

LE IMPUGNAZIONI PENALI

Trattato diretto da
ALFREDO GAITO

*

contributi di:

DANIELE CENCI, CARLO FIORIO,
ALFREDO GAITO, OTTELLO LUPACCHINI, MARIANGELA MONTAGNA,
SERGIO SOTTANI, CRISTIANA VALENTINI, GABRIELE LINO VERRINA

goderebbe dell'analogia tutela apprestata all'imputato condannato in primo grado. Infatti avverso la sentenza di primo grado sono ammissibili delle doglianze non esercitabili avverso la sentenza di primo grado, proprio per il vincolo che l'art. 606 c.p.p. pone alle censure invocabili innanzi al giudice di cassazione. Infatti non sarebbe utilizzabile la denuncia del vizio di motivazione, come poteva avvenire nella vigenza dell'art. 524 c.p.p. 1930, in quanto quest'ultimo non è sindacabile ai sensi dell'art. 606, 1° co., lett. b, c.p.p. («inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tener conto nell'applicazione della legge penale»), proprio per la presenza dell'autonomia previsione dell'art. 606, 1° co., lett. b, c.p.p.

In effetti non pare esservi alcun dubbio sull'impossibilità che la cassazione possa, come invece riusciva nel vigore dell'art. 524 c.p.p. 1930 tramite l'esame del vizio di motivazione, approfondire il giudizio sul merito dell'imputazione e sul fatto, in quanto il difetto di motivazione di un provvedimento non solo costituisce un'autonomia ipotesi, ma presuppone che il vizio stesso risulti «dal testo del provvedimento impugnato». Con ciò sembra impedirsi al giudice di cassazione l'accesso agli atti processuali, non richiamati nella motivazione.

Sezione III I riflessi della normativa internazionale e delle riforme interne sul sistema delle impugnazioni

SOMMARIO: **1.** Obbligo del legislatore delegato del 1987 di adeguarsi alla normativa delle convenzioni internazionali. **2.** Collocazione nel sistema delle fonti giuridiche dei trattati internazionali relativi ai diritti delle persone ed al processo penale. **3.** Diritto al doppio grado di giudizio nelle convenzioni internazionali. **4.** Il diritto patrizio sul principio del doppio grado nella giurisprudenza costituzionale. **5.** Il doppio grado di giudizio nel diritto comunitario europeo. **6.** Tendenziale equiparazione del giudizio di secondo grado ad un giudizio di legittimità. **7.** Tutela dei diritti umani riconosciuti nei trattati convenzionali all'interno dell'organismo comunitario. **8.** Duplice valenza del principio del doppio grado: riesame e strumento nomofilattico. **9.** La valutazione della prova nel sistema cognitivo processuale penale. **10.** La valutazione della prova ed il doppio grado di giudizio. **11.** La modifica delle fonti. **12.** L'introduzione del giudice unico di primo grado.

1. Obbligo del legislatore delegato del 1987 di adeguarsi alla normativa delle convenzioni internazionali • Il rito penale entrato in vigore nel 1989 appare precocemente invecchiato per le interpolazioni effettuate dalle modifiche legislative e dalla pronunzia della giurisprudenza costituzionale intervenute nel corso degli anni. La progressiva accresciuta importanza del diritto internazionale impone di verificare se l'impianto attuale del codice necessita di ulteriori aggiornamenti.

L'art. 2 legge delega n. 81 del 1987 vincolava i compilatori del codice ad adeguarsi alle «norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale».

Gli obblighi del legislatore nazionale e correlativamente il campo d'indagine del giudice statale si ancorano ai parametri dettati dai principi di diritto internazionale, specificamente riconosciuti in appositi trattati internazionali, ed alle regole statuite dal diritto comunitario europeo.

Al riguardo si può distinguere il concetto di «equo» processo, con riferimento alle garanzie internazionali previste dalla convenzioni relative alla tutela dei diritti dell'uomo, e quello di «giusto» processo, riferibile al collegamento tra il diritto comunitario con quello costituzionale ed interno degli ordinamenti statuali.¹

¹ Micuazza, *Il doppio grado di giurisdizione internazionale*, la giurisprudenza della Corte Costituzionale ha espressamente richiamato il concetto di «giusto processo»: cf. UBERTIS, *Rilanciato il «giusto processo»*, DPP, 1996, 792.

I trattati internazionali che rilevano sul punto sono la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, proclamata a New York, in seno alle Nazioni Unite il 10.12.1948 (in particolare gli articoli 10 e 11 che riaffermano il diritto dell'imputato a tutte le garanzie necessarie per un'equa e pubblica udienza), la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, sottoscritta a Roma il 4.11.1950, entrata in vigore il 3.9.1953 e ratificata dall'Italia con la l. 8.8.1955, n. 848 (segnatamente l'art. 6, che impone agli Stati parti di assicurare l'indipendenza e l'imparzialità del giudice), il Patto internazionale sui diritti civili e politici, firmato a New York il 19.12.1966 dopo l'approvazione dell'Assemblea generale dell'O.N.U. il 16.12.1966, ratificato e reso esecutivo dall'Italia con la l. 25.10.1977, n. 881 ed entrato in vigore il 23.11.1978.

Il richiamo contenuto nella legge delega per l'emanazione del codice di procedura penale del 1988 impone di esaminare in quale grado vadano collocate le fonti pattizie e se, in virtù dell'art. 76 Cost., le stesse possano essere considerate quali parametri di costituzionalità delle disposizioni emanate dal legislatore delegato.

2. Collocazione nel sistema delle fonti giuridiche dei trattati internazionali relativi ai diritti delle persone ed al processo penale • In tema di impugnazioni, la gerarchia delle fonti di produzione normativa è particolarmente importante alla luce dell'art. 14, 1° co. del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 19.12.1966, ratificato dall'Italia con l. 25.10.1977, n. 881 («*Toute personne déclarée coupable d'une infraction a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité et la condamnation, conformément à la loi*») che stabilisce un principio analogo a quello contenuto nel testo, ratificato e reso esecutivo con l. 9.4.1990, n. 98, del Protocollo addizionale n. 7 alla Convenzione Europea, per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, entrata in vigore per l'Italia il 26.10.1985 in virtù della sua ratifica ed esecuzione mediante la l. 4.8.1955, n. 848 («1. 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. L'esercizio di questo diritto, ivi inclusi i motivi per cui esso può essere invocato, sarà stabilito per legge» 2. Tale diritto potrà essere oggetto di eccezioni in caso di infrazioni minori come stabilito dalla legge o in casi nei quali la persona interessata sia stata giudicata in prima istanza da un tribunale della giurisdizione più elevata o sia stata dichiarata colpevole e condannata a seguito di un ricorso avverso il suo provvedimento»).

Ancor prima di esaminare il contenuto e l'esatta interpretazione delle norme convenzionali,² è necessario affrontare la questione sulla collocazione sistemica della normativa pattizia.

In ordine all'efficacia di quest'ultima sul diritto interno possono individuarsi quattro filoni di pensiero.³ Il primo si fonda sulla natura di «norme di diritto internazionale generalmente riconosciute» delle disposizioni contenute nelle due convenzioni sui diritti umani per sostenere che l'ordinamento giuridico italiano si dovrebbe conformare a queste ultime, ai sensi dell'art. 10, 1° co., Cost..

Tale tesi presta il fianco ad un'opposizione di principio ed ad una nel merito. Pregiudizialmente, resta dibattuto il problema dell'efficacia da attribuire in generale alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, in quanto alla tesi che assegna a queste norme il valore di disposizioni costituzionali si contrappone quella che sostiene come l'inserimento delle norme debba avvenire al medesimo livello della legge ordinaria, sia pure con particolare resistenza rispetto ad abrogazioni da parte di fonti di pari grado.⁴

Nell'ambito di questo dibattito si è ritenuto che i trattati internazionali trovino tutela costituzionale, sempre alla luce dell'art. 10 Cost., in forza del principio generalmente riconosciuto «*pacta sunt servanda*» od in quello, che in realtà ne appare una mera variante terminologica, «*pacta recepta sunt servanda*».⁵ Il limite di queste concezioni risiede nella mancanza di un'effettiva tutela in caso di violazione del contenuto degli accordi convenzionali. Infatti il contrasto con la Costituzione non si verificherebbe per l'inosservanza di una disposizione, in quanto la norma di diritto internazionale sarebbe rispettata al momento dall'avvenuta stipulazione e/o ratifica del Patto, quanto invece dall'inosservanza degli obblighi del trattato. La difficoltà di individuare le prescrizioni convenzionali in concreto violate costituisce l'aspetto più ostico per l'accoglimento di tale opinione.

Nel merito, si può obiettare che solo alcuni dei principi affermati nelle convenzioni internazionali possono considerarsi espressione di norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, con particolare riferimento alla costante e

² Sui rapporti fra l'art. 6 della Convenzione europea e doppio grado di giurisdizione, CUAVARO, Processo, cit., 232 ss. Cfr. anche PEDRAZZI, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e protocollo addizionale n. 7: una nuova tappa nella tutela delle garanzie fondamentali, RIDU, 1992, 453 e, segnatamente, 476 ss.

³ Il tema è esaurientemente trattato da SERRES, Il principio, cit., 171 ss., con richiami di orientamento e di dottrina.

⁴ Fattore della prima tesi LA PEROLA, Cos-

⁵ Quadrato, Diritto internazionale pubblico, Napoli, 1968, 64 ss.; D'ARENA, Gerarchia delle fonti e adattamento ai trattati internazionali, GiC, 1989, I, 1482.

systematica violazione dei diritti umani. In effetti sembra arduo sostenere che il diritto al doppio grado di giudizio possa considerarsi espressione di un generale riconoscimento internazionale, se non altro per la tenace opposizione che la giurisprudenza costituzionale da sempre manifesta per il riconoscimento di un tale diritto nel nostro ordinamento interno.

Una seconda impostazione richiama l'art. 11 Cost.,⁶ ma anche questa tesi non sembra meritevole di accoglimento sia per il contenuto della norma costituzionale, che ha per oggetto i rapporti internazionali di pacifica convivenza e di giustizia tra gli Stati, sia per le limitazioni di sovranità ivi ipotizzate.

Una terza via⁷ ricorre all'affermazione dell'art. 2 Cost. secondo cui la «Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo». Anche a questa tesi si oppongono rilievi pregiudiziali e di merito. In primo luogo, si reputa inammissibile la tutela, ai sensi dell'art. 2 Cost., di diritti diversi da quelli già disciplinati e riconosciuti dalla costituzione. Comunque, anche a voler accedere alla contrapposta teoria che affida all'art. 2 Cost. il ruolo di norma a fattispecie aperta, con la possibilità quindi di fornire la tutela costituzionale ai diritti dell'uomo riconosciuti dalla convenzioni internazionali, si nota che in ogni caso resta intatta la possibilità per il legislatore di disciplinare in via ordinaria gli strumenti per la concreta realizzazione dei diritti internazionalmente riconosciuti.

La quarta ed ultima opinione⁸ ritiene che, essendo l'art. 24 Cost. una norma a formulazione volutamente indeterminata, i principi stabiliti nelle convenzioni internazionali servono a consentire interpretazioni evolutive dello schema processuale ordinario. Tuttavia, anche quest'ultima tesi non impone alcun consistente vincolo normativo al legislatore nel senso di optare per un sistema delle impugnazioni caratterizzato da un doppio grado di giudizio.

All'esito di questa sintetica ricognizione sui contributi ermeneutici, va dunque rilevata l'assenza di una prescrizione a livello costituzionale che imponga al legislatore ordinario un secondo grado di merito.

In effetti, l'unico limite cogente è costituito dall'art. 2, 1° co., l. 16.2.1987, n. 81, sulla delega legislativa per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale, che vincolava i compilatori del codice ad adeguarsi alle «norme delle

⁶ Sul tema, Mori, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni Unite e Costituzione italiana*, RDI n. 1983.

⁷ Per l'esposizione di queste tesi, si rinvia a BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, EG, XI, Roma, 1989.

⁸ *valvola*, in forza dei quali le disposizioni come quella dell'art. 24 Cost. necessitano di un'opera di successiva integrazione, cfr. GUARINIELLO, *Diritti di difesa e giudizi di valore*, GiC, 1968, 2227; BALIERO, *Tutela sostanziale del diritto di difesa e nuovo corso della giurisprudenza*

convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale».

Considerato il valore solo mediato del diritto pattizio, in quanto receptio tramite un'apposita previsione della legge delega, secondo alcuni l'efficacia del diritto internazionale non opererebbe al di fuori dell'impianto originario del codice di rito del 1988. L'obbligo di adeguamento non si estenderebbe ad un legislatore diverso da quello delegato ai sensi della legge n. 81 del 1987.

Si è obiettato, che le norme codicistiche, anche se successive, non potrebbero porsi in contrasto con le previsioni di origine pattizia in quanto queste ultime derivano da una fonte riconducibile ad una competenza atipica e, come tale, insuscettibile di abrogazione o di modificazione ad opera di disposizioni contenute nella legislazione ordinaria.⁹ In questo modo si riconosce alle disposizioni delle convenzioni internazionali una particolare forza di resistenza rispetto alla normativa ordinaria successiva, in quanto alle prime andrebbe riconosciuta la natura di principi generali dell'ordinamento.

3. Diritto al doppio grado di giudizio nelle convenzioni internazionali • Nel nostro ordinamento esiste dunque la norma dell'art. 2 della legge n. 81 del 1987 che, a prescindere dal suo grado di resistenza rispetto a successive eventuali abrogazioni, vincolava il legislatore delegato. Tra le norme convenzionali, in tema di impugnazioni, si è segnalato l'art. 14, 5° co., del Patto internazionale sui diritti civili e politici secondo cui «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 alla legge».

Si è affermato¹⁰ che tale norma, anche alla luce dell'art. 2 del Protocollo n. 7 aggiuntivo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, pone un preciso vincolo normativo che sarebbe violato tutte quelle volte in cui l'imputato venga condannato per la prima volta in appello, a seguito della riforma dell'assoluzione pronunciata in primo grado. Secondo l'opinione in esame, già precedentemente esposta, nell'ipotesi in cui l'imputato venga condannato per la prima volta in appello, a seguito della riforma dell'assoluzione pronunciata in primo grado, questi non goderebbe dell'analoga tutela apprestata all'imputato condannato in pri-

⁹ MARZADURI, *L'identificazione del contenuto del diritto di difesa nell'ambito della previsione dell'art. 6 n. 3 lett. c) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, CP, 1997, 270, 178: «le previsioni codicistiche eventualmente contrastanti, per quanto successive, non avrebbero potuto determinarsi».

norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibile di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria».

¹⁰ FERKVA, *Il sindacato di legittimità*, cit., 176.

mo grado. Infatti avverso la sentenza di primo grado sono ammissibili delle doglianze non esercitabili avverso la sentenza di primo grado, per il vincolo che l'art. 606 c.p.p. pone alle censure invocabili innanzi al giudice di cassazione.

Tale opinione, che sembra imporre il vincolo della «doppia conforme», si pone in evidente contrasto con tutti coloro che ritengono soddisfatto il doppio grado di giudizio dalla possibilità concessa a ciascuno di essere giudicato per due volte.

Contrariamente alla tesi sostenuta dai fautori del doppio grado di giudizio di merito, e quindi a maggior ragione nei confronti di chi pretende la «doppia conforme», si rileva come tra i due testi pattizi esista una diversità terminologica che ha indotto alcuni commentatori,¹¹ pur nella condivisione dell'importanza del principio, a dubitare della reale efficacia innovativa della disposizione dell'art. 14, 5° co., del Patto, in quanto la ricezione nel nostro ordinamento dell'art. 2 del Protocollo n. 7 avrebbe introdotto una norma più restrittiva di quella consacrata nel menzionato art. 14.

Inoltre, si è escluso che l'impugnazione di merito rappresenti di per sé sola una garanzia, sia perché l'art. 6 della Convenzione, che enumera le garanzie del processo equo in materia civile e penale,¹² non comprende fra le stesse il diritto del condannato ad un secondo grado di giurisdizione, sia perché appare ecces-

¹¹ PEDRAZZI, *Convenzione europea*, cit., 476 s., ritiene che l'efficacia innovativa dell'art. 2 del Protocollo n. 7 «appare molto limitata, non solo per effetto della formulazione letterale, decisamente più restrittiva rispetto a quella della corrispondente disposizione del Patto, ma anche in considerazione dell'interpretazione proposta nel "Rapport explicatif" che, sebbene non vincolante, ne potrebbe circoscrivere ulteriormente la portata. Sembra in particolare da escludersi che l'art. 2 consacrì il diritto ad un doppio grado di giurisdizione di merito, essendo testualmente chiarito che non solo l'esercizio del diritto, ma anche i motivi per cui lo stesso può essere invocato sono stabiliti per legge: ed il "Rapport explicatif" conferma che è lasciata al legislatore nazionale la scelta fra un secondo grado di giurisdizione in cui il potere di riesame sia limitato alle questioni di diritto, come nel caso del ricorso per cassazione, e un vero e proprio appello, che consenta di sottoporre anche il fatto all'organo giurisdizionale superiore. La norma viene di conseguenza a perdere gran parte di suo potenziale significativo per il nostro ordinamento.

¹² Per comodità espositiva si riporta il testo integrale dell'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo: «1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

2. Toute personne accusée d'une infraction est

non la materia di un doppio grado di giudizio

sivo un cumulo nel nostro ordinamento dell'impugnazione di merito, ai sensi dell'art. 14, 5° co., del Patto, con quella di legittimità, in forza dell'art. 111 Cost; quindi la previsione dell'art. 14, 5° co., del Patto non rientrerebbe tra le garanzie del «giusto processo»¹³ contemplate dall'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.¹⁴

In generale,¹⁵ si è rilevato come la più attenta dottrina, nel timore di estendere oltre ogni ragionevole misura un sistema di impugnazioni già di per sé eccessivamente «garantista», ha ritenuto che il sistema italiano sia sufficientemente tutelato dalla previsione costituzionale del ricorso per cassazione avverso tutte le sentenze. Per tale motivo, la norma pattizia sarebbe stata interpretata restrittivamente, al di sotto delle sue potenzialità espressive, come norma programmatica e non di tipo *self executing*, quindi inidonea a produrre effetti immediati in assenza di specifiche misure legislative di attuazione.

4. Il diritto pattizio sul principio del doppio grado nella giurisprudenza costituzionale • Per suo conto, la giurisprudenza costituzionale ha manifestato un atteggiamento restrittivo rispetto alla richiesta di ampliamento delle garanzie processuali del «giusto processo» in considerazione delle fonti internazionali. Nella giurisprudenza costituzionale si è negato che l'art. 14, 5° co., del Patto contenga un riconoscimento del diritto al doppio grado di giudizio e, comunque, si è esclusa, in ipotesi, l'efficacia nell'ordinamento nazionale della norma pattizia. Si è costantemente ritenuta la conformità al Patto

présomée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

3. Tout accusé a droit notamment à:

a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui;

b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense;

c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent;

d) être interrogé ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge;

e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience».

¹³ In dottrina si distingue il concetto di «equo» processo, con riferimento alle garanzie internazionali previste dalla convenzioni relative alla tutela dei diritti dell'uomo, e quello di «giusto» processo, riferibile al collegamento tra il diritto comunitario con quello costituzionale ed interno degli ordinamenti statuali; cfr. MICLAZZA, *Il doppio grado di giurisdizione nel diritto delle Comunità europee*, Milano, 1993, 23. Sulla scia di una rinnovata attenzione per i contenuti garantistici della Carte internazionali, la giurisprudenza della Corte Costituzionale ha espressamente richiamato il concetto di «giusto processo»: cfr. UBERTI, *Rilanciato il «giusto processo»*, cit., 792.

¹⁴ È l'opinione di CHIAVARO, *Processo*, cit., 232 ss.

¹⁵ SERRES, *Il principio*, cit., 161.

A questo dubbio la Corte ha risposto in senso negativo, rilevando come l'art. 2, 1° co., del protocollo addizionale n. 7 vada letto anche attraverso il confronto con quanto già disposto, con analogo principio in tema di impugnazioni, dall'art. 14, 1° co., del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 19.12.1966, ratificato dall'Italia con l. 25.10.1977, n. 881. Ciò premesso, si è esclusa la vigenza nel nostro ordinamento del diritto ad un secondo grado di giudizio di merito, in forza di tre considerazioni.

In primo luogo, la formulazione della norma convenzionale demanderebbe al legislatore interno ampi spazi per la disciplina dell'esercizio del diritto all'impugnazione per cui tale garanzia verrebbe legittimamente soddisfatta dalla previsione costituzionale del ricorso per cassazione. Infatti la normativa del protocollo addizionale, in armonia con quella del Patto internazionale del 1966, vuole garantire comunque la possibilità di far valere eventuali errori *in procedendo* o *in iudicando* commessi nel primo giudizio, con la conseguenza che il riesame nel merito sarebbe solo eventuale, cioè nell'ipotesi in cui tali errori risultino accertati.

Inoltre, sempre ad avviso della Corte costituzionale, l'art. 2, 1° co., del protocollo addizionale n. 7 non potrebbe essere interpretato alla luce del diritto interno per colmare i vuoti dell'ordinamento nazionale. Ricordato poi come per consolidata giurisprudenza non assume rilevanza costituzionale la garanzia del doppio grado della giurisdizione di merito, non sussisterebbe neanche alcun vuoto normativo interno in quanto l'istanza per emendare gli eventuali errori *in procedendo* o *in iudicando* della sentenza di primo grado sarebbe garantita dalla previsione del ricorso in cassazione.

Infine, l'adeguamento del diritto interno alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, imposto dall'art. 10 Cost., si riferirebbe alle sole norme internazionali di natura consuetudinaria e non a quelle di origine pattizia.

5. Il doppio grado di giudizio nel diritto comunitario europeo • La principale novità che l'undicesimo Protocollo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo intende apportare è l'istituzione di una Corte unica permanente.²⁵ Il meccanismo di riesame delle sentenze pronunciate dalle sezioni è disciplinato dall'art. 43, secondo cui, entro tre mesi dalla data della decisione di una sezione ciascuna parte può, in casi eccezionali, chiedere che la causa sia deferita alla sezione allargata. Con questo meccanismo interno di riesame della causa dinanzi alla *Grand Chamber*, il Protocollo media fra le con-

traposte istanze a favore di una Corte unica e di un doppio grado di giurisdizione.²⁶ La caratteristica principale del meccanismo introdotto dal Protocollo è che il deferimento di una causa decisa da una delle sezioni alla *Grand Chamber* è condizionata all'autorizzazione di un collegio ristretto dei giudici che la compongono, in analogia all'*istituto del leave to appeal* (autorizzazione all'impugnazione) di stampo anglosassone.

Il principio del doppio grado di giurisdizione è stato introdotto nell'ordinamento comunitario prima in modo parziale, con l'istituzione del Tribunale di primo grado delle Comunità europee, poi generalizzato per tutti i ricorsi individuali con l'ampliamento delle competenze trasferite al Tribunale stesso.²⁷

Nell'ordinamento della Comunità europea la garanzia del doppio grado è prevista attraverso l'impugnazione delle decisioni del Tribunale di primo grado innanzi alla Corte di Giustizia per soli motivi di legittimità.

Il problema delle impugnazioni si configura in modo diverso in relazione ai tipi di diritti, fondamentali o meno, vantati dai soggetti legittimati a proporre negli ordinamenti statali e comunitari.

L'impugnazione comunitaria è maggiormente assimilabile, quanto ai motivi e alla struttura, al ricorso in cassazione, piuttosto che all'appello, per cui può affermarsi che nel diritto comunitario il principio del doppio grado si è affermato come garanzia di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo e contestualmente come espressione di garanzia giurisdizionale, quale criterio di migliore organizzazione giudiziaria.

Nell'ambito comunitario l'impugnazione assolve dunque ad un duplice scopo: garanzia per gli individui di un doppio esame delle controversie, limitato alle questioni di diritto, ed efficacia del sistema giudiziario, mediante la configurazione della Corte di Giustizia come organo di controllo, assimilabile al ruolo sia di una Corte di cassazione che di una Corte Suprema.

²⁶ SONELLI, *La doppia istanza di giudizio*, cit., 358, con bibliografia ivi citata.

²⁷ La Corte di Giustizia ha funzionato con un solo grado di giurisdizione sino al 1° 9.1989. A tale data il Consiglio le ha affidato un Tribunale di primo grado allo scopo di accrescere la tutela giurisdizionale dei singoli cittadini e permettere alla Corte di concentrare la propria attività sul suo compito essenziale, che è quello di assicurare un'interpretazione uniforme del diritto comunitario. Attualmente il Tribunale è competente a pronunciarsi in primo grado su tutti i ricorsi di annullamento, per carenza e per risarcimento danni proposti da persone fisiche o giuridiche contro la Comunità, sui ricorsi proposti, in forza del trattato CECA, dalle imprese o associazioni di imprese contro la Commissione ed in caso di controversie tra la Comunità e i suoi dipendenti ed agenti. Il trattato sull'Unione europea consente di trasferire in futuro al Tribunale, previa decisione del Consiglio, ogni altra categoria di cause, ad eccezione dei procedimenti pregiudiziali.

A tal fine non è inutile ricordare come non vi sia un obbligo di motivare le decisioni in sede di riesame, secondo la previsione dell'undicesimo Protocollo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, per cui l'aspettativa di trasparenza delle decisioni giudiziarie viene sacrificata dall'esigenza di speditezza processuale.

6. Tendenziale equiparazione del giudizio di secondo grado ad un giudizio di legittimità • Rimane tuttavia irrisolto il quesito sulla determinazione dell'oggetto del secondo giudizio. Se questo debba consistere in una nuova ed autonoma valutazione del fatto da accettare o se invece consista nel riesame della decisione del giudice di primo grado, al fine di accertarne i vizi o le ingiustizie.

Il quesito inevitabilmente riporta alla natura degli interessi coinvolti nel processo ed alla natura dei diritti di cui si invoca la tutela giurisdizionale. Neanche nel diritto comunitario infatti appare codificato alcun principio normativo che imponga un doppio esame di merito della vicenda. Ciò a prescindere dallo scarso tasso di democraticità che sembra caratterizzare non solo la produzione legislativa, ma anche quella giudiziaria degli organi comunitari, di tale *deficit* appare sintomatica la questione, che sarà di seguito affrontata, sull'applicabilità all'interno dell'ordinamento comunitario della normativa posta a salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

7. Tutela dei diritti umani riconosciuti nei trattati convenzionali all'interno dell'organismo comunitario • Di particolare interesse appare il rapporto tra i principi fondamentali di diritto, sanciti nelle convenzioni internazionali, e quelli disciplinati all'interno della comunità europea.

Secondo la Corte di Giustizia,²⁸ allo stato attuale del diritto comunitario, la Comunità non ha la competenza per aderire alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in quanto, da un lato, nessuna disposizione del Trattato attribuisce alle istituzioni comunitarie, in termini generali, il potere di dettare norme in materia di diritti dell'uomo o di concludere convenzioni internazionali in tale settore e, dall'altro, una tale adesione non potrebbe essere effettuata facendo ricorso all'art. 235 del Trattato. Infatti, sempre ad avviso della Corte, se il rispetto dei diritti dell'uomo costituisce un requisito di legittimità degli atti comunitari, l'adesione della Comunità

alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo determinerebbe una modificazione sostanziale dell'attuale regime comunitario di tutela dei diritti dell'uomo, in quanto comporterebbe l'inserimento della Comunità in un sistema internazionale distinto, nonché l'integrazione del complesso delle disposizioni della Convenzione nell'ordinamento giuridico comunitario. Una tale modifica del regime della tutela dei diritti dell'uomo nella Comunità, le cui implicazioni istituzionali risulterebbero parimenti fondamentali, sia per la Comunità che per gli Stati membri, rivestirebbe rilevanza costituzionale ed esulterebbe quindi, per sua propria natura, dai limiti dell'art. 235. Essa può essere quindi realizzata, ad avviso della Corte di Giustizia, unicamente mediante modifica del Trattato.

Quest'opinione, espressa originariamente in sede consultiva, è stata ribadita in via contenziosa in un caso che merita di essere riportato per i suoi risvolti non solo giuridici,²⁹ a seguito della domanda di pronuncia pregiudiziale, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CEE, sollevata da un giudice austriaco per l'interpretazione dell'art. 164 del Trattato CEE in una controversia promossa tra un cittadino e la repubblica d'Austria, relativamente al risarcimento del preteso danno subito a causa della sua condanna all'ergastolo, da parte dell'*Obster Gerichthof*, a conclusione di un processo che la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva dichiarato incompatibile con l'art. 6 della Convenzione.

Nella sua domanda innanzi al giudice di merito si rivendicava, in virtù dell'art. 5, 5° co., della Convenzione europea («*Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation*»), il diritto ad un indennizzo. Questa disposizione sarebbe stata direttamente applicabile nell'ordinamento austriaco ed avrebbe consentito di giustificare una domanda di risarcimento in caso di lesione della libertà individuale. Poiché la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva accertato in maniera definitiva l'illegittimità della pena inflitta, per cui la detenzione non poteva considerarsi regolare, si chiedeva la condanna della repubblica austriaca.

Entrambi i due giudici di merito rigettavano la domanda, in quanto si disconosceva alcun diritto all'indennizzo avverso le decisioni dell'*Obster Gerichthof*.

Instaurato il ricorso per cassazione straordinario, il giudice nazionale adiva la Corte di Giustizia in via pregiudiziale al fine di conoscere la risposta al quesito se «*tutte le disposizioni, o almeno quelle di diritto sostanziale, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (in prosieguo: la "CEDU") — tra cui le disposizioni degli artt. 5, 6 e 53, rilevanti nel procedimento dinanzi all'*Obster Gerichthof* — costitui-*

²⁸ Parere della Corte n. 2/94 datato

28.3.1996, RGCE, 1996, 1759 ss.

²⁹ Corte di Giustizia CEE, Sez. V, 29.5.97,

Causa C-299/95, GD, 1997, 23, 98.

scano parte integrante del diritto comunitario (art. 164 CEE)» e se, in caso affermativo, «i giudici nazionali siano vincolati da sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, con le quali siano state accertate violazioni della CEDU, almeno nei limiti in cui non possono sostenere che l'operato di organi dello Stato, cui si riferisce la sentenza, sia stato conforme alla Convenzione».

Nella soluzione del quesito la Corte di Giustizia ha preliminarmente ricordato come «i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto, dei quali la Corte garantisce l'osservanza», con la conseguenza che «nella Comunità non possono essere consentite misure incompatibili con il rispetto dei diritti dell'uomo in tale modo riconosciuti e garantiti». Ciò premesso, la Corte ha ricordato di non avere «competenza nei confronti di una normativa che non si colloca nell'ambito del diritto comunitario», per cui, considerato che il ricorrente era stato condannato «in forza di disposizioni del diritto nazionale che non erano destinate a garantire l'osservanza di norme di diritto comunitario» ha declinato ogni interpretazione sul presupposto che la normativa nazionale applicata nella fattispecie della causa principale riguardava «una situazione che non rientra nel campo di applicazione del diritto comunitario».

Al di là dell'esito della vicenda,³⁰ appare interessante come la Corte di Giustizia abbia riconosciuto che «i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto, dei quali la Corte garantisce l'osservanza», ed a tal fine abbia espressamente dichiarato di ispirarsi «alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato e aderito». Nel contesto, la convenzione, che per esplicito riconoscimento della

³⁰ Nella nota di commento in calce alla sentenza Corte di Giustizia CEE, Sez. V, 29.5.97, sopra citata (Lisotta, *L'eventuale adesione della Comunità Europea renderebbe necessaria la modifica del Trattato*), si sottolinea come la rilevanza del rispetto dei diritti dell'uomo sia stata affermata in varie dichiarazioni politiche degli Stati membri e delle istituzioni comunitarie, in particolare nella dichiarazione comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione del 5.4.1977, nella dichiarazione comune contro il razzismo e la xenofobia del Parlamento europeo, del Consiglio e dei rappresentanti degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio e di Commissione dell'11.6.1986, nella risoluzione sul razzismo e la xenofobia del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in seno al Consiglio dal

29.5.1990, nella risoluzione sui diritti dell'uomo, sulla democrazia e lo sviluppo adottata dal Consiglio e dai rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio il 28.4.1991.

Ricorda inoltre la commentatrice che la Commissione aveva adottato il 4.4.1979 il Memorandum relativo all'adesione della Comunità europea alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali nel quale si era sottolineata l'opportunità di una formale adesione alla Convenzione per rafforzare la tutela dei diritti fondamentali in ambito comunitario. Tale proposta veniva sostenuta dal Parlamento europeo che nelle risoluzioni del 29.4.1979 e del 18.1.1994 ha espresso parere favorevole all'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Corte di Giustizia «riveste, a questo proposito, un significato particolare» assume una decisiva rilevanza poiché, come sopra menzionato «nella Comunità non possono essere consentite misure incompatibili con il rispetto dei diritti dell'uomo in tale modo riconosciuti e garantiti».

8. Duplice valenza del principio del doppio grado: riesame e strumento nomofilattico • Alla luce di queste affermazioni va forse riconsiderata l'efficacia delle convenzioni internazionali nel diritto interno. Infatti l'esplicito riconoscimento di una tradizione costituzionale comune agli stati europei occidentali, può forse aprire un varco per la qualificazione delle disposizioni convenzionali come «norme di diritto internazionale generalmente riconosciute». Resta in ogni caso irrisolto il problema, specifico, se le prescrizioni pattizie impongano o meno un secondo grado di giudizio di merito.

Non sfugge all'interprete la difficoltà normativa e giurisprudenziale di conciliare non solo istituti di diversa provenienza culturale, ma anche di soddisfare quelle esigenze che a livello di ordinamento nazionale giustificano il ricorso al principio del doppio grado di giurisdizione.³¹ D'altronde l'esistenza di un diritto fondamentale al doppio grado sembrerebbe negata o quanto meno misconosciuta dalla stessa Corte europea.³²

Dall'esame del diritto comunitario e dell'undicesimo Protocollo, rimane confermata la duplice valenza del principio del doppio grado: non solo meccanismo di riesame, ma anche, forse essenzialmente, strumento per l'uniforme interpretazione giurisprudenziale. L'interesse tutelato non è tanto quello dell'individuo ad ottenere una nuova pronuncia, quanto piuttosto quello dell'istituzione di filtrare i ricorsi, di gran lunga aumentati nel corso degli anni, per bilanciare le esigenze degli ordinamenti nazionali in un'ottica sovranazionale.

9. La valutazione della prova nel sistema cognitivo processuale penale • Nel sistema cognitivo processuale non esistono fatti ma solo interpretazioni. Dall'esame di un dato storico si giunge, attraverso una serie di interferenze presuntive, alla ricostruzione della verità processuale. L'operazione

³¹ I sistemi che si ispirano al modello della cassazione francese contemplanò un diritto di accesso all'ultima istanza, avente ad oggetto le questioni di diritto. I sistemi che appartengono all'area di *common law* prevedono normalmente un meccanismo di selezione delle impugnazioni dinanzi alla corte di ultima istanza.

³² Come riferito da SOWELL, *La doppia istanza*, cit., 359, nota n. 55.

logica del giudice³³ deve rigorosamente rispettare i canoni di valutazione del materiale probatorio; solo un controllo accurato dei meccanismi inferenziali posti a fondamento della decisione giustifica un'attività mentale dal cui esito può dipendere la privazione della libertà personale di un individuo.

A tal fine il sistema accusatorio postula un giudice scevro da pregiudizi, ignaro dei fatti da accertare. La statuizione finale non si focalizza nel solo momento dell'emanazione della sentenza, ma è il frutto di un procedimento dinamico di progressiva e continua valutazione dei fatti offerti dalle parti alla cognizione del giudice.

Il libero convincimento del giudice³⁴ interviene sul risultato della prova libera

³³ Si può ritenere attualmente superato il classico schema del sillogismo giudiziario, fondato sul modello deduttivo nel quale la massima di esperienza (criterio di valutazione) funge da premessa maggiore, l'affermazione del *factum probans* (elemento di prova) da premessa minore e l'affermazione del *factum probandum* da conclusione necessaria (risultato di prova).

L'argomento del meccanismo inferenziale in forza del quale si ottiene la presumibile conoscenza di un fatto noto, partendo da quello ignoto, non può che essere sfiorato in questa sede. È sufficiente ricordare come il tradizionale schema logico del sillogismo giudiziario viene ritenuto parziale, inadeguato ed insufficiente: - parziale, in quanto le sole argomentazioni idonee a proporre conclusioni necessarie, e quindi certe, sono quelle analitico-deduttive, che però sono argomentazioni tautologiche in quanto offrono conclusioni implicite nelle premesse. L'argomento non offre alcuna conoscenza empirica aggiuntiva, ma si limita a chiarire il significato delle parole, mentre la decisione giudiziale esige argomentazioni sostanzialmente informative, che tendendo ad una conoscenza effettivamente nuova di fatti particolari richiedono un salto logico da proposizioni di carattere particolare a proposizioni di carattere generale e possono pertanto porsi solo in termini probabilistici; - inadeguato, perché le massime di esperienza non corrispondono a leggi scientifiche universalmente accettate; - insufficiente, perché nell'articolazione del discorso si sono individuate tre forme di argomentazione probatoria:

- a) induzione, secondo cui da esperienze particolari ricorrenti si desume la massima di esperienza;
- b) deduzione, per cui nota la causa se ne prevede l'effetto (se massima di esperienza corrisponde ad una legge scientifica la conclusione ha una probabilità tanto elevata da essere assunta come certa);
- c) abduzione, in forza della quale, noto l'effetto, quest'ultimo consente di ricostruire la causa. Se una vicenda consiste di una pluralità di eventi, ciascuno dei quali può avere le cause più disparate, le argomentazioni abduitive operano su due livelli: elencazione di tutte le possibili cause e selezione, tra quelle proponibili, dell'ipotesi di ricostruzione della vicenda che appare più probabile. A questo secondo livello operano le argomentazioni deduttive nel tentativo di controllare e verificare l'ipotesi formulata a conclusione di un'argomentazione abduitiva di secondo livello.

In argomento, cfr. FASSONE, *Dalla «certezza» all'«ipotesi preferibile»: un metodo per la valutazione*, RIDPP, 1995, 1104; IACOVELLO, *Prova e accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla corte costituzionale*, CP, 1992, 2028; NAPPI, *Le ragioni del giudice: osservazioni in tema di struttura logica della motivazione e di valutazione della prova*, ivi, 1987, 1796.

gittimando da ultimo il processo giurisdizionale dell'accertamento probatorio. Generalmente il principio della libera valutazione viene inteso nell'ovvio significato negativo, di contrapposizione alla valutazione vincolata delle prove legali. Più difficile è individuarne il significato positivo, che adempia a quella esigenza epistemologica di ancorare il giudizio al rispetto di canoni valutativi. Infatti ritenere che la valutazione del giudice non possa essere in qualche misura razionale, ma debba essere lasciata al suo «prudente apprezzamento», ne implica la totale soggettività, sino ai pericolosi limiti dell'arbitrio. Al contrario, sfruttando le acquisizioni degli studi sulle argomentazioni logiche, la valutazione delle prove dovrebbe costituire un'attività libera da condizionamenti legali, ma anche razionale nelle sue determinazioni. La valutazione del giudice rimane discrezionale, ma nel rispetto di regole e modelli di inferenza dotati di fisionomia specifica e validità logica.

In questa direzione si cerca di ricucire quello strappo tra scienza processuale e scienza epistemologica, storicamente determinato nel periodo napoleonico dall'utilizzazione del principio del libero convincimento in un sistema non più accusatorio,³⁵ come nel periodo rivoluzionario, ma misto, a struttura inquisitoria nella fase delle indagini; il giudizio finale non viene pronunciato dalla giuria popolare, ma da un giudice togato, munito di nozioni giuridiche.

La valutazione della prova³⁶ è una tecnica del ragionamento distinta dalla sua coscienza, cerchi qualsiasi elemento utile alla conoscenza superando il rigido criterio della tassatività dei mezzi di prova, non si estende fino ad eludere i limiti legali rappresentati non solo dal divieto di scienza privata ma anche dal metodo di formazione del materiale su cui verte l'accertamento giudiziale. Anche se originariamente acquisito tramite un'attività amministrativa di prevenzione degli illeciti, solo ciò che supera il varco giurisdizionale può essere utilizzato nella decisione. Il rifiuto della «prova legale» e del criterio gerarchico dei risultati probatori deve servire ad aumentare la professionalità del giudice e non a giustificare atteggiamenti passivi o meramente burocratici.

In dottrina, CARLANO, *Prova indiziaria, probabilistica evidenza e modelli matematici di valutazione*, RIDPP, 1996, 514; NAPPI, *Libero convincimento, regole di esclusione, regole di assunzione*, CP, 1991, I, 1515; PATTI, *Libero convincimento e valutazione delle prove*, RIDPP, 1985, 481; SAU, *Libero convincimento e criteri metodologici di valutazione degli indizi ai fini della de-*

³³ *cisione di condanna*, GI, 1994, II, 433; TAKURO, *La valutazione delle prove - Prova libera e prova legale - Prove e argomenti di prova*, in *Documenti giustizia*, 1995, 907.

³⁵ Sull'evoluzione del rito penale dai codici rivoluzionario francese del 1798 a quello del 1808, v. FERVA, *Ortografia del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano, 1981, 3 ss.

³⁶ I principi di libertà e legalità nella valutazione della prova sono disciplinati dalla previsione dell'art. 192 c.p.p., che al primo comma statuisce, in sintonia con l'art. 546, 1° co., lett. e, c.p.p., un modello normativo di motivazione, ed al secondo distingue tra indizi e prove. L'art. 192, 2° co., c.p.p. separa gli indizi dalle prove. Ciò non significa che l'indizio possa essere considerato come un argomento di minore persuasione rispetto alla prova, ma solo che, necessitando di un doppio processo di inferenza, sull'attendibilità esistente del dato e sulla sua significatività, impone un maggior controllo della correttezza del ragionamento logico. Tradizio-

tecnica di redazione della sentenza. La motivazione ha una struttura logica, secondo i canoni di un modello deduttivo in cui la coerenza della motivazione risponde ad una logica argomentativa-persuasiva, ed un contenuto empirico, fondato sul materiale probatorio mediante la corrispondenza della motivazione al processo. La completezza della prova si desume dalla necessaria giustificazione delle scelte conseguenti.

Due distinte teorie presiedono all'attività cognitiva del giudice nel versante probatorio:³⁷ quella della prova come *argumentum* e quella della prova come deduzione/induzione a carattere scientifico.

La prova come *argumentum* presuppone che i metodi di conoscenza ed i risultati conoscitivi siano distinti a seconda che l'uomo indaghi nel campo delle scienze esatte ovvero in quello delle scienze pratiche (diritto, economia, etica). Nel primo caso l'oggetto della conoscenza è la verità assoluta, l'essenza delle cose, ed il metodo con cui giungere a tale cognizione è il ragionamento *more mathematico*. Nel secondo caso l'oggetto della verità è sempre, inevitabilmente, la verità probabile. Questa è relativa e dipende dai presupposti del ragionamento ed anche dal tempo in cui esso viene svolto. La verità necessaria presuppone l'indagine di una sola mente indagatrice (come quella dello scienziato); invece, la verità probabile richiede, indefettibilmente, la concorrenza di più soggetti, perché la conoscenza è sempre collettiva.

La teoria della prova come deduzione/induzione parte invece dal presupposto che non vi sono settori separati di conoscenza: la mente umana utilizza

nalmente, due sono i criteri di distinzione:
- prova rappresentativa (o storica o diretta) e prova critica (o indiretta o indiziaria);
- prova (giudizio in termini di certezza) ed indizio (probabilità o verosimiglianza).

Nel momento valutativo ritorna la distinzione del concetto di prova, la cui nozione è differente nella fase delle indagini (fonte di prova ed elemento di prova) da quella propriamente giurisdizionale (mezzo di prova e risultato di prova). Per fonte di prova si intende un oggetto sensibile usato a fini probatori (traccia, dato storico idoneo a produrre una conoscenza giudiziale in chi lo esamina) per elemento di prova, l'esito di ogni singola fonte di prova, per mezzo di prova, l'attività processuale attraverso la quale può essere indotto nel processo almeno un elemento di prova, e per risultato di prova, il consenso dato dal giudice all'attitudine dimostrativa della fonte.

Sulla differenza tra indizi e prove ed in

v. Bassi, *Il controllo del giudice di legittimità sulla valutazione della prova indiziaria: una nuova inasione di campo*, CP, 1992, 1012; Cocomo, *Lessico delle prove e modello accusatorio*, RDP, 1995, 1201; Iacovello, *Il controllo della cassazione sulle prove: prove inutili, prove travisate, prove ignorate*, CP, 1994, 1243; Nappi, *Azione e prove nel nuovo codice di procedura penale - Valori culturali e politici della riforma*, QG, 1991, 107.

³⁷ Sui contributi dottrinari in tema di modelli probatori, cfr. CANEGLIOTTI, *Il testimone questo sconosciuto*, RDP, 1957, 177; DE VITI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, ivi, 1965, 42 ss.; GIULIANI, *Il concetto classico di prova: la prova come "argumentum"*, J, 1960, 425 ss.; ID., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1971; TAKURO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970; VASSALLI, *Il diritto alla prova nel*

lo stesso schema sia nell'indagine su questioni universali (es. composizione chimica di un materiale), che su quelle pratiche (es. individuazione dell'autore di un delitto). In entrambe le situazioni la verità cui si tende può essere necessaria ed assoluta, mentre il metodo di indagine si fonda sulla deduzione/induzione di una sola mente indagatrice.

Peculiare alla prima teoria (argomentativa) è la prova come *argumentum*, ossia la prova come risultato della discussione che prende spunto da un dato empirico. Questa è la prova per eccellenza, l'unica esperibile nel campo della *scientia civilis*, delle conoscenze pratiche. Caratteristica della seconda teoria (deduttiva) è la prova come fatto empirico dimostrativo.

Il giudice di seconda istanza, in appello o in cassazione, deve sempre e comunque verificare non solo la correttezza delle norme applicate ma anche l'attendibilità dei meccanismi inferenziali adottati dal giudice di primo grado, nel rispetto delle massime di esperienza.

10. La valutazione della prova ed il doppio grado di giudizio • Dal dato normativo vanno tratti i postulati processuali che caratterizzano il sistema. Il doppio grado di giudizio è una creatura ideologica, non prevista dal sistema; il concetto, oltre che superfluo, è tuttavia fuorviante, in quanto evoca la possibilità che lo stesso fatto possa essere oggetto di due distinte valutazioni perfettamente comparabili tra loro, quelle del giudice di prima e di seconda istanza.

Nella realtà i due giudizi non sono omologabili. In primo grado il giudice compie l'operazione mentale di ricostruzione del fatto senza alcun pregiudizio, almeno tendenzialmente. Nelle successive fasi del processo il giudizio sarà sempre inevitabilmente condizionato, quanto meno psicologicamente, dalla decisione del giudice di primo grado. Il giudice della seconda istanza interpreta i fatti dopo aver conosciuto la valutazione probatoria compiuta nelle precedenti sentenze.

Nel processo accusatorio, ove la separazione³⁸ dei fascicoli del pubblico ministero e del giudicante raffigura platealmente lo scarto tra i distinti elementi su

³⁸ Nel rito accusatorio si paventa una perdita di sapere, rappresentata dallo scarto tra il sapere processuale e il sapere civile, quasi come un riflesso di una più estesa e preoccupante separazione tra istituzioni e società. Ad ovviare a tale rischio operano tre rimedi: a) la presunzione di ammissibilità e di completezza delle prove richieste parte che deve dimostrare la rilevanza, ma incombe sul giudice l'onere di dimostrarne l'irrilievanza; b) la separazione funzionale delle fasi, mediante l'introduzione nel fascicolo del dibattimento degli atti irripetibili; c) la meticolosità delle disposizioni sull'ordine di assunzione delle prove (art. 496, 1° co., 497, 1° co., 503, 1° co., e 150 disp. att.

cui fondare l'accertamento di verità, il differente apporto cognitivo del giudice di primo grado e di quello di seconda istanza è di palmare evidenza.

Con ciò non si afferma l'inutilità del riesame della decisione di primo grado anche sotto il profilo del merito; in effetti, oltre che all'adesione ad un'opzione teorica vi è la necessità giuridica del rispetto della normativa patiziva che sembra garantire all'imputato, condannato in primo grado, il diritto al riesame, anche nel merito, della decisione. Si contesta invece che lo strumento idoneo a raggiungere l'obiettivo sia rappresentato unicamente dall'affermazione generalizzata di un doppio grado di giudizio, quando invece occorre concretamente individuare le ipotesi di impugnazione ed i poteri del giudice del riesame. Il difficile punto di equilibrio nella configurazione di un processo penale equo e giusto, ove si bilanci l'interesse pubblico alla celere definizione delle pendenze giudiziali con il diritto di difesa del cittadino, non sembra garantito dall'immanenza del principio del doppio grado, qualora non si precisi se con tale formula si imponga o meno la celebrazione di un secondo giudizio; soprattutto, il carattere meramente ideologico della formula si manifesta nella sua inidoneità a determinare, con il necessario rigore, se la valutazione del giudice di seconda istanza debba essere libera oppure vincolata dalle acquisizioni probatorie del giudizio di primo grado.

Nel nostro ordinamento attuale, in effetti, si può affermare con sufficiente tranquillità che il riesame nel merito dei provvedimenti giurisdizionali costituisce un principio acquisito. Quindi o il doppio grado è ormai una formula priva di significato, in quanto nella pratica giudiziaria non esistono lacune da colmare in tal senso, oppure il principio impone qualcosa di diverso da ciò che la sua formulazione letterale sembra denotare. Compito dell'interprete è quello di cogliere il significato dell'espressione adoperata dal legislatore, anche in questi anni in cui la normativa subisce continue modificazioni.

11. La modifica delle fonti • Con le l. 28.8.1997, n. 296 di ratifica ed esecuzione del protocollo n. 11 alla convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, recante ristrutturazione del meccanismo di controllo stabilito dalla convenzione, fatto a Strasburgo l'11.5.1994, e 2.10.1997 n. 348,³⁹ di ratifica ed esecuzione dell'accordo europeo concernente le persone che partecipano alle procedure davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, fatto a Strasburgo il 5.3.1996, l'Italia ha introdotto, con efficacia dal 1° 11.1998, una serie di emendamenti che ristrutturano il meccanismo di controllo stabilito dalla Convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

L'attuale vigenza della normativa rafforza le considerazioni svolte in argomento nel capitolo precedente.

Di notevole importanza, sul versante internazionale delle fonti di diritto, è il trattato di Amsterdam, sottoscritto il 2.10.1997, che modificando l'articolo L del trattato di Maastricht, consente alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee di pronunciarsi sul rispetto dell'articolo F, con il quale l'Unione Europea si è impegnata al rispetto dei diritti fondamentali.

Passando alla fonte primaria di normazione interna, nella proposta di riforma costituzionale deliberata dalla Commissione parlamentare istituita in forza della l. 24.1.1997, n. 1,⁴⁰ l'art. 131, ⁴¹ corrispondente all'attuale art. 111 Cost., introduce esplicitamente, in sintonia con le menzionate norme convenzionali, in tema di impugnazioni, dell'art. 14, 5° co., del Patto internazionale sui diritti civili e politici e dell'art. 2 del Protocollo n. 7 aggiuntivo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la previsione che, oltre alla ricorribilità in Cassazione contro tutti i provvedimenti sulla libertà personale, sia garantito comunque almeno un doppio grado di giudizio. Nella sua relazione di accompagnamento alla modifica delle norme sulla giurisdizione, contenute nella sezione II del nuovo Titolo VI riguardante la magistratura, il relatore ha ricordato come sul 1° co. dell'art. 131 del progetto di riforma, confermativo della disposizione dell'art. 111 della Costituzione del 1948, secondo la quale tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati «non si sono registrate proposte di modifica. Tale norma, come è ben noto, è stata letta come l'affermazione di un principio democratico di controllo generalizzato sull'amministrazione della giustizia (sebbene oggi si tenda a ritenere tale controllo assicurato anche con la pubblicità dei processi) e di applicazione del principio di legalità, ed è stata, inoltre, ritenuta strumentalmente diretta all'esercizio della funzione nomofilattica della Corte di cassazione, della quale si occupa il medesimo articolo».

Per quanto riguarda invece il testo del 2° co. dell'art. 111 della Costituzione 1948, corrispondente all'art. 131, 2° co., del testo proposto in modifica, si sono unificate le distinte ipotesi di impugnabilità in Cassazione di tutte le sentenze dei giudici ordinari e speciali, nonché quella di tutti i provvedimenti restrittivi della

⁴⁰ Pubblicata sulla GU n. 22 del 28.1.1997. Il 4° co. dell'art. 1 consente alla Commissione di elaborare progetti di revisione della parte II della Costituzione, in particolare in materia di forma di Stato, forma di governo e bicameralismo, sistema delle garanzie.

⁴¹ Il testo proposto nella modifica dell'art. 131 Cost. è del seguente tenore: «Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. Contro le sentenze è ammesso il ricorso in cassazione nei casi previsti dalla legge, che assicura comunque un doppio grado di giudizio. Contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari».

³⁹ Per un commento, cfr. LISOTTA, *La riforma affidata a un organo permanente*, GD, 1997, n. 44, 37.