del legislatore del 1988 e il "conservatorismo" nel regime delle impugnazioni ..... 9
1.1.4. Il processo di appello tra spinte abolizioniste e istanze conservatrici ..... 12
1.1.5. Il tentativo di riforma della legge "Pecorella" e il "ritorno al passato" ..... 13
1.1.6. I tratti essenziali dell'appello: uno strumento ibrido ..... 18

PARTE II. I PRINCIPI DEL "GIUSTO PROCESSO" IN MATERIA PENALE ..... 24

1.2.1. Verso la modifica dell'art. 111 della Costituzione ..... 24
1.2.2. Il processo penale secondo il novellato articolo 111 della Costituzione: "il principio del contraddittorio nella formazione della prova" ..... 32
1.2.3. Le eccezioni al contraddittorio nella formazione della prova ..... 36
1.2.4. Il principio di oralità-immediatezza ..... 39
1.2.5. Il principio di oralità-immediatezza e di ragionevole durata del processo: due valori inconciliabili? ..... 42
1.2.6. Il "giusto processo" tra principio di legalità e diritto convenzionale ..... 44

PARTE III. LA RINNOVAZIONE DELL'ISTRUTTORIA DIBATTIMENTALE NELL'ART. 603 C.P.P. ..... 47

1.3.1. L'art. 603 c.p.p. ..... 47
1.3.2 Il concetto di *"novum"* nel primo e nel secondo comma dell'art. 603 c.p.p. 51
1.3.3. Il parametro di ammissibilità dell'attività istruttoria : l'impossibilità di decidere allo stato degli atti ..... 54
1.3.4. I poteri officiosi del giudice di appello e la " assoluta necessità" ..... 56
1.3.5. Il "tramonto" della contumacia e l'abrogazione dell'art. 603, comma 4, c.p.p. ..... 58

CAPITOLO II. IL GIUSTO PROCESSO DI APPELLO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO ..... 61

PARTE I BREVE DIGRESSIONE SUL RUOLO DELLA CEDU NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO ..... 61

2.1.1. Premessa ..... 61
2.1.2. La Convenzione europea nel panorama internazionale: la genesi di un sistema giuridico sovrastatuale ..... 63
2.1.3 Il ricorso individuale alla Corte EDU come strumento di tutela dei diritti fondamentali ..... 65
2.1.4 L'adeguamento "preventivo" al sistema convenzionale: il rango della CEDU nella gerarchia delle fonti ..... 66
2.1.5. La Corte Costituzionale dopo le "sentenze gemelle": le "barriere" al diritto di Strasburgo ..... 71
2.1.6. I più recenti approdi della Corte costituzionale ..... 75
2.1.7. La giurisprudenza europea tra principi generali e soluzione del caso concreto. Le sentenze di condanna emesse nei confronti di altri Stati ..... 80
2.1.8. L'adeguamento "successivo" alle sentenze di Strasburgo per violazione dell'equità processuale: la cd. revisione europea ..... 84

PARTE II. IL *FAIR TRIAL* NEL PROCESSO PENALE DI SECONDA ISTANZA NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO ..... 90

2.2.1. Il *case- law* della Corte europea ..... 90
2.2.2. L'art. 6 della CEDU e la sua applicazione ai giudizi di impugnazione ..... 91
2.2.3. Il diritto a una *public hearing* nel caso Ekbatani c. Svezia ..... 95
2.2.4. I "general principles in the Court's case – law" ..... 99
2.2.5. Il caso Hanu c. Romania ..... 103
2.2.6. Il criterio della *main evidence* nella sentenza Dan c. Moldavia ..... 105
2.2.7 Il caso Arnarsson c. Islanda e la complessità del quadro probatorio ..... 108
2.2.8. Il caso Manolachi c. Romania ..... 110
2.2.9. La motivazione in sede di vaglio preliminare sull'ammissibilità della prova : Il caso Adbulgadirov c. Azerbaigian ..... 111
2.2.10. L'elaborazione convenzionale del principio di immediatezza: un confronto con l'ordinamento interno ..... 114

CAPITOLO III. IL RECEPIMENTO DEI PRINCIPI CONVENZIONALI NELL'ORDINAMENTO INTERNO FRA INTERPRETAZIONE CONVENZIONALMENTE ORIENTATA DELL'ART. 603 C.P.P. E PROSPETTIVE DI RIFORMA ..... 121

PARTE I. I PRINCIPI CONVENZIONALI IN TEMA DI *FAIR TRIAL* IN APPELLO AL VAGLIO DELLA CORTE DI CASSAZIONE ..... 121

3.1.1. Premessa ..... 121
3.1.2. La condanna per la prima volta in appello : la teoria della "motivazione rafforzata" ..... 123
3.1.3. La Corte di cassazione tra istanze sovranazionali e resistenze nazionalistiche ..... 128
3.1.4. La rilettura del caso Dan c. Moldavia e la sua applicazione alle fattispecie interne ..... 129
3.1.5. L'applicabilità dei principi convenzionali alla riforma della sentenza assolutoria ..... 134
3.1.6. La compatibilità della disciplina dell'art. 603 c.p.p. con l'art. 6 della CEDU ..... 136
3.1.7. L'applicazione dei principi convenzionali al giudizio abbreviato di appello ..... 138
3.1.8. Il regime di rilevabilità della violazione del diritto alla rinnovazione della prova in Cassazione ..... 140

PARTE II. UNA RIFLESSIONE CRITICA SUL RECEPIMENTO DEI PRINCIPI CONVENZIONALI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE ..... 145

3.2.1. Un'adesione solo formale ai canoni di Strasburgo ..... 145
3.2.2. La decisività della prova ..... 149
3.2.3. La rivalutazione di attendibilità intrinseca del testimone ..... 151
3.2.4. Un bilancio complessivo ..... 153

PARTE III. RIFLESSIONI CONCLUSIVE ..... 155

3.3.1. Considerazioni *de iure condito*, nel solco dell'interpretazione "convenzionalmente conforme" ..... 155
3.3.2. Prospettive *de iure condendo*: un recente disegno di legge ..... 160

BIBLIOGRAFIA ..... 165

# INTRODUZIONE

Il secondo grado di giudizio rappresenta uno snodo processuale destinato a giocare un ruolo di fondamentale importanza per assicurare una decisione "giusta" in tempi ragionevoli. Mentre il fulcro del procedimento penale è tradizionalmente individuato nel processo di primo grado, che rappresenta il referente di ogni riflessione epistemica e il momento privilegiato di esercizio dei diritti individuali costituzionalmente garantiti, il processo di appello, pensato come strumento di controllo su di un accertamento che si è già pienamente dispiegato, è collocato in un "dopo" dai contorni incerti in cui il problema del metodo scompare e i diritti individuali trovano una tutela affievolita.

La presente riflessione muove dalla convinzione che anche rispetto all'appello penale, configurato nel nostro ordinamento come un secondo grado di merito, all'esito del quale si prospetta la possibilità di una riforma – anche integrale – della decisione impugnata, l'interprete sia chiamato ad interrogarsi sulla sua coerenza sistematica all'interno dell'ordinamento processuale, conservando la stessa profondità e il rigore nell'analisi che anima il dibattito sul primo grado di giudizio.

Per queste ragioni si è scelto di condurre una riflessione critica che abbia ad oggetto il processo penale di seconda istanza, prestando particolare attenzione all'istituto della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, momento centrale deputato all'esercizio del diritto alla prova in appello. Il legislatore ha dedicato al tema una sola disposizione, l'art. 603 c.p.p., il quale, pur contenendo fattispecie tra loro eterogenee, appare complessivamente congegnato in termini residuali. L'interpretazione maggioritaria della dottrina e della giurisprudenza è infatti assestata su tale assunto, vige la presunzione che l'indagine probatoria si sia già compiutamente dispiegata davanti al giudice di prime cure, per cui la rinnovazione dell'istruttoria in appello sarebbe consentita solo laddove tale presunzione di completezza ceda di fronte all'impossibilità di decidere allo stato degli atti, dove cioè sia assolutamente necessaria ai fini del decidere. Tale assetto interpretativo, che relega nell'ambito dell'eccezionalità la formazione della prova davanti al giudice di appello, avvallando un secondo giudizio "cartolare", in cui il decidente attinge a un "materiale preconfezionato", diviene indice di incoerenza sistematica all'interno del nostro ordinamento.

Il primo riferimento irrinunciabile, si crede, per vagliare la conformità della disciplina codicistica è costituito dai principi costituzionali che innervano il "giusto processo". L'art. 111 della Costituzione configura infatti il contraddittorio come garanzia oggettiva, condizione di regolarità del processo, valorizzandone l'attitudine euristica. Come si concilia con lo statuto epistemologico costituzionale un giudizio di appello modulato sul paradigma del contraddittorio debole? In altri termini, può dirsi "giusta" secondo quelli che sono i criteri previsti dal nostro legislatore una decisione

alla cui base sono posti i materiali probatori che si sono formati davanti al giudice di prime cure?

La difficile giustificazione dal punto di vista sistematico ed epistemologico del secondo grado di giudizio ha fatto sì che alcune voci dottrinali si levassero a favore di una sua abolizione; tuttavia l'appello ha mostrato negli ultimi anni una straordinaria capacità di sopravvivenza, indice della difficoltà di rinunciare all'idea di un rimedio contro la fallibilità umana.

Se infatti dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione il rispetto delle forme prescelte dal legislatore, vale a dire il metodo del contraddittorio nella formazione della prova, è garanzia per l'accettabilità degli esiti come giusti, resta un quesito primordiale: la forza euristica del metodo utilizzato è a tal punto affidabile da neutralizzare il bisogno di esercitare un controllo sulla prima decisione? Semmai, partendo da questa condivisibile preoccupazione, più che alla sua abolizione, la riflessione deve spostarsi sulla struttura del giudizio di appello e sul ruolo che esso gioca nell'attuazione delle garanzie costituzionali.

L'apertura al sistema convenzionale, avviata a partire dalle sentenze gemelle del 2007, sta peraltro mutando il modo di intendere il processo penale, tradizionalmente oggetto del monopolio statuale; il giusto processo allora non è più solo quello delineato nella nostra Carta costituzionale, ma diviene anche il *fair trial* previsto dall'art. 6 della CEDU, così come esso "vive" nell'interpretazione della Corte europea. È proprio per effetto di una serie di pronunce provenienti da Strasburgo che il tema torna al centro del dibattito, soprattutto giurisprudenziale, sollevando dubbi circa la coerenza sistematica della disciplina codicistica in tema di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale rispetto ai canoni di *fairness* processuale.

Nel presente lavoro, pur nella consapevolezza della difficoltà di ricondurre a sistema un diritto di matrice giurisprudenziale, si cercherà, attraverso un'attenta lettura delle principali pronunce in materia, di ricostruire quello che è stato efficacemente definito "lo statuto convenzionale" in tema di rinnovazione della prova in appello. Servendosi di un approccio casistico che ha ad oggetto il procedimento penale globalmente inteso, i giudici di Strasburgo elaborano una nozione convenzionale di immediatezza, plasmata sulla dimensione soggettiva e finalizzata a riaffermare le garanzie minime di un processo rispettoso dei diritti delle parti.

Se quindi il dibattito domestico aveva tradizionalmente criticato l'appello sul versante epistemologico, evidenziando l'inadeguatezza di un giudizio meramente cartolare rispetto al metodo di conoscenza giudiziale, l'incontro con il diritto convenzionale cambia, almeno in parte, la prospettiva, illuminando la dimensione soggettiva. Secondo il punto di vista di Strasburgo l'immediatezza in grado di appello non è tanto condizione imprescindibile per un corretto accertamento giudiziale, ma è in primo luogo il mezzo per consentire l'esercizio del diritto di difesa dell'imputato, in

particolare del diritto a confrontarsi con l'accusa davanti al giudice chiamato per ultimo a decidere sulla sua colpevolezza.

La copiosa produzione giurisprudenziale proveniente da Strasburgo bussa peraltro prepotentemente alle porte del nostro ordinamento, soprattutto delle Corte superiori, alimentando l'insofferenza nei confronti di un secondo grado di giudizio sempre più difficilmente giustificabile alla luce dei principi costituzionali e convenzionali. I giudici nazionali sono stati ripetutamente chiamati a vagliare la compatibilità della disciplina di cui all'art. 603 c.p.p. con i criteri ricavabili dal *case-law* europeo, per questa via instaurando un dialogo tra Corti nazionali e sovranazionali, non sempre pacifico, che sta ridefinendo per via giurisprudenziale il diritto alla rinnovazione dell'istruttoria in appello.

Nel processo di recepimento del diritto di Strasburgo ha assunto un ruolo da protagonista la Corte di cassazione la quale, a un'adesione formale e dichiarata alle istanze sovranazionali, ha contrapposto diverse resistenze in fase di attuazione concreta, di fatto devitalizzando lo statuto convenzionale in tema di rinnovazione della prova in appello. Seguendo la strada di una lettura restrittiva e non sempre rispettosa del diritto della Corte europea, i giudici di legittimità hanno escluso che la disciplina di cui all'art. 603 c.p.p. sia affetta da carenze strutturali, risultando pertanto perfettamente compatibile con l'art. 6 della CEDU.

Lo stato attuale degli approdi giurisprudenziali lascia peraltro inalterato lo iato tra i due ordinamenti: la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale continua ad essere graniticamente concepita in termini di eccezionalità. Una parte della dottrina si è allora interrogata sulla possibilità di "forzare le maglie" dell'art. 603 c.p.p. proponendone, *de iure condito*, un'interpretazione di carattere estensivo, diretta a recepire più autenticamente i principi convenzionali. Ci si chiede tuttavia se, allargare le ipotesi di rinnovazione dell'istruttoria, proiettando l'appello verso un nuovo giudizio, sia la soluzione migliore da un punto di vista sistematico e della durata dei processi.

Alla luce di queste considerazioni, diverse voci dottrinali auspicano una riforma del giudizio di appello, che sia in grado, finalmente, di renderlo uno strumento in linea con i dettami costituzionali e convenzionali. *De iure condendo*, alcuni cenni vengono infine riservati al d.d.l. governativo attualmente sottoposto al vaglio della Camera, il quale contiene una proposta di riforma del delicatissimo nodo delle impugnazioni penali.

# CAPITOLO I

# LA RINNOVAZIONE DELL'ISTRUZIONE DIBATTIMENTALE IN APPELLO NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

## PARTE I

## L'appello nel codice Vassalli

### 1.1.1. Premessa

Un'indagine che si prefigge di effettuare una riflessione critica della disciplina vigente in tema di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale non può prescindere da un'analisi, seppur senza pretesa di completezza, del contesto di riferimento in cui l'art. 603 c.p.p. si inserisce: il processo di appello.

Non vi è dubbio che il secondo grado di giudizio costituisca un importante snodo del procedimento penale, che da sempre attrae critiche da più parti della dottrina ma del quale non si è, fino ad ora, riusciti a fare a meno. Il Ministro Alfredo Rocco nella Relazione preliminare al codice del '30 cosi scrive: "dell'appello tutti dicono male e tutti lo vorrebbero conservare. (…) Non è facile eliminarlo, perché vi si oppongono radicalissimi pregiudizi, mentre più consigliabile è regolarlo diversamente, perché, se in materia civile esso funziona male, in materia penale oggi funziona malissimo". Uno strumento quindi difficile da giustificare dal punto di vista sistematico ed epistemologico, nel passato come oggi, e problematico in quanto si colloca a valle di un giudizio di primo grado, che si è già pienamente dispiegato e che pesa come una "spada di Damocle" sullo svolgimento del giudizio di appello. La sua collocazione cronologicamente posteriore al primo grado non giustifica tuttavia la compressione dei diritti dell'imputato che devono trovare pieno riconoscimento e soddisfacimento anche in appello, che nel nostro ordinamento è configurato come un giudizio di merito, all'esito del quale viene emanata una sentenza che si sostituisce alla precedente. L'opzione accusatoria, cui il legislatore informa il nuovo codice di procedura penale del 1988, è apparsa alla dottrina un'operazione incompiuta: il giudizio di appello, ancorato alla tradizione di matrice inquisitoria, resta una "terra di mezzo"[1] dai confini incerti tra

[1] M. DEGANELLO, *Ripensare al grado di appello nel processo penale: osservazioni a margine di recenti disegni di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen*, 2010, pag. 633

un primo grado informato al principio del contraddittorio nella formazione della prova e un sindacato di legittimità. Tale disagio fu avvertito con maggiore acutezza con la modifica dell'art. 111 della Costituzione, che detta i criteri del "giusto processo"; il momento di maggiore distonia venne individuato nella possibilità per il giudice di appello, che non ha assistito alla formazione della prova, di capovolgere la sentenza pronunciata in primo grado, cui il giudice era addivenuto seguendo il canone epistemologico accreditato nella Carta costituzionale. Da tale consapevolezza scaturì un intervento legislativo particolaristico, che si tradusse nell'interdizione per il pubblico ministero della possibilità di appellare le sentenze di assoluzione. La riforma del 2006, sulla quale si avrà modo di tornare nel proseguo, si rivelò un fallimento e fu sconfessata dai giudici di legittimità. Il processo di appello, quindi, necessita di un ripensamento di carattere sistematico, che tenga conto dello spazio che esso occupa nello svolgimento del procedimento penale, informato al canone del contraddittorio nel momento di formazione della prova.

### 1.1.2. Modelli processuali a confronto

I sistemi processualpenalistici possono essere idealmente ricondotti a due archetipi che si sono succeduti nel corso della storia: il paradigma inquisitorio e quello accusatorio. Essi costituiscono il riflesso, in ambito giuridico, della valorizzazione a livello politico[2] rispettivamente del principio di autorità e del principio di libertà[3]. Tali modelli si delineano per contrapposizione reciproca; tuttavia, "l'uno e l'altro rappresentano tipi ideali, collocati agli estremi di un territorio all'interno del quale possono combinarsi secondo modalità differenti, in relazione a numerose variabili"[4]. In concreto, infatti, sono esistiti ordinamenti che hanno accolto alcuni aspetti salienti del paradigma accusatorio e inquisitorio, presentando di regola un'opzione di fondo a

[2] In questo senso F. NUZZO, *L'appello nel processo penale*, Milano, 2008, p. 25, secondo il quale: " in prospettiva storica, la legge del processo penale e il modo di applicarla risentono indubbiamente del tipo di struttura politico-statale e dello scopo attribuito al processo stesso"

[3] Nel senso che il sistema inquisitorio e accusatorio rispondono a principi differenti F. NUZZO, *L'appello nel processo penale*, cit., p. 25, secondo il quale tali modelli rispondono rispettivamente al binomio "efficienza" o "garanzia": "efficienza nel senso di idoneità dello strumento processuale a reprimere la violazione della legge penale", "garanzia, intesa come tutela dei diritti individuali che dal funzionamento di quello strumento sono attinti"; P. TONINI, *L'attuazione del contraddittorio nell'esame di imputati e testimoni*, in Cass. Pen, 2001 n. 353, pag. 5, secondo il quale: "all'origine logica della distinzione tra sistema inquisitorio ed accusatorio sta la fondamentale contrapposizione tra principio di autorità e principio dialettico. Da tale impostazione derivano tutte le altre caratteristiche"; S. SOTTANI, *Un sistema in trasformazione*, in *Le impugnazioni penali*, Trattato diretto da A. GAITO, Torino, 1998, p. 32 ritiene che i due sistemi siano il frutto di differenti ideologie: "una tendenza autoritaria privilegia la voglia di certezze processuali mentre quella liberale, più attenta alle garanzie individuali, preferisce espandere al massimo grado la tensione dialettica nell'accertamento della verità"

[4] G. ILLUMINATI, voce *Accusatorio e inquisitorio (sistema*), in *Enc. Giur. Treccani*, vol. I, 1998, p.1

favore dell'uno o dell'altro, apportando dei correttivi e dei temperamenti che hanno dato vita, di fatto, a sistemi "misti".

Il paradigma inquisitorio è espressione di una concezione autoritaria e gerarchica dello Stato all'interno della quale l'esigenza primaria a cui deve rispondere il processo penale è la ricerca della verità. Tale obiettivo viene perseguito mediante l'accentramento dei poteri in capo a un unico soggetto al quale spetta la ricerca, l'ammissione, l'assunzione e la valutazione della prova, cumulando quindi le funzioni di giudice, di accusatore e di difensore dell'imputato. Nel modello inquisitorio l'aspetto di rilievo è il risultato da raggiungere, l'asserita verità, per cui il "problema del metodo", attraverso il quale si addiviene a una pronuncia sulla colpevolezza o innocenza dell'imputato, assume carattere secondario. Di conseguenza la ricerca delle fonti di prova può avvenire "in solitaria" da parte dell'organo inquirente, senza che vi sia la necessità di confrontare la sua ricostruzione della verità con gli apporti della difesa e dell'accusa. La segretezza costituisce uno dei tratti tipici del processo, in cui manca una fase dibattimentale intesa come momento di confronto dialettico tra le parti, alla presenza del decidente. Il principio di oralità - immediatezza viene mortificato nel modello inquisitorio, il materiale sul quale è basata la decisione consiste infatti nell'insieme degli atti scritti, formati durante la fase istruttoria; si realizza una dissociazione tra il momento di acquisizione e quello di valutazione della prova, l'attendibilità del dichiarante è già stata valutata dall'inquisitore, per cui non si pone il problema di riascoltare il testimone davanti al decidente, instaurando un rapporto dialettico con le parti processuali. La redazione dei verbali, contenenti l'attività di indagine, costituisce il mezzo per consentire all'organo gerarchicamente superiore di esercitare i suoi poteri di controllo: "la decisione giusta è per definizione quella emessa dall'organo posto al vertice della gerarchia"; "non vi è quindi dubbio che il più appariscente caratteri dei sistemi inquisitori - la scrittura - è perfettamente congeniale a una distribuzione gerarchica del potere giudiziario"[5] . L'aspetto che più rilevante per la tematica affrontata nel presente contributo, riguarda lo spazio che viene riconosciuto alle impugnazioni in tale sistema processuale. Un'articolazione gerarchica degli uffici giudiziari realizza pienamente la logica del controllo, per cui il grado di appello, affidato a giudici superiori rispetto a quelli di primo grado, rappresenta la naturale prosecuzione dell'iter processuale, nella quale l'imputato può ottenere un riesame nel merito della controversia e una nuova statuizione circa la sua colpevolezza. Questa proiezione fisiologicamente orientata ai gradi di giudizio successivi al primo rispecchia una tendenziale diffidenza nei confronti dell'accertamento operato dai giudici di prime cure: è la "debolezza" del metodo che rafforza la necessità di un controllo da parte di un giudice gerarchicamente sovraordinato. Nel sistema inquisitorio, "il gravame è considerato "parte del tutto": l'accertamento della verità si snoda lungo più tappe, in

[5] G. NEPPI MODONA, *Processo accusatorio e tradizioni giuridiche continentali*, in *Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero*, a cura di CHIAVARIO, Milano, 1991, p. 264

particolare il secondo rito è concepito come una sorta di camera di compensazione delle prerogative dell'imputato, che, in seconda battuta, può recuperare la sua voce (meglio, flatus vocis), sebbene il contegno quanto ad attitudine euristiche e a garanzie effettive non è meno angusto del primo"[6].

Nel modello che idealmente vi si contrappone, quello accusatorio, il baricentro si sposta dall'accentramento dei poteri in capo a un unico soggetto alla collaborazione dialettica delle parti, le quali concorrono, in condizioni di parità, alla formazione del convincimento del giudice. All'attivismo dell'organo inquisitore, fautore della ricostruzione dei fatti, si sostituisce un giudice, terzo e imparziale, chiamato a decidere sulla base delle prove prodotte dalle parti. Alla segretezza del processo, il modello accusatorio contrappone un dibattimento pubblico, informato al principio del contraddittorio nel momento di formazione del materiale che il giudice porrà alla base del proprio convincimento. L'istituto che meglio connota la contrapposizione dialettica, che informa il dibattimento, è l'esame incrociato, nel corso del quale i poteri di iniziativa sono distribuiti in modo da consentire all'accusa e alla difesa di apportare il loro contributo alla ricostruzione dei fatti, dinanzi al giudicante, destinatario dell'attività delle parti e dotato di poteri di controllo. Nel sistema accusatorio, dunque, l'esito decisorio "non deriva da una passiva recezione delle risultanze istruttorie da parte del giudice, ma da un'attiva partecipazione di tutti i soggetti processuali che intervengono con la loro personalità e da diverse prospettive in ogni momento dello sviluppo procedimentale, influenzandone inevitabilmente il corso"[7]. Il contraddittorio risponde a due fondamentali esigenze in questo modello processuale: secondo una prospettiva "soggettiva" è garanzia di tutela per l'imputato, il quale concorre alla ricostruzione dei fatti, davanti al giudice chiamato a decidere sulla sua colpevolezza; secondo una ricostruzione in senso "oggettivo", "il contraddittorio dibattimentale, che non può prescindere dal carattere dell'oralità, si delinea con la fisionomia di metodo – il miglior metodo possibile – per la conoscenza, ossia per la ricerca della verità giudiziale"[8]. Una volta che tale metodo è stato prescelto dal legislatore, in quanto si concretizza in una serie di garanzie per le parti processuali, che concorrono in condizioni di parità alla ricostruzione dei fatti, la decisione alla quale si perviene si presume "giusta"; per queste ragioni nel sistemi processuali di stampo accusatorio i mezzi di impugnazione trovano uno spazio limitato[9], infatti "la centralità dell'accertamento probatorio di primo grado fa

[6] D. CHINNICI, *Verso un "giusto processo" di appello: se non ora, quando?,* in *Arch. pen.*, 2012, n. 3, p. 4
[7] G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, p. 93
[8] D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, p. 4
[9] Secondo G. SPANGHER, *Per una ridefinizione dei poteri del giudice penale d'appello*, in *Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni*, a cura di S. MANNUZZU – R. SESTINI, Roma, 1992, pag. 130, "in un sistema di tipo accusatorio il ricorso alle impugnazioni dovrebbe configurarsi come eccezionale. (…) va sottolineato come i sistemi a sfondo inquisitorio trasferiscano proprio nelle successive fasi – attraverso la reiterazione dei controlli – quelle garanzie che vengono, se non negate, certo compresse nelle fasi precedenti. All'opposto i sistemi a sfondo accusatorio proprio per il riconoscimento di diffusi diritti in capo alle parti nello sviluppo della vicenda processuale tendono a limitare le ipotesi di controllo sulle

sì che il controllo da parte di un giudice superiore non possa che essere eccezionale e straordinario, limitato agli errori più gravi e appariscenti, che legittimano l'annullamento della sentenza impugnata e la ripetizione del giudizio davanti all'organo di prima istanza, unico responsabile della decisione di merito"[10].

### 1.1.3. La scelta "tendenzialmente" accusatoria del legislatore del 1988 e il "conservatorismo" nel regime delle impugnazioni

Il legislatore del 1988 ha accolto un sistema processuale in contrapposizione allo spirito inquisitorio che caratterizzava il codice del 1930. Secondo l'impostazione della legge delega[11], infatti, il nuovo codice di procedura penale avrebbe dovuto attuare i caratteri del sistema accusatorio secondo i criteri della "massima semplificazione nello svolgimento del processo", "adozione del metodo orale" e "partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento". L'intento di plasmare il procedimento penale secondo il principio del contraddittorio si è arrestato tuttavia all'esito del primo grado di giudizio: solo le direttive n. 90-94 della legge delega erano dedicate all'appello, a conferma della volontà legislativa di non intervenire in maniera incisiva sulla struttura delle impugnazioni. Tale progetto riformatore si è tradotto in un'evidente contraddizione, che ha inciso pesantemente sulla funzionalità del nuovo processo; contraddizione che si realizza "tra il modo di formazione della prova in dibattimento, per iniziativa e contraddittorio tra accusa e difesa, e il mantenimento del sistema tradizionale dei mezzi di impugnazione, basati sul costante controllo del giudice superiore nei confronti del giudice inferiore"[12]. Come autorevole dottrina non ha mancato di rilevare, "dei libri del nuovo codice di procedura penale, quello sulle impugnazioni è sicuramente uno dei più idonei – se non, forse, il più idoneo in assoluto - ad una piana consultazione da parte del lettore abituato al vecchio modello processuale"[13].

Le ragioni che fanno dell'appello uno strumento di difficile collocazione sistematica, infatti, possono essere rinvenute, almeno in parte, nella acritica trasposizione della disciplina delle impugnazioni dal codice previgente a quello attuale. Nel sistema processuale del '30, di stampo inquisitorio, le prove venivano assunte dal giudice istruttore, nel corso dell'istruzione formale e dal pubblico ministero,

---

decisioni che potrebbero subire più accentuati ridimensionamenti con la progressione del rito verso lo schema accusatorio"

[10] F. NUZZO, *L'appello nel processo penale*, cit., p. 27

[11] Legge delega n. 81 del 1987, art. 2

[12] F. NUZZO, *L'appello nel processo penale*, cit., pag. 27

[13] M. CHIAVARIO, Nel *nuovo regine delle impugnazioni i limiti e i mancato equilibri di una riforma,* in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1989, p. 3

nell'istruzione sommaria senza il contributo della difesa. Nel corso del dibattimento di primo grado, una vera e propria attività di assunzione della prova veniva sostituita dalla prassi del "dar per letto" che consentiva agli atti assunti nella fase istruttoria di entrare a far parte della piattaforma a cui il giudice attingeva per la formazione del proprio convincimento. In questo modello processuale, in cui i "fabbricatori della verità" erano il giudice istruttore e il pubblico ministero e il cui obiettivo era ricomporre quanto accaduto, come se il fatto potesse essere autenticamente recuperato in sede processuale, le garanzie dell'imputato rivestivano un piano secondario e il "dibattimento non era pertanto il luogo del dialogo per la verità, ma la scena per l'esercizio retorico di copioni già scritti, dietro le quinte nei camerini dell'istruzione"[14]. L'appello diveniva in questo sistema il luogo di naturale prosecuzione del processo, il momento in cui l'imputato, che aveva partecipato solo marginalmente alla ricostruzione dei fatti, aveva la *chance* di lamentare i vizi della sentenza impugnata, chiedendo al giudice di seconda istanza un controllo appunto sulla correttezza dell'operato dei giudici di prime cure.

In questa logica si inserisce pienamente uno strumento congegnato come *revisio prioris istantie* ed in effetti è stata questa l'interpretazione prevalente da parte di dottrina e giurisprudenza. Secondo i commentatori, infatti, "è proprio la logica peculiare del procedimento di appello a rifiutare l'estensione dei principi del processo di primo grado, i quali non possono avervi che un'apparente, formale attuazione perfino nei casi in cui in appello il dibattimento viene interamente rinnovato"[15]. Stando a questa ricostruzione il giudizio di seconda istanza "si contraddistingue per essere, per definizione, un giudizio mediato, mediato appunto dal procedimento di primo grado"[16]; l'appello avrebbe quindi un "codice genetico" peculiare e risponderebbe a finalità proprie che consistono nell'effettuare un vaglio di correttezza sulla valutazione che si è già compiutamente dispiegata.

Se un tale assetto poteva essere compreso nel sistema previgente, l'appello diviene nel sistema attuale un elemento distonico e di difficile armonizzazione con la scelta di stampo tendenzialmente accusatorio operata dal legislatore nel 1988 e, a maggior ragione, con l'accoglimento nell'art. 111 della Costituzione dei principi del giusto processo. L'attuale sistema processuale individua nel dibattimento il luogo privilegiato di formazione della prova; regola principale dell'impianto accusatorio è, infatti, l'irrilevanza degli atti assunti nelle fasi antecedenti al giudizio che confluiscono nel fascicolo del pubblico ministero e restano sconosciuti al giudice. Al contraddittorio "sulla prova" del codice del '30, il legislatore sostituiva un contraddittorio "per la prova" che si formava attraverso il contributo dialettico delle parti. L'istruzione dibattimentale, fulcro del giudizio di primo grado, diveniva il momento in cui si formava il materiale probatorio che per la forma e per il contesto in cui era stato

[14] D. CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Torino, 2009, p. 60
[15] M. MASSA, *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale*, Milano, 1969, p. 19
[16] M. MASSA, *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale*, cit., p. 20

acquisito, poteva essere legittimamente posto alla base del convincimento del giudice. Nonostante il tentativo di sconfessare i principi cardine del sistema accusatorio, riproponendo una svolta inquisitoria, principalmente a opera della Corte Costituzionale[17], il metodo dialettico risulta ora cristallizzato nell'art. 111 della Costituzione. Al comma 4 si legge che "il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova"[18] e tale criterio diviene l'unico attendibile e idoneo ad addivenire alla costruzione della verità processuale. Se il metodo del contraddittorio rappresenta il *quid* costitutivo del giusto processo, non pare che tale indicazione possa trovare attuazione solo nel giudizio di primo grado ed essere sconfessata nel giudizio di appello, essenzialmente condotto *ex actis*, tanto più che l'attività valutativa del secondo giudice può incidere in via definitiva sui diritti di libertà dell'imputato. La scelta legislativa non ha lasciato indifferenti i commentatori, i quali "hanno subito posto l'accento sull'originalità del sistema "misto" anche dal punto di vista della disomogeneità culturale che, da un lato, plasmava in senso marcatamente accusatorio il dibattimento di primo grado, e, dall'altro, continuava a tenere legata alla tradizione inquisitoria la disciplina positiva dell'appello"[19].

Come la dottrina più attenta ha rilevato, infatti, "il doppio grado di giurisdizione, modulato su un giudizio di appello ibrido, che fonde e confonde controllo e valutazione del merito, sconfessa il principio del contraddittorio per la prova, di fatto neutralizzandolo, perché attribuisce maggiore dignità gnoseologica ad un giudizio cartolare, su atti già formati da un altro giudice, in distonia con il *quid* connotativo del giusto processo"[20]. Alla luce di queste considerazioni, il ripensamento del processo di seconda istanza non pare più differibile, tenuto conto che esso costituisce uno dei momenti fondamentali per l'attuazione delle garanzie di chi è sottoposto a processo penale; come vedremo, la scarna disciplina codicistica in tema di rinnovazione istruttoria di cui all'art. 603 c.p.p. ne costituisce il nervo scoperto, momento in cui dovrebbe trovare piena attuazione il diritto dell'imputato di difendersi provando, mettendo il giudice di appello nelle condizioni di dialogare con le parti e di addivenire a una pronuncia di merito rispettosa dei dettami costituzionali.

[17] Secondo C. FIORIO, *L'appello*, in *Le impugnazioni penali*, Trattato diretto da A. GAITO, Torino, 1998, pag. 303 "le incalzanti interpolazioni dell'originario ordito normativo caratterizzanti il lustro 1992- 1997, di tutto possono far parlare meno che di accusatori età del procedimento. Anche qui solo accennando, è fuor di dubbio che il cd. principio di non dispersione dei mezzi di priva abbia drasticamente limitato il principio di oralità-immediatezza, relegandolo a mera eventualità". Tale aspetto sarà peraltro trattato nella parte II del capitolo

[18] Art. 111 co 3 Cost.

[19] H. BELLUTA, *Prospettive di riforma dell'appello penale: tra modifiche strutturali e microchirurgia normativa*, in M. BARGIS- H. BELLUTA, *Impugnazioni penali : assestamenti di sistema e prospettiva di riforma*, Torino, 2013, pag. 244

[20] D. CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, cit., p. 74

### 1.1.4. Il processo di appello tra spinte abolizioniste e istanze conservatrici

L'avvertita "ambiguità" del giudizio di appello conduce a una riflessione ciclica da parte della dottrina, divisa tra spinte abolizioniste e istanze conservatrici[21]. Le radici del dibattito sono antiche, come abbiamo visto infatti il secondo grado di giudizio era sentito come uno snodo problematico nello svolgimento del processo penale già durante i lavori preparatori del codice del 1930; il "codice Rocco" si limitò a constatare che, sebbene l'appello fosse espressione di una "concezione medievale della giustizia", alla sua abolizione ostavano "radicalissimi pregiudizi"[22]. Le posizioni abolizioniste non furono peraltro placate dal conservatorismo ossequioso alla tradizione che informava il codice di stampo inquisitorio, al contrario tali voci si levarono negli anni successivi e trovarono un "aggancio" nella Costituzione, il cui l'art. 111 non prende posizione esplicita su impugnazioni diverse dal ricorso in Cassazione. Un argomento adottato dai detrattori dell'appello era l'esigenza di contenere i tempi processuali; la critica era diretta allo svolgimento di un secondo giudizio di merito finalizzato a correggere gli errori in fatto commessi dal giudice di prime cure, in quanto questo compito poteva essere demandato allo strumento della revisione. Un altro argomento riguardava la possibilità che la fiducia dei cittadini nella corretta amministrazione della giustizia fosse minata da una sentenza di secondo grado di riforma; inoltre, lo svolgimento di un giudizio di secondo grado, a notevole distanza di tempo dall'accadimento dei fatti, veniva sentito come meno attendibile rispetto a un primo grado in cui il ricordo era, nelle menti dei testimoni, più vivo. Peraltro, con la scelta di stampo accusatorio fatta dal legislatore del 1988 e con la costituzionalizzazione del principio del contraddittorio nella formazione della prova, le critiche al giudizio di appello hanno acquistato una maggiore ampiezza e il "problema del metodo" ha assunto rilievo centrale. E' infatti una sentenza adottata a seguito di uno strumento epistemologico "debole" che necessita di essere controllata, proiettandosi fisiologicamente verso un nuovo esame sul merito, condotto da un'autorità gerarchicamente sovraordinata; "al contrario, l'accento posto sull'oralità è una chiara opzione epistemologica: se si concorda nel reputare il contraddittorio il metodo meno imperfetto per la gnoseologia giudiziaria, ogni successivo controllo deve semmai venir calibrato sulla mancanza o sulle imperfezioni del contraddittorio. Senza contare che la fiducia nel metodo non dovrebbe essere tradita attraverso l'adozione di criteri differenti, poiché inevitabilmente di caratura inferiore"[23]. Un vero e proprio punto di frizione è rappresentato dalla possibilità che una sentenza di

[21] Il presente contributo si avvale degli scritti di F. NUZZO, *L'appello nel processo penale*, cit., p. 32-40; H. BELLUTA, *L'appello: patologie croniche e acute*, in M. BARGIS- H. BELLUTA, *Impugnazioni penali : assestamenti di sistema e prospettiva di riforma*, Torino, 2013, pag. 229-233; H. BELLUTA, *Prospettive di riforma dell'appello penale,* cit., p. 235-246

[22] A. ROCCO, *Relazione al progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale*, Roma, 1929, p. 101

[23] H. BELLUTA, *Prospettive di riforma dell'appello penale*, cit., p. 244

assoluzione, formatasi nell'immediatezza del contraddittorio orale, venga sovvertita da un giudizio di appello condotto in maniera cartolare, in aperta contraddizione con i canoni epistemologici accolti dal nostro ordinamento costituzionale. Tali considerazioni hanno portato alla formazione di un filone dottrinale, culminato nella legge di riforma n. 46 del 2006, che riteneva l'appello da parte dell'imputato un diritto inviolabile, posto a presidio del diritto di difesa; diversamente, l'appello del pubblico ministero avverso una sentenza di proscioglimento era considerato una misura "persecutoria", perché avrebbe potuto condurre a una condanna per la prima volta in secondo grado, privando l'imputato della possibilità di ottenere un riesame nel merito. La legge Pecorella, come si vedrà nel paragrafo successivo, si concretizzò in un sostanziale fallimento; tuttavia, dimostrò come il legislatore del 2006, così come quello del 1930, non fosse pronto a rinunciare al giudizio di appello, sentito come uno strumento necessario per addivenire a una decisione "giusta". Sebbene infatti non si può affermare che la decisione presa per ultima sia migliore di quella precedente, ha sempre catalizzato consensi la visione di un processo che si avvicini alla verità per gradi e l'appello, inteso come riesame nel merito, ha da sempre una funzione "rassicurante" per la collettività. Come riconosceva autorevole dottrina "quello a cui era - ed è – difficile rinunciare sembra l'idea del rimedio contro gli errori e la fallibilità umana: semmai, di fronte a questa condivisibile preoccupazione, ogni energia andrebbe spesa per mettere mano al perfezionamento degli strumenti processuali"[24]. Preso atto che con la riforma costituzionale del 1999, l'opzione epistemologica gravita intorno al contraddittorio, il confronto dottrinale contemporaneo si sposta da irrealistiche spinte abolizioniste al terreno della fisionomia da assegnare al secondo grado di giudizio : "il problema non è tanto di stabilire quale spazio riconoscere al contraddittorio nell'appello, bensì quale spazio attribuire all'appello nell'innovata architettura del contraddittorio"[25].

### 1.1.5. Il tentativo di riforma della legge "Pecorella" e il "ritorno al passato"

Sono proprio le "tensioni innestate sul rapporto tra giudizio di primo grado e giudizio di appello, in relazione al tema del contraddittorio sulla formazione della prova"[26], soprattutto con riferimento alla possibilità del pubblico ministero di proporre appello avverso le sentenze di proscioglimento, a spingere il legislatore a un ripensamento della disciplina codicistica. In tali circostante, infatti, l'imputato destinatario di una sentenza di condanna emessa all'esito del giudizio di appello, essenzialmente condotto in maniera cartolare, non poteva ottenere una seconda

[24] L. MORTARA, *Commentario al codice delle leggi di procedura civile*, vol. II, Vallardi, 1916, p. 11
[25] F. PERONI, *Giusto processo e doppio grado di giurisdizione nel merito,* in *Rivista di diritto processuale*, 2001, n. 3, p. 722
[26] G. SPANGHER, *Tra resistenze applicative e resistenze restauratrici*, in A. GAITO, *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge pecorella"*, Torino, 2006, p. 242

pronuncia di merito, potendo esperire solo il ricorso in Cassazione. Era evidente la disparità di trattamento che si verificava rispetto a chi fosse stato condannato all'esito del primo grado, potendo ottenere una seconda statuizione circa la sua colpevolezza o innocenza e potendo esperire un successivo ricorso di legittimità[27]. Tale assetto normativo era, secondo il richiamo effettuato dalla relazione di accompagnamento al primo progetto di riforma[28], in contrasto con l'art. 2 del Protocollo n. 7 della CEDU che sancisce il diritto per l'imputato di avere un doppio grado di giurisdizione in materia penale. Al fine di conformare la disciplina codicistica con le istanze sovranazionali, il legislatore ha emanato la legge 46 del 2006 rubricata "Modifiche al codice di procedura penale, in tema di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento"[29]. Sebbene la disciplina del 2006 andava ad innestarsi in diversi momenti del procedimento penale[30], il punto più delicato della riforma concerneva la modifica del regime di appellabilità delle sentenze di proscioglimento. L'intervento si concretizzava nella modifica dell'art. 593 c.p.p., con riferimento al quale si riducevano drasticamente le ipotesi in cui era possibile proporre ricorso contro le sentenze di proscioglimento e ciò al fine di scongiurare l'eventualità che l'imputato venisse condannato per la prima volta in appello. Il pubblico ministero e l'imputato continuavano a poter appellare le sentenze di condanna, fatte salve le eccezioni previste per il rito abbreviato e per i casi in cui veniva irrogata la pena dell'ammenda. L'appello contro le sentenze di proscioglimento veniva invece consentito nei limiti di cui all'art 603, comma 2, c.p.p., se la nuova prova era decisiva. In tali ipotesi peraltro se il giudice di appello, in via preliminare, non disponeva la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, avrebbe dovuto dichiarare l'ordinanza inammissibile e le parti avrebbero avuto la possibilità di impugnare la sentenza di primo grado in Cassazione, entro quarantacinque giorni dalla notifica dell'ordinanza che dichiarava l'inammissibilità.

Quanto all'individuazione dei *nova* che consentivano l'esperibilità del ricorso, l'art. 603, comma 2, c.p.p. richiedeva che le prove fossero sopravvenute o scoperte dopo

---

[27] In questo senso si veda D. CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, cit., p. 221 in cui si legge che "la compatibilità di un giudizio di appello avverso una sentenza di proscioglimento, con la conseguenza per l'imputato prosciolto in primo grado di poter essere condannato sulla base di un rito essenzialmente cartolare, è sentita come 'un punto che non torna': un grave momento di crisi del sistema di garanzie individuali che il processo penale rappresenta". Ad essere sconfessato è infatti il contraddittorio inteso come garanzia soggettiva, come diritto di colui che è sottoposto a procedimento penale di difendersi provando

[28] In Atti Camera, XIV legislatura, Disegni di legge e relazioni, n. 4604

[29] Con riferimento alla legge Pecorella ci si è avvalsi di G. CIANI, *Il doppio grado di giudizio : ambito e limiti*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1389; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*,Torino, 2013; G. SPANGHER, *Legge Pecorella : il ritorno al passato*, in *La giustizia penale*, 2008; A. BARGI, *I nuovi ambiti oggettivi delle impugnazioni*, in A. GAITO, *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge pecorella"*, Torino, 2006, p. 151 ss; A. DE CARO, *Filosofia della riforma e doppio grado di giurisdizione di merito*, in A. GAITO, *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge pecorella"*, Torino, 2006, p. 1 ss

[30] Per fare alcuni esempi si riconduce alla legge cd. Pecorella l'introduzione del comma 1 bis dell'art 405 c.p.p. che non ha superato il vaglio di costituzionalità essendo stato travolto nel 2009; il parametro dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" necessario ai fini dell'emissione della sentenza di condanna; la modifica dell'art 606 lett. d) ed e) che hanno ampliato la possibilità di ricorrere in Cassazione

il giudizio di primo grado. Sul piano pratico significava la sostanziale impossibilità di proporre appello avverso le sentenze di proscioglimento, essendo del tutto marginali i casi in cui le nuove prove sopravvenivano o venivano scoperte nel breve periodo intercorrente tra la sentenza di primo grado e il termine per proporre impugnazione[31]. Restavano escluse dalla riforma la richiesta di riassunzione di prove già acquisite nel dibattimento di primo grado e quelle che il giudice di prime cure aveva considerato inammissibili. Il secondo requisito previsto dalla legge Pecorella richiedeva che la nuova prova fosse decisiva, introducendo così un criterio dal carattere problematico in quanto rischiava di anticipare la valutazione sull'attendibilità della prova a cui era preordinata l'attività istruttoria. La decisività infatti andrebbe intesa come idoneità *ex ante* del *novum* probatorio a far vacillare la ricostruzione operata dal giudice di primo grado, la quale potrebbe essere inficiata dal contributo emerso dopo la prima pronuncia. Secondo parte della dottrina, peraltro, l'idoneità della prova a porre in crisi la prima valutazione andrebbe effettuata tenendo come riferimento solamente la nuova prova e mediante una valutazione congiunta con le prove preesistenti[32]. La *ratio* sottesa a tale limitazione era connessa alla presunzione di non colpevolezza, che dopo una sentenza di assoluzione avrebbe potuto essere superata solamente dalla sopravvenienza o dalla scoperta di prove non emerse nel giudizio di primo grado, sottraendo così al giudice di seconde cure la possibilità di rivalutare in *malam partem* lo stesso materiale probatorio, considerato in primo grado non sufficiente per provare la colpevolezza "al di là di ogni ragionevole dubbio"[33].

Nonostante l'intento condivisibile di cogliere quelli che erano dei profili problematici della disciplina dell'appello, la modifica dell'art. 593 c.p.p. operata dalla Legge Pecorella suscitò prevalentemente commenti negativi da parte della dottrina che la definì una riforma inorganica, che aveva "mancato la vera esigenza che l'aveva pure ispirata, ossia quella di armonizzare la disciplina del secondo giudizio di merito con il sistema processuale a orientamento accusatorio"[34]. In effetti la legge 46 del 2006 più che apportare modifiche in grado di rendere il giudizio penale di seconda istanza finalmente in linea con i dettami costituzionali del giusto processo, aveva

[31] Nell'originaria previsione della riforma in esame, l'appello avverso le sentenze di proscioglimento era escluso in radice. Solo a seguito delle censure mosse dal Capo di Stato il quale aveva censurato l'impossibilità del pubblico ministero di proporre appello contro le sentenze di proscioglimento sotto il profilo di un'irragionevole disparità tra le parti, che "supera quella compatibile con la diversità delle funzioni svolte dalle parti stesse nel processo"

[32] In questo senso si veda C. FIORIO, *Profili sovranazionali e costituzionali della facoltà d'impugnare*, in A. GAITO, *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, Torino, 2006, p. 126

[33] Tale formula è stata inserita dalla legge 46 del 2006 mediante la modifica dell'art 533, comma primo, c.p.p.

[34] D. CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, cit., p. 198; Interessante notare che, sebbene in un'ottica prevalente improntata alla critica di questa riforma, la stessa autrice, ne coglie un aspetto positivo, in quanto consisteva in un primo passo verso l'oralità nel secondo grado di giudizio. Questo in quanto la possibilità, seppur residuale, di svolgimento del nuovo giudizio era subordinata alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, "tanto da poter scorgere (…) una prima formale legittimazione del processo di seconda istanza come *novum iudicium*"

semplicisticamente prospettato un limite all'esperibilità del gravame[35], lasciando sussistere diversi interrogativi. In primo luogo, nei casi seppur eccezionali in cui il pubblico ministero poteva proporre appello avverso la sentenza di proscioglimento, la novella del 2006 non metteva al riparo l'imputato dalla possibilità di essere condannato per la prima volta dal giudice di seconde cure. In altri termini, quando si svolgeva il dibattimento di secondo grado, l'attività istruttoria continuava a configurarsi in termini di eccezionalità, non ricavandosi casi in cui l'appello si apriva al contraddittorio nella formazione della prova.

Diverse critiche furono sollevate nei confronti della legge Pecorella e a distanza di un anno dall'entrata in vigore della riforma arrivava la prima declaratoria di incostituzionalità. Con la sentenza 26 del 2007 la Corte Costituzionale accoglieva le censure sollevate con riferimento all'art 593 c.p.p. nella parte in cui escludeva che il pubblico ministero potesse appellare contro le sentenze di proscioglimento, fatta eccezione per le ipotesi previste dall'art 603, comma 2, c.p.p. se la nuova prova era decisiva. Tale limitazione alla facoltà di impugnazione del pubblico ministero si poneva secondo i giudici della Consulta in contrasto con l'art. 111, comma 2, della Costituzione, in particolare sotto il profilo della irragionevolezza della disparità di trattamento del pubblico ministero rispetto all'imputato, il quale poteva proporre appello avverso le sentenze di condanna. Secondo la Corte costituzionale la riforma introduceva "una condizione di disparità delle parti nel processo (…) che supera quella compatibile con la diversità delle funzioni svolte dalle parti stesse"[36]. La compressione al potere di appello del pubblico ministero si configurava di fatto come una rimozione, essendo relegate ai margini dell'esperienza applicativa le ipotesi di nuove prove decisive sorte dopo il giudizio di primo grado ed entro i termini per proporre il gravame. Per cui, per come era configurata, in termini generali e unilaterali[37], tale limitazione non poteva essere giustificata sotto il profili dell'adeguatezza e della proporzionalità. La sentenza 26 del 2007, quindi, restituiva al pubblico ministero la possibilità di impugnare le sentenze di proscioglimento, riportando i poteri della parte pubblica allo *status quo ante*, creando però una irragionevole disparità di trattamento nei confronti dell'imputato

[35] Di avviso diverso è L. FILIPPI, *La Corte costituzionale disegna un processo accusatorio all'italiana*, in L. FILIPPI ( a cura di), *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte Costituzionale e Sezioni Unite*, Padova, 2007, p. 3, secondo il quale "la legge 46 del 2006 ha tentato, pur mancando di organicità e con molte imprecisioni e improprietà di linguaggio di imporre il sistema accusatorio in grado di appello, cercando di evitare l'inconveniente di una condanna dell'imputato in appello basata sulla sola lettura di verbali di prova assunti in primo grado e con l'unica risorsa del ricorso in cassazione"

[36] Corte cost., 24 gennaio 2007, n. 26. Per una lettura critica della sentenza ci si avvale di D. CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, cit., p. 229 ss; D. VICOLI, *Irragionevoli i limiti all'appello del pubblico ministero, ma labili i confini tra norma illegittima e norma inopportuna*, in *Giur. It*., 2008, p. 257; G. PECORELLA, *Note a margine della sentenza 26/2007 della Corte Costituzionale*, in *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte Costituzionale e Sezioni Unite*, a cura di L. FILIPPI, Padova, 2007, p. 393ss

[37] Secondo la Corte costituzionale è generalizzata perché è estesa indistintamente a tutti i processi ed è unilaterale perché non è bilanciata essendo prevista con riferimento al rito ordinario, nel quale l'accertamento è compiuto nel contraddittorio.

il quale non era ammesso a proporre appello avverso le sentenze di proscioglimento che sottendevano un accertamento di responsabilità o comunque comportavano per lui conseguenze negative[38]. La Corte costituzionale, investita della questione, rilevava che le sentenze di proscioglimento presentavano carattere eterogeneo e che avrebbero potuto, per la loro idoneità a esplicare effetti negativi per l'imputato, rendere configurabile un suo interesse all'impugnazione. I giudici della Consulta a questo proposito rilevavano che, a dispetto della formale equiparazione delle parti, la legge 46 del 2007 nascondeva "due asimmetrie di segno opposto"[39]. Una a svantaggio del pubblico ministero, il quale non poteva proporre appello avverso la sentenza che avesse totalmente rigettato la pretesa punitiva e l'altra a svantaggio dell'imputato, il quale non poteva proporre appello contro le sentenze di proscioglimento non pienamente liberatorie, mentre lo stesso potere era riconosciuto alla pubblica accusa per le sentenze di condanna che avevano accolto solo in parte le sue richieste. Peraltro, dopo la declaratoria di incostituzionalità del 2007, il pubblico ministero poteva proporre appello contro delle sentenze di condanna, anche nei confronti di quelle che non lo avessero pienamente soddisfatto, mentre all'imputato continuava ad essere precluso il gravame contro le sentenze di proscioglimento non completamente a lui favorevoli. La Corte costituzionale faceva proprie queste considerazioni e con la sentenza 86 del 2008 dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 593 c.p.p. nella parte in cui "escludeva che l'imputato potesse appellare contro le sentenze di proscioglimento relative a reati diversi dalle contravvenzioni punite con la sola pena dell'ammenda o della penale alternativa"[40].

Dopo gli interventi dei giudici della Consulta, si può affermare che le problematicità e le contraddizioni che percorrono il processo penale di seconda istanza restano irrisolte. La legge Pecorella non era infatti riuscita nell'intento di riplasmare la normativa in tema di appello secondo i canoni del giusto processo, non andando a toccare "il cuore problema, ossia la distonia della normativa in punto di assunzione della prova" che "non aveva visto interventi nel senso dovuto", restando disciplinata nelle modalità eccezionali e residuali che verranno illustrate nella parte terza del capitolo.

---

[38] In questo senso si veda D. CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, cit., p. 229 ss secondo la quale il percorso argomentativo dei giudici della Consulta non è condivisibile in quanto assimila, quanto a posizione giuridica, il pubblico ministero e l'imputato. Per una lettura della sentenza in chiave critica si veda anche G. PECORELLA, Note a margine della sentenza 26/2007 della Corte Costituzionale, cit., secondo il quale "mentre il Parlamento ha dato un valore prioritario al diritto di difesa, riconoscendo al condannato la possibilità di appellare, ed ha ritenuto l'azione penale, di competenza dell'accusa, un valore estraneo alla fase dell'impugnazione, la Corte, con la sentenza n. 26 del 2007, ha parificato le due situazioni, che, tuttavia, avevano ed hanno una *ratio* del tutto diversa. Perciò è lecito affermare che la scelta è stata sostanzialmente politica"

[39] Corte cost., 31 marzo 2008, n. 85

[40] Corte cost., 31 marzo 2008, n. 85; per alcuni riferimenti a questa sentenza si vedano G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 682 ss; D. CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, cit., p. 238 ss; G. SPANGHER, *Legge Pecorella : il ritorno al passato*, in *La giustizia penale*, 2008

### 1.1.6. I tratti essenziali dell'appello: uno strumento ibrido

Le diverse tensioni che percorrono *ab immemorabili* il processo di secondo grado hanno fatto si che esso sia tuttora uno strumento alla ricerca di identità, sempre in bilico tra mezzo di controllo e nuovo giudizio. Il legislatore infatti non fornisce indicazioni in un senso o nell'altro circa la sua natura, di conseguenza l'interprete non può che fare riferimento alle disposizioni che ad esso sono dedicate, raffrontandole con dei modelli astratti. Configurare l'appello come *revisio prioris instantie* significa porre al centro del vaglio del giudice di secondo grado non tanto la *quaestio facti* oggetto del processo di primo grado, ma il provvedimento emesso all'esito dello stesso. Secondo autorevole dottrina infatti "non vi è controllo laddove l'attività dell'organo procedente si sovrapponga ad altra anteriore, sostituendone *sic et simpliciter* il risultato, a prescindere da ogni vaglio sulla conformità del medesimo al dato normativo. Il che sta a dire che non può parlarsi di controllo ogni qual volta, all'orbita dell'operazione di cui si tratta, rimanga estraneo il provvedimento in cui si è perfezionato il precedente giudizio"[41] . In questa logica si inserisce pienamente un effetto devolutivo limitato, non è infatti necessario che il nuovo giudice eserciti il suo controllo su tutta la decisione di primo grado, essendo sufficiente che le parti sottopongano alla sua attenzione i capi o punti del provvedimento che ritengono viziati. Seguendo questa impostazione si comprende come il momento deputato alla formazione della prova in dibattimento possa avere carattere residuale, essendosi il contraddittorio tra le parti già dispiegato pienamente in primo grado e non essendo necessaria una sua reiterazione se non in termini del tutto residuali ed eccezionali. All'esito del vaglio operato dal giudice di seconde cure, la logica del controllo porta con sé o una conferma della precedente pronuncia o un suo annullamento, con la restituzione degli atti al giudice di primo grado, affinché possa sanare il vizio rilevato da una delle parti e ritenuto sussistente in secondo grado.

Configurare l'appello come *novum iudicium* significherebbe, sempre in linea teorica, attribuire al giudice di secondo grado una cognizione piena e sovrapponibile a quella del giudice di primo grado, conferendogli la stessa ampiezza di poteri sia nello svolgimento del giudizio che nella fase decisoria. In questa visione, la rinnovazione del dibattimento in appello dovrebbe uscire dal carattere di eccezionalità e divenire il momento in cui si attua pienamente il contraddittorio tra le parti che si nutre dell'oralità-immediatezza e che consente al giudice, chiamato a statuire sull'innocenza o sulla colpevolezza dell'imputato, di assistere alla formazione delle prove che porrà alla base del proprio convincimento. Esito di tale percorso valutativo sarà una sentenza emessa autonomamente rispetto a quella di primo grado, e dotata della forza di sovvertirla completamente, salvo i limiti imposti dal legislatore, come il divieto di *reformatio in peius* nel caso in cui appellante sia il solo imputato. In questa seconda ricostruzione, il

[41] F. PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio di appello*, Torino, 1995, p. 78

provvedimento di primo grado e le doglianze avverso di esso, sarebbero solamente l'occasione per l'instaurazione di un giudizio di secondo grado che fa proprio il medesimo metodo di accertamento accreditato in prima istanza.

Se questi sono i modelli, quando ci si confronta con il fenomeno giuridico occorre calarsi nella mutevolezza della realtà nella quale le certezze sfumano e questo è tanto vero nella disciplina codicistica che fa dell'appello un istituto ibrido[42] e di difficile interpretazione sistematica: "si riconnette alla figura del gravame, ma presenta la caratteristica di essere parzialmente devolutivo, poiché attribuisce al giudice di secondo grado la cognizione dei soli punti investiti dai motivi proposti"[43]. Non si può, in effetti, fare a meno di rilevare come il giudizio di appello partecipi di una duplice natura, svelando in alcuni istituti la logica del controllo e in altri vocazione a divenire un nuovo giudizio di merito.

"L'appello è il mezzo di impugnazione ordinario mediante il quale le parti che vi abbiano interesse e ritengano viziata per motivi di fatto o di diritto, la decisione del giudice di primo grado, chiedono, con riferimento a uno o più capi e punti del provvedimento, una decisione del giudice di secondo grado"[44]. Da questa definizione di carattere generale emerge una caratteristica peculiare dell'appello, esso è infatti configurato nel nostro ordinamento come giudizio di merito all'esito del quale si ha una pronuncia che statuisce sulla colpevolezza o innocenza dell'imputato e che si sostituisce a quella precedente. Da questo punto di vista, si coglie come il processo di secondo grado sia più simile nelle sue finalità a quello di primo grado che non al ricorso in Cassazione. Solo in quest'ultimo caso infatti non si può in alcun modo parlare di attività accertativa circa la responsabilità penale dell'imputato, in quanto la cognizione dei giudici della Cassazione non è costituita dai fatti di cui all'art 187 c.p.p., ma è limitata ai motivi tassativamente previsti dal legislatore che concernono errori *in procedendo* e *in iudicando* e, sebbene in alcune specifiche ipotesi la Corte di legittimità decida sul merito, tale controllo rispecchia il modello dell'azione di annullamento.

Per comprendere le scelte del legislatore, con riferimento al secondo giudizio di merito, occorre preliminarmente soffermarsi sull'ambito di cognizione del giudice di seconde cure. La disciplina codicistica prevede infatti una devoluzione sì limitata, nel senso che le parti devono indicare nell'atto di impugnazione i motivi per i quali

---

[42] In tale senso G. SPANGHER, voce *Appello*, in *Enc. Giur. Treccani*; che ben delinea la natura compromissoria dell'appello, il quale si colloca tra l'azione di annullamento finalizzata alla rescissione della sentenza impugnata e il gravame destinato a superare la decisione appellata con pienezza di poteri del giudice di secondo grado. "Così, il giudizio di secondo grado, ancorché attivato dalle parti con l'indicazione di motivi in fatto e in diritto (in numero non tassativo), non escluda poteri officiosi del giudice; così, la devoluzione, sostanziata dai motivi di gravame, si allarga coinvolgendo i capi e i punti toccati dalle ragioni delle parti; così, all'annullamento con regressione nei gradi precedenti si affiancano situazioni invalidanti che consentono al giudice d'appello di trattenere il giudizio."

[43] F. NUZZO, *L'appello nel processo penale*, cit., p. 20

[44] M. BARGIS, *Impugnazioni*, in AA.VV, *Compendio di procedura penale*, a cura di G.CONSO – V. GREVI, Padova, 2012, p. 941

ritengono che la decisione di primo grado sia errata, ma questi non sono tassativamente previsti come invece avviene nel ricorso in Cassazione, lasciando alle parti notevole libertà quanto ai profili di fatto e di diritto da portare all'attenzione del giudice di appello. Inoltre, l'art. 597 c.p.p. sembra prestare il fianco a un'interpretazione estensiva, esso infatti prevede che al giudice di seconde cure vanga attribuita cognizione "limitatamente ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti".

Questa disposizione è stata considerata dalla dottrina come la chiave di volta per qualificare il giudizio di appello, essa infatti "mostra chiaramente che la logica del procedimento di secondo grado è una logica di controllo"[45], "sono infatti proprio i motivi a circoscrivere i poteri di cognizione del giudice, impedendogli di rifare il giudizio"[46] . Altra parte della dottrina non ha peraltro mancato di rilevare che tale disposizione possa essere interpretata diversamente; infatti "l'art. 597, comma 1, c.p.p., non dice che la cognizione del giudice di appello è limitata ai motivi, bensì ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi, talchè quella che, *primo visu*, appariva una cognizione circoscritta si mostra dilatata (meglio, dilatabile) fino a sovrapporsi all'area cognitiva del giudice di primo grado, sicuramente quanto al tipo di attività del secondo giudice, ma anche riguardo alla potenziale ampiezza del *thema decidendum*, dal momento che potrebbe essere la medesima di quella della decisione impugnata"[47]. Secondo quest'ultima impostazione quindi, l'atto di impugnazione posto in essere dalla parte soccombente in primo grado è solamente "l'occasione che innesca il secondo processo, ma la logica sottesa appare quella di un nuovo accertamento, omogeneo, quanto alla natura, all'attività propria del giudizio di primo grado"[48] .

In linea con quest'ultima interpretazione dottrinale si pone peraltro l'art. 598 c.p.p. secondo il quale "in grado di appello si osservano in quanto applicabili, le disposizioni relative al giudizio di primo grado, salvo quanto disposto dagli articoli seguenti". La disciplina contenuta nel libro VII risulta quindi pienamente applicabile anche in grado di appello, delineando una omogeneità quanto alla struttura e alle finalità dei due giudizi. Sul punto peraltro il codice del 1988 ha innovato rispetto al codice precedente il cui articolo 519 c.p.p. prevedeva che "nel giudizio di appello si osservano le disposizioni relative al giudizio di primo grado in quanto sono applicabili" rovesciando la vecchia prospettiva; se nel precedente sistema codicistico l'applicazione delle norme dettate per il giudizio di primo grado costituiva un'eccezione in appello, nell'attuale normativa le disposizioni di cui al libro IX titolo II costituiscono una deroga al principio generale che prevede l'applicazione delle disposizioni del primo grado. Questo comporta che anche in appello si applichino, per esempio, le norme dettate dagli articoli 484 c.p.p. ss con riferimento alla regolare costituzione delle parti e le norme in tema di questioni preliminari di cui all'art 491 c.p.p. Una volta che sia stato

[45] M. MASSA, *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale*, cit., p. 251
[46] M. MASSA, *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale,* cit., p. 253
[47] D. CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, cit., p. 133-134
[48] D. CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, cit., p. 35

dichiarato aperto il dibattimento ai sensi dell'art 602 c.p.p., il legislatore colloca un adempimento che costituisce un *quid proprium* del processo di appello : la relazione della causa. Essa acquista un senso proprio nella logica di rendere edotti i componenti del collegio di quanto avvenuto in primo grado, non soltanto del dispositivo e delle argomentazioni a supporto, ma di tutto l'*iter* che ha contrassegnato la prima valutazione. E' innegabile che tale dato faccia propendere per una qualificazione dell'appello quale *revisio prioris instantiae*, costituendo un pesante condizionamento sull'attività cognitiva del collegio giudicante. La dottrina non ha peraltro mancato di rilevare che "fungendo da veicolo informativo sui fatti, sullo svolgimento del processo e sulle doglianze avanzate dalle parti sulle quali il collegio è chiamato a pronunciarsi, la relazione assume un significato dogmatico particolarmente rilevante e consente di ritenere che la filosofia sistematica del giudizio di appello debba ricondursi verso la logica del controllo dell'operato del giudice di primo grado"[49].

Peraltro, anche se si propendesse per questa ipotesi ricostruttiva, sarebbe auspicabile una sua abrogazione almeno per via interpretativa, in quanto essa pone il giudicante in uno stadio di "condizionamento ai fini della decisione del secondo giudice che non può non nuocere alla giustizia dell'operazione"[50]. Tale adempimento pone il collegio in uno stato di precomprensione che mal si giustifica con il percorso cognitivo che deve compiere e che si sostanzia in una rinnovata e autonoma valutazione del *devolutum*. A favore di un ridimensionamento del ruolo della relazione della causa depone il fatto che il legislatore non abbia previsto, in caso di omissione, alcuna nullità. Occorre inoltre precisare che tale istituto ha assunto un ruolo sempre più marginale nello svolgimento del giudizio di appello o trovando albergo appena prima della discussione finale o essendo del tutto omesso. La Cassazione infatti ritiene che la relazione della causa abbia una funzione meramente espositiva, non ha alcuna incidenza sul principio del contraddittorio e costituisce "un adempimento di per sé non essenziale ai fini della decisione"[51]. La relazione della causa appare oggi un retaggio del passato, istituto che è stato acriticamente recepito dal codice del '30 e che risulta, nel nuovo modello processuale, un adempimento del tutto marginale.

Nel corso del dibattimento, il legislatore all'art 602, comma 3, c.p.p. ha previsto uno strumento che consente al giudice di appello di ricostruire la vicenda processuale "dando lettura, anche d'ufficio, di atti del giudizio di primo grado nonché, entro i limiti previsti dagli artt. 511 e seguenti, di atti compiuti nelle fase antecedenti". Saranno in via primaria le parti a sollecitare il giudice a prendere conoscenza degli atti del giudizio di primo grado che ritengono indispensabili al fine di valutare la fondatezza delle loro doglianze e il giudice potrà procedere d'ufficio quando lo ritenga utile. Non vi è dubbio che anche questo adempimento, come del resto la relazione, fa propendere per la

[49] I. PARDO, *Il processo penale d'appello*, 2012, p. 375
[50] D. CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo,* cit., p. 91
[51] Cass. pen., sez. I, 2 aprile 2001, n. 20216

configurazione dell'appello come strumento di controllo dell'operato dei giudici di prime cure. La conoscenza degli atti del primo giudizio può avvenire limitatamente a quelli contenuti nel fascicolo del dibattimento o perché si tratta di prove formate davanti al giudice *a quo* o perché sono stati acquisiti tramite le letture in primo grado. Questo adempimento ha il carattere dell'eventualità, il giudice di appello potrà pertanto disattendere la richiesta proveniente dalle parti, dovendo motivare sul punto in un'ordinanza.

E' in questo contesto, in cui è difficile rinvenire, come si è visto, un comune filo conduttore, che si colloca l'art. 603 c.p.p. a cui sarà dedicata la parte terza del capitolo. Esso è rubricato "rinnovazione dell'istruzione dibattimentale"; da questo sintagma si può cogliere l'idea di fondo del nostro legislatore, retaggio del sistema inquisitorio, tale per cui il giudice di appello non accerta per conoscere, ma ripercorre in modo critico il percorso segnato in prima istanza, "l'assunto è che la conoscenza giudiziale già c'è, occorre solo verificare se la sua formazione e conseguente valutazione siano state giuste; e, in caso di valutazione negativa da parte del giudice *ad quem*, neutralizzare gli errori, ovvero supplire al deficit cognitivo riscontrato"[52]. In quest'ottica si comprende il carattere di marginalità e di eccezionalità dell'assunzione delle prove davanti al giudice chiamato a statuire sulla colpevolezza o innocenza dell'imputato in seconda istanza. Una tale mortificazione del principio del contraddittorio nella formazione della prova in grado di appello appare poco in linea con la scelta tendenzialmente accusatoria fatta dal legislatore del 1988 e con i principi del "giusto processo" di cui all'art. 111 della Costituzione, ponendo inquietanti interrogativi non appena si consideri l'esito del giudizio di secondo grado. Al collegio investito dell'atto di impugnazione, le parti non chiedono infatti di annullare la sentenza di primo grado, ma la conferma o la riforma della sentenza emessa in primo grado. È questo elemento che più di tutti stride con la logica del controllo: se di *revisio prioris instantiae* si trattasse, il compito del giudice di appello si esaurirebbe nella *pars destruens* (con conseguente rimessione degli atti al primo giudice), ma così non è, essendo il decidente chiamato a porre in essere anche la *pars construens* che si sostanzia in un'attività necessariamente valutativa e che non è diversa da quella compiuta in primo grado. Il giudice di appello è infatti chiamato a prendere una decisione di merito che deve essere motivata, questo significa che deve fornire le ragioni del percorso logico- argomentativo che ha compiuto. Questa attività è tutt'altro che neutra, richiede delle specifiche opzioni ermeneutiche che il giudice può compiere solo se è posto, esattamente come quello di primo grado, nella condizione di formare il proprio convincimento in modo pieno e autonomo. In effetti, "la valutazione degli elementi di prova rappresenta per il giudice un vero e proprio dovere, egli valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati (art. 192 comma 1 c.p.p.) e espone i motivi del suo convincimento indicando le prove poste alla base della decisione e denunciando le ragioni della loro attendibilità e, per converso,

[52]D. CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, cit., p. 104

della non attendibilità della prove contrarie"[53]. È nell'obbligo della motivazione che il giudicante è costretto a rendere il proprio ragionamento razionale e comprensibile alle parti, consentendo peraltro al giudice di legittimità la verifica sulla logicità del proprio percorso, ai sensi dell'art 606 c.p.p. lett. e. La motivazione non ha peraltro solo una funzione argomentativa, di estrinsecazione del percorso logico seguito dal giudicante, ma nel rendere "conto dei risultati acquisiti e dei criteri adottati"[54] nel corso dell'istruzione dibattimentale assolve a una imprescindibile funzione di garanzia per colui che è sottoposto a procedimento penale. Non pare che i diritti dell'imputato, soprattutto nel caso in cui sia condannato per la prima volta in appello, possano trovare adeguata protezione in un giudizio di appello "cartolare", in cui il contatto tra giudice e prova è previsto negli angusti spazi di cui all'art. 603 c.p.p.

È evidente che l'obbligo di rendere conto del proprio ragionamento viene considerato soddisfatto avendo come riferimento parametri diversi a seconda che il giudice confermi o che riformi la sentenza di primo grado. Come si avrà modo di vedere, la giurisprudenza di legittimità ha elaborato dei criteri stringenti relativi ai requisiti che la motivazione del giudice di appello deve avere quando decide di condannare per la prima volta in appello. In ogni caso, viene costantemente affermato che "il giudice di appello con la propria pronuncia ha il potere di sostituire, nel provvedimento impugnato, le proprie argomentazioni a quelle del giudice di primo grado", proponendo quindi la propria ricostruzione che è potenzialmente idonea a sovvertire quella di prime cure. Così facendo, "non è vincolato alle argomentazioni ed alle questioni di diritto che la parte appellante abbia posto a sostegno del proprio atto, potendo ben accogliere il gravame in base a considerazioni proprie e diverse da quelle dell'appellante purché attinenti agli stessi capi o punti della sentenza investita dagli specifici motivi"[55].

Non è scevra di perplessità la possibilità che il giudice di appello sia in grado di compiere adeguatamente siffatta attività ermeneutica e costruire il proprio sillogismo giudiziale attingendo a un "materiale preconfezionato". Il tema merita di essere quantomeno oggetto di un'attenta riflessione, soprattutto dopo che il legislatore ha posto il metodo del contraddittorio al centro del "giusto processo" cristallizzato nell'art. 111 della Costituzione; è il dibattimento il momento privilegiato per la formazione della prova, che si sostanzia in un'attività dialettica a tre termini: la difesa e la pubblica accusa che propongono la loro ricostruzione dei fatti e il giudice destinatario dell'iniziativa delle parti ma anche parte attiva in quanto è chiamato ad elaborare il proprio percorso ermeneutico e a prendere una decisione nel merito. Questo è il metodo scelto dal legislatore, e, come si avrà modo di approfondire, l'unico considerato come "giusto" ai fini del raggiungimento della verità giudiziale.

[53] I. PARDO, *Il processo penale d'appello*, cit., p. 502
[54] Art. 192 co 1 c.p.p.
[55] I. PARDO, *Il processo penale d'appello*, cit. p. 502

# PARTE II

## I principi del "giusto processo" in materia penale

### 1.2.1. Verso la modifica dell'art. 111 della Costituzione

Dalla tensione istituzionale che nel corso degli anni '90 ha attraversato potere politico e magistratura è scaturita la riforma che ha condotto alla modifica dell'art. 111 della Costituzione, a distanza di dieci anni dall'entrata in vigore del codice Vassalli. Pare quindi opportuno delineare il contesto dal quale è maturata la legge costituzionale 2 del 1999 che ha inserito nel nostro ordinamento i principi del "giusto processo", alla luce dei quali la disciplina codicistica deve essere letta e interpretata.

Il codice del 1988 ha introdotto, come si è detto, un modello di stampo accusatorio[56] il cui funzionamento è basato sulla tendenziale impermeabilità della fase dibattimentale rispetto alle fonti di prova raccolte durante le indagini preliminari. Il giudice, chiamato ad emettere la sentenza all'esito del giudizio, non può attingere a materiali formati *aliunde*, nella fase cioè che si pone a monte dell'esercizio dell'azione penale, ma le prove divengono tali nel dibattimento attraverso il confronto dialettico tra le parti che concorrono a formare la piattaforma dalla quale il giudice può attingere per arrivare alla sentenza[57]. Tali principi si pongono in radicale contrapposizione con il modello previgente che, al contrario, ammetteva largamente il recupero delle dichiarazioni rese durante l'istruzione sommaria, rendendo la fase dibattimentale un mero riepilogo della costruzione operata dal pubblico ministero e dal giudice istruttore nella fase precedente, che peraltro poteva svolgersi a notevole distanza di tempo dalla commissione dei fatti. Tale "prassi" era difficile da superare, soprattutto perché poggiava su una convinzione radicata, ovvero che il fine del processo penale fosse la "ricerca della verità ad ogni costo" e che il modello processuale del 1930, di stampo inquisitorio, consentisse meglio di pervenire a tale risultato. Nel sistema previgente, infatti, le parti e il giudicante non erano posti in condizioni di parità, essendo il giudice direttamente coinvolto nella ricerca del materiale probatorio a fianco dell'organo dell'accusa. Il processo si contraddistingueva per la segretezza degli atti che restavano oscuri per lo stesso imputato che vedeva ridotta ai margini la possibilità di concorrere alla ricostruzione dei fatti. Erano il giudice istruttore e il pubblico ministero gli "artefici del processo", chiamati a scoprire i fatti per come si erano veramente verificati; la

[56] Tale contributo si avvale di G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in AA.VV, *Compendio di procedura penale*, a cura di G.CONSO – V. GREVI, Padova, 2012, p. 765-768; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 5 ; G. SACCONE, *Il processo penale tra esigenze di difesa sociale e garanzie della persona*, in Sullo sviluppo delle discipline penalistiche dei Balcani, 2012; G. ILLUMINATI, voce *Accusatorio e inquisitorio (sistema*),cit.

[57] In questo senso l'art 526 co 1 in base al quale *il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione* prove *diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento*

ricerca della verità storica diviene la bandiera sotto la cui egida si giustificava un processo essenzialmente monologico, in cui il dibattimento non era il momento deputato alla formazione della prova, ma la riproposizione di "un copione già scritto" nell'istruzione sommaria. L'attaccamento al "vecchio" modello processuale e l'esigenza di contrastare efficacemente l'emergenza della criminalità organizzata sviluppatasi agli inizi degli anni '90, hanno condotto a una serie di interpolazioni dell'originario impianto accusatorio, di fatto realizzando quella che la dottrina ha efficacemente definito la "svolta inquisitoria"[58]. I giudici della Consulta, attraverso una serie di pronunce di illegittimità costituzionale hanno inciso su alcune disposizioni di fondamentale importanza per realizzare il disegno riformatore del legislatore del 1988, di fatto minandone le fondamenta. Il filo conduttore delle sentenze che negli anni '90 hanno drasticamente limitato il canone di oralità-immediatezza è "principio di non dispersione della prova[59]". Tale criterio, di conio giurisprudenziale, era volto a garantire che i materiali raccolti nella fase delle indagini preliminari potessero essere introdotti nel giudizio nei casi in cui non fosse stato possibile riprodurre la prova dichiarativa davanti al giudice del dibattimento: "tutto ciò che il giudice conosce tanto per esperienza diretta nel corso del dibattimento, quanto attraverso le carte del procedimento, secondo le regole del contraddittorio ovvero in assenza dello stesso, può essere dal giudice indifferentemente utilizzato, con la sola mediazione del suo libero convincimento circa il peso da attribuire a ciascun elemento"[60].

La prima sentenza della Consulta che ha messo in crisi l'impianto accusatorio del nuovo codice riguarda l'art. 195, comma 4, c.p.p. relativo al divieto di testimonianza della polizia giudiziaria sulle dichiarazioni raccolte nel corso delle indagini preliminari. Tale disposizione era perfettamente in linea con il principio del contraddittorio nella formazione della prova: poiché in dibattimento non si poteva dare lettura dei verbali formati nella fare procedimentale, allo stesso modo non si consentiva a chi li aveva redatti di deporre su tali contenuti. Le dichiarazioni rese durante le indagini preliminari agli agenti e agli ufficiali di polizia giudiziaria sarebbero entrate a far parte del materiale probatorio su cui il giudice poteva basare il proprio convincimento solo attraverso una escussione dei testi nel corso dell'istruttoria dibattimentale. Secondo la Corte Costituzionale, che è espressa sul disposto dell'art. 195, comma 4, c.p.p. nella sentenza

[58] P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2012, p. 3

[59] Viene enunciato compiutamente dalla Corte Costituzionale nella sentenza 255 del 1992 che richiama anche le pronunce precedenti : la 24 del 1992 e la 254 del 1992. Per un'ampia trattazione di queste sentenza e per un loro commento dottrinale si veda A. DE FRANCESCO, *L'inserimento del principio del contraddittorio nella Costituzione italiana : ragioni storiche e ideologiche della modifica dell'art 111 Cost*, in *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nella Costituzione italiana*, Milano, 2005

[60] G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in AA.VV, *Compendio di procedura penale*, a cura di G.CONSO – V. GREVI, Padova, 2012, p. 773

24 del 1992, il divieto della polizia giudiziaria di deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite nella fase delle indagini è palesemente irragionevole, "una volta che il legislatore ha escluso ogni ipotesi di incompatibilità a testimoniare, nei confronti degli ufficiali e degli agenti di polizia giudiziaria, non si comprende perché a questi ultimi debba essere inibita quella particolare forma di testimonianza che è la testimonianza indiretta, ammessa dall'art 195 c.p.p. con la previsione di limiti e garanzie ben specificate[61]. Secondo i giudici della Consulta, la possibilità per la polizia giudiziaria di deporre sulle dichiarazioni ricevute nella fase delle indagini non si poneva in contrasto con il metodo orale, che costituiva uno dei principi informatori del codice vigente, ma si conformava pienamente ad esso in quanto "l'oralità della prova è fuori discussione, mentre il diritto di difesa è comunque tutelato attraverso l'interrogatorio diretto e il controinterrogatorio del testimone"[62]. Su queste premesse, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 4, dell'art 195 c.p.p. andando a violare il principio cardine del nuovo impianto codicistico secondo cui, con riferimento alla prova orale, si sarebbero dovute utilizzare, ai fini della decisione, solo le dichiarazioni formate nel dibattimento attraverso il contributo dialettico delle parti. Tale pronuncia non è andata esente da critiche che si elevarono da più parti in dottrina, basate eminentemente sulla considerazione che "gli atti assunti unilateralmente non possono avere valore di prova essendo acquisiti al di fuori di qualunque garanzia giurisdizionale e senza che l'altra parte possa intervenire"[63]; in altre parole la Corte Costituzionale ha commesso un errore "metodologico" ritenendo che il principio del contraddittorio nel suo corollario dell'immediatezza fosse rispettato per il solo fatto che una conoscenza acquisita unilateralmente venisse portata all'attenzione del giudice in modo orale, ma tale principio ha portata ben più pregnante richiedendo, ai fini del giudizio, che gli elementi di prova siano il prodotto della partecipazione dialettica delle parti.

Non molto tempo dopo i giudici della Consulta sono stati investiti della questione di legittimità costituzionale dell'art. 513, comma 2, c.p.p. "nella parte in cui non consente la lettura dei verbali delle dichiarazioni rese dalle persone indicate nell'art 210 c.p.p., che siano comparse ma rifiutino di sottoporsi all'esame"[64]. Secondo la Corte Costituzionale l'art. 513, comma 2, c.p.p. era irragionevole perché il legislatore aveva previsto una disciplina diversa per i soggetti di cui all'art. 210 c.p.p. e per l'imputato, in quanto solo le dichiarazioni precedentemente rese da quest'ultimo potevano essere utilizzate per le letture in caso si fosse avvalso della facoltà di non rispondere. La disciplina era diversa rispetto a quella adottata dall'art. 513, comma 1, c.p.p. il quale consentiva la lettura delle dichiarazioni precedentemente rese dall'imputato che

[61] Corte cost, sent 22 gennaio 1992, n. 24
[62] Corte cost, sent 22 gennaio 1992, n. 24
[63] A. DE FRANCESCO, *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova,* cit., p. 11
[64] Corte cost., sent 18 maggio 1992, n. 254

rifiutava di sottoporsi all'esame. L'art. 513 c.p.p. appariva ai giudici costituzionali ancora più irragionevole con riguardo alla disciplina in tema di riunione e separazione: il *favor* per la separazione dei processi del nuovo codice di procedura penale, al fine di garantirne una maggior speditezza non poteva avere influenza sul regime probatorio degli atti processuali, infatti "in tutti i casi in cui si è in presenza di procedimenti che la legge qualifica connessi o collegati, e quindi potenzialmente soggetti a trattazione cumulativa, la circostanza che al *simultaneus processus* non si addivenga per qualsiasi causa non può ragionevolmente mutare il regime di leggibilità di dibattimento delle dichiarazioni rese durante le indagini preliminari dagli imputati di detti procedimenti[65]". Secondo la Corte infatti il principio di oralità avrebbe dovuto essere contemperato "con l'esigenza di evitare – nei limiti e alle condizioni di volta in volta indicate – la perdita, ai fini della decisione, di quanto acquisito prima del dibattimento e che sia irripetibile in tale sede"[66] . In questa pronuncia la dottrina ha intravisto un nuovo tentativo di sconfessare, di fatto, il principio del contraddittorio in quanto si ammetteva l'acquisizione al processo di elementi formati senza il contributo delle parti, peraltro equiparando i due commi dell'art. 513 c.p.p. che invece avrebbero due ratio differenti[67] .

La terza pronuncia, la 255 del 1992, è arrivata a poco tempo di distanza dalla precedente ed aveva ad oggetto la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 500, commi 3 e 4, c.p.p. "nella parte in cui non prevede l'acquisizione nel fascicolo per il dibattimento, se sono state utilizzate per le contestazioni previste dal comma primo e secondo, delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero"[68]. L'art. 500 c.p.p. nella sua originaria formulazione dettava una regola fondamentale sul regime delle contestazioni: la dichiarazione resa nella fase delle indagini preliminari dal testimone "non può costituire prova dei fatti in essa affermati", ma "può essere valutata dal giudice per stabilire la credibilità della persona esaminata". Questo significava che qualora il testimone nel corso dell'escussione dibattimentale avesse fornito una descrizione dei fatti difforme rispetto a quella data nella fase delle investigativa, il giudice sarebbe venuto a conoscenza di una "doppia verità processuale"[69], ma tali dichiarazioni non sarebbero diventate prova e non sarebbero entrate a far parte del fascicolo del dibattimento, potendo il giudice utilizzarle per stabilire la credibilità del teste. Il "costo" del principio del contraddittorio nella formazione della prova era, nell'impianto codicistico del 1988, la perdita delle

[65] Corte cost., sent 18 maggio 1992, n. 254
[66] Corte cost., sent 18 maggio 1992, n. 254
[67] Secondo tale impostazione dottrinale, sostenuta da A. Sanna, i presupposti per l'applicazione dell'art 513, comma 1, c.p.p. erano riconducibili alla volontà dell'imputato che decideva di non apportare il proprio contributo alla ricostruzione dei fatti, mentre il comma 2 del medesimo articolo si poneva in rapporto di specie rispetto all'art 512 c.p.p. in modo che all'interno della classe generale degli atti ad irripetibilità sopravvenuta, il rifiuto di rispondere del coimputato ne costituiva uno spazio più ristretto.
[68] Corte cost., sent 18 maggio 1992, n. 255
[69] Corte cost., sent 18 maggio 1992, n. 255

informazioni che non venivano confermate nell'esame dibattimentale. Secondo il giudice remittente questo meccanismo comportava che "il giudice può valutare e ritenere rispondenti al vero le prime dichiarazioni "testimoniali", e perciò stabilire motivatamente la non credibilità delle dichiarazioni difformi rese dagli stessi tesi a dibattimento, e tuttavia, contraddicendo la sua motivata convinzione nel contesto della stessa decisione, può trovarsi nella necessità formale, per la mancanza di prove indotta dalle limitazioni della norma processuale, di mandare assolto un imputato che le dichiarazioni ritenute inattendibili indicano univocamente come l'autore del reato[70]". A fronte di questi rilievi del giudice *a quo*, la Corte ha enunciato, per la prima volta in modo lapidario, il "principio di non dispersione delle prove". Tale criterio viene desunto da istituti vari che consentono l'acquisizione al fascicolo del dibattimento e quindi l'utilizzabilità ai fini della decisione di atti che non potevano essere ripetuti nel corso del giudizio[71]. Secondo la Corte Costituzionale, sebbene l'opzione per il sistema accusatorio effettuata dal legislatore dell''88 avesse prescelto "la dialettica del contraddittorio dibattimentale quale criterio maggiormente rispondente all'esigenza di ricerca della verità", esso sarebbe bilanciabile con "il principio di non dispersione degli elementi di prova non compiutamente ( o non genuinamente) acquisibili con metodo orale[72]".

Nella ricostruzione operata in sede di vaglio di legittimità il metodo del contraddittorio veniva sentito come un ostacolo al raggiungimento di una verità storica la cui scoperta costituisva lo scopo principale del processo penale e il solo mezzo per garantire la difesa della società. A seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale del combinato disposto del comma 3 e 4 dell'art 500 c.p.p., il legislatore è intervenuto con il d.l. 306 del 1992 che ha abrogato il divieto di utilizzare le precedenti dichiarazioni rese dal testimone come prova dei fatti in essere affermati, consentendone quindi l'acquisizione al fascicolo del dibattimento[73]. In realtà, quando il teste viene chiamato a deporre in dibattimento, l'esame e il controesame sono finalizzati a comprendere se egli dice il vero o mente: la forza dell'esame incrociato risiede nella valutazione di attendibilità del testimone, per questa ragione le dichiarazioni rese senza il contributo dialettico delle parti dovrebbero, in un'ottica di coerenza con il processo accusatorio, servire solamente concorrere a determinare la credibilità del teste[74].

[70] Corte cost., sent 18 maggio 1992, n. 255
[71] Secondo i giudici della Consulta, la volontà del legislatore di non disperdere le prove sarebbe desumibile dalle disposizioni sugli atti irripetibili (art. 431 cpp), atti assunti nell'incidente probatorio (art. 392 cpp), dalla lettura degli atti assunti dal pm o dal giudice nel corso dell'udienza preliminare, quando per fatti o circostanze imprevedibili ne è divenuta impossibile la ripetizione (art. 512 cpp), ecc.
[72] Corte cost., sent 18 maggio 1992, n. 255
[73] Su tale tessuto normativo, interverrà la legge n. 63 del 2001 che chiamata ad attuare i canoni del giusto processo cosi come indicati nel nuovo art. 111 Costituzione riscrive l'art 500 limitando nuovamente l'uso probatorio delle dichiarazioni rese al di fuori della sede dibattimentale.
[74] In questo senso P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 7

Un'altra critica che è stata mossa all'impostazione seguita dalla Corte Costituzionale riguardava lo stesso "principio di non dispersione della prova", il quale non aveva alcun aggancio normativo, ma veniva ricavato dalle deroghe al principio del contraddittorio, cosi incorrendo la Corte in un'inversione metodologica : la regola veniva desunta dalle eccezioni[75].

Queste sentenze ebbero un effetto dirompente sul sistema previsto dal codice Vassalli perché eliminando la separazione tra fasi e consentendo l'utilizzabilità di atti assunti senza la partecipazione della difesa, ne minarono le fondamenta. In questo modo la Corte Costituzionale fece di fatto rivivere il modello processuale del vecchio codice, dando una seconda vita allo spirito inquisitorio. La critica fu, anche in questo caso, aspra. Si sostenne che la Corte avrebbe accolto la tesi secondo cui il processo sarebbe deputato a trovare una Verità, mentre l'impianto originario del codice accoglierebbe "verità plurime e coesistenti : la verità affiorante nelle indagini preliminari, quella sancita in dibattimento, quell'altra emergente dai riti differenziati"[76]. Se tale posizione può non essere del tutto condivisibile, perché il processo penale non può prescindere dalla verità, la critica alla posizione della Consulta, muove piuttosto dal modo di intendere gli accadimenti in maniera storica. I fatti in quanto tali sono irripetibili e, nel momento in cui si svolge il processo, essi non sono più, non potendo quindi essere scoperti ma dovendo semmai essere ricostruiti. L'indicazione di metodo che il legislatore ha fornito per operare un corretta ricostruzione dell'accaduto è la formazione della prova non in un solitario monologo, ma attraverso il contributo dialettico delle parti. Si comprende così come un'indicazione di tale portata euristica sia indispensabile proprio laddove non ci sia nulla da "trovare" in quanto precostituito, ma occorra "costruire" mediante il concreto svolgersi della fase dibattimentale; "da questo punto di vista si può rilevare come sia improprio contrapporre la verità materiale del processo inquisitorio alla verità formale del processo accusatorio, quasi che la prima fosse reale e la seconda una finzione"[77]. Tale asserita incompatibilità tra contraddittorio e ricerca della verità sarà infatti uno dei temi principali della successiva giurisprudenza e dottrina[78].

La dottrina non mancò di rilevare che "l'effetto più significativo di una simile controriforma fu l'incredibile potenziamento del valore probatorio delle indagini degli inquirenti, con evidente ricaduta sulla parità delle parti : nella sostanza si era, seppur

[75] In questo senso P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 3 ; A. DI CHIARA, *L'inquisizione come "eterno ritorno" : tecnica delle contestazioni ed usi dibattimentali delle indagini a seguito della sentenza n. 255/1992 della Corte costituzionale*, in *Foro it*., 1992, p. 2018

[76] In questo senso F.M. IACOVIELLO, *Prova ed accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla Corte Costituzionale*, in Cass. pen., 1992, p. 2029

[77] P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 33

[78] In questo senso : G. SACCONE, *Il processo penale tra esigenze di difesa sociale e garanzie della persona*, in Sullo sviluppo delle discipline penalistiche dei Balcani, 2012 ; A. DE FRANCESCO, *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova,* cit., p. 31

con significative distinzioni, giunti a riproporre in un processo, ancora definito di parti, la disciplina dell'istruzione sommaria del codice Rocco"[79].

Dopo queste pronunce della Consulta, la base dalla quale il giudice attinge per la formazione del proprio convincimento si arricchisce di materiali formati nella fase antecedente al giudizio, le regole di esclusione probatoria erano infatti sentite come ostacoli che si frapponevano all'attività di accertamento. Un primo tentativo di ripristinare il metodo del contraddittorio si è realizzato con la legge 267 del 1997 (Modifica della disposizioni del codice di procedura penale in tema di valutazione delle prove) la quale è intervenuta su diversi istituti[80]. Per quanto qui interessa, l'art. 513 c.p.p.[81] è stato modificato nel senso che le dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari dall'imputato o dal coimputato in un processo separato, qualora in dibattimento si fossero avvalsi della facoltà di non rispondere, non avrebbero potuto essere utilizzate nei confronti di altri, a meno che non vi fosse il loro consenso. Appena entrato in vigore, il nuovo articolo 513 c.p.p. viene è stato devoluto all'esame della Corte Costituzionale, le censure muovevano proprio dal "principio di non dispersione della prova", il quale sarebbe stato mortificato dalla previsione in esame, in quanto sanciva l'inutilizzabilità delle dichiarazioni nei confronti di altri rese durante la fase delle indagini preliminari da parte del coimputato che nell'esame dibattimentale si era rifiutato di rispondere. Secondo la Corte Costituzionale le modifiche che hanno interessato l'art. 513 c.p.p. hanno comportato un ritorno "sia pure con alcune variazioni, ad una disciplina analoga a quella vigente prima della sentenza n. 254 del 1992"[82], e risultava irragionevole che l'utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni fosse fatta dipendere "dalla scelta meramente discrezionale dell'imputato in procedimento connesso di rispondere in dibattimento su fatti concernenti la responsabilità di altri, dopo che il medesimo imputato, pur (avendo avuto) la facoltà di non rispondere, si era

[79] A. DE FRANCESCO, *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova,* cit. p. 33

[80] La riforma riguardò l'incidente probatorio, l'acquisizione di verbali di prova di altro procedimento e la lettura delle dichiarazioni rese dall'imputato nella fase predibattimentale.

[81] 1. L'articolo 513 del codice di procedura penale e' sostituito dal seguente: "Art. 513 (Lettura delle dichiarazioni rese dall'imputato nel corso delle indagini preliminari o nell'udienza preliminare ). - 1. Il giudice, se l'imputato e' contumace o assente ovvero rifiuta di sottoporsi all'esame, dispone, a richiesta di parte, che sia data lettura dei verbali delle dichiarazioni rese dall'imputato al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero o al giudice nel corso delle indagini preliminari o nell'udienza preliminare, ma tali dichiarazioni non possono essere utilizzate nei confronti di altri senza il loro consenso. 2. Se le dichiarazioni sono state rese dalle persone indicate nell'articolo 210, il giudice, a richiesta di parte, dispone, secondo i casi, l'accompagnamento coattivo del dichiarante o l'esame a domicilio o la rogatoria internazionale ovvero l'esame in altro modo previsto dalla legge con le garanzie del contraddittorio. Se non e' possibile ottenere la presenza del dichiarante, ovvero procedere all'esame in uno dei modi suddetti, si applica la disposizione dell'articolo 512 qualora la impossibilita' dipenda da fatti o circostanze imprevedibili al momento delle dichiarazioni. Qualora il dichiarante si avvalga della facolta' di non rispondere, il giudice dispone la lettura dei verbali contenenti le suddette dichiarazioni soltanto con l'accordo delle parti. 3. Se le dichiarazioni di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo sono state assunte ai sensi dell'articolo 392, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 511".

[82] Corte cost., sent. 14 ottobre 1998, n. 361

in precedenza consapevolmente risolto a rendere dichiarazioni *contra alios*" e in questo modo ne risultava "pregiudicata la stessa funzione essenziale del processo di verificare la sussistenza dei reati oggetto del giudizio e di accertare le relative responsabilità"[83]. Secondo i giudici costituzionali la carenza principale della riforma del 1997 era la mancata previsione delle contestazioni che avrebbero consentito, anche in questo caso come in quello del silenzio dei testimoni, l'acquisizione al fascicolo del dibattimento delle dichiarazioni rese in precedenza e, attraverso tale strumento, la formazione dialettica della prova davanti al giudice. Secondo la Corte, infatti, "la tutela del diritto di difesa (imponeva) che l'ingresso di tali elementi nel patrimonio di conoscenze del giudice (fosse) subordinato alla possibilità di instaurare il contraddittorio tra il dichiarante e il destinatario delle dichiarazioni"[84]. La dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 513 c.p.p.[85] è stata fortemente criticata dalla dottrina, appariva infatti del tutto evidente come la Consulta avesse, ancora una volta, consentendo il recupero di materiale raccolto nella fase delle indagini, mortificato il principio del contraddittorio, ridotto di fatto a un "esercizio retorico - argomentativo compiuto dalle parti sui risultati altrove raggiunti"[86].

Alla luce di queste sentenze appariva con tutta evidenza che la Corte Costituzionale, nel tentativo di bilanciare il principio di non dispersione delle prove con quello del contraddittorio, aveva di fatto plasmato l'intero impianto codicistico imprimendo un ritorno al passato che ormai veniva sentito come intollerabile dal mondo giuridico. A inasprire il conflitto tra politica e magistratura concorreva il fatto che la declaratoria di incostituzionalità della sentenza 361 del 1998 aveva ad oggetto non una disposizione del codice di rito, ma una legge approvata con larghissima maggioranza dal Parlamento stesso. La reazione fu durissima[87], nel giro di poco tempo vennero presentati alle Camere svariati disegni di legge, i quali contenevano richiami polemici alle precedenti sentenze, soprattutto la 361 del 1998, le quali avevano "di fatto scardinato l'intero impianto codicistico, trasformando una riforma garantista in un vero e proprio strumento inquisitorio e coercitivo nei confronti dell'imputato ed il

[83] Corte cost., sent. 14 ottobre 1998, n. 361
[84] Corte cost., sent. 14 ottobre 1998, n. 361
[85] L'illegittimità costituzionale dell'art. 513 c.p.p. viene dichiarata "nella parte in cui non prevede che, qualora il dichiarante rifiuti o comunque ometta in tutto o in parte di rispondere su fatti concernenti la responsabilità di altri già oggetto delle sue precedenti dichiarazioni, in mancanza dell'accordo delle parti alla lettura si applica l'art. 500 co 2 bis e 4, del codice di procedura penale"
[86] A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel procedimento connesso, in* Trattato di procedura penale, diretto da G UBERTIS - G. P. VOENA, Milano, 2000, p. 210
[87] P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 11- 13 secondo il quale tra tutte le sentenze della Consulta, la 316 del 1998 è la meno criticabile in quanto non fa che continuare sul cammino già intrapreso negli anni precedenti, "inoltre il rifiuto di rispondere del coimputato è già di per sé una sconfitta del contraddittorio". In definitiva, i tempi erano maturi per una reazione di stampo garantistico del mondo politico che non tollerava più quanto era invece apparso accettabile nel 1992 : " ciò che con buone ragioni e in termini pacati sarebbe stato sacrosanto denunciare all'epoca della svolta inquisitoria, esplode sei anni dopo, con forza raddoppiata, contro una sentenza che delle precedenti è soltanto un corollario".

dibattimento in una fase puramente formale e quasi inutile, volta solo a ratificare le tesi precostituite dall'accusa nella fase d'indagine preliminare"[88]. Con eccezionale rapidità[89] è stata approvata alla camera la legge costituzionale 2 del 1999 recante "inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 della Costituzione" che ne ha arricchito la portata con cinque commi: i primi due riguardanti il processo in generale e gli altri tre diretti specificamente a disciplinare il processo penale. Particolare rilievo per il presente contributo rivestono i commi 4 e 5, oggetto di trattazione nel paragrafo seguente.

### 1.2.2. Il processo penale secondo il novellato articolo 111 della Costituzione: "il principio del contraddittorio nella formazione della prova"

La riforma dell'art 111 della Costituzione ha avuto un impatto di fondamentale importanza sul processo penale. "Con l'introduzione del principio del contraddittorio nella formazione della prova non si è semplicemente chiusa una fase storica del nostro processo, ma si è altresì dato uno stabile e sicuro riferimento normativo alle istanze ideologiche che avevano indotto alla riforma processuale attuata nel 1988 col codice Vassalli". Dopo la legge costituzionale n. 2 del 1999, infatti, il solo processo che può essere ritenuto "giusto", e come tale compatibile con i principi costituzionali è quello nel quale la prova si forma attraverso il contributo dialettico delle parti. Al di là delle diverse posizioni dottrinali merito alla portata più o meno innovativa del nuovo articolo 111 Cost.[90], è indubbio che si rendesse ormai da tempo necessario riportare in vita lo spirito del codice del 1988 e abbandonare il più possibile i retaggi di matrice inquisitoria. Sebbene fosse necessario ristabilire il principi cardine del processo accusatorio, in sede di attuazione della riforma, con la legge 63 del 2001[91] (Modifiche al

[88] Nella Relazione al disegno di legge costituzionale approvato dal Senato il 24 febbraio 1999

[89] Secondo parte della dottrina l'insolita rapidità con la quale il Parlamento ha approvato la legge 2 del 1999, in cui il dibattito della cultura giuridica è stato assente, ha fatto scaturire una disciplina che mal si armonizza con gli altri precetti costituzionali e che non ha consentito una riflessione consapevole sulle conseguenze che l'introduzione di questi principi, peraltro fondanti il processo penale, avrebbe avuto sui meccanismi di funzionamento del sistema processuale. Tale riforma sarebbe il frutto di una reazione "a caldo" nei confronti della Corte Costituzionale, più sorretta da un *esprit de revanche* delle Camere parlamentari che non il frutto di un dibattito maturato in modo adeguato all'importanza della tematica. In questo senso di veda V. GREVI, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di giusto processo penale (tra ragionevole durata, diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in *Politica del diritto*, 2000, n. 3 ; di avviso parzialmente diverso è P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 16 – 17 secondo il quale il contesto di particolare tensione istituzionale ha accelerato una riforma che però era necessaria per riaffermare il valore del contraddittorio che era stato sconfessato a più riprese dalla Corte Costituzionale.

[90] Secondo buona parte della dottrina i principi del giusto processo sarebbero già stati presenti nella Costituzione, pertanto questa disposizione avrebbe una portata innovativa limitata, a proposito di rimanda a P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 16 ; secondo altri invece la novella ha avuto una portata rivoluzionaria, si veda per tale posizione F. R. DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Padova, 2012, p. 85 - 88

[91] La disciplina contenuta nella legge 63 del 2001 esula dal presente contributo, tuttavia, per riferimenti più ampi si veda A. DE FRANCESCO, *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova*, cit., p.

codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'articolo 111 della Costituzione), il legislatore non ha colto l'occasione per apportare modifiche alla disciplina del processo di appello al fine di renderlo un istituto in linea con i precetti costituzionali. Se la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale appariva un elemento distonico, nella sua previsione in termini di eccezionalità, all'interno del codice novellato, essa lo diviene ancora di più a fronte della costituzionalizzazione del principio del contraddittorio nella formazione della prova. Un giudizio, come quello di appello, concepito come controllo di un accertamento che si è già dispiegato in modo completo e quindi condotto in maniera "cartolare" non pare oggi più giustificabile a livello sistematico ed epistemologico. Un'analisi dei principi costituzionali farà emergere l'urgenza di un ripensamento della disciplina che costituisce il cuore dell'appello, la rinnovazione dell'istruttoria.

Il novellato articolo 111 Cost. menziona due volte il contraddittorio: nel secondo comma esso si riferisce genericamente al processo[92], "quel gioco di interventi alternati o contestuali, quell'andirivieni di domande e di repliche, di asserzioni e di negazioni, che costellano il processo guidandolo verso la fine"[93]; ma è nel comma quarto che questo principio assume un significato specifico e più pregnante, attraverso una enunciazione concisa ma dal forte valore epistemico : "il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova". Questa formula è in grado di arginare quelle linee interpretative che, con nostalgia di stampo inquisitorio, si erano succedute negli anni successivi all'entrata in vigore del codice di procedura penale. Il principio del contraddittorio viene, infatti, riferito al momento nevralgico del processo penale, quello in cui vengono a costituirsi davanti al giudice le prove che verranno poste alla base del suo convincimento. Tale legame privilegiato si concretizza in una nozione forte di contraddittorio, che in dottrina è stata contrapposta a una lettura debole dello stesso principio[94]. Se quest'ultima interpretazione ritiene soddisfatto il canone del contraddittorio, consentendo l'acquisizione al processo di prove raccolte unilateralmente, che però siano "contestate" nel corso del giudizio, come era avvenuto prima della riforma costituzionale, oggi l'art. 111, comma 4, abbraccia una nozione forte di contraddittorio, il quale deve dispiegarsi, quando possibile, nel momento di formazione della prova, mediante l'iniziativa delle parti che concorrono alla

241 ss ; G. M. BACCARI, *I commenti alla legge 63 del 2001*, in AA.VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, a cura di P. TONINI, Padova, 2001, p. 173 ss

[92] P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2013, p. 42, secondo il quale nel secondo comma "viene menzionato il principio del contraddittorio nella sua accezione classica, comportante la necessità che la decisione del giudice sia emanata *audita altera pars.* Si tratta del significato "debole" del principio secondo cui il soggetto, che subirà gli effetti del provvedimento giurisdizionale, deve essere messo in grado di esporre le sue difese prima che il provvedimento stesso sia emanato"

[93] P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 100

[94] Per riferimenti a questa distinzione si rimanda a P. TONINI, *L'attuazione del contraddittorio nell'esame di imputati e testimoni*, in Cass. pen, 2001, p. 668 ss

ricostruzione dei fatti e la cui attività ha come destinatario il giudice. Ecco perché questo principio si realizza pienamente quando si accompagna alla dimensione dell'oralità – immediatezza, nel senso che il giudice, chiamato ad emettere un giudizio sul merito, deve poter "toccare con mano" le prove da porre alla base del proprio convincimento. L'applicazione della regola si apprezza precipuamente con riferimento a quelle prove che possono formarsi in contraddittorio, quindi soprattutto sul terreno della prova dichiarativa, da assumersi nella forma dell'esame incrociato, che consente alle parti di fornire il proprio contributo sotto il controllo dell'organo giudicante. L'escussione del testimone è un compito complesso che mal si presta ad essere ridotto alla lettura delle carte, come di regole avviene nel giudizio di secondo grado. "Il problema è che la prova dichiarativa si forma attraverso una fitta rete di interazioni tra interrogante e interrogato, tra domande e risposte, (…) è difficile pensare che le aspettative, gli interessi dell'organo inquirente non esercitino alcuna influenza sulle dichiarazioni raccolte; che chi conduce il dialogo resti assolutamente estraneo all'esito, puro osservatore oggettivante"[95].

Poste queste premesse, il pensiero va all'istituto della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, che costituisce il momento centrale del processo di secondo grado e che relega ai margini dell'eccezionalità il contraddittorio sulla prova. La disciplina dell'art. 603 c.p.p. appare oggi, alla luce dei principi costituzionali, un elemento distonico soprattutto per come essa viene interpretata, consentendo lo svolgimento di un giudizio di appello modulato sul paradigma del contraddittorio debole. Entrano infatti a far parte del patrimonio conoscitivo del decidente i materiali probatori che si sono formati davanti al giudice di prime cure ed essi possono essere posti alla base della decisione di merito che, nei casi in cui appellante sia il pubblico ministero, può riformare *in peius* la sentenza emessa nel grado precedente. A sostegno dell'attitudine del contraddittorio, il quale si pone come indicazione di metodo, si rinviene il dato del comma 4 dell'art. 111 Cost., il quale non lo configura "come semplice diritto individuale, alla stregua di quelli espressi dai commi precedenti, ma come garanzia oggettiva, condizione di regolarità del processo"[96] e, di conseguenza, di correttezza della decisione.

---

[95] P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 130

[96] Per questa affermazione si veda P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 129; in generale per una configurazione del contraddittorio come garanzia oggettiva si veda anche G. GIOSTRA, *voce Contraddittorio (principio del) : II) Diritto processuale penale*, in *Enc. Giur*, VIII, Roma, 2001, p. 5 ss; di diversa opinione, nel senso cioè che del contraddittorio può parlarsi solo in senso soggettivo E. AMODIO, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *archivio.rivistaaic.it* in cui si legge " Si è, ad esempio, sostenuto che l'art. 111 Cost. stabilisce un duplice livello di tutela del contraddittorio nel processo penale, considerandolo, da un lato, come *garanzia oggettiva*, vale a dire come canone di regolarità dell'esercizio del potere giurisdizionale, dall'altro come *garanzia soggettiva*, cioè come diritto facente capo all'imputato. Si tratta però di un *distinguo* fuorviante, che riecheggia la giurisprudenza costituzionale scaturita dall'interpretazione del sistema processuale del 1930. Lo stesso concetto di "garanzia oggettiva" è intrinsecamente viziato e incompatibile con i valori ai quali si ispira il *giusto processo*, il cui respiro giustnaturalista è evidente in tutte le Carte internazionali dei diritti. Solo la vecchia cultura inquisitoria può far pensare che il contraddittorio sia anzitutto espressione di un interesse statuale all'accertamento della verità, dimenticando così che, nel processo penale, la difesa è

Se questo è il metodo prescelto dal legislatore come "giusto" e quindi l'unico in grado di garantire il rispetto dei diritti dell'imputato nel processo, non pare accettabile una sentenza di secondo grado, magari peggiorativa delle condizioni dell'imputato, a cui si è pervenuti senza una rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, senza cioè consentire al giudice di percepire direttamente la prova nel momento della sua formazione. A tale conclusione si perviene anche chiedendosi come si articola concretamente il contraddittorio, quale ruolo quindi è riservato alle parti e al giudice. La sua forza euristica non risiede nella illusoria convinzione che le parti cooperino in vista di un fine comune, ma nell'opposizione dialettica che consente al giudice di "mettere insieme" in maniera logica e razionale quanto gli viene prospettato dalle parti.

Il contesto giudiziale è dialogico, o meglio, è stato efficacemente definito trilogico controversiale[97] : "una discussione polemica condotta sotto la sorveglianza di un terzo imparziale", in cui "i partecipanti in contesa lottano per catturare l'attenzione del decisore[98]" . La dimensione dialettica riguarda in un primo momento solo le parti, l'accusa e la difesa che prospettano ciascuna la propria ricostruzione dei fatti (premessa minore), sussumendola in una o più disposizioni normative (premessa maggiore) : le premesse del sillogismo giudiziale sono il frutto di un'interpretazione delle parti, le quali attribuiscono loro un significato. Il metodo del contraddittorio si nutre di queste attività, di selezione, di ricostruzione plausibile degli eventi; le parti, infatti, dialogano, argomentano le loro scelte e cercano di fornirne una giustificazione razionale. "La componente dialettica dell'argomentazione giuridica non riguarda, però, soltanto le parti in conflitto, ma lo stesso giudice, che nel processo deve valutare le premesse e le conclusioni che gli vengono proposte[99]". Egli, infatti, decide *iusta alligata et probata patrium,* cioè secondo le qualificazioni normative e fattuali che si sono prodotte nel dibattimento; sulla base delle ricostruzioni che gli vengono offerte dalle parti egli forma il proprio ragionamento, che è quello dotato di *auctoritas* e, attraverso la motivazione, dovrà rendere conto del percorso logico argomentativo che ha seguito. Il metodo del contraddittorio nella formazione della prova richiede questo complesso di attività che coinvolgono sia le parti sia il giudice. In effetti, tutto il corso del processo prevede un costante confronto reciproco, che trova massima realizzazione nel momento dell'istruttoria dibattimentale, in cui ogni ricostruzione viene sottoposta al confronto con quella prospettata dalla controparte. Questo è il modo in cui, stando al principio del contraddittorio nella formazione della prova, le parti e il giudice concorrono all'accertamento della verità giudiziale. Il processo di appello, pensato come giudizio

---

fondamentalmente garanzia dell'individuo, titolare di un diritto inviolabile riconosciutogli in quanto persona umana (art. 24 Cost.)". Secondo un'altra opinione a dispetto della dichiarata fisionomia di garanzia oggettiva, l'art. 111 della Costituzione sarebbe costruito in chiave soggettiva, ponendosi come tutela dell'imputato. In questo senso V. GREVI, *Spunti problematici, cit.*

[97] La nozione di trilogo, in cui appunto c'è un terzo a cui sono destinati i discorsi degli interlocutori, si deve a Plantin

[98] M . MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense*, Torino, 2014, p. 157

[99] M . MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense*, cit., p. 160

essenzialmente cartolare, in cui la rinnovazione dell'istruttoria è pensata in termini di eccezionalità, impedisce un reale confronto tra le parti e costringe il giudice ad attingere ad un materiale probatorio che si è formato altrove, con la conseguenza che il contraddittorio viene svuotato della sua attitudine euristica.

### 1.2.3. Le eccezioni al contraddittorio nella formazione della prova

Una volta affermato il metodo che deve guidare l'accertamento nel processo penale, al comma 5[100] il legislatore prevede dei casi, tassativamente indicati, che rendono giustificata la formazione della prova fuori dal contraddittorio e quindi prescindendo dal contributo dialettico delle parti e rimettendo al legislatore di dettare una disciplina per ciascuna delle tre eccezioni contemplate. La prima ipotesi derogatoria consiste nella prestazione del "consenso dell'imputato". Tale previsione , in quanto rende il contraddittorio disponibile per l'imputato, è stata interpretata da una parte della dottrina[101] come la conferma che il principio del contraddittorio non abbia carattere oggettivo, ma che sia una previsione dettata esclusivamente per la tutela delle garanzie dell'imputato. Questa presa di posizione, che non valorizza ancora una volta il valore euristico del contraddittorio, non pare condivisibile, tuttavia, autorizza il legislatore a prevedere dei casi in cui il consenso dell'imputato rende possibile la legittima acquisizione di prove formate unilateralmente. L'eccezione in esame può quindi essere riferita ai riti speciali come l'abbreviato, il patteggiamento e il decreto di condanna in cui il giudice utilizza i materiali probatori formati nel corso delle indagini, oppure si pensi alla possibilità che le parti concordino l'acquisizione al fascicolo del dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero come prevista dagli articoli 431 co. 2 e 493 co. 3. Il riferimento al consenso del solo imputato, previsto nel testo costituzionale, ha peraltro prestato il fianco a critiche di una parte della dottrina secondo la quale "la lettera del comma 5 apparentemente sembrerebbe legittimare una norma che nel dibattimento permetta, sulla base del solo consenso dell'imputato, l'uso di tutte le prove formate fuori del contraddittorio", questo perché "verrebbe a incidere sul diritti delle altre parti processuali e, segnatamente, su quello del pubblico ministero"[102] . Secondo questa interpretazione, quindi, le dichiarazioni assunte unilateralmente possono entrare a far parte del materiale probatorio utilizzabile ai fini della decisione solo se tutte le parti vi consentono. Non avrebbe, infatti, senso che l'imputato prestasse

[100] Art. 111 co 5 della Costituzione cosi prevede "La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita"

[101] In questo senso si veda V. GREVI, *Spunti problematici*, cit.; non è mancato chi ha rilevato il contrasto di questa previsione con la funzione euristica del contraddittorio come metodo di accertamento della verità processuale, "pare singolare che una disposizione, concernente il contraddittorio in senso oggettivo, inserisce un'eccezione basata su di una scelta eminentemente soggettiva" P. TONINI, *Introduzione*, cit., p. 25

[102] P. TONINI, *Introduzione*, p. 21

il proprio consenso agli atti di indagine difensiva, per i quali sarebbe naturale che a prestare il consenso fosse il pubblico ministero. La questione viene prospettata alla Corte Costituzionale[103] con riferimento agli art. 3 e 11 della Costituzione. Secondo il giudice remittente nel giudizio abbreviato non dovrebbero essere utilizzabili le dichiarazioni assunte unilateralmente dalla difesa e ciò perché il principio di parità delle parti impone che il consenso venga dato da chi ha un interesse contrario all'assunzione dell'atto. I giudici della Consulta con sentenza 184 del 2009 hanno dichiarato infondata la questione osservando che "nell'ambito del giudizio abbreviato (…) gli atti di investigazione difensiva assumono valore solo come effetto della più generale rilevanza probatoria riconosciuta all'intera indagine preliminare, alla pari con quelli dell'indagine del pubblico ministero e quindi con una rinuncia generalizzata al contraddittorio per la formazione della prova". Si potrebbe concludere che il dettato costituzionale fa un riferimento chiaro all'imputato e che quindi il testo costituzionale si preoccupi di apprestare tutela al soggetto "debole" del processo penale, ma che il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, resta libero di prevedere la necessità del consenso del pubblico ministero[104]. Altra parte della dottrina invece ha interpretato il co 5 alla lettera, ritenendo che il consenso alla deroga è riferibile al solo imputato in quanto egli è assistito dalla presunzione di non colpevolezza, "il contraddittorio, dunque, con la sua efficacia euristica, risulta necessario con riferimento a quelle prove dirette a capovolgere la presunzione di non colpevolezza", in altre parole tale disposizione valorizzerebbe il contraddittorio come strumento difensivo, senza disconoscerne l'efficacia epistemologica.

La seconda deroga consiste nell'"accertata impossibilità di natura oggettiva" e trova la sua giustificazione nella stretta necessità di assumere la prova che diversamente andrebbe irrimediabilmente dispersa. In questo caso emerge un "principio di non dispersione della prova" che è tuttavia ben diverso da quello fatto proprio dalla Corte Costituzionale nel decennio successivo all'entrata in vigore del codice, il quale consentiva di introdurre le dichiarazioni raccolte unilateralmente nel corso delle indagini in nome dell'accertamento della verità, unico scopo del processo. Alcune voci dottrinali[105] peraltro hanno sostenuto che il legislatore costituzionale avesse fatto rivivere il principio accolto nelle sentenze della Consulta, ma si tratta di una deroga al contraddittorio dai connotati molto diversi. Nel comma 5, infatti, si consente il recupero degli atti investigativi solo allorchè non sia possibile l'escussione del teste e quindi nel caso di morte, irreperibilità, inabilità a deporre ecc., tutte circostanze che si sottraggono

[103] Con ordinanza 11 aprile 2007 il tribunale di Fermo sollevava questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli articoli 3 e 11 della Cost., dell'art. 442 co 1 "nella parte in cui prevde l'utilizzabilità, nel giudizio abbreviato, ai fini della decisione sul merito dell'imputazione degli atti di investigazione difensiva a contenuto dichiarativo unilateralmente assunti"
[104] In questo senso anche P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 172
[105] In questo senso R. ORLANDI, *Le peculiarità di tipo probatorio nei processi di criminalità organizzata*, in *Crit. del dir.* , 1999, p. 533

a una scelta volontaria del dichiarante[106]. È interessante portare l'attenzione su una circostanza: sostenere che tali dichiarazioni siano idonee a trasformarsi in prova, non equivale a dire che un giudizio di colpevolezza possa fondarsi su dichiarazioni che si sono sottratte al contributo dialettico delle parti. La giurisprudenza della Corte europea a questo proposito è costante nel ritenere sussistente la violazione dell'art 6 par. 1 e 3 lett d della Convenzione europea quando la colpevolezza dell'imputato si fonda esclusivamente o in modo determinante sulle dichiarazioni di un teste che l'imputato non ha potuto interrogare[107].

La terza deroga al contraddittorio si ha per "provata condotta illecita" . La ratio di questa disposizione può essere rinvenuta nel fatto che la forza euristica del contraddittorio viene meno se la volontà del dichiarante è governata da altri, quindi anche se l'escussione è astrattamente possibile, manca, in questo caso, la capacità del soggetto di autodeterminarsi. La fattispecie si riferisce a tutti quei casi in cui vengono posti in essere degli atti esterni tali da inquinare la genuinità della fonte di prova, "tali comportamenti possono essere i più svariati, ma sono accomunati dal medesimo fine: impedire che a seguito dell'escussione in contraddittorio della fonte di prova si acquisisca un dato probatorio che corrisponda alla effettiva esperienza del dichiarante"[108]. Costituisce allora un'estrinsecazione normativa della "provata condotta illecita" l'art 500 co 4 che consente di acquisire al fascicolo del dibattimento le precedenti dichiarazioni rese dal testimone, quando "vi sono elementi concreti per ritenere che il testimone è stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, affinché non deponga ovvero deponga il falso". Secondo alcuni, tuttavia, tale deroga al contraddittorio sarebbe ravvisabile non solo quando la condotta coartante provenga dall'esterno ma anche quando il dichiarante commetta falsa testimonianza o sia reticente. La Corte Costituzionale ha respinto la questione sollevata escludendo che "la formula 'condotta illecita', che compare nel precetto costituzionale, si presti a una lettura lata, tale da abbracciare – oltre le condotte illecite poste in essere 'sul' dichiarante – anche quelle realizzate 'dal' dichiarante stesso in occasione dell'esame in contraddittorio"[109].

Da quanto premesso, dal dettato Costituzionale, preso in considerazione ai fini che ci interessano, emerge che, salve le deroghe previste dal comma 5, il processo penale sarà "giusto" e quindi in linea con il dettato costituzionale quando le parti, poste in condizioni di parità, concorrono con metodo dialettico alla formazione della prova

[106] La Corte Costituzionale afferma che l'impossibilità deve riferirsi a "circostanze indipendenti dalla volontà del dichiarante, che di per sé rendono non ripetibili le dichiarazioni rese in precedenza, a prescindere dall'atteggiamento soggettivo". Corte Cost, sent. 400 del 2000, in *Cass. pen*, 2003, p. 3865
[107] Tali riferimenti si avvalgono del contributo di P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 197 ss
[108] A. DE FRANCESCO, *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova*, cit., p. 232
[109] Corte cost, ord. 453 del 2002, in *Cass. pen*., 2007, p. 2718

costruendo ciascuna il proprio sillogismo retorico. Destinatario di questa attività è il giudice, terzo e imparziale, il quale deve essere il più possibile privo di pregiudizi dettati per esempio dalla conoscenza degli atti delle fasi precedenti, il quale dovrà, attingendo al materiale portato alla sua attenzione dalle parti, formare il proprio convincimento che verrà reso noto attraverso la motivazione della sentenza, la quale costituisce l'estrinsecazione del percorso logico che lo ha guidato.

### 1.2.4. Il principio di oralità-immediatezza

Il principio di immediatezza non è stato menzionato nel testo definitivo della legge costituzionale 2 del 1999, sebbene esso fosse, insieme al principio di oralità, previsto nell'art 130 del Progetto preliminare elaborato dalla Commissione Bicamerale del 1997[110]. La riflessione sul principio di immediatezza ha peraltro assunto rinnovata vitalità a seguito delle sentenze della Corte europea in tema di *fair trial* in appello, le quali, come si vedrà nel capitolo successivo, hanno riportato l'attenzione sulla necessità di un contatto diretto tra l'organo decidente e le fonti di prova. Sebbene i connotati specifici che assume l'immediatezza nel sistema convenzionale possano essere ricavati solo da una lettura attenta della giurisprudenza europea[111], in questa sede si ritiene indispensabile chiarire che ruolo occupa questo principio all'interno del rinnovato articolo 111 della Costituzione. L'immediatezza postula che il convincimento dell'organo decidente si formi in maniera non mediata, attraverso cioè un contatto diretto con la fonte di prova e, in particolare, con la prova dichiarativa.

Nonostante il canone dell'oralità-immediatezza non sia stato riproposto nel testo definitivo della novella, una parte della dottrina lo ha considerato immanente alla nozione di contraddittorio "forte", fatta propria dal legislatore costituzionale: se, infatti, "occorre assicurare che l'accertamento dei fatti avvenga nel confronto dialettico, e pertanto orale, delle parti davanti al giudice non può che conseguirne che a decidere dovrà essere il giudice che ha assistito alla formazione delle fonti di prova (…), tranne che per casi eccezionali in cui l'assunzione immediata di determinate prove non sia assolutamente possibile"[112]. Secondo tale impostazione la ragione della mancata previsione dell'immediatezza nell'art. 111 della Costituzione non risiede in un'opzione ideologica, ma sarebbe stata determinata da considerazioni di ordine pragmatico, in base

[110] Infatti il co. 1 dell'art. 130 stabiliva "La giurisdizione si attua mediante giusti processi regolati dalla legge, ispirati ai principi di oralità, della concentrazione e dell'immediatezza. Ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità e davanti a un giudice terzo. La legge ne assicura la ragionevole durata"

[111] Tale argomento verrà affrontato in maniera dettagliata nel capitolo II nel quale, dopo l'analisi del *case-law* convenzionale, si proporrà un confronto tra la concezione convenzionale di immediatezza con quella interna

[112] D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 9-10

alle quali l'assunzione della prova orale in dibattimento avrebbe richiesto tempi e costi eccessivamente onerosi per il nostro sistema processuale[113].

Per comprendere il valore di questo principio occorre fare riferimento all'attività valutativa del giudice, posto che l'immediatezza "viene in rilievo soprattutto in un momento successivo rispetto a quello in cui la prova viene formata, inerendo al rapporto tra l'attività di formazione del dato probatorio e il momento decisionale (…), serve per valorizzare i frutti del contraddittorio"[114]. Superata la concezione positivistica secondo la quale il ragionamento giudiziale ha la forma del ragionamento deduttivo, in cui la conclusione deriva da premesse di natura normativa e descrittiva e superata, quindi, la concezione del giudice come destinatario passivo dell'iniziativa delle parti, neutro osservatore che applica la norma giuridica, si lascia spazio per una forma di ragionamento più complessa, articolata e meno schematica, ma non per questo incontrollabile. L'attività valutativa è infatti complessa, ma allo stesso tempo connaturata alla dimensione dialettica del processo, in cui le parti offrono le loro ricostruzioni dei fatti e apportano il loro materiale probatorio, in un costante dialogo, dove "vince" la ricostruzione più plausibile, coerente e la più resistente alla contraddizione.

Tale affermazione non deve portare a ritenere che il giudice pervenga a un convincimento arbitrario, ma al contrario è proprio il contatto diretto con la prova, che si arricchisce dell'attività ricostruttiva e interpretativa delle parti, a porsi come evidenza di un "giudizio giusto". La garanzia che tutti questi elementi non divengano spinte irrazionali è racchiusa nella motivazione: l'esplicitazione "dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata", nonchè all'enunciazione delle ragioni per le quali non si sono ritenute attendibili le prove contrarie, cui il giudice ancora il proprio libero convincimento, costituisce una spiegazione razionale del percorso logico – argomentativo seguito.

È allora possibile affermare che, secondo tale indirizzo dottrinale, è proprio nel rapporto diretto e irripetibile tra giudice e complesso delle prove, che si dispiega in modo pieno l'attitudine euristica del contraddittorio, il quale, "inteso come attività dialettica, diviene, allora, il substrato di ogni corretta attività conoscitiva del processo penale, in uno con il principio dell'oralità – immediatezza"[115]. Il fatto che il giudice, mediante una serie di elementi che concorrono a formare la sua valutazione, partecipi al momento della formazione della prova, è, nel modello prescelto dal legislatore, garanzia della correttezza della decisione. Il giudizio che aspiri ad essere conforme ai dettami costituzionali del giusto processo non può svolgersi attraverso la mera rilettura di atti probatori che si sono formati davanti a un altro giudice, ma deve necessariamente lasciare spazio all'attività dialettica delle parti nel momento di formazione della prova,

[113] D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 42
[114] F. R. DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, cit., p. 95
[115] D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., pag. 26

soprattutto perché l'appello è pensato come un giudizio di merito, destinato a concludersi con una sentenza che si sostituisce alla precedente e quindi potenzialmente idonea a sovvertire un'assoluzione in condanna. Il processo di seconda istanza sembra in effetti scontare ancora il mito, di matrice illuministica, che il giudice possa essere osservatore neutro di quanto è avvenuto il primo grado, come se l'attività di controllo potesse prescindere da quella valutativa.

Tale indirizzo dottrinale valorizza appieno l'attitudine euristica del principio di immediatezza, ritenuto condizione per addivenire a una decisione "giusta", in quanto si traduce nella tendenziale inutilizzabilità dei materiali probatori formatisi davanti a un giudice diverso rispetto a quello che pronuncia la sentenza[116].

Occorre tuttavia rilevare che il tenore dell'art. 111 della Costituzione non conduce necessariamente a tale conclusione. In effetti, secondo una parte della dottrina, che peraltro rappresenta l'indirizzo maggioritario sul punto[117], il principio in questione sarebbe privo di copertura costituzionale: il metodo prescelto dal legislatore per addivenire a una decisione che aspiri ad essere "giusta" postula la radicale inutilizzabilità delle dichiarazioni raccolte unilateralmente, ma non richiede necessariamente l'instaurazione di un rapporto diretto tra il giudice, investito della decisione, e la prova, nel momento genetico della stessa. Su di un diverso piano si collocano i risvolti che tale impostazione esplica su alcuni istituti processuali vigenti; la previsione a livello costituzionale del principio di oralità-immediatezza getta ombre di illegittimità su quegli istituti processual penalistici che ammettono il recupero in chiave probatoria di materiali formatisì nel contraddittorio ma davanti ad altro giudice.

Secondo questa ricostruzione, invece, le dichiarazioni raccolte nel corso dell'incidente probatorio, pur essendo carenti di immediatezza, sono pienamente valide e utilizzabili ai fini decisori, perché si sono formate in contraddittorio e, quindi, nel rispetto dei precetti costituzionali[118].

La dottrina maggioritaria riserva tuttavia uno spazio all'immediatezza, la quale viene configurata come un aspetto del diritto alla prova; essa "è considerata un

[116] Secondo tale indirizzo dottrinale "si tratta di prendere atto che solo l'esito giudiziale scaturito dal rapporto diretto e immediato tra giudice e prove nel contraddittorio delle parti è stato ritenuto giusto, ed in effetti è oggettivamente il più affidabile, al contempo garantendo al meglio l'imputato: le sue deroghe devono essere possibili solo in caso di consenso dell'imputato – ossia in caso di giudizio di appello senza richieste istruttorie da parte dell'imputato - accertata impossibilità di ripetizione delle prove e provata condotta illecita", in tal senso D. CHINNICI, *Verso un "giusto processo" di appello: se non ora, quando?*, cit., p. 6. Nel processo di primo grado peraltro l'immediatezza viene tutelata dalla previsione di una nullità assoluta, infatti l'art. 525 c.p.p. prevede che "alla deliberazione concorrono, a pena di nullità assoluta [179], gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento"

[117] Tra gli altri, propende per l'assenza di una copertura costituzionale del principio di oralità-immediatezza P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit.

[118] Diversamente, secondo la dottrina che riconduce ad unità il principio del contraddittorio con quello di oralità-immediatezza, considera l'istituto dell'incidente probatorio, in cui la prova si forma davanti a un giudice diverso da quello chiamato ad emettere la sentenza, "un 'congegno eversivo' per il sistema accusatorio, (…) soprattutto da quando è stato affidato alla disponibilità delle parti, sganciato dal tassativo presupposto di non rinviabilità, che ne giustificava l'esperimento", D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, pag. 63

presupposto per la piena esplicazione del diritto di difendersi provando"[119] . L'art. 111, terzo comma, della Costituzione stabilisce infatti che l'accusato ha la facoltà, "davanti *al* giudice", di confrontarsi con l'accusatore e di ottenere l'escussione delle prove a discarico nelle stesse condizioni dell'accusa. Secondo la dottrina, il giudice dinanzi al quale esercitare il diritto alla prova è quello investito del potere di condannare, per cui l'imputato potrà sempre chiedere che le testimonianze siano rinnovate in dibattimento, ripristinando il contatto diretto tra decidente e prova dichiarativa. Questa lettura della norma risponde ad esigenze di tutela del diritto di difesa, "ma anche a ragioni epistemiche, legate alla corretta valutazione dei fatti: è noto quanto siano importanti, per valutare la credibilità del teste, i tratti prosodici del discorso che escono pienamente valorizzati solo nel diretto contatto del giudice con la fonte probatoria"[120].

Sebbene i diversi filoni dottrinali offrano una ricostruzione parzialmente diversa del principio di oralità-immediatezza, tale criterio nel nostro ordinamento viene valorizzato con riferimento alla sua accezione oggettiva, nel senso che descrive il tipo di contatto - non mediato - tra giudice e prova dichiarativa, consentendo di valorizzare pienamente la potenza euristica del contraddittorio. Naturalmente, la sua formulazione in chiave "oggettiva non esclude, ma assorbe e va oltre quella soggettiva, in quanto ciò che oggettivamente è connotato del processo diventa di per sé anche diritto dell'imputato"[121].

### 1.2.5. Il principio di oralità-immediatezza e di ragionevole durata del processo: due valori inconciliabili?

Una volta che sono state rese note le principali posizioni dottrinali sul punto ed è stata riconosciuta l'importanza del principio di oralità-immediatezza per la formazione del convincimento giudiziale, occorre interrogarsi sulle ricadute che tale criterio potrebbe avere sulla prassi applicativa in termini di durata del processo. Affinché un procedimento penale possa dirsi coerente con il dettato costituzionale, che quindi aspiri ad essere "giusto", non soltanto deve riconoscere la forza epistemica del contraddittorio, ma l'attività di accertamento deve anche dispiegarsi entro termini ragionevoli. E' evidente, infatti, che se da un lato non è possibile determinare a priori lo svolgimento del processo, e questo a maggior ragione se si valorizza la dimensione dialogica del contraddittorio, non potremmo accettare come "giusto" un procedimento penale che si dilati irragionevolmente nel tempo.

Una parte della dottrina ha peraltro sostenuto che il complesso di garanzie che scaturiscono dal dettato costituzionale sul "giusto processo" costituirebbero un ostacolo

[119] C. CONTI, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento:variazioni in tema di diritto alla prova*, in *Dir. pen. Proc*., 2003, p. 755
[120] P. FERRUA, *Il giusto processo,* cit., p. 125
[121] P. FERRUA, *Il giusto processo,* cit, p. 84

alla sua speditezza, poiché si tratta di "valori non facilmente compatibili e anzi per lo più obiettivamente alternativi"[122]. Stando a questa posizione, ci si dovrebbe rassegnare ad effettuare una scelta : un processo penale "garantito," ma in cui il decidente perviene a una decisione a notevole distanza di tempo dalla commissione del fatto o un processo definito in tempi brevi, ma in cui le garanzie difensive vengono compresse?

In realtà, la questione andrebbe prospettata in termini differenti. Avendo come punto di riferimento imprescindibile il dettato costituzionale, da una lettura dell'art. 111 della Costituzione si evince che la formula "giusto processo," di cui al comma primo, si riempie dei significati che i commi successivi sono in grado di conferirle, nessuna garanzia può infatti essere letta in solitaria. Come attenta dottrina ha affermato, "il concetto di ragionevole durata implica già la scelta di un modello processuale, caratterizzato da certe garanzie, e può quindi essere definito solo a partire da un modello che va prioritariamente individuato". In altri termini, "la ragionevole durata" non può essere letta come una monade nell'art 111 della Costituzione, peraltro potenzialmente configgente rispetto a tutte le altre garanzie che concorrono a definire il giusto processo, ma al contrario ne è parte, dovendo trovare una sua ragion d'essere in quel sistema. Diversamente, rispetto a quanto previsto nelle carte sovranazionali, in cui la celerità del processo viene configurata come garanzia soggettiva[123], nel terzo comma della Costituzione viene delineata come una garanzia oggettiva, ne è infatti destinatario il legislatore ordinario, il quale sarà tenuto a calibrare la disciplina processuale in modo da garantire il rispetto della ragionevole durata del processo. Questo non implica necessariamente una compressione indebita al diritto di difesa dell'imputato, ma al contrario costituisce un limite alla previsione di meccanismi dilatori o ostruzionistici a un uso pretestuoso della prescrizione. Intesa in questo modo la durata ragionevole del processo non solo non è un ostacolo all'adozione di una decisione giusta, ma, al contrario, è uno strumento prezioso per garantirla. Un'opzione che accolga appieno il principio di oralità-immediatezza comporta la necessità di tutelare anche la concentrazione del procedimento affinché la decisione possa rispecchiare in maniera più

[122] V. GREVI, *Spunti problematici,* cit., p. 435. Secondo il quale il sistema processuale è a rischio di paralisi per effetto dei nuovi principi costituzionali, "su questo sfondo non è azzardato pronosticare che la prospettiva più facilmente praticabile per il legislatore potrebbe essere quella di far prevalere l'esigenza del contraddittorio sui valori dell'oralità e dell'immediatezza di fronte al giudice dibattimentale, dilatando in modo cospicuo il ventaglio delle possibilità di acquisizione della prova in forma di contraddittorio anticipato". Tale impostazione non pare condivisibile, in quanto spezza l'unità che abbiamo visto sussistere tra principio del contraddittorio e principio di oralità –immediatezza. Un contraddittorio anticipato rispetto al momento in cui si forma la prova non è in linea con il dettato costituzionale, dovrebbe quindi restare entro un ambito di eccezionalità. Il futuro che qui si prospetta inoltre, minaccia i canoni del processo accusatorio nelle fondamenta : se le sentenze della Corte Costituzionale durante la "svolta inquisitoria" avevano portato a una lettura riduttiva di tale modello, in questo caso sarebbero proprio le garanzie del giusto processo ad avvallare un abbandono del metodo dialettico. Una dilatazione dell'ambito di operatività del processo scritto, a scapito della formazione dialettica della prova, significherebbe andare contro al dettato costituzionale, sconfessando il valore euristico del contraddittorio.

[123] Articolo 6 par. 1 prima parte della CEDU : "Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole.."

autentica gli esiti del confronto dialettico tra le parti. Peraltro, la rubrica del già menzionato articolo 525 c.p.p[124]., "immediatezza della deliberazione", conferma che il processo penale dovrebbe essere al contempo il luogo di attuazione del diritto di difesa ed esperienza unitaria, in cui si perviene alla decisione attraverso una serie di atti tra loro concatenati, che consentono di pervenire a un accertamento il più possibile aderente alla verità storica.

Affermato quindi che la garanzia formulata in termini oggettivi della "ragionevole durata" concorre a delineare il modello costituzionale di processo giusto, si può concludere che essa non "non può in ogni caso legittimare derive antigarantistiche"[125] e che il legislatore dovrebbe sgombrare il terreno da tutte quelle garanzie apparenti, le quali si pongono come ostacoli ingiustificati all'accertamento dei fatti in termini ragionevoli.

### 1.2.6. Il "giusto processo" tra principio di legalità e diritto convenzionale

La formula "giusto processo" a cui il legislatore ha conferito rango costituzionale appare, dopo l'analisi dei precedenti paragrafi, meno vaga. Essa, infatti, si riempie di significato mediante la lettura congiunta dei vari commi dell'art. 111. A questo proposito la dottrina non ha mancato di rilevare che l'espressione giusto processo acquista "un significato sostanziale, in quanto sottolinea la portata relazionale delle diverse garanzie costituzionali afferenti al processo e la loro stretta interdipendenza funzionale"[126].

Occorre tuttavia rilevare che il giurista non può più confrontarsi solamente con il dettato costituzionale, per rinvenire i principi che connotano il "giusto processo" in materia penale, dovendo ormai volgere il proprio sguardo oltre i confini nazionali. Il legislatore costituzionale ha ancorato il "giusto processo" al principio di legalità; infatti nell'art. 111 della Costituzione si legge che "il giusto processo è quello regolato dalla legge" (comma 1) ; "alla legge spetta il compito di garantire la ragionevole durata" (comma 2); "è la legge che assicura i diritti all'accusato" (comma 3) ; " è la legge che regola le ipotesi in cui la prova si forma fuori dal contraddittorio" (comma 5). In tale formulazione emerge sicuramente il contesto di forte tensione istituzionale nel quale è maturata la riforma, che aveva lo scopo di riaffermare il modello di stampo accusatorio accolto dal codice Vassalli e sconfessato a più riprese dai giudici della Consulta, ma vi è di più. Il legislatore costituzionale del 1999 è ancora fedele all'idea tardo positivistica che il diritto penale appartenga al monopolio statuale e che trovi giustificazione e limite

[124] "La sentenza è deliberata subito dopo la chiusura del dibattimento. 2. Alla deliberazione concorrono, a pena di nullità assoluta [179], gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento"
[125] L'espressione è di D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, pag. 51
[126] TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo in materia civile: profili generali*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ*, 2001, p. 381 ss

proprio nella legge, espressione della volontà parlamentare. Tuttavia, negli ultimi anni, l'interprete si trova di fronte a scenari nuovi[127], tali da comportare un'evoluzione nel modo tradizionale di intendere il diritto e il processo penale. L'apertura al sistema convenzionale sta conducendo a ripensare completamente la nozione di giusto processo, che si arricchisce di connotati nuovi e che sfugge allo stretto principio di legalità in senso formale. Con le sentenze 348 e 349 del 2007, di cui si tratterà in maniera più estesa nel capitolo successivo, la Convenzione europea e l'interpretazione che ne viene fornita dalla Corte europea assumono rango sub-costituzionale, con la conseguenza per i giudici domestici di dover offrire una lettura delle disposizioni interne conforme ai dettami sovranazionali e, solo qualora tale operazione ermeneutica non sia possibile, sollevare questione di costituzionalità. Il giusto processo penale allora non è più solo quello che trova riconoscimento nella Carta Costituzionale ma diviene anche il *fair trial* di cui all'art 6 della Convenzione europea, così come esso "vive" nell'interpretazione che ne viene fatta in sede di risoluzione delle controversie. Non vi è dubbio che un tale "mutamento" del modo di intendere il processo penale, meno legato alla legge formale e meno statocentrico, comporterà l'esigenza di rileggere i nostri istituti processuali alla luce dei parametri convenzionali e questo a maggior ragione perché buona parte della produzione della Corte europea, relativa alla materia penale, ruota intorno alla nozione di *fair trial*. Si tratterà allora di chiedersi quali contenuti assume la formula "giusto processo" prevista in Costituzione quando si arricchisce di significati che non sono cristallizzati in un testo normativo, ma che vivono nell'interpretazione della Corte europea, liberando il giudice definitivamente dall'utopistica concezione di matrice illuministica che egli sia "*bouche de la loi"*.

In che misura "l'incontro – scontro"[128] con il sistema sovranazionale sta mutando il modo di rapportarsi agli istituti di diritto interno è di tutta evidenza per i giuristi e gli operatori del diritto. Per richiamare l'attenzione sull'incidenza che il sistema convenzionale sta avendo nel nostro ordinamento, basta pensare alla legge 67 del 2014 con la quale il legislatore ha abrogato, a seguito delle condanne contro il nostro paese, la disciplina della contumacia, allineandosi alle sentenze della Corte europea. Oppure si pensi alla sentenza Torreggiani c. Italia che ha imposto al nostro paese di prevedere un

[127] In questo senso: V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea e i "nuovi" vincoli per l'ordinamento penale italiano*, in V. MANES - V. ZAGREBELSKY, *La convezione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011; R. KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in A. BALSAMO E R. KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008

[128] Tale espressione appare adeguata, in quanto la maggiore permeabilità del sistema interno a quello europeo non è stata e non è priva di difficoltà. In primis ci si riferisce alla attitudine, sostenuta da alcuni e negata da altri, delle sentenze europee di travalicare i confini dei caso concreto e di potersi porre come riferimenti anche per stati diversi da quello destinatario della condanna. Un altro profilo di notevole problematicità è il modo in cui il *case- law* europeo viene recepito dalle corti interne e talvolta, in questa operazione di richiami, si celano lettura discorsive e spesso riduttive dei principi convenzionali. Per una migliore comprensione di tali problematiche si rinvia al capitolo secondo; mentre per quanto riguarda i richiami tra corti interne e sovranazionali si rinvia al capitolo terzo

mezzo di ricorso per consentire ai condannati, in situazioni si sovraffollamento, di ottenere un'equa riparazione. Il legislatore italiano con il d.l. 92 del 2014, convertito in legge 117 del 2014, ha introdotto l'art 35 ter nell'ordinamento penitenziario, prevedendo "rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'art. 3 della CEDU (....)". Appare evidente che, almeno in questi casi, in cui la Corte europea ravvisa un *deficit* strutturale della normativa nazionale rispetto al diritto convenzionale, tali pronunce non esauriscono la loro portata nel caso concreto, ma mostrano una notevole forza espansiva.

A fronte di ripetute condanne per il nostro paese, si è fatta sempre più pressante la necessità di prevedere un meccanismo che consentisse di superare l'intangibilità del giudicato interno a fronte di un accertamento da parte della Corte EDU di una violazione della Convenzione europea. Come vedremo, anche in sede di adeguamento *ex post* alle pronunce europee, si è posti di fronte a un notevole mutamento di quelli che erano i principi cardine del processo penale. La certezza del diritto consacrata nell'intangibilità del giudicato risulta oggi cedevole, a seguito della sentenza 113 del 2011, che ha introdotto, nella perdurante inerzia del legislatore, la cd. Revisione europea.

Questi interventi da parte degli organi nazionali dimostrano l'influenza che il sistema europeo sta esercitando sul diritto penale interno. Tornando più specificamente al tema in esame, le recenti pronunce della Corte europea, alla cui disamina sarà dedicata buona parte del capitolo seguente, hanno avuto il merito di riportare l'attenzione sul processo di appello e in particolare sulla disciplina in tema di rinnovazione istruttoria che, come abbiamo visto, è prevista dal codice di procedura penale in termini di eccezionalità. In questa materia, come si avrà modo di precisare, si pongono particolari cautele, soprattutto perché le sentenze delle Corte EDU hanno come destinatari stati diversi dall'Italia e perché le pronunce della Corte hanno un'origine legata alle peculiarità del caso concreto. Tuttavia, a prescindere da questi aspetti sicuramente di rilievo, è innegabile che sia in atto un fenomeno di richiami tra corti nazionali e sovranazionali che, attraverso questa ibridazione, conferiscono autorevolezza alle proprie pronunce. Come è stato efficacemente rilevato, nel recepire i principi convenzionali del *fair trial* nel secondo grado di giudizio, "la giurisprudenza italiana sta compiendo per via giurisprudenziale quella riforma dell'appello che il legislatore non ha saputo realizzare"[129].

[129] M. GIALUZ, *L'apertura al sistema convenzionale muta gli equilibri e i connotati del giusto processo*, in *Dir. Pen. Proc. Speciale CEDU e ordinamento italiano*, 2014,p. 11

# PARTE III

## La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nell'art. 603 c.p.p.

### 1.3.1. L'art. 603 c.p.p.

La disciplina in tema di rinnovazione dibattimentale prevista nell'art. 603 c.p.p. costituisce il principale riferimento normativo per tentare una lettura costituzionalmente orientata del giudizio penale di seconda istanza. Risulta evidente, infatti, come l'ampiezza con la quale si consente l'assunzione delle prove in appello ne condizioni la natura, confinandolo a mero strumento di controllo della decisione di primo grado o elevandolo a nuovo giudizio, nel rispetto dei dettami del "giusto processo". Il legislatore dell'88 ha dedicato al tema una sola disposizione, l'art 603 c.p.p., la quale "raccoglie, sotto una comune denominazione, fattispecie sorrette da presupposti assai eterogenei"[130]: il comma primo consente l'assunzione di prove già acquisite nel dibattimento di primo grado ovvero prove nuove su richiesta di parte, a condizione che il giudice non sia in grado di decidere allo stato degli atti; il comma secondo disciplina l'ipotesi di assunzione di prove sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado, con la stessa ampiezza in cui è consentita nel giudizio precedente; il terzo comma consente al giudice di disporre la rinnovazione dell'istruttoria solamente quando la ritiene assolutamente necessaria. L'istituto di cui all'art. 603 c.p.p. pare, *prima facie*, congegnato in termini residuali, come adempimento eventuale che può verificarsi soltanto per supplire a un'attività di accertamento che si è già pienamente dispiegata in primo grado e che necessita, in casi residuali, di essere corretta[131]. La dottrina non ha mancato di rilevare come già dalla rubrica traspaia il "ruolo di non stretta necessità conferito all'attività probatoria della seconda istanza"[132] trattandosi non di una valutazione autoreferenziale condotta dai giudici di appello, ma della reiterazione di operazioni probatorie già compiute in primo grado[133]. Dottrina e giurisprudenza maggioritarie sembrano, infatti, ancora assestate su tale assunto, sottolineandone il carattere di eccezionalità, in quanto vige la presunzione che l'indagine probatoria sia già stata compiutamente condotta davanti ai giudici di prime cure[134], consentendo la

[130] F. PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio di appello,* cit., p. 186
[131] Occorre peraltro ricordare che la direttiva del 1974 n. 76 prevedeva che su richiesta motivata di una parte e nei limiti dalla stessa indicati si sarebbe svolta la rinnovazione del dibattimento, ove la richiesta non fosse stata manifestamente infondata. Tale previsione fu accolta con sfavore e nel 1980 il Guardasigilli propose un emendamento sostitutivo che prevedeva che ci sarebbe stata rinnovazione del dibattimento in appello solo se il giudice non fosse stato in grado di decidere allo stato degli atti, emendamento poi accolto
[132] D. CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, cit., p. 102
[133] Di questo avviso A. MAZZARRA, *La rinnovazione del dibattimento in appello*, Padova, 1995, p. 92
[134] In questo senso si veda: Cass. pen., 26 aprile 2000, Accettola, in CED Cass., n. 216531 in cui si legge "la rinnovazione del dibattimento in grado di appello, posta la presunzione di completezza della già svolta

rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale solo laddove tale presunzione di completezza ceda di fronte all'impossibilità di decidere allo stato degli atti, dove cioè sia assolutamente necessaria[135]. Da tale impostazione discendono delle specifiche conseguenze in tema di motivazione dell'ordinanza con la quale il giudice di secondo grado si pronuncia sulla richiesta di rinnovazione avanzata dalle parti[136]. La Corte di Cassazione ha infatti in più occasioni sostenuto, con riferimento al comma 5 dell'art 603 c.p.p.[137], che qualora il giudice decida di non accogliere la richiesta di rinnovazione istruttoria non abbia in tal caso un obbligo di motivare esplicitamente le ragioni poste alla base del rigetto, potendo queste essere desunte implicitamente dalla "stessa struttura argomentativa posta a base della pronuncia di merito, che evidenzi la sussistenza di elementi sufficienti per una valutazione in ordine alla responsabilità"[138]. Viceversa, laddove si decida di accogliere la richiesta delle parti di procedere alla rinnovazione dell'istruttoria, incombe sul giudice un onere di motivazione esplicita che viene ricondotta alla necessità di dar conto dell'uso del potere discrezionale che l'art. 603 c.p.p. gli attribuisce, con riferimento al parametro di non poter decidere allo stato degli atti. Diversamente, vi è chi ritiene che quando il giudice decida di accogliere la richiesta delle parti di procedere alla rinnovazione del dibattimento debba emanare un'ordinanza nella quale indica le ragioni su cui si basa il suo convincimento. Tale indirizzo vede nell'art 603, comma 5, un'applicazione dell'art. 495, comma 1 e 4, che con riferimento al giudizio di primo grado, prevede che il giudice si pronunci con ordinanza sulle richieste e sulle eccezioni proposte in tema di ammissibilità delle prove[139]. Peraltro, già

---

indagine probatoria dibattimentale, 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". Nello stesso senso, Cass. pen., 21 aprile 1999, Jovino, n. 7569, in *Cass. pen*, 1999, ; Cass. pen., 12 marzo 1998, Fiore, n. 5267, in *Cass. pen*. 1999, ; Cass. pen., Sez. II, 12 maggio 1992, Cersosimo, n. 5521 in Rv. 190365; Cass. Sez. Un., 15 marzo 1996, Panigoni, n. 2870, in *Rv* 203974

[135] In questo senso Cass., Sez. Un., 9 ottobre 1996, n. 10495 in cui si dice "l'art. 603 comma 1 c.p.p., difatti riferisce la rinnovazione dell'istruzione ad una situazione di carattere eccezionale determinata dalla necessità di assumere o riassumere elementi probatori dotati di specifica decisività, in presenza di lacune, incertezze, o contraddizioni riscontrate nei dati già acquisiti al processo"

[136] Per più ampi riferimenti sul punto S. BELLINO, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel rito ordinario*, in AA. VV., *La prova nel giudizio di appello*, Torino, 2014, p. 73 ss

[137] Nel codice del 1930 , l'art. 520 co 2 prevedeva la necessità di pronunciare un provvedimento sull'istanza di rinnovazione dell'istruttoria proposta dalle parti limitatamente al caso in cui il giudice decidesse di accogliere le loro richieste. L'obbligo di pronunciarsi con ordinanza non si aveva invece in caso di rigetto dell'istanza, ma la relativa motivazione si cumulava con quella della sentenza

[138] Cass. pen., 18 dicembre 2006, Gagliano, in *Rv* 236064; nello stesso senso Cass. pen.,10 dicembre 2009, Pacini, in *Rv* 246859 in cui si legge "mentre la decisione di procedere a rinnovazione deve essere specificamente motivata, occorrendo dare conto dell'uso del potere discrezionale derivante dall'acquisita consapevolezza di non poter decidere allo stato degli atti, viceversa, di rigetto, la decisione può essere sorretta anche da motivazione implicita nella stessa struttura argomentativa posta a base della pronuncia di merito che evidenzi la sussistenza di elementi sufficienti per una valutazione – in senso positivo o negativo- della responsabilità, con la conseguente mancanza di necessità di rinnovare il dibattimento". Con riferimento a tale pronuncia si veda il commento di G. BORRACCI, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di appello tra revisio prioris instantiae e novum iudicium*, in *Cass. pen*, 2011, n. 6; Cass. pen., sez. V, 16 maggio 2000, in CED Cass. 217209; Cass. pen., sez. V, 20 gennaio 2005, CED Cass. 231681

[139] In questo senso si veda A. MAZZARRA, *La rinnovazione del dibattimento in appello*, cit., p. 110 ss

nel vigore del codice abrogato, un indirizzo dottrinale sosteneva che "alla luce della tutela costituzionale di cui gode il diritto di difesa (art 24, comma 2, Cost)" fosse "indispensabile una motivazione esplicita per respingere l'istanza di rinnovazione del dibattimento"[140]. Si ritiene, da parte di chi scrive, che quest'ultimo indirizzo dottrinale sia pienamente condivisibile, alla lue del codice vigente ispirato ai principi del processo accusatorio e se ne auspica un accoglimento anche da parte della giurisprudenza. Con riferimento ai canoni del "giusto processo" si ritiene, infatti, che non sia più possibile pensare di differire la motivazione del rigetto della richiesta di rinnovazione dell'istruttoria al momento della sentenza. L'art. 603 c.p.p. delinea specificamente i criteri ai quali deve attenersi il giudice nel decidere sulle richieste avanzate dalle parti, e così facendo "determina i punti cardine del discorso argomentativo, che, data la varietà e l'alternanza delle situazioni contemplate dalla norma, non ha un contenuto tipico" ma deve di volta in volta essere adattato al caso concreto, in modo da risolversi in un'argomentazione ricca di "argomenti sostanziali e non in mere formule di stile"[141]. Consentire una motivazione differita che, peraltro, crea un'indebita commistione con la sentenza, è sintomo di un retaggio culturale che colloca l'appello come mezzo di controllo, nel quale la rinnovazione del dibattimento era vista non come il momento centrale del giudizio, ma come attività eventuale e di carattere residuale. Un tale assetto interpretativo, ancorato a una visione dell'appello come *revisio prioris instantie*, esclude un pieno diritto alla prova a favore delle parti in secondo grado, essendo l'accoglimento delle loro istanze subordinato alla valutazione discrezionale del giudice che ha ad oggetto lo stringente parametro dell'impossibilità di decidere allo stato degli atti, oltre che dei criteri dettati per il giudice di prime cure di cui all'art. 190 e 190 bis c.p.p. Seguendo tale indirizzo interpretativo, la Corte di Cassazione ha affermato che il giudice di seconde cure ha l'obbligo di disporre la rinnovazione dell'istruttoria "solo quando la richiesta della parte sia riconducibile alla violazione del diritto alla prova, non esercitato non per inerzia incolpevole, ma per forza maggiore o per la sopravvenienza della prova dopo il giudizio, e quando infine la sua ammissione sia stata irragionevolmente negata dal giudice di primo grado"[142]. In tutti gli altri casi, che non sono riconducibili a situazioni "patologiche" di mancata assunzione della prova, la rinnovazione del dibattimento è rimessa all'esercizio della discrezionalità – vincolata – del giudice. Con riferimento al profilo della censurabilità in Cassazione per il rigetto della richiesta di assunzione di nuove prove in appello, si pone un'interessante distinzione. Nel caso di diniego da parte del giudice di procedere alla rinnovazione ai sensi dell'art. 603, comma 1 c.p.p. , le parti potranno proporre ricorso in Cassazione ai

[140] E. AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir*., XXVII, Milano, 1977, p. 299, in cui si legge che a nulla rileva "che la sentenza contenga un'estesa e logicamente ineccepibile dimostrazione della responsabilità dell'imputato se non dice espressamente per quale ragione è superflua, ad esempio, la prova testimoniale che l'imputato ritiene idonea a rovesciare il giudizio tratto dagli altri elementi probatori utilizzati dal giudice di primo grado"

[141] A. MAZZARRA, *La rinnovazione del dibattimento in appello*, cit., p. 116

[142] Cass.pen., 19 dicembre 1996, De Massis, *A. n. proc. Pen*. 98, p. 103

sensi dell'art 606 lett. e), lamentando quindi la mancanza o la manifesta illogicità della motivazione della sentenza. Diversamente, nelle ipotesi di cui al comma secondo dell'art. 603 c.p.p., la mancata assunzione di una prova sopravvenuta o scoperta dopo il giudizio di primo grado può essere censurata anche ai sensi della lettera d), per mancata assunzione di una prova decisiva[143].

Pare interessante soffermarsi su un ultimo profilo di carattere generale che concerne le modalità con le quali si procede alla rinnovazione dell'istruttoria in appello, nel casi in cui, come vedremo, è consentita. Il dibattito, peraltro molto acceso, si articola principalmente con riferimento alla possibilità di applicare le regole dell'esame e del controesame nel giudizio di seconda istanza. Posto infatti, come si è detto, che l'art. 598 c.p.p. rinvia alle norme del giudizio di primo grado, si deve sostenere che operino anche le modalità dell'esame incrociato dei testimoni e delle parti, secondo quanto previsto dall'art. 498 e 499 c.p.p. Secondo autorevole dottrina, il sistema accusatorio e il principio di oralità – immediatezza, accolti dal nostro legislatore, prevedono che la prova si formi una volta in dibattimento davanti al giudice destinatario dell'iniziativa delle parti. La *cross examination* quindi perderebbe di senso proprio in relazione all'escussione di testimoni e parti, atteso che le risultanze della loro escussione sono intimamente connesse con il rapporto che si crea con le parti processuali, con elementi contestuali difficilmente ripetibili senza snaturarne l'esito[144]. Secondo tale orientamento in appello verrebbero meno alcuni tratti fondamentali del processo accusatorio, in quanto l'organo giudicante non è terzo ma è consapevole degli atti verificatesi davanti al giudice di prime cure, per cui l'esame e il controesame perderebbero di significato. Secondo altri, invece, non è possibile, alla luce dei principi di cui all'art. 111 della Costituzione, accettare le diverse modalità di assunzione della prova nel giudizio di secondo grado. Infatti, il contraddittorio, inteso come attività dialettica sulla prova, diviene condizione necessaria affinché si realizzi un'attività conoscitiva costituzionalmente orientata; "il rispetto delle forme è garanzia per l'accettabilità degli esiti come giusti, ne consegue che (…) l'attività probatoria, ove

[143] In questo senso Cass. pen, 8 maggio 2008, De Carlo, in CED Cass. 240995, in cui si legge "Secondo un principio già affermato dalla giurisprudenza di legittimità, che va qui ribadito, la mancata rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in grado di appello può dar luogo al vizio testé menzionato solo qualora si tratti di prove sopravvenute o scoperte dopo la sentenza di primo grado (art. 603 c. 2 c.p.p.), mentre negli altri casi può essere prospettato, al più, il vizio di motivazione di
cui alla lettera e) dello stesso art. 606 (Cass. 17 maggio 2006, Bartalini e altri)" ; Cass. pen., Sez V, 8 maggio 2008, n. 34643; Cass., Sez VI, 19 giugno 2003, Gervasi, n. 26713

[144] La Corte di Cassazione ha peraltro accolto tale indirizzo dottrinale in Cass. pen., 30 aprile 1992, Idda, in *Cass. pen*. 1993 in cui "le forme dell'esame e controesame diretto delle parti nell'assunzione dei testi, previste dal 498, non trovano applicazione in sede di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale ex art. 603. La struttura del giudizio di appello, infatti, aprendosi con la relazione del presidente e proseguendo con la lettura degli atti del giudizio di fasi precedenti (art. 602) risulta chiaramente incompatibile con l'applicazione delle regole sull'esame dei testi previste per il giudizio di primo grado. Di diverso avviso sempre Cass. pen, 21 settembre 1992, Rottino, *Giust. it,* 1994 in cui "l'assunzione della prova orale nel dibattimento deve avvenire anche in appello secondo i canoni del sistema accusatorio, sicchè il presidente, soltanto dopo che sono stati esauriti l'esame e il controesame delle parti, può rivolgere direttamente domande alle persone esaminate per meglio chiarire i temi della prova"

ammessa, non potrebbe non essere della stessa natura di quella già effettuata nel primo dibattimento[145]".

Da questa breve panoramica di carattere generale, emerge come l'istituto che rappresenta il "cuore" del processo di appello sia ancora concepito come un istituto di carattere supplettivo ed eventuale, come se il dettato codicistico si prestasse solamente a questa interpretazione, confinando inevitabilmente, in assenza di un intervento legislativo, l'art. 603 c.p.p. in una dimensione di eccezionalità. In realtà, nel prossimo paragrafo, si tenterà di rendere conto di come l'art. 603 c.p.p. contenga delle formule piuttosto elastiche, che sono quindi suscettibili di un'interpretazione estensiva, potendosi, per questa via, ampliare i casi in cui in appello può dispiegarsi la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale.

### 1.3.2 Il concetto di *"novum*" nel primo e nel secondo comma dell'art. 603 c.p.p.

Il comma primo dell'art. 603 c.p.p. prevede la possibilità per le parti, nell'atto di appello o nei motivi aggiunti ai sensi dell'art. 585, comma 4, c.p.p. di formulare istanza di rinnovazione dell'attività istruttoria, quando si tratti di riassumere prove già acquisite nel dibattimento di primo grado o di assumere nuove prove. A fronte della richiesta di parte, il parametro dell'ammissibilità è l'impossibilità del giudice di decidere allo stato degli atti. Il secondo comma prevede che il giudice disponga la rinnovazione del dibattimento in appello, "se le nuove prove sono sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado". Si tratta di due ipotesi distinte che richiedono alcune specificazione, a partire da che cosa debba intendersi per prova nuova. Posto che il legislatore ha usato impropriamente la medesima espressione la giurisprudenza ha elaborato la distinzione tra prove *noviter productae*, ovvero quelle preesistenti al giudizio di primo grado e note alle parti, e prove *noviter repertae*, ovvero sopravvenute e scoperte dopo il giudizio di prime cure. Queste ultime non sono solo le prove sorte dopo il primo grado, ma anche quelle che, sebbene preesistenti, erano sconosciute alle parti e delle quali non hanno richiesto l'assunzione per mancata conoscenza incolpevole. A tale partizione il tradizionale approccio giurisprudenziale collega la distinzione tra rinnovazione facoltativa e obbligatoria, nel senso che il giudice dovrebbe procedere alla rinnovazione istruttoria, senza poter esercitare un potere discrezionale, solo nel caso in cui, dopo la pronuncia di primo grado, sopravvengano delle prove prima non note alle parti. Tale dicotomia facoltatività – obbligatorietà è stata criticata dalla dottrina in quanto da essa si desume "un'equivoca rappresentazione dei poteri del giudice e delle parti in tema di prova"[146], poichè occorre da un lato comprendere i limiti di tale potere discrezionale, nel caso in cui l'istanza di rinnovazione provenga dalle parti

[145] D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 112
[146] A. BARGI, *La rinnovazione istruttoria in appello tra potere discrezionale del giudice e diritto alla prova*, in *Dir pen proc* n. 1 /2014

e, dall'altro, sembra supportare l'idea che nei casi di cui al secondo comma sia assente ogni profilo di discrezionalità in capo al giudice[147]. In realtà, la rinnovazione non è mai un effetto per cosi dire automatico, dovendo sempre effettuarsi un vaglio discrezionale da parte del giudice. Tale assunto è supportato dal fatto che il secondo comma dell'art. 603 c.p.p. richiama all'art. 495, comma 1, c.p.p. il quale a sua volta rimanda ai parametri di cui all'art. 190 e 190 bis che ineriscono al diritto alla prova. Mediante questo riferimento ai criteri dettati per il primo grado, può concludersi che le prove sopravvenute o scoperte dopo che lo stesso si è concluso entrino nel processo di appello a condizione che non siano manifestamente superflue, irrilevanti o vietate dalla legge. Si desume quindi una discrezionalità del giudice vincolata ai parametri indicati dal legislatore. Dello stesso avviso appare la giurisprudenza della Cassazione, secondo la quale nei casi di cui al secondo comma dell'art. 603 c.p.p. il giudice "deve comunque deliberare l'utilità e la rilevanza della prova richiesta, escludendo la rinnovazione quando tale apprezzamento sia negativo[148]". In sintesi, preme qui sottolineare che, qualora il giudice di appello, sollecitato da una richiesta di parte ad assumere una prova non nota nel grado precedente, sarà chiamato a compiere un apprezzamento sostanzialmente identico a quello affidato al giudice di prime cure. Non poteva essere diversamente, in quanto si tratta in queste ipotesi, non di reiterare un'attività che si è già dispiegata, ma di arricchire la piattaforma probatoria di elementi rimasti estranei alla precedente valutazione. Peraltro, secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, diversamente rispetto alle ipotesi di cui al comma 1, nel caso di prove sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado non vale la regola della deduzione almeno 15 giorni prima dell'udienza di cui all'art. 585, comma 4, c.p.p. "trattandosi di deduzione non suscettibile di alcuna preclusione di carattere temporale relativamente a prove la cui ammissibilità deve essere valutata solo in quanto manifestamente superflue o irrilevanti, a norma dell'art. 495 co. 1°, appositamente richiamato dall'art. 603 co. 2"[149]. La posizione su cui è assestata la giurisprudenza maggioritaria, con riferimento al rapporto tra il primo e il secondo comma dell'art. 603 c.p.p., parte dal presupposto che solamente nei casi di prova sopravvenuta o scoperta dopo il primo grado, con riferimento alle quali non si è di conseguenza articolato il dibattimento in primo grado, le parti siano titolari di un "diritto a difendersi provando" mentre nelle ipotesi di cui al primo comma l'esercizio del diritto alla prova avrebbe una tutela affievolita e subordinata alla valutazione discrezionale del giudice.

Passando all'analisi dell'art. 603, comma 1, c.p.p., la "prova nuova" è stata oggetto di diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, alcuni dei quali in grado di dilatare notevolmente l'ambito entro il quale può trovare riconoscimento una rinnovazione del dibattimento. La lettura che ne ha dato la giurisprudenza è stata

[147] In questo senso si veda G. SPANGHER, *La rinnovazione istruttoria*, cit., p. 539
[148] Cass. pen, 5 maggio 2004, Amoroso, in CED n. 229452; Cass pen., 22 gennaio 2008, Finazzo, in CED n. 239341
[149] Cass. pen, 1 ottobre 2002, Vicinanza, in *A. n. proc. Pen* 2003

ampia, al punto da affermare che per nuova prova ai sensi del primo comma si dovesse intendere "ogni prova non assunta in primo grado"; non solo, quindi, le prove allegate dalle parti ma ritenute inammissibili o irrilevanti dal giudice di primo grado, ma anche le prove non dedotte o valutate per mancata iniziativa della parte interessata[150]. Tale lettura è stata oggetto di serrate critiche da parte della dottrina, in quanto potenzialmente idonea a vanificare le decadenze e gli "sbarramenti" di cui all'art. 568 e 493, terzo comma, c.p.p., per questa via ricomprendendo "indistintamente tutte quelle situazioni in cui l'elemento di prova, già suscettibile di essere introdotto nel giudizio di primo grado, ne sia per converso rimasto escluso"[151], per condotta colpevole o, addirittura intenzionale, della parte. La condivisibile prospettiva di questa parte della dottrina, preoccupata di arginare la portata espansiva e incontrollabile di tale indirizzo giurisprudenziale, muoveva dalla convinzione che in nessun caso il processo di appello potesse essere la sede per recuperare il materiale probatorio già noto alle parti nel corso del giudizio di primo grado, ma di cui le parti non hanno richiesto l'assunzione. In questo modo infatti, oltre ad essere snaturate le cadenze processuali, si avvallerebbe una lettura distorsiva del principio dispositivo, in base al quale il giudice decide ponendo a fondamento della propria decisione le prove allegate dalle parti, giustificando strategie difensive volte a introdurre la prova, volontariamente taciuta in primo grado, in appello. Sulla base di tali considerazioni, pare doversi concordare con quella parte della dottrina che ha circoscritto il concetto di *novum* di cui al comma primo dell'art. 603 c.p.p. alle ipotesi in cui la parte aveva ritualmente chiesto in primo grado l'assunzione della prova, ma il giudice l'aveva considerata inammissibile o irrilevante, ovvero a quei casi in cui la prova, acquisita in prime cure, necessiti di una valutazione su circostanze diverse, la cui rilevanza per il processo non era emersa nel grado precedente[152]. Da tale dibattito sul significato da attribuire alla prova nuova ai sensi del primo comma, emerge come tale parametro sia suscettibile di un'interpretazione estensiva, tanto che è stata necessaria un'attività di "contenimento" da parte della dottrina. Se infatti, può essere considerata nuova prova "tutto ciò che non è stato considerato dal giudice in sentenza, ne discende, sotto il profilo logico, che il giudice di appello è tenuto a ripercorrere l'intera istruzione probatoria : così necessariamente trasformando l'appello in un *novum iudicium*[153]", rivelando in tal maniera la portata potenzialmente espansiva dell'art. 603 c.p.p.

Il fatto che tale norma si presti a interpretazioni diversificate è dimostrato da un diverso orientamento giurisprudenziale che ha notevolmente ridimensionato la portata del primo comma. Secondo la Cassazione, infatti, il giudice di appello dovrebbe disporre la rinnovazione del dibattimento solo quando la mancata assunzione della

[150] Cass., Sez. V, 19 ottobre 1999, in CED n. 216102
[151] F. PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio di appello, cit.*, p. 197
[152] Si pensi al testimone escusso in primo grado solo su talune circostanze, mentre nel giudizio di appello potrebbe essere necessario porgli quesiti della cui rilevanza e incidenza sulla vicenda processuale non si era prima prospettata. In tal caso la prova potrebbe essere considerata nuova ai sensi del primo comma e quindi il giudice di secondo grado dovrebbe procedere alla riescussione
[153] G. SPANGHER, *La rinnovazione istruttoria*, cit., p. 533

prova in primo grado dipendesse da una forza maggiore, ovvero quando la prova sia sopravvenuta successivamente, ovvero quando la sua mancata ammissione fosse irragionevole, non potendosi in alcun caso introdurre nel giudizio di appello prove la cui mancata assunzione è imputabile all'inerzia colpevole delle parti[154].

Preso atto dei diversi orientamenti sul punto, pare potersi concludere come il primo comma dell'art. 603 c.p.p. mostri un buon grado di "duttilità", potendo consentire che i principi del contraddittorio nella formazione della prova trovino applicazione anche nel processo di appello. Se poi con riferimento alle prove sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado, il legislatore ha ritenuto che la loro ammissibilità fosse modulata secondo i criteri di cui agli art 190 e 190 bis, per quanto riguarda invece le richieste di assunzione di parte, di cui al primo comma, il legislatore ha previsto un ulteriore parametro: la non decidibilità allo stato degli atti.

### 1.3.3. Il parametro di ammissibilità dell'attività istruttoria : l'impossibilità di decidere allo stato degli atti

L'art. 603, comma 1, c.p.p. ha riproposto la medesima formula contenuta nell'art. 520 del vecchio codice, subordinando la rinnovazione istruttoria su richiesta di parte all'impossibilità per il giudice di decidere allo stato degli atti. A una prima lettura tale criterio risulta facilmente comprensibile alla luce dei caratteri del processo inquisitorio, nel quale "si dava alla difesa e all'accusa la possibilità di chiedere una seconda valutazione delle stesse prove raccolte, in segreto, dal pubblico ministero o dal giudice istruttore" e in cui si poteva procedere alla rinnovazione dell'istruttoria in termini residuali, quando appunto il giudice di secondo grado non potesse altrimenti pervenire a una statuizione di merito sulla colpevolezza o innocenza dell'imputato. Questa interpretazione di carattere letterale, che peraltro trova diverse conferme in sede giurisprudenziale, non è l'unica possibile. Infatti, attenta dottrina non ha mancato di sottolineare come "il criterio enunciato dall'art. 603, comma 1, c.p.p. è di quelli volutamente elastici, al punto da far sembrare, se non vani, quantomeno assai complessi (e, a loro volta, alquanto indeterminati) i tentativi di specificarne i contenuti"[155]. Le principali posizioni dottrinali e giurisprudenziali in effetti oscillano tra ritenere che il presupposto della rinnovazione sia una valutazione di incompletezza o insufficienza delle risultanze del primo grado, tale da non consentire al giudice di appello di decidere allo stato degli atti, e chi, mediante un'interpretazione estensiva, ritiene che sia sufficiente "la presumibile attitudine dei mezzi di prova ai influire sulla decisione del punto controverso"[156]. Tale formula, insomma, si "gioca la partita" sul piano della

[154] In questo senso si veda Cass. pen., Sez. II., 4 novembre 2003, Marzullo, in CED n. 226977
[155] G. SPANGHER, *La rinnovazione istruttoria*,cit., p. 536
[156] Cass., sez II, 1 dicembre 1971, Pirletti in *Riv. it. dir. proc. pen*, 1973

contrapposizione tra indispensabilità – utilità ai fini del decidere. Una prima interpretazione è rinvenibile nelle pronunce della Cassazione, nelle quali si sostiene che il giudice non può decidere allo stato degli atti "unicamente quando i dati probatori già acquisiti siano incerti, nonché quando l'incombente richiesto sia decisivo, nel senso che lo stesso possa eliminare le eventuali incertezze ovvero sia di per sé oggettivamente idoneo a inficiare ogni altra risultanza"[157] . Al di là della larghezza dei parametri qui indicati, per cui vi è notevole differenza tra l'idoneità della prova a fare chiarezza su un quadro probatorio incerto e la sua capacità di porsi come decisiva per la statuizione di merito, tale indirizzo si basa sul pregiudizio che la ricostruzione dei fatti, operata in primo grado, sia completa e sufficiente. Di conseguenza il giudice di appello non avrebbe l'onere di vagliare delle ipotesi ricostruttive alternative che la nuova prova potrebbe prospettare dovendosi rinnovare il dibattimento in secondo grado solo quando il quadro ricostruttivo presenti delle lacune non altrimenti colmabili[158]. Secondo una giurisprudenza minoritaria, diversamente, l'impossibilità di decidere allo stato degli atti doveva essere valutata non solo facendo riferimento alla ricostruzione prospettata in primo grado, ma anche considerando delle ricostruzioni alternative che le parti prospettavano mediante la richiesta di nuove prove in appello. Tale seconda ipotesi ricostruttiva pare essere peraltro più in linea con la natura della seconda istanza, un grado di merito appunto, all'esito del quale si colloca una sentenza che si sostituisce alla prima e che contiene una statuizione circa la responsabilità penale dell'imputato. Come è stato puntualmente osservato, la valutazione del giudice di appello "si propone, dinamicamente, quale giudizio ipotetico di raffronto tra i percorsi argomentativi della decisione e le alternative logiche e storiche poste a fondamento della parte appellante nei relativi motivi"[159], non dovendosi configurare come un giudizio statico, condizionato dalla ricostruzione operata dal giudici di prime cure.

Il parametro dell'"impossibilità di decidere allo stato degli atti" è dunque anch'esso passibile di un'interpretazione estensiva, che consenta di restituire centralità al momento della rinnovazione istruttoria in appello, valorizzando il principio di oralità-immediatezza anche nel secondo grado di giudizio. Tale considerazioni tornerà di aiuto successivamente quando, dopo aver analizzato le sentenze della Corte europea in tema i

[157] Cass pen, 13 novembre 2003, Pacca, in CED Cass. 227494: si veda anche Cass. pen, 27 giugno 1995, Puddu, in CED Cass 202595

[158] In questo senso si veda Cass. pen, sez V, 26 giugno 1981, Agnellini, in *Cass. pen*, 1987 "la rinnovazione del dibattimento nel giudizio di appello è un istituto di carattere eccezionale rispetto all'abbandono del principio di oralità in detta fase di secondo grado, nella quale vale la presunzione che l'indagine istruttoria abbia ormai raggiunto la sua completezza nel dibattimento di primo grado. Per questo la legge, lungi dal riconoscere carattere di obbligatorietà all'esercizio del potere del giudice di appello di disporre la rinnovazione, vincola e subordina tale potere, nel suo concreto esercizio, ad una condizione rigorosa: quella cioè che il giudice ritenga, contro la predetta presunzione di completezza dell'istruttoria, di non essere in grado di decidere allo stato degli atti. Quindi se egli reputa sufficiente la istruttoria dibattimentale, non può disporre l'assunzione di nuove prove, ma deve definire la causa sulla base di quelle già acquisite"

[159] G. SPANGHER, *La rinnovazione istruttoria*, cit., p. 537

*fair trial* in appello, ci si domanderà se è possibile proporre un'interpretazione del dettato codicistico che tenga conto dei principi elaborati a Strasburgo. Seguendo l'interpretazione costituzionalmente orientata, si potrebbe quindi addivenire a una dialettica processuale sulla prova in appello ogniqualvolta le parti ne facciano richiesta, nei casi di *novum* previsti dal primo comma e quando possano condurre a una decisione diversa. Tale posizione pare condivisibile se si vuole tentare una lettura dell'art. 603 c.p.p. in linea con i dettami del "giusto processo", "né potrebbe essere altrimenti in un sistema basato sul contraddittorio, nel quale la verità nasce dalla verifica delle contrastanti allegazioni delle parti sui temi del processo e la decisione scaturisce dalla valutazione delle prospettive poste e discusse dagli interessati"[160].

Questa visione di maggiore apertura, nel senso di poter ricomprendere anche la sola utilità della nuova prova, sembra farsi gradualmente spazio anche nelle più recenti pronunce giurisprudenziali. Si afferma infatti che una lettura dell'art. 603 c.p.p., che tenga conto dei dettami costituzionali, consente al giudice di ammettere la prova "che venga ritenuta decisiva e indispensabile" ovvero che "possa apportare un contributo considerevole e utile al processo, risolvendo i dubbi e prospettando una soluzione differente: quasi che 'decisività e indispensabilità' fossero concetti sovrapponibili a quello di utilità al processo".

### 1.3.4. I poteri officiosi del giudice di appello e la " assoluta necessità"

Il terzo comma dell'art. 603 c.p.p. prevede la possibilità che alla assunzione di prove in appello si pervenga non su istanza delle parti, come nei commi precedenti, ma per iniziativa del giudice, il quale disporrà d'ufficio la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale se la ritiene assolutamente necessaria. Senza dubbio, in questo comma, vanno ricomprese le prove già acquisite, quelle nuove e quelle sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado, in quanto il potere del giudice non incontra limiti quanto all'oggetto. Secondo parte della dottrina tale disposizione andrebbe letta con riferimento al parametro di cui al comma 1, "essendo indubbio, da un lato, che se il giudice non può decidere allo stato degli atti ha assoluta necessità di rinnovare l'istruzione e, dall'altro, che l'assoluta necessità della rinnovazione dipende proprio dal non potere altrimenti decidere *rebus sic stantibus*[161]". Tale posizione dottrinale può essere supportata dal fatto che nella legge delega (art. 2 punto 94) la possibilità di addivenire all'escussione dibattimentale in appello su iniziativa del giudicante era subordinata all'impossibilità di decidere allo stato degli atti. Nella relazione al testo definitivo del codice, si giustifica la modifica normativa in quanto il potere del giudice

[160] A. MAZZARRA, *La rinnovazione del dibattimento in appello*, cit., p. 97
[161] M. BARGIS, *Impugnazioni*, in AA.VV, *Compendio di procedura penale*, a cura di G.CONSO – V. GREVI, Padova, 2012, p. 971

nell'assunzione delle prove deve avere carattere residuale, soprattutto con riferimento al principio dispositivo che trova accoglimento nel nuovo codice. Inoltre, non pareva opportuno prevedere un criterio più ampio in appello rispetto al primo grado, in cui l'art. 507 c.p.p. prevede in effetti il requisito dell'assoluta necessità. Prendendo atto della somiglianza dei due istituti, parte della dottrina ha ritenuto applicabile all'art. 603, comma 3, c.p.p. la giurisprudenza sull'art. 507 c.p.p. In particolare, ci si è chiesti se il potere del giudice di acquisire nuovi mezzi di prova abbia carattere meramente integrativo, ovvero se egli possa sostituirsi alle parti nell'iniziativa probatoria. Secondo un'interpretazione dell'art. 507 c.p.p., l'intervento del giudice dovrebbe giustificarsi con riferimento ai risultati dell'istruzione dibattimentale, potendo egli esercitare i propri poteri officiosi solo quando l'assoluta necessità di acquisire nuove prove sorga dall'incompletezza dell'attività delle parti. Diversamente, verrebbe a violarsi il principio dispositivo e il giudicante eserciterebbe un potere illegittimo. Tale conclusione, non è peraltro stata accolta dalla Corte di Cassazione, la quale si è pronunciata a Sezioni Unite, le quali hanno affermato che il giudice può esercitare i propri poteri di assunzione *ex officio* anche nel caso in cui non vi sia stata in precedenza acquisizione di prove. Per cui, a fronte dell'inerzia delle parti, è il giudice, mediante il disposto di cui all'art. 507 c.p.p., che è chiamato a procedere autonomamente svolgendo quindi una funzione non solo integrativa ma suppletiva. Gli è tuttavia precluso avvalersi dell'art. 507 c.p.p. per verificare solo una propria ipotesi ricostruttiva, dovendo il valore dimostrativo della prova emergere dagli atti del giudizio. Secondo alcuni commentatori questa giurisprudenza può trovare applicazione anche con riferimento ai poteri officiosi del giudice di appello[162]. Secondo altri, poiché il giudizio di secondo grado è configurabile come mezzo di controllo, parrebbe molto difficile che il giudice possa sopperire all'iniziativa manchevole delle parti, essendosi l'accertamento già pienamente dispiegato in primo grado[163]. Tuttavia, il riconoscimento a livello costituzionale dei principi del "giusto processo" potrebbero portare a un ripensamento, anche con riferimento all'appello, dei poteri probatori del giudice, potenziandoli. Il fatto che si tratti di un giudizio di merito, destinato a concludersi con una sentenza di "rango superiore" in quanto si sostituisce alla prima decisione, dimostra come anche il processo di appello abbia natura di accertamento, senza che si possano più accogliere delle interpretazioni di carattere riduttivo.

[162] In questo senso di veda A. MAZZARRA, *La rinnovazione del dibattimento in appello*, cit., p. 102-107, secondo la quale la pronuncia della Corte di Cassazione, pur vertendo sull'art. 507 c.p.p è rilevante per l'evidente analogia con l'art. 603, comma 3, c.p.p. , tant'è che nella stessa sentenza le due disposizioni si richiamano

[163] In questo senso M. BARGIS, *Impugnazioni,* in AA.VV, *Compendio di procedura penale*, a cura di G.CONSO – V. GREVI, Padova, 2012, p. 972

### 1.3.5. Il "tramonto" della contumacia e l'abrogazione dell'art. 603, comma 4, c.p.p.

L'art. 603, comma 4, c.p.p.[164] prevedeva un'ulteriore ipotesi di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale a favore dell'imputato contumace, alla quale, nel presente lavoro, ci si limiterà a dedicare pochi cenni, in quanto essa è stata oggetto di abrogazione da parte della legge 67 del 2014[165], pertanto non è più parte della disciplina vigente. La disposizione codicistica contemplava una fattispecie obbligatoria di rinnovazione dell'istruttoria in appello qualora l'imputato, contumace in primo grado, ne avesse fatto richiesta, riuscendo a fornire la prova di non essere potuto comparire per caso fortuito o forza maggiore o per non avere avuto conoscenza del decreto di citazione, sempre che in tal caso il fatto non fosse riconducibile a sua colpa.

L'onere di provare tale circostanza gravava quindi sull'imputato, il quale doveva avanzare la richiesta nel corso del dibattimento di secondo grado indicando i mezzi istruttori dei quali intendeva chiedere l'ammissione; "d'altra parte, i parametri in forza dei quali il giudice di appello vagliava questa richiesta ai fini della rilevanza e della non manifesta superfluità della prova risultavano meno rigorosi rispetto alle ipotesi di rinnovazione richiesta dalle parti: non c'era infatti per l'imputato un tessuto probatorio utilizzabile, in quanto ciò che si era formato in primo grado, in sua assenza, non risultava utilizzabile nei suoi confronti"[166]. Durante la vigenza del comma 4 la dottrina aveva peraltro denunciato alcune perplessità con riguardo all'istituto in quanto l'imputato, contumace in primo grado, pur potendo beneficiare della rinnovazione dell'istruttoria in appello, andava di fatto incontro alla perdita di un grado di giurisdizione nel merito[167].

A ben guardare vi erano tuttavia più profonde critiche, destinate a riversarsi sull'ipotesi di rinnovazione prevista dall'art. 603, comma 4, c.p.p., le quali avevano ad oggetto la stessa possibilità, alla luce dei principi costituzionali, in particolare dell'art. 24, comma 2 Cost., e della normativa internazionale, di celebrare un processo senza la

---

[164] Il testo prevedeva: "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 avere avuto conoscenza del decreto di citazione, sempre che in tal caso il fatto non sia dovuto a sua colpa, ovvero, quando l'atto di citazione per il giudizio di primo grado è stato notificato mediante consegna al difensore nei casi previsti dagli articoli 159, 161, comma 4, e 169, non si sia sottratto volontariamente alla conoscenza degli atti del procedimento"

[165] Legge 28 aprile 2014, n. 67 "Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili"

[166] G. SPANGHER, *La rinnovazione istruttoria*, in *Trattato di procedura penale*, vol V, Torino, 2009, p. 546

[167] Le insofferenze nei confronti della previsione in esame venivano alimentate dal confronto con la soluzione adottata nell'ipotesi in cui la rinnovazione ex. art. 603, comma 4, c.p.p. si fosse verificata in relazione a una sentenza emessa dal Giudice di Pace, in base al disposto dell'art. 39, comma 2, del d.lgs. 274 del 2000, ove si prevede l'annullamento della sentenza appellata con trasmissione degli atti al giudice di pace. La possibilità che l'imputato potesse beneficiare di un nuovo giudizio di merito veniva ritenuta dalla dottrina preferibile e maggiormente coerente con i principi costituzionali, in particolare in rapporto agli art. 3 e 24 della Cost.

partecipazione dell'imputato. La Corte europea nella sentenza Sejdovic c. Italia[168] ha ritenuto che la disciplina della restituzione nei termini di cui all'art. 175, comma 2, c.p.p., vigente *ante* riforma del 2005, violasse l'art. 6 della CEDU, in quanto non prevedeva un meccanismo effettivo volto a garantire il diritto dell'imputato condannato in contumacia – non informato in maniera effettiva del processo a suo carico e che non avesse rinunciato in maniera non equivoca al suo diritto a comparire – di ottenere una seconda statuizione sul merito. Da questa pronuncia si desume che secondo i giudici convenzionali solamente la consapevole e volontaria scelta dell'imputato di non partecipare al processo avrebbe potuto consentire la celebrazione del processo in contumacia; la disciplina di cui all'art. 175, comma 2, c.p.p., che negava la restituzione nel termine ove la mancata conoscenza del provvedimento fosse riconducibile anche alla mera assenza di diligenza dell'imputato, integrava un "flagrante diniego di giustizia", "manifestamente contrario alle disposizioni dell'art. 6 o ai principi in esso enunciati"[169].

A seguito di tale condanna il legislatore intervenne nel 2005[170] con la modifica dell'art. 175, comma 2, c.p.p.[171] eliminando, da un lato, l'onere di provare da parte del richiedente la non conoscenza effettiva del processo a suo carico e l'assenza di colpa, dall'altro, allungando a trenta giorni i termini per formulare la richiesta al fine di rendere più agevole il ricorso all'istituto previsto dall'art. 175 c.p.p., in questo modo consentendo a chi fosse realmente ignaro dell'esistenza di un procedimento a proprio carico di avvalersi degli strumenti "riparatori" apprestati dall'ordinamento. Con la riforma del 2005 peraltro, il legislatore non era intervenuto sulla disciplina dell'art. 603, comma 4, c.p.p., determinando "una vera e propria asimmetria capace di depotenziare significativamente la portata di tale novella, mortificata dalla perdurante necessità che l'imputato dimostrasse, ai fini del compimento dell'attività probatoria, l'assenza di propria colpa nella mancata conoscenza del provvedimento di *vocatio in ius* o nella impossibilità di partecipare all'udienza"[172].

L'intervento del legislatore del 2005 non valse tuttavia a placare il diffuso sentimento di inadeguatezza, rispetto ai requisiti del giusto processo, della disciplina contenuta nel'art. 175 c.p.p., facendosi sempre più urgente un intervento *de iure*

[168] Corte EDU, 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia
[169] Corte EDU, 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia
[170] La sostituzione dell'art. 175,comma 2, c.p.p. è avvenuta ad opera del d.l. n. 17 del 2005, convertito con legge 60 del 2005, in dichiarata attuazione della pronuncia della Corte europea
[171] L'art. 1, c. 1, lett. b) del d.l. n. 17 del 2005, convertito con legge 60 del 2005, ha così sostituito il previgente art. 175, comma 2, c.p.p. : "Se é stata pronunciata sentenza contumaciale o decreto di condanna, l'imputato e' restituito, a sua richiesta, nel termine per proporre impugnazione od opposizione, salvo che lo stesso abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento e abbia volontariamente rinunciato a comparire ovvero a proporre impugnazione od opposizione. A tale fine l'autorità giudiziaria compie ogni necessaria verifica"
[172] S. QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona. Riflessioni a prima lettura sulla nuova disciplina del procedimento senza imputato (legge 28 aprile 2014, n. 67),* in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, n. 2, p. 102

*condendo* che comportasse una rivisitazione del rito contumaciale[173]. La legge 67 del 2014, nell'intento di recepire i moniti provenienti da Strasburgo, prevede "un'ampia serie di disposizioni univocamente orientate a ridefinire, nel suo complesso, la disciplina del processo penale nel caso di mancata costituzione in giudizio dell'imputato"[174]. La novella introduce due ipotesi – l'una quando vi è la certezza che l'imputato è a conoscenza del procedimento a suo carico, l'altra quando si possa desumere una conoscenza "non qualificata" del procedimento - al ricorrere delle quali il processo si può celebrare "*in absentia*" e, in situazioni di impossibilità di notificare il provvedimento di fissazione dell'udienza preliminare, prevede una forma di sospensione del procedimento nei confronti degli imputati irreperibili, con quiescenza dell'attività giudiziaria per un anno[175].

Con riferimento al tema delle impugnazioni l'art. 11 della legge 67 del 2014 introduce l'istituto della rescissione del giudicato all'art. 625 ter c.p.p. e modifica la disciplina della restituzione nel termine. Attualmente, la rescissione permette all'interessato, venuto a conoscenza del processo a suo carico soltanto dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna o applicativa della misura di sicurezza, di chiedere alla Corte di cassazione di revocare la sentenza, fornendo la prova che la assenza sia dovuta all'incolpevole ignoranza del processo. L'art. 175, comma 2, c.p.p., "proprio in ragione dell'introduzione del nuovo mezzo di impugnazione straordinaria", diviene nuovamente oggetto di modifica: "la restituzione nel termine per impugnare risulta confinata alle ipotesi di decreto penale di condanna divenuto esecutivo, quando il condannato non ne abbia avuto effettiva e tempestiva conoscenza, salva l'ipotesi di espressa rinuncia all'opposizione"[176].

Venuta meno la rilevanza dell'istituto della restituzione nel termine per impugnare la sentenza emessa in contumacia, l'ipotesi di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale prevista dall'art. 603, comma 4, c.p.p. viene definitivamente travolta, per cui, come anticipato, essa non è più parte del diritto vigente.

---

[173] In questo senso P. SPAGNOLO, *La disciplina della restituzione nel termine tra istanze sovranazionali e legislazione italiana*, in *www.sioi.org*, secondo la quale seppur "per alcuni versi apprezzabile", la riforma del 2005 "non sembra aver risolto del tutto i problemi che si annidano dietro la previsione del processo contumaciale, la cui compatibilità con il sistema costituzionale è tutta da verificare. Del resto, la scelta di un provvedimento d'urgenza non ha certo agevolato una meditata riforma su un istituto da più di vent'anni sotto accusa da parte della comunità internazionale ed inspiegabilmente trascurato dal legislatore
Italiano".

[174] S. QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, cit.,* p. 102

[175] Per una più completa panoramica delle ipotesi in presenza delle quali, a seguito della legge 67 del 2014, il processo può celebrarsi senza l'imputato presente ( cd. assenza) si rinvia, tra gli altri, a S. QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, cit,* p. 98 - 106

[176] S. QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, cit.,* p. 102

# CAPITOLO II

# IL GIUSTO PROCESSO DI APPELLO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

## PARTE I

## Breve digressione sul ruolo della CEDU nell'ordinamento giuridico italiano

### 2.1.1. Premessa

Nel capitolo precedente si è cercato di fornire le ragioni per le quali il processo di appello appare oggi un elemento distonico nel sistema processuale italiano, con particolare attenzione alla disciplina dell'art. 603 c.p.p. che ne rappresenta il punto nodale da un lato, e, dall'altro, ne costituisce il principale elemento di dissonanza rispetto al modello di "giusto processo" cristallizzato nell'art. 111 della Costituzione. A partire dalle sentenze 348 e 349 del 2007, la Corte costituzionale riconosce alla CEDU rango sub- costituzionale, realizzando un'apertura del nostro ordinamento non solo al diritto cristallizzato nel testo della Convenzione, ma anche all'interpretazione che di esso fornisce la Corte europea mediante una giurisprudenza di carattere creativo. Tale considerazione fornisce un primo spunto circa le difficoltà dell'interprete di rapportarsi a un sistema giuridico di formazione prevalentemente giurisprudenziale. Come avremo modo di vedere nella seconda parte del capitolo, l'integrazione del testo della Convenzione effettuata dai giudici di Strasburgo è ampia e non di poco momento; nonostante l'art. 6 della c.e.d.u non facesse riferimento alla materia delle impugnazioni, i giudici europei hanno ricavato un insieme di principi e di criteri che costituiscono un vero e proprio "statuto convenzionale" del *fair trial* in giudizio di appello.

Considerata quindi la portata del diritto giurisprudenziale in sede Convenzionale, si ritiene che il principio di legalità, per come è tradizionalmente inteso, necessiti di un ripensamento o, quantomeno, di una lettura adeguatrice. Come è stato rilevato nel capitolo precedente, il legislatore della riforma costituzionale del 1999 è ancora animato dalla concezione tardo positivista secondo la quale è nella legge formale, che in quanto fonte di legittimazione e limite del potere parlamentare, si rinvengono le garanzie per un processo giusto. Anche nell'ordinamento convenzionale il principio di legalità viene sentito come strumento per proteggere l'imputato dagli abusi del potere, ma nell'ottica europea la legge deve essere intesa in senso sostanziale e non formale, essa può infatti essere di derivazione legislativa ma anche giurisprudenziale. Con l'apertura del nostro sistema a quello europeo quindi, il principio di legalità si arricchisce di un diritto di

carattere prevalentemente casistico e per comprendere la nozione di "giusto processo regolato dalla legge" si dovrà necessariamente guardare oltre i confini nazionali chiedendo all'interprete lo sforzo di adeguare un ordinamento codificato, come quello italiano, a una fonte di matrice prevalentemente giurisprudenziale.

Negli ultimi anni i giudici di Strasburgo sono stati ripetutamente chiamati a pronunciarsi sui connotati del giusto processo in appello, attraverso sentenze che si sono susseguite a ritmi serrati, le quali hanno avuto il merito di riportare l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza nazionale sulle anomalie del giudizio penale di seconda istanza, evidenziando l'urgenza di una riflessione sulla disciplina che ne costituisce il vero *vulnus* : la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale. Il quadro che si delinea è un dialogo, non sempre pacifico peraltro[177], tra Corti, interne e sovranazionali, che si sostanzia in un "gioco di rimandi delle giurisprudenze nazionali"[178] finalizzato a garantire la più ampia tutela dei diritti di ciascun individuo sottoposto a processo penale. Tale interazione tra sistemi giuridici costringe a un ripensamento di quelli che sono i modi tradizionali di intendere il diritto penale[179]. Il parametro in base al quale valutare la legittimità di una norma interna non è più una disposizione normativa di carattere precettivo o mera enunciazione di principio, ma è l'attività interpretativa di una Corte sovranazionale che si pronuncia con riferimento a un caso concreto e, nelle sentenze che vedremo, i giudici di Strasburgo hanno come interlocutori Stati diversi dall'Italia con tutti i problemi "di adattamento" che questo comporta. A questo proposito, la dottrina sottolinea come lo stesso criterio ermeneutico stia mutando : "non è più una conformazione tutta interna a un ordinamento, ma prospetta il complesso rapporto con una struttura pattizia sovranazionale, (…) è autentico meccanismo di integrazione normativa dell'ordinamento nazionale, con un controllo ex post, non è conformazione a norme o valori in esse espressi, bensì a decisioni, ancorchè emesse da un'autorità non formalmente sovraordinata alla giurisdizione nazionale, non è – soprattutto - euristica giudiziale libera nel metodo e polimorfa nei risultati, ma criterio rigido della stessa legittimità costituzionale"[180].

Partendo da queste premesse, in questo capitolo si cercherà di familiarizzare con il sistema europeo, al fine di comprenderne le caratteristiche e le ragioni che lo rendono differente dagli altri trattati di diritto internazionale. Si cercherà poi di mettere in luce il ruolo che la Corte Costituzionale ha rivestito nel processo di adeguamento al sistema convenzionale, oscillando tra un atteggiamento di apertura, inaugurato con le sentenze

[177] Di questo avviso F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte Costituzionale italiana e corte di Strasburgo tra "guerra" e "dialogo*", in *Diritto penale contemporaneo*

[178] L'espressione è di P. GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla CEDU: ovvero la ricombinazione genica del processo penale*, in *Diritto penale contemporaneo*

[179] In proposito si veda R. M. GERACI, *Sentenze della Corte EDU e revisione del processo penale*, Roma, 2012 ; R. KOSTORIS, *Verso un processo penale non più stato centrico*, in BALSAMO E R. KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008

[180] P. GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla CEDU*, cit.

del 2007, e il tentativo di preservare il proprio ruolo di custode della conformità della legge al diritto costituzionale. Il processo di adeguamento al diritto di Strasburgo è tuttora soggetto ad evoluzione come dimostra il fatto che la Corte costituzionale torni ad occuparsene nella recente sentenza 49 del 2015, la quale, come vedremo, lascia sussistere diversi punti interrogativi. Alla fine di questa prima parte, ci si interrogherà sulla possibile applicazione dell'istituto di creazione giurisprudenziale della cd. Revisione europea, nel caso in cui anche la disciplina italiana di cui all'art. 603 c.p.p. non dovesse superare il vaglio di compatibilità con l'art 6 della CEDU.

La seconda parte sarà dedicata all'analisi delle principali pronunce della Corte europea in tema di rinnovazione dell'istruttoria davanti al giudice di seconde cure, dalle quali si cercherà di ricavare dei criteri generali. La parte finale del capitolo sarà dedicata al principio di immediatezza, la cui elaborazione in ambito convenzionale non ricalca sempre le categorie concettuali proprie del giurista interno.

### 2.1.2. La Convenzione europea nel panorama internazionale: la genesi di un sistema giuridico sovrastatuale

La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo è "il principale organo del sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali della persona umana"[181], essa incarna l'esigenza di accordare una tutela di respiro sovranazionale agli individui che lamentino una violazione della Convenzione perpetuata agli organi giurisdizionali dei paesi che hanno ratificato la stessa. La sistematica violazione dei diritti umani e delle libertà fondamentali perpetrati durante il secondo conflitto mondiale ha contribuito a far maturare nella coscienza collettiva la necessità di salvaguardare in maniera più efficace quei valori considerati patrimonio comune dei paesi dell'Europa occidentale. Soltanto dopo gli orrori del '900, infatti, diviene improcrastinabile l'esigenza di rendere effettiva la tutela di quei diritti ritenuti facenti parte di un nucleo incomprimibile di garanzie da accordare a ciascuno. L'obiettivo di realizzare un sistema in grado di proteggere gli individui da violazioni poste in essere dalle giurisdizioni nazionali viene perseguito non a livello statuale, ma a livello sovranazionale dando vita ad organizzazioni internazionali e a carte dei diritti[182]. In questo contesto culturale e politico di accresciuta consapevolezza e di responsabilizzazione degli stati europei viene firmato nel 1949 il Trattato di Londra il quale dà vita al Consiglio d'Europa. Obiettivo della neonata organizzazione internazionale è quello di "attuare un'unione più stretta fra i

[181] G. RAIMONDI, *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, *editoriale scientifica*, 2008

[182] Si fa riferimento in particolare alla Dichiarazione universale dei diritti umani firmata a Parigi nel 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite;ai due patti internazionali approvati dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1966; a livello regionale alla Convenzione americana sui diritti umani aperta alla firma nel 1969; alla Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli aperta alla firma nel 1981 politici

Membri per tutelare e promuovere gli ideali e i principi che sono loro comune patrimonio e per favorire il loro progresso economico e sociale. Questo scopo sarà perseguito dagli organi del Consiglio (…) mediante la tutela e lo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali"[183]. Il primo impegno degli stati firmatari, tra i quali figura fin dalle origini l'Italia, fu la creazione di una Carta dei diritti la cui aspirazione era quella di far convergere il consenso degli stati aderenti che si impegnavano a riconoscere nei confronti dei soggetti sottoposti alla loro giurisdizione le libertà fondamentali enunciate nella Convenzione. Il frutto del consenso dei 12 stati che facevano parte del Consiglio d'Europa è la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, un trattato internazionale multilaterale che viene firmato a Roma il 4 novembre 1950 che entra in vigore tre anni dopo. Nel titolo I della Convenzione (art. da 2 a 18) vengono enunciati i "diritti e le libertà fondamentali" tra i quali particolare rilievo assume, ai fini del presente lavoro, il "diritto a un equo processo" contenuto nell'art 6.

Al fine di rendere effettiva la tutela e la salvaguardia dei principi considerati patrimonio comune delle democrazie occidentali, tuttavia, una carta dei diritti e delle libertà sul modello di quella approvata dalle Nazioni Unite, viene sentita come insufficiente. Per queste ragioni, si decise di istituire un organo giurisdizionale avente il compito di vegliare sulla corretta applicazione della Convenzione e sul rispetto dei diritti in essa sanciti[184]. La previsione della Corte ha reso possibile che la Carta del Consiglio d'Europa non restasse "lettera morta", ma le ha permesso di diventare uno strumento di tutela effettiva dei ricorrenti. Agli Stati ha consentito di acquisire consapevolezza circa l'adeguatezza o meno del loro sistema giudiziario agli standard imposti dalla CEDU e dall'interpretazione che ne viene data dalla Corte europea, avviando un processo di adattamento dei sistemi interni ai parametri convenzionali. Nel corso degli anni si è delineato un vero e proprio dialogo tra Corti : la Corte europea si fa interprete dei diritti sanciti nella Convenzione, le Corti nazionali recepiscono le *rationes decidendi* contenute nelle pronunce della corte, a volte affermando l'adeguatezza del proprio diritto interno, a volte offrendone interpretazioni restrittive celandosi dietro la tecnica del *distinguishing.* Oggetto del presente contributo è proprio l'intento di ricavare dal *case- law* della Corte europea in tema di *fair trial* in appello, le linee guida per un ripensamento costituzionalmente e convenzionalmente orientato della disciplina codicistica dell'appello, con particolare attenzione al tema della "rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale" prevista in termini di eccezionalità dall'art.603 c.p.p. Per raggiungere questo obiettivo, non si può prescindere dalla disamina di alcune pronunce

[183] Statuto del Consiglio d'Europa, art. 1

[184] Sull'importanza della previsione di un organo dotato di poteri giurisdizionali si veda V. ZAGREBELSKY, *La Corte europea dei diritti dell'uomo dopo sessant'anni. Pensieri di un giudice a fine mandato*, in *Centro studi sul federalismo*, Torino, 2012

della Corte di Cassazione che hanno recepito, in modo più o meno fedele, la giurisprudenza della Corte europea nella materia in esame.

### 2.1.3 Il ricorso individuale alla Corte EDU come strumento di tutela dei diritti fondamentali

In seno ai lavori preparatori vennero inizialmente previsti due organi di carattere giurisdizionale: la Commissione, la quale aveva il compito di verificare la ricevibilità di un ricorso, istruire la causa e infine formulare un parere nel quale formulava un'opinione sulla fattispecie sottoposta alla sua attenzione ; e la Corte Europea la quale doveva, nel sistema previgente, esaminare il rapporto della Commissione, le memorie depositate dalle parti, e infine avrebbe instaurato un vero e proprio processo all'esito del quale avrebbe ritenuto sussistente o insussistente la violazione della Convenzione da parte di uno Stato contraente. Con l'entrata in vigore del Protocollo nr.11[185] , le funzioni giurisdizionali vengono accentrate in seno alla Corte europea dei diritti dell'uomo, la cui competenza si estende a "tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli che siano sottoposte a essa alle condizioni previste dagli articoli 33( ricorso da parte degli stati), 34( ricorso individuale), e 47 (funzioni consultive)"[186].

La Convenzione prevede che gli Stati contraenti possano presentare un ricorso alla Corte lamentando la violazione dei diritti fondamentali in essa sanciti da parte di altri stati membri[187]. Tuttavia, questo meccanismo di ricorso probabilmente non avrebbe consentito alla Corte di acquistare quel primato sul piano della tutela dei diritti che ha guadagnato negli ultimi decenni. L'elemento che pone la Corte Europea su un piano privilegiato nella tutela dei diritti è stata la previsione di un ricorso individuale, oggi disciplinato dall'art. 34 CEDU. Mentre il precedente art. 25 CEDU prevedeva modalità di ricorso individuale più complesse[188], il Protocollo n.11 ha apportato una semplificazione consentendo a ciascun individuo soggetto alla giurisdizione di uno stato che ha aderito alla CEDU, dopo che ha esperito tutte le vie di ricorso interne[189], di adire la corte entro sei mesi che decorrono dalla data della pronuncia definitiva. Nel caso italiano, e con particolare riferimento al processo penale, l'imputato che dopo aver

[185] Nel corso degli anni la corte si è arricchita di diversi protocolli, il numero 11 entra in vigore il 1 novembre 1998 ed istituisce un unico organo con funzioni giurisdizionali : la Corte europea dei diritti dell'uomo che svolge i compiti prima assegnati alla Commissione e alla Corte.

[186] Convenzione europea dei diritti dell'uomo , articolo 32

[187] Si veda in proposito l'art 33 CEDU

[188] Infatti il ricorso individuale era rivolto alla Commissione e non era aperto a tutti gli stati che avevano ratificato la Convenzione ma era condizionato dall'accettazione di una clausola opzionale contenuta nello stesso articolo 25 CEDU

[189] È questo un aspetto molto rilevante, che verrà trattato nel paragrafo 2.5 del presente capitolo. Infatti la possibilità di adire la Corte solo dopo l'esaurimento della impugnazioni interne fa sorgere il problema di un possibile contrasto tra pronuncia di condanna emessa in sede europea con quella emessa in sede nazionale ormai passata in giudicato

esperito i due gradi di giudizio di merito e aver proposto ricorso in Cassazione ritenga di essere vittima di una violazione dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU, ha la possibilità di rivolgersi alla Corte e di ottenere il riconoscimento della violazione perpetrata nei propri confronti dallo stato italiano. Le sentenze che verranno analizzate nella parte seconda del capitolo hanno origine da ricorsi individuali, che hanno consentito alla Corte di sviluppare una giurisprudenza particolarmente feconda in materie di preminente rilievo per il rispetto dei diritti fondamentali dell'imputato. Non si dubita del fatto che "la formazione di una ricchissima giurisprudenza sul diritto di Strasburgo, presidio della effettività della garanzia collettiva dei diritti individuali contenuta nella Convenzione, è merito per l'appunto della esistenza del ricorso individuale,senza il quale gli organi di Strasburgo (..) sarebbero stati senz'altro collocati in un angolo della realtà istituzionale europea"[190].

### 2.1.4 L'adeguamento "preventivo" al sistema convenzionale: il rango della CEDU nella gerarchia delle fonti

Il problema dei rapporti con gli ordinamenti nazionali non venne risolto in sede di redazione della Convenzione, non fu prevista infatti nessuna disposizione che obbligasse gli Stati circa gli strumenti da adottare nell'operazione di recepimento della CEDU. Nonostante questo ampio margine di discrezionalità circa le modalità di implementazione del diritto convenzionale, la panoramica comparatistica evidenzia come gli Stati abbiano considerato la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo importanti strumenti di integrazione dei cataloghi interni. La strada da percorrere era ormai segnata: la comunità internazionale era consapevole che il rispetto dei diritti fondamentali poteva realizzarsi compiutamente a livello sovranazionale, in un'ottica di tutela multilivello dei diritti. Ciò nonostante, la CEDU occupa, nei diversi ordinamenti, posizioni differenti nella gerarchia delle fonti.

Alcuni stati, tra cui l'Austria[191], l'Olanda[192] e la Spagna[193] decisero di incorporare la CEDU nell'ordinamento nazionale conferendole rango costituzionale, di conseguenza

[190] G. RAIMONDI, Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cit.

[191] L'art 50 della Costituzione austriaca prevede che le norme convenzionali modificative o integrative della Costituzione vengano recepite con legge costituzionale o disposizione costituzionale contenuta in legge ordinaria che deve essere adottata dal Consiglio Nazionale con le modalità e le maggioranze con cui si adottano le leggi costituzionali interne.

[192] Gli art. 91-95 della Costituzione olandese conferiscono un primato al diritto internazionale pattizio non solo rispetto alle norme interne ma anche rispetto alla Costituzione. L'ordinamento olandese ha peraltro un'altra particolarità che consiste nella possibilità di far valere davanti ai giudizi nazionali la violazione di una disposizione della CEDU ( self-executing) e il giudice dovrà disapplicare la norma interna contrastante e dovrà applicare quella convenzionale.

[193] Secondo l'art 10 co 2 " le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà riconosciute dalla Costituzione, si interpretano in conformità della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo e ai Trattati e accordi internazionali sulle stesse materie ratificate falla Spagna".

i diritti e le libertà fondamentali in essa enunciati e la loro interpretazione ad opera della Corte europea vennero equiparati ai diritti sanciti e protetti nelle loro carte costituzionali, affinché occupassero il medesimo rango nella gerarchia delle fonti.

Altri paesi, invece, come il Regno Unito, non recepirono la CEDU con un atto formale, tuttavia i tribunali nazionali hanno sempre fatto riferimento ad essa applicando le sue disposizioni nei casi in cui il diritto interno fosse lacunoso o ambiguo. È storia recente, l'adozione di un catalogo scritto di diritti fondamentali, lo *Human Rights Act* entrato in vigore nel 1998, con cui il Regno Unito ha formalmente accolto nel proprio ordinamento la Convenzione europea[194].

Una terza via fu quella di conferire alla CEDU rango di legge ordinaria. In un primo momento fu questa la scelta dell'Italia[195] : come tutti i trattati internazionali per poter esplicare effetti nel diritti interno devono essere recepiti con un atto normativo, espressione della potestà legislativa dello stato, così la CEDU venne ratificata e resa esecutiva con legge 848 del 1955. La Convenzione europea rivestì nella gerarchia delle fonti lo stesso rango dello strumento che le consentì di esplicare effetti nel nostro ordinamento, vale a dire la legge ordinaria. La soluzione originariamente adottata dal legislatore non era, tuttavia, scevra di criticità: ripugnava infatti la possibilità che una Carta, cui era demandata la protezione dei diritti fondamentali degli individui, potesse essere, per il principio di successione delle leggi nel tempo, abrogata da una legge ordinaria. Un siffatto assetto non risultava soddisfacente in quanto, da un lato metteva a rischio gli impegni internazionali assunti dal nostro paese e, dall'altro, si profilava l'eventualità che i diritti, la cui protezione poteva essere pienamente garantita a livello sovranazionale, si traducesse, di fatto, in una tutela affievolita da parte degli organi giurisdizionali nazionali.

La dottrina, dal canto suo, prospettò delle soluzioni che consentissero di arginare il problema della collocazione della CEDU nel sistema delle fonti, cercando di trovare

[194] Inoltre lo *Human Rights Act* ha previsto che le leggi britanniche devono essere interpretate e applicate dai giudici in maniera conforme ai diritti garantiti nella Convenzione cosi come interpretati dalla giurisprudenza di Strasburgo. Se però le disposizioni nazionali, in virtù del loro tenore letterale, risultano inconciliabili con le norme convenzionali, le Corti inglesi (non solo la Supreme Court, ma anche le Corti d'Appello e persino le High Courts) possono emanare una «declaration of incompatibility» la quale non priva le norme della loro validità e non produce effetti nel giudizio in cui è stata emessa. Essa tuttavia rappresenta una sorta di monito per il governo inglese può emanare un atto che modifichi le disposizioni che contrastano con la Convenzione e fatta salva la possibilità che sia il Parlamento stesso a emendare la legge dichiarata incompatibile con la CEDU

[195] Per una trattazione della CEDU nel sistema delle fonti interne con cenni diritto comparato, si veda C. MEOLI, *Il trattamento giurisdizionale della CEDU e delle norme con essa configgenti: il recente contributo della giurisprudenza costituzionale italiana*, in Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa (www.europeanrights.eu), 2008 ; M. CARTABIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, p. 33-56

"un appiglio" nella Costituzione[196]; una norma, insomma, che potesse dotare la CEDU di una resistenza passiva rafforzata, tale da sottrarla alle deroghe in cui sarebbe incorsa con l'applicazione del criterio cronologico. La Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sul punto, riconobbe per la prima volta la specialità della CEDU tra i trattati internazionali nella sentenza 10 del 1993; tuttavia tale presa di posizione resta in un *obiter dictum* a cui le pronunce successive non avrebbero dato seguito. Secondo la Corte Costituzionale le disposizioni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sono "norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e come tali insuscettibili di modificazione da parte delle disposizioni di legge ordinaria". La sentenza del 1993 rappresenta una prima timida apertura al sistema convenzionale, il quale viene sottratto dall'ambito di operatività del criterio cronologico, mediante il riconoscimento di una particolare forza passiva della legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Un momento di svolta si ebbe con le sentenze della Corte Costituzionale 348 e 349 del 2007[197], le quali portarono all'"apertura" del nostro ordinamento al sistema convenzionale, sgombrando il campo dai diversi orientamenti dottrinali che, fino a quel momento, avevano cercato di ricondurre la CEDU entro l'ambito di operatività di una disposizione costituzionale. Fu l'entrata in vigore della Legge cost. 3 del 2001, di riforma del titolo V parte seconda della Costituzione, che modificando dell'art. 117 Cost. e introducendo il vincolo per il legislatore nazionale di rispettare gli "obblighi internazionali", consentì ai giudici della Consulta di individuare la norma chiave per l'adeguamento dell'ordinamento italiano agli obblighi derivanti dall'adesione alla CEDU, conferendole rango sub-costituzionale.

La prospettiva di una diretta applicazione della CEDU da parte dei giudici ordinari, con contestuale disapplicazione delle norme interne contrastanti, rappresentò l'occasione per la Corte Costituzionale di riaffermare il proprio ruolo di giudice di

[196] Un primo filone dottrinario riconosce alla CEDU un valore superiore alla legge ordinaria in quanto la colloca nell'alveo dell'art 2 Costituzione che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo. Il punto di partenza di questa tesi è che il catalogo di diritti enunciato nell'art 2 non sia tassativo ma abbia carattere aperto, tale quindi da ricomprendere diritti non contemplati nel testo costituzionale. Un secondo filone dottrinale individuava nell'art 10 Cost. la norma che potesse dare copertura costituzionale alla c.e.d.u. Questo articolo al co 1 prevede che "L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute" consentendo in questo modo un adeguamento continuo e automatico dell'ordinamento italiano al diritto internazionale consuetudinario. Secondo parte della dottrina questo meccanismo di rinvio automatico avrebbe potuto operare anche con riferimento alla CEDU. Il terzo tentativo della dottrina fu quello di fare riferimento all'art 11 Cost , anche se la giurisprudenza costituzionale ha costantemente letto le limitazioni di sovranità di cui all'art 11 come strumento idoneo a coprire i trattati istitutivi delle comunità europee e dell'unione europea tendendo ben separate le norme comunitarie da quelle internazionali come quelle riconducibili al Consiglio d'Europa.

[197] Corte cost., sent. 22 ottobre 2007, n. 348 in materia di indennità di espropriazione ; Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 349 in materia di occupazione acquisitiva

legittimità, evitando che le disposizioni della Convenzione europea divenissero oggetto di controllo diffuso da parte dei giudici nazionali[198].

Preliminarmente, la Corte sgombrò il campo dall'eventualità che l'art 10, comma 1, della Costituzione, facendo riferimento "ai vincoli derivanti (…) dagli obblighi internazionali", potesse costituire il riferimento normativo per riconoscere copertura costituzionale alla CEDU; esso consentiva un adattamento automatico e continuo del nostro ordinamento ai principi generali e alle norme consuetudinarie, ma non era applicabile nei confronti del diritto pattizio. D'altro canto, l'art. 117, comma primo, Cost. nella sua nuova formulazione imponeva al legislatore il vincolo di rispettare "l'ordinamento comunitario" e "gli obblighi internazionali", consentendo di tracciare una linea di demarcazione netta tra le due fonti normative, le quali "entrano" nel nostro ordinamento attraverso disposizioni diverse.

I giudici della Consulta ritennero che l'art. 11 della Cost. costituisse la copertura costituzionale del diritto dell'Unione Europea, mentre con riferimento al diritto convenzionale, non era individuabile alcuna limitazione di sovranità[199]. Tuttavia, nelle "sentenze gemelle" era contenuta l'affermazione che tra gli "obblighi internazionali" di cui all'art. 117, primo comma, della Costituzione, che vincolano la potestà legislativa dello Stato e delle regioni, è compresa la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che differisce dagli altri trattati internazionali, in quanto prevede un organo giurisdizionale, cui è demandato il compito di garantire il rispetto dei diritti in essa affermati. L'adesione alla CEDU da parte del nostro ordinamento, con la sottoscrizione e la ratifica della stessa, ha comportato che tra gli obblighi internazionali vi fosse quello di adeguare la legislazione interna alle disposizioni convenzionali, nel significato ad esse attribuito dal loro giudice: la Corte europea, dotata di una "funzione interpretativa eminente"[200], in forza del dettato dell'art. 32 della c.e.d.u.. La competenza della Corte di Strasburgo non si sovrappone a quella degli organi giudiziari nazionali infatti, alla Corte europea è demandato il compito di interpretare le disposizioni convenzionali in vista di stabilire degli standard minimi di protezione dei diritti fondamentali, che devono essere garantiti in tutti gli Stati aderenti. Alla Corte costituzionale, "qualora sia sollevata una questione di legittimità costituzionale di una norma nazionale rispetto all'art. 117, primo comma, Cost., per contrasto – insanabile per via interpretativa – con una o più norme della CEDU, spetta invece accertare il contrasto e, in caso affermativo,

[198] Per un riferimento a tale aspetto si veda Corte cost., sent. 22 ottobre 2007, n. 348, paragrafo 4.3. C*onsiderato in diritto*. Nel senso che i giudici costituzionali erano preoccupati di salvaguardare il loro ruolo di custodi della Costituzione, F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche,* cit., p. 8-10, secondo il quale la Corte di cassazione, con la sentenza Dorigo del 2006, aveva riconosciuto alle pronunce della Corte EDU, che accertavano una violazione della Convenzione, la forza di paralizzare il giudicato interno, di fatto applicando direttamente la c.e.d.u e disapplicando l'art. 650 c.p. che attribuisce forza esecutiva alle sentenze di condanna non più soggette a impugnazioni ordinarie

[199] Corte cost., sent. 22 ottobre 2007, n. 349, punto 6.1 dei *Considerato in diritto*

[200] Corte cost., sent. 22 ottobre 2007, n. 348, punto 4.6 dei *Considerato in diritto*

verificare se le stesse norme CEDU, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana"[201].

L'art. 117, primo comma, Cost. divenne, a seguito di queste affermazioni, una sorta di "norma contenitore", la quale veniva integrata dal diritto convenzionale, consentendo che i principi in essa sanciti e l'interpretazione che di essi dava la Corte europea entrassero nell'ordinamento interno con rango sub-costituzionale. A differenza, quindi, delle disposizioni comunitarie che producono effetti diretti nell'ordinamento nazionale, il diritto convenzionale si sottrae alla possibilità che i giudici comuni disapplichino le norme interne ritenute incompatibili con la CEDU, restando in capo ai giudici della Consulta il sindacato di legittimità con la Costituzione.

L'apertura al sistema convenzionale che si realizza grazie alle sentenze del 2007 ravvisa nell'art. 117, primo comma, Cost. la via attraverso cui le norme della CEDU entrano nell'ordinamento interno; sicché esse, da un lato, limitano la discrezionalità del legislatore ordinario *pro futuro* e, dall'altro, costituiscono parametro interposto per la valutazione di legittimità costituzionale degli atti legislativi[202].

Il meccanismo di "adeguamento preventivo" descritto nelle sentenze 348 e 349 del 2007 si articola in un duplice vaglio : in primo luogo, il giudice nazionale, qualora ravvisi un contrasto tra la normativa interna e la CEDU, dovrà interpretare la prima in maniera conforme al diritto convenzionale, come esso "vive" nella giurisprudenza della Corte europea, nei limiti in cui ciò sia consentito dal testo della disposizione; laddove invece il contrasto non sia sanabile in via interpretativa, il giudice nazionale dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale, impugnando la norma interna per contrasto con l'art. 117, primo comma, Costituzione, in quanto viola la CEDU. Alla Corte Costituzionale è demandato "il compito anzitutto di verificare che il contrasto sussista e che sia effettivamente insanabile attraverso un'interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo. (…) In caso di contrasto, dovrà essere dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione interna per violazione dell'art 117, primo comma, Cost. , in relazione all'invocata norma CEDU."[203]

[201] Corte cost., sent. 22 ottobre 2007, n. 349, punto 6.2 dei *Considerato in diritto*

[202] Corte cost., sent. 22 ottobre 2007, n. 349, punto 6.2 "con l'art 117 primo comma si è realizzato un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere qualificata norma interposta, e che è soggetta a sua volta ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione"

[203] Corte cost., sent. 26 novembre 2009, n. 311

### 2.1.5. La Corte Costituzionale dopo le "sentenze gemelle": le "barriere" al diritto di Strasburgo

La Corte Costituzionale con le sentenze del 2007 aprì coraggiosamente le porte del nostro ordinamento al diritto convenzionale, animata dalla consapevolezza che il processo di compenetrazione tra ordinamento giuridico interno e quello sovranazionale fosse ormai inarrestabile. Contemporaneamente, tuttavia, già a partire dalle sentenze del 2007, emerse la preoccupazione da parte dei giudici della Consulta di mantenere ben salde le loro prerogative, prevedendo un controllo di costituzionalità accentrato con riferimento alle disposizioni convenzionali. Anche nelle pronunce successive la Corte costituzionale in linea di principio adottò un atteggiamento di apertura verso il diritto convenzionale, ma non mancò di predisporre una serie di cautele e riserve, finalizzate a salvaguardare il suo ruolo di custode dell'ordinamento interno, limitando di fatto la penetrazione del diritto convenzionale.

Una prima "barriera", che i giudici costituzionali apposero all'ingresso del diritto convenzionale nel nostro ordinamento, venne enunciata nella sentenza 348 del 2007, nella quale la Corte affermò che "la particolare natura delle stesse norme (quelle convenzionali), diverse sia da quelle comunitarie, sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali"[204]. Di conseguenza, le norme della CEDU, pur avendo una copertura costituzionale nell'art. 117, primo comma, non sono immuni da un controllo di compatibilità che non ha ad oggetto solamente il nucleo dei diritti fondamentali, come avviene per il diritto comunitario, ma riguarda tutte le disposizioni costituzionali. La novità più importante delle sentenze del 2007[205] fu un diverso modo di rapportarsi alla violazione degli obblighi internazionali, che fino a quel momento potevano essere infranti dallo Stato, senza che vi fossero ripercussioni nel diritto interno, restando i giudici vincolati ad applicare le disposizioni nazionali. Con le sentenze 348 e 349 del 2007, invece, la violazione degli obblighi internazionali, assunti con l'adesione al sistema convenzionale, si traduce nell'invalidità delle disposizioni nazionali con essi contrastante, che viene dichiarata dalla Corte Costituzionale. Le norme della CEDU sono a loro volta soggette al sindacato dei giudici della Consulta, i quali ne vagliano la compatibilità con tutte le disposizioni costituzionali. Nelle sentenze del 2007, la Corte ripropose così la tematica dei "controlimiti"[206] , già enucleata con riferimento al diritto

[204] Corte cost., sent. 22 ottobre 2007, n. 349, punto 4.7

[205] Di questo avviso F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche,* cit.

[206] In questo senso E. MOTTESE, *Tutela multilivello dei diritti fondamentali e teoria dei contro limiti. Il sistema europeo di protezione dei diritti umani nei rapporti tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo : una integrazione 'limitata',* in *www.lex.unict.it*, nel quale " la novità, se cosi la si può chiamare, rispetto alla versione originaria di detta dottrina è che i controlimiti si sono 'allargati' fino a ricomprendere nella nozione di limite il rispetto non più solo dei principi

dell'Unione europea, ma ne estese il contenuto al di là dei principi fondamentali, bloccando per questa via l'ingresso delle disposizioni convenzionali in tutti i casi in cui esse risultassero contrarie a qualunque norma costituzionale. Apertura al sistema convenzionale quindi, ma i giudici di legittimità non rinunciarono al loro ruolo di custodi dell'intero testo costituzionale, potendo azionare i cd. "controlimiti". Per questa via impedendo la penetrazione del diritto di Strasburgo nel nostro ordinamento, in nome della salvaguardia di principi e di valori costituzionalmente protetti poziori rispetto all'obbligo discendente dall'art. 117, primo comma, della Costituzione, che impone il rispetto degli obblighi sovranazionali[207].

Negli anni successivi la Corte Costituzionale tornò ad occuparsi dell'efficacia della CEDU nell'ordinamento interno e del ruolo dei giudici nazionali e della Corte di Strasburgo, nell'interpretazione della Convenzione europea. Nelle sentenze 111 e 117 del 2009[208], infatti, i giudici della Consulta affermarono che "questa Corte non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella data dalla Corte di Strasburgo (…) in violazione di un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e la ratifica, senza l'apposizione di riserve, della Convenzione"[209]. Da quanto si evince da queste pronunce, la Corte Costituzionale valorizzò al massimo grado il ruolo della Corte di Strasburgo di custode del diritto convenzionale, non potendo sostituire la propria interpretazione a quella accordata in sede sovranazionale, "ma alla Corte Costituzionale compete, questo sì, di verificare se la norma della CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti la nostra Costituzione"[210]. Accanto a un atteggiamento di apertura e di adesione al sistema convenzionale, la Corte costituzionale si fece portatrice anche di istanze volte a ridimensionare l'importanza delle indicazioni provenienti da Strasburgo, ritagliando per sé un ambito entro il quale "valutare come e in quale misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano"[211].

In primo luogo nelle stesse sentenze 311 e 317 del 2009 la Corte incluse nel proprio controllo di costituzionalità la verifica dell'intensità di tutela che la norma

---

fondamentali dell'ordinamento interno ivi compresi i diritti inviolabili dell'uomo (come avviene con riferimento ai rapporti tra diritto interno e diritto comunitario), ma di ogni disposizione costituzionale con cui la norma 'esterna'possa venire in contrasto"

[207] Nella recente sentenza della Corte costituzionale 49 del 2015, come vedremo nei paragrafi seguenti, si torna a parlare di 'controlimiti'. La Corte di cassazione, sezione terza, solleva la questione di legittimità costituzionale chiedendo alla Corte costituzionale di azionare i 'controlimiti', impedendo al diritto convenzionale formatosi in materia di confisca a seguito di lottizzazione abusiva di entrare nel nostro ordinamento

[208] Per un commento si veda A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. n. 311 e 317 del 2009),* in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009

[209] Corte cost., sent. 30 novembre 2009, n. 117 al punto n. 7 del "considerato in diritto"

[210] Corte cost., sent. 26 novembre 2009, n. 311

[211] Corte cost., 19 luglio 2011, n. 236, punto 9 dei *considerato in diritto*

nazionale e quella convenzionale accordavano al diritto fondamentale in questione. Dal rispetto degli obblighi internazionali, infatti, secondo i giudici della Consulta, non può mai derivare una diminuzione di tutela dei diritti fondamentali che trovano riconoscimento anche nell'ordinamento interno, come del resto si ricava dall'art. 53 della Convenzione[212]. La conseguenza che ne trassero i giudici costituzionali fu che il recepimento del diritto della CEDU, per il tramite dell'art. 117, primo comma, della Cost., non avrebbe mai potuto comportare uno standard di tutela del diritto fondamentale in questione inferiore a quello già accordato dall'ordinamento interno, per cui il vaglio di compatibilità con la Carta costituzionale deve essere effettuato avendo come riferimento la "massima espansione delle garanzie".

Tale criterio si poneva in linea con le carte dei diritti fondamentali previste a livello internazionale, aventi la finalità di accordare uno standard minimo di protezione agli individui, lasciando liberi gli Stati membri di accordare un livello di tutela superiore; l'aspetto problematico fu la lettura che ne fece la Corte costituzionale, la quale ritenne che nel criterio della "massima espansione delle garanzie" fosse compreso il "necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela"[213]. In sostanza, i giudici costituzionali riferirono il principio della "massima espansione delle garanzie" non al singolo diritto che entrava di volta in volta in considerazione, ma a tutte le disposizioni costituzionali, in nome della più ampia tutela possibile dell'insieme dei valori e dei principi che trovavano riconoscimento nella Costituzione. Questo approccio comportò la possibilità per i giudici della Consulta di discostarsi dagli orientamenti interpretativi di Strasburgo: allo scopo di accordare il maggior livello di tutela di tutti gli interessi costituzionalmente protetti, il singolo diritto oggetto di sindacato avrebbe potuto subire, concretamente, una compressione dello standard minimo di protezione fissato a livello sovranazionale. Attraverso il criterio della "massima espansione delle garanzie", i giudici costituzionali si riservarono quindi di valutare l'impatto che il diritto convenzionalmente protetto avrebbe prodotto sull'insieme dei valori costituzionalmente tutelati, effettuando un nuovo bilanciamento, che di fatto si sostituiva a quello di Strasburgo[214].

---

[212] Convenzione europea dei diritti dell'uomo art. 53 "Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i Diritti dell'Uomo e le Libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte Contraente o in base ad ogni altro accordo al quale essa partecipi"

[213] Corte cost., 30 novembre 2009, n. 317, punto 7

[214] Dell'opinione che la lettura che i giudici costituzionali fanno del criterio della "massima espansione delle garanzie" abbia comportato un nuovo bilanciamento degli interessi effettuato a Strasburgo, violando l'obbligo di rispettare il diritto convenzionale F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche, cit.*; di opinione contraria E. LAMARQUE, *Tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Dir. Pubbl.*, n. 3/3013, secondo la quale "un nuovo diritto proveniente dall'esterno può comprimere o trasformare la consistenza di altri diritti o interessi costituzionalmente rilevanti in un modo e in misura non individuabili in astratto, ma solo dopo

Un altro argomento, che i giudici costituzionali utilizzarono nelle loro pronunce e che comportò una restrizione all'ingresso del diritto convenzionale nel nostro ordinamento, fu il richiamo al "margine di apprezzamento nazionale". Tale criterio fu elaborato nella giurisprudenza di Strasburgo, ma venne utilizzato dai giudici costituzionali in un'accezione ben diversa. In sede convenzionale, infatti, esso costituisce "quel margine in cui la Corte riconosce agli Stati libertà di azione e di manovra, prima di dichiarare che la misura statale di deroga, di limitazione o di interferenza con una libertà garantita dalla CEDU configuri una concreta violazione della Convenzione stessa: si tratta quindi di un "confine" tra misure ammesse (in quanto interne al "margine di apprezzamento") e misure non ammesse (in quanto eccedenti tale margine e quindi costituenti violazioni della Convenzione)"[215]. L'operatività del criterio in sede sovranazionale è quindi cronologicamente circoscritta a un momento in cui la Corte europea non ha ancora ritenuto integrata la violazione del diritto convenzionale; tuttavia, esso viene utilizzato dai giudici costituzionali quando la Corte di Strasburgo ha già compiuto il vaglio di compatibilità con la CEDU. Dal momento in cui la Corte europea ha ritenuto integrata la violazione, infatti, il bilanciamento tra diritto fondamentale e i contro interessi in gioco è già stato effettuato, per cui in capo allo Stato non residua più alcun margine di apprezzamento; semmai quest'ultimo potrà valutare le modalità con le quali eseguire la sentenza, ma non potrà effettuare una nuova valutazione degli interessi in gioco. Nella sentenza 236 del 2011 i giudici della Consulta ripresero la giurisprudenza precedente, ribadendo che è precluso alla Corte costituzionale sindacare l'interpretazione della Convenzione fornita dalla Corte di Strasburgo; tuttavia le "compete di apprezzare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata ad inserirsi"[216]. In altri termini, i giudici di legittimità si servono del margine di apprezzamento per compiere un vaglio ulteriore in sede di recepimento del diritto sovranazionale che è finalizzato ad accordare una tutela dei diritti "sistemica e non frazionata"[217]. Secondo i giudici costituzionali, infatti, la valutazione della Corte europea avrebbe carattere atomistico, incentrata sulla tutela del singolo diritto invocato dal ricorrente[218];

---

che gli effetti si sono prodotti". Spetta di conseguenza alla Corte costituzionale effettuare un bilanciamento tra il nuovo diritto e l'insieme dei valori e interessi costituzionalmente protetti

[215] F. DONATI E P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *archivio.rivistaaic.it*

[216] Corte Cost, sent. 19 luglio 2011, n. 236, punto 9

[217] Corte cost., 30 novembre 2009, n. 317, punto 7

[218] Di parere opposto rispetto a quanto sostenuto dalla Corte Costituzionale F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche,* cit., secondo il quale l'affermazione che la Corte europea avrebbe un approccio atomistico non rende ragione del suo "modus operandi". In ogni giudizio essa si fa infatti carico di "bilanciare le ragioni di tutela di tale diritto con l'insieme dei contro

spetterebbe invece alla stessa Corte Costituzionale "il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati,"[219] esercitando un margine di apprezzamento che tenga conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico italiano.

La giurisprudenza costituzionale, inaugurata con le sentenze gemelle, ha contribuito in maniera determinante a spostare il baricentro della materia penale, tradizionalmente considerata oggetto della sovranità statuale, a livello sovranazionale. L'interventismo sempre crescente della Corte EDU in materia di tutela dei diritti fondamentali ha comportato che il giudice convenzionale divenisse un interlocutore privilegiato per le Corti nazionali, una presenza talvolta sentita come invadente dalla Corte costituzionale, gelosa custode dell'ordinamento interno. L'apertura al sistema convenzionale si presenta, infatti, come un percorso accidentato, non privo di spinte autarchiche e ancora non pienamente realizzato. La Corte costituzionale appare costantemente alla ricerca di un punto di equilibrio, se si vuole di un bilanciamento, tra l'accoglimento pieno del diritto convenzionale e della giurisprudenza di Strasburgo, secondo quanto previsto dall'art. 117, primo comma, della Costituzione e un atteggiamento di difesa del sistema giuridico italiano, dei principi e dei valori che trovano riconoscimento nella Carta costituzionale. Se infatti l'adesione piena al diritto convenzionale e l'obbligo di conformarsi ad esso viene costantemente richiamato nelle sentenze che si sono succedute dal 2007 in poi, a un'attenta lettura non sfugge come la Corte abbia eretto delle barriere volte a frenare la "discesa" del diritto di Strasburgo. Il processo di adeguamento al sistema convenzionale si presenta, secondo quanto si diceva, ancora in divenire, come dimostra il fatto che la Corte costituzionale torna ad occuparsi del rapporto tra diritto nazionale e diritto di Strasburgo nella sentenza 49 del 2015, nella quale peraltro restano irrisolti degli aspetti che lasciano presagire nuovi sviluppi.

### 2.1.6. I più recenti approdi della Corte costituzionale

La sentenza 49 del 2015[220] apre nuovi scenari in tema di adeguamento del nostro ordinamento al sistema della CEDU, introducendo un criterio, quello della

interessi invocati in sede processuale dallo stato resistente , onde verificare se la necessità di tutela di tali interessi giustifichi la limitazione del diritto del ricorrente"

[219] Corte cost., 30 novembre 2009, n. 317, punto 7

[220] Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49. Ai fini del presente contributo ci avvale degli autorevoli commenti alla sentenza di D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte. Cost. n. 49/2015*, in *Diritto penale contemporaneo*; F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, in *Diritto penale contemporaneo*; A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in Diritto penale contemporaneo; V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Rivista AIC*

"giurisprudenza consolidata", che nelle pronunce precedenti era stato solamente accennato. I giudici della Consulta tornano ad occuparsi del rapporto tra diritto interno e diritto convenzionale, con riferimento alla confisca disposta a seguito dell'accertamento definitivo del reato di lottizzazione abusiva[221]. Secondo l'interpretazione consolidata della Corte di cassazione la confisca ha natura di sanzione amministrativa e il giudice la dispone anche quando il reato di lottizzazione abusiva – integrato nei suoi elementi soggettivi e oggettivi - venga dichiarato prescritto. La Corte di Strasburgo, tuttavia, ha ritenuto nella sentenza Varvara c. Italia del 2013[222] che la confisca ha natura di sanzione penale, pertanto la sua applicazione presuppone necessariamente la condanna dell'imputato; il diritto vivente italiano, che prevede la confisca anche a seguito della dichiarazione di prescrizione del reato, viola pertanto l'art. 7 della CEDU, letto anche mediante l'angolo visuale della presunzione d'innocenza di cui all'art. 6 paragrafo 2. Se questo è, seppure per sommi capi, il contesto di riferimento, la Corte di costituzionale viene investita di due questioni di legittimità costituzionale finalizzate ad ottenere due esiti di segno opposto: il Tribunale di Teramo chiede ai giudici della Consulta il superamento del diritto vivente nazionale, con conseguente adeguamento al diritto di Strasburgo[223]; la sezione terza della Cassazione chiede di azionare i cd. "controlimiti", ossia di impedire al diritto convenzionale di penetrare nell'ordinamento interno, in nome della salvaguardia di principi e valori costituzionalmente protetti, poziori rispetto all'obbligo discendente dall'art. 117, comma 1, della Costituzione[224]. La Corte costituzionale dichiara entrambe le questioni inammissibili e non perde l'occasione di pronunciarsi nuovamente in materia di rapporti tra diritto convenzionale e diritto interno, alla ricerca di un equilibrio che, ad un'attenta lettura, pare precario. Tutta la sentenza ruota infatti attorno a due norme, : l'una, l'art. 117, comma 1, della Costituzione, dalla quale discende l'obbligo di interpretazione conforme al diritto convenzionale da parte del giudice ordinario e tale

[221] Si fa riferimento all'art. 44, comma 2, del d.P.R. 380/2001 il quale stabilisce: " la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva,dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite"

[222] Corte EDU, 20 ottobre 2013, Varvara c. Italia

[223] Corte cost, 14 gennaio 2015, n. 49, punto 6 *Ritenuto in fatto* : " Con ordinanza depositata il 17 gennaio 2014 (r.o. n. 101 del 2014), il Tribunale ordinario di Teramo, in composizione monocratica, ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 7 della CEDU, «nella parte in cui consente che l'accertamento nei confronti dell'imputato del reato di lottizzazione abusiva – quale presupposto dell'obbligo per il giudice penale di disporre la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite – possa essere contenuto anche in una sentenza che dichiari estinto il reato per intervenuta prescrizione"

[224] Corte cost, 14 gennaio 2015, n. 49, punto 1 *Ritenuto in fatto: "*La Corte di cassazione, terza sezione penale, con ordinanza depositata il 20 maggio 2014 (r.o. n. 209 del 2014), ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia – Testo A), in riferimento agli artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117, primo comma, della Costituzione, nella parte in cui, in forza dell'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, tale disposizione «non può applicarsi nel caso di dichiarazione di prescrizione del reato anche qualora la responsabilità penale sia stata accertata in tutti i suoi elementi"

obbligo non può che assumere come riferimento le norme della CEDU, cosi come interpretate dal giudice di Strasburgo; l'altra, l'art. 101, comma 2 della Costituzione, in forza della quale il giudice nazionale è soggetto soltanto alla legge, pertanto non può essere acritico esecutore di norme che si sono formate in sede sovranazionale, spogliandosi così della funzione che gli è propria. Tali norme devono, secondo i giudici della Consulta, coordinarsi "nel punto di sintesi tra autonomia interpretativa del giudice comune e dovere di quest'ultimo di prestare collaborazione, affinché il significato del diritto fondamentale cessi di essere controverso"[225]; in tale ottica va letta la "funzione interpretativa eminente" demandata alla Corte europea, la cui finalità è quella di ricavare dalle disposizioni della Convenzione una norma idonea a garantire la certezza e l'uniforme applicazione del diritto convenzionale da parte degli Stati membri, fissando un livello minimo di tutela dei diritti dell'uomo. L'applicazione di queste norme è invece demandata ai giudici nazionali, per i quali il vincolo interpretativo varrebbe – e qui si annida l'elemento di novità della sentenza – soltanto in relazione alla giurisprudenza europea consolidata, "mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento ormai divenuto definitivo"[226]. Rispetto al "diritto consolidato" della Corte di Strasburgo, quindi, l'autonomia interpretativa dei giudici comuni trova un limite nel vincolo dell'art. 117, comma 1, della Costituzione, in forza del quale la CEDU diviene parametro alla luce del quale vagliare la legittimità delle leggi ordinarie. In questi casi i giudici comuni – ai quali è demandata la valutazione della sussistenza di un'interpretazione consolidata in sede sovranazionale - dovranno applicare i criteri affermati dalle ormai risalenti sentenze gemelle : dapprima adeguare la disposizione nazionale al diritto convenzionale; soltanto laddove tale operazione non fosse possibile, dovrebbero sollevare incidente di costituzionalità. La Consulta, dal canto suo, verificata l'antinomia, dovrà espungere la norma dall'ordinamento, salvo il caso in cui, e si tratta di un'eventualità eccezionale, la norma CEDU, così come interpretata dal "suo" giudice, appaia in contrasto con la Costituzione[227]. I giudici della Consulta adottano un approccio di tipo "verticistico", destinato a cedere il passo a un paradigma di tipo "dialogico" quando non sia individuabile a Strasburgo un "diritto consolidato". In tali circostante, a fronte di divergenze interpretative e di un assetto ancora in divenire, la Corte costituzionale auspica una cooperazione tra Corti nazionali e sovranazionali, le quali assumerebbero il

[225] Corte cost, 14 gennaio 2015, n. 49, punto 7 dei *considerato in diritto*
[226] Corte cost, 14 gennaio 2015, n. 49, punto 7 dei *considerato in diritto*
[227]Corte cost, 14 gennaio 2015, n. 49, punto 7 dei *considerato in diritto: "* Solo nel caso in cui si trovi in presenza di un "diritto consolidato" o di una "sentenza pilota", il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di «ogni strumento ermeneutico a sua disposizione», ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale. Quest'ultimo assumerà di conseguenza, e in linea di massima, quale norma interposta il risultato oramai stabilizzatosi della giurisprudenza europea, dalla quale questa Corte ha infatti ripetutamente affermato di non poter «prescindere», salva l'eventualità eccezionale di una verifica negativa circa la conformità di essa, e dunque della legge di adattamento, alla Costituzione, di stretta competenza di questa Corte"

ruolo di protagoniste nella definizione di una giurisprudenza consolidata. Il carattere progressivo di formazione del diritto giurisprudenziale consente ai giudici nazionali di non essere vincolati alle soluzioni adottate a Strasburgo; pertanto, in caso di contrasto interpretativo con il diritto interno, essi possono discostarsene, proponendo soluzioni di carattere differente, intavolando per questa via un processo di reciproca influenza tra Corti nazionali e sovranazionali[228].

A fronte di una posizione piuttosto netta adottata dai giudici della Consulta, i quali hanno tracciato un "doppio binario" per il giudice comune[229], che ruota attorno al concetto di "diritto consolidato", resta da capire in quali circostanze possa ritenersi che si sia formata una giurisprudenza costante a Strasburgo. È la stessa Corte costituzionale a fornire degli indici[230] che possono rappresentare una guida per i giudici comuni in questa delicata operazione di scrutinio della giurisprudenza di Strasburgo; tuttavia, i giudici della Consulta sono consapevoli che attribuire un significato a tale criterio è operazione complessa: "non sempre è di immediata evidenza se una certa interpretazione delle disposizioni della CEDU abbia maturato a Strasburgo un adeguato consolidamento, specie a fronte di pronunce destinate a risolvere casi del tutto peculiari, e comunque formatesi con riguardo all'impatto prodotto dalla CEDU su ordinamenti giuridici differenti da quello italiano"[231]. Con riferimento alla tematica che qui interessa, la Corte di cassazione ha assunto una posizione esplicita affermando che "Hanu c. Romania si pone nel solco di una giurisprudenza EDU ormai consolidata che mira a condurre nell'alveo della lesione del diritto di difesa – che a sua volta si traduce nella violazione dell'art.6 – la mancata audizione diretta dei testi da parte della Corte che addivenga ad una decisione di condanna modificativa della precedente decisione assolutoria"[232].

Uno degli elementi di criticità della sentenza 49 del 2015 è costituito da un'"eccessiva responsabilizzazione" dei giudici comuni, ai quali la Corte costituzionale

[228] Tale approccio di carattere dialogico potrà, secondo le intenzioni dei giudici della Consulta, essere favorito dall'entrata in vigore del Protocollo n. 16, in forza del quale le giurisdizioni nazionali potranno chiedere alla Corte EDU un parere consultivo, il quale, tuttavia, non avrà carattere vincolante

[229] In questo senso A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti, cit.*

[230] Secondo la Corte costituzionale gli indizi che dovrebbero guidare il giudice comune nel suo discernimento sono: la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano. Quando tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano, secondo un giudizio che non può prescindere dalle peculiarità di ogni singola vicenda, non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una "sentenza pilota" in senso stretto"

[231] Corte cost, 14 gennaio 2015, n. 49, punto 7 dei *considerato in diritto*

[232] Cass. pen., sez. III, sent. 7 febbraio 2014, n. 5907, punto 6

affida, in ultima analisi, la valutazione in merito alla sussistenza o meno di un "diritto consolidato" in sede sovranazionale, operazione dalla quale dipende l'adeguamento ai dettami europei[233]. Tale prospettiva sembra riproporre l'eventualità di un controllo diffuso di legittimità delle leggi, circostanza che la Corte costituzionale si proponeva di evitare con le sentenze gemelle del 2007, rivendicando il proprio ruolo di custode centralizzato dell'ordinamento interno[234].

Complessivamente, potrebbe concludersi che tale ultimo approdo della Consulta continua ad erigere delle barriere alla penetrazione del diritto convenzionale nel nostro ordinamento, questa volta addossando ai giudici comuni il difficile compito di valutare se sono soggetti all'obbligo di interpretazione conforme o se possono discostarsene, a seconda che a Strasburgo sussista o meno un "diritto consolidato" sulla materia oggetto di sindacato giurisdizionale. Non è esclusa l'eventualità che il giudice comune, non potendo risolvere il contrasto in via interpretativa ed essendogli precluso l'incidente di costituzionalità, in quanto la Corte costituzionale rifiuta di pronunciarsi in assenza di un "orientamento consolidato", adotti una decisione che sarà esposta, in futuro, alle censure di Strasburgo, in quanto lesiva dei diritti fondamentali.

Gli ultimi approdi della Consulta non appaiono quindi immuni da spinte autarchiche[235], in nome della tutela di un "equilibrio" costituzionale che il diritto convenzionale potrebbe turbare. In realtà, la dottrina non ha mancato di rilevare che tale atteggiamento di "chiusura" alle istanze sovranazionali non valorizza la Costituzione come "sistema", in quanto non ammette che i principi di cui all'art. 2 della Costituzione possano essere integrati da una Carta dei diritti sovranazionale[236]. Un modello virtuoso di dialogo potrà delinearsi soltanto quando la Convenzione europea e l'interpretazione che ne viene fornita dalla Corte di Strasburgo non verranno considerate come un "corpo estraneo", potenzialmente in grado di falsare gli equilibri interni. La strada da percorrere è ancora lunga, ma l'adesione a un sistema sovranazionale, come quello inaugurato dalla CEDU, richiede un'evoluzione nel modo di concepire la tutela dei diritti fondamentali, non più oggetto di monopolio esclusivo della sovranità statuale,

---

[233] In questo senso F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, cit., p. 10-11, secondo il quale l'impostazione adottata dalla Corte costituzionale ha conferito al giudice comune "la delicatissima arma dei controlimiti", che possono essere azionati di fatto portando a una disapplicazione del diritto convenzionale tutte le volte in cui sia possibile individuare un principio costituzionale a sostegno di una decisione in contrasto con Strasburgo. I controlimiti sono invece un'"arma estrema che dovrebbe essere impugnata con estrema cautela, e in casi davvero eccezionali", "pena il crollo del sistema centralizzato europeo"

[234] Di tale avviso F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, cit., p. 12

[235] Secondo A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consult, cit.,* "in realtà, l'intera pronunzia qui a prima lettura si fa portatrice di un nazionalismo costituzionale esasperato, di un "patriottismo" costituzionale altrove definito "ingenuo e infecondo", dando ad intendere che ciò che solo conta è, sempre e soltanto, il *nostro* punto di vista, in vista dell'esclusivo appagamento della istanze facenti capo alla *nostra* Carta costituzionale"

[236] In questo senso F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, cit.; A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta*, cit.

ma materia condivisa di Corti nazionali e sovranazionali, in un'ottica di protezione multilivello dei diritti individuali.

### 2.1.7. La giurisprudenza europea tra principi generali e soluzione del caso concreto. Le sentenze di condanna emesse nei confronti di altri Stati

A fronte di un complesso e per alcuni versi ambiguo quadro giurisprudenziale, alla ricerca di un bilanciamento tra istanze sovranazionali e resistenze autarchiche, la dottrina ha assunto atteggiamenti divergenti, talvolta salutando favorevolmente l'ingresso della CEDU nel nostro ordinamento, talaltra criticando l'assoggettamento ai dettami europei e auspicando un maggior "margine di manovra" dei giudici nazionali. Le diverse posizioni dottrinali scaturiscono da punti di partenza differenti; esse infatti attribuiscono alla giurisprudenza della Corte europea una portata più o meno ampia.
In linea generale, gli approdi della Corte Costituzionale, che hanno contribuito all'apertura al sistema convenzionale, si basano sul presunto carattere giuridicamente vincolante delle sentenze della Corte di Strasburgo: è proprio con riferimento a quest'ultimo aspetto che la dottrina è divisa. Alcuni, infatti, ritengono che le pronunce della Corte europea si limitino ad accertare se, nel caso di specie, vi sia stata o meno una violazione del diritto convenzionale, non potendo pertanto ricavare da esse delle indicazioni di carattere generale che possano travalicare i confini della singola vicenda in cui è stata accertata la violazione; altri invece ritengono che "la Corte europea, con metodo casistico, costruisca una giurisprudenza, ovvero un'interpretazione della Convenzione che ne indica il contenuto attuale"[237], la quale, in virtù dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, deve trovare pieno accoglimento nel nostro ordinamento.

Secondo il primo filone dottrinale[238], "la lettura della Convenzione svolta dai giudici europei è inevitabilmente funzionale alle peculiarità della fattispecie, in un gioco di reciproco condizionamento tra caso e legge, ed è estremamente rischioso proiettarla fuori dal contesto, convertendola di fatto in una formula legislativa"[239]. Secondo tale impostazione, quindi, le peculiarità della vicenda sottoposta all'esame dei giudici di Strasburgo neutralizzano la possibilità di ricavare da essa dei criteri di carattere generale, in quanto l'attività creativa dei giudici europei è finalizzata ad accordare tutela

[237] V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, cit.*

[238] In questo senso si veda E. CANNIZZARO, *Il bilanciamento fra diritti fondamentali e l'art 117, 1 comma, Cost.* , in *Riv. Dir. Internaz*., 2010. Secondo questa opinione una combinazione virtuosa tra tutela convenzionale e tutela costituzionale si sarebbe potuta realizzare solo se l'influenza della giurisprudenza non assume carattere unidirezionale, ma se anche la Corte Costituzionale, mediante la sua attività interpretativa, funge da fattore di stimolo per i giudici convenzionali. Tale possibilità si avrebbe soprattutto in quegli ambiti in cui ci sono orientamenti ancora in formazione; P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 211 secondo il quale gli approdi della Consulta sono sembrati "come una sorta di negoziazione: dopo aver rivendicato il primato della Costituzione sulla Convenzione europea, ha voluto controbilanciarlo con una concessione che le è sembrata doverosa"

[239] P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 210

all'individuo, date le circostanze che si sono verificate nel caso in esame. Il rischio che questa dottrina prospetta, nell'eventualità in cui si ammettesse che dalle sentenze di Strasburgo sono ricavabili dei criteri generali, sarebbe una sorta "dittatura dei giudici europei"; infatti, "riconoscere carattere vincolante alle interpretazioni della Corte di Strasburgo equivale a dire che qualunque contenuto i giudici europei ascrivano alla Convenzione, fosse anche il più eversivo, quel contenuto è legge"[240]. Muovendo da queste premesse, tale posizione dottrinale rivendica una maggiore autonomia dei giudici interni, i quali sarebbero soggetti solamente al testo della legge e alla ragionevolezza, essendo quindi liberi di discostarsi dai dettami europei, a condizione che ne indichino le ragioni nella motivazione. Ritenendo diversamente, infatti, si "finirebbe con l'abbattere la frontiera esistente tra la legge e la sua interpretazione, tra il potere legislativo e quello giurisdizionale, risultando inesorabilmente in contrasto con il principio di soggezione del giudice alla sola legge consacrato all'art. 101, comma 2, Cost."[241]. Il rischio che prospetta questa dottrina, a fronte dell'adesione ai dettami europei, è quello di una sovranità incondizionata da parte dei giudici, in cui "la legge si eclissa e le garanzie si riassumono nella bontà del sovrano"[242]. Da queste premesse, che rafforzano la distinzione tra testo legislativo e interpretazione, tra il legislatore e il giudice si traggono le conclusioni, per cui si esclude radicalmente che le sentenze della Corte europea possano avere efficacia al di là della singola vicenda sulla quale statuiscono; a maggior ragione le pronunce che condannano uno Stato membro andrebbero valutate rispetto al sistema giuridico di riferimento, essendo precluso proiettarne i contenuti in un ordinamento diverso.

Altra parte della dottrina ha invece salutato con favore l'adesione al diritto della CEDU, consapevole del ruolo di primaria importanza che ha giocato la Corte costituzionale nel processo di recepimento del diritto europeo. Sarebbe stata infatti la Corte Costituzionale, a partire dalle sentenze gemelle, ad elaborare un modello ermeneutico di conformità alle pronunce della Corte europea ben oltre i confini entro cui ciò era richiesto dal testo della CEDU: esso conferisce ai giudici di Strasburgo il compito di interpretare la Convenzione, tuttavia non glielo attribuisce in modo esclusivo. Non vi è dubbio, infatti, che il sistema di tutela dei diritti fondamentali ha ricevuto concretezza proprio attraverso l'attività ermeneutica dei giudici nazionali e sovranazionali, sono state infatti " le stesse Corti nazionali che alla "forza della Convenzione" ed alla "forza delle sentenze di Strasburgo" hanno agganciato appunto lo strumento dell'interpretazione conforme, ben al di là della stessa legittimazione o necessità di esso derivante dal disposto dell'art. 46 par 1 della Convenzione" [243]. I giudici costituzionali partono dalla premessa che "le norme della CEDU vivono

[240] P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 211
[241] R. M. GERACI, *Sentenze della Corte EDU e revisione del processo penale*, Roma, 2012, p. 23
[242] P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., pag. 212
[243] P. GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla CEDU, cit.*

nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte EDU"[244] e così facendo, attraverso l'art. 111 della Cost, estendono l'obbligo di interpretazione conforme a tutte le pronunce della Corte europea, emesse nei confronti di tutti gli Stati"[245].

La dottrina non ha mancato di sottolineare che una "configurazione in termini così rigorosi del vincolo interpretativo a tutta indiscriminatamente la giurisprudenza di Strasburgo, e quindi anche a quella relativa a paesi diversi dall'Italia" è frutto di una "intelligente e probabilmente necessaria, operazione di politica giudiziaria della Corte Costituzionale, la quale non avrebbe potuto fare altro che valorizzare al massimo il ruolo della Corte di Strasburgo di interprete unico della Convenzione"[246].

Preso atto delle differenti posizioni, una parte della dottrina ha elaborato una significativa partizione che interesserebbe le sentenze dei giudici di Strasburgo, alcune delle quali non si limiterebbero ad accertare se la violazione della Convenzione si è realizzata nel caso di specie, ma rileverebbero dei difetti strutturali dell'ordinamento oggetto di scrutinio. Le sentenze dei giudici europei possono infatti "vertere su comportamenti non solo di per sé illegittimi, bensì pure eventualmente affetti dai cosidetti 'vizi normativi', addebitabili ai dettami della normativa interna e non conseguenti alla sua erronea applicazione"[247]. In queste circostanze, la violazione del diritto convenzionale discenderebbe dalla corretta applicazione della normativa interna, la quale tuttavia si pone in contrasto con gli standard di tutela dei diritti fondamentali imposti da Strasburgo.

Lo scrutinio dei giudici europei non avrebbe ad oggetto solo la singola vicenda sottoposta alla loro attenzione, ma si estenderebbe a tutto il sistema normativo nazionale che viene, in caso di condanna, considerato strutturalmente non conforme al diritto convenzionale. In questi casi, la Corte europea abbandonerebbe il proprio ruolo originario di giudice del caso concreto per divenire giudice delle leggi, cioè "giudice di conformità degli ordinamenti nazionali ai principi europei", avendo come riferimento, nel suo sindacato di conformità ai dettami convenzionali, le legislazioni nazionali.

A quest'ultimo caso vanno ricondotte le sentenze che saranno analizzate in tema di giusto processo di appello, nelle quali la violazione dell'art. 6 della CEDU discendeva da una corretta applicazione da parte degli organi giurisdizionali nazionali della normativa interna, la quale si era tradotta, secondo i giudici di Strasburgo, nella lesione del diritto dell'imputato ad avere un equo processo in grado di appello. Oggetto di vaglio di compatibilità con la Convenzione europea era la struttura del secondo grado di giudizio, il quale, concepito come un giudizio di merito, era stato condotto senza

[244] Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 349
[245] Di questo avviso è P. GAETA, *Dall'interpretazione conforme alla CEDU, cit.*
[246] E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte Costituzionale italiana*, in *Corr. Giur*., 2010, p. 959
[247] G. UBERTIS, *La 'rivoluzione d'ottobre' della Corte Costituzionale e alcune discutibili reazioni*, in *Cass. pen*., 2012, p. 19 ss

un'escussione diretta delle fonti di prova dichiarativa, pervenendo, nella maggior parte dei casi, a una condanna per la prima volta in grado di appello. Occorre constatare che nessuna di queste sentenze censurava lo Stato italiano, la cui disciplina del giudizio di appello non è stata sottoposta al vaglio di Strasburgo. Tuttavia, la lettura della giurisprudenza europea dimostra quanto ampiamente i giudici ricorrano ai propri precedenti emessi nei confronti di altri Stati[248] , così facendo, enuncia dei principi che assumono valenza generale e, come tali, sono diretti a tutti gli Stati membri in quanto finalizzati a fissare uno standard di tutela minino per l'imputato[249].

Tali criteri generali rendono possibile una riflessione sulla disciplina interna, nella quale il giudizio di appello è strutturato come un secondo grado di merito, nel quale la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale è prevista dall'art. 603 c.p.p. in termini del tutto eccezionali. Alla luce dei principi elaborati in sede convenzionale, non è escluso che anche la disciplina italiana che prevede un secondo grado di giudizio, condotto in maniera "cartolare," possa andare incontro a censure da parte della Corte europea. Come autorevole dottrina ha sostenuto, l'adesione al sistema convenzione di tutela dei diritti comporta che "una reiterata condotta che confligga con l'orientamento espresso dalla Corte, non importa nei confronti di quale degli Stati parte della Convenzione, pone lo Stato a rischio di violazione" e "il dovere degli Stati che partecipano al sistema della Convenzione è di evitare violazioni"[250].

Si vuole infine portare l'attenzione su un ultimo elemento. Il processo penale sta subendo una "ricombinazione genica"[251], la concezione statocentrica e autarchica che lo ha sorretto fino ad oggi sta mutando e ciò in ragione dell'apertura del diritto interno a un sistema sovranazionale. È fuori da ogni dubbio che la Corte Costituzionale abbia contribuito in maniera rilevante a rendere il nostro ordinamento maggiormente permeabile al diritto convenzionale, ma il riconoscimento che è stato conferito alla CEDU nel sistema delle fonti, attraverso le sentenze che si sono succedute dal 2007 in poi, costituisce soltanto una tappa, seppur importante, di questo percorso. Il sistema

[248] n questo senso si veda V. ZAGREBELSKY, *Il principio di legalità*, in V. MANES - V. ZAGREBELSKY, *La convezione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 70 ss

[249] Di questo avviso F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche, cit.*, "la Corte europea enuncia spesso principi con chiara valenza generale, rivolti a tutti gli Stati parte, indipendentemente dalle peculiarità dei rispettivi ordinamenti giuridici; principi, del resto, che la Corte europea richiama puntualmente nelle proprie sentenze attraverso la citazione dei relativi *leading cases*, di regola pronunciati nei confronti di Stati diversi da quello parte del singolo giudizio. La Corte europea concepisce le proprie sentenze come statuenti principi validi nell'intero spazio giuridico europeo, non soltanto rispetto al singolo Stato resistente"

[250] V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015*, cit.

[251] L'espressione è di P. GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla CEDU, cit.,* il quale sottolinea come a causa del meccanismo dell'interpretazione conforme si stia introducendo un "meccanismo di integrazione normativa dell'ordinamento nazionale, con un controllo ex post"con una conformazione a decisioni giurisdizionali

convenzionale sta avendo sempre maggiore influenza nel diritto interno e ciò indipendentemente dal suo riconoscimento all'interno della gerarchia delle fonti. Nella materia in esame è infatti in atto un fenomeno di circolazione di modelli attraverso i rimandi che le Corti fanno reciprocamente e, mediante questo processo di ibridazione, esse riconoscono il ruolo e consolidano l'influenza delle altre Corti.

Come si vedrà ampiamente nel prossimo capitolo, è la stessa Corte di Cassazione che nelle proprie pronunce effettua ampi richiami alle sentenze in tema di equo processo emesse a Strasburgo, le quali censurano Stati diversi dall'Italia. Attraverso questa "ibridazione" di carattere giurisprudenziale, le soluzioni adottate nei confronti di altri paesi circolano e i principi ricavabili dal *case-law* convenzionale divengono la lente mediante la quale leggere la nostra disciplina in tema di appello e in particolare l'art. 603 c.p.p.

Alla luce di questa importante constatazione, si ritiene che non si possa negare che le sentenze della Corte europea abbiano un'efficacia che travalica i confini del caso concreto e della singola vicenda, almeno nella misura in cui, sebbene emesse nei confronti di altri Stati, sono oggetto di richiami da parte degli organi giurisdizionali nazionali. I criteri elaborati in sede convenzionale divengono i parametri per valutare l'adeguatezza, rispetto ai canoni dell'equo processo, del nostro articolo 603 c.p.p., da tempo punto nodale del processo di appello e ostacolo a una piena attuazione dei principi costituzionali nel secondo grado di giudizio.

### 2.1.8. L'adeguamento "successivo" alle sentenze di Strasburgo per violazione dell'equità processuale: la cd. Revisione europea

Il tema dell'esecuzione delle sentenze europee da parte degli Stati destinatari di una condanna proveniente da Strasburgo ha acquisito sempre maggiore rilevanza, dimostrando una crescente capacità performativa del diritto convenzionale negli ordinamenti nazionali, anche nella fase successiva all'accertamento[252].

In una fase iniziale la Corte europea si limitava a ritenere integrata la violazione, nel caso concreto sottoposto alla sua valutazione; pertanto, non si pronunciava in merito alle misure che gli Stati avrebbero dovuto adottare per ottemperare in linea generale agli obblighi pattizi. Gli Stati, dal canto loro, attraverso il combinato disposto dell'art. 46 e dell'art. 41 della c.e.d.u, avevano l'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive che li vedevano soccombenti, garantendo alla vittima un'equa soddisfazione. Le disposizioni convenzionali erano quindi piuttosto carenti nell'identificare le modalità di riparazione, i paesi membri destinatari di una condanna erano quindi vincolati a un

[252] Il presente contributo si avvale di G. UBERTIS, *Argomenti di procedura penale*, Milano, 2011, vol. III; R. M. GERACI, *Sentenze della Corte EDU e revisione del processo penale*, cit.; O. MAZZA, *La procedura penale*, cit., p. 33 ss

obbligo di risultato: la cessazione della violazione, ma restavano liberi, in linea di principio, con riferimento ai mezzi da utilizzare per garantire i diritti del condannato.

Un momento di svolta si ebbe con l'approvazione della raccomandazione n. R. (2002) 2 del 19 gennaio 2000 in cui per la prima volta il Comitato dei Ministri affrontò in modo completo la questione della "riapertura" dei processi negli ordinamenti interni a seguito di condanna del giudice di Strasburgo. Con riguardo alle violazioni dell'art. 6 della CEDU, tale atto individuò nella riapertura del processo la misura più idonea a riparare le violazioni di carattere processuale[253]. In tali circostanze, infatti, non è l'esito del giudizio a porsi in contrasto con la Convenzione, bensì le modalità del suo svolgimento che compromettono la credibilità oggettiva dell'accertamento interno"[254]; pertanto, l'unico rimedio idoneo a garantire che il diritto del condannato fosse ricondotto ai canoni del processo equo era la possibilità per l'imputato di poter fruire di un nuovo processo, emendato dalla violazione riscontrata a Strasburgo. Nella medesima direzione si colloca la Risoluzione n. 3 del 2004 che ha esortato la Corte europea ad indicare esplicitamente quelle circostante in cui ritiene che a determinare la condanna dello Stato sia stato un problema strutturale dell'ordinamento interno, così da metterlo in condizione di trovare la soluzione più idonea a dare esecuzione alla sentenza. Successivamente a questi provvedimenti, la Corte europea si spinse, con sempre maggiore frequenza, ad indicare le misure di carattere individuale o generale che gli Stati avrebbero dovuto adottare per adempiere all'obbligo di conformarsi al diritto convenzionale: con particolare riferimento all'art. 6 della c.e.d.u, il rimedio più idoneo per porre fine alle violazioni del diritto di Strasburgo è quello di garantire la "rinnovazione" o la "riapertura" del procedimento interno[255].

Rispetto agli Stati, essendo questi ultimi tenuti all'osservanza del diritto convenzionale, in virtù del disposto dell'art. 46 della c.e.d.u, ci si è posto il problema di quali fossero

---

[253] Nella raccomandazione n. R. (2002) 2 del 19 gennaio 2000 il Comitato dei Ministri ha incoraggiato «le Parti contraenti ad esaminare i rispettivi ordinamenti giuridici nazionali al fine d'assicurarsi che esistano possibilità appropriate di riesaminare un caso, ivi compresa la riapertura del procedimento, nei casi in cui la Corte abbia accertato una violazione della Convenzione, in particolare quando: (i) la parte lesa continua a subire delle conseguenze negative molto gravi a causa della decisione nazionale, conseguenze che non possono essere riparate dall'equo indennizzo e che possono essere modificate solo attraverso il riesame o la riapertura, e (ii) dalla sentenza della Corte risulta che a) la decisione nazionale impugnata è contraria alla Convenzione nel merito, o b) la violazione riscontrata dipende da errori o mancanze procedurali di una gravità tale da lasciare seri dubbi sull'esito del procedimento nazionale in questione.

[254] R. M. GERACI, *Sentenze della Corte EDU e revisione del processo penale*, cit., p. 82

[255] In tal senso la Corte edu si pronuncia proprio con riferimento allo stato italiano. Nel caso Somogyi c. Italia relativo al processo contumaciale si legge "La Corte ritiene che quando essa conclude che è stata pronunciata la condanna di un ricorrente nonostante l'esistenza di una potenziale lesione del suo diritto a partecipare al suo processo la correzione più appropriata sarebbe in principio quella di far giudicare di nuovo l'interessato i di riaprire il processo in tempo utile e nel rispetto delle esigenze dell'art 6 della Convenzione" Corte EDU, 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*; nella sentenza *Sejdovic c. Italia* si legge "La Corte ritiene di conseguenza che quando un privato, come nella fattispecie, è stato condannato all'esito di un procedimento viziato da violazioni dell'articolo 6 della Convenzione, un nuovo processo o una riapertura del procedimento su richiesta dell'interessato rimane in linea di principio un mezzo adeguato per riparare la violazione constatata"Corte EDU, 1 marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*

gli strumenti più idonei a garantire l'esecuzione delle sentenze europee che li vedevano destinatari di una condanna. Questo aspetto è particolarmente delicato, in quanto la Corte può essere adita entro un periodo di sei mesi dalla data a partire dalla quale la decisione nazionale diviene definitiva, per cui "qualsiasi sentenza della Corte di Strasburgo che accerti una violazione dell'art. 6 Cedu posta in essere dall'autorità giudiziaria nazionale verrà sempre, inevitabilmente, fisiologicamente (e quindi "istituzionalmente") a collidere con un giudicato nazionale"[256].

Le difficoltà di dare esecuzione alle sentenze della Corte europea derivavano, nel nostro ordinamento, dall'assenza di un rimedio che consentisse di superare l'intangibilità del giudicato; tuttavia, la giurisprudenza di legittimità identificò dei meccanismi che, di volta in volta, consentissero l'ottemperamento degli obblighi derivanti da Strasburgo in forza dell'art. 46 c.e.d.u.[257]. L'insufficienza degli strumenti elaborati in via pretoria e la perdurante inerzia del legislatore, spinsero la Corte Costituzionale, con la nota sentenza 113 del 2011[258], ad accogliere la questione di legittimità costituzionale, con riferimento all'art. 630 c.p.p. Tale norma venne dichiarata illegittima "nella parte in cui non prevede(va) un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo delle libertà fondamentali, per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea". I giudici della Consulta ritennero che, sebbene l'istituto della revisione rispondesse ad esigenze diverse nel nostro sistema, in quanto era concepito come un rimedio volto a ricomporre la "verità processuale", definitivamente accertata, e la "verità storica", esso era tuttavia lo strumento più idoneo per garantire la conformità dell'ordinamento italiano alle garanzie previste dall'art 6 della Convenzione, che del resto trovavano ampio riscontro nell'art. 111 della Costituzione. I giudici della

[256] Cass., Sez. I, 12 luglio 2006, Somogyi, in Cass. pen., 2007

[257] La Corte di cassazione, individuò, in via pretoria il rimedio che, tenendo in considerazione la natura della violazione della CEDU, avrebbe potuto garantire al ricorrente il ripristino dell'equità processuale. Nel caso Somogyi, (Corte EDU, 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia) la Corte EDU ritenne sussistente la violazione dell'art. 6 c.e.d.u in quanto le autorità nazionali non avevano provato oltre ogni ragionevole dubbio che l'imputato era a conoscenza del processo. Il rimedio accordato in questo caso dalla Corte di cassazione fu l'art. 175, comma 2, c.p.p., introdotto dal d.l. 17/2005, che consentiva al contumace la rimessione in termini per proporre impugnazione o opposizione. L'intervento legislativo del 2005 consentì quindi una soluzione nei soli casi in cui fosse stata accertata la violazione dei principi in materia di equo processo *in absentia*. Nel caso Dorigo ( Corte EDU, 9 settembre 1998, Dorigo c. Italia) il diritto dell'imputato all'equo processo era stato leso in quanto le autorità italiane avevano basato la condanna sulle dichiarazioni rese nelle indagini preliminari da tre coimputati, i quali, in dibattimento si erano avvalsi della facoltà di non rispondere. Il rimedio per porre rimedio alla lesione dei diritti dell'imputato fu individuato nell'incidente di esecuzione ex art. 670 c.p.p. che consentiva di disporre la liberazione del condannato per illegittimità della detenzione. Il ricorso a tale meccanismo venne considerato insufficiente da parte della Corte costituzionale, nella sentenza 113/2011 in quanto "congela il giudicato, impedendone l'esecuzione, ma non lo elimina, collocandolo a tempo indeterminato in una sorta di "limbo processuale". Un altro istituto a cui la Corte di cassazione fece ricorso, questa volta nel caso Drassich ( Corte EDU, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia) fu il ricorso straordinario ex. art. 625 bis c.p.p. il cui ambito di applicazione è tuttavia limitato alle violazioni occorse in Cassazione

[258] Corte cost., sent. 7 aprile 2011, n. 113

Consulta ricordano come spesso la Corte EDU imponga agli Stati di accordare una vera e propria *restituito in integrum* al ricorrente e, nel caso di violazione dell'art. 6 della c.e.d.u, lo strumento idoneo è la "riapertura del processo" che deve essere "intesa come concetto di genere, funzionale anche alla rinnovazione di attività già espletate, e se del caso, di quella integrale del giudizio"[259], ciò quando sia necessario al fine di garantire la conformazione a una pronuncia definitiva della Corte europea.
La dottrina accolse con favore tale sentenza riconoscendola "coraggiosa e di fatto necessitata" per porre fine all'"intollerabilità giuridica, oltre che etica e politica, dell'ulteriore persistenza di una *lacuna legis* che precludeva al cittadino iniquamente condannato il diritto di ottenere una nuova decisione conforme ai requisiti del giusto processo"[260]. Tuttavia, la sensazione che si ha leggendo la sentenza 113 del 2011 è quella di un istituto solo abbozzato, previsto per garantire il rispetto dei diritti fondamentali di chi continui a subire effetti negativi a seguito di una sentenza di condanna definitiva nonostante il suo ricorso sia stato accolto a Strasburgo. Si impongono, tuttavia, delle precisazioni con riferimento ai presupposti in presenza dei quali la cd. revisione europea potrebbe essere utilizzata per porre fine alle violazioni della Convenzione. Dalla lettura della sentenza,si desume che al rimedio della revisione non si possa ricorrere ogni volta in cui venga accertata la violazione della c.e.d.u; le conseguenze che una condanna della Corte europea può avere sul nostro ordinamento vanno infatti diversificate a seconda che la violazione riscontrata abbia carattere sostanziale o processuale. Nel primo caso, di regola, non occorre procedere alla riapertura del dibattimento ma, per garantire al condannato un processo rispettoso dei dettami convenzionali, è sufficiente porre nel nulla gli effetti della decisione illegittima, ovvero rivalutare la sentenza di condanna allo stato degli atti, senza cioè che sia necessario compiere ulteriori attività processuali[261].

Nel caso in cui la condanna derivi da una violazione di ordine processuale, il rimedio della revisione è solitamente il mezzo più idoneo per garantire la *restitutio in integrum* all'imputato, anche se occorre guardare sempre alla natura della violazione e alle circostanze del caso concreto per verificare se la riapertura del processo sia lo strumento più consono per ripristinare i diritti dell'imputato[262].

---

[259] Corte cost., sent. 7 aprile 2011, n. 113
[260] R. M. GERACI, *Sentenze della Corte EDU e revisione del processo penale*, cit., p. 151
[261] È quanto è avvenuto nel "caso Scoppola" in cui la pena dell'ergastolo inflitta in violazione dell'art 7 della CEDU è stata rideterminata in anni 30 di reclusione. In questo caso, come si può comprendere la conformazione al diritto convenzionale può avvenire senza particolari aggravamenti dell'iter processuale, potendosi intervenire solo sul momento decisorio
[262] Corte cost., sent. 7 aprile 2011, n. 113, punto 8 dei *Considerato in diritto* : "La necessità della riapertura andrà apprezzata – oltre che in rapporto alla natura oggettiva della violazione accertata (è di tutta evidenza, così, ad esempio, che non darà comunque luogo a riapertura l'inosservanza del principio di ragionevole durata del processo, di cui all'art. 6, paragrafo 1, CEDU, dato che la ripresa delle attività processuali approfondirebbe l'offesa) – tenendo naturalmente conto delle indicazioni contenute nella sentenza della cui esecuzione si tratta, nonché nella sentenza "interpretativa" eventualmente richiesta alla Corte di Strasburgo dal Comitato dei ministri, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 3, della CEDU"

Tornando all'oggetto del presente contributo, stante la disciplina dell'art. 603 c.p.p. che ammette la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello in termini del tutto eccezionali, consentendo lo svolgimento di un processo "cartolare", all'esito del quale l'imputato potrebbe essere condannato per la prima volta, si può ipotizzare che anche lo Stato italiano potrebbe essere condannato dalla Corte europea per violazione dei canoni dell'equo processo in appello. Alla luce dei principi in tema di *fair trial* in appello, ricavabili dalla giurisprudenza di Strasburgo, a cui è dedicata la parte seconda del capitolo, si desume che anche la disciplina nazionale risulta esposta a censure, almeno nella misura in cui si continuerà a ritenere la disciplina di cui all'art. 603 c.p.p., sulla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, un'attività eventuale e di carattere residuale. Alla luce di queste considerazioni, lo strumento della cd. revisione europea introdotta con la sentenza 113 del 2011 dalla Corte costituzionale, nella misura in cui consente la riapertura del processo, appare l'unico rimedio idoneo a garantire all'imputato la *restituito in integrum,* in quanto consentirebbe lo svolgimento di un nuovo processo di secondo grado, questa volta in maniera conforme ai dettami convenzionali; per riportare il procedimento entro i canoni di cui all'art 6 della CEDU, in questi casi, non vi sarebbe altra soluzione che riaprire il processo e procedere, davanti ai giudici della Corte di appello, alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale.

Occorre peraltro ricordare che la revisione europea, per come i giudici della Consulta l'hanno congegnata, è rimedio esperibile solo dal soggetto che si è rivolto a Strasburgo e che ha ottenuto una sentenza a sé favorevole, un "titolo esecutivo" da far valere davanti agli organi nazionali. Tale problematica richiama la complessa vicenda che si è sviluppata attorno al caso Scoppola, riguardante una violazione attinente il diritto sostanziale; in quest'ultimo caso, coloro che si trovano nelle medesime condizioni, pur non avendo esperito il ricorso a Strasburgo, possono chiedere che si intervenga a loro favore in sede di esecuzione[263]. Anche nel caso di violazione dell'equità processuale, si prospetta l'eventualità che ci siano dei "fratelli minori", dei soggetti cioè che versino nelle medesime condizioni di chi ha ottenuto dalla Corte europea una pronuncia che accerti la violazione del suo diritto ad avere un equo processo in appello, i quali però non si sono rivolti a Strasburgo.

Questa eventualità assume una particolare rilevanza, con riferimento alle ipotesi in cui la violazione dell'art. 6 della CEDU derivi da un problema strutturale dell'ordinamento nazionale, ovvero dipenda dalla corretta applicazione di una disposizione processuale, la quale si pone, di per sé, in contrasto con il diritto di Strasburgo. Rientrerebbe infatti in questa ipotesi una censura dello Stato italiano per aver violato il diritto dell'imputato ad un equo processo di appello, in quanto, secondo

[263] F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite rimettono alla Corte costituzionale l'adeguamento del nostro ordinamento ai principi sanciti dalla Corte EDU nella sentenza Scoppola*, in *Diritto penale contemporaneo* ; F. VIGANÒ, *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Diritto penale contemporaneo*; M. BIGNAMI, *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni Unite concludono la vicenda Scoppola- Ercolano*, in *Diritto penale contemporaneo*

l'interpretazione tradizionale dell'art. 603 c.p.p., il secondo grado di giudizio è condotto in termini "cartolari", relegando ad ipotesi eccezionali la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale. Sebbene la Corte costituzionale, nella sentenza 113 del 2011, non lambisce la possibilità che il rimedio della revisione europea possa essere esperito anche da chi non si è rivolto a Strasburgo, alcune voci dottrinali hanno percorso questa strada. Accanto a chi auspica un intervento del legislatore finalizzato a garantire una tutela *erga omnes*[264] nei casi in cui sia la norma processuale a porsi in contrasto con l'art. 6 della CEDU, c'è chi si spinge ritenere che il rimedio della revisione europea dovrebbe essere esperibile nelle ipotesi in cui la violazione della CEDU sia stata accertata nei confronti di un altro Stato contraente, subordinatamente all'applicazione della dottrina del "margine di apprezzamento nazionale"[265].

[264] G. GRASSO E F. GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno della sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *Diritto penale contemporaneo,* p. 20: "Ovviamente, una tutela "*erga omnes*" dovrebbe essere garantita anche nelle ipotesi in cui la violazione dell'art. 6 CEDU sia dovuta non a un mal governo delle norme processuali da parte dei giudici, quanto alla necessaria applicazione di una legge processuale che – ex se e per qualche specifico profilo – viola i diritti dell'individuo. Ma in questo caso, comunque, la violazione processuale dovrebbe imporre non un semplice intervento in via esecutiva, quanto piuttosto una nuova celebrazione del processo, benché un simile strumento non sia ancora previsto nel nostro ordinamento per i "fratelli minori": risulta necessario, dunque, un intervento in tal senso del legislatore"

[265] G. UBERTIS, *I diritti umani e il mito del giudicato*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 6: "occorre ampliare il risultato della sent. cost. n. 113 del 2011 così da tutelare i diritti umani, senza la necessità di un previo ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, nei casi analoghi a quelli in cui la stessa sia già intervenuta con una pronuncia di condanna tanto nei confronti dell'Italia quanto, subordinatamente all'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento nazionale, di altri Stati parte della Convenzione di Roma e dei suoi protocolli"

PARTE II

Il *fair trial* nel processo penale di seconda istanza nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo

2.2.1. Il *case- law* della Corte europea

Ai fini del presente studio, che si propone di fornire una lettura convenzionalmente orientata dell'istituto della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, disciplinata in termini di eccezionalità dall'art. 603 c.p.p., si ritiene di fondamentale importanza tentare una ricostruzione dei principi elaborati in sede convenzionale in materia di *fair trial* in appello.

Come è stato esposto nella prima parte del capitolo, "al centro del ricorso individuale vi è il concetto di "vittima", qualità questa che il ricorrente deve asserire di possedere con riferimento ad un atto specifico di cui è stato oggetto (…), è pertanto con riferimento ai fatti precisi, quali indicati nel ricorso, che la Corte è chiamata a pronunciarsi"[266]. Gli stati contraenti hanno quindi demandato alla Corte di Strasburgo la protezione dei diritti degli individui, riconoscendo loro la possibilità di innescare un controllo sovranazionale sull'operato delle giurisdizioni nazionali.

È noto che il modo di procedere convenzionale, meno rigoroso di quello a cui il giurista interno è avvezzo, la flessibilità con la quale Corte applica le disposizioni convenzionali ai casi sottoposti alla sua attenzione, la difficoltà di confrontarsi con diversi sistemi giuridici nazionali, comportano che l'approccio più consono alla giurisprudenza europea sia di tipo casistico: le modalità con cui il procedimento interno si è svolto e le caratteristiche della vicenda costituiscono l'oggetto sul quale i giudici europei esercitano il vaglio di compatibilità con il diritto convenzionale. Invero, ai giudici di Strasburgo "non interessano le soluzioni normative in sé stesse, ma gli effetti che la loro applicazione ha avuto nel caso concreto",[267] adottando un punto di vista che valorizza la protezione effettiva e concreta dei diritti fondamentali dell'individuo. È stata proprio l'esigenza di tutelare situazioni giuridiche meritevoli che ha indotto la Corte ad arricchire la nozione di equo processo, integrando l'elenco delle condizioni in presenza della quali un processo può ritenersi "*fair"* ed estendendone l'applicazione ai gradi di giudizio successivi al primo.

Il vaglio della Corte europea ha ad oggetto l'equità della procedura globalmente intesa, per cui tutto l'iter procedimentale che si è dispiegato dinanzi ai giudici nazionali viene sottoposto al sindacato di compatibilità con la CEDU. Una prima parte delle sentenze è sempre dedicata alla contestualizzazione della vicenda e all'analisi del

[266] A. BALSAMO E R. KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, p. 71
[267] V. ZAGREBELSKY, *Corte europea dei diritti dell'uomo e "processo equo*", in *Processo penale e giustizia europea*, Milano, 2008, p. 248

sistema giuridico di riferimento. Tuttavia, mentre le pronunce più risalenti dimostrano un approccio più aderente al caso concreto, per cui risulta difficile estrapolare da esse dei criteri di carattere generale, nelle sentenze più recenti la Corte elabora una tavola di principi che guidano l'interprete nella comprensione del ragionamento dei giudici europei.

Dal *case- law* convenzionale si evince che la Corte europea è costantemente alla ricerca di un equilibrio tra due diverse tensioni: una che si riflette nell'esigenza di accordare protezione ai diritti fondamentali dell'individuo che sono stati lesi da un procedimento, che non si è svolto conformemente ai dettami convenzionali; l'altra di aspirazione universale, in quanto "le sentenze della Corte servono non solo a decidere il caso di cui essa è investita, ma più latamente a chiarire, salvaguardare e sviluppare le norme della Convenzione e contribuire in tal modo al rispetto, da parte degli Stati, degli impegni loro assunti in qualità di parti contraenti"[268].

Per le ragioni fin qui addotte si è scelto di trattare preliminarmente le prime pronunce in cui la Corte si è occupata di equo processo in grado di appello[269]; successivamente si è cercato di delineare una tavola di criteri generali ricavati dalla giurisprudenza convenzionale, i quali costituiscono il punto di riferimento per comprendere il metodo di cui si avvalgono i giudici europei per ravvisare una violazione dell'art. 6 della c.e.d.u, in quanto il procedimento di appello non ha soddisfatto i requisiti di *fairness*. Per ragioni di chiarezza, la loro trattazione è stata anteposta a quella delle sentenze più recenti, in cui tali principi vengono enucleati con riferimento alle peculiarità della vicenda sottoposta al vaglio della Corte.

In ultima analisi, si tenterà di rendere ragione delle diversità concettuali che attraversano l'ordinamento convenzionale e quello interno quando si confrontano con il principio di oralità – immediatezza in grado di appello.

### 2.2.2. L'art. 6 della CEDU e la sua applicazione ai giudizi di impugnazione

Il sistema costituito dalla Convenzione europea e dall'organo giurisdizionale della Corte EDU nacque, come si è detto, dalla necessità avvertita dalla comunità internazionale di proteggere i diritti individuali a fronte di un abuso del potere statuale; la diversità dei modelli processuali, adottati dagli ordinamenti nazionali, non ha impedito di individuare un nucleo comune di regole che devono informare il processo

[268] A. Balsamo e R. Kostoris, Giurisprudenza europea e processo penale italiano, Torino, 2008, pag. 71

[269] Il presente contributo si avvale delle opinioni di D. NEGRI, *Il diritto a un giusto processo di appello alla luce della CEDU*, Convegno organizzato da Unione delle camere penali ( http://www.radioradicale.it/scheda/427323/quale-futuro-per-il-processo-d'appello) ; Relazione 29/2013, 2 luglio 2013, *Riforma della sentenza assolutoria di primo grado e violazione dell'art 6 CEDU nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Corte suprema di Cassazione, Ufficio del massimario e del ruolo, Servizio penale

penale, affinché esso possa essere considerato "*fair"* secondo i dettami convenzionali. L'art. 6 della c.e.d.u, il quale fa riferimento alla nozione di equità processuale, si sostanzia in un'insieme di garanzie dal contenuto eterogeneo che hanno carattere esemplificativo di quelli che devono essere i requisiti imprescindibili del processo affinché possa essere considerato equo. È stata la Corte europea nella sua attività di interprete della Convenzione ad arricchire il contenuto di questa disposizione, ricavando per via giurisprudenziale una tavola di criteri e di principi che rendono "viva" la nozione di equità processuale. Secondo quanto previsto all'art. 6 della c.e.d.u., l'imputato ha diritto a che il processo si svolga in una pubblica udienza, entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge. In particolare, ai sensi del paragrafo 3, ha diritto ad essere informato tempestivamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico, di difendersi disponendo del tempo necessario a tale scopo, di avvalersi dell'assistenza del difensore e di interrogare o fare interrogare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'interrogazione dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico.

Come si evince da una prima lettura della disposizione in esame, la nozione di equità processuale è complessa e si sostanzia in un compendio di garanzie previste per l'imputato, pertanto, la violazione dell'art. 6 della c.e.d.u potrà ritenersi integrata sotto molteplici profili. Per menzionarne alcuni, che verranno analizzati nelle sentenze oggetto di trattazione, il processo di appello, condotto mediante un metodo "cartolare", non viene considerato "*fair*", talvolta perché non si è svolta una pubblica udienza nella quale l'imputato avrebbe potuto partecipare ed essere ascoltato di persona[270], talaltra perché non sono stati rispettati i diritti di difesa, in particolare l'imputato non ha avuto la possibilità di confrontarsi con un testimone in presenza del giudice chiamato a decidere in ultima istanza sul merito della controversia[271]. La prospettiva che privilegia la Corte europea, è sempre di tipo "soggettivo", nel senso che la mancanza di un rinnovato contatto tra giudice e prova è censurata come violazione dell'art. 6 se si è tradotta nella lesione dei diritti dell'imputato che trovano protezione nel sistema convenzionale. Come vedremo, infatti, la giurisprudenza della Corte europea in materia di *fair trial* in appello è fonte di una concezione convenzionale di immediatezza, che si differenzia, almeno in parte, dalla nozione interna.

[270] La Corte EDU individua la violazione dell'art. 6 sotto il profilo della mancanza di una public hearing nel caso Ekbatani c. Svezia, nel quale il processo di appello si era svolto sulla base di memorie presentate dalle parti, senza che all'imputato fosse consentito di essere ascoltato e di escutere un testimone. Nel caso di specie la Corte aveva ritenuto anche che il diritto di difesa dell'imputato avesse subito una tutela ingiustificatamente ridotta

[271] Nelle pronunce più recenti, che saranno analizzate nei paragrafi successivi, la violazione dell'art 6 discende dal fatto che la mancata rinnovazione dell'istruttoria del dibattimento ha comportato lo svolgimento di un processo *unfair,* che ha costituito una violazione dei diritti di difesa dell'imputato, in particolare del diritto a confrontarsi con il suo accusatore davanti al giudice che per ultimo decide nel merito

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo non conteneva, originariamente, una disposizione che obbligasse gli stati membri a predisporre per l'imputato il riesame della pronuncia a suo carico davanti a un giudice di grado superiore. L'esigenza di accordare una tutela siffatta, tuttavia, si concretizza nella comunità internazionale in seno all'Assemblea delle Nazioni unite con il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966,[272] il quale prevede che colui che subisce una condanna ha diritto a che essa sia sottoposta al vaglio di un tribunale di seconda istanza. La Convenzione, dal canto suo, conteneva soltanto l'art. 13 il quale prevede che " Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale". Questa disposizione, tuttavia, non è stata interpretata nel senso che gli stati contraenti erano obbligati a predisporre un meccanismo giurisdizionale che si articola in più gradi di giudizio, consentendo all'imputato di sottoporre la decisione a sé sfavorevole a un giudice di grado superiore, ma sancisce l'obbligo per gli ordinamenti di prevedere un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale accessibile a chi lamenti la violazione dei diritti e delle libertà protetti dalla Convenzione europea. L'art. 13, tuttavia, "non postula l'esigenza di un rimedio di tipo giurisdizionale, per di più articolato su un meccanismo processuale a più gradi, potendo l'istanza nazionale essere rappresentata da un organismo amministrativo o politico ovvero da una Corte superiore del tutto sganciata dall'organizzazione giudiziaria"[273]. Per colmare questo vuoto normativo nel sistema europeo, il primo novembre 1988 è entrato in vigore il protocollo n. 7 il cui articolo 2 prevede che "chiunque venga dichiarato colpevole di una infrazione penale da un tribunale ha il diritto di sottoporre ad un tribunale della giurisdizione superiore la dichiarazione di colpa o la condanna". A partire da questo momento può dirsi positivizzato a livello convenzionale il diritto per colui che è sottoposto a processo penale ad ottenere il riesame della decisione emanata nei suoi confronti da parte di un altro giudice.

Anche prima, però, che tale disposizione entrasse in vigore, la Corte europea aveva colmato il vuoto normativo in materia fin dalla giurisprudenza più risalente; i giudici di Strasburgo avevano infatti elaborato una tavola di criteri in materia, estendendo l'ambito di applicazione dell'art. 6 della c.e.d.u al di là di quelle che erano le indicazioni in esso esplicitamente contenute, attraverso una giurisprudenza di carattere creativo e diretta ad accordare la più ampia tutela possibile a coloro che lamentavano che il procedimento penale che si era svolto nei loro confronti non aveva soddisfatto i criteri di equità.

Pur lasciando agli Stati membri grande libertà nella previsione dei gradi di giudizio interni e delle loro regole di funzionamento, la Corte ha mostrato un interesse

[272] Patto internazionale sui diritti civili e politici, art. 14 n. 5 "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". Esso è stato ratificato dall'Italia nel 1978

[273] SACCUCCI, *L'art. 6 della Convenzione di Roma e l'applicazione delle garanzie del giusto processo ai giudizi di impugnazione,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 587

crescente per l'applicabilità delle garanzie previste dall'art. 6 della c.e.d.u ai giudizi di impugnazione. Sebbene i criteri minimi, che sono indicati dalla disposizione in esame affinché il processo possa essere considerato equo, non erano direttamente riferibili ai gradi successivi al primo, in quanto non ci sono richiami in tal senso, la Corte europea ha ricavato dalle previsioni dell'art. 6 della c.e.d.u un vero e proprio "statuto convenzionale del diritto alla rinnovazione della prova in appello"[274].

A partire dalla sentenza Delcourt c. Belgio[275], risalente al 1970, i giudici di Strasburgo hanno affermato che il processo per rivestire il carattere di equità avrebbe dovuto garantire il rispetto dei dettami dell'art. 6 della Convenzione anche nei giudizi di impugnazione, non essendo tollerabile che i diritti dei singoli siano sottoposti a uno standard di tutela minore nel processo di seconda istanza. I giudici di Strasburgo non si spingono fino ad obbligare gli Stati a dotarsi di un secondo grado di giudizio, lasciando loro un ampio margine di apprezzamento circa i mezzi di impugnazione e le loro caratteristiche; tuttavia, qualora uno stato decida di prevedere corti di secondo o di terzo grado, deve assicurare a colui che viene sottoposto a processo penale il rispetto delle garanzie previste dall'art. 6 della c.e.d.u[276]. La Corte afferma che in una società democratica il diritto a una buona amministrazione della giustizia assume un rilievo tale che un'interpretazione restrittiva dell'art. 6 paragrafo 1 non sarebbe in linea con l'oggetto e con lo scopo di tale disposizione[277].

Quanto affermato in Delcourt c. Belgio viene ripreso in una vicenda decisa nel 1988, il caso Ekbatani c. Svezia[278], che verrà analizzato, sotto diverso profilo, nei paragrafi successivi. È interessante riportare la posizione del governo svedese, secondo il quale gli Stati contraenti devono garantire un'applicazione piena ed integrale del principi in materia di *fair trial* nel processo primo grado, mentre nei giudizi di impugnazione troverebbero applicazione soltanto alcune delle garanzie previste dall'art. 6, quelle che possono considerarsi fondamentali, tra le quali non è certamente compresa un'ulteriore pubblica udienza davanti alla corte di appello[279]. A supporto della sua tesi,

[274] S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU*, cit.
[275] Corte EDU, 17 gennaio 1970, Delcourt c Belgio in www.echr.coe.int/
[276] Corte EDU, 17 gennaio 1970, Delcourt c. Belgio, paragrafo 25: "Article 6 para. 1 of the Convention does not compel the Contracting States to set up courts of appeal or of cassation. Nevertheless, a State which does institute such courts is required to ensure that persons amenable to the law shall enjoy before these courts the fundamental guarantees contained in articole 6"
[277] Corte EDU, Delcourt c Belgique, 17 gennaio 1970 paragrafo 25 : " in a democratic society within the meaning of the Convention, tha right to a fair administration of justice holds such a prominent place that a restrictive interpretation of article 6 par. 1 (art. 6-1) would not correspond to the aim and the purpose of that provision"
[278] Corte EDU, 26 maggio 1988, Ekbatani c. Svezia, paragrafo 24 : "criminal proceedings form an entity and the protection afforded by article 6 does not cease with the decision at first instance; indeed, according to the Court's consistent case-law a State which institutes courts of appeal or cassation 'is required to ensure that persons amenable to the law shall enjoy before these courts the fundamental guarantees contained in this article"
[279] Corte EDU, 26 maggio 1988, Ekbatani c. Svezia, paragrafo 29

il governo fa riferimento all'art 2 del protocollo nr. 7[280], all'epoca peraltro non ancora in vigore, desumendo dallo stesso la libertà per gli Stati di prevedere le regole e le modalità di svolgimento del giudizio di appello, in assenza di vincoli derivanti dal diritto convenzionale. La Corte EDU, al canto suo, specifica che il ruolo dei protocolli aggiuntivi non è certo quello di provocare una diminuzione di tutela dei diritti fondamentali previsti dalla Convenzione; pertanto, una lettura siffatta dell'art 2 del protocollo nr. 7 non può essere condivisa dai giudici di Strasburgo. Come si ricava dalla risalente giurisprudenza Delcourt c. Belgio, un'interpretazione restrittiva dei principi del giusto processo non corrisponderebbe alle finalità e allo scopo dell'art. 6 c.e.d.u[281]; tuttavia, le modalità con cui si applicano le garanzie in esso previste dipendono dalle caratteristiche che il processo di appello assume nell'ordinamento nazionale, avendo riguardo al procedimento penale complessivamente considerato e al ruolo che la corte di appello riveste nell'ordinamento nazionale[282].

Allo stato degli atti si deve concludere che a seguito dell'entrata in vigore del protocollo n.7, può dirsi positivizzato a livello convenzionale il diritto a un doppio grado di giudizio. Tuttavia, agli Stati è lasciata la libertà con riferimento alla struttura e alle caratteristiche dei giudizi di impugnazione, potendo prevedere che al giudice di secondo grado siano demandate questioni di solo diritto, ovvero che gli sia devoluto il merito della controversia. Diritto a un doppio grado di giudizio quindi, ma non a un secondo giudizio di merito.

Le modalità con cui si applica l'art. 6 ai giudizi di impugnazione variano a seconda delle caratteristiche degli stessi, per cui il vaglio di compatibilità della Corte si fa più rigoroso quando il giudice di appello è dotato del potere di emanare una sentenza che si sostituisca a quella del grado precedente, effettuando cosi un sindacato pieno della colpevolezza o dell'innocenza dell'imputato.

### 2.2.3. Il diritto a una *public hearing* nel caso Ekbatani c. Svezia

Una prima vicenda che merita di essere oggetto di trattazione, venne decisa nell'ormai risalente al 1988, essa tuttavia contiene dei fondamentali parametri di riferimento per comprendere la giurisprudenza convenzionale in tema di equo processo di appello. La pronuncia in esame si concluse con la condanna della Svezia per violazione dell'art. 6 della c.e.d.u.: la Corte ritenne che nel secondo grado di giudizio non era stato rispettato il diritto ad avere una pubblica udienza, in quanto le parti erano state ammesse a presentare solo memorie scritte e ciò aveva comportato una lesione del diritto di difesa dell'imputato, il quale non era stato ascoltato.

[280] Art. 2 protocollo 7 nella parte in cui prevede : "modalities for the exercise of the right of appeal and the grounds on which it may be exercised are to be determined by domestic law"
[281] Corte EDU, 17 gennaio 1970, Delcourt c. Belgio, par. 25
[282] Corte EDU, 26 maggio 1988, Ekbatani c. Svezia, par. 27

Nel caso in esame, l'imputato, condannato in primo e in secondo grado a una pena pecuniaria, lamentava la violazione da parte della corte di appello svedese dell'art. 6, paragrafo 1, della CEDU nella parte in cui prevede : "in determination of..any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and a *public hearing*" . Nel corso del processo di primo grado, infatti, l'imputato era presente e si era tenuta una pubblica udienza nel corso della quale le parti erano state sentite. Ritenendo che in appello ci sarebbe stata una pubblica udienza, l'imputato aveva chiesto l'ammissione di una prova testimoniale che verteva sulla sua credibilità, la corte domestica tuttavia decise che il processo si sarebbe svolto senza una *public hearing*, mediante la produzione di memorie scritte. Il ricorrente, soccombente nei tre gradi di giudizio interni, si rivolse alla Corte europea, la quale riprendendo la giurisprudenza Delcourt c. Belgio[283], estese anche ai gradi di giudizio successivi al primo il corredo di garanzie previsto dall'art. 6 della c.e.d.u.[284].

Il punto nodale della sentenza, che i giudici di Strasburgo dovettero affrontare per stabilire se, nel caso di specie, si era verificata una violazione dell'art. 6 c.e.d.u, veniva enunciato in questi termini : se "*a departure from the principle that there should be a public hearing at which the accused has the right to be present and argue his case, could, in regard, to the proceedings before the court of appeal, be justified in the circumstances of the present case by the special features of the domestic proceedings viewed as a whole*"[285]. Da questa affermazione si desume che secondo la Corte di Strasburgo, affinché un processo complessivamente considerato sia equo, occorre che in appello si svolga una pubblica udienza alla quale l'imputato ha diritto di essere presente e di partecipare attivamente, a meno che non ricorrano delle circostanze che consentano di derogare a questo principio.

Secondo il governo svedese, nella fattispecie in esame, i requisiti di "*fairness"* previsti dall'art. 6 della CEDU non erano stati violati in quanto era stata rispettata la parità delle armi tra le parti. La Corte concordò con tale opinione : né all'imputato, né all'accusa era stata data occasione di chiamare dei testimoni in secondo grado. Tuttavia, secondo la Corte, la parità delle armi non esaurisce la più ampia nozione di *fair trial*, in quanto ne costituisce solo un aspetto, potendo il procedimento essere considerato non conforme ai dettami convenzionali anche se le parti erano state trattate equamente. L'osservanza di questo principio non venne infatti ritenuta decisiva nel caso in esame, in cui si trattava di capire se un giudizio di appello svolto in maniera "cartolare", senza che l'imputato potesse beneficare di un'udienza in forma orale, costituisse una violazione dell'art. 6 della c.e.d.u.

Con riferimento a questo aspetto, la Corte ritenne che l'assenza di una pubblica udienza in secondo grado potesse essere giustificata dalle "*special features of the*

[283] Corte EDU, 17 gennaio 1970, Delcourt c. Belgio, in www.echr.coe.int/

[284] Tale tematica, affrontata nella sentenza Delcourt c. Belgio, e, successivamente, nella sentenza in esame, è stata oggetto di trattazione nel paragrafo precedente

*proceedings*"[286]. In generale, i procedimenti di seconda istanza che vertono solo su questioni di diritto possono considerarsi conformi ai dettami del giusto processo ai sensi della Convenzione, anche se all'imputato non è stata data l'opportunità di essere sentito di persona in appello; laddove, invece, alla corte di appello siano devolute tanto questioni sia di fatto che di diritto, essendo il secondo grado strutturato come un giudizio di merito, l'assenza di una pubblica udienza più difficilmente potrà superare il vaglio di compatibilità con l'art. 6 della c.e.d.u.

Nel caso in esame, il giudice di appello era dotato del potere di decidere sulla colpevolezza o sull'innocenza dell'imputato, sostituendo la propria decisione a quella di primo grado; le fonti di prova erano costituite dalle dichiarazioni dell'imputato e della persona offesa, i quali, però, non erano stati riascoltati. Da queste circostanze derivò, secondo la Corte di Strasburgo, la violazione dell'art. 6 della c.e.d.u in grado di appello, in quanto "*that question could not, as a matter of fair trial, have been properly determined without a direct assessment of the evidence given in person by the applicant*"[287]. Da questa affermazione si ricava quello che viene considerato il parametro che guida i giudici europei nello stabilire se il processo ha rispettato o meno i canoni di equità convenzionale : l'adeguatezza della decisione con riferimento ai dettami del giusto processo. Esaminando le particolarità della vicenda che venne sottoposta alla sua attenzione, la Corte si preoccupò di stabilire se la questione avente ad oggetto l'affermazione di colpevolezza o innocenza dell'imputato avrebbe potuto essere adeguatamente decisa senza una diretta assunzione delle prove in appello, la cui ammissione era stata chiesta dall'imputato. La Corte pervenne a una conclusione opposta, e quindi a un giudizio di adeguatezza rispetto ai dettami dell'art. 6 della c.e.d.u, nella vicenda Fejide c. Svezia[288], nella quale, pur essendo l'appello strutturato come un giudizio di merito, le questioni demandate al giudice di seconda istanza non sollevavano questioni di fatto o di diritto che non avrebbero potuto essere decise sulla base degli atti contenuti nel fascicolo[289]. Considerando, inoltre, il carattere minore dell'offesa[290] e il divieto di *reformatio in peius*[291], i giudici europei ritennero che la Corte di appello

[286] Corte EDU, 26 maggio 1988, Ekbatani c. Svezia, paragrafo 31
[287] Corte EDU, 26 maggio 1988, Ekbatani c. Svezia, paragrafo 32
[288] Corte EDU, 29 ottobre 1991, Fejde c. Svezia, in www.echr.coe.int/
[289] Corte EDU, 29 ottobre 1991, Fejde c. Svezia, paragrafo 33 : "the present case is different from the above mentioned Ekbatani case because of the nature of the issues to be decided on appeal. (…) Mr. Fejde's appeal did not raise any questions of facts or any questions of law which could not be adequately resolved on the basis of the case- file"
[290] Nel caso Fejde c. Svezia il ricorrente era accusato di essere in possesso di un'arma senza la licenza
[291] Il divieto di *reformatio in peius* non è peraltro un criterio indicativo per affermare che non si debba svolgere una pubblica udienza in appello. Nel caso Ekbatani c. Svezia la Corte afferma che il fatto che il giudice non potesse aggravare la condanna riguarda la fase della commisurazione della pena, per cui non può essere un elemento da tenere in considerazione nella valutazione di colpevolezza o innocenza dell'imputato. Nel caso del 1988, infatti, la Corte ritiene sussistente la violazione dell'art. 6 della c.e.d.u in quanto non si è svolta una pubblica udienza in grado di appello, nonostante il divieto di *reformatio in peius*

avrebbe potuto adeguatamente decidere senza una *public hearing*, per cui l'art. 6 non era stato violato nel caso di specie.

Da queste prime pronunce risulta difficile trarre delle direttive di carattere generale che guidino l'interprete nella comprensione della giurisprudenza europea in tema di *fair trial* in appello. La Corte restò aderente al caso concreto, non vennero infatti affermati dei criteri che potessero guidare i giudici convenzionali nell'effettuare il loro vaglio di compatibilità con l'art. 6 della c.e.d.u; tuttavia, nelle pronunce più recenti, come vedremo nel paragrafo successivo, la Corte delineò una tavola di principi di carattere generale utili per comprendere se, ai fini del rispetto della *fairness* processuale, la corte di appello avrebbe dovuto procedere alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale. Anche da queste prime sentenze è possibile, tuttavia, ricavare alcune indicazioni preliminari che verranno chiarite nella giurisprudenza più recente.

Innanzitutto la nozione di *fair trial* è complessa, non è infatti sufficiente che le garanzie contenute nell'art. 6 della Convenzione siano rispettate nel primo grado di giudizio, dovendo i diritti dell'imputato trovare protezione anche in appello. Il fatto che fosse stata osservata la parità delle armi non esclude che il procedimento interno possa essere considerato *unfair*, in quanto ci sono altri elementi che concorrono a stabilire se lo Stato ha garantito all'imputato un processo equo. Nel caso Ekbatani c. Svezia la violazione dell'art 6 venne fatta discendere dal diritto ad avere una pubblica udienza, che di regola deve, secondo i dettami europei, svolgersi, in quanto la pubblicità della giurisdizione è un diritto dell'imputato che concorre a rendere il processo equo. Spetta alla Corte valutare la sussistenza di circostanze che potrebbero giustificare un processo di seconda istanza condotto per iscritto, senza che all'accusato sia garantito il diritto di essere sentito di persona; in tale caso il processo di appello potrebbe superare il vaglio di compatibilità con l'art. 6 se al giudice fossero demandate questioni di solo diritto.

Nel caso in cui, invece, l'appello sia concepito come un giudizio di merito, spetta ai giudici di Strasburgo rilevare se nella vicenda sottoposta alla loro attenzione la corte nazionale avrebbe potuto adeguatamente decidere, anche senza un'udienza orale o se, diversamente, per le circostanze del caso, il vaglio di compatibilità con l'art. 6 non può essere superato. Il criterio che guida i giudici della Corte è quello del *"properly determine"*, che verrà ripreso nelle sentenze più recenti. Nel caso Ekbatani c. Svezia, la violazione a una *public hearing* derivò dalla circostanza che alla corte di appello fossero demandate tanto questioni di fatto che di diritto, per cui, una piena valutazione della colpevolezza o innocenza dell'imputato non avrebbe potuto essere adeguatamente condotta, in termini di equo processo, senza una diretta assunzione delle prove fornite dall'imputato; pertanto, il fatto che in secondo grado non si fosse tenuta una pubblica udienza violava l'art. 6 della CEDU. Da questo profilo la Corte ne individuò uno

ulteriore : la negazione della *public hearing* determinò una lesione del diritto di difesa dell'imputato, il quale non era stato sentito personalmente.

### 2.2.4. I "general principles in the Court's case – law"

Le pronunce esaminate contengono *in nuce* quei criteri che, nelle sentenze più recenti, verranno ripresi e sviluppati, fino a divenire degli "indicatori" che consentono ai giudici di Strasburgo di valutare se il processo penale interno ha rivestito o meno i caratteri dell'equità convenzionale. Sebbene nella giurisprudenza più risalente la Corte europea rimanga fedele al suo ruolo primigenio di giudice del caso concreto, negli ultimi anni è stata chiamata con frequenza sempre crescente a pronunciarsi sull'equità processuale in grado di appello. Da questi ricorsi è scaturita una copiosa giurisprudenza dalla quale è possibile ricavare delle indicazioni di carattere generale di cui i giudici di Strasburgo si servono per valutare se il processo di appello si è svolto secondo i canoni dell'equo processo desumibili dall'art. 6 della c.e.d.u.

Nelle pronunce che saranno esaminate nei paragrafi successivi, i ricorrenti lamentavano che il processo nei loro confronti era stato "*unfair"* in quanto, dopo un'assoluzione in primo grado e sulla base del medesimo compendio probatorio, l'appello, strutturato come un giudizio di merito, si era concluso con la condanna dell'imputato senza che il giudice avesse proceduto all'assunzione diretta delle fonti di prova, poste alla base della sua decisione[292]. Come si vedrà nel capitolo terzo, nella maggioranza dei casi in cui la Corte di cassazione ha fatto applicazione dei criteri convenzionali, ne ha agganciato l'operatività alla condanna per la prima volta in appello, subordinando la necessità di addivenire alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello solamente in caso di riforma totale *in peius* della sentenza del giudice di prime cure, devitalizzando lo statuto convenzionale nelle altre circostanze : quando la condanna di primo grado sia stata confermata o solamente aggravata in appello. La disamina del *case-law* della Corte europea è finalizzata a contestualizzare gli elementi che vengono presi in considerazione da Strasburgo e ad individuare il ruolo che rivestono nell'iter argomentativo seguito dai giudici europei, affinché ciascuno di essi venga colto nella sua reale portata. Con riferimento alla condanna per la prima volta

[292] Si fa riferimento a quella che viene considerata la giurisprudenza europea più conosciuta dal giurista interno, stante i richiami che la Corte di cassazione fa ai seguenti casi nei quali l'imputato era stato condannato per la prima volta in appello : Corte EDU, 15 luglio 2003, Arnarsson c. Islanda ; Corte EDU, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia ; Corte EDU, 4 giugno 2013, Hanu c. Romania ; Corte EDU, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania ; Corte EDU, 16 settembre 2014, Mischie c. Romania. Tuttavia non tutte le pronunce europee che ravvisano la violazione dei canoni dell'equo processo in appello, vedono l'imputato condannato in secondo grado per la prima volta : per esempio, nel seppur risalente caso Ekbatani, la violazione dell'art. 6 viene ritenuta sussistente anche se c'era stata una condanna anche in primo grado ; nel caso Adbulgadirov c. Arzeibaigian, che sarà oggetto di trattazione nei paragrafi successivi, l'imputato aveva subito una condanna a pena detentiva in tutti e tre i gradi di giudizio dalle corti interne

in appello, per comprendere se esso sia determinante per ritenere sussistente la violazione dell'art. 6 della CEDU, o se costituisca uno degli elementi che, insieme ad altri, concorre a integrare un processo "*unfair*", occorre possedere uno strumentario che consenta di comprendere il metodo seguito dai giudici europei.

Alla luce di queste premesse, appare opportuno preliminarmente familiarizzare con questa tavola di criteri, i quali verranno successivamente enunciati con riferimento alle vicende sottoposte al vaglio di Strasburgo e riferiti al sistema processuale dello Stato che viene ritenuto responsabile della violazione della Convenzione. Dal *case-law* convenzionale, in tema di *fair trial* in appello, sono ricavabili delle indicazioni di carattere generale, le quali precedono l'analisi della vicenda[293]. Sebbene infatti l'approccio della Corte europea sia di tipo casistico e sia quindi problematico individuare dei criteri in grado di trascendere le particolarità della fattispecie, i giudici europei non procedono in maniera caotica: il percorso argomentativo che segue la Corte per valutare la compatibilità del procedimento interno con il diritto convenzionale può essere tracciato con un certo grado di attendibilità e di prevedibilità. Si ritiene quindi che, a fronte di un ricorso in cui il ricorrente lamenta la violazione dell'art. 6 della c.e.d.u, in quanto il processo di appello è stato *unfair*, i giudici di Strasburgo valuteranno la fattispecie sottoposta alla loro attenzione rifacendosi allo strumentario concettuale ricavabile dalla giurisprudenza precedente. Tali criteri vengono denominati "*general principles in the Court's case- law"*, essi delineano un vero e proprio "statuto convenzionale" in tema di *fair trial* in appello, in grado di guidare l'interprete nella comprensione della complessa casistica giurisprudenziale.

La disposizione di riferimento nelle pronunce oggetto di trattazione è l'art. 6 della c.e.d.u, il quale delinea, a prescindere dal sistema processuale prescelto dagli Stati, un nucleo minimo di garanzie che devono essere accordate all'imputato affinché il processo possa essere considerato equo. Secondo la giurisprudenza europea, l'oggetto e lo scopo dell'art. 6 c.e.d.u implicano che colui che è sottoposto a processo penale abbia una "*fair and public hearing*" alla quale ha diritto di partecipare, perché la presenza dell'imputato all'udienza, anche in grado di appello, è condizione per esercitare i diritti di difesa, come il diritto ad essere presente, ad essere ascoltato, a confrontarsi con un testimone in presenza del giudice chiamato a decidere in ultima istanza sulla colpevolezza o innocenza. In questo senso, come emerge dalla sentenza Ekbatani c. Svezia, il diritto a una pubblica udienza è strumentale per tutelare il diritto di difesa dell'imputato, che a causa di un processo di appello svolto in forma scritta, ha

[293] Corte EDU, 15 luglio 2003, Arnarsson c. Islanda; Corte EDU, 20 giugno 2013, Adbulgadirov c. Arzeibaigian ; Corte EDU, 4 giugno 2013, Hanu c. Romania; Corte EDU, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia; in www.echr.coe.int/. In queste pronunce i giudici europei, prima di soffermarsi sulle peculiarità della fattispecie, richiamano i propri precedenti ed enunciano quelli che possono considerarsi principi consolidati. Il passaggio dalla parte generale a quella speciale talvolta è indicato con espressioni come "turning to the facts to the present case" o "application to those principles to the present case"

subito un'ingiustificata lesione, in quanto l'imputato avrebbe dovuto essere ascoltato. Tuttavia, l'art. 6 c.e.d.u non si applica in maniera indistinta a tutti i procedimenti di secondo grado, ma occorre tenere in considerazione alcuni aspetti: il procedimento penale complessivamente considerato e il ruolo e le caratteristiche che il processo di appello assume nell'ordinamento nazionale. La Corte ricorda, inoltre, che, qualora un'audizione pubblica si è tenuta in primo grado, uno standard meno rigido si applica in appello, in cui l'assenza di un'udienza orale può essere giustificata dalle caratteristiche specifiche del procedimento in questione.

Gli aspetti degli ordinamenti interni che vengono considerati dai giudici europei, ai fini di vagliare l'equità del procedimento interno, sono: la natura del sistema di appello nazionale, la portata dei poteri della corte d'appello e il modo in cui gli interessi del richiedente sono effettivamente presentati e protetti nel ricorso, in particolare con riferimento alla natura dei problemi che devono essere decisi. Se essi sollevano questioni di fatto o di diritto, che non possono essere adeguatamente risolte sulla base della mera lettura degli atti contenuti nel fascicolo, il giudice nazionale dovrà procedere alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale.

Il primo elemento è costituito dalla natura del processo di appello, occorre valutare se tale grado di giudizio è strutturato nell'ordinamento nazionale come un grado di merito o di sola legittimità. Se infatti al giudice dell'impugnazione sono devolute solo questioni di diritto, i requisiti di cui all'art. 6 della c.e.d.u possono considerarsi soddisfatti, anche se al ricorrente non è stata data la possibilità di essere ascoltato. Laddove invece il processo di secondo grado verta sia sul fatto che sul diritto, dovendo il giudice statuire sul merito, la Corte osserva che l'art. 6 non sempre richiede la *public hearing* o, qualora essa si sia tenuta, il diritto per l'imputato di apparire di persona[294].

Per quanto riguarda il giudice di appello, occorre vedere quali questioni gli vengono devolute e se ha o meno il potere di riformare la sentenza di primo grado, potendo, come il giudice italiano, sovvertire integralmente la decisione precedente, prospettandosi per l'imputato la possibilità di essere condannato per la prima volta in appello.

Con riferimento al terzo elemento, occorre guardare complessivamente che cosa era "in palio" per l'imputato; la Corte, nelle sentenze che vedremo, si sofferma su diversi aspetti in presenza dei quali ritiene che il giudice non avrebbe potuto decidere adeguatamente senza procedere alla rinnovazione dell'istruttoria. Per esempio, i giudici di Strasburgo tengono in considerazione la semplicità/complessità della questione di fatto che è devoluta alla corte di appello, il quadro probatorio di riferimento e la natura della prova, se dichiarativa o documentale, la possibilità che l'imputato sia condannato per la prima volta in appello, la gravità del reato.

[294] Corte EDU, 29 ottobre 1991, Fejde c. Svezia, paragrafo 31

Mentre i primi due criteri attengono ad elementi di carattere strutturale, perché fanno riferimento all'ordinamento giuridico di volta in volta sottoposto al vaglio convenzionale, l'ultimo parametro si focalizza sul ruolo dell'accusato nel procedimento penale a suo carico. Tale criterio è il più problematico in quanto non è determinabile a priori, ma può essere integrato da diversi elementi che combinandosi tra loro portano la Corte a concludere che non sono stati rispettati i dettami che l'art. 6 c.e.d.u impone, affinché un processo possa essere considerato equo. È bene ricordare che, come è stato detto nella prima parte del capitolo, il sistema europeo nasce con lo scopo di tutelare i diritti dell'individuo dal potere statuale, di conseguenza questa angolazione "soggettiva" non viene mai abbandonata nella giurisprudenza europea, risultando a volte problematico per l'interprete individuare correttamente quegli elementi che hanno avuto un'importanza determinante nel percorso argomentativo della Corte per considerare integrata la violazione dell'art. 6 della c.e.d.u. Fornendo un'anticipazione di quanto verrà illustrato nei paragrafi seguenti, nella trattazione del caso Dan c. Moldavia[295] il riferimento alla *main evidence* viene fatto in quanto si trattava di una circostanza della vicenda in esame, in cui la prova testimoniale era l'unica prova diretta che verteva sui fatti oggetto di responsabilità penale. Nonostante il criterio della prova decisiva non emerga nelle altre pronunce convenzionali, che si occupano di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, nella lettura che ne fa la nostra Corte di cassazione, la *main evidence* diviene il *discrimen* per l'applicazione dello statuto convenzionale in tema di equo processo di appello. Pertanto, in presenza di un quadro probatorio complesso, a fronte del quale non è rinvenibile una prova decisiva, i principi convenzionali non trovano applicazione nell'ordinamento interno. Il giudice di appello dovrà infatti procedere alla riassunzione in secondo grado della prova che riveste carattere di decisività, ai fini dell'affermazione di colpevolezza dell'imputato.

Tutti questi elementi concorrono a stabilire se, c'è stata una violazione dell'art. 6 c.e.d.u sotto il profilo del diritto dell'imputato ad avere un processo "*fair*". In questi casi, la corte di appello basando la propria valutazione sugli atti formati nel grado precedente, non ha deciso adeguatamente in termini di equo processo. I giudici di seconda istanza avrebbero dovuto procedere a una nuova audizione dei testi, consentendo all'imputato di confrontarsi con le fonti di prova davanti al giudice chiamato per ultimo a decidere circa la sua colpevolezza. Il rispetto dei canoni del *fair trial* in appello richiede che, in determinate circostanze occorra ripristinare il contatto diretto tra giudice e prova, in quanto la valutazione di attendibilità del testimone è un compito complesso che non può essere condotto mediante una mera lettura degli atti, soprattutto quanto tale valutazione ha delle conseguenze per l'imputato. In particolare, quando la corte di appello è chiamata ad esaminare tanto questioni di fatto che di diritto, potendo decidere della colpevolezza o innocenza dell'imputato, non può decidere

[295] Corte EDU, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, in www.echr.coe.int/

adeguatamente, con riferimento agli standard di tutela previsti dall'art. 6 c.e.d.u, senza procedere a una diretta assunzione delle prove a difesa fornite dall'accusato.

Il contatto diretto tra giudice dell'impugnazione e prova nella giurisprudenza convenzionale assume, come vedremo, un risvolto di carattere soggettivo. La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale deve essere disposta nella misura in cui è funzionale a garantire il pieno rispetto dei diritti dell'imputato, come il diritto di difesa, il diritto ad avere una pubblica udienza, il diritto a confrontarsi con i testimoni davanti al giudice chiamato a decidere nel merito. Se queste sono le indicazioni di carattere generale, ricavabili dal *case-law* convenzionale, è opportuno confrontarsi con le vicende sottoposte al vaglio di Strasburgo.

### 2.2.5. Il caso Hanu c. Romania

In questa cornice di riferimento si colloca la sentenza Hanu c. Romania[296] decisa nel 2013. Il ricorrente riteneva che il processo nel quale aveva rivestito la qualità di imputato era stato *"unfair"* perché la corte di appello e di cassazione[297], pur avendo come riferimento il medesimo quadro probatorio del giudice di primo grado, avevano emesso una condanna per la prima volta in appello senza procedere all'assunzione diretta delle prove[298].

La vicenda riguardava un ufficiale giudiziario accusato di corruzione e abuso di potere. Le fonti di prova erano di natura dichiarativa e i testimoni erano stati sentiti in primo grado. Poiché nessuna di tali dichiarazioni era stata ritenuta decisiva ai fini della prova della colpevolezza, la corte di primo grado aveva emesso una sentenza di assoluzione. In appello non erano state richieste nuove prove, i testimoni non erano stati riascoltati, ma i giudici di seconde cure dichiararono l'imputato colpevole. Durante il terzo grado di giudizio, venne confermata la condanna, in quanto ritennero che la valutazione delle prove era stata condotta correttamente nel grado precedente.

La Corte europea accolse le doglianze del ricorrente facendo applicazione dei criteri in materia di *fair trial* in appello: per vagliare l'equità del procedimento i giudici di Strasburgo presero in considerazione la struttura e il ruolo che il giudizio di appello rivestiva nel sistema processuale nazionale. Nel caso di specie, la corte di appello si era avvalsa della possibilità, prevista dal codice di procedura penale rumeno, di decidere il merito della controversia, ponendo alla base della propria decisione le prove

[296] Con riferimento a questo caso di veda S. RECCHIONE, *La rivalutazione della testimonianza "cartolare" : la posizione della Corte di Strasburgo e quella della Cassazione a confronto*, in *Diritto penale contemporaneo*

[297] Il sistema giuridico rumeno prevede che non solo la corte di appello, ma anche quella di Cassazione possa effettuare una valutazione di merito, potendo condannare per la prima volta l'imputato

[298] Corte EDU, 4 giugno 2013, Hanu c. Romania, paragrafo 20 : "The applicant complained that the criminal proocedings against him had been unfair because the domestic courts had not examined the evidence directly and had reached completely different decisions on the basis of the same evidence"

testimoniali. Secondo i giudici di Strasburgo, inoltre, la questione che concerneva la colpevolezza o l'innocenza dell'imputato era di natura fattuale, questo avrebbe giustificato una riassunzione delle prove orali, in particolare per la circostanza che l'imputato veniva condannato per la prima volta[299].

Tali elementi portarono i giudici europei a concludere che le corti nazionali avrebbero dovuto riascoltare i testimoni e la rinnovata audizione avrebbe dovuto trovare spazio nel giudizio di impugnazione a prescindere dalla richiesta di parte, ciò per tutelare il diritto di difesa dell'imputato, ingiustificatamente limitato da un giudizio condotto in maniera "cartolare". in quanto . Il fatto che si trattasse di effettuare un vaglio di merito, in cui il ricorrente avrebbe potuto essere condannato per la prima volta in appello, sulla base delle sole prove testimoniali, avrebbe dovuto comportare la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale[300]. Nel *case – law* della Corte europea uno dei requisiti del processo equo consiste nella possibilità per l'accusato di confrontarsi con i testimoni, in presenza del giudice chiamato a decidere per ultimo sulla sua colpevolezza, e ciò perché le valutazioni del giudice circa il contegno e la credibilità del testimone possono avere delle conseguenze per l'accusato[301].

Questa pronuncia si inserisce perfettamente nei criteri generali enunciati dalla Corte europea; tali principi vengono calati nelle peculiarità della fattispecie in cui, come si è detto, si trattava di effettuare una valutazione concernente il merito, le uniche prove erano quelle orali e il giudizio di secondo grado, che si era concluso con la prima condanna per l'imputato, era stato condotto in maniera cartolare. La prospettiva della Corte europea è quella di tutela dei diritti individuali, per cui, nella vicenda in esame, la mancata escussione dei testi in appello aveva comportato la lesione del diritto dell'imputato a confrontarsi con le prove davanti al giudice chiamato a decidere sulla sua colpevolezza. Il processo di appello era *unfair* secondo i dettami convenzionali in quanto la mancata escussione dei testi in appello si è tradotta nella lesione di un diritto soggettivo dell'imputato. La possibilità per colui che è sottoposto a procedimento penale di rapportarsi direttamente con il testimone, davanti al giudice chiamato a decidere per ultimo il merito della controversia è uno dei requisiti per considerare il

[299] Corte EDU, 4 giugno 2013, Hanu c. Romania, paragrafo 35 : "the matters that the Court of Appeal examined in order to decide whether the applicant was guilty were of factual nature which would have justified a new examination of the evidence, especially since it was the first court to convict him"

[300] Corte EDU, 4 giugno 2013, Hanu c. Romania, paragrafo 38 : "the Court takes the view that the applicant gave the domestic court sufficient information to justify a new examination of the evidence, especially since he had been acquitted by the County Court. In any event, the Court reiterates that the domestic courts are under an obligation to take positive measures to such an end, even if the applicant has not requested it"

[301] Corte EDU, 4 giugno 2013, Hanu c. Romania, paragrafo 40: "The Court reiterates that its case-law underlines that one of the requirements of a fair trial is the possibility for the accused to confront the witnesses in the presence of a judge who must ultimately decide the case, because the judge's observations on the demeanour and credibility of a certain witness may have consequences for the accused"

processo equo, pertanto prescinde da una richiesta di parte. È il giudice che, avendo riguardo a ciò che è in palio per l'imputato, deve procedere alla riassunzione della prova dichiarativa, perché in mancanza, e cioè basandosi sulle risultanze del grado precedente, non potrebbe prendere una decisione adeguata ai canoni del giusto processo, violando cosi l'art. 6 della c.e.d.u.

### 2.2.6. Il criterio della *main evidence* nella sentenza Dan c. Moldavia

Un'altra pronuncia, che si pone nel solco dei principi affermati, è la sentenza Dan c. Moldavia[302], decisa nel 2011, la quale viene citata nella giurisprudenza della Corte di cassazione, quando è chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della normativa interna, l'art 603 c.p.p., con l'art 6 della Convenzione cosi come interpretato dalla Corte europea.

Il ricorrente, accusato di aver ricevuto una somma di denaro, all'esito del giudizio di primo grado era stato assolto in quanto i giudici di prime cure avevano ritenuto mancante la prova che avrebbe eliminato ogni dubbio, circa l'integrazione della fattispecie incriminatrice[303]. All'esito del processo di secondo grado l'imputato era stato condannato a pena detentiva, a seguito di una diversa valutazione delle dichiarazioni degli stessi testimoni che non erano stati riascoltati in appello[304].

Dopo che il procedimento era stato definito nell'ordinamento interno con la conferma della condanna, il ricorrente si è rivolto all'organo giurisdizionale europeo lamentando che il procedimento nei suoi confronti era stato "*unfair"* perché, sulla base del medesimo compendio probatorio e senza procedere a una diretta assunzione delle prove orali, la corte di appello aveva sovvertito la sentenza di assoluzione.

In questa pronuncia la Corte di Strasburgo, dopo aver ripreso i principi generali affermati nella sua giurisprudenza[305], si è soffermata sulle caratteristiche peculiari della vicenda in esame.

---

[302] Per un commento alla sentenza di vedano : P. BRONZO, *Condanna in appello e rinnovazione della prova dichiarativa*, in *Arch. pen.* ; A. GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio di appello. L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il pm impugna l'assoluzione*, in *Arch. pen.*, 2012 n. 2; A. CABIALE, *Verso un appello convenzionalmente orientato, cit.*

[303] La vicenda Dan c. Moldavia vede come imputato un preside accusato di aver ricevuto una somma di denaro in cambio dell'ammissione di uno studente. La polizia organizza segretamente un incontro finalizzato a documentare la materiale apprensione del denaro da parte del preside Dan, tuttavia, per problemi tecnici l'operazione non viene portata a termine, risultando cosi mancante la prova decisiva sulla colpevolezza. L'imputato viene assolto in quanto dopo che la Disctrict Court – corte competente in prime cure - ha ascoltato l'imputato e i testimoni conclude che l'accusa non sia riuscita a fornire la prova che l'imputato avesse richiesto denaro e che fosse a conoscenza del fatto che la somma si trovasse nella sua valigetta.

[304] Corte EDU, 5 luglio 2011, Dan. c. Moldavia, paragrafo 15 in cui si legge "the Court of Appeal did not hear the witnesses anew but merely gave a different assessment to the testimonies given by them by the first instance court. The Court of Appeal considered all the witness statements to be reliable and did not find any major contradiction between them"

[305] Corte EDU, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, paragrafi 28 - 30

La corte di appello era investita sia di questioni di fatto che di diritto, essa infatti aveva il potere di sostituire la decisione di prime cure effettuando una disamina che concerneva il merito della controversia. Inoltre, la *main evidence* era costituita dalle dichiarazioni dei testimoni, di conseguenza esse avevano un peso determinante per la decisione della vicenda[306]. Un ulteriore elemento che è stato preso in considerazione è la condanna per la prima volta in appello, per cui, avendo riguardo all'importanza di ciò che era per lui "in palio", la Corte affermò che i giudici nazionali non avrebbero potuto decidere nel rispetto dei dettami dell'equo processo, senza un'assunzione diretta delle prove testimoniali.

Secondo i giudici di Strasburgo infatti, coloro che sono chiamati a decidere sulla colpevolezza o l'innocenza dell'accusato devono, in linea di principio, poter ascoltare i testimoni di persona al fine di valutare la loro attendibilità. Tale compito è complesso e di regola non può essere condotto mediante una mera rilettura degli atti formati in primo grado[307]. Ci sono tuttavia delle circostanze in cui non è possibile procedere alla riescussione della prova dichiarativa, per esempio perché il testimone è deceduto o perché lo si vuole proteggere dall'autoincriminazione. Nel caso di specie non ricorrono queste circostanze eccezionali che avrebbero giustificato un giudizio di appello di merito condotto sulla base della rilettura degli atti.

Questa pronuncia, come si è accennato, diviene determinante nell'opera di recepimento dei dettami europei in materia di equo processo. Come vedremo nel capitolo successivo, analizzando la giurisprudenza interna, il criterio della *main evidence*, enunciato nella sentenza in esame, diviene punto di riferimento imprescindibile affinché si possano applicare i principi convenzionali in tema di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale. Solamente se la prova di cui l'imputato chiede la riassunzione, riveste il carattere della decisività, il giudice di appello è tenuto a rinnovare il contatto diretto con la prova, in mancanza lo statuto convenzionale risulta devitalizzato.

Preme in questa fase del lavoro soffermarsi sull'origine e sulla portata di quello che diviene il "supecriterio" della prova decisiva. Un aiuto in tal senso è costituito dalla tavola di riferimento dei "*general principles in the Court's case – law*". Come è stato precedentemente indicato, i giudici di Strasburgo sostengono che le modalità con cui l'art. 6 c.e.d.u si applica ai giudizi di impugnazione dipende da diversi fattori : la natura del mezzo di gravame, i poteri della corte d'appello e il modo in cui gli interessi del

[306] Corte EDU, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, paragrafo 31: "turning to the facts to the present case, the court notes that the *main evidence* against the applicant was the witness statements (…) therefore the witness testimonies and the weight given to them were of great importance for the determination of the case"

[307] Corte EDU, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, paragrafo 33 : "those who have the responsibility for deciding the guilt or innocence of an accused ought, in principle, to be able to hear witnesses in person and assess their trustworthiness. The assessment of the trustworthiness of a witness is a complex task which usually cannot be achieved by a mere reading of his or her recorded words"

richiedente sono effettivamente presentati e protetti nel ricorso. Al fine di valutare quest'ultimo, aspetto la Corte utilizza degli "indicatori", per esempio il fatto che dalla sentenza di appello potesse scaturire una condanna per la prima volta, la complessità della vicenda e del quadro probatorio. Nella sentenza Dan c. Moldavia, le prove che sarebbero state poste alla base della colpevolezza erano quelle testimoniali, essendo le altre prove indirette che non avrebbero potuto da sole, fondare la responsabilità penale dell'imputato. Il fatto che, nella fattispecie, le dichiarazioni testimoniali costituissero la *main evidence* ai fini della colpevolezza, non costituisce un criterio di carattere generale al quale subordinare la necessità di rinnovare l'istruttoria dibattimentale in appello, esso costituisce un elemento che, insieme ad altri, concorre a determinare quali erano gli interessi in gioco per l'imputato.

La sentenza Dan c. Moldavia si inserisce pienamente nel solco della giurisprudenza europea in tema di equo processo, non potendosi ricavare dalle affermazioni in essa contenute che la rinnovazione del dibattimento in appello sia subordinata alla circostanza che la prova testimoniale sia decisiva. Sul punto si è espressa anche la dottrina più attenta, che non ha mancato di rilevare che a tale pronuncia è stata attribuita una fama immeritata, tale da offuscare lo sviluppo di questa tematica, in cui ha preso il sopravvento il criterio della decisività della prova[308], il quale, nella sentenza in esame, viene enunciato quando la Corte europea, esauriti i principi generali in materia, esamina le peculiarità del caso concreto. La tesi per cui la *main evidence* non costituisce il criterio di riferimento per stabilire se la corte di appello avrebbe dovuto rinnovare l'escussione dei testi, è supportata dalla circostanza che, anche nella sentenza Dan c. Moldavia, l'analisi dei giudici europei è finalizzata a una valutazione di adeguatezza della decisione rispetto ai canoni dell'equo processo[309]. Di conseguenza, essa non può, senza travisare i contenuti delle pronunce europee, essere interpretata come se si trattasse di una sentenza a sé stante, ma va analizzata avendo come riferimento i "*general principles"* enunciati dalla Corte. Questo implica che l'interpretazione che entra nel nostro ordinamento a seguito della lettura della Corte di cassazione fa della sentenza Dan c. Moldavia, tutta incentrata sulla decisività della prova da riassumere in appello, non può essere condivisa proprio perché frutto di una visione parcellizzata della giurisprudenza convenzionale. Non pare, infatti, potersi concludere, dopo un'attenta lettura della sentenza condotta alla luce dei dettami europei,

[308] Secondo Gaeta la sentenza Dan c Moldavia è stata sopravvalutata in quanto si inserisce pienamente nella giurisprudenza precedente della Corte europea. "La immeritata fama della pronuncia Dan ha – paradossalmente- offuscato, nella riflessione dottrinale ed, in parte, in quella giurisprudenziale, gli ulteriori sviluppi di tale tematica" A. GAETA, *Condanna in appello e rinnovazione del dibattimento*, in *Libro dell'anno del Diritto* 2014

[309] Corte EDU, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, paragrafo 33 : "Having regard to what was at stake for the applicant, the Court is not convinced that the issue to be determined by the Court of Appeal when convicting and sentencing the applicant – and, in doing so, overturning his acquittal by the first instance court – could, as a matter of fair trial, have been properly examined without a direct assessment of the evidence given by the prosecution witnesses"

che si debba condurre una nuova istruttoria in appello solo quando la prova orale da assumere sia decisiva.

Il merito di questa pronuncia è piuttosto quello di contenere un'affermazione di carattere generale : coloro che hanno il potere di decidere sulla colpevolezza o sull'innocenza dell'accusato, devono, in linea di principio, avere un contatto diretto con i testimoni, al fine di valutarne l'attendibilità e ciò perché si tratta di un compito complesso e che può avere delle conseguenze importanti con riferimento all'affermazione di responsabilità dell'imputato. Quando la Corte utilizza l'espressione "in linea di principio", non lo fa per consentire una deroga alla rinnovazione dell'istruttoria in appello, ma vuole sottolineare che le ipotesi in cui la necessità di riascoltare i testi viene meno, sono quelle enunciate dalla stessa Corte europea : morte del testimone, per cui un'impossibilità di natura oggettiva o la necessità di proteggere il dichiarante da condotte auto incriminanti.

### 2.2.7 Il caso Arnarsson c. Islanda e la complessità del quadro probatorio

Una decisione rilevante al fine di fornire una panoramica il più possibile completa sulla giurisprudenza europea è il caso Arnarsson c. Islanda[310], deciso nel 2003. Anche in questa vicenda il ricorrente venne assolto in primo grado e condannato nel grado successivo, senza che i giudici di appello avessero proceduto all'escussione dei testimoni[311].

La ragione per cui si vuole portare l'attenzione su questa pronuncia è che, diversamente dalle precedenti, il quadro probatorio risulta articolato. Mentre nel caso Ekbatani c. Svezia si trattava di ascoltare nuovamente solo l'imputato e la persona offesa e nella sentenza Dan c. Moldavia le uniche prove dirette erano quelle testimoniali, nella vicenda in esame i giudici di prime e di seconde cure avrebbero dovuto basare la loro decisione su un compendio probatorio eterogeneo : non solo dichiarazioni testimoniali ma anche prove documentali[312].

Dopo aver enunciato i principi di carattere generale con riferimento al diritto a un equo processo in appello, la Corte ritenne che si trattasse di determinare se la pronuncia

[310] Corte EDU, 15 luglio 2003, Arnarsson c. Islanda, in www.echr.coe.int/

[311] La vicenda riguardava una rissa in un bar nel corso della quale un uomo era stato ucciso. Il ricorrente veniva accusato dell'omicidio in quanto secondo l'accusa di aveva dato un calcio alla vittima, dopo che essa giaceva a terra priva di conoscenza, causandogli un'emorragia cerebrale, causa del decesso. In primo grado l'imputato veniva assolto in quanto le ricostruzioni del fatto operate dai testimoni divergevano notevolmente tra loro, di conseguenza nessuna prova veniva considerata decisiva. Su ricorso del pubblico ministero, la corte di appello condannava il ricorrente 2 anni e tre mesi di pena detentiva conducendo un esame "cartolare"

[312] Corte EDU, 15 luglio 2003, Arnarsson c. Islanda, paragrafo 19 : " The Supreme Court' s case-file included transcripts of the oral evidence, before the District Court and all documents submitted in the proceedings before the latter, such as police repots concerning the incident (…), statements of witnesses provided to the police at the investigation stage, autopsy reports and other results from the medical examination of the decesead, as well as medical reports on the applicant, and photographs"

di colpevolezza cui erano addivenuti i giudici di secondo grado, senza aver ascoltato i testimoni, fosse compatibile con il diritto dell'imputato a una "*fair and public hearing*".

Secondo i giudici europei, il fatto che la corte nazionale fosse dotata del potere di sovvertire la decisione di primo grado, addivenendo a una condanna in appello senza ascoltare i testimoni di persona, non era di per sé in contrasto con l'art. 6 c.e.d.u. Occorre, infatti, prendere in considerazione la natura delle questioni che dovevano essere decise e se c'è stata violazione della convenzione con riferimento alle circostanze del caso. La Supreme court era un giudice a cui era demandato il pieno merito, dovendo formulare un giudizio completo sulla responsabilità penale del'imputato. Inoltre, gli aspetti fattuali devoluti alla stessa erano complessi e concernevano un quadro probatorio articolato. Tenendo in considerazione questi elementi, la Corte arrivò alla medesima conclusione che aveva raggiunto nei casi esaminati nei paragrafi precedenti : con riferimento a quello che era "in palio" per l'imputato, la Corte non avrebbe potuto adeguatamente decidere, in termini di equo processo, senza una diretta assunzione delle prove orali.

Il caso Arnarsson c. Islanda presenta un profilo di particolare interesse per l'interprete, in quanto la Corte europea è chiamata a confrontarsi con un insieme di prove eterogenee, testimoniali e documentali. Non si trattava, come nel caso Dan c. Moldavia, di riassumere una dichiarazione orale decisiva, ma di un compendio probatorio complesso, nel quale tutte le prove concorrevano a determinare la responsabilità penale dell'imputato. I giudici europei affermarono che anche in questo caso, anche quando quindi non sia individuabile una *main evidence*, occorre procedere alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale : l'applicazione dei principi europei in tema di *fair trial* in appello non è subordinata alla circostanza che la colpevolezza dell'imputato possa essere ricavata da una prova che rivesta carattere di decisività. Anche in questo caso, infatti, secondo i giudici di Strasburgo, il giudice di appello era dotato del potere di addivenire a una condanna per la prima volta, sovvertendo il giudizio di primo grado e gli aspetti fattuali devolutigli erano complessi; pertanto, i giudici nazionali non avrebbero potuto diversamente assumere una decisione adeguata, rispetto ai dettami convenzionali in materia di equo processo. Date le circostanze del caso, il ruolo e la natura dei poteri del giudice di appello, alla nuova audizione dei testimoni si sarebbe dovuto procedere d'ufficio, a prescindere da una richiesta di parte in tal senso.

Si impone un' ultima considerazione sul caso Arnarsson c. Islanda che tornerà utile quando, nel capitolo successivo, ci si rapporterà con la rilettura che la Corte di cassazione fa delle *rationes decidendi* convenzionali: nel caso in esame della Corte europea non si trattava di effettuare una valutazione sulla cd. attendibilità intrinseca del testimone, ma di assumere una decisione di merito adeguata, alla cui base c'era un complesso di prove. Si potrebbe concludere che la complessità delle circostanze di fatto

devolute alla corte di appello e la presenza di diverse prove orali e documentali abbiano concorso a ritenere integrata la violazione dell'art. 6 c.e.d.u. Per queste ragioni, in quanto si trattava di valutare una vicenda complessa, alla cui determinazione concorrevano numerose ed eterogenee fonti di prova, la corte di appello, alla quale era devoluto il merito della controversia, non avrebbe potuto adeguatamente decidere senza un'assunzione diretta delle prove orali, per cui avrebbe dovuto procedere, anche d'ufficio, alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale. In questa decisione, infatti, la Corte europea non subordina la rinnovazione dell'istruttoria alla necessità di effettuare una valutazione di cd. attendibilità intrinseca del testimone, questo criterio assumerà, tuttavia notevole importanza nella giurisprudenza della Corte di cassazione.

### 2.2.8. Il caso Manolachi c. Romania

Il caso Manolachi c. Romania[313] è stato deciso nel 2013 e presenta delle analogie con le sentenze analizzate nei paragrafi precedenti : l'imputato, assolto in primo grado, venne condannato per la prima volta in appello sulla base degli stessi elementi di prova e senza che i testimoni fossero nuovamente ascoltati[314]. Il ricorrente, dopo essere risultato soccombente nel terzo grado di giudizio, si rivolse alla Corte europea lamentando che il procedimento penale a suo carico era stato iniquo in quanto incombeva sui giudici che lo avevano condannato l'obbligo giuridico di sentirlo personalmente e di ascoltare i testimoni[315].

Secondo la Corte, riprendendo quanto affermato nel caso Ekbatani c. Svezia, un giudice di appello, quando è chiamato a esaminare una causa in fatto e in diritto e a valutare complessivamente la questione della colpevolezza o innocenza, non può, per motivi di equità del processo, decidere in merito a tali questioni senza valutare direttamente le fonti di prova di cui l'imputato ha chiesto l'ammissione[316]. Affinché la Corte possa determinare se c'è stata violazione dell'art.6 c.e.d.u occorre guardare al

[313] Corte EDU, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania, il cui testo è disponibile in lingua francese in www.echr.coe.int/

[314] Nel caso in esame il ricorrente era accusato di concorso in rapina. In primo grado viene assolto in quanto le affermazioni da lui fatte secondo le quali non era presente sul luogo del reato erano attendibili. Il tribunale si basò anche sulle dichiarazioni dei testimoni a discarico, sui testimoni che avevano assistito alla ricostruzione dei fatti e sulle dichiarazioni dei coimputati che negavano che il ricorrente avesse partecipato alla rapina. Su appello del pubblico ministero, l'imputato viene condannato a cinque anni di reclusione sulla base dei medesimi elementi di prova a disposizione dei giudici di prime cure, ritenendo che avessero erroneamente interpretato gli elementi di prova

[315] Corte EDU, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania, paragrafo 39 : "Le requérant allègue que les juridictions qui l'ont condamné avaient l'obligation légale de l'entendre en personne et que, de plus, elles n'ont ni entendu les témoins ni administré de nouveaux éléments de preuve"

[316] Corte EDU, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania, paragrafo 42: "la Cour a déclaré que lorsqu'une instance d'appel est amenée à connaître d'une affaire en fait et en droit et à étudier dans son ensemble la question de la culpabilité ou de l'innocence, elle ne peut, pour des motifs d'équité du procès, décider de ces questions sans appréciation directe des témoignages présentés en personne par l'accusé qui soutient qu'il n'a pas commis l'acte tenu pour une infraction pénale"

ruolo e alla natura delle questioni che i giudici di appello erano chiamati ad esaminare. Nel caso in esame, la corte di appello poteva pronunciare una nuova sentenza sul merito, le erano inoltre devolute questioni di natura prevalentemente fattuale, e il ricorrente era stato dichiarato colpevole sulla base delle stesse testimonianze che avevano portato il tribunale di primo grado ad assolverlo, ritenendo l'accusa infondata.

Sulla base di tali circostanze, i giudici di Strasburgo ritennero integrata la violazione dell'art.6 della c.e.d.u in quanto la condanna del giudice di appello senza l'audizione dei testimoni, quando l'imputato era stato assolto in primo grado, non soddisfava le esigenze dell'equo processo. In tali condizioni, la mancata rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale aveva comportato la lezione dei diritti di difesa del ricorrente. La giurisprudenza della Corte europea sottolineò che è garanzia di un processo *fair* che l'imputato abbia la possibilità di confrontarsi con un testimone in presenza del giudice chiamato a decidere in ultima istanza sull'accusa e ciò in ragione del fatto che il comportamento e l'attendibilità del testimone possono avere delle ripercussioni sulla responsabilità penale dell'imputato[317] ; il giudice è tenuto ad adottare d'ufficio le misure positive a tale scopo anche in assenza di una richiesta del ricorrente in tal senso.

### 2.2.9. La motivazione in sede di vaglio preliminare sull'ammissibilità della prova : Il caso Adbulgadirov c. Azerbaigian

La sentenza Adbulgadirov c. Azerbaigian[318] è interessante in quanto, pur collocandosi sulla medesima linea interpretativa delle precedenti, si sofferma su una questione di carattere procedurale: la motivazione in sede di vaglio preliminare sull'ammissibilità della prova.

Il ricorrente era stato accusato di possesso illegale di armi e, dopo essere stato considerato colpevole all'esito del primo grado di giudizio, presentò ricorso in appello lamentando l'ingiustizia della condanna, basata, a suo dire, su prove insufficienti. Il codice di procedura penale dell'Azerbaigian prevedeva che il processo di secondo grado doveva essere preceduto dallo svolgimento di una "*preliminary hearing*", nella quale venivano decise questioni processuali[319]. I giudici di seconde cure decisero che alle

[317] Corte EDU, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania, paragrafo 49 : "La Cour observe que lorsque la cour d'appel et la Haute Cour ont substitué une décision de condamnation à la décision initiale d'acquittement, elles ne disposaient d'aucune donnée nouvelle. La jurisprudence de la Cour souligne à cet égard que la possibilité pour l'accusé de se confronter avec un témoin en la présence du juge appelé à statuer en dernier lieu sur l'accusation est une garantie d'un procès équitable, dans la mesure où les observations du juge en ce qui concerne le comportement et la crédibilité d'un témoin peuvent avoir des conséquences pour l'accusé"

[318] Corte EDU, 20 giugno 2013, Adbulgadirov c. Azerbaigian, in www.echr.coe.int/

[319] Corte EDU, 20 giugno 2013, Adbulgadirov c. Azerbaigian, par. 24 nel quale vengono indicate le questioni che vengono decise nel corso della "*preliminary hearing*". La corte di appello, se ritiene che l'appello avrà ad oggetto il merito della controversia, fissa la data dell'udienza, decide le modalità di

udienze di secondo grado avrebbero potuto prendere parte solo il pubblico ministero e il difensore dell'imputato; inoltre, la corte non si pronunciò sugli adempimento procedurali che avrebbero scandito il processo di secondo grado. L'appello si svolse senza una cd. "*court investigation*", vale a dire che l'imputato non era stato esaminato e contro esaminato sugli aspetti che concernevano la sua colpevolezza e non era stata data alle parti la possibilità di chiedere l'ammissione di prove e di escutere i testimoni in una pubblica udienza. Il giudizio di appello, condotto come un controllo del giudizio di primo grado, mediante un esame "cartolare" delle prove assunte in prima istanza, sfociò in una sentenza di colpevolezza che confermava quella precedente, ricalcandone i contenuti. Dopo aver presentato ricorso alla Corte di cassazione, l'imputato si rivolse alla Corte europea lamentando che l'assenza di un'udienza dinanzi alle corti del gravame, aveva comportato la violazione del suo diritto ad avere un processo "*fair"* secondo l'art. 6 della c.e.d.u.

I giudici di Strasburgo, dopo aver ripreso la giurisprudenza consolidata in materia di giusto processo d'appello, si soffermarono sugli elementi che, nel caso concreto, avrebbero potuto tradursi nella violazione dei diritti fondamentali dell'imputato. Gli aspetti oggetto del vaglio della Corte riguardarono il fatto che alla corte di appello fossero demandate questioni di fatto e di diritto e che avrebbe condotto una nuova valutazione sulla colpevolezza o innocenza. L'imputato inoltre negava di aver commesso il fatto, in quanto, a suo dire, l'unica prova a suo carico era stata ammessa e valutata in modo improprio dal giudici di prime cure. L'elemento di novità che era stato preso in considerazione in questa sentenza, riguardava il difetto di motivazione sia all'esito della "*preliminary hearing*", sia nella sentenza di merito circa la decisione di condurre il processo di appello senza una "*court investigation*"[320]. Il silenzio serbato dal collegio di secondo grado sulla decisione di condurre un processo di appello "cartolare" , nel corso del quale l'imputato non era stato ascoltato e non era stata rinnovata l'istruttoria dibattimentale, venne considerato un elemento che concorre a integrare la violazione dell'art 6 della CEDU. La Corte di Strasburgo concluse infatti che il fatto che la "*preliminary hearing*" fosse stata condotta in assenza della difesa che non aveva potuto fornire il proprio contributo alla decisione di procedere con modalità che escludono l'esame completo del caso; il fatto che non era stata adottata una decisione formale circa le modalità di svolgimento del giudizio di appello; la circostanza che lo stesso verteva su questioni di merito senza che l'imputato fosse presente, portò i giudici di Strasburgo a ritenere integrata la violazione dell'art. 6 della

svolgimento dello stesso che differiscono a seconda che si tenga una "*court investigation*" o meno, la necessità di produrre nuovi elementi di prova e coloro che sono ammessi ad assistere al processo di appello

[320] Corte EDU, 20 giugno 2013, Adbulgadirov c Azerbaigian paragrafo 43: "Although the Court of Appeal eventually conducted the proceedings "without a court investigation", the Court notes that neither in the decision adopted at the preliminary hearing nor in its judgment on the merits did the Court of Appeal provide any reasons for its informal decision to proceed in this manner, or any explanation as to why the applicant's appeal did not merit an examination with a "court investigation"

c.e.d.u. sotto il profilo della lesione del principio di parità delle armi, del contraddittorio[321] e della lesione del diritto dell'imputato di essere ascoltato di persona[322].

In generale, secondo l'orientamento della giurisprudenza europea, appartiene agli stati il compito di definire i criteri di ammissione e di valutazione della prova, riservando ai giudici di Strasburgo la possibilità di effettuare *ex post* un vaglio di compatibilità con l'art. 6 della c.e.d.u. La Corte dovrà considerare se la procedura valutata complessivamente, comprese le modalità di presentazione dei mezzi di prova, è stata conforme ai canoni del giusto processo[323]. Dalla sentenza in esame si vince che incombe sui giudici nazionali il dovere di motivare espressamente sulle ragioni che hanno comportato la mancata rinnovazione dell'istruttoria in appello, in quanto la mancanza di una decisione formale su tale questione concorre ad integrare la violazione dell'art. 6 della c.e.d.u con riferimento al processo di appello. Tale orientamento della Corte europea conduce a ritenere che uno dei parametri per valutare se il procedimento che si è svolto davanti al giudice nazionale rivesta carattere di equità è la presenza di una motivazione esplicita nell'eventualità in cui il giudice decida di rigettare la richiesta delle parti sull'ammissione delle prove. Tale orientamento convenzionale si scontra con l'indirizzo della nostra Corte di cassazione, secondo il quale, come si è visto, il rigetto della richiesta di rinnovazione dell'istruttoria non richiede una motivazione in quanto le

[321] Corte EDU, 20 giugno 2013, Adbulgadirov c. Azerbaigian paragrafo 44 : "the defence was placed at a disadvantage vis-à-vis the prosecution, as it was unable to argue in favour of holding a hearing on the merits "with a court investigation" in order to obtain a full rehearing of the issues raised in the appeal and, moreover, was not given an opportunity to have knowledge of or comment on the oral submissions of the public prosecutor"

[322] Corte EDU, 20 giugno 2013, Adbulgadirov c. Azerbaigian paragrafo 46: "Having regard to the above, the Court considers that by holding the preliminary hearing in the absence of the defence, by dispensing with a full rehearing of the case without a formal decision and without giving the defence an opportunity to argue otherwise, and by subsequently examining the merits of the appeal in the applicant's absence, the Court of Appeal deprived the applicant of the opportunity to effectively argue his points of appeal in a manner complying with the principles of equality of arms and adversarial proceedings, and denied him the right to be heard in person in connection with points of appeal that, at least *prima facie*, required him to be heard directly"

[323] Corte EDU, 18 agosto 2004, Destrehem c. Francia, in www.echr.coe.int/ in lingua francese si colloca in questa direzione. Il ricorrente, accusato di aver esercitato violenza su dei poliziotti, veniva assolto dai giudici di prime cure, ma su ricorso del pubblico ministero la Corte di appello ribalta la sentenza di assoluzione in condanna a pena detentiva. Il ricorrente chiedeva ai giudici di secondo grado di ascoltare i testimoni a discarico e fondava la sua richiesta sull'art 6 della Convenzione. Tuttavia la Corte di appello procedeva alla lettura delle deposizioni che i testi avevano reso in primo grado, senza procedere a una nuova audizione. I giudici Strasburgo ritenevano, rifacendosi a loro costante giurisprudenza, che spettava di principio alle giurisdizioni nazionali effettuare un giudizio circa l'ammissibilità dei mezzi di prova e valutarne la rilevanza, ma spettava alla Corte "rechercher si la procédure litigieuse, considérée dans son ensemble, revêtit le caractère équitable voulu par le paragraphe 1", di conseguenza, continuano i giudici di Strasburgo, "s' il incombe en principe au juge national de décider de la nécessité ou opportunité de citer un témoin (...), des circonstances exceptionnelles pourraient conduire la Cour à conclure à l'incompatibilité avec l'article 6 de la non-audition d'une personne comme témoin" ; nello stesso senso si veda Corte EDU, 16 settembre 2014, Mischie c Romania, di cui si può rinvenire un primo commento in S. RECCHIONE, *Rinnovazione istruttoria – Corte eur. Dir. Uomo, Sez. III, 16 settembre 2014, Mischie c. Romania*, in *Arch. pen*

ragioni del rigetto possono essere desunte implicitamente dalla stessa struttura della sentenza di merito[324].

Sembra potersi concludere che il sistema convenzionale accordi massima libertà agli ordinamenti nazionali in merito ai criteri da utilizzare per decidere circa l'ammissibilità della prova. La Corte procede in maniera sincretica, non si sofferma sulle tappe del procedimento probatorio, scandito, secondo il diritto interno, in una fase di ammissione, di assunzione e di valutazione della prova; tuttavia può compiere un vaglio successivo e che ha ad oggetto la procedura complessivamente considerata, al fine di stabilire se la stessa ha rispettato la *fairness* dell'art. 6 della c.e.d.u. Nonostante la Convenzione non detti delle regole sull'ammissibilità della prova e sulle modalità di valutazione[325], il vaglio della Corte si estende al profilo della motivazione sul rigetto della richiesta di rinnovare l'istruttoria dibattimentale, in quanto la presenza di un atto formale che renda conto delle ragioni che hanno sorretto il ragionamento del giudice è un elemento che concorre a rendere il processo equo secondo i dettami convenzionali.

### 2.2.10. L'elaborazione convenzionale del principio di immediatezza: un confronto con l'ordinamento interno

L'impressione che si ricava dalla lettura di queste sentenze è tutt'altro che di pronunce isolate le une dalle altre, al contrario emerge come la Corte europea abbia elaborato un vero e proprio "statuto convenzionale della rinnovazione della prova in appello"[326]. Il metodo casistico di cui si avvale la Corte non le ha impedito, mediante il ricorso ai propri precedenti, di costruire una giurisprudenza consolidata in tema di *fair trial* nel giudizio penale di seconda istanza, fornendo per questa via un esempio del margine creativo della sua attività ermeneutica. Nelle pronunce oggetto di trattazione i giudici di Strasburgo si preoccupano di vagliare l'adeguatezza della decisione nazionale rispetto agli standard minimi di tutela di cui il diritto convenzionale, in particolare l'art. 6 della c.e.d.u, si fa garante. Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte europea quando una corte di appello è chiamata ad esaminare tanto il fatto che il diritto e quindi deve sindacare il pieno merito, sostituendo la propria pronuncia a quella del grado precedente, non può adeguatamente decidere con riferimento ai canoni dell'equità

[324] In questo senso, come si è visto nel capitolo I nella parte dedicata alla disciplina codicistica sull'art. 603 c.p.p., Cass. pen, 18 dicembre 2006, Gagliano, in CED Cass. 236064; nello stesso senso Cass. pen, 10 dicembre 2009, Pacini, in CED Cass. 246859

[325] Corte EDU, 4 giugno 2013, Hanu c. Romania, paragrafo 33: "Article 6 of the Convention does not lay down any rules on the admissibility of evidence or the way it should be assessed, which are therefore primarily matters for regulation by national law and the national courts, and the Court's task is to verify the fairness of the domestic proceedings, taken as a whole, including the manner in which the evidence was assessed"

[326] S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU,* cit., p. 5

processuale senza una diretta assunzione delle fonti di prova. Coloro infatti che devono decidere della colpevolezza o innocenza dell'imputato devono, in linea di principio, ascoltare i testimoni di persona, perché la valutazione di attendibilità è un compito complesso che può avere delle conseguenze importanti per l'imputato. Un giudizio di merito di secondo grado, condotto sulla base della mera rilettura degli atti, può soddisfare i requisiti dell'art. 6 c.e.d.u in circostanze eccezionali: in caso di impossibilità fisica (morte del dichiarante) o giuridica (necessità di proteggerlo da condotte autoincriminanti). Secondo la Corte di Strasburgo una decisione di merito assunta senza una presa di contatto diretta tra giudice e fonti di prova dichiarativa, costituisce una violazione dei diritti di difesa dell'imputato, è infatti garanzia di un processo equo che quest'ultimo possa esercitare il diritto a confrontarsi con il testimone davanti al giudice chiamato a decidere in ultima istanza sull'accusa. La rinnovazione dell'istruttoria nel secondo grado di giudizio deve peraltro svolgersi, trattandosi di tutelare i diritti di difesa dell'imputato, per cui, anche a prescindere da un'esplicita richiesta in tale senso, la corte di appello è tenuta a procedere d'ufficio. Qualora invece vi sia una istanza di parte diretta a chiedere l'ammissione della prova, il giudice che intenda rigettare la richiesta deve motivare espressamente le ragioni che lo hanno condotto a ritenere che nel secondo grado di giudizio non dovesse svolgersi la rinnovazione istruttoria.

Sebbene quindi la Corte europea lasci liberi gli Stati di prevedere i criteri di ammissione e di valutazione della prova, essa si riserva un sindacato sull'equità della procedura interna, condotto *ex post*. Il vaglio della Corte europea ha ad oggetto il procedimento penale, considerato nella sua interezza; si tratta di una valutazione globale finalizzata a stabilire se i diritti dell'imputato protetti dal diritto convenzionale sono stati rispettati dallo Stato convenuto; "il parametro convenzionale origina, infatti, tra le maglie di un giudizio in cui i piani dell'ammissione e della valutazione della prova finiscono per intersecarsi e sovrapporsi in un groviglio concettualmente inestrinsecabile, frutto sia della scarsa sensibilità rispetto all'autonomia dei singoli momenti della sequenza probatoria, sia della posizione funzionale dei giudici di Strasburgo, che intervengono come custodi postumi dell'equità della procedura"[327].

Sebbene nessuna di queste sentenze sia diretta nei confronti dello Stato italiano, non vi è dubbio che la centralità che la tematica ha assunto negli ultimi anni in sede convenzionale, abbia avuto come effetto quello di risvegliare il dibattito tra i giuristi nazionali e di riportare l'attenzione sui rapporti tra il primo e il secondo grado di giudizio nel nostro sistema processuale, in particolare con riferimento all'istituto della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello. Se questi sono gli aspetti salienti che si traggono dal *case-law* convenzionale, per valutare l'impatto di queste sentenze sul nostro ordinamento occorre chiedersi che connotati assume il principio di

[327] S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU*, cit., p. 15

immediatezza elaborato a Strasburgo e se esso corrisponde alle categorie concettuali del giurista interno. Come è stato enunciato nel capitolo precedente, nell'ordinamento interno, con la modifica dell'art. 111 della Costituzione, il legislatore ha cristallizzato un nozione forte di contraddittorio, in base alla quale l'attività dialettica delle parti deve trovare attuazione nel momento di formazione della prova. Il principio di oralità-immediatezza ne valorizza la portata, nel senso che descrive il tipo di contatto - non mediato - tra giudice e prova dichiarativa: "l'escussione diretta della fonte, infatti, fornisce al decidente i mezzi per valutare la *performance* anche non verbale del dichiarante, attribuendo al contradditorio un senso propriamente epistemologico"[328]. Nella concezione domestica del principio, esso viene apprezzato precipuamente con riferimento alla sua attitudine a porsi come metodo per addivenire a una decisione "giusta", secondo quelli che sono i dettami costituzionali prescelti dal legislatore e cristallizzati nell'art. 111 della Costituzione. Dall'analisi del *case-law* convenzionale, invece, emerge una concezione di questo principio che non pare pienamente sovrapponibile con le categorie concettuali del giurista interno. Sebbene l'immediatezza non sia espressamente contemplata dalla Convenzione, discende dalla nozione di equo processo che, nel corso di una pubblica udienza, l'imputato si difenda, portando prove a discarico ed eserciti il suo diritto a confrontarsi con il testimone davanti al giudice chiamato a decidere sull'accusa. Secondo la nozione convenzionale quindi, l'immediatezza si configura non tanto come mezzo per un corretto accertamento del fatto, ma come momento privilegiato della difesa. Nel *case – law* della Corte europea, infatti, la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale deve trovare spazio nel secondo grado di giudizio, non tanto perché diversamente la decisione scaturirebbe da un metodo "debole" o "carente", ma perché il giudice deve ascoltare i testimoni, in quanto diversamente violerebbe i diritti di difesa dell'imputato, al quale deve essere data la possibilità di "influenzare" il più possibile il procedimento di formazione del convincimento del giudice. Il principio di immediatezza subisce una menomazione secondo la concezione di Strasburgo, non tanto perché il processo di appello condotto attraverso la mera lettura delle "carte" si concretizza in una decisione che si basa su un sapere formato altrove, quanto piuttosto perché l'imputato è stato privato della possibilità di partecipare pienamente al momento di formazione della prova, non potendo concorrere a determinare l'epilogo del processo. Non è difficile spiegare tale impostazione se si tengono a mente le origini del sistema convenzionale: il ricorrente si rivolge alla Corte europea lamentando l'iniquità del procedimento, in quanto l'assenza di immediatezza si è tradotta nella diminuzione della sua possibilità di contraddittorio; pertanto per i giudici si Strasburgo "non si tratta di individuare i requisiti ottimali di un

[328] V. AIUTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo,* cit., p. 3966

attendibile accertamento del fatto, ma di riaffermare le garanzie minime di un processo rispettoso dei diritti dei suoi protagonisti"[329].

Nel diritto interno non è sconosciuta la dimensione "soggettiva" dell'immediatezza processuale, nel senso che essa è anche il mezzo per assicurare una miglior realizzazione dei diritti di difesa; tuttavia, tale aspetto del principio assume una valenza secondaria. È il rapporto diretto tra giudice e prova che si nutre della tecnica del contraddittorio, che è condizione di regolarità del processo e, di conseguenza, di correttezza della decisione. Si potrebbe affermare che, secondo le categorie concettuali del giurista interno, la decisione è "giusta" nella misura in cui ha seguito il metodo prescelto dal legislatore, il quale postula una nozione di contraddittorio forte, che si dispiega quindi nel momento nevralgico del processo, quello della formazione della prova. Questo non significa che la dimensione soggettiva scompaia dall'orizzonte costituzionale, al contrario, i diritti dell'imputato sono garantiti proprio dalla modalità di formazione del convincimento del giudice che, nel processo accusatorio, si nutre della dimensione dialettica del processo; è infatti il contraddittorio, "inteso come "confronto democratico", a garantire obiettività dei giudizi di valore del giudice, proprio perché il loro itinerario formativo scaturisce come portato del dialogo delle parti nel contesto dibattimentale e alla presenza di colui che è investito della decisione".

Nella concezione domestica il "giusto processo" postula un rapporto molto stretto tra principio del contraddittorio e immediatezza, infatti "la disgiunzione del contraddittorio dall'immediatezza fa perdere al primo la sua autentica potenza euristica, perché, relativamente alle conoscenze probatorie acquisite prima del dibattimento (…), il decidente troverà come materiali per la sentenza protocolli dichiarativi preconfezionati, su cui, al più, con le parti interessate ha potuto intessere un dialogo successivo"[330]. Questo rapporto di interdipendenza tra i due criteri, per cui l'attività dialettica investe il momento genetico della prova, si traduce nella tendenziale inutilizzabilità degli atti formatisi nei gradi precedenti del giudizio. Anche sotto questo aspetto si può cogliere una divergenza con il diritto convenzionale; la Corte europea infatti è stata chiamata più volte a pronunciarsi in merito agli elementi formatisi in carenza del contraddittorio, ma non si è spinta ad escludere la loro utilizzabilità nel procedimento penale. Essa ha piuttosto elaborato dei criteri che ne consentano un impiego limitato, cercando un equilibrio tra l'esigenza di assicurare la tutela del diritto di difesa ed evitare la dispersione di prove rilevanti. Sebbene infatti l'art. 6 della CEDU assuma come modello di processo *fair* quello che si è svolto in pubblica udienza alla presenza dell'imputato, il quale produce gli elementi di prova, sottoposti al contraddittorio delle parti, la Corte ammette delle deroghe, a condizione che il diritto di difesa non venga compresso in misura intollerabile. I giudici di Strasburgo si preoccupano di stabilire la *fairness* processuale approntando soluzioni ispirate alla

[329] V. AIUTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo, cit.,* p. 3965
[330] D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 43

logica delle "garanzie-mezzi di compensazione"[331], vale a dire a fronte della menomazione di un diritto fondamentale dell'imputato, si cerca uno strumento di compensazione, in grado di attuare un bilanciamento che complessivamente rispetti i canoni di equità. Con riferimento alle dichiarazioni testimoniali, la Corte accoglie una nozione debole di contraddittorio, per cui è necessario che l'imputato abbia avuto un'occasione sufficiente ed adeguata per contestare le accuse a suo carico. Di conseguenza, anche se le prescrizioni dell'art. 6 c.e.d.u. hanno concretamente subito una lesione, in quanto l'imputato non ha potuto confrontarsi con il testimone davanti al giudice chiamato a decidere della colpevolezza, il suo diritto ad avere un processo *fair* non è leso, se l'imputato ha avuto l'occasione, in una qualunque fase del procedimento, di contestare le affermazioni della fonte testimoniale. Sulla base di queste considerazioni si può rilevare che la Corte di Strasburgo non valorizza l'attitudine euristica del contraddittorio, che trova la sua massima espressione nel momento genetico della prova, realizzandosi in una presa di contatto – non mediata – tra giudice e fonte dichiarativa. Essa accoglie una nozione di contraddittorio "differito", il quale costituisce una sorta di compensazione dei diritti dell'imputato, sufficiente a riportare il procedimento a una soglia accettabile di *fairness*[332].

Si potrebbe concludere che la prospettiva "soggettivistica" che anima i giudici convenzionali conduce a delle differenze concettuali rispetto al modo di intendere il principio di immediatezza nell'ordinamento interno. Nel diritto di Strasburgo l'immediatezza in grado di appello non è tanto la condizione imprescindibile per il miglior accertamento giudiziale, ma è il mezzo per consentire il rispetto dei diritti di difesa dell'imputato, in particolare il diritto a confrontarsi con il testimone davanti al giudice chiamato per ultimo a decidere sulla sua colpevolezza, che è uno dei requisiti del *fair trial* in appello.

La dottrina non ha peraltro mancato di sottolineare come, con riferimento alla materia in esame, la Corte europea abbandoni la sua logica ispirata al bilanciamento di interessi contrapposti, vale a dire che nella giurisprudenza esaminata, "la rinnovazione del dibattimento non è intesa come compensazione alla menomazione di uno specifico diritto dell'imputato, ma è invocata come strumento preventivo necessario (e integralmente ripristinatorio) a presidio dell'equità del processo"[333]. Secondo questa

[331] CHIAVARIO, *La "lunga marcia" dei diritti dell'uomo nel processo penale*, in A.BALSAMO E R. KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, p. 19, secondo il quale l'obiettivo della Corte europea non è quello di individuare le condizioni in presenza delle quali un processo possa dirsi equo, ma di individuare la lesione dei diritti fondamentali del ricorrente e porvi rimedio, attraverso una valutazione globale del procedimento che si è svolto nello Stato membro

[332] In questo senso M. BIRAL, *L'overall examination: nuove frontiere sul diritto a confrontarsi con i testimoni*, in *Arch. pen*, n. 1 del 2013, p. 5, secondo la quale " quando è differito il confronto non investe il momento genetico della prova (a differenza di quanto esige il "nostro" art. 111 coma 4 Cost.) e –sul piano degli effetti- produce una sorta di sanatoria rispetto al *deficit* dialettico che affligge l'elemento unilateralmente formato: è stato inserito nel "circuito del contraddittorio" ed è quanto basta per spenderlo come prova piena"

[333] V. AIUTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo, cit.,* p. 3969

prospettiva quindi, l'approccio della Corte europea alla tematica oggetto di trattazione è piuttosto rigido: la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, davanti al giudice chiamato a decidere della colpevolezza o innocenza dell'imputato, è condizione di *fairness* processuale, e ciò anche se i diritti di difesa dell'imputato non hanno subito alcuna menomazione nelle fasi precedenti. A questo punto della trattazione, occorre stabilire l'incidenza che tale giurisprudenza, ispirata a una concezione convenzionale di immediatezza, esplica nell'ordinamento interno.

# CAPITOLO III
# IL RECEPIMENTO DEI PRINCIPI CONVENZIONALI NELL'ORDINAMENTO INTERNO FRA INTERPRETAZIONE CONVENZIONALMENTE ORIENTATA DELL'ART. 603 C.P.P. E PROSPETTIVE DI RIFORMA

## PARTE I.

## I principi convenzionali in tema di *fair trial* in appello al vaglio della Corte di cassazione

### 3.1.1. Premessa

La frequenza con la quale la tematica del *fair trial* in appello è stata sottoposta all'attenzione dei giudici di Strasburgo ha risvegliato il dibattito sull'adeguatezza del nostro articolo 603 c.p.p. ai canoni convenzionali.

La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, momento nevralgico del processo di seconda istanza, era peraltro da più parti avvertita come un elemento di difficile collocazione sistematica anche alla luce dei principi del "giusto processo" previsti nell'art. 111 della Costituzione. L'opzione per un processo informato al contraddittorio nel momento di formazione della prova ha alimentato l'insofferenza nei confronti di un giudizio di appello che, condotto con modalità cartolari, sconfessa i canoni epistemologici consacrati nel testo costituzionale. Sebbene il legislatore del 1999 avesse deciso di non prevedere il principio di oralità- immediatezza, la dottrina, pur muovendo da posizioni divergenti, è sostanzialmente concorde nel ritenere che un rapporto non mediato tra giudice e prova valorizza pienamente l'attitudine euristica del contraddittorio, consentendo al decidente di apprezzare quegli elementi che a una lettura degli atti formati al cospetto del primo giudice risulterebbero mortificati. Alla luce di queste considerazioni, la dottrina auspica che il processo di appello, ancorato a un modello di stampo inquisitorio, si apra alla dimensione dell'oralità-immediatezza, consentendo all'imputato un pieno esercizio del diritto di difendersi davanti al giudice cui è demandato un giudizio di merito circa la sua colpevolezza. L'appiglio costituzionale è l'art. 111, comma terzo, della Costituzione, che riconosce a colui che è sottoposto a processo penale il diritto di chiedere al giudice l'escussione diretta delle fonti di prova dichiarative, scongiurando un giudizio emesso su materiali formati in prime cure. La disciplina codicistica prevista all'art. 603 c.p.p. risulta lacunosa, in quanto, come è stato visto nel capitolo primo, consente due ipotesi di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale: a richiesta di parte, "se il giudice ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti" ; d'ufficio, "se il giudice la ritiene assolutamente

necessaria". L'interpretazione prevalente di tali formule, sentite dalla dottrina come sostanzialmente equivalenti[334], lascia ben poco spazio all'attività istruttoria; "l'eventuale nuova ammissione, pertanto, è tarata sulla tendenziale funzione quasi esclusivamente integrativa dei mezzi istruttori richiesti, sotto il ben determinato aspetto della necessità di colmare l'ipotetica incertezza del precedente quadro probatorio"[335]. Seguendo questa interpretazione, tradizionalmente avvallata dalla giurisprudenza, i profili di criticità dell'art. 603 c.p.p. rispetto ai parametri costituzionali restano evidenti: il diritto di difendersi provando davanti al giudice chiamato a statuire sul merito verrebbe mortificato dal più stringente criterio dell'impossibilità di decidere senza la presa di contatto diretto con la fonte di prova, avvallando la possibilità che si addivenga a una pronuncia di condanna senza che i testimoni siano stati riascoltati.

Il tema torna negli ultimi anni al centro dell'attenzione degli interpreti, grazie all'attività della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha delineato i tratti essenziali del *fair trial* in appello, censurando l'omissione da parte del giudice di secondo grado di riassumere le prove dichiarative. I principi elaborati a Strasburgo, attraverso un'articolata casistica in materia, arricchiscono il dibattito, già fecondo nell'ordinamento interno, di nuove prospettive. Come si è cercato di dimostrare, anche con riferimento al momento genetico del sistema convenzionale, resta in primo piano l'esigenza di accordare protezione ai diritti individuali del ricorrente che lamenta di aver subito un processo *unfair*. Tuttavia, nella tematica in esame, il diritto dell'imputato di confrontarsi con il proprio accusatore, davanti al giudice chiamato a decidere in ultima istanza sull'accusa, viene posta a presidio dell'equità processuale. Come è stato efficacemente osservato, "nella recente giurisprudenza, la suddetta garanzia è stata riletta, anche quale esercizio del diritto dell'accusato di essere giudicato sulla base di una valutazione 'affidabile' dell'attendibilità delle dichiarazioni accusatorie; affidabilità che è collegata alla valenza euristica del metodo del contraddittorio, nonché all'insostituibile rapporto gnoseologico fornito dalla percezione diretta della prova"[336]. Si potrebbe rilevare, dopo un'attenta lettura del *case-law* convenzionale, che il rinnovato contatto tra giudice e prova diviene condizione essenziale affinché un processo possa essere considerato conforme all'art. 6 della c.e.d.u., anche se i diritti di difesa dell'imputato hanno trovato piena attuazione nelle fasi precedenti. La posizione assunta a Strasburgo non ha lasciato indifferenti i giudici nazionali, i quali, chiamati a vagliare la compatibilità della disciplina di cui all'art. 603 c.p.p. con i canoni

[334] Secondo P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, Torino, vol. I, 2012, p. 252, "sono formule sostanzialmente equipollenti, non essendo ipotizzabile che si realizzi una in assenza dell'altra: l'impossibilità di decidere allo stato degli atti implica l'assoluta necessità di rinnovare la prova e viceversa"

[335] A. BENVOLUTI, *La disciplina ex art. 603 c.p.p. e le prospettive della Corte Europea Diritti Umani*, in *www.overlex.com*, p. 4

[336] A. FIASCHI, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello per riformare la condanna di primo grado*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, n. 7, p. 2

convenzionali, hanno reinterpretato i principi europei ridisegnando i confini della rinnovazione probatoria nel giudizio di appello. Come è noto, ad essere oggetto di dibattito è lo stesso carattere vincolante delle pronunce europee[337]; tuttavia, non può che constatarsi come la genesi casistica delle *rationes decidendi* convenzionali non sia stata un ostacolo alla loro circolazione nel nostro ordinamento. Nel processo di recepimento dei dettami convenzionali ha assunto un ruolo da protagonista la Corte di cassazione, la quale, chiamata ad adempiere l'imprescindibile compito di verificare l'analogia tra fattispecie interna e convenzionale, ha spesso aderito solo formalmente alle istanze provenienti da Strasburgo, di fatto adottando un atteggiamento difensivo degli equilibri interni, caratterizzato da diverse resistenze al diritto sovranazionale in fase di attuazione concreta.

### 3.1.2. La condanna per la prima volta in appello : la teoria della "motivazione rafforzata"

Le problematiche relative al giudizio di appello vengono dalla dottrina e dalla giurisprudenza avvertite soprattutto con riferimento al tema della riforma della sentenza assolutoria. Il processo di secondo grado, configurato come un giudizio di merito, si conclude con una sentenza destinata a sostituirsi a quella precedente, avvallando la possibilità che l'imputato sia condannato per la prima volta in appello, all'esito di un giudizio condotto *ex actis.* Come è stato ripetutamente segnalato in dottrina, "in realtà il secondo grado di giudizio non consiste in un secondo accertamento presidiato dalle garanzie previste per il dibattimento; bensì consiste nella mera verifica della correttezza dell'operato del primo giudice – attraverso la rivalutazione del materiale probatorio in atti – che sconta, oltre al deficit di garanzie per l'imputato, l'ulteriore carenza in termini di affidabilità epistemologica della decisione di secondo grado[338]". In tali casi l'affermazione di responsabilità pronunciata in appello priva l'imputato di una seconda statuizione di merito; potendo egli esperire solamente il ricorso in Cassazione si realizza una disparità di trattamento rispetto a chi, condannato in primo grado, può ottenere una nuova pronuncia circa la sua colpevolezza o innocenza.

La giurisprudenza di legittimità è stata complessivamente sensibile a tale problematica; indipendentemente dagli approdi della Corte europea, la Corte di

[337] Il dibattito è stato affrontato nel capitolo secondo, in cui sono riportare le principali posizioni dottrinali circa i vincoli cui è sottoposto il giudice interno nel rispetto del diritto convenzionale. P. GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla CEDU*, cit., prospetta il rischio di un "oligarchia giudiziaria promossa da Strasburgo sul sistema processuale penale attraverso una europeizzazione della interpretazione"; dello stesso avviso P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 210 ss, secondo il quale "la Corte europea non è giudice delle leggi; si limita ad accertare se in un determinato processo vi sia stata o no violazione della normativa convenzionale e solo in quel contesto decisorio i suoi assunti sono costrittivi"

[338] P. GAETA, *Condanna in appello e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 7

cassazione ha infatti apportato dei correttivi volti a contenere le ricadute dell'affermazione di responsabilità per la prima volta in appello, a dimostrazione della percezione domestica degli aspetti problematici che percorrono il processo di appello. Tale consapevolezza si è concretizzata in un orientamento di matrice giurisprudenziale che pone in capo al giudice di seconde cure un particolare onere di motivazione quando intende ribaltare una sentenza assolutoria. Il giudicante deve dimostrare che la sentenza emessa in prime cure risulta carente, insufficiente e quindi non più sostenibile, "neppure nel senso di lasciare in piedi residui ragionevoli dubbi sull'affermazione di colpevolezza"[339].

Già a partire dai primi anni di vigenza del codice di rito si era consolidato un orientamento giurisprudenziale che guardava con preoccupazione la riforma *in peius* della sentenza in appello; per arginare la possibilità di una affermazione di responsabilità per la prima volta il secondo grado, la Suprema Corte aveva elaborato dei criteri stringenti a cui il giudice di seconde cure avrebbe dovuto attenersi qualora avesse voluto ribaltare un verdetto assolutorio. In particolare, non era sufficiente che il giudice di appello indicasse nella motivazione la semplice maggiore plausibilità della propria tesi rispetto a quella prospettata in primo grado, ma egli era gravato dell'onere di dimostrare l'incompletezza o la non correttezza ovvero l'incoerenza "delle relative argomentazioni con rigorosa e penetrante analisi critica seguita da corretta, completa e convincente motivazione che (…) desse ragione delle scelte operate e del privilegio accordato ad elementi di prova diversi o diversamente valutati"[340]. L'inadeguatezza del giudizio di appello rispetto ai principi costituzionali e alle norme di diritto internazionale venne peraltro direttamente affrontata dalla Cassazione Sezioni Unite del 2003 nella vicenda Andreotti, nella quale si suggerisce di "ristrutturare sapientemente il giudizio secondo cadenze e modalità che precludono a quel giudice (che di regola rimane estraneo alla formazione dialettica della prova) di ribaltare il costrutto logico della decisione di proscioglimento dell'imputato, all'esito di una mera rilettura delle carte del processo e di un contraddittorio dibattimentale *ex actis*". *De iure condito,* nella consapevolezza di non poter incidere sulla struttura dell'appello, i giudici hanno precisato che la sentenza che condanna per la prima volta in appello non si sottrae al sindacato della Corte di Cassazione ex. art. 606 lett. e), c.p.p., sotto il profilo della mancanza di motivazione, ampliando di fatto il controllo di legittimità sulla decisione

[339] Cass., Sez. VI, n. 40159, 3 novembre 2011, Galante, Rv. 251066

[340] Cass., Sez. I, 16 dicembre 1994, Felice, in Mass. Uff. N. 201487; nello stesso senso Cass. pen. Sez. II, 12 dicembre 2002, Contrada, in *Rv.* 225564, secondo cui " la decisione del giudice di appello, che comporti la totale riforma della sentenza di primo grado, (…) non può limitarsi a formulare una mera possibilità, come esercitazione astratta del ragionamento disancorata dalla realtà processuale, ma riferirsi a concreti elementi processualmente acquisiti, posti a fondamento di un 'iter' logico che conduca, senza affermazioni apodittiche, a soluzioni divergenti da quelle prospettate da altro giudice di merito"

del giudice del gravame[341]. Le Sezioni Unite tornarono a pronunciarsi sul punto nel 2005 e indicarono la tipologia e le modalità con cui il giudice avrebbe dovuto argomentare la propria decisione: "in tema di rinnovazione della sentenza, il giudice di appello che riformi totalmente la decisione di primo grado ha l'obbligo di delineare le linee portanti del proprio, alternativo, ragionamento probatorio e di confutare specificamente i più rilevanti argomenti della motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza o incoerenza, tali da giustificare la riforma del provvedimento impugnato"[342].

Nonostante i correttivi elaborati in sede giurisprudenziale, il legislatore del 2006 emanò la Legge Pecorella, la quale, come è stato visto nel capitolo primo, prevedeva come regola la non appellabilità delle sentenze di proscioglimento da parte del pubblico ministero, tentando di eliminare in radice la possibilità di addivenire per la prima volta a una sentenza di condanna in appello. Dopo le declaratorie di incostituzionalità del 2007 e del 2008[343] che hanno riportato la disciplina del secondo grado di giudizio allo *stato quo ante*, ripristinando il testo dell'art. 593 c.p.p. precedente alla modifica del 2006, si prospetta nuovamente la possibilità che si addivenga a una sentenza di condanna per la prima volta in appello, lasciando quindi all'interprete il compito di enucleare le condizioni in presenza delle quali è possibile pervenire a una totale *reformatio in peius*. Il tema della cd. motivazione rinforzata torna ad essere affrontato dalla Corte di cassazione[344], la quale valorizza il "principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio"

[341] Sez. Un., n. 45276 del 30 ottobre 2003 dep. Il 24 novembre 2003, Andreotti. In Rv. 226093 "nell'ipotesi di omesso esame, da parte del giudice, di risultanze probatorie acquisite e decisive, la condanna in secondo grado dell'imputato già prosciolto con formula ampiamente liberatoria nel procedente grado di giudizio non si sottrae al sindacato della Corte di cassazione per lo specifico profilo del vizio di mancanza della motivazione 'ex' art. 606, comma 1, lett. e). cod. proc. pen,, purché l'imputato medesimo, per quanto carente di interesse di appello, abbia comunque prospettato al giudice di tale grado, mediante memorie, atti, dichiarazioni verbalizzate, l'avvenuta acquisizione dibattimentale di altre e diverse prove, favorevoli e nel contempo decisive, pretermesse dal giudice di primo grado nell'economia di quel giudizio, oltre quelle apprezzate e utilizzate per fondare la decisione assolutoria. In detta evenienza al giudice di legittimità spetta verificare, senza possibilità di accesso agli atti, ma attraverso il raffronto tra la richiesta di valutazione della prova e il provvedimento impugnato che abbia omesso di dare risposta, se la prova, in tesi risolutiva, assunta sia effettivamente tale e se quindi la denunciata omissione sia idonea a inficiare la decisione di merito". In Rv. 226092 "il ricorso per cassazione avverso sentenza di condanna in appello dell'imputato prosciolto in appello con formula liberatoria 'per non aver commesso il fatto' può essere proposto anche per violazioni di legge non dedotte, perché non deducibili per carenza di interesse all'impugnazione, in appello"

[342] Cass., Sez. Un., 12 luglio 2005, Mannino, in Mass. Uff., n. 231679

[343] Corte cost., 24 gennaio 2007, n. 26; Corte cost., 31 marzo 2008, n. 85

[344] Cass. Sez. V, n. 35762 del 5 maggio 2008, Aleksi, Rv. 241169 in cui vengono ribaditi gli orientamenti precedenti alla riforma del 2006 onerando il giudice di appello di una motivazione rafforzata nel caso di condanna per la prima volta in appello. " in tema di motivazione della sentenza, il principio per cui, nel caso di riforma da parte del giudice di appello di una decisione assolutoria emessa dal primo giudice, il secondo giudice ha l'obbligo di dimostrare specificamente l'insostenibilità sul piano logico e giuridico degli argomenti più rilevanti della sentenza di primo grado, con rigorosa e penetrante analisi critica seguita da completa e convincente motivazione che, sovrapponendosi a tutto campo a quella del primo giudice, dia ragione delle scelte operate e della maggiore considerazione accordata ad elementi di prova

previsto nell'art. 533, comma 1, c.p.p. introdotto in occasione della legge Pecorella. Secondo la Corte infatti, non solo è richiesto al giudice di appello un particolare onere nella motivazione quando intende ribaltare l'esito della sentenza assolutoria di primo grado, ma è proprio il principio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" che "presuppone comunque che, in mancanza di elementi sopravvenuti, l'eventuale rivisitazione in senso peggiorativo compiuta in appello sullo stesso materiale probatorio già acquisito in primo grado e ivi ritenuto inidoneo a giustificare una pronuncia di colpevolezza, sia sorretta da argomenti dirimenti e tali da evidenziare oggettive carenze o insufficienze della decisione assolutoria, che deve, quindi, rivelarsi, a fronte di quella riformatrice, non più sostenibile, neppure nel senso di lasciare in piedi residui ragionevoli dubbi sull'affermazione di colpevolezza"[345]. Affinché la sentenza del giudice di seconde cure superi il vaglio di legittimità secondo l'art. 606, lett. e), c.p.p. occorre quindi che la condanna in appello dell'imputato si basi sull'unica interpretazione prospettabile al di là di ogni ragionevole dubbio, a causa di vizi logici, incertezze o inadeguatezze che hanno minato la ricostruzione del primo giudice.

La teoria della cd. motivazione rafforzata nel caso di *reformatio in peius*, elaborata in sede giurisprudenziale, è indice di una consapevolezza circa le "anomalie" strutturali del giudizio di appello, che temporalmente precede o comunque prescinde dalle pronunce di Strasburgo. Anche la Corte europea è stata chiamata a valutare la *fairness* di una condanna pronunciata per la prima volta in grado di appello, senza che l'imputato avesse la possibilità di esercitare il diritto al confronto con l'accusatore davanti al giudice chiamato a statuire sulla sua colpevolezza. La possibilità che anche nel nostro ordinamento si addivenga a una affermazione di responsabilità non rispettosa dei dettami costituzionali previsti all'art. 111 della Costituzione ha quindi indotto la giurisprudenza ad elaborare dei correttivi a fronte dell'inerzia del legislatore. Occorre peraltro rilevare che tale approdo giurisprudenziale non risolve il "problema del metodo" con il quale si perviene alla seconda pronuncia di colpevolezza; ad essa il collegio di appello può approdare in base alla sola lettura degli atti raccolti in primo

diversi o diversamente valutati, trova applicazione anche nel caso di radicale rovesciamento di una valutazione essenziale nell'economia della motivazione, in un processo nel quale siano determinanti i contributi dichiarativi di alcuni soggetti chiamati in reità o in correità, non essendo sufficiente la manifestazione generica di una differente valutazione ed essendo, per contro, necessario il riferimento a dati fattuali che conducano univocamente al convincimento opposto rispetto a quello del giudice la cui decisione non si condivida"

[345] Cass. Sez. VI, n. 40159 del 3 novembre 2011, Galante, Rv. 251066; Cass. Sez. VI, n. 4996, 26 ottobre 2011, Abbate, Rv. 251782; nello stesso senso Cass. Sez. VI, n. 46847, 10 luglio 2012 "nel giudizio di appello, per la riforma di una sentenza assolutoria non basta, in mancanza di elementi sopravvenuti, una mera e diversa valutazione del materiale probatorio già acquisito in primo grado ed ivi ritenuto inidoneo a giustificare una pronuncia di colpevolezza, che sia caratterizzata da pari o addirittura minore plausibilità rispetto a quella operata dal primo giudice, occorrendo, invece, una forza persuasiva superiore, tale da fare venire meno ogni ragionevole dubbio";

grado "assicurando un pallido contraddittorio sulla prova"[346] reputato sufficiente per un giudizio, quello di secondo grado, "che si traduce più in un confronto critico della valutazione effettuata dal giudice di prime cure che in un apprezzamento diretto del risultato probatorio[347]". La teoria della "motivazione rinforzata" quindi, pur valorizzando il principio della condanna "oltre ogni ragionevole dubbio", avente l'obiettivo di delimitare la possibilità che si addivenga a una prima condanna in appello, lascia di fatto inalterato il "cuore" del problema e cioè inadeguatezza rispetto ai principi costituzionali del "giusto processo" di un giudizio condotto sulla rilettura della carte del primo grado. Il giudizio di appello resta debitore della concezione, di stampo inquisitorio, secondo la quale il giudice di secondo grado compie un'attività avalutativa, dimenticando che "la ricostruzione dei fatti strumentale per la critica diventa mezzo funzionale della nuova decisione, che il giudice è chiamato a pronunciare, quale esito della sua attività"[348], tramutando il controllo sulla decisione di primo grado in attività accertativa destinata a sfociare in una pronuncia che si sostituisce alla precedente.

Su questo retroterra dottrinale e giurisprudenziale, in cui le tensioni che percorrono il secondo grado di giudizio continuano ad essere avvertite, soprattutto rispetto a una condanna per la prima volta in appello, si innestano gli interventi della Corte di Strasburgo, i quali hanno portato a rimeditare il processo di appello alla luce dei criteri di *fairness* stabiliti in sede sovranazionale. I giudici di legittimità, infatti, sentono come insufficiente che la sentenza di secondo grado di condanna sia dotata di una forza persuasiva superiore, tale da far venir meno ogni ragionevole dubbio; il rispetto dei principi del giusto processo di cui all'art. 6 della CEDU, infatti, richiede il ripristino dell'oralità quando il giudice voglia effettuare una diversa valutazione di attendibilità del testimone : "nel caso di decisione di appello difforme da quella del giudice di primo grado, non è più sufficiente che la seconda sentenza sia logicamente più persuasiva della prima e che contenga un'adeguata confutazione delle ragioni poste a base della decisione riformata ma è necessario che, in base all'art. 6 CEDU, così come interpretato dalle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo (…), il giudice d'appello, qualora ribalti l'esito del primo giudizio pervenendo alla "*reformatio in peius*" della sentenza assolutoria di primo grado, assicuri il rispetto del principio dell'oralità, non essendo sufficiente l'instaurazione di un contraddittorio sulla prova dichiarativa cartolare[349]" .

Come attenta dottrina ha rilevato: "mentre la teoria della cd. "motivazione rinforzata" nel caso di *reformatio in peius* in appello temporalmente precede o comunque ignora il "soffio delle garanzie" della Corte sovranazionale, gli ultimi interventi di quest'ultima

[346] C. SCACCIANOCE, *Una ventata di legalità probatoria*, in *Arch. pen*., 2013, p. 6
[347] P. GAETA, *Condanna in appello e rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 8
[348] D. CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo,* cit., p. 75
[349] Cass. pen., sez. III, 20 marzo 2015, n. 11648

sembrano sottoposti dalla Cassazione italiana a una seria e severa esegesi quanto ai presupposti di operatività, quasi a contenerne la portata"[350].

### 3.1.3. La Corte di cassazione tra istanze sovranazionali e resistenze nazionalistiche

Gli orientamenti restrittivi adottati dalla giurisprudenza di legittimità, volti a contenere le pronunce di condanna per la prima volta in secondo grado, come è stato visto, non hanno inciso sulle problematiche strutturali del giudizio di appello. Lo scenario muta, tuttavia, in seguito all'intervento della Corte EDU, la quale, ripetutamente chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità di un secondo processo di merito condotto in maniera "cartolare" con l'art. 6 della Convenzione europea, ha plasmato la nozione di *fair trial* in appello rivitalizzando il dibattito nell'ordinamento interno. In virtù del rango che la c.e.d.u., cosi come essa vive nell'interpretazione dei giudici europei, ha assunto nel nostro sistema delle fonti interne a seguito delle sentenze 348 e 349 del 2007, l'interprete è chiamato a interrogarsi sull'incidenza e sui vincoli derivanti dalle decisioni di Strasburgo sulla normativa interna e nei confronti dei giudici; "si tratta, in altri termini, di operare una verifica della reale capacità di tali orientamenti e, più in generale del nostro ordinamento giuridico a "reggere" o a cedere il passo a quelle forme di ragionamento giuridico che si misurano con i parametri normativi europei, cosi come interpretati dalla Corte EDU, destinati ormai a far parte stabilmente dello strumentario dell'operatore giuridico e della struttura della giurisprudenza interna di ogni stato europeo"[351].

Ciò premesso, nel processo di recepimento della giurisprudenza convenzionale ha giocato un ruolo di primaria importanza la Corte di cassazione, la quale è stata interpellata sulla fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 603 c.p.p., in relazione all'art. 117 della Costituzione, disposizione che rappresenta la "valvola di ingresso" dei principi elaborati a Strasburgo. L'approccio dei giudici di legittimità appare non privo di contrasti e lacune, segno della difficoltà di rapportarsi con un diritto di matrice casistica, mutevole e in continua evoluzione. Le "resistenze" che la Corte di cassazione ha mostrato nei confronti del diritto convenzionale hanno avvallato delle letture restrittive e talvolta distorsive dei principi europei.

Da un lato, infatti, i giudici di legittimità sono cauti a recepire le istanze sovranazionali per un "attaccamento culturale" al processo di secondo grado configurato come *revisio prioris instantiae*[352]. Come si è visto, la posizione prevalente di dottrina e giurisprudenza riconduce l'appello a un modello processuale in cui si rende necessario

[350] P. GAETA, *Condanna in appello e rinnovazione del dibattimento*, cit.
[351] A. MARANDOLA, *Introduzione*, in *Dir. pen. proc. Speciale CEDU e ordinamento italiano*, 2014, p. 6
[352] In questo senso P. BRONZO, *Condanna in appello, cit.,* p. 4

un controllo della decisione di primo grado, lasciando spazio all'attività istruttoria solamente quando occorra rimediare alle lacune o alle incompletezze del precedente giudizio. L'attaccamento alla tradizione rappresenta un importante fattore di resistenza al cambiamento[353], sebbene una configurazione siffatta del giudizio di secondo grado sia segno di una sfiducia nel metodo prescelto dal legislatore per la costruzione della verità processuale.

Dall'altro lato, il fatto che la spinta più forte per rimeditare la disciplina in tema di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale provenga da una fonte sovranazionale, solleva ulteriori riserve. Come si è visto nel capitolo precedente, il carattere casistico delle pronunce della Corte europea, funzionali ad accordare tutela all'individuo in relazione a situazioni contingenti, impone particolari cautele nel proiettare i principi convenzionali "fuori dal contesto"[354], a maggior ragione perché, con riferimento alla tematica oggetto di trattazione, le censure di Strasburgo non sono rivolte allo Stato italiano.

Tuttavia, al di là del dibattito teorico circa la natura vincolante o meno delle pronunce della Corte europea, "non può che constatarsi come la genesi casistica delle *rationes* convenzionali doti comunque il giudice domestico di un potere interpretativo incomprimibile: spetta infatti a quest'ultimo stabilire se sussiste o meno quell'analogia tra fattispecie interna e sovranazionale propedeutica all'applicazione del principio convenzionale. E' tra le maglie di questa operazione interpretativa (…) che si annida il vero rischio di arbitrarie disapplicazioni delle *rationes* convenzionali: l'operatività del principio tratteggiato dalla Corte EDU è neutralizzata dalla frapposizione di artificiali distinzioni tra il caso interno e quello oggetto delle decisioni della Corte di Strasburgo; distinzioni che – specularmente – si proiettano sul principio convenzionale circoscrivendone indebitamente la portata" [355].

### 3.1.4. La rilettura del caso Dan c. Moldavia e la sua applicazione alle fattispecie interne

Negli ultimi anni la Corte di cassazione è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 117 Cost, primo comma, e all'art. 6

[353] In questo senso D. CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, cit., secondo la quale l'attuale disciplina codicistica costituisce una trasposizione acritica di quella, di matrice inquisitoria, contenuta nel codice del 1930. Il processo di appello resta perciò graniticamente ancorato alla tradizione dottrinale e giurisprudenziale sviluppatasi nella vigenza del "vecchio" codice di rito che lo configura come *revisio prioris intantiae*

[354] Secondo P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 206, "nulla fuori dal contesto" dovrebbe essere il motto che guida l'approccio che l'interprete dovrebbe avere alle pronunce europee , in quanto la Corte europea non fornirebbe interpretazioni vincolanti ma soluzioni funzionali solamente al singolo processo, lasciando i giudici nazionali soggetti solamente al vincolo della legge

[355] S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU, cit.*, p. 16-17

della CEDU, cosi come interpretato nella sentenza Dan c. Moldavia[356] dell'art. 603 c.p.p. nella parte in cui non prevede, come condizione per addivenire a una condanna per la prima volta in secondo grado, l'obbligo per il giudice di appello di prendere contatto diretto con le fonti di prova, mediante nuova audizione dei testimoni[357]. I giudici di legittimità hanno dichiarato la questione manifestamente infondata, "in ragione della indiscutibile applicabilità nell'ordinamento, in base ad un'interpretazione adeguata dell'art. 603 cod. proc. pen., della regola che risulta dalla citata giurisprudenza Cedu"[358]. Il percorso ermeneutico seguito dalla Corte di cassazione si articola in una duplice operazione: una lettura di carattere restrittivo dei principi convenzionali, attuata subordinando la loro operatività a due requisiti ricavati dalla sentenza Dan .c Moldavia; l'analisi dell'art. 603 c.p.p., finalizzata a dimostrare che la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale consente, nella sua attuale formulazione, un'interpretazione convenzionalmente orientata.

Nonostante la Corte europea, come si è visto, abbia prodotto una copiosa giurisprudenza in tema di *fairness* processuale nel secondo grado di giudizio, l'attività di recepimento da parte della Corte di cassazione si è focalizzata principalmente sulla sentenza Dan c. Moldavia, oggetto, secondo una parte della dottrina, di una fama immeritata, tale da offuscare gli ulteriori sviluppi del dibattito[359]. In una delle pronunce più risalenti in materia[360], il ricorrente ha sostenuto che dalla sentenza in esame, la quale fa seguito alle precedenti pronunce della Corte europea, si ricava il principio della "valutazione diretta" delle prove che imporrebbe al giudice di secondo grado, che vuole riformare una pronuncia di assoluzione, di riascoltare i testimoni, non potendo limitarsi alla lettura dei verbali che raccolgono la deposizione del teste. Gli approdi della Corte di Strasburgo muovono dalla "piena applicazione del principio del giusto processo e dalla valorizzazione del principio del contraddittorio, che postulerebbe la contestualità tra l'acquisizione degli elementi di conoscenza e l'organo della decisione"[361]. Rispetto all'indirizzo consolidatosi in sede sovranazionale, secondo il ricorrente appare

[356] Corte EDU, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, in www.echr.coe.int/

[357] Cass. pen., sez. II, 8 novembre 2012, n. 46065, Consagra, in CED *Cass*., 254726, nella quale si prospetta l'illegittimità costituzionale dell'art. 603 "nella parte in cui non prevede, quale condizione per la riforma della sentenza di assoluzione, la riassunzione dinanzi al giudice d'appello delle prove dichiarative utilizzate dal giudice di prime cure a sostegno dell'assoluzione"; Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2013, n. 16556, Morzenti, in CED *Cass*. 254623, in cui l'eccezione di costituzionalità è basata sull'insanabile contrasto dell'art. 603 c.p.p. "con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretata dalla Corte EDU con la sentenza Dan c. Moldavia, in quanto non prevede la obbligatoria nuova acquisizione delle prove orali innanzi al giudice di appello perché costui, con un diverso apprezzamento delle stesse, possa pronunciare sentenza di condanna"

[358] Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2013, n. 16556, Morzenti, in CED *Cass*.254623

[359] In questo senso P. GAETA, *Condanna in appello e rinnovazione del dibattimento*, in Libro dell'anno del diritto 2014, Roma, 2014

[360] Cass. pen., sez. II, 8 novembre 2012, n. 46065, Consagra, in CED *Cass*., 254726

[361] Cass. pen., sez. II, 8 novembre 2012, n. 46065, Consagra, in CED *Cass*., 254726

manifesta la non conformità del nostro ordinamento in quanto, il giudizio di appello, configurato come mero controllo del grado precedente, di regola non consente la formazione della prova, ma si basa sugli atti già acquisiti. Di conseguenza, alle parti, e in particolare all'imputato, sarebbe preclusa la possibilità di intervenire sulla formazione del convincimento del giudice, in quanto l'art. 603 c.p.p. subordina l'escussione diretta della fonte dichiarativa al presupposto dell'impossibilità di decidere allo stato degli atti.

I giudici di legittimità hanno ripercorso il caso Dan c. Moldavia affermando che la Corte EDU è intervenuta in una vicenda concreta in cui il giudice di primo grado aveva ritenuto inattendibili i testimoni principali, che riferivano su tutte le circostanze fondanti l'accusa; le altre prove erano indirette, per cui il peso attribuito alle stesse dichiarazioni orali era di grande importanza. La Corte di appello, senza una nuova raccolta delle prove, ma sulla base della lettura dei verbali formati in primo grado, propendeva invece per la piena attendibilità dei testimoni, condannando l'imputato per la prima volta. Alla luce di queste considerazioni, i giudici di legittimità hanno affermato che la Corte di appello, nel ribaltare l'assoluzione in condanna, non avrebbe potuto, in termini di equo processo, adeguatamente decidere senza una diretta valutazione delle prove fornite dai testimoni dell'accusa. Il principio di diritto che la Corte di cassazione ha ricavato dalla sentenza Dan c. Moldavia è quello per cui "la Corte europea àncora la violazione, con riferimento al giudizio di appello, dell'art. 6, par. 1, CEDU, al duplice requisito della decisività della prova testimoniale e della rivalutazione di essa da parte della Corte di appello, in termini di attendibilità, in assenza di un nuovo esame dei testimoni dell'accusa per essere la diversa valutazione di attendibilità stata eseguita non direttamente, ma solo sulla base della lettura dei verbali delle dichiarazioni da essi rese"[362].

La penetrazione dei principi convenzionali in tema di *fair trial* in appello nel nostro ordinamento e, la conseguente possibilità che essi trovino applicazione nelle fattispecie interne, è quindi subordinata al ricorrere dei due requisiti ricavati dalla sentenza Dan c. Moldavia: affinché il giudice di appello possa addivenire a una pronuncia di colpevolezza, la prova dichiarativa da rinnovare deve avere il carattere

[362] Cass. pen., sez. V, 5 luglio 2012, n. 38085, Luperi e altri, in CED *Cass*., 253543; nello stesso senso Cass. pen., sez. II, 8 novembre 2012, n. 46065, Consagra, in CED *Cass*., 254726; Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2013, n. 16556, Morzenti, in CED *Cass*. 254623, nella quale "il principio che, qundi, può evincersi dalla sentenza in questione è il seguente: laddove la prova essenziale consista in una o più prova orali che il primo giudice abbia ritenuto, dopo averle personalmente raccolte, non attendibili, il giudice di appello per disporre la condanna non può procedere ad un diverso apprezzamento della medesima prova sulla sola base della lettura dei verbali ma è tenuto a raccogliere nuovamente la prova innanzi a sé per poter operare una adeguata valutazione di attendibilità, salvo possibili casi particolari. Si tratta comunque di una questione di attendibilità intrinseca"; Cass. pen., sez. V, 11 gennaio 2013, n. 10965, Cava e altro, in www.archiviopenale.it con nota di V. SCACCIANOCE, *Riforma in peius della sentenza di assoluzione senza rinnovare la prova orale, una decisione che fa discutere*, in *Arch. pen*, 2013, III, p. 1047 ss

della decisività e la stessa deve essere rivalutata sul piano dell'attendibilità. Attraverso questa esegesi, i giudici di legittimità si sono riservati un ampio margine di manovra[363]; "i due presupposti disegnerebbero la linea di confine tra i casi affrontati dalla Corte di Strasburgo e dai giudici interni: l'analogia tra le fattispecie presuppone la sussistenza di entrambi; in assenza, i casi sono diversi e, per l'effetto, lo statuto convenzionale è devitalizzato"[364]. Questa impostazione, che costituisce l'interpretazione sino ad ora prevalente dei dettami provenienti da Strasburgo in materia di condanna per la prima volta in appello[365], "ha innescato una giurisprudenza non sempre capace di recepire pienamente il canone europeo, poiché entrambi i criteri sui quali essa fonda la 'rinnovazione convenzionalmente doverosa' possono legittimare, ad hanno effettivamente legittimato, letture incongruamente restrittive"[366].

La prima pronuncia nella quale la Corte di cassazione ha ricavato dalla sentenza Dan c. Moldavia la "massima" secondo la quale la rinnovazione della prova dichiarativa in appello è necessaria, a compendio probatorio immutato, solo se essa è decisiva per la condanna e se il giudice intende rivalutarne l'attendibilità ha ad oggetto i fatti avvenuti durante il G8 di Genova[367]. Secondo i giudici di legittimità nessuno dei due requisiti ricorre nella vicenda sottoposta alla loro attenzione : non quello decisività in quanto "il compendio probatorio a carico degli imputati, che supporta la sentenza di condanna di secondo grado, è costituito non solo da prove testimoniali, ma anche da prove documentali, audio e video"; non il secondo in quanto la Corte non ha operato una diversa valutazione di attendibilità dei testimoni, ma ha tratto dalle dichiarazioni di alcuni di loro "conseguenze in termini di responsabilità sulla base della interpretazione delle dichiarazioni testimoniali che non è andata ad involgere quel giudizio di valore delle stesse dichiarazioni"[368]. Alla luce di queste considerazioni, la Corte di cassazione conclude nel senso della non applicabilità della regola di giudizio contenuta nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, con conseguente irrilevanza della questione di legittimità costituzionale.

In una pronuncia di poco successiva[369] la Suprema Corte ritiene non sussistente l'analogia tra la fattispecie interna e quella convenzionale, affermando il carattere non necessario della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale. Nella vicenda sottoposta al vaglio dei giudici di legittimità gli imputati erano stati assolti in primo grado, il quadro probatorio era costituito dalla testimonianza sul fatto principale della persona offesa e da altri elementi di prova non dichiarativi. Il giudice di appello riformava la sentenza

[363] In questo senso A.CABIALE, *Verso un appello convenzionalmente orientato*, cit., p. 52
[364] S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU, cit.,* p. 17
[365] In questo senso P. BRONZO, *Condanna in appello, cit., p. 5*
[366] P. BRONZO, *Condanna in appello , cit. p. 7*
[367] Cass. pen., sez. V, 5 luglio 2012, n. 38085, Luperi e altri, in CED *Cass*., 253543
[368] Cass. pen., sez. V, 5 luglio 2012, n. 38085, Luperi e altri, in CED *Cass*., 253543
[369] Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2013, n. 16556, Morzenti, in CED *Cass*.254623

condannando gli imputati senza stabilire un rapporto diretto con il dichiarante, ma basava la sua decisione sui verbali formati in primo grado. Secondo la Corte di cassazione la sentenza Dan c. Moldavia non trova applicazione nel caso di specie. Sebbene infatti in entrambe le vicende la prova dichiarativa è la sola prova diretta sul fatto principale, potendosi ritenere integrato il primo presupposto, quello della *main evidence*, la distinzione tra le fattispecie viene individuata nel secondo requisito. La sentenza Dan c. Moldavia subordina la necessità di una riescussione diretta del testimone quando il giudice di appello intenda operare una diversa valutazione di attendibilità e, come specificano i giudici di legittimità, "si tratta, comunque di una questione di attendibilità intrinseca"; "diverso è il caso in cui "la differente decisione in punto di ricostruzione dei fatti" sarebbe "conseguenza di diverso apprezzamento o mancato apprezzamento di altri elementi probatori, documenti etc", mentre la valutazione di attendibilità del testimone principale risulterebbe "sostanzialmente confermata". Secondo la Suprema Corte il requisito della "rivalutazione della prova testimoniale da parte dei giudici di secondo grado, in termini di attendibilità" non è integrato qualora la Corte di appello abbia "sminuito la portata degli elementi esterni di contrasto con la sua versione dei fatti ritenendo l'errore della sentenza di primo grado nell'esaltare tali elementi ed ha, inoltre, valorizzato circostanze non considerate dal primo giudice"[370], confermando sostanzialmente la valutazione di attendibilità del testimone principale. Con riferimento a questo secondo criterio i giudici di legittimità hanno ritenuto, in un'altra pronuncia, che "per riformare *in peius* una sentenza assolutoria, il giudice di appello è obbligato alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale solo quando intende operare un diverso apprezzamento di attendibilità di una prova orale, ritenuta in primo grado non attendibile, non certo quando la sua decisione si sorregga essenzialmente su una diversa valutazione del risultato delle prove documentali"[371].

[370] Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2013, n. 16556, Morzenti, in CED *Cass*.254623; nello stesso senso Cass. pen., sez. V, 11 gennaio 2013, n. 10965, Cava e altro, in www.archiviopenale.it , punto 3, "il giudice di secondo grado ha effettivamente rivalutato il materiale probatorio a sua disposizione, integrandolo con acquisizioni documentali illustrate nel corpo della motivazione della sentenza di secondo grado. non si tratta dunque di pura e semplice rivalutazione delle dichiarazioni del Mancone, ma dell'apprezzamento di tali dichiarazioni, alla luce degli ulteriori elementi, trascurati dal primo giudice e valorizzati dal secondo. Lo schema della ricordata sentenza CEDU, pertanto, non è applicabile al caso di specie"

[371] Cass. pen., sez. VI, 27 agosto 2014, n. 36179, Dragotta, Rv. 260234; nello stesso senso una recente pronuncia Cass. pen., sez. II, 16 gennaio 2015, n. 1947, Stornello, nel quale si legge "la giurisprudenza di questa Suprema Corte ha, poi, chiarito che il giudice di appello per riformare *in peius* una sentenza assolutoria è obbligato – in base all'art. 6 CEDU, cosi come interpretato dalla sentenza Dan c. Moldavia – alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale solo quanto intende operare un diverso apprezzamento di attendibilità della prova orale e che il giudice di appello, per riformare in peius una sentenza di assoluzione, non è obbligato alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale quando compie una diversa valutazione di prove non dichiarative, ma documentali"

In una pronuncia che si pone in linea di continuità rispetto alle precedenti, confermando l'interpretazione costantemente seguita con riferimento alla sentenza Dan c. Moldavia, la Corte di cassazione ha ritenuto che la necessità, per i giudici di appello che vogliano riformare la sentenza assolutoria, di udire personalmente i testimoni "è stata affermata dai giudici europei come funzionalmente collegata alla valutazione di attendibilità"[372], per cui "è evidente come nella specie si versi al di fuori tale ipotesi proprio perché non ad una diversa valutazione delle dichiarazioni della persona offesa è seguita la sentenza di condanna, bensì alla necessità, puntualmente colta dalla Corte territoriale, di conformare logicamente l'esito processuale al contenuto di dette dichiarazioni, la cui attendibilità è stata vieppiù confermata da ulteriori elementi di riscontro"[373]. Secondo quanto si evince dalla sentenza in esame quindi, la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale non è necessaria quando il giudice di appello non ha compiuto una valutazione in senso peggiorativo delle prove dichiarative, ma ha affermato la responsabilità penale dell'imputato dopo aver fornito "una lettura coerente e logica degli elementi probatori palesemente travisati dal primo giudice".

### 3.1.5. L'applicabilità dei principi convenzionali alla riforma della sentenza assolutoria

Per completare questa breve rassegna pare opportuno portare l'attenzione su una pronuncia[374], nella quale la Suprema Corte ha fatto applicazione dei criteri convenzionali in tema di *fairness* processuale in una situazione speculare a quelle fino ad ora esaminate.

Come si è visto, anche prima che la Corte di Strasburgo intervenisse sulla tematica in esame, la dottrina non era rimasta indifferente alle problematiche strutturali del giudizio di appello, soprattutto dopo l'opzione accusatoria del nostro legislatore e la costituzionalizzazione dei principi del giusto processo; "aspetti di particolare criticità del sistema risiedono tutt'ora nella possibilità che, in forza dell'impugnazione del pubblico ministero, il giudice di seconde cure pronunci per la prima volta una sentenza di condanna non più esaminabile nel merito, ma censurabile soltanto per vizi di legittimità dinanzi alla Corte di cassazione, con conseguente disparità di trattamento rispetto a chi è stato riconosciuto colpevole già in primo grado"[375]. Lo sviluppo del dibattito è andato in questa direzione anche in sede sovranazionale, è lo stesso strumento del ricorso individuale, posto a disposizione dell'imputato che, dopo aver

[372] Cass. pen., sez. III, 18 settembre 2014, n. 45453, Rv. 260867, punto 4.4
[373] Cass. pen., sez. III, 18 settembre 2014, n. 45453, Rv. 260867, punto 4.4
[374] Cass. pen., sez. II, 24 aprile 2014, n. 32619, con commento di A. FIASCHI, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello, cit.*
[375] I. REDARELLI, *La condanna in appello dell'imputato assolto, fra antinomie di sistema, principi europei ed interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Arch. pen*., 2014, n. 3, p. 2

esperito le vie di ricorso interne, può dolersi dell'*unfairness* del procedimento a suo carico dinanzi a un organo giurisdizionale sovrastatuale a porsi come mezzo di tutela dei diritti del ricorrente. Per queste ragioni, oggetto del vaglio della Corte europea è stato il rispetto dell'equità processuale da parte degli Stati che hanno emesso pronunce di condanna, per la prima volta in appello, in riforma della sentenza di assoluzione.

Nella fase di recepimento dei principi convenzionali, la Corte di cassazione ha esteso la loro applicabilità ai casi di capovolgimento della prima assoluzione. Nella fattispecie in esame i giudici di primo grado avevano affermato la responsabilità degli imputati sulla scorta dell'attendibilità intrinseca delle dichiarazioni testimoniali dopo l'escussione in dibattimento; in appello la Corte ne aveva affermato l'inattendibilità intrinseca sulla base della lettura delle dichiarazioni precedentemente rese. I giudici di legittimità prestano adesione alla lettura della sentenza Dan c. Moldavia che hanno fornito nelle pronunce che avevano ad oggetto la *reformatio in peius*, subordinando la rinnovazione dell'istruttoria alla prova essenziale di cui il giudice di secondo grado vuole fare un diverso apprezzamento in termini di attendibilità, ma ritengono la pronuncia convenzionale "espressione del principio di immediatezza che si ritiene attuato quando vi è un rapporto privo di intermediazioni tra l'assunzione della prova e la decisione"; ne discende che esso "deve trovare applicazione anche in casi in cui il diverso giudizio di attendibilità ha portato ad un giudizio di assoluzione in secondo grado"[376].

I giudici della Suprema Corte hanno quindi compiuto un'ulteriore operazione ermeneutica del diritto di Strasburgo: hanno ricavato dalla sentenza Dan c. Moldavia, cosi come interpretata costantemente nella giurisprudenza di legittimità, una " *ratio* oggettiva, che consiste nell'attuazione dei canoni di oralità e immediatezza, funzionale alla correttezza della decisione"[377]. Stando al contenuto di questa pronuncia parrebbe dedursi che quando ricorrono i presupposti di decisività della prova dichiarativa e di rivalutazione di attendibilità intrinseca della stessa, il giudice di appello è tenuto a rinnovare l'istruttoria dibattimentale in tutti i casi di ribaltamento della sentenza di primo grado, sia essa di assoluzione o di condanna; "la rinnovazione della prova orale sarebbe, pertanto, funzionale – e quindi necessaria – per poter operare un'adeguata valutazione di attendibilità e ciò indipendentemente dal contenuto della decisione finale"[378].

Una parte della dottrina ha accolto con favore la pronuncia della Corte di cassazione, in quanto è la stessa Corte europea a valorizzare la funzione cognitiva del

[376] Cass. pen., sez. II, 24 aprile 2014, n. 32619, con commento di A. FIASCHI, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello, cit.*
[377] A. FIASCHI, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello, cit.*, p. 6
[378] C. SCACCIANOCE, *Ancora in tema di rinnovazione della prova orale in appello,* cit. , p. 5

giudizio di appello, richiedendo un contatto diretto tra giudice e prova[379]; altri hanno invece preso le distanze da tale interpretazione del diritto di Strasburgo ritenendo che sebbene nelle loro sentenze "i giudici della Convenzione sembrano trattare l'oralità e l'immediatezza come un metodo da preservare", "tuttavia, sempre dai medesimi arresti, emerge sempre e soltanto, la figura dell'imputato, intesa come colui al quale va garantita la possibilità di confrontarsi con i testimoni, di fronte al giudice chiamato per ultimo a decidere sul merito dell'accusa"[380]. Come è stato osservato nel capitolo precedente, sebbene nella giurisprudenza convenzionale la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale diviene condizione di *fairness* processuale, cosi potendosi percepire la volontà di proteggere un metodo, sullo sfondo resta la volontà di tutelare i diritti dell'accusato: "i precitati principi vengono infatti in rilievo come presupposti di equità processuali, vale a dire, in ultima analisi, come garanzie per l'imputato"[381].

La portata a prima vista rivoluzionaria della pronuncia viene in realtà ridimensionata ad una più attenta lettura della motivazione: i giudici di legittimità, con atteggiamento prudenziale, affermano la necessità di rinnovazione della prova orale, anche in assenza di una prima condanna in appello, solo se il giudice di appello non ha osservato l'obbligo motivazionale, "ne consegue che, laddove il giudice assolva con rigore l'obbligo di motivare, pervenendo a una valutazione unitaria della prova, sarebbe esonerato dall'obbligo di riescutere la fonte dichiarativa: egli potrà valutare sulla carte, anche in modo difforme rispetto all'apprezzamento compiuto dal primo giudice"[382].

### 3.1.6. La compatibilità della disciplina dell'art. 603 c.p.p. con l'art. 6 della CEDU

Come si è accennato in precedenza, i giudici di legittimità si sono cimentati in una doppia operazione ermeneutica: dapprima hanno ridefinito l'ambito di operatività dei principi convenzionali al fine di stabilire la loro applicabilità nell'ordinamento interno e, in un secondo momento, hanno interpretato la disciplina della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale allo scopo di verificare la possibilità di una lettura conforme ai canoni di *fairness* processuale affermati a Strasburgo.

---

[379] A. FIASCHI, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello, cit.,* p. 6, " un tale ampliamento dei confini della rinnovazione probatoria risulta, in effetti, tratteggiato nella giurisprudenza sovranazionale: in considerazione dell'ambito applicativo della rinnovazione probatoria, delineato in sede convenzionale, oralità e immediatezza devono tendere, anche in appello, a presidiare un iter funzionale ad una corretta ricostruzione dei fatti, laddove il giudice debba operare una completa rivalutazione della colpevolezza"

[380] A.CABIALE, *Verso un appello convenzionalmente orientato*, cit., p. 54, il quale ritiene che le attuali indicazioni della Corte europea non consentano di condividere la posizione che la Cassazione ha assunto nella sentenza in esame

[381] A.CABIALE, *Verso un appello convenzionalmente orientato, cit.,* p. 49

[382] C. SCACCIANOCE, *Ancora in tema di rinnovazione della prova orale in appello*, cit., p. 6

La Corte di cassazione "non ha mai negato a priori che la fattispecie di iniquità processuale, descritta dai giudici europei, possa riguardare anche il nostro giudizio di appello"[383]; tuttavia, i giudici di legittimità hanno subordinato l'applicazione dei principi convenzionali nell'ordinamento interno al requisito della decisività, ai fini della condanna, della prova testimoniale e di una diversa valutazione di attendibilità della stessa rispetto al primo giudice.

Il piano dell'analisi si sposta, in un secondo momento, all'interno del nostro ordinamento e involge precipuamente la disciplina dell'art. 603 c.p.p. e i limiti che tale disposizione pone alla formazione della prova dinanzi al giudice di secondo grado. Nella disciplina codicistica infatti gli spazi che si schiudono per la rinnovazione del dibattimento sono angusti: il diritto alla prova si riduce alle prove scoperte o sopravvenute dopo il giudizio di primo grado (comma 2); quelle precedentemente acquisite possono essere riassunte su richiesta di parte, soltanto se il giudice ritiene di "non essere in grado di decidere allo stato degli atti" (comma 1); su iniziativa del giudicante, qualora lo stesso lo ritenga "assolutamente necessario"(comma 3).

In una pronuncia in cui la Corte di legittimità è stata chiamata a vagliare la compatibilità dell'art. 603 c.p.p. con il diritto di Strasburgo, il ricorrente sosteneva che il giudizio di appello "si configurerebbe come un giudizio di controllo di merito della decisione impugnata", nel quale infatti "non può formarsi e di regola non si forma alcuna prova, perché si tratta di controllare il giudizio di primo grado e la relativa sentenza sulla base degli atti già acquisiti", per cui, il secondo grado sarebbe "cosi lontano dalla possibilità di saggiare attendibilità e credibilità del testimone da pregiudicare inevitabilmente gli esiti del giudizio"[384].

Secondo i giudici di legittimità, l'appello, seppur congegnato come *revisio prioris instantiae*, non si basa sulla semplice rilettura degli atti formati in primo grado, ma consente l'esercizio del diritto alla prova, non potendosi rilevare, nella disciplina vigente, alcun contrasto con il diritto di Strasburgo. La Corte di cassazione, al fine di comporre la diastasi tra diritto interno e quello sovranazionale si avvale dello strumento dell'interpretazione conforme. L'art. 603 c.p.p. prevede, infatti, che le prove dichiarative utilizzate dal giudice di prime cure a sostegno dell'assoluzione possono essere riassunte sia su richiesta delle parti, sia d'ufficio. Nella prima ipotesi, la rinnovazione dell'istruttoria è subordinata all'impossibilità per il giudice di "decidere allo stato degli atti". Tale circostanza ricorre, secondo i giudici di legittimità, "quando i dati probatori già acquisiti siano incerti ovvero quando l'incombente richiesto rivesta carattere di decisività, nel senso che è idoneo ad eliminare le eventuali incertezze

[383] A.CABIALE, *Verso un appello convenzionalmente orientato, cit.,* p. 52
[384] Cass. . pen., sez. II, 8 novembre 2012, n. 46065, Consagra, in CED *Cass*., 254726, punto 5

ovvero ad inficiare ogni altra risultanza"[385]. Quando invece manchi una sollecitazione delle parti, giudice può procedere d'ufficio alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale "se la ritiene assolutamente necessaria", "dovendosi intendere con tale espressione, il caso in cui ritenga che non gli sia possibile decidere se non dopo l'assunzione di una determinata prova" [386].

Interpretata in questi termini la disciplina di cui all'art. 603 c.p.p., secondo i giudici della Suprema Corte si aprirebbero ampi spazi per la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale dinanzi al giudice di appello, consentendo all'imputato l'esercizio del diritto alla prova; non si può infatti ravvisare nel nostro ordinamento alcuna "carenza di carattere strutturale" del processo di appello, in quanto non è rinvenibile "alcuna norma che vieti di rinnovare il dibattimento di appello e che, quindi, imponga al giudice di appello di decidere sulla sola base degli atti assunti nel giudizio di primo grado essendogli consentita la sola rilettura di quegli atti"[387]. L'art. 603 c.p.p., comma primo, che subordina la riassunzione delle prove in appello ai requisiti di incertezza del quadro probatorio e alla circostanza che "l'incombente richiesto rivesta carattere di decisività, nel senso che è idoneo ad eliminare le eventuali incertezze ovvero a inficiare ogni altra risultanza", è, secondo i giudici di legittimità, "perfettamente coincidente e sovrapponibile con il principio di diritto enunciato dalla Corte EDU secondo il quale il giudice di appello non può decidere sulla base delle testimonianze assunte nel giudizio di primo grado limitandosi a una mera rivalutazione – in termini di attendibilità – delle medesime (in senso peggiorativo per l'imputato) quando siano decisive"[388].

Posta quindi di fronte al vaglio di compatibilità tra l'ordinamento sovranazionale e quello interno, la Corte di cassazione ha escluso che vi sia alcuna carenza strutturale dell'ordinamento italiano in materia di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello: "sulla base di un esame comparato fra l'at. 603 c.p.p. e l'art. 6 CEDU, cosi come interpretato dalla Corte EDU, si può, pertanto, concludere affermando che non vi è alcuna incompatibilità o contrasto non sanabile in via interpretativa"[389].

### 3.1.7. L'applicazione dei principi convenzionali al giudizio abbreviato di appello

Il problema relativo all'applicazione dei principi convenzionali nel nostro ordinamento si è posto anche con riferimento al giudizio di appello celebrato successivamente a un primo grado condotto secondo la forma del rito abbreviato. Come

[385] Cass. pen., sez. II, 8 novembre 2012, n. 46065, Consagra, in CED *Cass*., 254726, punto 4.2
[386] Cass. pen., sez. II, 8 novembre 2012, n. 46065, Consagra, in CED *Cass*., 254726, punto 4.2
[387] Cass. pen., sez. II, 8 novembre 2012, n. 46065, Consagra, in CED *Cass*., 254726, punto 4.3
[388] Cass. pen., sez. II, 8 novembre 2012, n. 46065, Consagra, in CED *Cass*., 254726, punto 4.3
[389] Cass. pen., sez. II, 8 novembre 2012, n. 46065, Consagra, in CED *Cass*., 254726, punto 4.3

noto, infatti, in base al disposto dell'art. 443, comma 4, c.p.p., in fase di impugnazione, si seguono le stesse regole del rito ordinario dettate dagli articoli 599 ss; pertanto l'istituto della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, disciplinato dall'art. 603 c.p.p., rientra nel novero delle disposizioni applicabili al giudizio abbreviato di appello. Nello specifico i giudici di legittimità si sono chiesti se i principi convenzionali – ricavabili principalmente dalla sentenza Dan c. Moldavia - impongono al giudice di appello, dinanzi al quale è stata impugnata una sentenza di assoluzione emessa all'esito di un giudizio abbreviato, di rinnovare l'istruttoria dibattimentale qualora intenda pronunciare una sentenza di condanna. In altre parole, la scelta dell'imputato di essere giudicato "allo stato degli atti" consuma il suo diritto alla prova anche in grado di appello oppure sussiste, in forza del diritto di Strasburgo, un obbligo per il giudice che intenda condannare per la prima volta di ripristinare l'oralità e l'immediatezza?

Per tentare una ricostruzione giurisprudenziale della tematica in esame, occorre peraltro tenere a mente che a partire dall'entrata in vigore della l. 497 del 1999, la cd. legge Carotti, al rito abbreviato ordinario, in cui l'imputato accetta di essere giudicato "allo stato degli atti"[390] viene affiancato un giudizio abbreviato cd. condizionato, in quanto si attribuisce all'imputato la facoltà di subordinare la scelta di accedere al rito alternativo ad una richiesta di integrazione probatoria.

Con riferimento al giudizio abbreviato *tout court*, in cui l'imputato accetta, a fronte di uno sconto di pena, di essere giudicato sulla base degli atti raccolti durante le indagini preliminari, l'indirizzo maggioritario della Corte di cassazione ritiene che "la Corte di appello, qualora intenda riformare *in peius* una sentenza assolutoria, emessa all'esito del giudizio abbreviato, non è obbligata alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale per l'audizione dei testimoni ritenuti dal primo giudice inattendibili"[391]. Secondo i giudici di legittimità, infatti, "l'esigenza posta a fondamento della citata giurisprudenza della Corte EDU sussiste soltanto nei casi in cui si controverta in ordine alla valutazione di una prova dichiarativa assunta oralmente dal primo giudice, e che solo per tale ragione il secondo giudice non può diversamente valutare, senza averla a sua volta riassunta oralmente innanzi a sé, non anche quando l'imputato abbia rinunciato alle garanzie di oralità e del contraddittorio"[392]. Va detto che vi è anche un isolato orientamento giurisprudenziale di segno contrario secondo il quale sussisterebbe un obbligo per il giudice di appello che intenda riformare *in peius* una sentenza assolutoria, anche se emessa all'esito di un giudizio abbreviato, di rinnovare l'istruttoria

[390] Con la scelta del rito abbreviato ordinario, l'imputato rinuncia ad esercitare il diritto alla prova; tuttavia, in base al disposto dell'art. 441, comma 5, c.p.p. quando il giudice ritiene di non poter decidere allo stato degli atti può assumere *ex officio* gli elementi necessari ai fini della decisione

[391] Cass. pen., sez. III, 24 febbraio 2015, n. 11658, P.E.S.

[392] Cass. pen., sez. II, 23 maggio 2014, n. 33690, De Silva

dibattimentale quando intende operare una diversa valutazione di attendibilità di una prova dichiarativa, ritenuta non attendibile dal primo giudice[393].

La questione si pone diversamente nel rito abbreviato condizionato, in quanto, con riferimento alla prova di cui l'imputato ha chiesto e ottenuto l'ammissione, si è instaurato in primo grado un contatto diretto tra l'autorità giudiziaria e la prova dichiarativa, nel rispetto delle garanzie dell'oralità e del contraddittorio. Per questa ragione, i giudici di legittimità ritengono "che vada riaffermato il principio secondo cui per riformare *in peius* una sentenza assolutoria emessa all'esito di giudizio abbreviato condizionato, il giudice di appello è obbligato – in base all'art. 6 CEDU, così come interpretato dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Dan. c. Moldavia – a rinnovare l'istruzione dibattimentale quando intende operare un diverso apprezzamento dell'attendibilità di una prova orale acquisita dal primo giudice in sede di integrazione probatoria"[394]. Secondo l'orientamento giurisprudenziale che si è formato sul punto tale obbligo sussisterebbe quindi solamente nei confronti della prova dichiarativa alla cui ammissione l'imputato ha subordinato la scelta processuale di accedere al rito abbreviato, mentre verrebbe meno per le altre fonti dichiarative, con riferimento alle quali l'imputato ha rinunciato alle garanzie dell'oralità e del contraddittorio già nel primo grado di giudizio, compiendo un'opzione per un processo basato su principi diversi dall'oralità-immediatezza.

Gli indirizzi maggioritari prevalenti di cui si è dato conto appaiono coerenti con la *ratio* sottesa al rito alternativo: con la scelta del rito abbreviato, in cambio di uno sconto di pena, l'imputato rinuncia ad esercitare il diritto alla prova, per cui, anche in grado di appello, il giudice non è obbligato a ripristinare l'oralità-immediatezza; laddove invece l'imputato, esercitando il diritto alla prova, abbia subordinato l'accettazione del rito abbreviato all'escussione di una fonte dichiarativa, la prova orale acquisita dal primo giudice nel rispetto dell'immediatezza e del contraddittorio deve essere rinnovata se il giudice di appello intende valutarla diversamente in termini di attendibilità.

### 3.1.8. Il regime di rilevabilità della violazione del diritto alla rinnovazione della prova in Cassazione

Residua un ultimo interrogativo con riferimento all'adeguamento agli standard di *fairness* processuale imposti da Strasburgo: la Corte di cassazione può rilevare d'ufficio la violazione dell'art. 6 della CEDU, cosi come interpretato nella sentenza Dan c. Moldavia, oppure unica custode dell'equità del processo resta la Corte EDU adita una volta esauriti i rimedi interni?

[393] In questo senso Cass. pen. Sez. VI, 11 febbraio 2014, n. 8654, Costa, in Rv. 259107
[394] Cass. pen., sez. III, 24 febbraio 2015, n. 11658, P.E.S.

La problematica riveste notevole interesse in un ordinamento in cui la tutela dei diritti è sempre più proiettata a livello sovranazionale, l'interprete è chiamato a interrogarsi sul ruolo della Corte di cassazione come giudice di ultima istanza. A questo proposito ci si chiede se, in assenza di una richiesta di parte, i giudici di legittimità possono ignorare violazioni che potrebbero condurre ad una condanna della Corte europea e ad una riapertura del processo interno o se, diversamente, il nostro ordinamento ammette la rilevabilità del vizio d'ufficio, affidando alla Corte di cassazione il ruolo di custode dell'equità processuale secondo i criteri fissati a Strasburgo.

In giurisprudenza, ad un filone che nega esplicitamente ogni potere officioso, si contrappongono diverse decisioni di senso contrario. Il primo orientamento è stato affermato dalla quinta sezione della Suprema Corte, che nella sentenza Basile[395] ha ritenuto che la violazione dell'art. 6 della CEDU dovrebbe essere fatta valere, ai sensi dell'art. 581 c.p.p. mediante l'illustrazione delle ragioni di diritto e di fatto a suo sostegno. In un processo di parti la mancata richiesta di rinnovare l'istruttoria è segno del disinteresse dell'accusato a che il giudice di appello instauri un contatto diretto con la fonte di prova dichiarativa. L'inerzia dell'imputato lo pone altresì nell'impossibilità di adire la Corte EDU, in quanto il presupposto per poter esperire il ricorso individuale è l'aver esaurito tutti i rimedi messi a disposizione dall'ordinamento interno [396].

A tale posizione giurisprudenziale si contrappongono diverse pronunce della Suprema Corte[397] che hanno delineato quello che può essere considerato l'indirizzo prevalente in materia. In una recente pronuncia[398], i giudici di legittimità sono tornati a interrogarsi sulla rilevabilità officiosa della violazione dell'art. 6 della c.e.d.u., discostandosi dall' indirizzo seguito nella sentenza Basile in quanto i principi in essa affermati si pongono in contrasto con il diritto convenzionale. La Corte di Strasburgo ha

[395] Cass. pen., sez. V, 20 novembre 2013, n. 51396, Basile e altri, in Rv. 257831

[396] Cass. pen., sez. V, 20 novembre 2013, n. 51396, Basile e altri, in Rv. 257831: "In primo luogo, la mancata denuncia della questione, con appositi motivi di ricorso per cassazione, è una scelta processualmente rilevante, dipendente evidentemente dal disinteresse alla rinnovazione della istruttoria dibattimentale da parte di chi era stato già assolto: ma rilevante anche perché determina una omessa attivazione, da parte dell'imputato, del rimedio processuale nel sistema nazionale, che lo pone, non essendosene doluto, nella condizione di non poter attivare il rimedio CEDU, il quale presuppone la consumazione di tutti i rimedi del sistema processuale domestico, sulla questione stessa. Singolare è pretendere che la Cassazione compia una scelta che, invece, compete all'imputato. Oltre a ciò, deve rimarcarsi che la questione della incidenza, nel diritto domestico, dei principi espressi dalla giurisprudenza della CEDU, riconducibile, con i dovuti adattamenti, alla nozione di denuncia di "violazione di legge" ex art. 606 c.p.p.., lett. c), richiede pur sempre, ai sensi dell'art. 581 c.p.p., la illustrazione delle ragioni in fatto e in diritto che dovrebbero sostenerla"

[397] Propendono per la rilevabilità officiosa della violazione dell'art. 6 della CEDU, cosi come interpretato nella sentenza Dan c. Moldavia, Cass. pen., sez. II, 25 febbraio 2014, n. 13233, Trupiano, in Rv. 258781; tra le altre, Cass. pen., sez. V, 7 maggio 2013, n. 28061, Marchetti, in Rv. 255580, le quali pur non affrontando le tematiche poste dalla sentenza Basile, sono giunte ad affermare la rilevabilità d'ufficio nel giudizio di Cassazione della violazione dell'art. 6 p. 1 della CEDU"

[398] Cass. pen., sez. III, 20 marzo 2015, n. 11648, P.F.

più volte affermato nella sua giurisprudenza[399] e, da ultimo nella sentenza Mischie c. Romania[400], che il giudice di secondo grado, nei casi di ribaltamento del primo giudizio, deve procedere alla riescussione delle prove orali a prescindere da una richiesta di parte in tal senso. Nella vicenda Mischie c. Romania il governo eccepiva che il ricorrente non avrebbe potuto ricorrere dinanzi alla Corte EDU, in quanto, pur essendo stato posto nelle condizioni di chiedere la nuova audizione dei testimoni, non si era avvalso di tale possibilità, in questo modo non soddisfacendo il criterio che consente di rivolgersi all'organo sovranazionale: il previo esperimento dei rimedi interni. Diversamente, secondo la Corte di Strasburgo non può desumersi dall'assenza di una esplicita richiesta una mancanza di interesse da parte dell'imputato al suo processo e grava sul giudice interno il dovere adottare misure d'ufficio volte a garantire all'accusato il diritto a un processo equo[401]. Come la dottrina ha rilevato "il carattere officioso della garanzia, delineato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sembra investire ogni organo giurisdizionale chiamato a presidiarne l'attuazione, indipendentemente dalla tipologia o collocazione nell'ordinamento interno"[402].

I giudici di legittimità aderiscono all'indirizzo della Corte EDU, la quale ha più volte ribadito che la regola del previo esaurimento dei rimedi interni va applicata con flessibilità e senza eccessivo formalismo; secondo la Corte di cassazione la mancanza di una richiesta esplicita del ricorrente non rappresenta un ostacolo alla rilevazione della violazione dell'art. 6 della CEDU. "Ne consegue che, al cospetto di pacifiche violazioni convenzionali di carattere oggettivo e generale, già censurate in sede Europea, la mancata proposizione di un motivo specifico di gravame, diretto a denunciare nel corso del processo la violazione del principio dell'equo processo, non può essere di ostacolo ad un intervento giurisdizionale teso ad eliminare, *in itinere iudicii* ed *ex officio*, una situazione di illegalità convenzionale che scaturisce dalla violazione del principio dell'equo processo, per di più anteriormente alla formazione del giudicato, essendo sufficiente che la parte interessata abbia comunque impugnato la decisione a lei

[399] Corte EDU, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania e Corte EDU, 4 giugno 2013, Hanu c. Romania; la Corte europea ha più volte respinto l'eccezione formulata dai governi in ordine al mancato esaurimento delle vie interne di ricorso a fronte della omessa indicazione, nei morivi di impugnazione, di censure riguardanti la mancata rinnovazione della prova; i giudici di Strasburgo hanno rilevato *"that the domestic courts are under an obligation to take positive measures to such an end, even if the applicant has not requested it*"

[400] Corte EDU, 16 settembre 2014, Mischie c. Romania

[401] Corte EDU, 16 settembre 2014, Mischie c. Romania, punto 39, "Enfin, pour autant que le Gouvernement souligne le fait que le requérant n'a pas demandé à la Haute Cour l'audition des témoins, la Cour estime que la juridiction de recours était tenue de prendre d'office des mesures positives à cette fin, même si le requérant ne l'avait pas sollicitée expressément en ce sens. De plus, la Cour note que l'on ne saurait reprocher au requérant un manque d'intérêt pour son procès. Il convient dès lors, de rejeter l'exception de non-épuisement soulevée par le Gouvernement"

[402] S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU, cit.,* p. 51

sfavorevole affinché possa dirsi osservato, secondo la giurisprudenza della Corte Edu, il requisito del previo esaurimento dei rimedi interni"[403].

Nella sentenza in esame i giudici di legittimità si spingono ad individuare lo strumento che consente di rilevare d'ufficio la violazione dell'art. 6 della c.e.d.u., ritenendo non necessario l'intervento della Corte costituzionale. L'art. 609, comma secondo, c.p.p.[404], il quale prevede i poteri di cognizione "supplementari"[405] dei giudici di legittimità, sarebbe infatti passibile di un'interpretazione convenzionalmente orientata in forza della quale la Corte di cassazione può rilevare d'ufficio la violazione dei diritti sanciti dalla Convenzione europea, cosi come interpretata dalla Corte di Strasburgo[406].

Una parte della dottrina aveva espresso alcune riserve con riferimento alla possibilità di ricondurre nelle previsioni dell'art. 602, comma secondo, c.p.p., le violazioni del diritto convenzionale: "la locuzione che definisce il primo novero di ipotesi «questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo» osta ad ogni tentativo interpretativo volto a ricomprendervi il vizio di specie, che sorge con la sentenza d'appello e quindi non era prima «rilevabile d'ufficio», men che meno «in ogni stato e grado»"[407]. Con riferimento alla seconda categoria di questioni decidibili dalla Cassazione, "quelle che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello", non sarebbe idonea a ricomprendere le violazioni del diritto convenzionale, in quanto "da una lettura più attenta emerge come quest'ultima tipologia di cognizione non configuri un'eccezione alla devoluzione ordinaria, risultando comunque dipendente dalle deduzioni operate attraverso i motivi proposti: in questo senso la norma tutelerebbe la deducibilità sopravvenuta, giustificandosi in quanto volta a neutralizzare la preclusione che l'art. 606 comma 3 c.p.p. pone rispetto alla conoscibilità di questioni non dedotte con i motivi di appello. Nessuno spazio di cognizione officiosa vi sarebbe, pertanto, per un'eventuale inottemperanza patologica della rinnovazione probatoria non devoluta attraverso i motivi"[408]. Secondo questa

[403] Cass. pen., sez. III, 20 marzo 2015, n. 11648, P.F., punto 2.2.
[404] "La corte decide altresì le questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo e quelle che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello"
[405] L'espressione è di S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU, cit.*, p. 51
[406] Cass. pen., sez. III, 20 marzo 2015, n. 11648, P.F., punto 2.2, "In altri termini, alla rilevabilità d'ufficio della violazione convenzionale è possibile pervenire in base ad un'interpretazione dell'art. 609 c.p.p., comma 2, convenzionalmente conforme senza necessità che debba essere sollevata una questione di legittimità costituzionale della richiamata norma processuale in relazione all'art. 117 Cost., comma 1 nella parte in cui non prevede che la Corte di cassazione possa rilevare d'ufficio la violazione dei diritti sanciti dalla Convenzione Europea così come interpretata dai giudici di Strasburgo. Ne consegue che la violazione dell'art. 6 p. 1 CEDU - pur non essendo stata oggetto di specifica censura, con i motivi di ricorso - può essere, nel caso in esame, rilevabile d'ufficio.
[407] TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU, cit.*, p. 52
[408] TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU,* cit., p. 52

impostazione, vista la complessità dei temi giuridici in esame, l'interlocutore privilegiato dovrebbe essere la Corte costituzionale, chiamata a vagliare la costituzionalità, in relazione all'art. 117 cost., dell'art. 609, comma secondo, c.p.p. nella parte in cui non prevede la rilevabilità d'ufficio della violazione del diritto sancito dalla Convenzione europea, cosi come interpretata dalla Corte di Strasburgo. Non è andata tuttavia in questa direzione la recente sentenza della Corte di Cassazione, la quale, come si è visto, ha ritenuto superfluo investire della questione la Consulta, ricorrendo allo strumento dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 609, comma secondo, c.p.p.

I giudici di legittimità si sono cosi ritagliati il ruolo di custodi dell'equità della procedura così come intesa dalla Corte EDU, prevenendo il rischio di censure da Strasburgo che avrebbero condotto alla conseguente riapertura dei processi nell'ordinamento interno. La scelta di non proiettare fisiologicamente in sede sovranazionale la rilevazione del vizio risponde a diverse esigenze: da un lato, la possibilità per i giudici di legittimità di rilevare *ex officio* la violazione della *fairness* convenzionale impedisce la formazione di un giudicato instabile, in quanto esposto all'eventualità di una censura proveniente da Strasburgo; dall'altro, poiché il rimedio della revisione europea è esperibile solo dal soggetto che si è rivolto alla Corte EDU, si evitano situazioni di ingiustificata disparità di trattamento tra coloro che hanno ottenuto un "titolo esecutivo" in sede sovranazionale e coloro che, pur versando nelle medesime condizioni, non hanno adito l'organo sovranazionale, perdendo così ogni possibilità di veder ripristinato il loro diritto alla rinnovazione della prova in appello.

## PARTE II.

## Una riflessione critica sul recepimento dei principi convenzionali nella giurisprudenza della Corte di cassazione

### 3.2.1. Un'adesione solo formale ai canoni di Strasburgo

I recenti sviluppi della giurisprudenza di legittimità mostrano che il sistema convenzionale sta divenendo sempre più l'interlocutore privilegiato delle Corti nazionali; è a livello di formante giurisprudenziale che sta avvenendo l'adeguamento ai canoni del *fair trial* in appello elaborati in sede convenzionale. Attraverso i richiami tra Corti, nazionali e sovranazionali, i giudici di legittimità stanno infatti compiendo quel ripensamento del secondo grado di giudizio che il legislatore non ha saputo realizzare. Come si è visto nella prima parte del capitolo, il veicolo privilegiato per l'ingresso nel nostro ordinamento dei criteri sovranazionali in tema di equità processuale è rappresentato dalla Corte di cassazione, la quale è stata più volte chiamata a vagliare la compatibilità della disciplina in tema di rinnovazione dell'istruttoria in appello con il diritto di Strasburgo. Non vi è dubbio infatti che il nostro ordinamento abbia mostrato un certo grado di permeabilità alle fonti sovranazionali anche in materia penale, tradizionalmente monopolio della sovranità statuale. Per quello che qui interessa, è sul terreno della *fairness* processuale che il diritto interno si "incontra" con quello elaborato dalla Corte EDU: il quadro che si delinea è un dialogo, non sempre pacifico[409], sintomo della difficoltà del nostro ordinamento di rapportarsi con una struttura pattizia sovranazionale. Dopo aver familiarizzato con le pronunce della Suprema Corte, si può constatare che a un'adesione formale al diritto di Strasburgo si contrappongono diverse resistenze in fase di attuazione concreta, segno di un "sistema ripiegato in difesa di sé stesso, volto a cercare di recepire il meno possibile le soluzioni o le direttive provenienti dalle sedi europee, e che rifugge dalla prospettiva di farle effettivamente proprie"[410].

A questo proposito la Cassazione non ha mai negato l'applicabilità dei criteri convenzionali alle fattispecie interne, al contrario ha aderito pienamente, a livello di enunciazioni astratte, alle *rationes decidendi* ricavabili dalle sentenze europee. In una recente pronuncia, i giudici di legittimità hanno aderito ad un orientamento già tracciato in precedenti arresti e hanno affermato che, a partire dal caso Dan c. Moldavia, l'art. 6 della c.e.d.u., affinché il processo possa essere considerato equo, richiede che il giudice

[409] F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche,* cit.
[410] M. CAIANELLO, *L'adeguamento italiano alle sollecitazioni europee in materia penale. Brevi cenni introduttivi.* 25 – 26 ottobre 2013 Relazione per il convegno di studio annuale sull'evoluzione della Suprema Corte di Cassazione, in *www.camerepenali.it,* 2013

di appello ascolti direttamente i testimoni e ciò deve avvenire di regola, salvo i casi di impossibilità di ripetizione dell'esame testimoniale o per altre gravi circostanze.[411] Sebbene, infatti, la Corte europea abbia affermato che l'art. 6 della c.e.d.u. si applica diversamente a seconda delle caratteristiche che il giudizio di secondo grado assume nel diversi ordinamenti, "nel caso in cui, una Corte d'appello è chiamata ad esaminare i fatti e la legge e quindi a compiere una valutazione completa circa la colpevolezza o l'innocenza dell'imputato, non può, secondo i principi del giusto processo, correttamente giungere a decidere di tali questioni senza effettuare una valutazione diretta delle prove"[412].

È in un secondo momento, quello in cui tali criteri dovrebbero trovare applicazione alle fattispecie poste al vaglio dei giudici di legittimità, che la Corte di cassazione si mostra riluttante al recepimento del diritto di Strasburgo. Dalla sentenza Dan c. Moldavia, infatti, la Suprema Corte ricava la massima secondo la quale "l'esigenza della rinnovazione del dibattimento per escutere, nel contraddittorio con l'imputato, i testimoni a carico deve essere agganciata alla decisività della prova orale da assumere e alla necessità avvertita dal giudice di appello di rivalutare l'attendibilità del teste"[413].

Di conseguenze, alla luce dei limiti che subentrano in fase di applicazione concreta, e che, secondo i giudici di legittimità, discendono dalla sentenza Dan c. Moldavia, si può affermare che "gli interventi giurisprudenziali volti ad adeguare in chiave interpretativa il diritto interno ai moniti provenienti dall'Europa, per quanto apprezzabili, non sono riusciti a colmare adeguatamente il *deficit* di garanzie presente nel giudizio di appello"[414]. L'interpretazione restrittiva a cui sono state sottoposte le *rationes decidendi* convenzionali ha permesso alla Suprema Corte di far coincidere le regole sancite dalla Corte EDU con quelle previste dall'art. 603 c.p.p., vanificando l'applicazione delle prime. Tale operazione è stata possibile mediante una lettura parcellizzata della casistica europea e la conseguente elevazione a criteri generali di elementi che esaurivano la loro portata nella vicenda in esame.

---

411 Cass. pen., sez. III, 20 marzo 2015, n. 11648, P.F., punto 2.1, "Questa Corte, seguendo un orientamento di legittimità già tracciato in precedenti arresti, ha affermato, alla luce delle decisioni assunte dalla Corte Edu a partire dalla sentenza Dan c. Moldavia del 5 luglio 2011, che è violato l'art. 6 p. 1 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo quando il Giudice d'appello non abbia, salvi i casi di impossibilità di ripetizione dell'atto o per altre gravi ragioni, sentito i testimoni e valutato la loro attendibilità in prima persona e ciò sul rilievo, desunto dalle pronunce del Giudice Europeo, che "la valutazione dell'attendibilità di un testimone è un compito complesso che di solito non può essere soddisfatto da una semplice lettura delle sue dichiarazioni"

412 Cass. pen., sez. III, 20 marzo 2015, n. 11648, P.F., punto 2.1

413 Cass. pen., sez. III, 20 marzo 2015, n. 11648, P.F., punto 3

414 V. MARCHESE, *La reformatio in peius della sentenza di assoluzione tra vincoli europei e diritto a un equo processo*, in *www.archiviopenale.it*

A questo proposito si può rilevare che nel nostro ordinamento è mancata una riflessione di carattere globale delle pronunce della Corte EDU. Attraverso la disamina del *case-law* convenzionale, condotta nel capitolo secondo, si è evidenziata la difficoltà di rapportarsi a un ordinamento di matrice casistica, come tale alla costante ricerca di un equilibrio tra l'esigenza di accordare protezione al ricorrente, i cui diritti fondamentali sono stati lesi nella vicenda concreta che lo ha visto come imputato, e affermazioni di carattere generale volte a fissare uno standard minimo di garanzie, che devono trovare applicazione in un processo, affinché possa dirsi rispettoso dell'art. 6 della c.e.d.u. Un approccio "atomistico" al *case-law* convenzionale, come quello adottato nelle pronunce della Corte di cassazione, in cui il riferimento quasi esclusivo è costituito dalla sentenza Dan c. Moldavia, non ha fino ad ora consentito lo sviluppo di un dibattito consapevole sui principi affermati a Strasburgo. Sebbene, infatti, la Corte di cassazione abbia riconosciuto l'esistenza di una "giurisprudenza EDU ormai consolidata che mira a ricondurre nell'alveo della lesione del diritto di difesa – che a sua volta si traduce in una violazione dell'art. 6 - la mancata audizione diretta dei testi da parte della Corte che addivenga a una decisione di condanna modificativa della precedente decisione assolutoria"[415], nelle pronunce esaminate il riferimento privilegiato dei giudici di legittimità diviene la vicenda Dan c. Moldavia. La Suprema Corte ha infatti ricavato da tale pronuncia i principi convenzionali in tema di *fairness* processuale in appello rapportandosi alla sentenza Dan c. Moldavia come se da essa e dagli aspetti contingenti che la caratterizzano si potessero trarre indicazioni di carattere generale, in grado di neutralizzare l'ampia casistica in materia.

Il secondo aspetto, certamente legato alla lettura isolata della sentenza Dan c. Moldavia, è rappresentato dal fatto che i giudici di legittimità hanno ricavato i presupposti in presenza dei quali il giudice deve procedere alla riassunzione delle prove orali - il carattere decisivo della prova dichiarativa e una sua rivalutazione in termini di attendibilità da parte del giudice di appello - da circostanze che caratterizzavano la vicenda in esame, ma che non erano presenti in altre vicende in cui la Corte EDU ha rilevato la violazione dell'art. 6 della Convenzione. Come è stato rilevato in dottrina, "nella sentenza Dan c. Moldavia si utilizzano espressioni come *main evidence*, "*great importance for the determination of the case*", senza fare alcun riferimento alla decisività, intesa come unicità della prova da acquisire" ; "nemmeno la distinzione tra attendibilità intrinseca ed estrinseca della dichiarazione testimoniale, operata dalla giurisprudenza di legittimità, sembra trovare alcun fondamento nella sentenza della Corte di Strasburgo", i giudici europei, infatti, "intendono dire solo che la decisione scaturita da un rapporto diretto e immediato tra organo giudicante e prove può essere ritenuta giusta"[416].

[415] Cass. pen., sez. III, 7 febbraio 2014, n. 5907, F.R., in *www.archiviopenale.it*
[416] V. MARCHESE, *La reformatio in peius della sentenza di assoluzione,* cit.

In occasione della disamina del *case-law* convenzionale, si è visto che la sentenza Dan c. Moldavia si inserisce nel solco della giurisprudenza europea in tema di equo processo; l'analisi dei giudici europei è infatti finalizzata a una valutazione di adeguatezza della decisione rispetto ai canoni dell'equo processo, effettuata avendo come riferimento l'intero procedimento che si è svolto dinanzi alle corti nazionali. Il merito della pronuncia è semmai quello di contenere un'affermazione di carattere generale: la Corte EDU ritiene infatti che coloro che hanno il potere di decidere delle colpevolezza o innocenza dell'imputato devono, in linea di massima, avere un contatto diretto con il testimone e valutarne l'attendibilità. Il ripristino del carattere di oralità – immediatezza può, secondo i giudici convenzionali, subire delle deroghe quando è impossibile sentire il testimone di persona perché ad esempio è deceduto o perché bisogna tutelare il suo diritto a non auto incriminarsi. In ambito nazionale le due eccezioni prospettate dalla Corte di Strasburgo sono state considerate non tassative: "appellandosi a queste affermazioni – e, in particolare, alle locuzioni "in linea di massima" e "poter udire" -, diverse sentenze della Suprema Corte hanno sostenuto che la regola della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale non è assoluta e che la stessa non rappresenta nemmeno un obbligo per il giudice, bensì soltanto un suo potere"[417].

Per esempio, i giudici di legittimità hanno ritenuto che si potrebbe fare a meno di riascoltare il testimone se le dichiarazioni che quest'ultimo ha reso in primo grado non presentano la "necessità di chiarimenti o integrazioni, né sussistano in esse contraddittorietà o ambiguità da dirimere"[418]. E' evidente che tale arresto giurisprudenziale risulta debitore di una concezione inquisitoria del processo, in cui la rinnovazione della prova riveste carattere eccezionale e può trovare spazio solamente per supplire alle carenze del primo grado. "Chiaramente, questo orientamento rappresenta l'arretramento più deciso nei confronti della nuova regola convenzionale"[419] in quanto sovverte il rapporto tra la regola – la rinnovazione dell'istruttoria davanti al giudice chiamato a decidere della colpevolezza – e l'eccezione, ammessa solamente nei casi di impossibilità di natura oggettiva o per la necessità di proteggere il testimone da condotte auto incriminanti. In altri casi, secondo la Suprema Corte, l'esame sarebbe evitabile se il giudice di appello riesce a dimostrare "con una motivazione sotto ogni profilo consistente, attenta, logica e adeguata la correttezza della sua riforma, senza pregiudicare concretamente in alcun modo i diritti dell'imputato"[420]. Anche questo indirizzo sconfessa le affermazioni di principio contenute nelle pronunce europee, in quanto si attesta sul semplice rafforzamento degli oneri motivazionali del giudice di secondo grado.

[417] A. CABIALE, *Verso un appello convenzionalmente orientato,* cit., p. 53
[418] Cass. pen., sez. IV, 23 settembre 2014, n. 38962, P.G.
[419] A. CABIALE, *Verso un appello convenzionalmente orientato,* cit. p. 55
[420] Cass. pen., sez. IV, 18 febbraio 2014, S.A.

In molte occasioni, dunque, la Suprema Corte si è mostrata diffidente al pieno accoglimento dei principi convenzionali, i quali trovano nel nostro ordinamento un'applicazione limitata sul piano concreto. L'introduzione ad opera della Corte di cassazione dei criteri della decisività della prova e della rivalutazione in termini di attendibilità della stessa da parte del giudice di appello, come condizioni che fondano l'obbligatorietà della rinnovazione dell'istruttoria, oltre ad aver comportato ingiustificate restrizioni all'applicazione dello statuto convenzionale in tema di *fair trial* in appello, ha reso particolarmente problematico il compito degli interpreti chiamati a decifrare la portata dei due criteri.

### 3.2.2. La decisività della prova

Il primo presupposto, cui la Corte di cassazione àncora l'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria in appello, è rappresentato dalla esistenza di una prova dichiarativa che abbia rivestito carattere di decisività ai fini dell'affermazione di colpevolezza. Tale criterio "non trova alcuna enunciazione espressa nelle pronunce di Strasburgo, ma viene tratto dalla circostanza che i giudici europei, nei casi in cui si sono occupati del problema, hanno spesso rimarcato che la prova della quale si lamentava la rivalutazione cartolare costituisse praticamente la prova unica o quella principale"[421]; tale situazione si è verificata infatti nel caso Dan c. Moldavia, in cui l'unica prova diretta era rappresentata dalla prova orale, mentre le altre rivestivano carattere indiretto e non avrebbero potuto, da sole, fondare un giudizio di colpevolezza dell'imputato. La Corte EDU è tuttavia chiamata a verificare, dopo un'analisi globale della vicenda, se nel procedimento che si è svolto davanti ai giudici nazionali, è stato rispettato il diritto dell'imputato ad avere un processo equo; per questo i giudici europei hanno valorizzato il criterio della *main evidence*, la cui mancata riassunzione in appello arreca certamente un pregiudizio effettivo all'imputato. Dalla giurisprudenza convenzionale non può tuttavia dedursi che la rinnovazione dell'istruttoria sia subordinata alla presenza di una prova decisiva; al contrario, come è stato visto in occasione della disamina del *case-law* europeo[422], anche a fronte di un quadro probatorio complesso, costituito da fonti di prova eterogenee, dichiarative e documentali, la Corte EDU ha ritenuto integrata la violazione dell'art. 6 della c.e.d.u: con riferimento a quello che era "in palio" per l'imputato, i giudici nazionali non avrebbero potuto assumere una decisione adeguata senza ripristinare un contatto diretto con i testimoni.

Il criterio della decisività della prova, quindi, sebbene presente nella giurisprudenza europea, diviene la condizione cui subordinare la rinnovazione

[421] P. BRONZO, *Condanna in appello,* cit., p. 7
[422] Corte EDU, 15 luglio 2003, Anarsson c. Islanda

dell'istruttoria dibattimentale solamente a partire dall'interpretazione che ne danno i giudici di legittimità. Come la dottrina ha rilevato, a ben vedere, "la ragione profonda dell'adozione nell'ordinamento interno del parametro della decisività travalica gli angusti confini della tematica in questione e le esaminate decisioni della Corte EDU". Se in ambito convenzionale la *main evidence* indica il "peso" che la singola prova ha avuto nell'economia della decisione, riflettendo "la logica *fuzzy* tipica del giudizio della Corte EDU"[423], nell'ordinamento interno la prova decisiva diviene condizione alla quale subordinare l'obbligo del giudice di rinnovare l'istruttoria dibattimentale. La rigidità con la quale tale parametro è stato interpretato dai giudici di legittimità diviene di tutta evidenza se si tiene a mente che è stata esclusa l'applicabilità dei principi convenzionali in tutti i casi in cui il compendio probatorio era costituito non solo dalla testimonianza di cui si richiedeva l'assunzione ma anche da altri elementi, di natura documentale[424]. La posizione che la Corte di cassazione assume con riferimento al requisito della decisività, oltre a non essere rispettosa dei dettami convenzionali in quanto ne restringe indebitamente a portata, produce delle conseguenze paradossali nell'ordinamento interno: il giudice di secondo grado non sarebbe tenuto a rinnovare l'istruttoria dibattimentale proprio nei procedimenti che presentano un quadro probatorio articolato e che sono caratterizzati da un grado maggiore di complessità, di fatto sconfessando i canoni convenzionali proprio in quelle situazioni in cui, avendo riguardo a ciò che è "in palio" per l'imputato, sarebbe necessario garantirne il rispetto. Infatti, nei procedimenti che coinvolgono "diversi imputati, decine di dichiaranti e prove di altro genere sarà sempre molto difficile soppesare l'importanza delle singole testimonianze"[425] e stabilire quale tra le molteplici prove abbia rivestito un ruolo determinante nell'affermazione di responsabilità dell'imputato mentre; a fronte di un quadro indiziario complesso, "la decisività di un elemento non può che derivare dalla sua concordanza con l'intero quadro probatorio"[426]. Il requisito della decisività, così come interpretato dai giudici di legittimità, "tradisce sicuramente l'idea che la valutazione delle prove sia configurabile come un'attività sostanzialmente analitica, in grado di svolgersi – per cosi dire – prova per prova"[427], ma appare discutibile che l'attività del giudice penale possa essere compiuta in termini "atomistici", dovendosi piuttosto ritenere che, a fronte di un quadro indiziario complesso, tutti gli elementi probatori concorrano a fondare l'affermazione di colpevolezza.

[423] S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU, cit.*, p. 18
[424] Cass. pen., sez. V, 5 luglio 2012, n. 38085, Luperi e altri, in CED *Cass*., 253543
[425] A. CABIALE, *Verso un appello convenzionalmente orientato,* cit., p. 52
[426] V. MARCHESE, *La reformatio in peius della sentenza di assoluzione,* cit., p. 6
[427] V. AIUTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo,* cit., p. 3972

### 3.2.3. La rivalutazione di attendibilità intrinseca del testimone

La Corte di cassazione ancora la rinnovazione della prova in appello a un secondo presupposto: "la rivalutazione della prova testimoniale da parte dei giudici di secondo grado, in termini di attendibilità"[428]. Si tratta di un criterio la cui portata si coglie nella lettura che ne propongono i giudici di legittimità, secondo i quali sussisterebbe un obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa solamente quando il giudice d'appello intenda rivalutarne l'attendibilità intrinseca, mentre non sarebbe necessaria "quando la differente valutazione derivi dalla diversa considerazione, nei due giudizi, di dati esterni alla prova medesima (cd. attendibilità estrinseca)" [429]. Come si è visto, in occasione della disamina delle sentenze della Suprema Corte, non sussisterebbe alcun obbligo di riascoltare il testimone qualora il giudice non modifichi il giudizio di attendibilità della prova dichiarativa, ma si limiti a un'"interpretazione delle dichiarazioni"[430] alla luce di un "diverso apprezzamento di altri elementi probatori"[431], "travisati"[432] o "trascurati"[433] dal giudice di primo grado.

Così come è stato rilevato per il primo presupposto, ossia quello che riguarda la decisività della prova, anche la distinzione tra attendibilità intrinseca ed estrinseca non trova alcun fondamento nelle sentenze della Corte di Strasburgo; quando i giudici europei affermano che "coloro che hanno la responsabilità di decidere sulla colpevolezza o l'innocenza degli accusati devono in linea di principio essere in grado di sentire i testimoni e di valutare la loro attendibilità in prima persona", intendono dire che solo la decisione scaturita da un rapporto diretto e immediato tra giudice e prove può essere ritenuta giusta, in quanto l'imputato ha diritto a confrontarsi con l'accusa, davanti al giudice che abbia il potere di condannarlo. "Non si vede perché questo vincolo di immediatezza debba essere interrotto quando la diversa valutazione della testimonianza non concerna la sua affidabilità e coerenza intrinseca, ma la sua convergenza con altri elementi esterni"[434].

Tale parametro, oltre a non trovare fondamento nelle *rationes decidendi* convenzionali, si espone a numerosi rilievi critici, puntualmente messi in luce dalla dottrina. In primo luogo, "va rilevato come nel criterio su descritto si registri una esplosione dell'indebita sovrapposizione tra ammissione e valutazione della prova: la tipologia di scrutinio disegnato dalla Corte di cassazione farebbe scivolare inesorabilmente il vaglio preliminare operato dal giudice di appello in un pre-giudizio di

[428] Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2013, n. 16556, Morzenti, in CED *Cass.*254623
[429] P. BRONZO, *Condanna in appello* , cit., p. 9
[430] Cass. pen., sez. V, 5 luglio 2012, n. 38085, Luperi e altri, in CED *Cass*., 253543
[431] Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2013, n. 16556, Morzenti, in CED *Cass.*254623
[432] Cass. pen., sez. IV, 18 febbraio 2014, S.A. e altri, in CED Cass., 259124
[433] Cass. pen., sez. V, 11 gennaio 2013, n. 10965, Cava e altro, in CED Cass., 255223
[434] In questo senso V. MARCHESE, *La reformatio in peius della sentenza di assoluzione,* cit., p. 7

chiara matrice valutativa"[435]. Sarebbe opportuno piuttosto invertire i due momenti: il giudice prima deciderà se disporre la rinnovazione dell'istruttoria e, sulla base degli esiti della stessa, potrà effettuare la valutazione che ha ad oggetto l'attendibilità del dichiarante. Nel nostro ordinamento, infatti, il procedimento è connotato a rigide scansioni processuali: l'ammissione della prova precede ed è subordinata a presupposti e modalità proprie, che si distinguono da quelli che connotano il successivo momento dell'acquisizione e della valutazione probatoria. In ambito convenzionale, diversamente, l'iter procedimentale non è connotato da rigide scansioni, in quanto oggetto del vaglio della Corte EDU è l'equità della procedura globalmente considerata mediante una logica antiformalistica[436]. Pertanto, l'interpretazione che i giudici di legittimità fanno delle *rationes decidendi* convenzionali non tiene conto delle peculiarità del nostro ordinamento e del vaglio preliminare che il giudice di merito è chiamato ad effettuare prima di procedere all'acquisizione e alla valutazione della prova.

In secondo luogo, con l'elaborazione del presupposto in esame, "la Corte di cassazione istituisce una partizione tra giudizio sull'attendibilità intrinseca dell'elemento di prova e interpretazione dello stesso alla luce degli altri elementi estrinseci che sconta una visione statica e atomistica della valutazione della prova, risolvendosi in una *fictio* estranea alla dinamica unitaria e complessa della conoscenza giudiziale"[437]. La strutturazione della valutazione probatoria in più sequenze autonome non trova peraltro riscontro nelle pronunce della Corte di cassazione, nelle quali si afferma che "nella valutazione della prova il giudice deve prendere in considerazione tutti e ciascuno degli elementi processualmente emersi, non in modo parcellizzato e avulso dal generale contesto probatorio, verificando se essi, ricostruiti in sé e posti vicendevolmente in rapporto, possano essere ordinati in una costruzione logica, armonica, e consonante, che consenta, attraverso una valutazione unitaria del contesto, di attingere la verità processuale, cioè la verità del caso concreto"[438]. I legami logici che

---

[435] S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU, cit.*, p. 19

[436] In questo senso S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU, cit.*, p. 15, "Il parametro convenzionale origina, infatti, tra le maglie di un giudizio in cui i piani dell'ammissione e della valutazione della prova finiscono per intersecarsi e sovrapporsi in un groviglio concettualmente inestricabile, frutto sia della scarsa sensibilità rispetto all'autonomia dei singoli momenti della sequenza probatoria, sia della posizione funzionale dei giudici di Strasburgo, che intervengono come custodi postumi dell'equità della procedura"

[437] S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU, cit.*, p. 20

[438] Cass. pen., sez. II, 24 aprile 2014, n. 32619; Cass. pen., Sez. un., 29 novembre 2012, n. 20804, Aquilina, in Giur. it., 2013, f. 6, p. 1249 e ss.: "ai fini della corretta valutazione del mezzo di prova di cui si discute, infatti, la metodologia a cui il giudice di merito deve conformarsi non può che essere quella a tre tempi indicata da Sez. un., n. 1653 del 21/10/1992, dep. 22/02/1993, Marino, Rv. 192465: a) credibilità del dichiarante, desunta dalla sua personalità, dalle sue condizioni socio-economiche e familiari, dal suo passato, dai suoi rapporti col chiamato, dalla genesi remota e prossima delle ragioni che lo hanno indotto all'accusa nei confronti del chiamato; b) attendibilità intrinseca della chiamata, in base ai criteri della precisione, della coerenza, della costanza, della spontaneità; c) verifica esterna dell'attendibilità della dichiarazione, attraverso l'esame di elementi estrinseci di riscontro alla stessa. E' il caso tuttavia di aggiungere […] che la detta sequenza non deve essere – per così dire –

percorrono il compendio probatorio mal si conciliano infatti con la riescussione della sola prova dichiarativa decisiva di cui il giudice intende rivalutare attendibilità: è evidente che, sul piano concreto, "una prova rivalutata finisce per illuminare diversamente tutte le altre prove che ad essa si connettono e - in breve - tutte le altre prove, rendendo ipoteticamente necessaria la rinnovazione dell'intera istruttoria"[439]. L'attività conoscitiva del giudice postula necessariamente il confronto tra proposizioni probatorie; è lo stesso metodo del contraddittorio a richiedere che il processo sia pervaso da un confronto reciproco: sulla base delle ricostruzioni proposte dalle parti, il giudice costruisce un reticolo di inferenze giudiziali che si nutre del rapporto tra tutte le fonti di prova.

Alla luce di queste considerazioni, il criterio elaborato dalla Corte di cassazione si rivela sia incapace di avvicinare il nostro processo di secondo grado agli *standard* richiesti in sede convenzionale, ma soprattutto mal si concilia con la dimensione dialettica che connota il processo penale. Si può concludere che "il limite dell'attendibilità intrinseca non convince e pare più che altro finalizzato a circoscrivere arbitrariamente i casi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale"[440].

### 3.2.4. Un bilancio complessivo

Allo stato attuale, si può concludere che gli sforzi interpretativi giurisprudenziali, tesi a recepire i moniti europei, si sono rivelati non adeguati a ridurre il deficit di garanzie che percorrono il giudizio di appello. La Corte di cassazione ha infatti mostrato un atteggiamento resistente nell'adattamento del nostro ordinamento ai principi convenzionali rivelando "ideologie latenti": "attenzione alle esigenze di economia processuale miste al disagio per lo scivolamento dell'appello verso una riedizione del giudizio di primo grado, nonché – a tratti – una concezione asfittica del principio di immediatezza inteso quale strumento di controllo della sola attendibilità intrinseca del dichiarante"[441].

Seguendo tale impostazione, i giudici legittimità hanno escluso che vi sia alcuna carenza strutturale della disciplina in materia di rinnovazione dell'istruttoria, la quale è assolutamente compatibile con l'art. 6 della CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo. In questo modo, tra le righe delle pronunce della Suprema Corte, affiora

---

rigorosamente rigida, nel senso cioè che il percorso valutativo dei vari passaggi non deve muoversi lungo linee separate. In particolare, la credibilità soggettiva del dichiarante e l'attendibilità del suo racconto, influenzandosi rigidamente, al pari di quanto accade per ogni prova dichiarativa, devono essere valutate unitariamente"

[439] V. AIUTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo,* cit., p. 3972

[440] A. CABIALE, *Verso un appello convenzionalmente orientato*, cit., p. 53

[441] S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU,* cit., p. 22

l'assuefazione alla natura cartolare del nostro giudizio di appello, concepito in termini di *revisio prioris instantiae.* Nella concezione tradizionale, cui i giudici di legittimità mostrato di sentirsi ancora debitori, la rinnovazione opera come istituto di carattere eccezionale, fondato sulla necessità si sopperire alle mancanze e alle incertezze del quadro probatorio formatosi in primo grado, il quale si assume ordinariamente completo.

La diastasi tra i due ordinamenti, quello interno e quello convenzionale, è tuttora evidente. Nell'ottica di Strasburgo la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale è condizione di equità del processo: ogniqualvolta il giudice di appello è investito del potere di decidere della responsabilità dell'imputato quest'ultimo ha diritto a confrontarsi con l'accusatore ripristinando un rapporto diretto tra giudice e prova, indipendentemente dall'incertezza del quadro probatorio; nell'ordinamento interno invece, attraverso un'interpretazione restrittiva dei canoni convenzionali, la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale resta un istituto di carattere eccezionale e residuale, finalizzato a colmare le lacune di un quadro probatorio incerto.

# PARTE III.

## Riflessioni conclusive

### 3.3.1. Considerazioni *de iure condito*, nel solco dell'interpretazione "convenzionalmente conforme"

Come è emerso dalla trattazione svolta nei capitoli precedenti, appare evidente che gli attuali approdi giurisprudenziali, volti ad adeguare in chiave interpretativa il diritto interno ai principi convenzionali, non siano riusciti a colmare le lacune che percorrono il nostro giudizio di appello. A differenza della Corte di cassazione, che ha adottato letture restrittive dei principi convenzionali, la dottrina si è sforzata di ricomporre in via interpretativa lo iato esistente tra i due ordinamenti. In altri termini, ci si chiede se l'attuale formulazione dell'articolo 603 c.p.p. consente l'adeguamento del nostro ordinamento allo statuto delineato dalla Corte EDU, così da poter garantire all'imputato il diritto ad avere un processo *fair,* nel rispetto della Convenzione europea. Probabilmente, gli spazi per un'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 603 c.p.p. ci sono e dipendono da una corretta esegesi del sintagma "non essere in grado di decidere allo stato degli atti" e "assolutamente necessaria", i quali condizionano la rinnovazione dell'istruttoria. La dottrina ha infatti rilevato che "le locuzioni in esame sono costruite su scelte lessicali carenti di determinatezza" per cui, "in assenza di ogni specificazione in ordine alle ipotesi al verificarsi delle quali il giudice si trova impossibilitato a decidere e quindi nell'assoluta necessità di riassumere la prova"[442], spetta all'interprete il compito di decifrarne il significato e, laddove il dato codicistico lo consenta, di offrirne una lettura conforme alle istanze sovranazionali.

In quest'ottica, la dottrina ha espresso la necessità di escludere preliminarmente ogni ricostruzione che configuri la rinnovazione probatoria come un adempimento automatico agganciato ad ipotesi tipiche e predeterminate ricavate dalla giurisprudenza di Strasburgo: l'origine casistica del diritto convenzionale richiede, infatti, particolari cautele in fase di recepimento. Tenendo conto di questo aspetto, si comprendono anche gli orientamenti restrittivi adottati dai giudici di legittimità: in sede convenzionale, infatti, "la regola che impone la nuova audizione dei dichiaranti è stata ispirata da contesti processuali che richiedevano un forte richiamo ai valori dell'equità; è quindi effettivamente opportuno che i giudici nazionali evitino di applicarla indistintamente e in ogni caso, come se fosse una disposizione codicistica"[443]. Adottando l'angolo visuale del diritto interno, è lo stesso articolo 603 c.p.p. a porre dei limiti all'interprete, in quanto le locuzioni dell'"impossibilità di decidere allo stato degli atti" e dell'"assoluta

[442] S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU,* cit., p. 31
[443] A. CABIALE, *Verso un appello convenzionalmente orientato,* cit., p. 55

necessità" presuppongono sempre un vaglio giudiziale; "in questo senso, l'interprete che si spingesse fino a spogliare il giudice d'appello di ogni onere delibativo sulla rinnovazione della prova nel caso di impugnazione della sentenza di assoluzione finirebbe inevitabilmente per sostituirsi al legislatore travalicando i limiti dell'interpretazione conforme"[444]. Se quindi è auspicabile che al giudice sia riservato un ambito di discrezionalità al fine di evitare automatismi nella rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, occorre interrogarsi sul grado di elasticità dei parametri codicistici, al fine di verificare se sono in grado di comprendere le ipotesi di rinnovazione elaborate a Strasburgo.

A questo proposito la dottrina ha prospettato la necessità di "una forzatura interpretativa in via estensiva"[445] dell'art. 603 c.p.p., in quanto i criteri previsti dal legislatore sono suscettibili di una lettura in grado di ampliare le maglie della rinnovazione istruttoria in appello: il giudice di secondo grado sarebbe allora chiamato a rinnovare ogni prova dichiarativa non solo quando la ritenga indispensabile per la decisione, ma anche quando la ritenga utile. Seguendo questa impostazione, l'impossibilità di decidere allo stato degli atti dovrebbe essere valutata non solo facendo riferimento al compendio probatorio di primo grado, ma anche considerando le ricostruzioni alternative che le parti prospettano mediante la richiesta di nuove prove in appello. Di conseguenza il parametro di riferimento del giudice nella valutazione della possibilità di decidere "non è fornito soltanto dalle risultanze 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 riforma"[446]. Il giudice di appello sarebbe quindi chiamato a rinnovare ogni prova dichiarativa che – anche alla luce delle richieste di parte – risulti utile per la decisione, potendo offrire un contributo alla sua determinazione. Al ricorrere di queste circostanze "non c'è dubbio che il giudice debba rinnovare l'istruttoria, perché la causa diventa indecidibile: stando agli atti, l'affare poteva concludersi, ma la parte ha sollevato un'obiezione epistemologicamente fondata sulla valutazione di credibilità del teste effettuata in prime cure, o anche sull'interpretazione del contenuto informativo della testimonianza; l'istruzione va allora riaperta proprio per consentire quel tentativo di falsificazione"[447]. Poiché anche l'attività che si svolge nel secondo grado di giudizio è di carattere valutativo, la dottrina ritiene che il giudice di appello, chiamato a vagliare l'ammissibilità delle prove, dovrebbe condurre il proprio percorso decisorio autonomamente rispetto alle ipotesi ricostruttive adottate in primo grado; "non rimane, quindi, che svincolare le scelte sulla rinnovazione istruttoria dal peso attribuito alle

[444] S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU,* cit., p. 31
[445] D. CHINNICI, *Verso un "giusto processo" di appello: se non ora, quando?,* cit., p. 15
[446] A. MAZZARRA, *La rinnovazione del dibattimento in appello*, cit., p. 96
[447] V. AIUTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo, cit.*, p. 3979

prove dal primo giudice, ipotizzando un il vaglio giudiziale che si relazioni direttamente con gli atti probatori"[448].

Con riferimento ai criteri che dovrebbero guidare il giudice di appello, nel momento di valutazione dell'ammissibilità della prova, si rinvengono tra gli interpreti posizioni diversificate. Secondo una parte della dottrina il giudice di secondo grado, nell'effettuare il vaglio di ammissibilità, dovrebbe escludere le prove manifestamente superflue o irrilevanti, essendo vincolato ai parametri di previsti dall'art. 190 c.p.p. Di conseguenza "la giurisprudenza non potrebbe considerare superflua o irrilevante la richiesta di una prova dichiarativa solo perché la relativa fonte sia già stata escussa in primo grado: la dialettica orale impone di ammettere la prova, se richiesta, purché la riescussione punti a illuminare lati oscuri o non lumeggiati in primo grado"[449]; nel caso in cui, invece, il giudice decidesse di non ammettere l'attività istruttoria richiesta "dovrebbe motivare in modo esplicito e analitico la scelta omissiva, riguardo a ogni mezzo di prova non ammesso, seguendo le linee di cui all'art. 190 c.p.p., ossia escludendo solo le prove vietate dalla legge, manifestamente superflue o irrilevanti, fermo restando che chiedere di riescutere una fonte già escussa non è di per sé superfluo né irrilevante, dovendo guardare ai fatti e alla circostanze su cui si chieda la prova"[450].

Secondo una diversa posizione dottrinale, invece, quello operato ai sensi dell'art. 603, comma primo e terzo, c.p.p. sarebbe un controllo strutturalmente diverso rispetto a quello previsto in sede di ammissione della prova in primo grado (art. 190 c.p.p.) o anche in secondo grado di fronte a prove sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado (art. 603, comma 2, c.p.p. che, rimandando all'art. 495, comma 1, c.p.p., richiama l'art. 190 c.p.p.); "nell'ipotesi interpretativa qui proposta, il vaglio in negativo di non manifesta superfluità e irrilevanza in cui si sostanzia il diritto alla prova (art. 190 c.p.p.) andrebbe rovesciato in un giudizio positivo di rilevanza che può e deve giovarsi dell'esito dell'esperimento probatorio condotto in primo grado". In altri termini, se all'esito del procedimento di acquisizione in primo grado, la prova ha mostrato una connessione con uno dei *facta probanda* ex. art. 187 c.p.p. sarebbe da rinnovare; al contrario, "l'esito negativo dell'escussione in primo grado graverebbe la prova di una presunzione di irrilevanza in sede di rinnovazione, superabile solo in forza di una sua diversa collocazione in una alternativa ricostruzione dei fatti che è onere della parte istante argomentare nel dettaglio"[451].

Il tentativo effettuato dalla dottrina di percorrere la via dell'interpretazione estensiva dell'attuale disciplina codicistica consente l'accoglimento dello statuto convenzionale in tema di *fair trial* in appello senza stravolgere il dato normativo: la

[448] S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU, cit.*, p. 33
[449] D. CHINNICI, *Verso un "giusto processo" di appello: se non ora, quando?, cit.,* p. 15
[450] D. CHINNICI, *Verso un "giusto processo" di appello: se non ora, quando?,* cit., p. 17
[451] S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU,* cit., p. 34

rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale troverebbe ampio spazio nel giudizio di appello consentendo alle parti di esercitare il diritto alla prova davanti al giudice chiamato a decidere della colpevolezza dell'imputato, avvicinando il giudizio di appello ai canoni epistemologici del modello accusatorio. Tale impostazione, infatti, oltre ad allineare il nostro ordinamento con le istanze provenienti da Strasburgo, risulta compatibile con il nostro sistema processuale, in particolare con i principi contenuti nell'art. 111 della Costituzione. Sebbene infatti il principio di immediatezza, che informa le pronunce della Corte EDU, non sia stato espressamente inserito nel testo costituzionale, esso è enunciato nella legge delega tra i connotati del sistema accusatorio, che dovrebbero trovare attuazione nel processo penale. Inoltre, come osservato dai giudici della Consulta[452], il diritto all'assunzione della prova davanti al giudice chiamato a decidere nel merito trova un riferimento costituzionale nell'art. 111, comma 3, Cost. e la rinnovazione dell'istruttoria, autonoma da ipoteche fondate sulla completezza del quadro probatorio, trova la sua ragion d'essere nell'opportunità di stabilire un rapporto diretto tra giudice e prova dichiarativa, affinché anche in appello ci si avvalga del metodo dialettico dell'esame e del controesame. In definitiva, il diritto all'assunzione della prova davanti al giudice chiamato a decidere nel merito rappresenta "uno degli aspetti essenziali del modello processuale accusatorio, espresso dal vigente codice di procedura penale"[453].

Gli attuali approdi della dottrina suggeriscono che la strada dell'interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata dell'art. 603 c.p.p. è percorribile; "ciò non significa – si badi bene – che sul piano dell'opportunità (e quindi delle scelte di politica del diritto) l'estensione all'appello dell'operatività del principio di immediatezza sia prospettiva auspicabile, ma semplicemente che la stessa non è in radice incompatibile con l'attuale sistema processuale"[454]. In sostanza, il principio del contradditorio nel momento di formazione della prova, configurato nell'art. 111 della

[452] C. Cost., 7 giugno 2010, (ord.) n. 205

[453] C. Cost., 7 giugno 2010, (ord.) n. 205, , in cui si afferma, da un lato, che «il diritto all'assunzione della prova davanti al giudice chiamato a decidere […] si raccorda, almeno per quanto attiene all'imputato, anche alla garanzia prevista dall'art. 111, terzo comma, Cost., nella parte in cui riconosce alla persona accusata di un reato […] la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico e di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa»; dall'altro che "la ratio giustificatrice della rinnovazione della prova non si richiama, dunque, ad una presunta incompletezza o inadeguatezza della originaria escussione, ma si fonda sulla opportunità di mantenere un diverso e diretto rapporto tra giudice e prova, particolarmente quella dichiarativa, non garantito dalla semplice lettura dei verbali: vale a dire la diretta percezione, da parte del giudice deliberante, della prova stessa nel momento della sua formazione, così da poterne cogliere tutti i connotati espressivi, anche quelli di carattere non verbale, particolarmente prodotti dal metodo dialettico dell'esame e del controesame; connotati che possono rivelarsi utili nel giudizio di attendibilità del risultato probatorio, così da poterne poi dare compiutamente conto nella motivazione ai sensi di quanto previsto dall'art. 546 comma 1, lettera e), cod. proc. pen"

[454] S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU, cit.,* p. 36

Costituzione come garanzia oggettiva, condizione di regolarità del processo, rimane anche in appello il metodo più attendibile per la formazione della verità processuale; tuttavia tale assetto, pur compatibile con la disciplina vigente, non è privo di criticità. Il rischio che si prospetta è di "un allargamento delle maglie del parametro di rilevanza, tale da spingere il secondo grado nell'orbita di un integrale nuovo giudizio, con implicazioni non insignificanti sul terreno sistematico e della durata dei processi"[455]. In effetti, la ripetizione quasi integrale della rinnovazione probatoria consentirebbe di riallineare il processo di appello con il *quid* costitutivo del giusto processo, permettendo altresì all'imputato di esercitare il diritto di difendersi davanti al giudice chiamato a decidere per ultimo sulla sua colpevolezza; tuttavia è proprio la fiducia riposta nel metodo che mal si concilia con la ripetizione dell'escussione del testimone: "in questo senso, va rilevato come il livello di attendibilità del contraddittorio orale davanti al giudice decidente sia inevitabilmente destinato a degradare con la ripetizione dell'atto, che – all'evidenza – sconta il venir meno di quelle componenti di genuinità legate alla logica della sorpresa e del primo contatto", senza contare che "ad ogni replica di un incombente si accompagna un costo processuale in termini di durata"[456].

Alla luce di queste considerazioni, più voci dottrinali si sono levate a favore di un intervento legislativo in materia[457]; dopo la riforma costituzionale sul giusto processo e i moniti provenienti da Strasburgo i tempi appaiono "maturi" per intraprendere una riflessione più ampia sulle impugnazioni e in particolare sulla struttura dell'appello: "vista l'ambigua laconicità della disciplina di cui all'art. 603 c.p.p. e il non allineamento dell'interpretazione estensiva del giudice nazionale a quello di Strasburgo, è sin troppo chiaro che l'intervento dei *conditores* ha da essere "ora", essendosi oltrepassato, al di là di ogni ragionevole limite, il tempo del 'non ancora'[458].

---

[455] S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU,* cit., p. 35

[456] S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU, cit.*, p. 54; in questo senso anche V. MARCHESE, *La reformatio in peius della sentenza di assoluzione*, cit., secondo la quale la celebrazione di un nuovo giudizio in appello nel rispetto del principio del contraddittorio e di oralità-immediatezza "comporterebbe notevoli conseguenze negative, quali ad esempio un eccessivo allungamento dei tempi del processo ed un inutile appesantimento della giustizia, con inevitabili ricadute in termini di efficienza del sistema processuale"

[457] S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU, cit.*, p. 55, secondo il quale non sarebbe auspicabile un ripensamento che abbia ad oggetto esclusivamente la disciplina contenuta nell'art. 603 c.p.p., ma auspica l'intervento del legislatore sulla struttura dell'appello, che potrebbe essere configurato "come in giudizio esclusivamente rescindente, cui seguirebbe una ulteriore fase rescissoria: in caso di accoglimento dell'impugnazione, all'attuale epilogo di riforma della sentenza si sostituirebbe l'annullamento". Aderiscono a questa impostazione: NAPPI, *Adeguamenti necessari, in Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, p. 151-159; tra gli altri, ILLUMINATI, *Appello e processo accusatorio*, in *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, p. 115; F. PERONI, *Giusto processo e doppio grado di giurisdizione nel merito, cit.*

[458] D. CHINNICI, *Verso un "giusto processo" di appello: se non ora, quando?,* cit., p. 17

### 3.3.2. Prospettive *de iure condendo*: un recente disegno di legge

Il legislatore, da più parti sollecitato dalla dottrina, sembra muoversi nella direzione di un ripensamento della disciplina dell'appello, finalizzato ad eliminare le criticità esistenti e ad adeguare il nostro ordinamento ai moniti provenienti da Strasburgo. Il 23 dicembre 2014 è stato, infatti, presentato il d.d.l. governativo C N. 2798 recante "Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi e per un maggiore contrasto del fenomeno corruttivo, oltre che all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena", il quale è stato assegnato il 13 gennaio 2015 alla Commissione giustizia della Camera.

Le modifiche introdotte dal disegno di legge rispondono all'esigenza di "recuperare il processo penale ad una durata ragionevole che, oltre ad essere oggetto di un diritto delle parti – peraltro anche di natura convenzionale -, è condizione essenziale, di tipo oggettivo, perché possa dirsi attuato il giusto processo"[459]. Tale esigenza, che ispira la modifica della disciplina sia sostanziale che processuale, incontra un limite invalicabile nell'esigenza di "rafforzamento delle garanzie dei diritti, specialmente dell'imputato"[460]. Con particolare riferimento alla materia delle impugnazioni, trattata nel Capo III (art. da 17 a 21) del Titolo II, il legislatore si muove sotto l'insegna della semplificazione, avvalendosi del lavoro svolto dalla Commissione Canzio[461] che, a sua volta riprendeva alcuni profili elaborati dalla precedente Commissione Riccio[462]. Rispetto alle modifiche al libro IX del codice di procedura penale, la dottrina ha "da subito apprezzata la scelta di fondo, cioè quella di intervenire in modo globale sulla tematica delle impugnazioni, finora oggetto viceversa di interventi o di proposte settoriali sui singoli mezzi impugnativi – l'appello o il ricorso per cassazione – a seconda della necessità contingente, esponendo il sistema a onde sismiche di frammentazione"[463].

Volendo rivolgere uno sguardo privilegiato all'appello, oggetto di trattazione nel presente contributo, il d.d.l. governativo ne modifica la fisionomia, accogliendo alcune sollecitazioni provenienti dalla dottrina[464].

---

[459] Relazione al d.d.l. C N. 2987
[460] Relazione al d.d.l. C N. 2987
[461] La Commissione ministeriale di studio sulle possibili riforme del codice di procedura penale, presieduta dal Dott. Canzio è stata istituita con decreto del Ministro della giustizia del 30 giugno 2013
[462] La Commissione Riccio è stata istituita con decreto del Ministro della giustizia del 26 luglio 2006
[463] M. BARGIS, *Primi rilievi sulle proposte di modifica in materia di impugnazioni nel recente d.d.l. governativo*, in *www.penalecontemporaneo.it*
[464] H. BELLUTA, *Prospettive di riforma dell'appello penale: tra modifiche strutturali e microchirurgia normativa*, in M. BARGIS- H. BELLUTA, *Impugnazioni penali : assestamenti di sistema e* prospettiva di riforma, Torino, 2013, secondo il quale l'appello prospetta il rischio di "un duplicato di giudizio": "nonostante l'odierno appello sia configurato più in chiave di controllo della prima pronuncia che non di

In primo luogo, il giudizio di secondo grado viene trasformato in uno strumento direttamente vincolato ai motivi tassativamente indicati dalla legge, questo per ovviare a un problema frequente nella prassi, ossia che "la sentenza pronunciata all'esito di un dibattimento dominato dal contraddittorio e dall'oralità è riformata da un'altra che, invece, segue ad un contatto quasi esclusivamente cartolare del giudice con la prova"[465]. In particolare, con l'art. 599-bis, si prevede il ripristino del concordato sui motivi d'appello[466]; tuttavia l'istituto annovera due profili di novità, tenendo così in considerazione le ragioni che ne avevano portato l'abrogazione ad opera del d.l. 92 del 2008, convertito dalla legge 125 del 2008.

In primo luogo l'istituto non si applica ai procedimenti per alcuni gravi delitti elencati dal legislatore[467] e in quelli contro coloro che sono stati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza. Facendo di fatto coincidere tali esclusioni con quelle previste per il patteggiamento (ad eccezione dei recidivi ex. art. 99 comma 4 c.p.), il legislatore si propone di ovviare a una delle ragioni che avevano giustificato l'abrogazione dell'istituto: il concordato sui motivi aveva fortemente ridimensionato l'interesse a ricorrere al rito alternativo del patteggiamento, in quanto gli imputati sapevano che avrebbero potuto comunque beneficiare di una riduzione della sanzione in appello. La dottrina ha tuttavia espresso riserve sul punto ritenendo che sebbene "la reviviscenza dell'istituto mira a recuperarne l'efficacia deflattiva", "non si può negare, però, che l'estensione delle suddette esclusioni finisca con l'apparentare due istituti strutturalmente e funzionalmente diversi e che l'intendimento, più o meno velato, sia quello di rispondere alla critica secondo cui il concordato sui motivi avrebbe fortemente

---

nuovo giudizio, spetta alle richieste dell'appellante il delicato compito di ritagliare la cognizione del giudice di appello, potendo renderne i confini elastici al punto di spaziare dal gravame all'azione di annullamento: sembra cosi che concreta materia di ripensamento possa divenire l'effetto (parzialmente) devolutivo dell'impugnazione. Appare non distonico, rispetto ad un grado destinato al controllo della decisione già assunta, l'inserimento dei *petita* specifici", in questo modo "si concentrerebbe il vaglio giudiziale non sui punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti, bensì sui motivi addotti dall'appellante"; nello stesso senso F. PERONI, *Giusto processo e doppio grado di giurisdizione nel merito,* in Rivista di diritto processuale, n. 3 del 2011

[465] Relazione al d.d.l. C N. 2987

[466] *L'art. 599-bis rubricato "concordato anche con rinuncia dei motivi di appello", riproporrebbe il testo previgente: "La Corte provvede in camera di consiglio anche quando le parti, nelle forme previste dall'art. 589, ne fanno richiesta dichiarando di concordare sull'accoglimento, in tutto o in parte, dei motivi di appello, con rinuncia agli altri eventuali motivi. Se i motivi dei quali viene chiesto l'accoglimento comportano una nuova determinazione della pena, il pubblico ministero, l'imputato e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria indicano al giudice anche la pena sulla quale sono d'accordo"*

[467] *Art. 599-bis comma secondo: "Sono esclusi dall'applicazione del comma 1 del presente articolo i procedimenti per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, del presente codice, i procedimenti per i delitti di cui agli articoli 600-bis, 600-ter, primo, secondo, terzo e quinto comma, 600-quater, secondo comma, 600-quater.1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-quinquies, 609-bis, 609-ter, 609-quater e 609-ocities del codice penale, nonché quelli contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionale e per tendenza"*

ridimensionato l'interesse ad avvalersi del patteggiamento ai sensi dell'art. 444 c.p.p., provocando effetti negativi sulla deflazione in primo grado"[468].

La seconda novità introdotta dal d.d.l. governativo è diretta ad arginare la critica per cui il "concordato sui motivi" portava ad un abbattimento anche considerevole della pena irrogata nel precedente grado di giudizio, dovuto alle diverse prassi degli uffici giudiziari, alcuni dei quali più inclini a riduzioni di pena in sede di gravame. Per ovviare a tale critica, anch'essa addotta in sede di abrogazione dell'istituto, l'art. 599-bis incarica il Procuratore generale presso la Corte di appello di prevedere delle linee guida in grado di orientare la valutazione dei magistrati nell'udienza[469]; tuttavia "la previsione ha un sapore compromissorio: infatti, se il pubblico ministero in udienza non seguisse i criteri, non essendo prevista alcuna responsabilità disciplinare, le prassi lassiste potrebbero ripresentarsi"[470]. Per arginare il pericolo di un'applicazione non omogenea dell'istituto, che si tradurrebbe in trattamenti sanzionatori diversificati nelle Procure della repubblica, una parte della dottrina auspica la definizione a livello legislativo dei limiti massimi nella riduzione di pena praticabile grazie al concordato sui motivi[471]. Altri hanno invece sollevato riserve nei confronti del potere che l'art. 599-bis attribuirebbe al Procuratore della repubblica, prospettando il rischio di una "limitazione della discrezionalità del magistrato, soggetta al controllo del giudice", la quale, se liberamente esercitata, potrebbe consentire "una più adeguata valutazione del caso concreto e dunque, la possibilità di operare scelte orientate solo a criteri di giustizia in concreto"[472], considerando quindi trascurabile il rischio di un'applicazione pratica diversificata nel momento sanzionatorio.

La reintroduzione dell'istituto, di cui è stata sottolineata "la reale portata di concordato sui motivi più che di applicazione concordata della pena", è stata complessivamente salutata con favore "per la sua doppia funzione di economicità processuale: da una parte, infatti, si ridimensiona l'ambito cognitivo e decisorio del giudice di appello; dall'altra, si ridimensiona pure l'eventuale ricorso per cassazione"[473]. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, giova ricordare che durante la vigenza dell'art. 599, comma quattro, c.p.p. si era affermato un indirizzo, avvallato dalle Sezioni Unite, in base al quale era preclusa la deduzione in Cassazione dei motivi oggetto di rinuncia ( a meno che si trattasse di questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del

---

[468] M. BARGIS, *Primi rilievi, cit., n*el senso della incomparabilità dei due istituti anche M. BARGIS, *Impugnazioni*, cit., p. 966

[469] Art. 599-bis, comma 4: *"Fermo restando quanto previsto dal comma 1 dell'art. 53, il procuratore generale presso la corte di appello, sentiti i magistrati dell'ufficio e i procuratori della Repubblica del distretto, indica i criteri idonei a orientare la valutazione dei magistrati del pubblico ministero nell'udienza, tenuto conto della tipologia dei reati e della complessità dei procedimenti"*

[470] M. BARGIS, *Primi rilievi, cit., p. 5*

[471] In questo senso M. BARGIS, *Primi rilievi, cit.*, p. 9

[472] Brevi note esplicative relative ai proposti emendamenti, in *www.camerepenali.it*

[473] M. BARGIS, *Primi rilievi, cit., p. 9*

processo, ex. art. 609, comma secondo); un orientamento di indubbia consistenza sosteneva inoltre che la rinuncia ai motivi, una volta ratificata dal giudice di appello, consolidava gli effetti della preclusione processuale sulle questioni rinunciate anche se rilevabili d'ufficio, producendo così un effetto irreversibile sulla cognizione del giudice di legittimità.

Nelle intenzioni del legislatore la reintroduzione del "concordato sui motivi" è finalizzata a rendere l'appello "maggiormente conformato quale giudizio di controllo, capace di cogliere il vizio che abbia ad invalidare la sentenza di primo grado e di rimediare immediatamente, mediante calibrata rinnovazione istruttoria nei termini oggetto del motivo specificamente articolato"[474]. A questo proposito la direttiva di cui alla lettera h) specifica che il legislatore delegato dovrà "prevedere la proponibilità dell'appello solo per uno o più motivi tassativamente previsti, con onere di indicazione specifica, a pena di inammissibilità, delle eventuali prove da assumere in rinnovazione". Certamente sarà difficile trovare un accordo sui motivi tassativi; tuttavia alcune indicazioni si rinvengono nella Relazione di accompagnamento nella quale si osserva che "fermi restando i tradizionali motivi legati a violazioni di legge", il giudice di appello "dovrà conoscere degli asseriti vizi legati a difetti probatori, anche soltanto per omessa valutazione di prove regolarmente acquisite, che siano tali da poter determinare la riforma della sentenza"[475]. In ogni caso, sono evidenti gli effetti limitativi sulla cognizione del giudice di appello, diretti a scongiurare il rischio di un secondo giudizio *omnibus*, in cui il principio della devoluzione parziale è sostanzialmente vanificato.

Un secondo intervento è costituito dall'inserimento di un nuovo comma nell'art. 603 c.p.p., il quale "mira ad armonizzare il ribaltamento della sentenza assolutoria in appello con le garanzie del giusto processo, secondo l'interpretazione ancora di recente offerta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, circa la doverosità, in questo caso, di riapertura dell'istruttoria orale"[476]. Il nuovo comma 4-bis prevede che "nel *caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alle valutazioni di attendibilità della prova dichiarativa, il giudice, quando non ritiene manifestamente infondata l'impugnazione, dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale"*. Con riferimento alla modifica della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, la dottrina ha rilevato che "la versione risultante dal d.d.l. da una parte circoscrive i motivi di appello del pubblico ministero contro la sentenza di proscioglimento a quelli attinenti alle valutazioni di attendibilità della prova dichiarativa e, dall'altra, introduce – limitatamente a questo solo caso – una valutazione di inammissibilità per manifesta infondatezza, che da un lato è in grado di azzerare il pur

[474] Relazione al d.d.l. C N. 2987
[475] Relazione al d.d.l. C N. 2987
[476] Relazione al d.d.l. C N. 2798

affermato carattere doveroso della rinnovazione e, dall'altro, sconfina in un giudizio di merito anticipato, che non deve trovare cittadinanza nel vaglio sull'inammissibilità"[477]. Con la riforma il legislatore non ha peraltro inteso modificare il regime dell'appellabilità della sentenza di proscioglimento da parte del pubblico ministero ma ha lasciato inalterato il *dictum* della Corte costituzionale; d'altra parte, nelle intenzioni del riformatore, il pericolo che si addivenga a una sentenza di condanna per la prima volta in appello è arginato dalla previsione del comma 4-bis.

Una particolare caratteristica del provvedimento in esame è la sua "natura mista" in quanto "in esso convivono modifiche immediatamente operanti sul tessuto normativo e direttive di delega"[478]. L'art. 25 del d.d.l. detta sei direttive che concernono l'appello:
"e) *prevedere che il procuratore presso la corte di appello possa appellare soltanto nei casi di avocazione e di acquiescenza del pubblico ministero presso il giudice di primo grado;*
*f) prevedere la legittimazione del pubblico ministero ad appellare avverso la sentenza di condanna solo quando abbia modificato il titolo del reato o abbia escluso la sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale o che stabilisca una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato;*
*g) prevedere la legittimazione dell'imputato ad appellare avverso le sentenze di proscioglimento emesse al termine del dibattimento, salvo che siano pronunciate con le formule "il fatto non sussiste"; "l'imputato non ha commesso il fatto"; "il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima";*
*h) prevedere la proponibilità dell'appello solo per uno o più dei motivi tassativamente previsti, con onere di indicazione specifica, a pena di inammissibilità, delle eventuali prove da assumere in rinnovazione;*
*i) prevedere la titolarità dell'appello incidentale in capo all'imputato e limiti di proponibilità;*
*l) prevedere che l'inammissibilità dell'appello sia dichiarata in camera di consiglio con l'intervento del pubblico ministero e dei difensori"*

[477] M. BARGIS, *Primi rilievi, cit., p. 10*
[478] M. BARGIS, *Primi rilievi, cit., p. 5*

# BIBLIOGRAFIA


A. BALSAMO E R. KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008

A. BARGI, *I nuovi ambiti oggettivi delle impugnazioni*, in A. GAITO, *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge pecorella"*, Torino, 2006

A. BARGI, *Il ricorso per cassazione dopo la legge di riforma n. 46 del 2006 ( cd. Legge Pecorella*), in *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte Costituzionale e Sezioni Unite*, a cura di L. FILIPPI, Padova, 2007

A. BARGI, *La rinnovazione istruttoria in appello tra potere discrezionale del giudice e diritto alla prova*, in *Diritto penale e processo,* 2014, n. 1

A. BENVOLUTI, *La disciplina ex art. 603 c.p.p. e le prospettive della Corte Europea Diritti Umani*, in *www.overlex.com*

A. CABIALE, *Verso un appello convenzionalmente orientato : necessità di un nuovo esame testimoniale per condannare in seconde cure*, *Speciale CEDU e ordinamento italiano*, in *Diritto penale e processo*, 2014, n. 1

A. CIGNACCO, *Condanna in appello e giusto processo tra indicazioni europee e incertezze italiane*, in *Diritto penale e processo*, 2014, n. 5

A. DE CARO, *Filosofia della riforma e doppio grado di giurisdizione di merito*, in A. GAITO, *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge pecorella"*, Torino, 2006

A. DE FRANCESCO, *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova nella Costituzione italiana. Analisi della giurisprudenza della Corte Costituzionale in tema di prova penale*, Milano, 2005

A. DI CHIARA, *L'inquisizione come "eterno ritorno" : tecnica delle contestazioni ed usi dibattimentali delle indagini a seguito della sentenza n. 255/1992 della Corte costituzionale*, in *Foro Italiano*., 1992

A. FIASCHI, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello per riformare la condanna di primo grado*, in *Diritto penale e processo,* 2015, n. 7

A. GAITO, *Impugnazioni e altri controlli: verso una decisione giusta*, in *Le impugnazioni penali*, Trattato diretto da A. GAITO, Torino, 1998

A. GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio di appello. L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il pm impugna l'assoluzione*, in *Archivio penale*, 2012, n. 2

A. MARANDOLA, *Introduzione*, in *Diritto penale e processo. Speciale CEDU e ordinamento italiano*, 2014 n.1

A. MAZZARRA, *La rinnovazione del dibattimento in appello*, Padova, 1995

A. NAPPI, *La riforma delle impugnazioni:habent sua sidera legis*, in *Cassazione penale*, 2004

A. ROCCO, *Relazione al progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale*, Roma, 1929

A. RUGGERI, *Conferme e novità in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009),* in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009

A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in *Diritto penale contemporaneo*

A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel procedimento connesso, in* Trattato di procedura penale, diretto da G UBERTIS - G. P. VOENA, Milano, 2000

AA. VV., *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006,* a cura di M. BARGIS E F. CAPRIOLI, Torino, 2007

AA. VV., *La prova nel giudizio di appello*, Torino, 2014

AA. VV., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale tra Corte costituzionale italiana, Tribunale costituzionale spagnolo e Tribunale costituzionale portoghese, Santiago de Compostela, 16-18 ottobre 2014

*AA.VV., Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, a cura di P. TONINI , Padova, 2001

AAVV, *Limitazioni probatorie nell'appello da giudizio abbreviato*, in *Archivio penale*, 2014

C. CONTI, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento:variazioni in tema di diritto alla prova*, in *Diritto penale e processo*, 2003

C. FIORIO, *L'appello*, in *Le impugnazioni penali*, Trattato diretto da A. GAITO, Torino, 1998

C. FIORIO, *Profili sovranazionali e costituzionali della facoltà d'impugnare*, in A. GAITO, *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge pecorella"*, Torino, 2006

C. MASSA, *Il principio di immediatezza processuale*, in *Studi in onore di B. Petrocelli*, vol. II, Milano, 1972

C. MEOLI, *Il trattamento giurisdizionale della CEDU e delle norme con essa confliggenti: il recente contributo della giurisprudenza costituzionale italiana,* in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa* (www.europeanrights.eu), 2008

C. SCACCIANOCE, *Ancora in tema di rinnovazione della prova orale in appello*, in *Archivio penale* 2014, n. 3

C. SCACCIANOCE, *Una ventata di legalità probatoria*, in *Archivio penale*, 2013, n. 3

D. CHINNICI, *Contraddittorio, immediatezza e parità delle parti nel giudizio di appello. Estenuazioni interne e affermazioni europee*, in *Processo penale e giustizia*, 2015, n. 3

D. CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Torino, 2009

D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005

D. CHINNICI, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di appello*, in *Cassazione penale*, 2012, n. 9

D. CHINNICI, *Verso un "giusto processo" di appello: se non ora, quando?,* in *Archivio penale*, 2012, n. 3

D. NEGRI, *Il diritto a un giusto processo di appello alla luce della CEDU*, Convegno organizzato da Unione delle camere penali (http://www.radioradicale.it/scheda/427323/quale-futuro-per-il-processo-dappello)

D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte. Cost. n. 49/2015*, in *Diritto penale contemporaneo*

D. VICOLI, *Irragionevoli i limiti all'appello del pubblico ministero, ma labili i confini tra norma illegittima e norma inopportuna*, in Giurisprudenza italiana, 2008,

E. AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Milano, 1977

L. IANDOLO, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio abbreviato d'appello*, in AA. VV., *La prova nel giudizio di appello*, Torino, 2014

E. AMODIO, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *archivio.rivistaaic.it*

E. MOTTESE, *Tutela multilivello dei diritti fondamentali e teoria dei contro limiti. Il sistema europeo di protezione dei diritti umani nei rapporti tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo : una integrazione 'limitata',* in *www.lex.unict.it,*

F. DONATI, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte Costituzionale del 24 ottobre 2007*", in *Osservatorio sulle fonti*

F. M. IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione. la Corte europea dei diritti dell'uomo,* in *Cassazione penale*, 2011

F. NUZZO, *L'appello nel processo penale*, Milano, 2008

F. PERONI, *Giusto processo e doppio grado di giurisdizione nel merito,* in *Rivista di diritto processuale*, 2011, n. 3

F. PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio di appello*, Padova, 1995

F. R. DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Padova, 2012

F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte Costituzionale italiana e corte di Strasburgo tra "guerra" e "dialogo",* in *Diritto penale contemporaneo*

F. VIGANÒ, *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Diritto penale contemporaneo*

F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, in *Diritto penale contemporaneo*

F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite rimettono alla Corte costituzionale l'adeguamento del nostro ordinamento ai principi sanciti dalla Corte EDU nella sentenza Scoppola,* in *Diritto penale contemporaneo*

F.M. IACOVIELLO, *Prova ed accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla Corte Costituzionale*, in *Cassazione penale*, 1992

G. BORRACCI, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di appello tra revisio prioris instantiae e novum iudicium*, in *Cassazione penale*, 2011, n. 6

G. CIANI, *Il doppio grado di giudizio : ambito e limiti*, in *Cassazione penale*, 2007

G. CONSO – ILLUMINATI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2015

G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2012

G. GIOSTRA, *voce Contraddittorio (principio del) : II) Diritto processuale penale*, in *Encicolpedia Giuridica*, VIII, Roma, 2001, pag. 5 ss

G. GRASSO E F. GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno della sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *Diritto penale contemporaneo*

G. ILLUMINATI, voce *Accusatorio e inquisitorio (sistema*), in Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. I, 1998

G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in AA.VV, *Compendio di procedura penale*, a cura di G. CONSO - V. GREVI, Padova, 2012

G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2014

G. M. BACCARI, *I commenti alla legge 63 del 2001*, in AA.VV., *Giusto processo*, Padova, 2001

G. NEPPI MODONA, *Processo accusatorio e tradizioni giuridiche continentali*, in *Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero*, a cura di CHIAVARIO, Milano, 1991

G. PECORELLA, Note a margine della sentenza 26/2007 della Corte Costituzionale, in *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte Costituzionale e Sezioni Unite*, a cura di in L. FILIPPI , Padova, 2007

G. RAIMONDI, *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea del diritti dell'uomo,* Napoli, *Editoriale Scientifica*, 2008

G. SACCONE, *Il processo penale tra esigenze di difesa sociale e garanzie della persona*, in *Sullo sviluppo delle discipline penalistiche dei Balcani*, 2012

G. SPANGHER, *L'appello istruttorio nel processo penale,* Milano, 1982

G. SPANGHER, *La rinnovazione istruttoria*, in *Trattato di procedura penale*, vol V, Torino, 2009

G. SPANGHER, *Legge Pecorella : il ritorno al passato*, in *La giustizia penale*, 2008

G. SPANGHER, *Per una ridefinizione dei poteri del giudice penale d'appello*, in *Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni*, a cura di S. MANNUZZU – R. SESTINI , Roma, 1992

G. SPANGHER, *Storia di un istituto negletto: le alterne sorti del "patteggiamento in appello",* in *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, a cura di S. LORUSSO, Padova, 2008

G. SPANGHER, *Tra resistenze applicative e resistenze restauratrici*, in A. GAITO, *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge pecorella"*, Torino, 2006

G. SPANGHER, *Voce Appello*, Encicolopedia Giuridica Treccani, in www.treccani.it

G. UBERTIS, *Argomenti di procedura penale*, Milano, 2011, vol. III

G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979

G. UBERTIS, *I diritti umani e il mito del giudicato*, in *Diritto penale contemporaneo*

G. UBERTIS, *La "rivoluzione d'ottobre" della Corte Costituzionale e alcune discutibili reazioni*, in *Cassazione penale*, 2012, n. 1

G. UBERTIS, *La revisione successiva alle condanne della Corte di Strasburgo,* in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2011

G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, Milano, 2000

H. BELLUTA, *L'appello: patologie croniche e acute*, in M. BARGIS- H. BELLUTA, *Impugnazioni penali : assestamenti di sistema e prospettiva di riforma*, Torino, 2013

H. BELLUTA, *Prospettive di riforma dell'appello penale: tra modifiche strutturali e microchirurgia normativa*, in M. BARGIS- H. BELLUTA, *Impugnazioni penali : assestamenti di sistema e prospettiva di riforma*, Torino, 2013

I. PARDO, *Il processo penale d'appello,* Milano, 2012

I. PARDO, *Nota critica sulla giurisprudenza della Corte europea e della Cassazione in tema di appello su decisione assolutoria*, in *www.diritto.it*

I. REDARELLI, *La condanna in appello dell'imputato assolto, fra antinomie di sistema, principi europei ed interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Archivio penale*, 2014, n. 3

L. FILIPPI, *La Corte costituzionale disegna un processo accusatorio all'italiana*, in *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte Costituzionale e Sezioni Unite*, a cura di L. FILIPPI, Padova, 2007

L. IANDOLO, *La funzione dell'istruttoria dibattimentale in appello e la compatibilità con il rito abbreviato*, in *www.annalidipartimentojonico.org*, Annali 2014, anno II

L. MORTARA, *Commentario al codice delle leggi di procedura civile*, vol. II, Vallardi, 1916

L. PARLATO, *Ribaltamento della sentenza in appello: occorre rinnovare la prova anche per la riforma di una condanna?*, in *Archivio penale*, 2015, n. 1

M . MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense*, Torino, 2014

M. BARGIS E H. BELLUTA, *Prospettive di un diverso assetto delle impugnazioni*, in M. BARGIS- H. BELLUTA, *Impugnazioni penali : assestamenti di sistema e prospettiva di riforma*, Torino, 2013

M. BARGIS, *Impugnazioni*, in AA.VV, *Compendio di procedura penale*, a cura di G.CONSO – V. GREVI, Padova, 2012

M. BARGIS, *Primi rilievi sulle proposte di modifica in materia di impugnazioni nel recente d.d.l. governativo*, in *www.penalecontemporaneo,it*

M. BIGNAMI, *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni Unite concludono la vicenda Scoppola- Ercolano*, in *Diritto penale contemporaneo*

M. BIRAL, *L'overall examination: nuove frontiere sul diritto a confrontarsi con i testimoni*, in *Archivio penale*, 2013, n. 1

M. CAIANELLO, *L'adeguamento italiano alle sollecitazioni europee in materia penale. Brevi cenni introduttivi.* 25 – 26 ottobre 2013 Relazione per il convegno di studio annuale sull'evoluzione della Suprema Corte di Cassazione, in *www.camerepenali.it*, 2013

M. CECCHETTI, Il principio del "giusto processo" nel nuovo art. III della Costituzione. Origini e contenuti normativi generali, in *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e sulla valutazione della prova*, a cura di P. TONINI, Padova, 2001

M. CHIAVARIO, Nel *nuovo regine delle impugnazioni i limiti e i mancato equilibri di una riforma,* in *Commento al nuovo codice di procedura penale,* Torino, 1989

M. DEGANELLO, *Ripensare al grado di appello nel processo penale: osservazioni a margine di recenti disegni di riforma,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 2010

M. GIALUZ, *L'apertura al sistema convenzionale muta gli equilibri e i connotati del giusto processo,* in *Diritto penale e processo. Speciale CEDU e ordinamento italiano*, 2014, n.1

M. GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte Costituzionale crea la revisione europea,* in *Cassazione penale*, 2011

M. MASSA, *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale,* Milano, 1969

N. GALATINI, *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova,* in *Diritto penale contemporaneo*

N. MANI, *Tra diritto alla prova e principio di legalità: giudizio abbreviato e rinnovazione istruttoria in appello*, in *Archivio penale*, 2013, n. 2

O. LUPACCHINI, *Profili sistematici delle impugnazioni penali*, in Le impugnazioni penali, Trattato diretto da A. GAITO, Torino, 1998

O. MAZZA, *La procedura penale*, in *Diritto penale e processo, Speciale Europa e giustizia penale,* 2011

P. BRONZO, *Condanna in appello e rinnovazione della prova dichiarativa*, in *Archivio penale,* 2014, n. 3

P. FERRUA, *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione*: *il progressivo assestamento della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte europea,* in *Archivio penale*, 2008, n.3

P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2012

P. FERRUA, *La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, in *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte Costituzionale e Sezioni Unite*, a cura di L. FILIPPI, Padova, 2007

P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, Torino, vol. I, 2012

P. GAETA – A. MACCHIA, *Trattato di procedura penale. Impugnazioni*, a cura di G. SPANGHER, vol. V, Torino, 2009

P. GAETA, *Condanna in appello e rinnovazione del dibattimento*, in *Libro dell'anno del diritto 2014*, Roma, 2014

P. GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla CEDU: ovvero la ricombinazione genica del processo penale*, in *Diritto penale contemporaneo*

P. SPAGNOLO, *La disciplina della restituzione nel termine tra istanze sovranazionali e legislazione italiana*, in *www.sioi.org*

P. TONINI, *L'attuazione del contraddittorio nell'esame di imputati e testimoni*, in *Cassazione penale*, 2001

P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2013

P. TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Diritto penale contemporaneo*

R. APRATI, *Giudizio abbreviato e imprevedibilità della rinnovazione istruttoria in appello*, in *Archivio penale*, 2013, n. 3

R. CANTONE, Relazione 18/2013, 23 aprile 2013, in www.cortedicassazione.it

R. KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in A. BALSAMO E R. KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008

R. M. GERACI, *Sentenze della Corte EDU e revisione del processo penale*, Roma, 2012

R. ORLANDI, *Le peculiarità di tipo probatorio nei processi di criminalità organizzata*, in *Critica del diritto* , 1999

Relazione 29/2013, 2 luglio 2013, *Riforma della sentenza assolutoria di primo grado e violazione dell'art 6 CEDU nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Corte suprema di Cassazione, Ufficio del massimario e del ruolo, Servizio penale

S. QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona. Riflessioni a prima lettura sulla nuova disciplina del procedimento senza imputato (legge 28 aprile 2014, n. 67)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, n. 2

S. RECCHIONE, *La prova dichiarativa cartolare al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto penale contemporaneo*

S. RECCHIONE, *La rivalutazione in appello della testimonianza "cartolare": la posizione della Corte di Strasburgo e della Cassazione a confronto*, in *Diritto penale contemporaneo*

S. RECCHIONE, *Rinnovazione istruttoria – Corte eur. Dir. Uomo, Sez. III, 16 settembre 2014, Mischie c. Romania*, in *Archivio penale*

S. SOTTANI, *Un sistema in trasformazione*, in Le impugnazioni penali, Trattato diretto da A. GAITO, Torino, 1998

S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU,* in *Diritto penale contemporaneo*

SACCUCCI, *L'art. 6 della Convenzione di Roma e l'applicazione delle garanzie del giusto processo ai giudizi di impugnazione,* in Rivista italiana di diritto penale e processo, 1999

TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo in materia civile: profili generali*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001

V. AIUTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il libero convincimento del giudice di appello, in Cassazione penale*, 2014 n. 11

V. COMI, *Riforma in appello di una sentenza assolutoria e obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale*, in *Diritto penale e processo,* 2014, n. 2

V. GREVI, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di giusto processo penale (tra ragionevole durata, diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in *Politica del diritto*, 2000, n. 3

V. MANES E V. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano,* Milano, 2011

V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea e i "nuovi" vincoli per l'ordinamento penale italiano*, in V. MANES - V. ZAGREBELSKY, *La convezione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011

V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Diritto penale contemporaneo*

V. MARCHESE, *La reformatio in peius della sentenza di assoluzione tra vincoli europei e diritto a un equo processo*, in *Archivio penale*, 2013, n. 3

V. SCACCIANOCE, *Riforma in peius della sentenza di assoluzione senza rinnovare la prova orale, una decisione che fa discutere*, in *Archivio penale*, 2013

V. SCACCIANOCE, *Una " ventata di legalità probatoria" nel giudizio di seconda istanza*, in *Archivio penale*, 2013, n. 3

V. VALENTINI, *Case-law convenzionale, cultura dei contro limiti e giustizia penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, n.1

V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio costituzionale*

V. ZAGREBELSKY, *Corte europea dei diritti dell'uomo e "processo equo*", in *Processo penale e giustizia europea*, Milano, 2008

V. ZAGREBELSKY, *La Corte europea dei diritti dell'uomo dopo sessant'anni. Pensieri di un giudice a fine mandato*, in *Centro studi sul federalismo*, Torino, 2012

# RINGRAZIAMENTI

Il mio primo ringraziamento è rivolto al Prof. Busetto per la competenza e la dedizione con le quali mi ha seguito nella redazione della tesi. I suoi suggerimenti sono stati sempre lo stimolo per migliorarmi, una guida preziosa nel mio cammino di ricerca.

Ringrazio il Dottor Ognibene per la calorosa accoglienza che mi ha riservato negli uffici della Procura, per avermi dato l'opportunità di imparare moltissimo nelle aule di tribunale e per il rapporto di stima reciproca che si è creato.

Ringrazio tutti i docenti, in particolare i penalisti, che mi hanno seguita in questi anni, per avermi trasmesso la passione per una materia affascinante e complessa.

Ringrazio tutta la mia famiglia per essere qui con me oggi, ma soprattutto per avermi aiutata a crescere e per aver reso possibile che il mio sogno si realizzasse.

Grazie a mio padre per la fiducia che ha sempre riposto nelle mie scelte, per avermi spronato a dare sempre il massimo e per essere per me un esempio di coraggio e di correttezza.

Grazie a mia madre per essere stata una presenza costante anche nei momenti più difficili, per avermi trasmesso la tenacia e il senso di responsabilità, per essere una donna forte che è riuscita a cambiare il corso degli eventi.

Grazie a Jacopo per l'amore e il calore con cui riempie le mie giornate, per avermi insegnato a credere alle favole e per la magia con la quale riveste ogni momento quotidiano.

Grazie a mio nonno Achille per avermi offerto un ambiente ideale in cui passare le mie giornate di studio e per aver sempre creduto nelle mie capacità, per avermi insegnato che l'impegno e la costanza pagano.

Grazie a mia nonna Ernestina per le merende che rappresentavano per me un piacevole svago e per la partecipazione con la quale ha seguito tutto il mio percorso scolastico.

Grazie a mio nonno Nino per l'infanzia spensierata che mi ha regalato, per essere sempre stato un'inesauribile fonte di vita e per avermi regalato l'infanzia più bella che una bambina potesse desiderare.

Grazie a mia nonna Nerina per la sua bontà e allegria, per la dimensione di casa e di famiglia che ha sempre saputo creare intorno a me, per l'amore per gli animali che mi ha trasmesso.

Grazie allo zio Alberto per i pomeriggi in campagna, per avermi fatto vivere la magia di Santa Lucia, per i momenti in cui ha saputo alleggerire le mie preoccupazioni e per essere sempre stato "il mio zione".

Grazie alla zia Monica per la delicatezza con la quale è entrata nella nostra famiglia, per essere una persona buona e sensibile, per il supporto e l'interesse con i quali è stata presente nella mia vita e nelle mie scelte.

Grazie alla mia amata bisnonna, la quale ha fatto per me più di quanto poteva immaginare.

Grazie ad Artù per essere stato al mio fianco nelle giornate di studio e per aver fatto conoscere a tutti noi una bontà e una dedizione che appartiene solo al mondo dei gatti.

Grazie ai miei compagni di università, per il bellissimo e difficile cammino fatto insieme, per la preoccupazione prima degli esami e per i momenti di gioia condivisa.

Grazie ai miei amici, di ieri e di oggi, per avermi aiutata a crescere e a conoscermi meglio, per avermi offerto il loro aiuto e la loro comprensione, per i momenti spensierati che mai dimenticherò.