

Verso il “giusto processo” d’appello: se non ora, quando?

Dalla irriducibile staticità nello *ius positum* italiano
al dinamismo cognitivo nel “diritto vivente” europeo

Daniela Chinnici

SOMMARIO: 1. Il dogma della necessità del doppio giudizio e la crisi della struttura cartolare del giudizio di appello nel sistema processuale di parti - 2. Il dinamismo del secondo giudizio nella giurisprudenza europea - 3. Dall'alibi del controllo alla effettiva natura di seconda decisione nel merito: gli spazi codicistici per un'interpretazione costituzionalmente e “convenzionalmente” orientata.

1. Il dogma della necessità del doppio giudizio e la crisi della struttura cartolare del giudizio di appello nel sistema processuale di parti.

Il *dictum* passato in giudicato è la verità giudiziale, che *non est veritas: pro veritate habetur*. L'accertamento dei fatti accaduti, pure se secondo le scanzioni delle garanzie del metodo oggettivo codificato entro il contesto del rito, pertanto, essendo epilogo di una ricostruzione, non emenda dalla possibilità dell'errore¹. Errore che, del resto, può annidarsi sia a livello di rappresentazione dei fatti, al momento della formazione delle prove nei contesti dialettici, sia a livello di valutazione del giudice, quando, ricorrendo al suo libero convincimento, consegna l'esito cognitivo del processo.

Proprio dalla consapevolezza della fallacia umana, da sempre i sistemi hanno previsto differenti congegni in sorta di antidoto all'errore, al fine di neutralizzarne le conseguenze, quasi che il postulato fosse la possibilità di raggiungere la “verità” solo per gradi. La cultura della nostra giurisdizione sembra permeata dalla “legge della gradualità”², secondo la quale, in estrema sintesi, l'apprensione della conoscenza è possibile solo per approssimazione graduale. Eppure, il grado di resistenza di questo approccio cognitivo, che si porrebbe come alla stregua di “legge naturale”, quindi inconfutabile, oggi non sembrerebbe - quanto alla verità processuale penale - più irresistibile.

E' proprio la concezione della apprensione per gradi della verità giudiziale, che andrebbe ripensata, ridiscutendo l'idea della ineluttabilità del doppio grado di giudizio, che scandisce il percorso processuale penale³, quanto al meri-

¹ Secondo M. MASSA, *Contributo allo studio dell'appello*, Milano, 1969, 57, «concepire un giudizio per definizione immune da errori è soltanto un'illusione», tanto che «nessun peso può riconoscersi alle ragioni non di rado addotte per auspicare la soppressione del procedimento di secondo grado».

² Sulla legge della gradualità, elaborazione della teologia morale, v. ALAN YOU, *La loi de gradualité. Une nouveauté en morale?* *Fondaments théologiques et applications*, Paris, 1991, 188-129.

³ Per M. MASSA, *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale*, cit., 60, il legislatore sarebbe «obbligato a prevedere un procedimento di secondo grado, perché il giudizio senza controllo contraddice per definizione la stessa profonda idea del processo inteso non come strumento di persecuzione ma come il mezzo attraverso il quale, nella garanzia dei diritti e delle aspettative legittime delle parti, si tenta di perseguire una decisione di verità».

to, in due “tempi” modulandolo quindi in un duplice contesto cognitivo. L’abolizione dell’appello è, tuttavia, ad oggi, un tabù: un “orizzonte proibito” per il radicamento storico e l’appropriazione culturale del doppio grado di giudizio⁴, che, andando a ritroso, porta sino alla Roma imperiale⁵, con tutta la consapevolezza della difficoltà di «prescindere, per ricostruire la dogmatica del processo, dai legami e dalle implicazioni per cui il processo, lungi dall’essere una sovrastruttura formale rispetto ai significati di valore dell’esperienza, nasce da essi e su di essi si modella, prodotto del proprio tempo»⁶.

Tuttavia, il problema dell’appello non si pone tanto relativamente all’*an* della doppia modulazione del rito di merito, quanto alla struttura del secondo congegno, che non è incastonabile nel prisma del giusto processo, a causa di una intrinseca incompatibilità col «nucleo fondativo di garanzie minime, inderogabili *in pejus*, nel contesto dell’accertamento processualpenalistico»⁷.

Di certo, oramai la necessità di ripensare l’appello, nel senso di calibrarlo secondo le scansioni assegnate al processo di primo grado, prima dal codice “Vassalli” e poi dalle coordinate di riassetto scolpite nell’art. 111, (con la legge costituzionale n. 2 del 1999) e nella c.d. legge attuativa sul giusto processo (l. 1 marzo 2001, n. 63), non è più rinviabile⁸: «un processo non giusto – dice senza mezzi termini la corte costituzionale – perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale»⁹. E un processo *ex actis*, senza la possibilità di un contraddittorio davanti allo stesso giudice chiamato a decidere, non è il modello del giusto processo: è il processo

⁴ R. ORLANDI, *Sono davvero troppi tre gradi giurisdizione penale?*, in *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, a cura di C. NUNZIATA, in *Dir. giust.*, 2004, suppl. al n. 29, 132, ritiene che non sia verificato ancora quel «perfezionamento degli istituti giudiziari» che, secondo gli auspici di Mortara, renderebbe superflua la previsione dell’appello, ancora, come allora, necessario per rimediare «contro la fallibilità dei magistrati e gli errori dei litiganti», anche perché l’abolizione dell’appello avrebbe riflessi negativi, fiendolo per appesantire ulteriormente sul giudizio di cassazione e «alla lunga, anche sul giudizio di primo grado e persino sulla fase preliminare allo stesso che verrebbero a quel punto affrontati da tutti i soggetti processuali con spirito certamente diverso dall’attuale», indotti a modifica le proprie strategie «se sapessero di non potere contare sui un nuovo giudizio di merito».

⁵ Per un breve quadro storico dell’appello sia consentito il rinvio a D. CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, ed. II, Torino, 2009, 13-30.

⁶ M. MASSA, *Contributo allo studio dell’appello nel processo penale*, cit., 46.

⁷ Così M. DEGANELLO, *Ripensare il grado di appello nel processo penale: osservazioni a margine di recenti disegni di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 634.

⁸ Sulle diverse soluzioni avanzate:

⁹ Corte cost., n. 317 del 2009, in www.cortecostituzionale.it, che afferma come diritto di difesa e ragionevole durata del processo «non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie».

di appello del sistema abrogato, ibernato e poi innestato nel nuovo clima delle garanzie soggettive dotate di copertura costituzionali, la cui *summa*, rintracciabile nel riscritto art. 111 Cost., ruota attorno al nucleo del contraddittorio per la prova, tranne i tre noti casi eccettuati di cui al co. V.

Peraltro, a parte il mutato assetto giurisdizionale, è la stessa natura di rimedio di controllo, assegnata da sempre all'appello, e avallata negli ordinamenti giuridici continentali, a non essere dimostrata in termini di indefettibilità, perché «ancorata al piano dei fenomeni logici¹⁰», costituendo, anzi, «una premessa indimostrata» cui, «se si può aderire in via di descrizione, appare scorretto assumerla come qualificazione tecnica aprioristicamente assunta¹¹».

Infatti, innanzitutto l'istituto non riceve alcuna esplicita qualificazione in termini di giudizio di controllo: anzi la clausola di cui all'art. 598 c.p.p., che estende la disciplina del giudizio di primo grado in quanto applicabile, sembrerebbe deporre in senso diverso. Un ulteriore argomento, ai fini della valutazione dell'appello come mezzo di critica piuttosto che nuovo giudizio, verte sull'inquadramento del secondo processo nella categoria «impugnazione», non considerando – punto, questo, da non sottovalutare – che la relativa categoria (impugnazione) è in sé un contenitore vuoto¹², nel senso che, quanto alla natura, non comporta alcun *quid* connotativo unitario tra i diversi congegni suscettibili di rientrarvi; alcun minimo comune denominatore che unifichi appello, ricorso per cassazione, revisione, riesame e opposizione a decreto penale: tutti, ovviamente, qualificabili come mezzi di impugnazione di decisioni giurisdizionali già emanate.

Diversa impostazione nel sistema processuale di tipo inquisitorio, in cui l'appello¹³, concepito come controllo della decisione di primo grado, aveva una sua peculiare ragion d'essere in quanto fungeva da strumento di garanzia

¹⁰ F. PERONI, *L'istruzione dibattimentale*, cit., 79.

¹¹ A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, Padova, 1973, 92.

¹² Per l'insegnamento tradizionale, «soltanto dal concetto generale d'impugnazione determinato dalla parte generale della teoria, razionalmente si specificano i vari mezzi di impugnazione», che sarebbero «la parte speciale della teoria delle impugnazioni penali» (C. U. DEL POZZO, *L'appello nel processo penale*, cit., 1 s.). Sulla critica a tale «concetto dommatico dell'impugnazione come punto di partenza per l'analisi dell'appello penale» v. M. MASSA, *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale*, cit., 7 s. In quella impostazione, a ragione, sottolinea l'A., c'è di vero solo il prendere atto «che le norme sull'appello penale debbono essere “integrate” da quelle dettate dalla legge per qualsiasi tipo d'impugnazione».

¹³ Sull'appello del c.p.p. 1930 v. C. U. DEL POZZO, *L'appello nel processo penale*, Torino, 1957, *passim*; G. FALCHI, *L'appello nel processo penale*, Padova, 1940, *passim*; G. PETRELLA, *Le impugnazioni nel processo penale*, Milano, 1965, vol. II, 3 s.

per l'imputato¹⁴, visto che la formazione delle prove in primo grado era attività riservata al giudice istruttore, nell'istruzione formale, e, prima, al pubblico ministero nell'istruzione sommaria, in assenza di dialettica con l'imputato, e persino assente il suo difensore per l'escussione dei testimoni. Al più in dibattimento l'imputato tentava di recuperare il contraddittorio, che, come noto, si risolveva sostanzialmente in una conferma delle prove già confezionate, tramite le letture, per di più estenuate dalla prassi del "dar per letto".

Di più: il gravame era considerato "parte del tutto": l'accertamento della verità (scopo dichiarato del processo era la "ricerca della verità") si snodava lungo più tappe¹⁵: in particolare il secondo rito era concepito come una sorta di camera di compensazione delle prerogative dell'imputato, che, in seconda battuta, avrebbe potuto recuperare la sua voce (meglio, *flatus vocis*), sebbene il contegno quanto ad attitudine euristiche e a garanzie effettive non era meno angusto del primo¹⁶. Tuttavia, anche il nuovo esito scaturiva da un'attività sostanzialmente solitaria del giudice, appiattita sul fascicolo di primo grado, risolvendosi così in una rivalutazione delle carte da parte di un organo giurisdizionale diverso da colui che aveva già giudicato.

Occorre dire che, sebbene il canone del doppio grado non sia stabilito in alcuna fonte, una riflessione sulla sua necessità non rappresenta un'esercitazione intellettuale superflua, viste la concreta incidenza del secondo processo in termini di giustizia (o meno) per l'imputato. Proprio le ricadute in punto di garanzie soggettive spiegano l'attenzione riservata al secondo processo sia a livello delle fonti internazionali - laddove è riconosciuto il diritto per ogni persona dichiarata colpevole della commissione di un delitto a che la sentenza di condanna venga riesaminata da un tribunale superiore¹⁷ (art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e art. 2 del VII Protocollo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo)¹⁸ - sia, sempre più,

¹⁴ M. CHIAVARIO, *Impugnazioni e giudicato*, in ID., *Processo e garanzie della persona*, vol. I, Milano, 1976, 104 s.

¹⁵ Nel c.p.p. del 1930 v., tra i primi, G. FALCHI, *L'appello nel processo penale*, cit., 115, secondo cui «l'appello rientra, in primo luogo, in quei rapporti giuridici consistenti in una progressione di atti (attività e dichiarazioni) diretti a un dato fine».

¹⁶ G. SPANGHER, voce *Appello nel diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1987, 197.

¹⁷ Il Patto - come rileva M. CHIAVARIO, *Le garanzie fondamentali nel patto internazionale sui diritti civili e politici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1978, 491 s. - non impone in positivo dei vincoli, tanto che può ritenersi ortodosso un sistema che preveda il riesame nel merito solo in casi nei quali si denunciino vizi relativi allo svolgimento del processo e alla formazione del convincimento del giudice, anche perché i mezzi di impugnazione sono garantiti in maniera inderogabile all'imputato, potendo invece essere prevista diversa regolamentazione quanto all'accusa.

¹⁸ Quanto alla CEDU, nel testo non è rintracciabile alcuna previsione esplicita del diritto ad impugnare,

della giurisprudenza europea.

Di certo, il diritto a un secondo esame per l'imputato condannato non corrisponde al riconoscimento della doppia modulazione del giudizio, non trattandosi, quindi, di una modulazione morfologica del sistema processuale, atteso che secondo processo è declinato, in quelle fonti, come garanzia soggettiva dell'imputato giudicato colpevole, cui è riconosciuta la possibilità di chiedere il riesame della sentenza emessa a suo sfavore: opzione che, del resto, potrebbe ritenersi soddisfatta anche col solo ricorso per cassazione.

Assurgendo il secondo accertamento a garanzia soggettiva fondamentale¹⁹, è ovvio che non lo si può strumentalizzare per ritenere il doppio grado di giudizio quale condizione oggettiva di regolarità della giurisdizione, con il corollario del relativo riconoscimento in capo a tutte le parti, compreso il pubblico ministero, del diritto di appellare senza distinzione.

Tuttavia, accertata, almeno a livello nazionale, l'assoluta impossibilità, ad oggi, di sdoganare il dogma del doppio giudizio di merito, bisognerebbe quantomeno sintonizzare il secondo giudizio con le corde del primo, ossia con il modello del giusto processo.

Che, del resto, l'appello sia in crisi di funzionalità, come anche di credibilità, sembra consapevolezza condivisa, alla luce del resto del fallimento totale dell'unica, maldestra, operazione di ortopedia normativa del 2006²⁰, con la

anche se rileva l'introduzione, quanto al processo penale, nel Protocollo addizionale n. 7 alla suddetta Convenzione, del relativo diritto: in questi termini v. F. CIPRIANI, *Diritti fondamentali dell'unione Europea e diritto di impugnare*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, tomo I, Milano, 2005, 329.

Sottolinea il «grande paradosso» della «forza espansiva che nessuno è riuscito a fermare», tanto in Italia quanto a livello sopranazionale, del doppio grado di giudizio, solo se si pensi come «la convenzione europea che non prevedeva il doppio grado ha dovuto inserire un art. 2 nel settimo protocollo, facendo esplicito riferimento a un doppio grado di giurisdizione», G. SPANGHER, *Riformare il sistema delle impugnazioni?*, in *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, a cura di R. E. KOSTORIS, Torino, 2005.

¹⁹ F. POCAR, *Diritto delle comunità europee*, Milano, 1991, 164; G. L. VERRINA, *Doppio grado di giurisdizione, convenzioni internazionali e Costituzione*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di A. GAITO, Torino, 1998, vol. I, 146.

²⁰ Come noto, la tematica del doppio giudizio è entrata *ex abrupto* nel nostro dibattito con la c.d. legge Pecorella (n. 46 del 2006): il primo intervento normativo in materia di appello, dopo quasi vent'anni dal varo del 'codice Vassalli', che ha inciso sul volto dell'istituto, ancora con le sembianze di quello del sistema del 1930. In effetti, l'impianto della riforma del 2006 era, a nostro parere, condivisibile, visto che, in estrema sintesi, il legislatore aveva voluto armonizzare il giudizio di appello entro le coordinate del giusto processo. Tuttavia la legge, come dai più rilevato, era lacunosa, disorganica e frettolosa, pur con il pregio di tentare di sanare l'anomalia della condanna per la prima volta nel giudizio di appello, dopo una pronuncia di proscioglimento, all'esito di un processo cartolare, in odioso dispregio del *dictum* costituzionale per il quale il processo - ogni processo - si deve svolgere nel contraddittorio orale

legge n. 46, come noto sconsigliata sostanzialmente *in toto* e in tempi fulminei dalla Corte costituzionale.

Ma nonostante gli auspici della dottrina, una legge di riforma e le successive pronunce di incostituzionalità, le persistenti frizioni con le garanzie soggettive inderogabili sono come marmorizzate: insomma l'appello sembra ergersi come un'inespugnabile città turrita, che appare resistere agli indubbi avanzamenti conquistati dalla riforma del c.p.p. 1988, di matrice accusatoria²¹, come pure ai tentativi di un relativo adeguamento. Presunzione di non colpevolezza, inviolabilità della difesa, principio del *nemo tenetur se detegere*, terzietà e imparzialità del giudice, *égalité des armes* e contraddittorio nella formazione della prova - punti di non ritorno del sistema vigente - non riescono a divelgere i cancelli della «*turris eburnea*», le cui «chiusure preconcelte»²² sembrano fare assumere alla disciplina dell'appello le sembianze di un legato testamentario²³. E così il corredo di garanzie approntato dal legislatore del primo codice repubblicano (e riaffermato da quello del «giusto processo») - sicura tutela dei diritti della persona sottoposta a processo - appare, sicuramente in punto

delle parti davanti al giudice dello stesso processo, terzo e imparziale. Condannare sulla base di prove assunto dal «collega» del primo grado per mezzo di una diversa valutazione, in senso sfavorevole, delle prove *aliunde* assunte significa non osservare il metodo del contraddittorio *per* la prova, come accreditato nel giusto processo. L'operazione normativa era sostanzialmente consistita nel privare il pubblico ministero del potere di appellare le sentenze liberatorie, tranne che in eccezionali casi di *novum* probatorio e nell'allargare la piattaforma del ricorso per cassazione, nel caso di cui all'art. 606, co. 1, lett. e), c.p.p., stabilendo la possibilità di ricorrere al giudice di legittimità in caso di vizio di motivazione anche quando esso era ravvisabile dall'indicazione di atti del giudizio, per una sorta di compensazione al pubblico ministero del decurtato potere di appellare. Peraltro, a sostegno dell'omogeneità dell'attività del giudicare del giudice d'appello con quella del giudice di primo grado - meglio, a conferma del fatto che il giudice di appello ha i poteri di cognizione del giudice di primo grado, potendo, quindi, anche superare (a parte l'eventuale limite risultante dal divieto della *reformatio in peius*)²⁴ la domanda formulata nei motivi - soccorre il dato testuale: la constatazione «che si parli nell'art. 597, co. 1, c.p.p. non di cognizione limitata ai motivi proposti bensì di cognizione limitata «ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti»²⁵. Certamente, identità di poteri di cognizione in ordine ai punti suddetti.

Ma scartata con un colpo di penna altrettanto rapido - si allude ovviamente alla sentenza di incostituzionalità n. 26 del 2007 - la via dell'abolizione dell'appello avverso le sentenze di proscioglimento, la riflessione deve allora incanalarsi sul *quomodo* del secondo giudizio.

²¹ Sulla dicotomia accusatorio-inquisitorio, con la consapevolezza che si tratta di categorie poco determinate, con il rischio di fuorvianti semplificazioni o enfattizzazioni, v. lucidamente, per tutti, G. ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed Inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, 1988, 1 ss.

²² Le due espressioni tra virgolette sono, seppure riferite ad altro contesto, di G. DI CHIARA, *Le forme della semplificazione avanzata: dall'irrelevanza del fatto alla mediazione*, in *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*. Atti del convegno Lecce 23-25 ottobre 2009, Milano, 2012, 342.

²³ Così lo definisce H. BELLUTA, *Prospettive di riforma dell'appello penale, tra modifiche strutturali e microchirurgia normativa*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1067.

di formazione della prova, precluso all'imputato nell'appello, visto il perdurante favore per l'esperienza giudiziale statica, tutta arroccata sulla rivalutazione delle conoscenze formate nel primo giudizio. Infatti, la formazione nel contraddittorio dibattimentale innanzi al giudice *ad quem*, nella posizione sostenuta in modo granitico dalla giurisprudenza, «postulando una deroga alla presunzione di completezza della indagine istruttoria svolta nel primo grado di giudizio, rappresenta un istituto di carattere eccezionale²⁴».

2. Il dinamismo del secondo giudizio nella giurisprudenza europea.

Le ricadute nefaste quanto alla bontà del secondo esito e alla compressione dei diritti individuali, amplificate dall'attitudine del secondo esito di travolgere il *dictum* già emesso anche *in toto*, sono dato di fatto di cui ha chiara consapevolezza la Corte di Strasburgo²⁵.

Come dire che non è più “il tempo dell'attesa”: del resto, il criterio della formazione delle prove, cuore pulsante di ogni giudizio, quanto a quello di seconde cure - già dalla rubrica dell'art. 603 c.p.p., intitolata rinnovazione dell'istruzione dibattimentale - mostra di essere concepito come ripetizione eventuale delle conoscenze acquisite con le prove in primo grado, subordinata all'impossibilità del giudice di decidere allo stato degli atti ovvero a colmare lacune o, infine, ad acquisire *nova*, secondo le minime scansioni del disposto *de quo*²⁶ e non, come dovrebbe essere, quale esperienza cognitiva autoreferenziale, almeno in tutti i casi in cui si approdi a una condanna in appello per la prima volta, dopo un esito liberatorio nel primo giudizio.

La lacunosa disciplina in punto di formazione della prova in appello è amplificata dall'asfittica interpretazione dell'attività istruttoria nella prassi applicativa, la quale, infatti, è ancora pacificamente intesa alla stregua di adempimento residuale, sulla base, come detto, della ritenuta presunzione di completezza del sapere formato in primo grado²⁷.

²⁴ Cass., Sez. VI, 18 febbraio 1994, Goddo ed altri, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1994, 703; più recente, per tutte, Cass., Sez. II, 26 aprile 2000, Accetola, in *Mass. Uff.*, n. 216532.

²⁵ L'Italia è dovuta intervenire modificando, quanto al contumace, l'art. 175, co. 2, c.p.p. e stabilendo la restituzione nel termine per impugnare la sentenza contumaciale (non quella emessa nei confronti dell'imputato assente) ove dagli atti risulti che l'imputato non abbia avuto conoscenza effettiva e non abbia volontariamente rinunciato a comparire: in tal senso Cass., Sez. V, 18 gennaio 2006, Picuti, in *Mass. Uff.*, n. 234003. Tuttavia la giurisprudenza abbia affermato che il contumace non possa ottenere la restituzione nel termine se nel suo interesse abbia impugnato il difensore di fiducia o d'ufficio: Cass., Sez. Un., 31 gennaio 2008, Huzumeau, in *Cass. pen.*, 2008, 2358, con nota di G. DE AMICIS.

²⁶ Sulle diverse situazioni di formazione della prova orale in appello ci si permette di rinviare a D. CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, II ed., Torino, 2009, p. 102-131.

²⁷ Per tutte v. Cass., Sez. II, 26 aprile 2000, Accetola, in *Mass. Uff.*, n. 216532.

Eppure la Corte europea va in direzione opposta - tra l'altro ancora di recente, in modo in equivoco, con la pronuncia *Dan contro Moldavia*²⁸ - indicando la necessità di una piena garanzia del diritto di difesa, sebbene «i momenti di tutela di cui al “giusto processo convenzionale” [...] ben possono atteggiarsi con intensità dissimile in primo grado e in grado di appello»²⁹. Peraltro, nessun bilanciamento tra principi può essere un argomento a giustificazione quanto al più volte evocato canone della durata ragionevole del processo per attenuare i diritti difensivi, «giacché il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie»³⁰. La ragionevole durata, infatti, sebbene risponda a esigenze assai serie, non può avallare fughe dall'ortodossia cognitiva definitivamente cristallizzata a livello di formazione primaria: perché «un processo non “giusto”, perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che ne sia la durata»: in caso diverso non si opererebbe un bilanciamento tra valori, ma un sacrificio del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio, «garantiti da norme costituzionali che entrambe risentono dell'effetto espansivo dell'art. 6 CEDU e della corrispondente giurisprudenza della Corte di Strasburgo»³¹.

E' la Corte europea, del resto, ad affermare senza mezzi termini che «quando impugnante è il p.m. contro una sentenza assolutoria, il giudice d'appello non può riformare la sentenza e pronunciare sentenza di condanna senza avere assunto nuovamente in contraddittorio le prove dichiarative “disponibili” a carico dell'imputato»³².

A questo punto, visto l'immobilismo del legislatore, la distonia ha da essere risolta almeno a livello di *praxis*: in attesa dei tempi (questi si irragionevoli) di modifiche normative, la responsabilità di riportare il giudizio di appello in sintonia con le corde del giusto processo non può che spettare all'operatore del diritto, abituato del resto a supplire alle molte inerzie del legislatore con un ruolo innaturale. La giurisprudenza, allora, non dovrebbe oltremodo avallare l'arroccamento del secondo giudizio nel controllo sostanzialmente carto-

²⁸ Corte eur. dir. uomo, Sez. III, c.c. 14 giugno 2011, *Dan contro Moldavia*, sulla quale v. A. GATTO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio di appello. L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il p.m. impugna l'assoluzione*, in *Arch. pen.*, 2012, 349 s.

²⁹ Così M. DEGANELLO, cit., 635, che cita sul punto Corte e.d.u., *Hermi v. Italy* (Hermi, II), 18 ottobre 2006 (no. 18114/02), *Grand Chamber*.

³⁰ Corte cost., n. 317 del 2009, cit.

³¹ Corte cost., n. 317 del 2009, cit.

³² Corte eur. dir. uomo, III, c.c. 14 giugno 2011, *Dan contro Moldavia*, cit.

lare in cui era stato confinato nel sistema del 1930, abiurando le declinazioni statiche in favore di paradigmi ispirati al dinamismo cognitivo, accreditati, del resto, sia nella costituzione sia nelle fonti sovranazionali (art. 6 CEDU e art. 14 Patto int. sui diritti civili e politici dell'ONU)³³.

3. Dall'alibi del controllo alla effettiva natura di seconda decisione nel merito: gli spazi codicistici per un'interpretazione costituzionalmente e "convenzionalmente" orientata.

Come accettare di affidare maggiore bontà a esiti che traducono statiche operazioni di rivalutazioni del sapere pregresso, grazie alla trasmissione integrale del fascicolo del giudizio di primo grado, ricorrendo così a un'attività cognitiva "di seconda mano", basata su protocolli formati *aliunde*? Non si tratta di dibattere su teorie differenti, difendendo alcuni argomenti piuttosto che altri: 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'imputato³⁴: 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. E' pacifico, infatti, che «in un processo accusatorio, nel quale il giudizio di merito consegue all'assunzione delle prove effettuata alla stregua del principio dell'oralità e del contraddittorio nel momento di formazione della prova, costituisce dal punto di vista logico una contraddizione un secondo giudizio di merito basato sugli atti del processo e, quindi, su prove già formate, ragion per cui la decisione può essere riformata da un giudice davanti al quale non è stata assunta nessuna prova³⁵».

Del resto, il modello cognitivo accreditato in costituzione è esogeno al solo giudizio di legittimità³⁶, atteso che «in cassazione il ricorrente deduce gli asseri-

³³ Di questo parere è A. GAITO, cit., 351, il quale sottolinea come l'adeguamento a norma impone all'interprete di dare immediata applicazione alla sentenza europea *de qua* (Dan contro Moldavia), «disponendo in ogni caso la rinnovazione delle prove dichiarative assunte in primo grado, ancora disponibili, anche nella progressione procedimentale [...] anche se vi sia stato annullamento con rinvio», atteso che «nel giudizio di rinvio prosecutorio il giudice ha gli stessi poteri di quello dell'appello originario, e "rivive" quindi la sentenza di assoluzione».

³⁴ C. FIORIO, *La prova nuova nel processo penale*, Padova, 2008.

³⁵ Così G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, VII ed., Torino, 2007, 667 s.

³⁶ Sulla modifica dell'art. 606, co. 1 lett. e), c.p.p. per tutti v. A. NAPPI, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, Torino, 2006, 189, secondo cui non ci sono spazi per considerare il giudizio di cassazione modificato in un terzo giudizio di merito, atteso che la sua cognizione non può comportare una rivalutazione delle prove.

ti errori della sentenza, scomponendoli nei suoi nodi logici, e la corte decide nei relativi termini³⁷», occorrendo verificare se la decisione oggetto di ricorso sia viziata (meglio, inficiata) da uno degli errori previsti tassativamente nel disposto di cui all'art. 606 c.p.p.³⁸. E, anche a seguito della modifica di cui all'art. 606, co. 1, lett. e), c.p.p., il giudice di cassazione limita la sua attività alla verifica circa la coerenza logica di ogni parte della decisione impugnata, non sostituendosi al giudice di merito nella rielaborazione della motivazione - controllo che lo trasformerebbe in giudice di terza istanza - puntando cioè alla verifica della correttezza del «ragionamento giustificativo»³⁹ della pronuncia in ogni suo profilo, tanto che la decisione conclusiva, nel caso di accoglimento del ricorso, ha solo efficacia rescindente della sentenza oggetto di ricorso. Quindi, se l'eterogenesi dei fini rende impossibile un'assimilazione tra il giudizio di merito e il giudizio di legittimità⁴⁰, la stessa osmosi non può *sic et simpliciter* essere esclusa tra il giudizio di primo e secondo grado - entrambi giudizi di merito - attraverso i quali «il giudice sentenza sulla fondatezza della domanda» ovvero «si afferma o si nega l'esistenza della situazione giuridica, in cui risiede l'oggetto del processo»⁴¹. E ciò anche se il *thema* del secondo giudizio non dovesse coincidere *in toto* con quello fissato in primo grado, ai sensi dell'art. 187 c.p.p., ma solo con alcuni profili di cui l'impugnante lamenta una ingiusta decisione.

Solo nel giudizio di cassazione manca quell'attività del 'conoscere per accertare', *quid proprium* sia del giudizio di primo grado sia del giudizio di seconda

³⁷ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1983, 1015.

³⁸ Tra i molti, seppure con accenti differenti, v. almeno, A. BARGI, *Controllo di legittimità ed errore di fatto nel giudizio di cassazione*, Milano, 2004, *passim*; G. CANZIO, *Il ricorso per cassazione*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario, E. Marzaduri. *Le impugnazioni*, coordinato da G. Aimonetto, Torino, 2005, 305; A. CAPONE, *Gli errori della cassazione e il diritto al controllo di legittimità*, Padova, 2005, *passim*; F. M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza e il suo controllo in cassazione*, Milano, 1997, 261 s.; G. LATTANZI, *Controllo del diritto e del fatto in cassazione*, in *Cass. pen.*, 1992, 813 s.; C. SANTORIELLO, *Il vizio di motivazione*, Torino, 2008, 200; G. SPANGHER, voce *Suprema corte - ricorso per*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1999, vol. XIV, 123 s.

³⁹ Tale tipo di controllo non può essere considerato di merito, in quanto non comporta l'apprezzamento degli elementi di fatto, ma solo la corrispondenza della decisione del giudice *a quo* alle risultanze probatorie: in tal senso v. A. BARGI, *I nuovi ambiti oggettivi delle impugnazioni*, in *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, a cura di A. Gaito, Torino, 2006, 167.

⁴⁰ Il termine «merito» è sovente usato per indicare la *quaestio facti* dibattuta nel processo e le correlate indagini probatorie: in tal senso si può contrapporre il procedimento di cassazione ai giudizi di merito»: così F. CORDERO, voce *Merito nel diritto processuale*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. X, Torino, 1964, 667.

⁴¹ F. CORDERO, voce *Merito nel diritto processuale*, cit., 664, secondo cui «un simile risultato non implica necessariamente un giudizio storico in ordine al fatto o ai fatti costitutivi dell'effetto, di cui la parte chiede l'accertamento».

istanza. Tale matrice unica, infatti, qualifica primo e secondo processo come giudizi di merito⁴², e proprio a partire da questo comune denominatore non si può ancora postergare una rivisitazione strutturale del nucleo del secondo giudizio, per un sistema che deve concretamente realizzare il giusto processo. L'inaccettabile ambiguità del giudizio di appello è amplificata dalla apertura *ad libitum* dei motivi, che non sono incasellati entro situazioni codificate, sì che l'appellante può dolersi di qualsiasi capo o punto come dell'intera pronuncia, con la conseguenza di un nuovo secondo giudizio potenzialmente integrale.

Se poi si rifletta sul tipo di epilogo, la necessità di conformare l'appello al modulo di giurisdizione generale accreditato in costituzione, come del resto nelle fonti (e nella giurisprudenza europea), rende lo stallo del legislatore veramente odioso.

Gli spazi per un'interpretazione "convenzionalmente" orientata ci sono, come dimostra la giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁴³.

Quanto al nostro ordinamento, se è vero che le laconiche regole in tema di prova del giudizio di appello mostrano quanto meno un'intrinseca equivocità, è indubbio, tuttavia, che non escludono un recupero di oralità e contraddittorio, deponendo, anzi, alcuni profili, in tal senso.

Pur con la dovuta cautela, «nel senso che si devono evitare generalizzazioni frettolose», riteniamo che appartiene definitivamente al passato il pensiero secondo cui sono estranei all'appello i «principi che possono viceversa contrassegnare [...] il processo di primo grado⁴⁴», in quanto sarebbe «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»⁴⁵, perché si ripeterebbe un'esperienza già vissuta, con alterazioni della autenticità. Il diritto di difendersi provando con il metodo cognitivo del contraddittorio, che rende giusta la condanna se la colpevolezza è provata oltre ogni ragionevole dubbio, impone interpretazioni

⁴² P. GUALTIERI, *Il secondo grado di giudizio: ambito e limiti*, in *Cass. pen.*, 2007, 1813 s.

⁴³ A titolo esemplificativo si veda, *ex plurimis*, Corte eur. dir. uomo, II, 18 maggio 2004, Destrehem c. Francia, in *Cass. pen.*, 2004, 3829, secondo cui viola l'art. 6 par. 3 CEDU il giudice che, respinta l'istanza dell'accusato di sentire in appello i testi a difesa, riformi la sentenza di proscioglimento emessa in primo grado e condanni l'imputato: da ultimo con accenti più netti v. Corte eur. dir. uomo, III, 5 luglio 2011 (c.c. 14 giugno 2011), Dan contro Moldavia, cit.

⁴⁴ M. MASSA, *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale*, cit., 18.

⁴⁵ Le frasi tra virgolette sono di M. MASSA, *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale*, cit., 19.

opposte, che finalmente cominciano ad apparire nelle pagine del diritto vivente. Infatti, è stato di recente affermato che «il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio - pur se non più accompagnato dalla regola dell'inappellabilità delle sentenze assolutorie espunta dalla corte costituzionale - presuppone che, in mancanza di elementi sopravvenuti, l'eventuale rivisitazione, in senso peggiorativo, compiuta in appello dello stesso materiale probatorio già acquisito in primo grado ed ivi non ritenuto idoneo 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, non essendo sufficiente, per la riforma caducatrice di un'assoluzione, una mera diversa valutazione caratterizzata da pari o addirittura minore plausibilità rispetto a quella operata dal primo giudice, occorrendo invece una forza persuasiva superiore, tale da far cadere ogni ragionevole dubbio in qualche modo intrinseco alla stessa situazione di contrasto⁴⁶ ».

Del resto, l'arnese per l'interpretazione rispettosa del prisma del giusto processo è posto *expressis verbis* nel disposto di cui all'art. 598 c.p.p. che, seppure con la clausola di salvezza - «in quanto applicabili» -, rende immanenti al secondo giudizio le regole che apparentemente potrebbero sembrare destinate solo al primo. Anzi, sul punto si registra un cambio di prospettiva rispetto al sistema abrogato: mentre, infatti, l'art. 519 c.p.p. del 1930 si limitava a richiamare regole compatibili con la struttura e le caratteristiche del processo di secondo grado, che erano efficaci e operanti in via primaria, di contro, l'attuale clausola di salvezza configura le disposizioni sul giudizio di appello come deroghe specifiche al principio generale della immanenza in questo

⁴⁶ Cass., Sez. VI, 7 novembre 2011, Galante, inedita; massimata in *Arch. pen.*, 2012, 355 con nota di C. SANTORIELLO, *I dubbi impongono sempre l'assoluzione*, il quale critica tuttavia la fretolosità della sentenza laddove, da un lato, «non evidenzia a sufficienza l'importanza che avrebbe il definitivo affermarsi» del canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio, che impone «non la mera logicità della ricostruzione accusatoria, bensì che la stessa si ponga in termini di assoluta prevalenza rispetto alla prospettazione dell'accaduto che fornisca la difesa occorrendo che la ricostruzione sia dotata di «una forza persuasiva superiore, tale da fare cadere ogni ragionevole dubbio in qualche modo intrinseco alla stessa situazione di contrasto»; dall'altro, «sembra riferire questa lettura del canone di giudizio del *bard* alla sola ipotesi di «rvisitazione in senso peggiorativo compiuta in appello dello stesso materiale probatorio già acquisito in primo grado ed ivi ritenuto non idoneo a giustificare una pronuncia di colpevolezza», quasi che solo in questo caso la decisione di condanna dovrebbe essere sorretta da argomenti di prova dirimenti, dovendosi invece «riconoscere che tale impostazione deve operare in sede di merito, quale che sia il grado del processo» e, soprattutto, che il canone di giudizio espresso dal principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio deve essere verificato in sede di giudizio di legittimità» (360).

processo delle regole operanti in primo grado⁴⁷.

Non secondario è che tra le regole applicabili in appello ci sia quella che prescrive, a pena di nullità assoluta, l'immutabilità fisica del giudice, ai sensi dell'art. 525, co. 2, c.p.p.: il giudice che decide deve essere lo stesso di quello che ha partecipato – si badi, *non* assistito – al dibattimento. E partecipazione significa assunzione di un ruolo dinamico nella formazione della prova, essendo questa l'in sé del dibattimento. Come insegna la giurisprudenza, l'art. 525, co. 2, c.p.p. prescrive la rinnovazione effettiva dell'attività istruttoria purché la richiesta di prova sia stata presentata da una delle parti e l'escussione della fonte sia possibile. Letture riduttive, pure avallate, sia in dottrina sia nella prassi applicativa, sono state smentite in modo netto dalla cassazione a sezioni unite nella nota sentenza Iannasso⁴⁸.

La tenuta dei principi guida del dibattimento è necessaria del resto se si pensi che anche nel secondo giudizio c'è in gioco la tutela dei diritti fondamentali della persona imputata presunta non colpevole, che non tollera attenuazioni nel secondo processo, a maggior ragione se la tesi dell'accusa non ha retto alla verifica dibattimentale nel contraddittorio orale⁴⁹.

Occorre rigraduare il *visus* debole del giudice di appello, al fine di mettere a fuoco i fatti in modo diretto, ammettendo le prove dichiarative chieste dall'imputato, soprattutto in caso di appello del pubblico ministero avverso una sentenza liberatoria. Il «sapere per la verità⁵⁰» non è eredità trasmissibile al collega con funzioni superiori, ma esperienza diretta e autoreferenziale da vivere nel contesto giudiziale ogni volta che si instauri un processo nel merito dei fatti: nessuna presunta completezza del sapere già acquisito in primo grado giustifica deroghe alla prova nel contraddittorio, se chiesta e se possibile.

La prova orale dovrebbe allora non avere luogo, solo se l'esame non sia più possibile per cause sopravvenute non prevedibili *ex ante*, ai sensi dell'art. 512 c.p.p., ovvero se si tratti di atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento,

⁴⁷ Testualmente A. MAZZARRA, *La rinnovazione del dibattimento in appello*, a cura di C. Fiorio, Padova, 1995, 86.

⁴⁸ Sulla questione, chiarita con la sentenza a sezioni unite 15 dicembre 1999 Iannasso, ci si permette di rinviare a D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., 225 s.

⁴⁹ M. CHIAVARIO, *Impugnazioni e giudicato*, in ID., *Processo e garanzie della persona*, vol. I, loc. ult. cit., già prima dell'elaborazione del sistema a orientamento accusatorio, laddove rilevava che «circa il modo in cui si perviene normalmente alla decisione del giudice *ad quem*» fosse «estremamente concreto il rischio di un funzionamento distorto: ossia, il rischio di un ribaltamento dell'esito del “primo grado”, [...] sulla base di un mero ‘esame di carte’, là dove invece lo si potrebbe ammettere, al massimo, come risultato di un autentico ‘nuovo’ giudizio con tutte le garanzie del primo».

⁵⁰ L'efficace sintagma, riferito ad altro contesto, è di P. GAETA, *Il «sapere per la verità»: inerzia probatoria delle parti e poteri del giudice dibattimentale*, in *Quest. giust.*, 1993, 557.

comprensivo di tutti i protocolli inseriti nel corso del dibattimento di primo grado, purché l'esame chiesto non possa avere luogo. Ancora: gli atti assunti in incidente probatorio; i verbali oggetto di 'circolazione probatoria', con i limiti di utilizzabilità stabiliti nell'art. 238 c.p.p.; le sentenze penali irrevocabili, *ex art. 511-bis* c.p.p.; le dichiarazioni di persona residente all'estero irreperibile, ai sensi dell'art. art. 512-*bis*; i verbali di prove assunte dall'imputato "renitente", secondo quanto stabilito dall'art. 513 c.p.p.; quelli assunti davanti al giudice astenuto, ricusato o dal giudice espropriato del processo a seguito di rimessione, se e in quanto ritenuti utilizzabili dall'organo investito dalla decisione. Quanto poi alle deroghe assolute alla prova orale, si dovrebbero considerare le sole eccezioni stabilite all'art. 111, co. 5, Cost.: lo esige, del resto, il disposto *de quo*, per «ogni processo».

Diversamente, l'assunzione delle prove nel contraddittorio orale delle parti⁵¹ da criterio oggettivo di cognizione giudiziale di «ogni processo» sarebbe estenuato a slogan, magari rassicurante, ma come ogni slogan vuoto di effettivo contenuto.

Se poi si guardi ad alcuni snodi del giudizio dibattimentale di secondo grado, si vede come essi, lungi da allontanare il secondo giudizio dal modulo di giurisdizione costituzionalizzato, sembrano anzi deporre per una sua compatibilità: si pensi, al principio devolutivo, nella limitata valenza della sua attitudine a circoscrivere l'ambito da valutare; ai "motivi nuovi", di cui all'art. 597, co. 1, c.p.p.; alla desuetudine della relazione della causa e alla relativa irrilevanza in caso di omissione dell'adempimento; alla compatibilità dell'istituto delle letture dei verbali di prove in appello con la logica del giusto processo, alla luce della ammissibilità di tale deviazione dall'oralità nel giudizio ordinario di primo grado, purché contenuto entro le deroghe codicistiche (invero assai dilatate); e, non ultimo, alla elasticità delle situazioni istruttorie nelle ipotesi di cui ai commi 2 e 4 dell'art. 603 c.p.p.

Il canone dell'"assoluta necessità" di cui all'art. 603 c.p.p. - che è uno dei punti di crisi della disciplina del secondo giudizio rispetto al modello giudiziale di accertamento orale - dovrebbe essere inteso in senso minimo, ossia come ostativo allo svolgimento di attività cognitive orali meramente ripetitive di quelle già svolte in primo grado, inidonee, secondo il convincimento motivato del giudice, ad acquisizioni probatorie originali idonee ad incidere sull'esito già reso.

⁵¹ A. BARGI, *La rinnovazione istruttoria in appello tra potere discrezionale del giudice e diritto alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 95.

Tuttavia, la giurisprudenza non potrebbe considerare superflua o irrilevante la richiesta di una prova dichiarativa solo perché la relativa fonte sia stata già escussa in primo grado: la dialettica orale impone di ammettere la prova, se chiesta, purché la riescussione punti a illuminare lati oscuri o non lumeggiati in primo grado, non rilevando se si tratti della medesima fonte escussa nel primo giudizio. Così si contempererebbero durata ragionevole e diritto di difesa secondo logiche di bilanciamento razionale, ossia funzionale allo scopo della conoscenza dell'esperienza giudiziale concreta, che anche in appello, se non si risolve in una decisione di mero annullamento⁵², mira a stabilire fatti e responsabilità in luogo della prima sentenza, la quale, per i capi e i punti oggetto di nuova statuizione, diviene *tamquam non esset*.

Di certo, si è consapevoli che quanto alla attuale disciplina di cui all'art. 603 c.p.p., è necessaria una forzatura interpretativa in via estensiva, per indirizzarlo in senso costituzionalmente orientato: più che un intervento frettoloso e disorganico, come era stata la legge n. 46 del 2006, indubbiamente dettato da contingenze di tipo politico, la cui 'malasorte' fulminante, come detto, è nota a tutti⁵³, occorre un serio ripensamento in punto di diritto positivo dell'appello, come del resto del ricorso per cassazione.

Se, di sicuro il legislatore deve intervenire per eliminare la contraddizione inaccettabile di consentire un giudizio di colpevolezza emesso per la prima volta in appello, senza il contraddittorio orale di fronte al giudice chiamato a decidere, con la chiara violazione del diritto di difesa (idonea a vanificare l'impianto assestato con il giusto processo) è del pari urgente l'intervento per limitare gli usi pretestuosi, soprattutto in senso dilatorio, del congegno, che sono sotto gli occhi di tutti, e forse a quasi tutti graditi, meno che certamente alle vittime: ma questo discorso ci porterebbe lontano. Non presentare appello da parte dell'imputato significherebbe, del resto, non approfittare delle "uscite di sicurezza" dal processo: declaratoria di proscioglimento per prescrizione, *in primis*.

Insomma, se è inaccettabile un processo presidiato da prerogative difensive

⁵² Sulle sentenze di annullamento v. C. FIORIO, *Funzioni, caratteristiche ed ipotesi del giudizio d'appello*, in *Le impugnazioni penali*, A. Gaito (a cura di), vol. I, cit., 361 s.; M. MENNA, *Il giudizio d'appello*, Napoli, 1995, 359.

⁵³ Corte cost., sent., n. 26 del 2007, in *Cass. Pen.*, 2007, 1183, con commento sostanzialmente favorevole di M. CERESA, GASTALDO, *Non è costituzionalmente tollerabile la menomazione del potere di appello del pubblico ministero*. Per un quadro sintetico sugli interventi successivi della corte costituzionale, che hanno riportato la disciplina dell'appello in punto di poteri delle parti allo *status quo ante*, v. A. CAPUTO, *I poteri di impugnazione delle parti: il punto dopo le più recenti pronunce della corte costituzionale*, in *Cass. Pen.*, 2010, 562 s.

attenuate rispetto a quelle assicurate in primo grado, a causa dell'asestamento sull'utilizzazione dei protocolli del processo di primo grado, abdicando alle effettive conoscenze "indispensabili per giudicare"⁵⁴, è altrettanto inaccettabile l'uso (meglio, l'abuso) pretestuoso di appello (come del ricorso per cassazione) per lucrare l'ampia via di uscita della prescrizione o le strade secondarie dell'amnistia o di leggi più favorevoli. In nessuno dei casi si può dire assicurata una "giusta decisione". Del resto, l'inerzia del legislatore non appare giustificabile: se avesse voluto porre rimedio alla patologia della prescrizione lo avrebbe fatto, ma, come noto, le modifiche sono andate semmai in senso opposto.

Proprio muovendo da questa consapevolezza non si vuole di certo sostenere in modo massimalistico la necessità di procedere sempre, *ex novo et integro*, all'attività istruttoria in appello; tuttavia l'asestamento sugli itinerari giudiziali già tracciati, con la conseguenza di risolvere il secondo processo in una rivalutazione *ex actis*, non dovrebbe essere ammissibile in caso di appello del pubblico ministero avverso una sentenza liberatoria.

Il recupero dell'attività cognitiva dialogica dovrebbe comunque andare di pari passo con un intervento legislativo diretto ad allungare i tempi di prescrizione, o, forse, a scegliere la strada più intransigente ma più coerente: la sospensione dei termini di prescrizione, dal momento della presentazione dell'appello come anche l'obliterazione del divieto di *reformatio in peius* se l'impugnazione sia presentata dall'imputato.

A fortiori, il giudice di secondo grado deve poter essere messo in condizioni di svolgere l'attività probatoria non solo ogni qual volta la ritenga necessaria - il che sarebbe implicito nell'atto che la disponesse - ma altresì se la parte privata ne chieda l'acquisizione, dovendo il giudice, nel respingerla motivare analiticamente sulla non necessità. Quanto poi al processo di secondo grado su appello del pubblico ministero avverso una sentenza liberatoria, la necessità dell'acquisizione delle conoscenze nel contraddittorio per la prova dovrebbe da ritenersi *in re ipsa*, con una sorta di presunzione di necessità, *iuris et de iure*, pena la violazione dell'art. 111, co. 4, Cost., a meno di trasformare la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in disciplina eccezionale, disattendendo lo statuto euristico e il contesto di garanzie individuali del modello processuale interno come di quello sovranazionale.

Invece, il fatto che a prescindere dal tipo di sentenza appellata, il parametro della "necessità per la decisione" ai fini dell'ammissione di una prova non

⁵⁴ M. MASSA, *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale*, cit., 65.

nuova, sia interpretato in termini rigidi, relegando la rinnovazione a situazione residuale o eccezionale è un retaggio(o un'insidiosa suggestione?) della cultura di inquisitoria memoria.

In termini di prassi applicativa il ragionamento dovrebbe venire invertito: la necessità dell'attività istruttoria del giudice di appello condizionata alla valutazione «di non essere in grado di decidere allo stato degli atti» dovrebbe essere insindacabile se considerata in positivo, ossia ogni qual volta il giudice abbia il dubbio ragionevole sul giudizio di proscioglimento già emesso. Se poi si dovesse orientare a non ammettere l'attività istruttoria richiesta, attestandosi sui protocolli del primo giudizio, dovrebbe motivare in modo esplicito ed analitico la scelta omissiva, riguardo ad 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 irrilevanti, fermo restando che chiedere di riescutere una fonte già escussa non è di per sé superfluo né irrilevante, dovendo guardare ai fatti e alle circostanze su cui chieda la prova.

Ma 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'.