

# CONVEGNI

---

## ALFREDO GAITO

### Vecchio e nuovo a proposito della rinnovazione in appello<sup>1</sup>

Per quanto già bene rappresentato da Daniela Chinnici, le disparate autorità giudiziarie italiane violano i diritti fondamentali dell' imputato ex art. 6, § 3, lett. d), CEDU ogni qualvolta, nel riformare in senso peggiorativo la sentenza liberatoria, non provvedono a riassumere o rinnovare le prove decisive a carico, spesso costituite dalle dichiarazioni della persona offesa ma anche di quei collaboratori di giustizia che nel primo giudizio erano state ritenute insufficienti.

La evocata norma convenzionale, invero, prevede che «ogni accusato ha diritto di [...] esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico» e trova applicazione in ogni grado di giudizio.

Uno dei requisiti del processo equo, del resto, è da rinvenirsi nella possibilità per l'accusato di ottenere un confronto con i testimoni alla presenza del giudice del giudizio, cioè proprio di quello che, volta per volta, è deputato a decidere il caso, in quanto le dirette valutazioni di chi è investito della decisione circa il contegno e la credibilità di alcuni testi non possono non avere conseguenze dirette per l'accusato (si legga Corte EDU, Hanu c. Romania, del 2013).

Si tratta di un diritto irrinunciabile che trova fondamento nell'assoluta rilevanza ed imprescindibilità del principio di immediatezza della prova e, quindi, dell'assunzione di essa dinanzi al giudice che assume la decisione terminativa della fase pendente (il riferimento è a Corte EDU, P.K c. Finland del 2002, e, *mutatis mutandis*, Corte EDU, Milan c. Italia del 2003).

Sicché, nel caso in cui una Corte d'appello sia chiamata ad esaminare i fatti e la legge applicabile, e quindi a compiere una valutazione completa circa la colpevolezza o l'innocenza dell'imputato, la stessa non può, secondo i principi del giusto processo, correttamente giungere a decidere di tali questioni senza effettuare una valutazione diretta delle prove (qui penso a Corte EDU, Popovic c. Moldavia del 2007; Corte EDU, Costantinescu c. Romania del 2000; Corte EDU, Marcos Barrios c. Spagna del 2010), posto che una condanna

---

<sup>1</sup> Testo della Relazione svolta a Mestre il 10 aprile 2015, in occasione del seminario "La rinnovazione in appello" organizzato dalla Camera Penale Veneziana "Antonio Pognici".

emessa senza che imputato e testimoni siano stati ascoltati di persona nel giudizio di appello, quando l'imputato medesimo è stato assolto in primo grado, oltre a ridurre significativamente i suoi diritti di difesa non soddisfa le esigenze di un processo equo (come stigmatizzato da Corte EDU, Manolachi c. Romania del 2013).

Del resto, il principio di immediatezza può ritenersi attuato, tanto nell'ordinamento nazionale quanto in quello sovranazionale, solo quando sussista un rapporto privo di intermediazioni tra l'assunzione della prova e la decisione.

Insomma.

Perché una pronuncia di colpevolezza possa ritenersi "equa", soprattutto se in riforma di una precedente decisione assolutoria, è necessario che la stessa sia assunta per il mezzo di un metodo cognitivo in cui il giudice chiamato a pronunciarsi conosca direttamente gli elementi di prova. Con la conseguenza che, nel caso in cui il compendio cognitivo sia costituito esclusivamente da fonti dichiarative, è imprescindibile che l'organo giudicante sia posto nella condizione di udire personalmente i testimoni ritenuti decisivi, al fine di poterne valutare ed apprezzare l'attendibilità.

Nondimeno, la stretta connessione che sussiste tra l'immediatezza e la valutazione delle fonti di prova impone che il completo e complesso elemento dell'accertamento della responsabilità venga eseguito non già mediante una semplice rilettura cartolare delle parole verbalizzate, bensì attraverso la diretta assunzione delle dichiarazioni testimoniali.

Il diritto garantito dall'art. 6, § 3, lett. d, C.e.d.u., d'altro canto, si basa sul principio secondo il quale affinché un imputato possa essere dichiarato colpevole, tutti gli elementi di prova a carico debbono essere prodotti in sua presenza e in pubblica udienza ai fini del contraddittorio (in particolare, pesa Corte EDU, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito del 2011).

Invero, nel caso in cui un provvedimento di condanna si fondi unicamente o in misura determinante sulla deposizione di un testimone assente, i diritti della difesa possono subire delle restrizioni incompatibili con le garanzie prescritte dall'art. 6 della Convenzione, secondo la regola della c.d. *prova unica o determinante*.

In particolare, un provvedimento di condanna basato esclusivamente su una testimonianza non sottoposta a controinterrogatorio nella fase dell'istruzione né a controesame in quella del dibattimento, integra una violazione dell'art. 6, § 1 e § 3, lett. d, CEDU, se il pregiudizio così arrecato alla difesa non sia stato controbilanciato da elementi sufficienti ovvero da solide garanzie procedurali in grado di assicurare l'equità della procedura nel suo insieme.

La mancata escussione dei testi in dibattimento e la lettura delle dichiarazioni precedentemente rese, infatti, possono ritenersi ammissibili soltanto qualora le dichiarazioni stesse, in concreto, non abbiano avuto un ruolo decisivo sulla statuizione di condanna.

Troppo spesso, invece, l'affermazione di responsabilità dell'imputato avviene ancora esclusivamente sulla base della rilettura cartolare delle testimonianze o delle chiamate in correità o in reità rese nel precedente grado di giudizio nel quale, tuttavia, diverso organo giudicante era addivenuto ad una pronuncia di assoluzione.

Il fenomeno è esasperato, addirittura, se e quando l'imputato in sede di udienza preliminare aveva chiesto che il processo fosse definito con le forme del rito abbreviato, così rinunciando ai suoi diritti ad ottenere la convocazione dei testimoni, la produzione delle nuove prove e l'interrogatorio dei testimoni a carico. Ma non si può sottovalutare che tale rinuncia ha luogo e rimane valida soltanto sul presupposto che nessuna attività istruttoria *in malam partem* venga compiuta nel corso della progressione procedimentale.

Questa aspettativa legittima dell'imputato, però, viene frequentemente delusa dai giudici del rito abbreviato che, sollecitati nei loro poteri istruttori dal p.m., frequentemente ritengono di dover ascoltare in aula un nuovo dichiarante, gli apporti del quale non erano ricompresi tra gli atti depositati *ex art. 415 bis c.p.p.*

Soprattutto quando si tratta di dichiarazioni rese da un collaboratore di giustizia, che non possono assumere da sole una valenza probatoria sufficiente a fondare una pronuncia di condanna, mutato il quadro di riferimento in base al quale l'imputato aveva operato la scelta del rito, sarebbe necessario assumere nel contraddittorio delle parti anche le altre dichiarazioni (pur se già in atti) che - di per sé inidonee a costituire prova autonoma - costituiscono il riscontro normativamente richiesto alle provalazioni del pentito di turno. All'imputato, però, proprio in virtù della rinuncia conseguente all'instaurazione del rito alternativo, la prassi preclude qualsiasi esercizio del diritto alla prova.

Accade altresì che il primo grado di giudizio si concluda con una pronuncia assolutoria; ma che in grado di appello l'assoluzione deliberata nel giudizio abbreviato con integrazione probatoria venga riformata in senso peggiorativo nei confronti dell'assolto, senza che però vengano riassunte o rinnovate le prove dichiarative già acquisite nel primo giudizio, nonché le altre che ne costituiscono una parte integrante.

Io ritengo, francamente, che un imputato deve poter aspettarsi che lo Stato agisca in buona fede e tenga debitamente conto delle scelte processuali della

difesa, utilizzando le possibilità offerte dalla legge. Mentre reputo contrario al principio della sicurezza giuridica e della tutela della fiducia legittima delle persone sottoposte a giudizio che uno Stato possa, in maniera unilaterale, ridurre i vantaggi derivanti dalla rinuncia ad alcuni diritti inerenti alla nozione di processo equo. Poiché tale rinuncia viene fatta in cambio alcuni vantaggi, tra i quali quello di essere giudicato “allo stato degli atti”, non si può considerare equo che, una volta che le autorità interne competenti abbiano accettato di adottare una procedura semplificata, un elemento fondamentale dell'accordo tra lo Stato e l'imputato venga modificato a svantaggio di quest'ultimo senza il suo consenso.

Se, infatti, è vero che gli Stati contraenti non sono costretti dalla Convenzione europea a prevedere delle procedure semplificate, rimane comunque il fatto che, quando tali procedure esistono e vengono adottate, i principi del processo equo impongono di non privare arbitrariamente un imputato dei vantaggi ad esse connessi (è esemplare in questa prospettiva la lezione impartita da Corte EDU, Scoppola c. Italia del 2009).

L'omissione, dunque, da parte della Corte di appello, che ritiene di non provvedere a riassumere o rinnovare le prove dichiarative disponibili e decisive ai fini della condanna, comporta per l'effetto una violazione del principio di immediatezza, nonché una sensibile riduzione dei diritti della difesa e perciò deve essere ritenuta contraria alle esigenze di un processo equo ai sensi dell'art. 6, § 1, della Convenzione europea.

Né a tal proposito potrebbe obiettarsi che l'imputato avrebbe dovuto specificamente richiedere nei tempi e nei modi di rito agli organi giudicanti l'escussione dei testimoni, atteso che in casi analoghi la Corte europea ha avuto modo di osservare che le autorità nazionali sono tenute ad adottare le misure relative, persino qualora l'istante non abbia formulato alcuna richiesta in tal senso (il richiamo è all'affermazione enunciata da Corte EDU, Danila c. Romania del 2007, cfr. spec. § 41; poi reiterata in Corte EDU, Gaitanaru c. Romania del 2012; e ribadita in Corte EDU, Hanu c. Romania del 2013).

Senza trascurare che la prosecuzione del processo per ulteriori gradi di giudizio, fino all'annullamento di quanto irritualmente statuito (e si tratta normalmente di anni dalla decisione liberatoria) -prosecuzione scaturita da una pronuncia di condanna che non sarebbe dovuta essere emessa a fronte della illegittimità convenzionale della procedura seguita dalla Corte d'appello- comporta una lesione del diritto alla vita dell'imputato, tutelato dall'art. 2 della Convenzione, dovendosi lo stesso processo penale essere considerato una pena (e a questo proposito il ricordo torna a Carnelutti, che scriveva di pena e processo e del processo come pena).

Io sono fondamentalmente convinto che i docenti di procedura penale (me incluso) abbiano sbagliato qualcosa al momento del passaggio dal Codice Rocco al Codice Vassalli, ed abbiamo sbagliato parecchio -lo dico in chiave di autocritica- non soltanto da oggi, in tema di impugnazioni, essendo agevole a livello empirico verificare che l'assetto delle impugnazioni licenziato dalla Commissione ministeriale incaricata di realizzare l'articolato codicistico nel rispetto dei paletti fissati dalla Legge-Delega non aveva letteralmente tenuto conto della riforma delle prove e del giudizio di primo grado. Sarebbe ora che magari uno storico del diritto provasse a rileggere trent'anni dopo i verbali e quant'altro concernente i lavori della Commissione Pisapia (atti interni, probabilmente non consultabili liberamente, una copia dei quali fu da me affidata, previa autorizzazione del Ministro Vassalli, alla Biblioteca dell'Università di Perugia).

Sta di fatto che ancora oggi noi scontiamo il peccato originale consistente nell'aver tollerato che fosse acriticamente riprodotta nelle disposizioni sull'appello del Codice Vassalli (sia detto di passata: il codice democratico della svolta processuale in senso accusatorio), la medesima struttura normativa che aveva caratterizzato il processo inquisitorio delineato nel Codice Rocco; il che si poneva in rotta di collisione con la nuova elaborazione dinamica della prova in pienezza di contraddittorio e con appagante effettività della difesa.

Ecco, mentre ancora si tarda almeno ad aggiustare con un co. 1-bis l'art. 603 c.p.p., io credo che siano maturi i tempi per riscrivere *funditus* l'appello penale in sintonia con le linee-guida del giusto processo in ogni stato e grado del procedimento, perché l'appello è il problema cruciale. Come dice il Consigliere Citterio, grazie anche alla piegatura culturale offertami dall'Accademia, io sono spesso un avvocato per così di dire di secondo livello, che forse pratica più le aule di legittimità che non i corridoi dei giudici di merito; sta di fatto che arrivano alla mia attenzione degli Atti di appello che sono scritti in una maniera tale che è praticamente impossibile rivitalizzare poi nel giudizio di cassazione, nella prospettiva della ortodossa valutazione della prova mancata, della considerazione adeguata della prova mancata ma disponibile....

E qui rischierei di avviarmi verso qualche divagazione di troppo rispetto al tema assegnato, ma le suggestioni sono state talmente tante che man mano che riaffiorano vorrei cercare di razionalizzare qualche cosa.

È stato posto, poc'anzi, un interrogativo: che cosa deve fare nel giudizio in appello l'imputato già assolto in primo grado, per non correre il rischio di ricevere una riforma in termini di condanna? Perché mai l'assolto dovrebbe chiedere l'elaborazione di ulteriori prove? Si oppone all'iperattività proces-

suale una regola generale, che è quella dell'interesse. Senza l'interesse, l'impugnazione è inammissibile.

L'imputato assolto non dovrebbe avere alcun interesse ad addurre ulteriori elementi di prova. A meno che nel frattempo, con l'alternanza delle regole dell'onere probatorio, il Procuratore Generale abbia già prospettato l'assunzione di un *quid pluris* a carico, e allora la mano passa e bisogna ripristinare gli equilibri.

Nel momento applicativo, bisogna comprendere qual è la situazione soggettiva del Giudice d'appello che sta verificando un'impugnazione del Pubblico Ministero avverso una sentenza di assoluzione. A ben vedere, le cose sono piuttosto semplici: in prospettiva generale ed astratta, il Giudice d'appello può esercitare con la massima espansione i poteri tipici della giurisdizione penale, in quanto l'art. 598 c.p.p. gli conferisce gli stessi poteri del Giudice di primo grado; in concreto, però, la Corte Europea - e prima o poi dovremo cercare di capire che efficacia hanno queste statuizioni europee - ha scandito una regola di esclusione, che evoca in qualche misura quel pasticciaccio provocato dai balletti legislativi, alternati ad una famosa sentenza della Corte costituzionale, attorno all'art. 513 c.p.p. sul finire degli anni novanta. Se non ha rielaborato oralmente le prove disponibili in contraddittorio, non può ribaltare la decisione: questo è il limite ai poteri decisori del Giudice imposto dall'Europa.

Le norme europee e le decisioni delle due Corti, di Lussemburgo e di Strasburgo, non sono mai articolate in maniera teorico-astratta su scatole vuote fatte di definizioni e di nozioni elastiche. L'ordito normativo e la elaborazione giurisprudenziale del giusto processo europeo sono imperniati sulla descrizione di situazioni e sulla attribuzione di diritti immediatamente esigibili. Ad esempio. Sul piano degli enunciati sovranazionali l'imputato ha diritto a che siano salvaguardate in assoluto la sua vita privata e la sua riservatezza. Al livello delle disposizioni interne i diritti dell'imputato soccombono all'enunciazione delle regole operative (peraltro elastiche) per compiere le intercettazioni telefoniche. Voglio solo evidenziare il diverso metodo di approccio: noi non abbiamo una disciplina diretta del diritto alla *privacy* nel processo penale; mentre in Europa il combinato tra norme della Convenzione e giurisprudenza delle Corti assicura anzitutto il diritto del singolo alla *privacy*, che può essere attenuato soltanto in casi specifici individuati non mai in riferimento a tipi di reato, bensì in rapporto a situazioni peculiari quali la tutela della sicurezza pubblica, della sanità, per esigenze di ordine pubblico, dello Stato.

In questo contesto i principi di scaturigine sovranazionale non dovrebbero essere stemperati o addirittura elusi attraverso operazioni di ardito equilibrio esegetico, troppo spesso ispirate non più che dall'esigenza contingente di salvare determinate condanne!

L'altro problema grosso per affrontare e risolvere la questione dell'appello, a far data dall'affiorare del problema a livello europeo (e giova solo accennare che solitamente facciamo tutti riferimento a Corte EDU, Dan c. Moldavia del 2011, quale decisione antesignana, ma in realtà Dan contro Moldavia non è stata la prima decisione europea in cui venne affermato che il Giudice d'appello non può riformare l'assoluzione in condanna senza previamente rielaborare in contraddittorio le prove orali disponibili:

La Corte di Strasburgo da molto tempo aveva avviato una interessante operazione ricostruttiva delle implicazioni concrete dei principi dell'oralità, dell'immediatezza e del contraddittorio nei giudizi d'impugnazione, con particolare attenzione al tema della *reformatio in peius* di una sentenza assolutoria di primo grado senza rinnovazione della fonte di prova decisiva. Si impone il ricordo di Corte EDU, Delcourt c. Belgio del 1970, laddove si disse che «quando un sistema nazionale prevede un diritto d'appello, l'art. 6 debba applicarsi anche ai procedimenti di secondo grado». E non può essere ignorata Corte EDU, Unterpertinger c. Austria del 1986, nel senso che «qualora un giudice d'appello sia chiamato ad esaminare un caso in relazione ai fatti di causa e alla legge, e a fare una valutazione completa della questione relativa alla colpevolezza o all'innocenza del ricorrente, non può, per una questione di giusto processo, adeguatamente stabilire questi problemi senza una valutazione diretta delle prove».

E allora: possiamo voltare pagina, nel senso che ormai le sentenze di assoluzione non potranno più essere riformate, a meno che non sia stata rielaborata la prova?

Il punto è: ma tutte queste plurime decisioni europee sono vincolanti o no per i giudici italiani?

La recentissima sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale, depositata circa due settimane fa, in tema di confisca e presunzione di innocenza, ha forse rimesso in discussione i rapporti fra Corte Europea e Giudici interni. Dopo un periodo di dialogo fra le massime Corti, che si era aperto all'epoca delle sentenze gemelle, questa decisione rischia di inaugurare una stagione di tensioni, perché è arrivata ad affermare che le sentenze che non siano state pronunciate dalla *Grande Chambre* non sono vincolanti per il Giudice nazionale. Per l'effetto, qualora non condivida un orientamento innovativo affermato da una sezione semplice della Corte di Strasburgo, il giudice interno,

non è tenuto ad interpretare la legge italiana in conformità col principio di diritto ricavabile da tale pronuncia.

L'avv. Zaffalon aveva parlato di fonti, di nuovo ordine, di gerarchia; in questa maniera, però, vi è il rischio di alterare unilateralmente la gerarchia delle fonti. Io non so se e quanto possa essere vincolante per i giudici interni una decisione della Corte costituzionale che non si manifesta come una sentenza di illegittimità, bensì in forma di declaratoria di inammissibilità, però quei principi ormai sono stati scanditi.

Ora: le varie "Manolachi c. Romania", "Dan c. Moldavia" e così via, non sono sentenze pronunciate dalla *Grande Chambre*.

Breve: a scongiurare future condanne con conseguenti rimedi compensatori a carico del nostro Paese, *id est* a tutto danno di noi contribuenti, non è più rinviabile uno specifico intervento legislativo di adeguamento dell'assetto normativo delle impugnazioni penali al giusto processo europeo. Il nostro giudizio di appello dovrebbe essere ristrutturato in tutt'altra maniera, in diretta correlazione e con intima coerenza rispetto alle cadenze del giudizio ordinario di primo grado, con rispetto integrale per il contraddittorio, contemplando magari meccanismi negoziali che prevedano una rinuncia alla prova anche o soltanto in appello. Quelle decisioni europee del passato indicate poc'anzi, che alimentano comunque la cultura del giusto processo, premono verso una svolta più garantista e rispettosa della necessaria omologazione di tutte le fasi del processo.

Quanto agli altri spunti, senza pretesa di completezza, anzi al contrario con la certezza di non potermi soffermare in maniera analitica su di essi, anche a causa del tempo, che oggi è letteralmente volato.

Condivido la prospettiva di riforma volta a restituire al Giudice *a quo* la competenza sull'ammissibilità dell'impugnazione proposta, perché questo servirebbe a sfoltire, almeno in prima battuta, il carico di una Corte di cassazione, che lamenta sempre di essere assediata; certo però che, poi, contro la decisione di inammissibilità sarebbe proponibile ricorso per Cassazione...

Ma forse il nodo del problema non è tanto quello di individuare in maniera ottimale chi debba dichiarare l'inammissibilità delle impugnazioni in generale e del ricorso per cassazione in particolare, quanto piuttosto quello di stabilire in quale momento devono averarsi l'esecutività, l'irrevocabilità della sentenza. Il sistema di oggi aggancia il passaggio in giudicato alla data di pronuncia della ultima decisione, quindi -in ipotesi di ricorso- la sentenza terminativa della Corte di cassazione. Io mi permetto di segnalare che se venisse stabilita la regola che la declaratoria di inammissibilità del ricorso, quando è per causa originaria, ha natura dichiarativa con effetto *ex ante* sin dal momento in cui è



scaduto il termine per impugnare, potrebbe venir meno una buona parte del carico di lavoro che impegna i giudici di legittimità sui ricorsi pretestuosi volti unicamente a procrastinare verso la cortina dei lustri l'esecuzione della pena.

Dei problemi innescati dalla nuova normativa sulla particolare tenuità del fatto, appena entrata in vigore, dovremo parlare in altra occasione, perché il discorso su questo tema sarebbe troppo impegnativo in questo momento e non voglio relegare a margine le conclusioni dell'avv. Petrelli.

Così analogamente bisognerà rimandare ad altra occasione i profili delle nuove frontiere dell'incidente di esecuzione e degli innovati spazi di intervento del giudice dell'esecuzione nel segno dell'individuazione della pena "legale", alla luce dell'esperienza di quello che è successo nelle nostre aule di giustizia con le conseguenze della sentenza della Corte costituzionale che ha dichiarato illegittima la simmetria della pena per le droghe leggere.

Perdonate se non vi ho soddisfatto appieno, sull'appello e sui temi collaterali sollevati dall'avv. Zaffalon, dalla prof. Chinnici e dal cons. Citterio. Spero però di avere almeno offerto concrete sensazioni di... tentata giustizia, insinuando nell'attento uditorio dubbi costruttivi e soprattutto ravvivando quell'atteggiamento europeisticamente orientato che è irrinunciabile per ogni avvocato penalista nell'attuale momento storico.