

ORIENTAMENTI

ALESSANDRO PASTA

Il disagio dell'interprete innanzi alle norme Cedu La rinnovazione dell'istruttoria come condizione della riforma in appello di una sentenza di assoluzione

SOMMARIO: 1. Nuovi scenari, consueti condizionamenti. - 2. L'elaborazione della regola europea. - 3. Temi non pertinenti ed espressioni fuorvianti. - 4. La possibile soluzione ad alcuni quesiti. - 5. Conclusioni.

1. Nuovi scenari, consueti condizionamenti

È ormai passato un decennio da quando la Corte costituzionale ha dato una precisa collocazione alle norme della Cedu nella gerarchia delle fonti¹ e, da allora, le pronunce della Corte di Strasburgo, che fino a quel momento non potevano dirsi al centro dell'attenzione degli interpreti, sono diventate un riferimento costante, un ausilio ermeneutico fondamentale e, in taluni casi, un punto d'appoggio *à la page* rinvigorire tesi non sempre convincenti.

Autori che già da decenni avevano attribuito alla normativa sovranazionale un primario rilievo non erano certamente mancati², così come non era difficile trovare in alcune riviste giuridiche pagine dedicate alle decisioni delle Corti sovranazionali. Solo che fino al 2007 le norme Cedu venivano evocate più nelle biblioteche che non nelle aule di giustizia, e qualunque avvocato avrebbe preferito presentare al giudice di un proprio processo una massima della Corte di cassazione, del tribunale di Milano, o della sezione distaccata di Sala Consilina, piuttosto che una pronuncia della Corte di Strasburgo, tenuta in considerazione più o meno quanto una dotta citazione del Carrara.

Le cose sono cambiate e, per quanto possa apparire discutibile la rivoluzionaria impostazione della giurisprudenza costituzionale³, all'interprete non resta

¹ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, 3475; Id., 24 ottobre 2007, n. 349, *ivi*, 2007, 3535, alle quali sono seguite numerose pronunce che hanno confermato e precisato i principi enunciati nelle due sentenze. Per una ricostruzione del quadro della giurisprudenza costituzionale, v. MAZZA, *La procedura penale. Speciale Europa*, in *Dir. pen. e proc.* 2011, 36 e GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U. La ricombinazione genica del processo penale*, in *questa Rivista*, 2012, 73 e, più recentemente, APRATI, *Il «protocollo» dell'interpretazione convenzionalmente orientata*, in *Cass. pen.*, 2015, 3902 e DINACCI, *Interpretazione «europeisticamente» orientata: tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2016, 3055.

² V. già negli anni Sessanta, CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969.

³ V. le considerazioni critiche di FERRUA, *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assestamento della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte europea*, in *questa Rivista*, 2008, 28 all'impostazione della Corte costituzionale e la replica

che adeguarsi, recepire la ricostruzione imposta dalla Corte costituzionale, e prendere atto che «al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme»⁴, ben sapendo che solo «qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale “interposta”, egli deve investire [la] Corte [costituzionale] della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.»⁵.

Mentre la via maestra tracciata dalla Corte costituzionale sembra essere piuttosto chiara, è assai più accidentato il sentiero che l'interprete può delineare dopo aver messo all'opera i principi enunciati dalla Corte per venire a capo di questioni più prosaiche.

Posto che entro i limiti della ragionevolezza è l'interprete a far dire alle disposizioni ciò che vuole, a ricavare dai testi legislativi le norme⁶ servendosi dell'amplessima serie di strumenti di lavoro che ha a disposizione⁷, l'introduzione di una nuova fonte non può che aggiungere ulteriori complicazioni a un quadro già proteiforme, offrendo agli interpreti un nuovo mezzo per sostenere la tesi prescelta sin dall'inizio⁸. In questo caso, tra l'altro, lo strumento è particolarmente versatile: la Corte costituzionale è stata chiarissima nell'attribuire la qualifica di fonte interposta non alle disposizioni della Cedu, ma all'interpretazione che di esse offre la Corte di Strasburgo.

L'interprete nazionale che mira a risolvere una specifica questione processuale allora non ha solo il compito di tentare di adattare il sistema normativo in-

di UBERTIS, *La Corte di Strasburgo come garante del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 371. L'interessante scambio è proseguito in FERRUA, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Proc. pen. e giust.*, 2011, n. 4, 116 e UBERTIS, *La «rivoluzione d'ottobre» della Corte costituzionale e alcuni discutibili reazioni*, in *Cass. pen.*, 2012, 19.

⁴ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, cit., punto 6.2.

⁵ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, cit., punto 6.2.

⁶ Come ha osservato TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 38 «le “norme” sono da considerarsi piuttosto il risultato che il presupposto delle attività in senso lato interpretative».

⁷ Che in un caso ci si debba servire di un argomento *a contrario*, o di uno *a simili*, o che il testo normativo da prendere in considerazione per individuare la norma che disciplina una determinata situazione sia da ricercare in una disposizione, o in due, o in dieci, o che vada impiegato un principio piuttosto che un altro, non emerge dalla lettura della disposizione che si sta esaminando: lo decide l'interprete (come è stato osservato da LUZZATI, *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, Milano, 2005, 35, «quando ci si muove nel territorio delle valutazioni discrezionali, il problema non è che manchino le soluzioni conformi al diritto, ma che ve ne sono troppe»). Per «un censimento ed una ricognizione degli argomenti interpretativi», v. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 341 ss. e GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 139 ss.

⁸ Per ulteriori considerazioni sul tema v. di chi scrive, *La dichiarazione di colpevolezza. La logica dell'ipotesi, il paradigma dell'interesse*, Padova, 2016, LXII.

terno alla regola europea ma, ancor prima, deve individuare la regola, che non è bell'e pronta in un documento normativo⁹, ma va ricavata dall'esame della giurisprudenza della Corte europea (naturalmente non esiste una «giurisprudenza europea» che mette a disposizione la regola ai vari interpreti interessati: la stessa selezione delle pronunce ritenute rilevanti dipende dall'ipotesi prescelta, la quale a sua volta è legata al *background*, alle conoscenze, all'assiologia e, non ultime, alle intenzioni dell'interprete¹⁰).

Salvi i casi in cui le pronunce europee abbiano riguardato un processo penale italiano¹¹, ci sarà dunque una sorta reciproca influenza tra i due piani della ricerca, poiché l'operazione d'individuazione dell'ipotizzata regola europea dipenderà anche dalla concezione che l'interprete ha del sistema¹², mentre

⁹ «Pronta» per quanto possa esserlo una disposizione: è chiaro che i testi normativi non hanno un «significato oggettivo [...] precostituito all'interpretazione, che consiste[rebbe] [...] nel portarlo alla luce» (GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., 26-27); la legislazione non è qualcosa che si dà, pronta all'uso; «il diritto viene "conosciuto" solo all'interno di una cornice valutativa, vuoi quella offerta dalle convinzioni personali dei singoli studiosi, vuoi quella costituita dai valori socialmente condivisi, e quindi esso non è mai un "puro dato", rilevabile indipendentemente dalle preferenze, dalle finalità e dai *modi operandi* della dottrina e della giurisprudenza» (LUZZATI, *La politica della legalità*, cit., 21; TARELLO, *Il «problema dell'interpretazione»: una formulazione ambigua*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1966, 352).

¹⁰ Opportunamente APRATI, *Il «protocollo» dell'interpretazione convenzionalmente orientata*, cit., 3904, segnala che «fra tutte le forme di interpretazione, la convenzionalmente orientata è quella che si presenta come più complessa e più controvertibile nei risultati, sicché oggi l'armonizzazione del sistema interno alla Convenzione e, di conseguenza, la ricostruzione del sistema processuale è rimesso più che mai alla discrezionalità dell'interprete, e non già alla volontà del legislatore».

¹¹ Al proposito è opportuno ricordare - con CARNEVALE, *I rimedi contro il giudicato tra vizi procedurali e "vizi normativi"*, in *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, a cura di Bin, Brunelli, Pugioti, Veronesi, Torino, 2007, 61-62, MAZZA, *La procedura penale*, cit., 35 e UBERTIS, *La "rivoluzione d'ottobre" della Corte costituzionale*, cit., 21 - che in alcuni casi la Corte europea, pur censurando l'iniquità del singolo processo, non critica l'operato dei singoli giudici, ma quello del legislatore. Talvolta infatti è proprio la corretta applicazione della legge a portare al giudizio d'iniquità del processo: in questi casi «il difetto riscontrato dalla Corte europea [...] non [è] ascrivibile a storture applicative, bensì al tenore della normativa [...] vigente [...]. L'iniquità del giudizio non [è] perciò da imputare ad un vizio procedurale, ma ad un vizio di carattere normativo» (CARNEVALE, *I rimedi*, cit., 61). In questi casi «l'intervento della Corte dei diritti umani rassomiglia fortemente, nelle conclusioni se non negli effetti, a quello della Corte costituzionale. Allorquando l'organo europeo riscontra violazioni del *procès équitable* direttamente addebitabili ai dettami della normativa interna, e non conseguenti alla sua erronea applicazione, si comporta più come un giudice delle leggi che come giudice del caso concreto. Accerta, sì, la lesione di uno specifico diritto individuale nella singola vicenda sottoposta al suo esame, ma in ragione dell'incompatibilità della disciplina nazionale con i principi sopranazionali» (CARNEVALE, *I rimedi*, cit., 61-62).

¹² Un autore che dà un grandissimo peso all'oralità opererà in modo assai diverso da chi a essa attribuisce un'importanza relativa.

È ragionevole attendersi che le preferenze dell'interprete avranno un rilievo elevato anche in quella che impropriamente potrebbe essere vista come l'operazione finale d'importazione della regola nell'ordinamento italiano: «La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in ter-

quest'ultimo dovrà essere plasmato sulla base della prima¹³. Insomma, non si tratterà tanto individuare una regola di matrice europea che alberga in un mondo ultrasensibile, quanto piuttosto di elaborare una regola europea che sia fruibile all'interprete italiano (compito tutt'altro che agevole, come dimostrano le difficoltà che s'incontrano già quando si devono scegliere le parole per enunciarla: già questa scelta rivela le conclusioni alle quali l'interprete è giunto¹⁴). Senza dimenticare che enunciare la regola che si suppone essere

mini di interpretazione e bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza» (sentenza n. 317 del 2009)» (Corte cost., 22 luglio 2011, n. 236, in *Giur. cost.*, 2011, 3021). La Corte costituzionale, dunque, così come ogni interprete, «non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo, con ciò uscendo dai confini delle proprie competenze, in violazione di un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e la ratifica, senza l'apposizione di riserve, della Convenzione (sentenza n. 311 del 2009), *ma può valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano*» (Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317, in *Cass. pen.* 2010, 1729; il corsivo è aggiunto): è chiaro che questa valutazione dipenderà dal personalissimo giudizio del singolo interprete.

¹³ Ad esempio, un conto è elaborare il supposto principio europeo se in Italia è previsto, come oggi, un secondo grado di merito; altro sarebbe se questo secondo grado non ci fosse (come potrebbe non esserci: v. nota 122). Le sentenze della Corte europea sul ribaltamento in appello della sentenza di assoluzione in primo grado, che tanto hanno interessato gli interpreti negli ultimi cinque anni, sarebbero probabilmente state utilizzate come autorevole spunto dai cultori dell'oralità, per sottolinearne l'importanza agli occhi del Giudice europeo, non come fonte di stringenti vincoli giuridici.

¹⁴ In un recente articolo sul tema che si sta trattando la regola è così enunciata: «l'affermazione nel giudizio di appello della responsabilità dell'imputato prosciolti in primo grado su base di prove dichiarative è consentita solo previa nuova assunzione diretta dei testimoni nel giudizio di impugnazione» (APRATI, *L'effettività della tutela dei diritti dell'uomo: le Sezioni unite aggiungono un tassello*, in *questa Rivista online*, 2016, 2). Come si vedrà, pressoché ogni parola è problematica: se si usa l'espressione «giudizio di appello», a rigore si dovrebbe ricomprendere anche il giudizio che si instaura innanzi al tribunale a seguito dell'impugnazione di una sentenza del giudice di pace. Con «responsabilità dell'imputato» si allude anche a quella civile (purché oggetto di accertamento nel processo penale)? La regola vale per l'imputato «prosciolti» o solo per quello «assolto»? Le «prove dichiarative» includono la sola testimonianza (come sembrerebbe indicare la seconda parte della proposizione), o ogni prova dichiarativa resa nel processo (incluse quindi le dichiarazioni delle parti private, e anche quelle dei periti e dei consulenti), o anche le sommarie informazioni testimoniali (sempre che, ovviamente, siano qualificabili come «prove», ossia strumenti che possono essere impiegati per capovolgere la presunzione di non colpevolezza, come è per esempio nel giudizio abbreviato)? La scelta di ogni parola nell'enunciazione della regola mostra le conclusioni alle quali si è pervenuti. Il rischio, per così dire, di infedeltà a quanto enunciato in sede europea può essere altissimo, per l'ovvia ragione che la maggior parte delle parole del linguaggio giuridico di ogni stato europeo non ha esatti corrispondenti negli altri stati (con «incidente probatorio», «appello», «nullità», «polizia giudiziaria», «revisione», non si designano oggetti materiali, alberi o animali, identici in Francia come in Repubblica Ceca. Solo a livello molto generale l'«appello» italiano ha un corrispondente estero - giudizio di merito di seconda istanza -, mentre il significato specifico - presupposti, provvedimenti impugnabili, diritti, termini, etc. - sarà diverso). Si tratta evidentemente di osservazioni banali, sulle quali nemmeno indugiano gli studiosi del diritto comparato (per la trattazione di alcuni temi, v. DE GROOT, *La traduzione di informazioni giuridiche* in *Ars interpretandi*, 2000, 135; SACCO, *Lingua e diritto*, in *Ars interpretandi*, 2000, 117; WROBLEWSKI, *Il problema della traduzione giuridica*, in *Ars interpretandi*, 2000, 155; ZACCARIA, *Tradurre e interpretare*, in *Ars inter-*

stata stabilita dalla giurisprudenza europea non significa solo enunciare una specifica prescrizione, ma vuol dire anche stabilire le condizioni che devono sussistere affinché la si applichi o, specularmente, indicare le condizioni che la rendono non applicabile.

Fatto ciò, sarà necessario valutare la compatibilità con la Costituzione della regola¹⁵, perché questa è una norma «che integra[...] il parametro costituzionale, ma riman[e] pur sempre ad un livello sub-costituzionale»¹⁶. Che si verifichi questo contrasto non è forse probabile, ma non è impossibile, visto che nella Costituzione sono presenti principi che, pur essendo in ultima battuta finalizzati a garantire i diritti degli individui¹⁷, proteggono - appunto come obiettivo

pretandi, 2006, 197). Per quanto ovvie, si ritiene comunque opportuno ricordarle: da un lato per porre in evidenza le difficoltà che incontra chi vuole non tanto enunciare un principio di matrice europea, quanto piuttosto renderlo operativo nelle migliaia di processi penali che si hanno ogni giorno in Italia e, dall'altro, per sottolineare l'elevato rischio di errori (ha osservato RAVASI, *La traduzione biblica tra ispirazione e autenticità*, in *Ars interpretandi*, 2000, 97, che «tradurre», che ha alla base il verbo latino *ducere*, può essere un «condurre», cioè un traghettare da un testo all'altro, ma può essere anche «indurre» e «produrre» nuovi sensi, può «introdurre» elementi estrinseci e «sedurre», cioè ingannare»).

¹⁵ Non è escluso che l'interprete italiano, consapevole di questa necessità, ne sia influenzato già nel momento di elaborazione della regola. Del resto, come ha precisato Corte cost., n. 49 del 2015, in *Giur. cost.* 2015, 391 «i canoni dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata debbono [...] trovare applicazione anche nei confronti delle sentenze della Corte EDU, quando di esse [...] non si è in grado di cogliere con immediatezza l'effettivo principio di diritto che il giudice di Strasburgo ha inteso affermare per risolvere il caso concreto (sentenza n. 236 del 2011). In tali evenienze, non comuni ma pur sempre possibili, a fronte di una pluralità di significati potenzialmente compatibili con il significante, l'interprete è tenuto a collocare la singola pronuncia nel flusso continuo della giurisprudenza europea, per ricavarne un senso che possa conciliarsi con quest'ultima, e che, comunque, non sia di pregiudizio per la Costituzione».

¹⁶ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, cit., punto 4.7, la quale ha così proseguito: «la particolare natura delle stesse norme, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali (*ex plurimis*, sentenze n. 183 del 1973, n. 170 del 1984, n. 168 del 1991, n. 73 del 2001, n. 454 del 2006) o dei principi supremi (*ex plurimis*, sentenze n. 30 e n. 31 del 1971, n. 12 e n. 195 del 1972, n. 175 del 1973, n. 1 del 1977, n. 16 del 1978, n. 16 e n. 18 del 1982, n. 203 del 1989), ma debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le "norme interposte" e quelle costituzionali. L'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è assoluta e inderogabile, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione. In occasione di ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta». Questa considerazione è stata ripetuta in numerosissime occasioni (tra le ultime, v. Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, in *Giur. cost.* 2015, 391, che ha osservato come «il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU [...] è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU (sentenze n. 349 e n. 348 del 2007)».

¹⁷ Come ha osservato ILLUMINATI, *I principi generali del sistema processuale penale italiano*, in *Pol. dir.*, giugno 1999, 309, «anche quelle che nella Costituzione si manifestano come garanzie oggettive

intermedio - interessi sovraindividuali¹⁸. Non è escluso allora che questi principi possano porsi in conflitto con le norme di una Convenzione che esiste esclusivamente «per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà individuali» ed è quindi, per così dire, espressamente sbilanciata a favore del singolo individuo¹⁹ (la qual cosa non significa che la Corte europea non sia in grado di tener in considerazione interessi diversi da quelli dei singoli. Anzi, spesso è capace di formulare giudizi di bilanciamento assai più ponderati di quelli proposti da taluni interpreti italiani, come si vedrà a breve²⁰).

Anche per questa ragione la Corte di Strasburgo, consapevole oltre che del proprio compito anche delle rilevanti differenze tra gli ordinamenti statali, non solo ha elaborato il concetto di «margine di apprezzamento nazionale»²¹, ma tanto frequentemente raccomanda agli interpreti una grandissima cautela nell'estrarre dalle proprie motivazioni delle regole²².

della giurisdizione penale sono indirettamente volte a tutelare le garanzie individuali. Nel complesso dei principi costituzionali in materia risaltano quelli diretti ad assicurare l'autonomia, l'indipendenza e l'autogoverno della magistratura (art. 104 Cost.). Occorre sottolineare la necessaria strumentalità di queste norme, che non hanno la funzione di costituire uno status privilegiato per gli appartenenti all'ordine giudiziario, ma quella di creare le condizioni per assicurare un'effettiva imparzialità degli organi giudicanti», ossia per garantire all'accusato il diritto ad avere un giudice imparziale.

¹⁸ Si pensi all'art. 112 Cost. e i principi da esso ricavabili.

¹⁹ Mentre è tutt'altro che teorica la possibilità che la Corte costituzionale ravvisi la contrarietà di una norma all'«interesse alla repressione dei delitti» (la cui esistenza, riconosciuta fin dalle prime pronunce della Corte costituzionale, è stata ribadita recentemente da Corte cost., n. 223 del 2015, in *Giur. cost.*, 2015, 2071), è piuttosto fantasioso immaginare che un'analogia pronuncia possa essere emessa dalla Corte di Strasburgo.

²⁰ L'allusione sarà più chiara quando si tratterà di una recente pronuncia delle Sezioni unite sul tema: v. par. 4.

²¹ Che è stato ripreso dalla giurisprudenza costituzionale, secondo la quale «nel concetto di massima espansione delle tutele deve essere compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscono diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela. Questo bilanciamento trova nel legislatore il suo riferimento primario, ma spetta anche a questa Corte nella sua attività interpretativa delle norme costituzionali.

Il richiamo al «margine di apprezzamento» nazionale - elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea - trova la sua primaria concretizzazione nella funzione legislativa del Parlamento, ma deve essere sempre presente nelle valutazioni di questa Corte, cui non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro. Naturalmente, alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, mentre appartiene alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali - compresi nella previsione generale ed unitaria dell'art. 2 Cost. - si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea» (Corte cost., n. 317 del 2009, cit.).

²² V. ad es. il § 41 di Corte eur. dir. uomo, sez. III, 5 marzo 2013, *Manolachi c. Romania* 2013 o quanto riportato al § 31 di Corte eur. dir. uomo, sez. III, *Hanu c. Romania*, 4 giugno 2013: la Corte «ribadisce che il modo in cui si applica l'articolo 6 ai procedimenti dinanzi ai tribunali competenti per l'appello

A volte l'intera operazione che dovrà svolgere l'interprete nazionale, comunque non priva di difficoltà, potrà essere svolta con relativa facilità, come è stato per esempio quando la Corte di cassazione per porsi in linea con la giurisprudenza europea ha stabilito che le dichiarazioni rese nel corso del procedimento in assenza della difesa, ancorché legittimamente acquisite, non possono fondare in modo esclusivo o significativo l'affermazione della responsabilità penale²³.

In altri casi l'operazione sarà più complessa, poiché le variabili da considerare potrebbero essere assai numerose. Eppure anche in questi casi, per quanto delicata possa essere l'operazione, non ci si può esimere dal tentarla: indulgere oltre nell'invito alla circospezione significherebbe chiudere le porte alla giurisprudenza europea, che è esattamente ciò che la Corte costituzionale impone di non fare.

2. L'elaborazione della regola europea

La disciplina contenuta nel codice di procedura penale, così come la Costituzione, consente il ribaltamento di una sentenza d'assoluzione in una di condanna; la Corte europea, pronunciandosi riguardo alle condizioni che permettono questo tipo di *overturning*, implicitamente ne riconosce la compatibilità con la Cedu. Si tratta allora di stabilire in quale misura e a quali condizioni le sentenze della Corte Edu vincolino i giudici italiani.

Come accennato, il primo passaggio consiste nell'elaborazione della regola europea con gli occhi dell'interprete italiano.

Dalle sentenze usualmente richiamate quando si tratta questa questione²⁴

dipende dalle particolari caratteristiche dei procedimenti interessati; è necessario prendere in considerazione il procedimento nel suo complesso nell'ambito dell'ordinamento giuridico e del ruolo che il tribunale competente per l'appello svolge al suo interno».

²³ Cass., sez. un., 25 novembre 2010, n. 27918, in *Cass. pen.*, 2012, 858, con nota di SILVESTRI, *Le sezioni unite impongono rigore per l'acquisizione e l'utilizzazione delle dichiarazioni predibattimentali rese senza contraddittorio da persona residente all'estero*. Per una più compiuta analisi della questione, v. APRATI, *Il «protocollo» dell'interpretazione*, cit., 3908; DANIELE, *Norme processuali convenzionali e margine di apprezzamento nazionale*, in *Cass. pen.*, 2015, 1699 GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.*, cit., 109; MAZZA, *La procedura penale*, cit., 41 e ZACCHE, *Il diritto al confronto nella giurisprudenza europea*, in *Regole europee e processo penale*, a cura di Gaito, Chinnici, Padova, 209.

²⁴ È uno dei limiti di questa analisi: non è stato ovviamente esaminato l'intero database della giurisprudenza Cedu, ma l'attenzione è stata limitata alle pronunce usualmente citate negli articoli che trattano di questo tema. Come si vedrà a breve, già un'analisi limitata a questo ristrettissimo campione porta a ritenere che nelle motivazioni delle varie pronunce della Corte europea non manchino delle incongruenze. Ma questo è un problema al quale forse ci si dovrà abituare, nel momento in cui è stato deciso che vincolante non è la Cedu, ma la lettura che di essa offre la Corte di Strasburgo, e che quindi «alla Consulta e ai giudici comuni non resta che interpretare le “interpretazioni” della Corte europea» (FERRO, *L'interpretazione della Corte europea*, cit., 122).

sembra possibile ricavare, in via di prima approssimazione, che nei casi in cui un imputato venga assolto in primo grado è consentita una successiva condanna solo qualora il giudice dell'appello abbia direttamente percepito le dichiarazioni delle persone delle quali intende servirsi per fondare la sentenza²⁵, con la precisazione che se l'esame non viene richiesto dalle parti, deve essere disposto d'ufficio dal giudice²⁶.

La ragione pratica alla base della regola è piuttosto chiara. È la Corte stessa a illustrarla: nel momento in cui un giudice si è pronunciato sulla responsabilità di un accusato, escludendola, il giudice di appello che è intenzionato a condannare e che dubita della correttezza del giudizio sull'attendibilità dei soggetti che hanno reso delle dichiarazioni di «grande importanza»²⁷, può trovare conferma alla propria ipotesi solo assistendo all'escussione di quei dichiaranti, poiché «la valutazione dell'attendibilità di un testimone è un compito complesso che di solito non può essere soddisfatto da una semplice lettura delle sue dichiarazioni»²⁸. La Corte europea, dunque, rimarcando l'importanza «per valutare la credibilità del teste, [de]i tratti prosodici del discorso che escono pienamente valorizzati solo nel diretto contatto del giudice con la fonte probatoria»²⁹, riconosce il valore di quello che in Italia è noto come principio di ora-

²⁵ Tra i numerosi commenti, v. AIUTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il libero convincimento del giudice d'appello*, in *Cass. pen.*, 2014, 3964; BRONZO, *Condanna in appello e rinnovazione della prova dichiarativa*, in *questa Rivista online*, n. 3, 2014; CISTERNA, *Le Sezioni unite su principio di oralità ed overturning dell'assoluzione in grado d'appello fondato sulla rivalutazione della prova dichiarativa*, in *questa Rivista online*, n. 2, 2016; FIORIO, *Il diritto al controllo e la riforma della sentenza di assoluzione*, in *Regole europee e processo penale*, cit., 259; STELLIN, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello: nuove conferme, vecchie ambiguità*, in *Cass. pen.*, 2016, 1640; TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della Cedu*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2014, 3-4, 239.

²⁶ Questa regola è ricavata da Corte EDU, Sez. III, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia; Id., Sez. III, 26 giugno 2012, Gaitanaru c. Romania; Id., Sez. III, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania 2013; Id., Sez. III, Hanu c. Romania, 4 giugno 2013; Id., Sez. II, 5 luglio 2016, Lazu c. Moldavia.

²⁷ L'espressione è tratta da Corte EDU, sez. III, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, § 31. Il tema della rilevanza delle dichiarazioni ai fini del giudizio è uno di quelli più dibattuti, così come lo è quello della scelta delle parole per indicare questo standard. Si va dalla «decisività», che compare nelle massime della Corte di cassazione (ma anche in alcuni commenti dottrinali: v. ad es. ZACCHÈ, *Il diritto a confrontarsi*, cit., 223), alla «non irrilevanza» (STELLIN, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello*, cit., 1649) o «rilevanza» (TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello*, cit., 261) degli autori che ritengono «il canone della decisività [...] un fuor d'opera» (STELLIN, *La rinnovazione*, cit., 1647). Se ne riparlerà nel par. 3.

²⁸ Corte EDU, Sez. III, 14 giugno - 5 luglio 2011 - Dan c. Moldavia, § 33.

²⁹ FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2012, 125. La rilevanza del principio di oralità è stata rimarcata in tempi relativamente recenti, con un inedito vigore, dalla Corte costituzionale, la quale ha giudicato fondamentale assicurare «la diretta percezione, da parte del giudice deliberante, della prova stessa nel momento della sua formazione, così da poterne cogliere tutti i connotati espressivi, anche quelli di carattere non verbale, particolarmente prodotti dal metodo dialettico dell'esame e del controesame; con-

lità-immediatezza.

Pur sottolineandone l'importanza, la Corte - che non ha alcuna inclinazione alla santificazione dei principi che enuncia e all'assolutizzazione delle affermazioni che formula - non richiede l'osservanza sempre e comunque dell'oralità-immediatezza. Inanzitutto - nell'ottica di una ragionevole operazione di bilanciamento degli interessi (accertamento vs diritto di difesa) - non la esige nei casi in cui la nuova escussione non è possibile: in questi casi, come ha in più occasione affermato, la regola non opera³⁰.

Ma la Corte limita fortemente l'ambito di operatività della regola anche sotto un diverso profilo: non afferma che ogni giudice che pronuncia una sentenza deve assistere all'esame dei dichiaranti³¹. Sostiene invece che quest'obbligo sussiste solo quando il giudice d'appello intende ribaltare una sentenza di assoluzione. È il fatto che un giudice abbia pronunciato una sentenza di assoluzione a impedire al secondo giudice di mutare il giudizio senza esaminare direttamente i dichiaranti, la qual cosa significa che per la Corte non sussiste alcun obbligo di esaminare i dichiaranti: 1) in assenza di una precedente sentenza (dunque in primo grado la regola non opera³²); 2) in assenza di una pre-

notati che possono rivelarsi utili nel giudizio di attendibilità del risultato probatorio, così da poterne poi dare compiutamente conto nella motivazione» (Corte cost., n. 205 del 2010, in *Giur. cost.*, 2010, 2392). Sui limiti del principio di oralità v., di chi scrive, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 494 ss.

³⁰ V. Corte EDU, sez. III, 14 giugno - 5 luglio 2011 - Dan c. Moldavia: «naturalmente, ci sono casi in cui è impossibile sentire un testimone in prima persona al processo perché, per esempio, lui o lei è morto, o al fine di tutelare il diritto della testimonianza di non incriminare sé stesso (Craxi c/ Italia, § 86, 5 dicembre 2002)».

³¹ La giurisprudenza europea «non ha mai reputato indefettibile che l'accusato interroghi il testimone in udienza dibattimentale, innanzi al giudice chiamato a decidere: in più di un'occasione, la Corte di Strasburgo ha ribadito la conformità ai canoni pattizi di un confronto tra accusato e dichiarante a carico avvenuto al cospetto di un giudice in qualunque fase del procedimento, nelle indagini preliminari o in dibattimento [...] Secondo il giudice europeo la possibilità per l'accusato di confrontarsi con il testimone in presenza del giudice che alla fine decide il caso rappresenta solo un elemento rilevante dell'equità processuale [...] e può venire meno in presenza di circostanze particolari che giustifichino un'eccezione ai principi dell'oralità del dibattimento e della conoscenza diretta da parte del giudice» (BUZZELLI, CASIRAGHI, CASSIBBA, CONCOLINO, PRESSACCO, *Art. 6 - Diritto a un equo processo*, in *Corte di Strasburgo e giurisprudenza penale*, a cura di Ubertis, Viganò, Torino, 2006, 225).

³² Il punto è importante. Talora si afferma che «tenuto conto che per condannare occorre superare "ogni ragionevole dubbio" (art. 533, co. 1, c.p.p.), la percezione diretta delle dichiarazioni si pone quale condizione essenziale per apprezzarne in modo corretto e completo il contributo probatorio; a fortiori, nel frangente cruciale di riforma della sentenza assolutoria che quel "dubbio", evidentemente, non aveva superato» (LORENZETTO, *Reformatio in peius in appello e processo equo (art. 6 CEDU): Fisiologia e patologia secondo le Sezioni unite*, in www.penalecontemporaneo.it). L'affermazione non convince. La diretta percezione delle dichiarazioni non è condizione essenziale per condannare (se lo fosse, il giudizio abbreviato non dovrebbe esistere, così come non dovrebbe esistere un giudizio ordinario in cui fossero acquisite su accordo delle parti le sommarie informazioni testimoniali), né lo è per la Corte europea (v. nota 31). Lo diventa (almeno secondo la Corte europea) solo in appello ricorrendo peculiari presupposti. L'argomento a fortiori non è pertinente.

cedente sentenza di assoluzione (dunque nei casi di c.d. doppia conforme la regola non opera); 3) in assenza dell'intenzione del giudice di secondo grado a pronunciare una sentenza di condanna (dunque, qualunque sia la pronuncia di primo grado, se il giudice d'appello intende assolvere, non c'è alcun obbligo di rinnovare l'istruttoria³³).

La Corte sembrerebbe voler affermare che quando un giudice non si è convinto della colpevolezza dell'accusato ed ha assolto, sorge una sorta di vincolo per il giudice dell'appello, il quale può emettere una sentenza di condanna solo assistendo direttamente all'assunzione delle dichiarazioni che sembrano essere di grande importanza per la pronuncia di una condanna.

Non è infrequente che questo vincolo venga posto in relazione al tema dell'«oltre ogni ragionevole dubbio». Il collegamento è possibile. A patto però di chiarire alcuni punti.

L'espressione «oltre ogni ragionevole dubbio» è solitamente impiegata per indicare il criterio di giudizio al quale il giudice si deve attenere per emettere una sentenza di condanna³⁴: il giudice, valutate le prove acquisite, applica questo criterio. Il giudice di primo grado, così come quello d'appello che intende condannare, deve convincersi oltre ogni ragionevole dubbio della colpevolezza sulla base delle prove. Niente di più, niente di meno. Che sia stata precedentemente richiesta l'archiviazione, poi respinta, che si sia proceduto con giudizio immediato, o che in primo grado ci sia stata una sentenza d'assoluzione o di condanna, è irrilevante. Il giudice condanna solo se, esaminate le prove acquisite, si è convinto «oltre ogni ragionevole dubbio»³⁵ della

³³ Sul punto di tornerà nel par. 4.

³⁴ Questa specifica espressione è stata introdotta nel codice dal legislatore nel 2006. È imposta dal secondo comma dell'art. 27 Cost., come la pressoché unanime dottrina ha sempre evidenziato (tra i tanti, MAZZA, *sub art. 533*, in *Commentario breve al Codice di procedura penale*, a cura di Conso, Illuminati, Padova, 2015, 2418).

³⁵ Un uso dell'espressione «oltre ogni ragionevole dubbio» diverso viene fatto quando si afferma, come talora accade, che «se un giudice ritiene una persona innocente, e un altro la ritiene colpevole, come si fa a dire che la sua responsabilità è stata accertata oltre ogni ragionevole dubbio?» (PECORELLA, *Così la Consulta nega la Costituzione*, in *Il Giornale*, 27 gennaio 2007, 10, cit. in PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, 268, nota 189, al quale si rinvia per ulteriori affermazioni di analogo tenore). In questo caso il «ragionevole dubbio» non nasce dalla valutazione delle prove, ma dal confronto tra due giudizi: dalla circostanza che un giudice abbia deciso in modo diverso da un altro (più che innocenza vs colpevolezza, non colpevolezza vs colpevolezza) si trae il convincimento che la soglia dell'oltre ogni ragionevole dubbio non sia stata superata. Nulla di male. L'affermazione è perfettamente in linea con le regole della sintassi e della semantica della lingua italiana, ed è perfettamente comprensibile. Se allora non si vuole abbandonare questo significato (come forse sarebbe opportuno, per via del rischio di fraintendimenti), è opportuno almeno essere consapevoli che si sta usando l'espressione «oltre ogni ragionevole dubbio» in modo diverso da quello del quale ci si serve quando si parla del criterio di giudizio previsto dal secondo comma dell'art. 27 Cost. e dall'art. 533 c.p.p.

colpevolezza dell'accusato. Altrimenti deve assolvere.

Con le nuove pronunce europee le cose cambiano: le prove, naturalmente, continuano a contare. Restano l'unico strumento che consente di rovesciare la presunzione di non colpevolezza. Ma ricorrendo determinati presupposti con le sole prove non è più consentito giungere alla dichiarazione di colpevolezza: c'è un incombente in più da svolgere. La circostanza che un giudice abbia formulato un certo giudizio - fatto sino a oggi irrilevante - diventa rilevante: la pronuncia di una sentenza d'assoluzione in primo grado impedisce al giudice d'appello che non abbia prima adempiuto a un preciso obbligo di convincersi oltre ogni ragionevole dubbio. O meglio, impedisce al giudice d'appello di emettere una sentenza di condanna. In effetti il giudice d'appello, sulla base della valutazione delle prove, ben potrebbe essersi convinto della colpevolezza dell'imputato. Solo che non gli è consentito pronunciare una sentenza di condanna se prima non assiste all'assunzione di certe prove dichiarative. Anzi, per quanto stabilito dalla Corte europea, il giudice d'appello *deve essersi convinto della colpevolezza*, poiché se così non fosse, e intendesse confermare la sentenza di primo grado, dovrebbe pronunciare una sentenza di assoluzione senza procedere alla rinnovazione.

La creazione di questo vincolo comunque non comporta l'instaurazione di una gerarchia tra prove: la giurisprudenza europea pone un obbligo di rinnovazione, ma non estromette quanto già acquisito dalla categoria delle prove utilizzabili, né dà una preminenza alle prove acquisite innanzi al giudice d'appello³⁶. Una volta effettuato l'incombente, il giudice è libero di decidere come crede.

C'è poi un altro punto da segnalare, sul quale comunque si tornerà: la Corte europea non pare ricondurre l'obbligo di nuova assunzione al diritto alla formazione della prova, né al diritto alla prova, né al diritto a confrontarsi con chi rende dichiarazioni a carico³⁷ né, in generale, al diritto di difesa, ma essen-

³⁶ Accada insomma qualcosa di analogo a quanto avviene nel giudizio abbreviato condizionato quando viene esaminato un soggetto che ha già reso dichiarazioni al pubblico ministero, alla polizia giudiziaria o al difensore, che «non sono di per se stesse dotate di valore probatorio privilegiato e preminente rispetto a quelle fornite alle Autorità inquirenti, stante il carattere integrativo e non sostitutivo che l'art. 438, comma quinto, c.p.p., attribuisce all'attività istruttoria nel contraddittorio delle parti» (Cass., Sez. III, 24 febbraio 2015, n. 11658, in *Mass. Uff.*, n. 262984).

³⁷ In effetti in alcune pronunce, come ad es. Corte EDU, Sez. III, Hanu c. Romania, 4 giugno 2013, al § 40 si fa riferimento al diritto a confrontarsi con l'accusatore («la Corte ribadisce che secondo la propria giurisprudenza uno dei requisiti per un processo equo è che l'imputato abbia la possibilità di confrontarsi con i testimoni alla presenza di un giudice chiamato a decidere la causa, *in quanto* l'osservazione diretta da parte del giudice dell'atteggiamento e della credibilità di un determinato testimone può essere determinante per l'imputato»; una affermazione pressoché identica è contenuta al § 49 di Corte eur. dir. uomo, sez. III, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania). Pare però essere una sorta di *excursus* non

zialmente all'oralità-immediatezza, al fatto che «l'osservazione diretta da parte del giudice dell'atteggiamento e della credibilità di un determinato testimone può essere determinante per l'imputato»³⁸. La Corte, in altri termini, propone «una interpretazione che valorizza non tanto il diritto dell'imputato ad entrare in contatto con la fonte delle accuse [...] ma il diritto dello stesso ad una condanna basata su un percorso valutativo affidabile»³⁹. E infatti ritiene che il giudice sia «tenuto ad adottare d'ufficio misure positive a tale scopo [esaminare il dichiarante], anche se ciò non era stato espressamente richiesto dal ricorrente»⁴⁰. L'eventuale richiesta dell'accusato può naturalmente esserci⁴¹, ma anche se mancasse, si dovrebbe procedere alla rinnovazione, la qual cosa significa che la Corte, con queste decisioni, non vuole garantire un diritto che può essere esercitato solo dall'accusato, ma intende assicurare il rapporto diretto tra

molto coerente con il resto della motivazione (che, se preso alla lettera, sarebbe in palese contrasto con le altre pronunce della Corte, assai più numerose, che negano la necessità di garantire l'oralità sempre e comunque: v. nota 31).

³⁸ Corte EDU, Sez. III, Hanu c. Romania, 4 giugno 2013, § 40. Analoga affermazione è ripetuta in Id., Sez. III, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania, § 49: «la giurisprudenza della Corte europea sottolinea al riguardo che la possibilità per l'imputato di confrontarsi con un testimone in presenza del giudice chiamato a decidere in ultima istanza sull'accusa è una garanzia di un processo equo, *in quanto le osservazioni del giudice per quanto riguarda il comportamento e l'attendibilità di un testimone possono avere delle ripercussioni per l'imputato*» (corsivo aggiunto).

³⁹ Cass., Sez. II, 26 ottobre 2015, n. 2259, in *Dir. & Giust.* 2016, 21 gennaio che è la pronuncia la quale ha rimesso alle sezioni unite la questione della rilevanza d'ufficio della violazione dell'obbligo di rinnovazione. Analoga affermazione è contenuta in un articolo del giudice relatore dell'ordinanza appena citata, RECCHIONE, *Pronunce della Corte EDU e giurisprudenza della Cassazione tra tutela dei diritti individuali e salvaguardia degli interessi collettivi*, in *questa Rivista* online, 2014, n. 3, 16. Non appare invece condivisibile l'affermazione (sempre contenuta nel citato provvedimento, ma anche in alcuni commenti dottrinali: oltre a RECCHIONE, *Pronunce della Corte EDU*, cit., 16, v. ad es. ARASI, *Proscioglimento capovolto in appello e rinnovazione istruttoria*, in *Proc. pen. e giust.*, 2014, 148), secondo la quale la violazione della regola implicherebbe che «il diritto di difesa patisce una lesione, in quanto si nega all'accusato il diritto ad una valutazione affidabile della prova dichiarativa, che in queste condizioni risulta garantita solo dal rispetto del principio dell'oralità». La locuzione «diritto di difesa» è qui usata in modo eccessivamente ampio: si riconducono a essa tutti i diritti dell'accusato nel processo. Ma se appare corretto affermare che sono declinazioni del diritto di difesa il diritto alla prova, alla partecipazione alla formazione della prova, al contraddittorio, all'impugnazione, è improprio parlare di diritto di difesa quando si vuole alludere, per esempio, all'imparzialità del giudice. Di diritto di difesa si parla quando è l'accusato a esercitare il diritto (sarà dunque un diritto della difesa il diritto di ricusare il giudice, che è previsto per tutelare il diritto - non il diritto di difesa - di avere un giudice imparziale), non invece quando la garanzia è attuata da altri (in questi casi si tratta dunque di diritti dell'accusato, non di *diritti di difesa* dell'accusato).

⁴⁰ Corte EDU, Sez. III, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania 2013, § 49, che così replica all'obiezione del governo rumeno che osservava come il ricorrente non avesse chiesto al giudice dell'impugnazione la nuova audizione dei testimoni.

⁴¹ In questo caso, qualora l'esame non fosse disposto, ci sarebbe dunque una duplice violazione della Cedu.

prova dichiarativa e giudice⁴² (o meglio, tra prova dichiarativa e giudice che intende capovolgere una precedente sentenza di assoluzione).

Si tratta evidentemente di una regola anomala per l'interprete italiano: il presupposto d'operatività è uno stato mentale del giudice, che è vincolato a rinnovare l'istruttoria solo nel caso in cui creda – sulla base della lettura del fascicolo che ha a disposizione – che la decisione del giudice di primo grado debba essere riformata in ragione di un'erronea valutazione delle dichiarazioni acquisite⁴³. L'anomalia, naturalmente, non sta nell'indicare in una norma quale presupposto di una determinata attività uno stato mentale, eventualità non solo comune, ma connaturata alla stessa idea di processo⁴⁴. Sta invece nella tipologia d'attività richiesta all'organo che ha maturato quel convincimento (questo punto, fondamentale, verrà ripreso nelle conclusioni).

A questa singolarità se ne può aggiungere un'altra: in Italia si è abituati a situazioni in cui è garantita l'oralità contestualmente al diritto alla partecipazione alla formazione della prova (così è, per esempio, in linea di massima, nell'istruzione dibattimentale), o in cui è assicurato il diritto alla partecipazio-

⁴² Della qual cosa è consapevole anche chi poi evoca altri diritti. V. ad es. DINACCI, *L'effettività dei controlli sulla decisione tra vincoli europei e carta dei valori*, in *Cass. pen.*, 2016, rispettivamente 3618 e 3519: «il tema, pur risultando espressione della tutela del principio di immediatezza, coinvolge anche il diritto alla prova»; «le stesse aperture europee in tema di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale sembra provengano più da una consapevole tutela del principio di immediatezza istruttoria che non del diritto alla prova. Tuttavia, nessuno può negare che l'obbligo di rinnovazione coinvolge necessariamente il diritto alla prova ed alla controprova». La prima affermazione di entrambe le proposizioni individua esattamente la ragione che ha indotto la Corte di Strasburgo a stabilire la regola; la seconda sembra invece essere legata, per così dire, alle ragioni del cuore dell'autore, il quale ha sempre auspicato un ampliamento del diritto alla prova in appello, anche prima della pronuncia Dan c. Moldova (v. ad es. DINACCI, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di rinvio*, in *Cass. pen.*, 2007, 3500). Traggono spunti dalla giurisprudenza europea per sostenere la tesi della necessità di una «rinnovazione delle prove dichiarative assunte in primo grado ancora disponibili» anche Gaito, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il p.m. impugna l'assoluzione*, in *questa Rivista online*, 2012, n. 2, 4 (dal quale è tratta la citazione appena riportata), BOREA, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel "Giusto processo" d'appello alla luce della giurisprudenza della Cedu*, in *questa Rivista online*, n. 2, 2015; CHINNICI, *Contraddittorio, immediatezza e parità delle parti nel giudizio di appello. Estenuazioni interne e affermazioni europee*, in *Proc. pen. e giust.*, 2015, 173; MARCHESE, *La reformatio in peius della sentenza di assoluzione tra vincoli europei e diritto ad un equo processo*, in *questa Rivista*, 2013, 1044; REDAELLI, *La condanna in appello dell'imputato assolto, fra antinomie di sistema, principi europei ed interpretazione costituzionalmente orientata*, in *questa Rivista*, 2014, 748; SCACCIANOCE, *Riforma in peius della sentenza di assoluzione senza rinnovare la prova orale*, in *questa Rivista*, 2013, 1051.

⁴³ Come più volte detto, se il giudice non avesse l'intenzione di emettere una sentenza di condanna, riformando la pronuncia di primo grado, non sarebbe tenuto alla rinnovazione.

⁴⁴ Il pubblico ministero richiede il rinvio a giudizio quando ritiene sostenibile l'accusa in giudizio; il giudice dell'udienza preliminare lo dispone se formula un analogo giudizio; il giudice pronuncia sentenza di condanna se ritiene l'imputato colpevole oltre ogni ragionevole dubbio; l'inquirente richiede l'applicazione di una misura cautelare se ritiene sussistenti gravi indizi di colpevolezza, etc.

ne alla formazione della prova senza oralità (situazione che si ha per esempio quando s'introduce in dibattimento una prova formata nell'incidente probatorio). La Corte europea invece sembra interessata a garantire la sola oralità, a imporre un peculiare modo di valutazione di una specifica categoria di prove⁴⁵, e a chiederne il rispetto a prescindere alla stessa volontà delle parti: è chiaro che se la difesa o l'accusa chiedono la nuova audizione, e il giudice d'appello la dispone, questa garanzia si realizza in modo, per così dire, automatico. Ma va assicurata anche in assenza di una richiesta delle parti e, in linea teorica, per conformarsi alla regola europea sembrerebbe sufficiente l'introduzione di una norma che assicurasse al giudice d'appello la possibilità di far domande al dichiarante anche in assenza della partecipazione delle parti.

L'ultima puntualizzazione che è necessaria prima di passare all'analisi delle singole questioni che si possono presentare nel processo penale italiano riguarda il tema del c.d. «compendio probatorio deprivato». Talvolta, dopo aver correttamente ricordato che la giurisprudenza europea «consente di fondare le sentenze di condanna su dichiarazioni predibattimentali, cartolari [...], qualora queste risultino accompagnate da adeguate garanzie procedurali»⁴⁶, si

⁴⁵ Con le parole di Cass., Sez. II, 26 ottobre 2015, n. 2259, cit., «la condanna basata sulla rivisitazione del giudizio di attendibilità della testimonianza effettuata senza la percezione diretta dell'evento dichiarativo è stata giudicata "iniqua" nella misura in cui non garantisce una affidabile valutazione della prova decisiva».

⁴⁶ Cass., Sez. II, 26 ottobre 2015, n. 2259, cit. Sull'esattezza di queste affermazioni, v., tra i tanti, GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.*, cit., 108: «l'art. 6 § 3 lett. d) nel prevedere che "ogni accusato ha in particolare il diritto di interrogare o far interrogare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'interrogatorio dei testimoni a scarico nelle medesime condizioni dei testimoni a carico" sancisce il diritto dell'imputato di confrontarsi con il suo accusatore, garanzia, questa, cardine assoluto dell'equità del processo. Il principio fondamentale è che la prova dichiarativa (al pari di ogni altra prova), per poter essere utilizzata ai fini dell'affermazione della responsabilità penale dell'imputato, deve essere assunta necessariamente in contraddittorio. L'imputato, secondo la prescrizione della citata norma della Convenzione, deve quindi poter partecipare all'assunzione della fonte testimoniale in un pubblico dibattimento. Tale principio — afferma testualmente la Corte — "*ne va pas sans exceptions*": ammette, cioè, deroghe, ma in termini assai precisi. L'eccezione più rilevante — che vale a rendere storicamente applicabile un principio altrimenti inattuabile nella quasi totalità degli ordinamenti nazionali — è quella del c.d. contraddittorio differito. Nella giurisprudenza di Strasburgo si afferma infatti, con una costanza assoluta e tetragona, che per rispettare il principio sopra visto è sufficiente che l'imputato abbia avuto un'occasione adeguata e sufficiente di interrogare l'autore delle dichiarazioni a suo carico: che, dunque, anche in un momento successivo alla (originaria) produzione della prova, egli abbia avuto la possibilità di contestare la testimonianza a carico e di contestarne il contenuto. Da ciò discend[e] [...] che non sono in sé vietate le dichiarazioni raccolte nella fase dell'indagine e, soprattutto, ad esse può ben essere attribuito valore probatorio: se vi è stato esercizio del diritto al confronto (chiamiamo così, per comodità, la sequenza procedurale prevista nella lett. d), § 3 dell'art. 6 CEDU), allora le precedenti dichiarazioni hanno pieno valore probatorio, in nulla inferiore a quelle rese dal dichiarante dinanzi al giudice terzo ed al cospetto dell'imputato».

sostiene che a essere giudicata in contrasto con le garanzie convenzionali dalla Corte europea non è «tanto l'uso della testimonianza documentale, quanto l'operazione di *overturning* effettuata su un *compendio probatorio privato rispetto a quello esaminato dai giudici di prima istanza*. La Corte Europea non ritiene cioè di certificare l'equità di un giudizio di condanna che si fonda *sulla analisi di un minor numero di elementi rispetto a quelli esaminati dal giudice che aveva deciso l'assoluzione*»⁴⁷.

Se si ha bene inteso, si vorrebbe dire che la regola europea impedirebbe a un giudice di seconda istanza di condannare un imputato assolto da un altro giudice sulla base di un più completo compendio probatorio (la «completezza» sarebbe legata alla circostanza che il giudice di primo grado ha sì compreso le parole, poi cristallizzate nei verbali, ma ha anche visto le movenze, le esitazioni, i sussulti, i gesti dei dichiaranti).

È possibile che questa lettura sia corretta; non si hanno a disposizione elementi per sostenere con certezza che sia sbagliata⁴⁸. Ma se nelle pagine precedenti è stata colta la *ratio* alla base della regola europea, questa lettura non può essere accettata. Se la ragione pratica che sta alla base della regola è individuata non nella necessità di garantire l'identità del materiale probatorio, ma nell'assicurare il rapporto diretto tra giudice e prove, nell'imporre uno specifico metodo di valutazioni delle prove dichiarative, allora non si può che respingere la tesi del «compendio probatorio privato»: se per la Corte europea, come si è visto, «la valutazione dell'attendibilità di un testimone è un compito complesso che di solito non può essere soddisfatto da una semplice lettura delle sue dichiarazioni»⁴⁹, non conta tanto garantire che il giudice di appello possa decidere sulla base dello stesso «numero di elementi rispetto a quelli esaminati dal giudice che aveva deciso l'assoluzione», quanto piuttosto assicurarsi che assuma direttamente le prove dichiarative ritenute importanti per il capovolgimento della decisione.

Tirando le fila, alcuni presupposti della regola europea sembrano essere abbastanza chiari: a) in primo grado deve essere stata pronunciata una sentenza di assoluzione e il giudice dell'appello deve essere intenzionato a riformare la

⁴⁷ Cass., Sez. II, 26 ottobre 2015, n. 2259, cit. (il corsivo è aggiunto).

⁴⁸ Per la verità in Corte EDU, Sez. III, 5 marzo 2013, *Manolachi c. Romania* 2013, §§ 48-49 si rinviene un'affermazione un po' diversa: «il ricorrente è stato riconosciuto colpevole *sulla base delle stesse testimonianze* che avevano portato il tribunale a dubitare della fondatezza dell'accusa formulata nei suoi confronti [...] La Corte osserva che la corte d'appello e l'Alta Corte, quando hanno sostituito l'iniziale decisione di assoluzione con una decisione di condanna, *non disponevano di alcun dato nuovo*». Non si dice che il giudice di secondo grado ha a disposizione meno elementi del primo, ma che non ne ha di più.

⁴⁹ Corte EDU, Sez. III, 14 giugno - 5 luglio 2011 - *Dan c. Moldavia*, § 33.

sentenza; b) la ragione per la quale il giudice è intenzionato a capovolgere l'assoluzione deve essere correlata alla formulazione di un diverso giudizio sull'attendibilità di soggetti che hanno reso delle dichiarazioni acquisite al fascicolo processuale; c) queste dichiarazioni - nell'ottica di un'eventuale condanna - avrebbero una rilevante importanza.

Al di là di queste indicazioni generali, restano i dubbi che si prospettano quando si tenta d'innestare una regola che è stata elaborata in Europa nelle varie situazioni che si possono presentare nel processo penale italiano.

Per esempio, ci si potrebbe chiedere se la regola valga in relazione a tutti i provvedimenti giurisdizionali qualificabili come «sentenza», a prescindere dall'organo che li ha pronunciati, o se invece rilevi la tipologia di giudice penale che li ha emessi⁵⁰; se riguardi solo i casi di sentenze di assoluzione in primo grado o anche quelle di proscioglimento (per esempio per mancanza di condizione di procedibilità⁵¹); se concerna il tema della responsabilità penale, e nient'altro, ovvero riguardi anche ogni altra questione che viene trattata nel processo penale (es. la responsabilità civile⁵² o amministrativa); se - nell'ambito della sola responsabilità penale - riguardi solo il tema della colpevolezza, o investa anche quello della commisurazione della pena⁵³; se il giu-

⁵⁰ Tralasciando le giurisdizioni speciali, in Italia la questione di solito è trattata in riferimento all'impugnazione delle sentenze emesse dai tribunali, ma non sembrerebbero esserci ragioni per escludere le sentenze pronunciate dai giudici di pace (vista l'attuale situazione della giustizia penale, non sarebbe certo auspicabile imporre ai tribunali che operano come giudici d'appello l'obbligo di sentire nuovamente i testi, pena l'impossibilità di ribaltare una sentenza d'assoluzione; sotto il profilo strettamente formale, tuttavia, non si rinvergono ragioni per limitare l'operatività della regola alle sole corti d'appello).

⁵¹ Si potrebbe sostenere che la questione nemmeno si può porre se si prende in considerazione un ulteriore presupposto della regola europea: nel caso di proscioglimento per mancanza di querela per esempio, si potrebbe affermare che il giudice di primo grado non formula alcun giudizio sull'attendibilità, la quale non può dunque essere oggetto di una diversa valutazione in appello. In realtà può accadere che la decisione sull'improcedibilità dipenda da un giudizio sull'attendibilità dei testimoni (es. processo per lesioni colpose gravi commesse con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro in assenza di presentazione della querela da parte del lavoratore: nel caso in cui quest'ultimo, esaminato, sostenesse che la durata della malattia fosse stata non superiore a quaranta giorni dopo aver detto in fase d'indagine il contrario, e il giudice di primo grado gli credesse, si avrebbe una sentenza di non doversi procedere basata su un giudizio di attendibilità. In appello, poi, il giudice, valorizzando altri elementi acquisiti, potrebbe convincersi della falsità delle dichiarazioni rese dal lavoratore in dibattimento»).

⁵² Un quesito alternativo potrebbe essere il seguente: affinché la regola operi, deve sussistere la condizione «proposizione dell'appello da parte dell'organo pubblico che sostiene l'accusa», oppure questa non è una condizione essenziale, e l'appello contro la sentenza di assoluzione può essere proposto anche da un soggetto privato, quale la parte civile?

⁵³ La domanda sembra fuori luogo, poiché uno dei presupposti è l'esistenza di un'assoluzione in primo grado. Ragionando per analogia, non sembrerebbe però del tutto irragionevole chiedersi se, in caso di appello del pubblico ministero che chiede di applicare una circostanza aggravante la cui esistenza era

dizio sull'attendibilità che potrebbe essere rivisto in appello debba formulato in relazione ai soli testimoni⁵⁴ oppure a tutti i dichiaranti (compresi dunque i periti e i consulenti); se la dichiarazione che in primo grado non viene ritenuta attendibile deve essere stata resa innanzi al giudice di primo grado, o anche in una fase antecedente al dibattimento, oppure possa essere contenuta in una registrazione audio o in uno scritto che sono stati acquisiti come prove. Prima di affrontare alcuni di questi quesiti è però opportuno sgombrare il campo da temi fuorvianti.

3. Temi non pertinenti ed espressioni fuorvianti

Uno di questi, come accennato, è il tema del diritto alla partecipazione alla formazione della prova⁵⁵. Si tratta di uno dei più importanti diritti del processo penale italiano che tra l'altro ha avuto un espresso riconoscimento costituzionale da ormai vent'anni. Non per questo però può essere chiamato in causa riguardo a ogni questione che si possa prospettare.

Quando si è innanzi al giudice di appello in ragione dell'impugnazione della sentenza di assoluzione di primo grado, il diritto alla partecipazione alla formazione della prova o è già stato esercitato (es. nel rito ordinario) o è stato oggetto di rinuncia (es. giudizio abbreviato). La Costituzione, prevedendo che «il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova», ha imposto allo stato di garantire all'accusato il diritto alla partecipazione alla formazione della prova, non il diritto alla partecipazione alla formazione della prova *in ogni occasione in cui un giudice si pronuncia*⁵⁶.

dimostrata - secondo l'inquirente - dalle dichiarazioni di un testimone ritenuto inattendibile dal giudice, sia necessario esaminare quel soggetto per ritenere esistente l'aggravante, o se in questo caso la regola europea non si applichi (è chiaro che se dal giudizio sull'esistenza dell'aggravante dipende la procedibilità, si ricade nel caso appena visto: nota 51).

⁵⁴ Espressione da intendere qui nell'accezione comune, come soggetti che hanno assistito a fatti che qualcuno ritiene essere rilevanti, a prescindere dalla qualifica che hanno nel processo (sono dunque compresi anche i coimputati).

⁵⁵ Per intendersi ed evitare equivoci: questo diritto viene qui inteso nell'accezione adottata dalla dottrina maggioritaria, ossia come diritto a esaminare i dichiaranti nel processo, e non come diritto a esaminare i dichiaranti nel processo *innanzi al giudice della decisione* (come sostiene un orientamento minoritario, secondo il quale diritto alla partecipazione alla formazione della prova e oralità non possono che essere assicurati contestualmente: così ad es. DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Padova, 2012, 95 ss., al quale si rinvia per ulteriori riferimenti).

⁵⁶ Per la tesi opposta, v. CHINNICI, *Contraddittorio, immediatezza e parità delle parti nel giudizio di appello*, cit., 172, GIUNCHEDI, *Le regole di giudizio e le regole di esclusione*, in *Regole europee e processo penale*, cit., 240 e MAZZA, *sub art. 533*, cit., 2422, secondo il quale una condanna in appello è «difficilmente conciliabile con la garanzia costituzionale del giusto processo, soprattutto con riferimento all'art. 111 co. 3° Cost. nella parte in cui assicura all'accusato la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico. Il riferimento costituzionale al giudice, davanti al quale deve potersi esercitare il contraddittorio, non può essere limitato a quello di pri-

La Corte europea, come si è visto⁵⁷, non ha mai imposto d'informare il processo penale al principio della partecipazione alla formazione della prova nemmeno in primo grado, e con le recenti pronunce sul giudizio d'impugnazione non ha mutato orientamento⁵⁸.

Discorso parzialmente analogo vale anche per l'oralità-immediatezza: in primo grado può esserci stata (es. rito ordinario) o meno (es. abbreviato semplice). La Corte europea, come si è detto, la tiene in grande conto, ma non la

mo grado. Ogni giudice che abbia il potere di condannare (con sentenza di merito) l'imputato deve necessariamente essere il destinatario dell'immediatezza che accompagna indefettibilmente l'esercizio del contraddittorio nell'assunzione delle testimonianze d'accusa, senza peraltro poter distinguere in base alla natura determinante o meno della prova a carico». Così anche GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello*, cit., 4, secondo il quale «l'art. 598 c.p.p. prevede l'estensione delle norme sul giudizio di primo grado al giudizio d'appello, pur recando una clausola di salvezza circa il contenuto delle norme successive. Ed anche l'art. 111 Cost. non autorizza distinzione di sorta fra gradi di giudizio. Anche il processo d'appello, cioè, deve essere "giusto", con tutto quanto ne consegue in termini di prova, oralità e contraddittorio». Anche secondo DINACCI, *L'effettività dei controlli sulla decisione*, cit., 3510 «il presidio costituzionale del diritto alla prova in ogni stato e grado del procedimento propon[er] delle immediate conseguenze in tema di confini operativi della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello. [...] L'istituto, già di per sé, contraddice quella presunzione di completezza istruttoria del giudizio di primo grado, consentendo di recuperare sentieri epistemologici inesplorati»; l'abbandono della tesi che considera eccezionale la rinnovazione dell'istruttoria in appello - «anacronistica» - sarebbe dunque «imposta dall'art. 111, co. 3, Cost., laddove prevede per l'accusato il diritto all'acquisizione "di ogni altro mezzo di prova a suo favore"» (3511). Che la Costituzione preveda questa prescrizione è fuori discussione. Che da essa segua che il diritto alla prova si atteggi nello stesso modo in ogni fase e grado del processo, no. Il legislatore, in ossequio alla Costituzione, deve assicurare all'accusato il diritto alla prova e alla partecipazione alla formazione della prova. Non deve assicurarli ogni volta in cui c'è un giudizio di merito. Con l'affermazione: «non ci sono ragioni per limitare le garanzie difensive al primo grado» si esprime una preferenza, che potrebbe anche essere condivisa da un legislatore. Ma per aversi un vincolo costituzionale, più che «non avere ragioni per limitare le garanzie al primo grado», dovrebbero esserci prescrizioni che le impongono. Insomma, è vero che «l'art. 111 Cost. non distingue tra processo di primo grado e di secondo grado» (GIUNCHEDI, *Le regole di giudizio*, cit., 241), ma proprio per questo per soddisfare la prescrizione costituzionale è sufficiente assicurare la garanzia in primo grado (posto che, tra l'altro, il secondo potrebbe anche non esserci: v. nota 122).

⁵⁷ V. par. 2.

⁵⁸ È dunque corretta l'affermazione di GAITO, CHINNICI, *Comandamenti europei e resistenze interne*, cit., 20, secondo i quali le sentenze della Corte europea non avrebbero aggiunto nulla di nuovo rispetto a quanto già imposto dall'ordinamento interno («il consolidato "comandamento" del giudice europeo non ha introdotto alcun *quid pluris* al nostro ordito normativo»). Ma per ragioni opposte rispetto a quelle indicate dai due autori, secondo i quali l'interpretazione che qualificava come eccezionale la rinnovazione dell'istruttoria in appello era dovuta alla «resistenza culturale dei giudici, che, da sempre, hanno concepito il secondo processo di merito come controllo statico del primo, su insegnamento della dottrina tradizionale avallata anche dal laconico dato normativo attuale, ammettendo pertanto il ribaltamento di una pronuncia proscioglitrice resa nel contesto del contraddittorio orale delle parti, con l'esito paradossale di ribaltare una pronuncia favorevole in sentenza di condanna dopo un rito senza contraddittorio orale». È vero che le sentenze della Corte europea non aggiungono nulla a quanto già imposto dalla Costituzione: ma non perché entrambe impongono l'oralità, ma perché nessuna delle due la richiede (se non nei limitati casi in cui si verificano le condizioni che rendono applicabile la regola che si sta esaminando).

impone sempre e comunque, in primo e in secondo grado e, in quest'ultimo caso, sia nel caso di giudizio di appello instaurato a seguito dell'impugnazione di una sentenza di assoluzione che di una di condanna. La esige *esclusivamente* nel giudizio di impugnazione e *solo nel caso* in cui il giudice d'appello sia intenzionato a riformare una sentenza di assoluzione.

Naturalmente sono del tutto legittime le proposte interpretative che vorrebbero informare anche il giudizio di secondo grado al principio di partecipazione alla formazione della prova, così come quelle intenzionate a garantire l'oralità anche in appello. Non dovrebbero però essere giustificate con l'argomento dell'imposizione europea.

Accantonato un principio che non rileva e precisata la misura in cui è richiesta l'oralità, è necessario sgombrare il campo anche da alcuni pseudo concetti che spesso vengono utilizzati per trattare di uno dei presupposti della regola sui quali più si dibatte in Italia, che è quello dell'importanza che dovrebbe avere la prova affinché la regola si debba applicare (come si è visto⁵⁹ lo spettro è ampio: per alcuni la prova deve essere «determinante», per altri deve essere «non irrilevante»).

Nel linguaggio comune il termine «attendibilità» è sinonimo di «affidabilità», di «credibilità». Ha un significato intuitivo, chiarissimo a chiunque conosca la lingua italiana. Sembra però che il linguaggio giuridico smarrisca la ragione della propria esistenza senza l'introduzione di una buona dose di artificiosità. La banale «attendibilità», allora, da qualche decennio è stata sdoppiata in «attendibilità intrinseca» e «attendibilità estrinseca», concetti attorno ai quali ruoterebbe la prescrizione che impone al giudice, soprattutto quando valuta le dichiarazioni rese da taluni soggetti (es. i coimputati), di svolgere «una rigorosa e attenta analisi sotto una duplice angolazione; da un lato, l'esame della personalità del suo autore e delle cause che l'hanno determinata (attendibilità intrinseca); dall'altro, la ricerca dei riscontri oggettivi e cioè di elementi certi ed univoci che escludono ogni diversa conclusione (attendibilità estrinseca)»⁶⁰. Il valore probatorio di una dichiarazione dunque dipenderebbe «dalla sua attendibilità intrinseca (spontaneità e disinteresse del dichiarante, genuinità, coerenza logica e costanza delle dichiarazioni) e dalla sua attendibilità estrinseca, sulla base di circostanze oggettive di riscontro con riferimento specifico alla posizione dell'accusato»⁶¹.

Quella tra «attendibilità intrinseca» e «attendibilità estrinseca» è una distinzio-

⁵⁹ V. nota 27.

⁶⁰ Cass., Sez. I, 23 marzo 1987, Esposito, in *Foro it.* 1988, II, 504.

⁶¹ Cass., Sez. I, 31 ottobre 1988, Teresi, in *Giust. pen.* 1990, III, 172.

ne illogica e fuorviante.

Non che quanto si vorrebbe imporre non sia sensato. Solo che lo si enuncia in modo sbagliato. Un testimone è attendibile, non è attendibile, oppure non si sa se lo è. Sicuramente non può essere «intrinsecamente attendibile» o «estrinsecamente attendibile».

Intrinseca/estrinseca - se proprio si vogliono usare queste espressioni - può essere la modalità di controllo dell'attendibilità: si potrà allora usare il primo aggettivo se la verifica riguarderà la linearità del narrato, la sua coerenza, le ragioni inerenti alla volontà di parlare etc., mentre ci si servirà dell'altro aggettivo nei casi in cui il controllo verterà su fattori non intimamente connessi alla persona le cui dichiarazioni sono oggetto di controllo (es. le dichiarazioni di altri soggetti).

Se allora si volesse conservare una classificazione, la si potrebbe riorientare: non dovrebbe servire a distinguere i «due tipi di attendibilità» (espressione senza senso), ma le modalità di controllo, di verifica (dunque si potrebbe parlare di «verifica intrinseca/estrinseca dell'attendibilità» e non di «verifica dell'attendibilità intrinseca/estrinseca»). Anche così rielaborata, la distinzione rimarrebbe di dubbia utilità, e rischierebbe di essere strumentalizzata, avendo quale principale uso quello di indurre a credere che - in casi in cui *in generale* è ragionevole avere dubbi dell'attendibilità dei dichiaranti (chiamate in cor-reità, dichiarazioni di pentiti, testimonianze delle parti civili, etc.) - siano stati effettuati controlli particolarmente rigorosi; sarebbe insomma funzionale a un'operazione di *marketing*, a rassicurare, a far pensare che i dubbi legati all'utilizzazione di certi tipi di prova possano essere dissolti grazie ad approfonditi controlli (dei quali si darà conto in articolate motivazioni), i quali non sarebbero dei banali «controlli», bensì dei «controlli estrinseci ed intrinseci». Come se il compito di ogni giudice che valuta *qualunque dichiarazione*, provenga essa da una persona che dichiara di essere stata vittima di *stalking* o dal più disinteressato medico intervenuto per soccorrere la vittima di un incidente sul lavoro, non sia quello di valutare tutto quanto a disposizione per vagliare la credibilità dei dichiaranti, dai motivi che li hanno spinti a parlare, alla verosimiglianza di quanto affermato, dalla capacità di ricordare ed esprimersi, alla coerenza di quanto riferito con le informazioni già ricavate da quanto acquisito, dai rapporti con l'imputato, all'appartenenza a qualche loggia massonica o a qualche partito politico; insomma, tutto ciò che si possa immaginare possa servire per la formulazione di un valido giudizio di attendibilità del dichiarante.

In ogni caso, se si ritiene opportuno duplicare l'unica prescrizione che raccomanda un controllo approfondito della più indispensabile e più infida delle

prove («il giudice deve effettuare un controllo intrinseco», «il giudice deve effettuare un controllo estrinseco»), nulla di male. L'importante è che *l'affermazione del giudice di aver svolto* sia controlli intrinseci che estrinseci non sia un espediente funzionale al solo adempimento dell'obbligo di stendere una motivazione, e che egli *svolga effettivamente* i controlli dovuti.

Ciò che invece va certamente evitato è lo sdoppiamento del concetto di «attendibilità», che è unico⁶².

Se così stanno le cose, rischiano di risultare fuorvianti o, comunque, difficilmente comprensibili, le tesi che si servono dei due pseudoconcetti per illustrare la regola europea.

Da una parte, per esempio, la Corte di legittimità, trattando dei presupposti d'operatività della regola, afferma che il giudice di appello il quale «intenda riformare *in peius* la pronuncia assolutoria di primo grado ha l'obbligo [...] di disporre la rinnovazione dell'esame dei chiamanti in reità o in correità quando la diversa valutazione delle dichiarazioni attenga alla credibilità del proponente e/o al profilo dell'*attendibilità intrinseca* e non anche nel caso in cui ad essere rivalutata sia l'*attendibilità estrinseca*, cioè la ravvisabilità nel compendio probatorio di riscontri individualizzanti ovvero la loro idoneità a fungere da elemento esterno di conferma»⁶³.

Dall'altra, in dottrina, per criticare la tesi che vorrebbe dare rilievo «alla sola rivalutazione di attendibilità intrinseca e non estrinseca»⁶⁴, si sostiene che «il giudizio sulla credibilità “interna” del flusso comunicativo risente, inevitabilmente, anche del valore attribuito agli elementi “esterni” al dichiarato, rendendo necessario in entrambi i casi riassumere la prova dichiarativa in appello». Dunque, sarebbe censurabile l'orientamento della «Corte di cassazione, la quale ha affermato che il *direct assessment* sarebbe indispensabile solo quando il giudice di appello non concordasse con la valutazione dell'attendibilità intrinseca delle dichiarazioni operata dal giudice di primo grado; possibile, invece, condannare senza rinnovare l'istruzione quando il giudice di appello si limitasse a modificare la valutazione di attendibilità estrinseca delle dichiarazioni, ossia della loro coerenza con il restante compendio probatorio. Evidente l'esito di questa interpretazione: la condanna sarebbe permessa sulla base di dichiarazioni accusatorie scritte quando il giudice di appello le ritenesse corroborate da sufficienti elementi di riscontro. Agevole obiettare che la Corte europea considererebbe dichiarazioni del genere determinanti, e quin-

⁶² Sull'inopportunità di introdurre concetti nebulosi e distinzioni di dubbia utilità, v., di chi scrive, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 148 ss. e 206 ss.

⁶³ Cass., Sez. VI, 6 ottobre 2015, n. 47722, in *Mass. Uff.*, n. 265879.

⁶⁴ Questa citazione, come la seguente, è tratta da LORENZETTO, *Reformatio in peius*, cit., 5.

di tali da non permettere la declaratoria della responsabilità»⁶⁵.

Non c'è dubbio che la Corte europea, nel caso proposto, richiederebbe la rinnovazione. Quando il dichiarante è stato giudicato in primo grado non credibile perché le sue parole non erano confermate da altri elementi e in appello è stato ritenuto credibile per una diversa valutazione di quegli elementi, viene modificato il giudizio di credibilità (non il «giudizio di credibilità estrinseca»). Non ci sono due casi di modifica del giudizio sulla credibilità, ma uno solo. Ciò che importa alla Corte europea è il capovolgimento del giudizio di attendibilità, non la ragione per la quale avviene: che il giudice d'appello modifichi la valutazione avendo riscontrato, per esempio, incoerenze nella testimonianza non ravvisate dal primo giudice, ovvero in ragione di un più attento esame di un contratto acquisito al fascicolo, poco importa. Conta l'esistenza di un diverso apprezzamento dell'attendibilità del dichiarante, prima inattendibile, poi attendibile, se le informazioni ricavabili confermano la tesi dell'accusa, o viceversa, se la confutavano.

La Corte europea, del resto, non si è mai servita delle metafisicherie che armano l'arsenale del giurista italiano, e si è sempre limitata ad affermare quanto necessario per farsi comprendere, precisando che il mutamento del giudizio di attendibilità, per rilevare ai fini dell'operatività della regola, deve concernere dichiarazioni «di grande importanza per la decisione»⁶⁶: si tratta di un'espressione vaga, che può anche essere riformulata in vari modi; tuttavia all'interprete-applicatore si fornirebbero solo perifrasi di scarsa utilità, e non coordinate più precise entro cui orientarsi. Si tratterà di valutare caso per caso quando una dichiarazione possa definirsi «di grande importanza per la decisione»⁶⁷.

⁶⁵ DANIELE, *Norme processuali convenzionali*, cit., 1701. In senso analogo, TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello*, cit., 253.

⁶⁶ V. Corte EDU, Sez. III, 14 giugno - 5 luglio 2011 - Dan c. Moldavia, § 31, che illustra il concetto assai meglio che lunghe perifrasi (il corsivo aggiunto): «La Corte rileva che la prova principale contro l'imputato era la dichiarazione dei testimoni secondo i quali egli ha sollecitato e ricevuto una tangente in un parco. Il resto delle prove erano indirette e non potevano da sole portare alla condanna [...] Pertanto le dichiarazioni dei testimoni per la rilevanza che avrebbero avuto sarebbero state di grande importanza per la decisione». È chiaro che se in altre pronunce la Corte di Strasburgo usasse altre espressioni, non resterebbe che interpretare l'interpretazione (v. nota 24).

⁶⁷ Come sempre accade quando si usano concetti vaghi, in alcuni casi l'operazione di qualificazione sarà facilissima: c'è un'unica testimonianza; il giudice di primo grado non crede al teste, quello di appello sì: dichiarazione palesemente di grande importanza. Ci sono dieci testimoni, ai quali il giudice crede, che affermano che un certo fatto è avvenuto; in appello il giudice ritiene che alle dieci testimonianze credibili se ne debba aggiungere un'altra, a cui il giudice di primo grado, per un qualunque motivo, non aveva creduto: testimonianza evidentemente non di grande importanza. Affermare che una precisa situazione sia prossima al primo caso, oppure al secondo, non sarà sempre facile (per ulteriori considerazioni sui concetti vaghi v., di chi scrive, *La dichiarazione di colpevolezza*, 65, nota 32, 340 e p. 412).

4. La possibile soluzione ad alcuni quesiti

Se non è nemmeno il caso di interrogarsi sulla necessità di esaminare nuovamente in appello le persone che sono state sentite in dibattimento come testimoni comuni o ai sensi degli artt. 197-*bis*, 210 c.p.p. nel caso in cui in primo grado sia stata pronunciata una sentenza di assoluzione e il giudice dell'appello sia intenzionato a emettere una pronuncia di condanna sulla base di queste dichiarazioni, modificando il giudizio di attendibilità formulato in primo grado⁶⁸, altre questioni paiono essere meno scontate⁶⁹.

Sembrava banale, fino alla recente sentenza delle Sezioni unite, quella relativa all'esclusione della necessità di rinnovazione nei casi di impossibilità di procedere alla nuova escussione del dichiarante per ragioni legate a determinati accadimenti (es. decesso) oppure alla volontà del dichiarante (es. coimputato che si avvale della facoltà di non rispondere per non autoincriminarsi). Sebbene il panorama fosse variegato quanto all'ampiezza delle eccezioni, nessuno, né in dottrina⁷⁰, né in giurisprudenza⁷¹, negava che in determinate circo-

⁶⁸ La necessità della rinnovazione è ormai scontata per l'unanime giurisprudenza di legittimità (tra le tante Cass., Sez. V, 29 settembre 2016, n. 44989, in *Dir. & Giust.*, 2016, 27 ottobre; Id., sez. V, 16 settembre 2014, n. 6403, rv. 262674), la quale ha così potuto dichiarare «manifestamente infondata l'eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 603 c.p.p. per contrasto all'art. 117 della Costituzione e all'art. 6 Cedu nella parte in cui non prevede la preventiva necessaria obbligatorietà della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale per una nuova audizione dei testimoni già escussi in primo grado, nel caso in cui la Corte di Appello intenda riformare "in peius" una sentenza di assoluzione dell'imputato proprio sulla scorta della considerazione che la giurisprudenza europea impone di rinnovare l'istruttoria soltanto in presenza di due presupposti, quindi la decisività della prova testimoniale e la necessità di una rivalutazione da parte del giudice di appello dell'attendibilità dei testimoni» (Id., sez. V, 5 luglio 2012, n. 38085, in *Cass. pen.*, 2013, 3990).

⁶⁹ Non verrà qui trattata quella della rilevanza d'ufficio dell'inosservanza dell'obbligo di rinnovazione, oggetto del recente intervento delle Sezioni unite della Corte di cassazione, Cass., sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, in *Cass. pen.*, 2016, 3203, con nota di AIUTI, *Poteri d'ufficio della cassazione e diritto all'equo processo*.

⁷⁰ Per esempio, dà una lettura restrittiva GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il p.m. impugna l'assoluzione*, in *questa Rivista online*, 2012, n. 2, 3, secondo il quale sarebbe «da rimarcare come la Corte europea abbia evocato unicamente la situazione di impossibilità materiale quale possibile eccezione all'innovato regime di obbligatoria escussione in appello delle voci d'accusa; sembra possibile affermare, allora, che dovrebbe restare correlativamente escluso qualsiasi margine di elasticità sia in riferimento alle deroghe praticate nella prassi nei processi di criminalità organizzata (al fine di prevenire la consumazione dei collaboratori) sia in riferimento alle persone sentite in incidente probatorio. Non controvertibile, al proposito, l'inciso "because, for example, he or she has died"». Per una lettura delle eccezioni più ampia, ZACCHE', *Il diritto a confrontarsi*, cit., 223 e BUZZELLI, CASIRAGHI, CASSIBBA, CONCOLINO, PRESSACCO, *Art. 6 - Diritto a un equo processo*, cit., 227. È chiaro che la tentazione dell'interprete italiano potrebbe essere quella di ripercorrere i percorsi tradizionali di chi è solito trattare dell'eccezione dell'accertata impossibilità di natura obiettiva. Sarebbe però un errore, perché qui non è in gioco il diritto di partecipazione alla formazione della prova, ma un metodo di valutazione della pro-

stanze l'obbligo di rinnovazione non ci fosse. E invece le Sezioni unite hanno affermato che anche nei casi in cui «la rinnovazione in appello della prova dichiarativa si riveli impossibile, ad esempio per irreperibilità, infermità o decesso del soggetto da esaminare [...] non vi sono ragioni per ritenere consentito un ribaltamento del giudizio assolutorio *ex actis*»⁷². Insomma, se il dichiarante decede o svanisce, la condanna diventa impossibile. In questo modo però viene introdotta una regola probatoria non imposta dalla giurisprudenza europea la quale, anzi, ha chiaramente affermato che in questi casi la regola non opera affatto⁷³.

Si è visto che il problema della compatibilità della regola europea con i principi costituzionali è tutt'altro che teorico⁷⁴, e che la soluzione può richiedere un'analisi particolarmente attenta degli interessi in gioco. In questo caso tuttavia non si verte in questa ipotesi: una valutazione degli interessi che si contrappongono (la necessità di reprimere i reati da un lato, la garanzia dell'oralità-immediatezza nei casi in cui sia già stata emessa una sentenza di assoluzione dall'altro) è stata effettuata dalla Corte europea, e all'interprete italiano non resta che adeguarsi e recepire la valutazione della Corte di Strasburgo. Le Sezioni unite della Corte di cassazione s'incaricano di effettuare un giudizio di bilanciamento non richiesto, e lo risolvono a piacere, creando dal nulla una prescrizione che rende la sentenza di assoluzione immodificabile anche quando un sovvertimento dovrebbe essere possibile.

Non più ragionevole è l'argomentazione alla base della norma con la quale si vorrebbe imporre la rinnovazione dell'esame dei dichiaranti per il ribaltamento non di una sentenza di assoluzione, ma di una di condanna.

va.

⁷¹ Tra le tante v. Cass., Sez. IV, 3 dicembre 2015, n. 2541, in *Guid. dir.*, 2016, f. 14, 81; Id., Sez. VI, 6 ottobre 2015, n. 47722, cit.; Id., Sez. II, 23 maggio 2014, n. 33690, in *Mass. Uff.*, n. 260147; Id., Sez. II, 24 aprile 2014, n. 32619, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2014, 599; così anche l'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite, Id., 26 ottobre 2015, n. 2259. Parla dell'operatività della regola con l'«ovvio limite della impossibilità di ripetere l'atto», Id., Sez. III, 29 novembre 2012, n. 5854, in *Mass. Uff.*, n. 254850.

⁷² Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, cit., la quale riesce almeno a precisare che «resta fermo il dovere del giudice di accertare sia la effettiva sussistenza della causa preclusiva della nuova audizione sia che la sottrazione all'esame non dipenda dalla volontà di favorire l'imputato o da condotte illecite poste in essere da terzi, essendo in tal caso il giudice legittimato a fondare il proprio convincimento sulle precedenti dichiarazioni». Svolge anche una osservazione riguardo alla «figura del soggetto vulnerabile (come per i minori, soprattutto se vittime di reati)», in relazione alla quale non sussisterebbero «valide ragioni per ritenere inapplicabile la preclusione di un ribaltamento *ex actis* del giudizio assolutorio. Peraltro, in questa speciale situazione è rimessa al giudice la valutazione circa l'indefettibile necessità di sottoporre il soggetto debole, sia pure con le opportune cautele, a un ulteriore stress al fine di saggiare la fondatezza dell'impugnazione proposta avverso la sentenza assolutoria».

⁷³ V. nota 30.

⁷⁴ V. par. 1.

Alcune pronunce della Cassazione hanno stabilito che «il principio affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza Dan c. Moldavia, secondo cui il giudice d'appello non può basare la propria decisione, *quando questa sia difforme da quella del giudice di primo grado*, soltanto su di una nuova e diversa valutazione circa l'attendibilità dei testimoni (o soggetti assimilabili) le cui dichiarazioni siano state assunte in primo grado, deve trovare applicazione non solo nel caso di "*reformatio in peius*", ma anche in quello inverso, in cui il giudice d'appello sia pervenuto a pronuncia assolutoria dell'imputato condannato in primo grado»⁷⁵. La ragione di ciò starebbe - secondo la Corte - nella constatazione che la sentenza Dan c. Moldavia sarebbe «un'ulteriore espressione del principio di immediatezza che si ritiene attuato quando vi è un rapporto privo di intermediazioni tra l'assunzione della prova e la decisione. Al fine di permettere una valutazione sull'attendibilità delle dichiarazioni si vuole che il giudice prenda direttamente contatto con la fonte di prova»⁷⁶.

L'operazione esegetica della Corte è a dir poco discutibile. Per varie ragioni. Innanzitutto la ricerca delle condizioni di operatività della regola europea viene del tutto trascurata, e all'omissione viene posto rimedio con una mistificazione che si sviluppa nel segno della simmetria: la regola europea non ha a oggetto - come sostiene la Corte di cassazione - la decisione del giudice di secondo grado «quando questa sia difforme da quella del giudice di primo grado», ma una sottocategoria di questa più ampia categoria, ossia la decisione

⁷⁵ Cass., Sez. II, 24 aprile 2014, n. 32619, in *Giur. it.*, 2014, 2590, con nota di SPANGHER, *Riforma in appello (proscioglimento vs condanna) e principio di immediatezza*; in *Dir. pen. proc.*, 2015, 865, con nota di FIASCHI, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello per riformare la condanna di primo grado* (entrambi gli autori sembrano salutare con favore questa lettura. Il primo conclude infatti che «il principio di immediatezza che governa [...] il giudizio di primo grado deve regolare anche quello di seconda istanza che, per effetto di questa giurisprudenza, acquista una nuova "vitalità"; il secondo che la pronuncia assume «un rilievo strategico sull'intera impostazione del rito, in quanto la valorizzazione in questa sede del canone dell'immediatezza esalta la funzione cognitiva del giudizio d'appello»). In senso analogo Cass., Sez. II, 23 luglio 2013, Baldi, in *questa Rivista online*, 2014, n. 3, con nota di SANTORIELLO, *Chi condanna esprime certezze, chi assolve può limitarsi a dubitare*, il quale a proposito di queste pronunce parla - fondatamente - di «travisamento della *ratio* della rinnovazione dibattimentale in appello» (3).

⁷⁶ Cass., Sez. II, 24 aprile 2014, n. 32619, in *Arch. n. proc. pen.* 2014, 599, la quale così precisa: «Se è vero che il principio tratto dalla richiamata sentenza Cedu [Dan c. Moldavia] è quello che laddove la prova essenziale consista in una o più prove orali che il primo giudice abbia ritenuto, dopo averle personalmente raccolte, non attendibili, il giudice di appello per disporre condanna non può procedere ad un diverso apprezzamento della medesima prova sulla sola base della lettura dei verbali ma è tenuto, salvo possibili casi particolari, a raccogliere nuovamente la prova innanzi a sè per poter operare una adeguata valutazione di attendibilità, è pur vero che tale principio, espressione dell'immediatezza del processo, deve trovare applicazione anche in casi in cui il diverso giudizio di attendibilità ha portato ad un giudizio di assoluzione in secondo grado» (il corsivo è aggiunto).

del giudice di secondo grado quando questa è difforme da quella *assolutoria* del giudice di primo grado.

Viene poi trascurata la *ratio* della regola la quale, in coerenza con lo spirito della Cedu (che è la convenzione dei diritti dell'uomo, non delle prerogative dello stato), è strettamente legata alla presunzione di non colpevolezza⁷⁷, comunque la si voglia enunciare (art. 27, co., 2 Cost.; art. 6, co. 2, Cedu). Un conto allora è configurare la nuova assunzione della prova come condizione in assenza della quale non è possibile pronunciare una sentenza di condanna; altro è prevederla come condizione per la pronuncia in appello di un'assoluzione⁷⁸.

Infine, non si può che criticare l'uso che la Corte fa del principio di oralità: come si è visto⁷⁹, la Corte europea non richiede affatto che ogni giudizio debba essere informato all'oralità, ma si limita a indicare in quali condizioni un giudizio debba essere informato all'oralità. La pronuncia di una sentenza di assoluzione è una di queste.

Al caso dell'*overturning* di una sentenza di condanna, dunque, non va applicata la regola europea: la rinnovazione è naturalmente possibile (ricorrendo i presupposti previsti dall'art. 603 c.p.p.); certamente non è obbligatoria.

Una delle questioni più importanti⁸⁰ concerne il significato da attribuire all'espressione «dichiarazioni rese». Fermi tutti gli altri presupposti di operatività della regola, la necessità di esaminare innanzi al giudice dell'appello la persona che ha reso dichiarazioni si pone solo quando queste sono state rese in-

⁷⁷ Su queste ragioni si fondano le numerose pronunce della Corte di legittimità le quali espressamente affermano che l'obbligo di rinnovare l'istruzione e di escutere nuovamente i dichiaranti, che grava sul giudice d'appello qualora apprezzi diversamente la loro attendibilità rispetto a quanto ritenuto in primo grado [...], non trova applicazione nell'ipotesi di riforma, in senso assolutorio, di sentenza di condanna, non venendo in rilievo - in tal caso - il principio del superamento del "ragionevole dubbio" (Cass., Sez. III, 7 giugno 2016, n. 42443, in *Mass. Uff.*, n. 267931; Id., Sez. V, 13 marzo 2015, n. 29827, rv. 265139; Id., Sez. II, 24 aprile 2014, n. 32619, in *Arch. nuov. proc. pen.*, 2014, 599).

⁷⁸ Come osserva SANTORIELLO, *Chi condanna*, cit., 4, «l'art. 6 della Convenzione europea ha riguardo alla sola posizione dell'accusato, i cui diritti di difesa intende tutelare. Richiamare questa disposizione per sostenere che si è di fronte ad un processo iniquo quando si assiste ad una assoluzione in secondo grado, con ribaltamento della precedente condanna sulla base di una rivalutazione meramente cartolare delle prove assunte in primo grado è erroneo [...]; si potrà parlare di verdetto sbagliato, scorretto, infondato, ma non iniquo, giacché - nella prospettiva della Convenzione in parola - la connotazione di iniquità o ingiustizia non investe mai la decisione (o meglio il relativo contenuto) ma le modalità, lesive dei diritti di difesa del singolo accusato, con cui alla stessa si è pervenuti».

⁷⁹ V. par. 2.

⁸⁰ Si consideri comunque che ogni questione che si sta trattando può incrociarsi con un'altra, la qual cosa richiederebbe un'analisi che si sviluppa, per così dire, a grappolo. Ad esempio, quella relativa alla tipologia di prova (che si sta per trattare) può porsi sia nell'ambito del rito ordinario che nell'abbreviato. A loro volta le sotto-questioni potrebbero porsi sia in relazione al tema della responsabilità penale che civile.

nanzi al giudice che ha deciso il giudizio di primo grado, ovvero anche nei casi in cui lo stesso giudice di primo grado non ha assistito alla formazione della prova e l'ha solo ammessa o, nei casi in cui nemmeno ci sia stato un vaglio giurisdizionale sull'ammissibilità, l'ha solo valutata⁸¹?

Spostando l'attenzione dal ruolo del giudice a quello delle modalità della formazione della prova, la questione può anche essere riformulata nel modo seguente: quale è la prova che deve essere rinnovata? Solo quella, per così dire, più sofisticata, improntata sia all'oralità che alla partecipazione delle parti⁸², ovvero quella formata con la partecipazione delle parti anche in assenza del giudice della decisione⁸³ (manca dunque l'oralità), oppure quella unilateralmente formata da una parte e che è comunque qualificabile «prova» (in ragione dell'accadimento di un fatto previsto da una norma stabilita in attuazione del quinto comma dell'art. 111 Cost.⁸⁴), o persino quell'entità che si è formata prima o fuori dal processo, e che non è dunque nata nel segno di un'ipotesi processualmente rilevante⁸⁵?

La risposta non dovrebbe essere troppo difficile⁸⁶.

Nel momento in cui si ritiene che «la valutazione dell'attendibilità di un testimone è un compito complesso che di solito non può essere soddisfatto da una semplice lettura delle sue dichiarazioni»⁸⁷, che è importante per valutare la credibilità dei dichiaranti assicurare un rapporto diretto tra il giudice e la fonte di prova, e che tale contatto è imprescindibile quando un giudice che ha già valutato il compendio probatorio ha assolto, è pressoché inevitabile concludere che il giudice d'appello debba assumere le prove con contenuto dichiarativo ritenute importanti per il capovolgimento della decisione in tutti questi casi: ogni dichiarazione - sia essa stata resa in presenza delle parti o di una sola di esse, innanzi al giudice della decisione ovvero in un momento antecedente al processo - deve essere nuovamente resa innanzi al giudice dell'appello.

Quest'ultimo deve procedere dunque non solo all'esame del testimone o del

⁸¹ Un caso in cui il giudice di primo grado ammette una prova non formata innanzi al giudice stesso è quello delle sommarie informazioni acquisite in dibattimento su accordo delle parti. Può anche accadere che il giudice nemmeno ammetta le prove, ma si limiti a valutarle, come accade per le sommarie informazioni testimoniali contenute nel fascicolo delle indagini nel giudizio abbreviato.

⁸² Es. la testimonianza nel rito ordinario ovvero nel giudizio abbreviato condizionato a tale mezzo di prova.

⁸³ Es. il verbale di incidente probatorio nel giudizio ordinario.

⁸⁴ Es. il verbale delle sommarie informazioni o delle investigazioni difensive nel giudizio abbreviato.

⁸⁵ Es. lettere, registrazioni di conversazioni che sono state acquisite in quanto ritenute rilevanti da qualcuno.

⁸⁶ Ammesso che l'operazione di elaborazione della regola prima svolta sia corretta.

⁸⁷ Corte EDU, Sez. III, 14 giugno - 5 luglio 2011 - Dan c. Moldavia, § 33.

coimputato già sentiti in dibattimento, ma anche a quello delle persone che sono state sentite in fase d'indagine dagli inquirenti o dal difensore, e quelle che hanno reso prima del processo o fuori da esso dichiarazioni che sono state cristallizzate in scritti o registrazioni⁸⁸ (sono dunque compresi i soggetti le cui comunicazioni sono state intercettate⁸⁹). Insomma, tutti i casi in cui un nuovo esame è possibile⁹⁰ (la rinnovazione, come già detto, non fa comunque venir meno la possibilità di utilizzare le prove già acquisite, né comporta che queste ultime abbiano un valore inferiore rispetto a quelle formate innanzi al giudice dell'appello, il quale resta libero di decidere come ritiene).

A una diversa conclusione si giungerebbe se si accedesse alla tesi del «compendio probatorio deprivato», o se si ritenesse rilevante il tema del diritto alla partecipazione alla formazione della prova.

La regola non sarebbe infatti applicabile ai casi in cui il giudice di secondo grado avesse a disposizione lo stesso compendio probatorio del giudice che ha assolto nel primo.

⁸⁸ Per altri tipi di entità formate prima o fuori dal processo, poi acquisite, non è invece nemmeno ipotizzabile una reiterazione della formazione, come è nel caso delle fotografie. Appare dunque condivisibile la massima tratta da Cass., Sez. IV, 18 giugno 2013, n. 39165, in *Cass. pen.*, 2014, 3021, secondo la quale «non integra alcuna nullità per contrasto al principio del processo equo, di cui all'art. 6 Cedu - così come interpretato dalla conforme giurisprudenza della Corte Edu - la mancata valutazione diretta di una prova nel caso in cui il giudice (nella specie la corte di appello) abbia dato atto di avere esaminato una riproduzione fotografica fedele dell'oggetto costituente la prova medesima» (nella fattispecie la Corte ha escluso la nullità della sentenza di appello in un caso in cui, dovendo giudicare di un'ipotesi di colpa medica connessa ad un presunto errore di connessione di un catetere, non era stato visionato il catetere medesimo, non trasmesso dal giudice di primo grado, ma la riproduzione fotografica dello stesso contenuta in un allegato della consulenza tecnica). Lo stesso può dirsi a proposito di Cass., Sez. II, 25 febbraio 2014, n. 13233, in *Mass. Uff.*, n. 258781, secondo cui «il giudice di appello, per riformare "in peius" una sentenza di assoluzione, non è obbligato - in base all'art. 6 Cedu, così come interpretato dalla Corte EDU del 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia - alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale quando compie una diversa valutazione di prove non dichiarative, ma documentali (nella specie, una ripresa video)».

⁸⁹ Non si condivide allora la massima tratta da Cass., Sez. II, 17 maggio 2013, n. 29452, rv. 256467, secondo la quale «la riforma "in peius" della sentenza assolutoria di primo grado richiede, in base all'art. 6 Cedu - così come conformemente interpretato dalla Corte Edu - la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale solo quando il giudice di appello intenda operare un diverso apprezzamento di attendibilità di una prova orale, ma non quando compie una diversa valutazione di prove non dichiarative, ma documentali, tali dovendo ritenersi anche le conversazioni telefoniche oggetto di intercettazione».

⁹⁰ Sull'applicabilità della regola al caso delle dichiarazioni rese dai consulenti e dai periti, per i quali il tema della *fides* a rigore non si pone (o non si pone nella stessa misura in cui si pone per i testimoni) si può dunque avere qualche riserva. Naturalmente, per ragioni, per così dire, di garanzia, è possibile ritenere la regola applicabile anche a questi casi (per una sentenza che ha ritenuto applicabile la regola ai periti, v. Cass., Sez. III, 23 giugno 2015, n. 38786, in *Mass. Uff.*, n. 264793; per una che ha ritenuto la regola applicabile ai consulenti, v. Id., Sez. III, 29 novembre 2012, n. 5854, *ivi*, n. 254850). Rimane però il dubbio che così facendo si proponga un'interpretazione un po' creativa, e che la norma forse non discende da un'imposizione europea.

Questa situazione si avrebbe, per esempio, nel caso di giudizio abbreviato semplice ovvero condizionato all'acquisizione di un'integrazione probatoria di natura documentale, ovvero nel rito ordinario nei casi in cui il giudice del dibattimento non avesse assistito all'esame del testimone le cui dichiarazioni sono in appello giudicate di grande importanza per il capovolgimento della decisione (così sarebbe, per esempio, nel caso di dichiarazioni contenute nel verbale di sommarie informazioni acquisito su accordo delle parti o in quello d'incidente probatorio).

Se la ragione della regola risiedesse nella necessità di evitare al giudice dell'appello di avere a disposizione un *compendio probatorio deprivato rispetto a quello esaminato dai giudici di prima istanza*, se l'obiettivo fosse quello di assicurargli un identico *numero di elementi rispetto a quelli esaminati dal giudice che aveva deciso l'assoluzione*, in queste situazioni verrebbero meno le esigenze che la regola dovrebbe soddisfare: vero che il giudice d'appello non ha potuto cogliere i gesti e le espressioni dei dichiaranti, ma analoga possibilità è stata negata anche al giudice di primo grado.

In effetti non poche pronunce della giurisprudenza di legittimità si servono dell'argomento del «compendio probatorio deprivato» o di quello diritto alla partecipazione alla formazione della prova (al quale l'accusato ha rinunciato) per negare l'applicabilità della regola al giudizio abbreviato (analoga giustificazione è offerta da chi ritiene che dovrebbe restare esclusa dall'obbligo di rinnovazione «l'ipotesi delle dichiarazioni, utilizzate in primo grado, ma precostituite in vista del dibattimento nelle forme dell'incidente probatorio»⁹¹).

Si veda ad esempio una recente sentenza⁹² che, nel solco di un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità⁹³, ha deliberatamente contraddetto un *obiter dictum* dell'altrettanto recente pronuncia delle Sezioni unite⁹⁴ la quale solo pochi giorni prima aveva affermato che la regola europea

⁹¹ Così CISTERNA, *Le Sezioni unite su principio di oralità*, cit., p. 8: «sia il giudice di primo grado che quello d'appello non hanno direttamente a disposizione il dichiarante e le valutazioni operate in ordine alla sua attendibilità sono puramente cartolari e non risentono, quindi, di alcuno scarto sotto il profilo dell'oralità e del contraddittorio innanzi al decidente».

⁹² Cass., Sez. III, 12 luglio 2016, n. 43242, in *Guid. dir.*, 2016, f. 44, 91 (in senso analogo, in dottrina, CISTERNA, *Le Sezioni unite su principio di oralità*, cit., 9).

⁹³ Che è stato tuttavia appena contraddetto dalle Sezioni unite (Cass., Sez. un., 19 gennaio 2017, Patalano), le quali alla questione «se, nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento emessa all'esito del giudizio abbreviato per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva, il giudice di appello che riforma la sentenza impugnata debba disporre l'esame delle persone che hanno reso tali dichiarazioni», hanno dato risposta affermativa (al momento la motivazione non è ancora stata depositata).

⁹⁴ Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, cit. Le Sezioni unite erano chiamate a stabilire se fosse «rilevabile d'ufficio la questione relativa alla violazione dell'art. 6 Cedu per avere il giudice riformato la sen-

dovesse essere applicata anche nel giudizio abbreviato, semplice o condizionato che fosse, in ragione «del principio del ragionevole dubbio, da ritenere di carattere "generalissimo"»⁹⁵.

Mentre l'argomento offerto dalle Sezioni unite è effettivamente inadeguato, per non dire fallace (si esaurisce nell'espressione appena menzionata: un ultragenerico richiamo al principio del «ragionevole dubbio»⁹⁶ in una parte di motivazione in cui si dà conto dei precedenti della Corte di legittimità⁹⁷), corretta è la conclusione alla quale pervengono in tema di applicabilità della regola anche in caso di impugnazione di sentenza emessa con giudizio abbreviato.

L'argomento alla base della tesi opposta si fonda sulla considerazione che nel rito abbreviato «l'accertamento è [...] fortemente relativizzato sotto il profilo del contraddittorio ed è comunque cartolare. *Si perviene, pertanto, alla decisione senza che il giudice abbia percezione diretta delle prove dichiarative e*

tenza di primo grado sulla base di una diversa valutazione di attendibilità di testimoni di cui non si proceda a nuova escussione»; si sono pronunciate anche su altri temi connessi, la cui trattazione non era necessaria per la soluzione del quesito posto: «nel ripercorrere i principi di diritto distillati in via gradata – sono tre, estesi al caso di riforma della sentenza di proscioglimento, ai fini delle statuizioni civili, su appello della parte civile – affiora la sensazione di trovarsi al cospetto di un *decisum* per certi versi *ultra petita*. Quasi a volere fugare il sospetto che l'ordinamento interno, in punto di rinnovazione istruttoria, non sia realmente capace di abbracciare i desiderata europei, la motivazione è infatti prodiga nel definire subito il fisiologico iter che il sistema vigente già imporrebbe di seguire in appello, affinché l'*overturning* dell'assoluzione in condanna rispetti i parametri di legalità convenzionale» (LORENZETTO, *Reformatio in peius in appello*, cit., 1). In effetti la sentenza della Sezioni unite non appare caratterizzata da un particolare rigore: le affermazioni condivisibili vengono formulate quando vengono trattati i temi più banali (es. l'applicabilità della regola nel rito ordinario); quando si affrontano questioni meno ovvie, come ad esempio quella dell'operatività della regola nel caso di impugnazione della parte civile o nel giudizio abbreviato, le argomentazioni o svaniscono (nel primo caso) o sono eccessivamente stringate, se non incomplete (nel secondo). L'impressione è davvero che si volesse *a priori* sostenere che la regola europea fosse sempre e comunque applicabile, in ogni situazione (persino quando la stessa Corte europea la ritiene inoperante, come è nel caso di impossibilità di riassunzione della prova, come si è visto all'inizio di questo paragrafo).

⁹⁵ Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, cit.

⁹⁶ Non è chiaro in quale senso inteso: v. § 2.

⁹⁷ È il punto 8.4 della sentenza (il corsivo è aggiunto): «È il caso poi di precisare che a non dissimile approdo [applicabilità della regola] deve coerentemente pervenirsi nel caso di impugnazione del pubblico ministero contro una pronuncia di assoluzione emessa nell'ambito del giudizio abbreviato, ove questa sia basata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive dal primo giudice e il cui valore sia posto in discussione dall'organo dell'accusa impugnante; dovendo il giudice di appello porre in essere i poteri di integrazione probatoria adottabili anche in questo speciale rito (*ex* Corte cost., sent. n. 470 del 1991); ed essendo irrilevante che gli apporti dichiarativi siano stati valutati in primo grado sulla base dei soli atti di indagine ovvero a seguito di integrazione probatoria a norma dell'art. 438 c.p.p., comma 5, o dell'art. 441 c.p.p., comma 5 (*contra*, ma sulla sola base delle indicazioni desumibili dalle fattispecie considerate dalla giurisprudenza della Corte EDU e *senza valorizzazione del principio del ragionevole dubbio*, da ritenere di carattere "generalissimo", Sez. II, 23 maggio 2014, De Silva, in *Mass. Uff.*, n. 260147)».

senza che il contraddittorio nella pregressa acquisizione delle fonti di conoscenza sia equiparabile a quello proprio del giudizio dibattimentale»⁹⁸. Sarebbe dunque «illogico [...] obbligare il giudice d'appello a ricondurre nei canoni propri di un giudizio dibattimentale il rito speciale in questione; e parimenti illogico è obbligare il giudice d'appello ad un contatto diretto con la fonte della prova dichiarativa che il giudice di primo grado non ha avuto, e non ha avuto per espressa scelta - supportata da un corrispettivo sul piano sanzionatorio - dello stesso imputato»⁹⁹.

Queste considerazioni sono essenzialmente dovute alla necessità di confutare alcuni argomenti presentati da alcuni sostenitori della tesi opposta, che compaiono anche nella sentenza delle Sezioni unite, le quali, prodigandosi nel magnificare le virtù del dibattimento e i principi che lo informano, hanno fuorviato il discorso¹⁰⁰.

⁹⁸ Cass., Sez. III, 12 luglio 2016, n. 43242, cit. (il corsivo è aggiunto).

⁹⁹ Cass., Sez. III, 12 luglio 2016, n. 43242, cit. (il corsivo è aggiunto).

¹⁰⁰ Le Sezioni unite non formulano questo argomento in relazione alla questione dell'applicabilità della regola nel caso di abbreviato, ma del giudizio ordinario (v. il punto 8.1 della sentenza delle Sezioni unite: «va al riguardo considerato che nel nostro ordinamento processuale - che ha prescelto a statuto cognitivo fondante del processo penale il modello accusatorio, ispirato ai principi fondamentali della oralità della prova, della immediatezza della sua formazione davanti al giudice chiamato a decidere e della dialettica delle parti nella sua formazione - il giudice di appello, *che ripete tutti i poteri decisorii da quello di primo grado*, e non ha di per sé, in base alla sua costituzione e all'ordinamento giudiziario, una "autorevolezza maggiore" di quello, può vedersi attribuita la legittimazione a ribaltare un esito assolutorio, sulla base di un diverso apprezzamento delle fonti dichiarative direttamente assunte dal primo giudice, solo a patto che nel giudizio di appello si ripercorrano le medesime cadenze di acquisizione in forma orale delle prove elaborate in primo grado. Deve infatti riconoscersi che, nel modello di giudizio ordinario, "contraddittorio", "oralità", "immediatezza" nella formazione della prova e "motivazione" del giudice di merito sono entità strettamente correlate»).

Si tratta di un argomento sbagliato, che legittima la tesi del «compendio probatorio deprivato». E infatti i sostenitori di questa se ne servono: «il giudice d'appello - osservano proprio le Sezioni unite, come si è visto "ripete tutti i poteri decisorii" del primo giudice (nel senso che li deve ripetere se non conferma la sentenza di assoluzione): se si intende includere in essi l'acquisizione rinnovata della prova dichiarativa secondo il canone dell'oralità, logicamente si dovrebbe ritenere, essendo una ripetizione, che sia necessario acquisirla oralmente anche in primo grado. E allora, se per condannare in rito abbreviato occorresse l'acquisizione orale della prova, ciò verrebbe a essere necessario anche in primo grado [...]. Ma quel che connota il rito in questione è, si ripete, proprio la rinuncia all'oralità» (Cass., Sez. III, 12 luglio 2016, n. 43242, cit.); possono così «affermare che in caso di celebrazione del processo nelle forme del giudizio abbreviato sia il giudice di primo grado che quello di secondo grado hanno un rapporto intermedio con la fonte della prova dichiarativa che non viene assunta davanti a loro» (Id., Sez. II, 12 giugno 2014, n. 40254, in *Mass. Uff.*, n. 260442), e che quindi, salvo i casi in cui la prova venga formata innanzi al giudice dell'abbreviato (come accade nei casi d'integrazione probatoria d'ufficio ovvero integrazione alla quale è subordinato il rito), «nel caso di celebrazione del processo nelle forme del giudizio abbreviato non de[vo]no, trovare applicazione [...] i principi stabiliti dalla Corte EDU [...] perché nel caso di giudizio abbreviato è stata proprio la richiesta dell'imputato di definizione del processo allo stato degli atti a determinare la celebrazione già in primo grado di un processo basato non su oralità ed immediatezza ma sulla sola valutazione della documentazione inserita nel fascicolo del P.M.» (Cass., sez.

Non solo però non rileva l'argomento del «compendio probatorio deprivato», né il tema della rinuncia al diritto alla partecipazione alla formazione della prova, ma nemmeno la sola oralità, o il solo «ragionevole dubbio»¹⁰¹: come si è visto¹⁰² la Corte europea non sostiene affatto che un giudice non possa pronunciare una sentenza di condanna se non ha direttamente percepito le affermazioni dei dichiaranti, o che non sia possibile superare la soglia dell'oltre ogni ragionevole dubbio se non quando il giudice abbia assistito all'assunzione delle prove dichiarative.

Alla giurisprudenza europea non importa garantire l'oralità sempre e comunque, imporre che ogni giudice il quale pronuncia una sentenza abbia un rapporto diretto con le fonti di prova. Vuole invece che questo rapporto si abbia nei casi in cui in primo grado c'è stata un'assoluzione e il giudice d'appello, non convinto del giudizio di credibilità di una persona che ha reso dichiarazioni, sia intenzionato a condannare sulla base di esse. Ricorrendo determinati presupposti, vuole imporre una precisa modalità di valutazione di una specifica tipologia di prova (le «dichiarazioni rese», qualunque sia stato il supporto in cui queste gli erano pervenute: verbali processuali o supporti magnetici, file audio¹⁰³ o lettere)¹⁰⁴.

II, 12 giugno 2014, n. 40254, cit., in senso analogo Id., sez. III, 24 febbraio 2015, n. 11658, cit.; Id., sez. VI, 2 ottobre 2014, n. 14038, rv. 262949).

¹⁰¹ Ha dunque buon gioco l'orientamento che nega l'applicabilità della regola nel caso d'impugnazione della sentenza di assoluzione emessa con rito abbreviato nell'affermare che «le Sezioni unite, nell'*obiter dictum* in esame, tentano di superare questa indubbia dicotomia dei modelli accertatori (da un lato, giudizio ordinario, governato dalla oralità e del contraddittorio; dall'altro, giudizio negoziale, di fondamento cartolare) attraverso il canone "generalissimo" del necessario superamento del ragionevole dubbio. L'argomento, pur assai suggestivo, in effetti prova troppo. Se, invero, venisse in gioco nella suddetta dicotomia il principio di cui all'art. 533, co. 1, c.p.p. nel senso che soltanto tramite una diretta percezione della prova dichiarativa, con correlato esercizio del diritto al contraddittorio da parte dell'imputato, il giudice può portare la sua cognizione "al di là di ogni ragionevole dubbio", dato che - ovviamente - quest'ultimo principio funge da ipostasi nel codice di rito della presunzione di non colpevolezza presente nella Carta costituzionale la conseguenza sarebbe porre in discussione la legittimità costituzionale dei cosiddetti riti alternativi, che da ciò prescindono, anzi ciò invertono, cartolarizzando, per così dire, l'accertamento, e dunque vincendo per via cartolare la presunzione di non colpevolezza quando il giudizio sfocia in condanna» (Cass., Sez. III, 12 luglio 2016, n. 43242, cit.).

¹⁰² V. par. 2.

¹⁰³ Correttamente Cass., Sez. III, 29 novembre 2012, n. 5854, cit., ha ritenuto applicabile la regola nel caso di «cassette sulle quali la madre ha registrato i colloqui con la figlia».

¹⁰⁴ È dunque condivisibile l'orientamento il quale ritiene irrilevante la tipologia di rito e la richiesta delle parti per l'applicabilità della regola europea: «indipendentemente dalle richieste delle parti, il giudice di appello che ritenga di avvalersene ha anche poteri autonomi di accertamento e che la scelta del rito non pone di per sé stessa alcun limite al riguardo. Vale ricordare che anche la CEDU (da ultimo Terza Sezione nel caso Dan c/Moldavia; ricorso n. 8999/07) è orientata nel senso la riforma di una sentenza assolutoria debba tendenzialmente seguire ad un esame diretto degli elementi di prova da parte del giudice di appello, con l'ovvio limite della impossibilità di ripetere l'atto» (Cass., Sez. III, 29 novembre

Quanto alla questione dell'applicabilità della regola europea nel giudizio d'appello instaurato per decidere sulla sola responsabilità civile, da una parte si sostiene che la rinnovazione è necessaria «essendo anche in questo caso in gioco la garanzia del giusto processo a favore dell'imputato coinvolto in un procedimento penale, dove i meccanismi e le regole sulla formazione della prova non subiscono distinzioni a seconda degli interessi in gioco, pur se di natura esclusivamente civilistica»¹⁰⁵; dall'altra si afferma che i principi affermati dalla giurisprudenza europea «si riferiscono, a ben vedere, alla posizione dell'imputato rispetto all'accusa in materia penale. Al riguardo, va rilevato che stessa Corte Europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto che le esigenze del processo equo sono più rigorose in materia penale»¹⁰⁶.

Tra le due tesi, entrambe apparentemente plausibili, pare preferibile la seconda, che valorizza la natura dell'interesse in gioco più che l'ambito in cui di esso si parla.

È vero che l'art. 6 della Cedu tutela i diritti delle persone anche in materia civile¹⁰⁷; ma qui la questione non è l'ambito delle garanzie assicurate dalla Cedu, ma i principi europei coinvolti nell'elaborazione della regola, la quale è stata ideata movendo da principi che informano il processo penale e il tema della libertà personale¹⁰⁸ (primo fra tutti la presunzione d'innocenza enunciata

2012, n. 5854, cit.).

¹⁰⁵ Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, cit. Così anche Id., sez. II, 10 maggio 2016, n. 23022 in *Dir. & Giust.* 2016, 1 giugno, la quale non fornisce alcun argomento a sostegno della massima, limitandosi a richiamare il «recentissimo intervento le Sezioni Unite di questa Corte con sentenza del 28 aprile 2016 (imp. Dasgupta)».

¹⁰⁶ Cass., sez. V, 29 gennaio 2015, n. 14208, in *Mass. Uff.*, n. 264077 (la quale richiama al riguardo la sentenza del 4 marzo 2014, nel caso Grande Stevens c. Italia, par. 120 della motivazione); in senso analogo Id., Sez. II, 29 gennaio 2016, in *Mass. Uff.*, n. 266658.

¹⁰⁷ Assicurando a ogni persona il diritto, tra l'altro, «a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti».

¹⁰⁸ Come si è appena visto le Sezioni unite affermano che «in un procedimento penale [...] i meccanismi e le regole sulla formazione della prova non subiscono distinzioni a seconda degli interessi in gioco, pur se di natura esclusivamente civilistica». L'affermazione in sé può anche essere condivisa, così come appare convincente la massima secondo la quale «anche nel giudizio di appello che sia instaurato a seguito di impugnazione proposta dalla sola parte civile il giudice è tenuto a valutare la sussistenza della responsabilità dell'imputato secondo i parametri del diritto penale e non facendo applicazione di regole proprie del diritto civile, le quali configurano anche ipotesi di inversione dell'onore della prova ovvero di responsabilità oggettiva» (Cass., Sez. II, 21 giugno 2016, n. 37382, in *Dir. & Giust.* 2016, 30 settembre; Id., Sez. IV, 18 giugno 2015, n. 42995, in *Mass. Uff.*, n. 264751), e che «in tema di azione civile nel processo penale, il giudizio sulla responsabilità civile, pur avendo una propria autonomia, deve rispettare le regole proprie del processo penale, compresa quella della correlazione tra accusa e sentenza» (Id., Sez. I, 10 gennaio 1992, in *Riv. pen.* 1993, 58); nel momento in cui la parte civile decide di esercitare l'azione civile in sede penale, sa di percorrere una via con precisi benefici e determinati svantaggi rispet-

nel secondo comma dell'art. 6 Cedu).

Per convincersi che quando in un processo penale d'appello si discute della sola responsabilità civile, un richiamo a una regola europea elaborata esclusivamente sulla base di principi penali è fuori luogo, è possibile chiedersi quali conseguenze si avrebbero in sede europea qualora alla rinnovazione non si procedesse: difficile ipotizzare che da Strasburgo possa giungere una censura.

5. Conclusioni

Terminato il percorso interpretativo, è il caso di valutare le conclusioni a cui si è giunti.

Il miglior modo per procedere, probabilmente, è quello di immaginare cosa accade in un'aula d'udienza quando si verificano i presupposti di applicazione della regola: in un giudizio di primo grado, in cui c'è stato il dibattimento o che si è svolto con rito abbreviato, il giudice ha assolto l'imputato; il pubblico ministero ha impugnato la sentenza chiedendo la rinnovazione dell'istruttoria¹⁰⁹; le parti si sono costituite in giudizio e hanno discusso. Al giudice d'appello si prospettano tre vie: 1) non si è convinto oltre ogni ragionevole dubbio della colpevolezza dell'imputato e ritiene che un'eventuale integrazione probatoria non consenta di raggiungere lo standard epistemico richiesto: deve confermare la sentenza di primo grado; 2) non si è convinto oltre ogni ragionevole dubbio della colpevolezza dell'imputato ma ritiene che

to a quelli che avrebbe avuto qualora avesse optato per l'altra via. Ma non è questo il tema. Un legislatore è libero di stabilire un processo penale in cui non sia ammessa la costituzione di parte civile, o uno in cui le due azioni si cumulino. E in questo secondo caso può liberamente decidere quale sia il criterio al quale il giudice deve attenersi per il giudizio sulle questioni civili, che può essere analogo a quello previsto per la responsabilità penale (in relazione al quale, evidentemente, le mani sono meno libere: art. 27, co. 2, Cost.), o diverso. Ma per stabilire se la regola della rinnovazione debba applicarsi nel caso di instaurazione del giudizio d'appello per decidere sulla sola responsabilità civile, non viene in rilievo una disposizione legislativa: si tratta di un'opera interpretativa, si tratta di modellare il sistema sulla base di una regola europea (ed allora pare opportuno stabilire quali sono le esigenze che la regola soddisfa, i principi sui cui si fonda, non tanto analizzare il modo in cui il legislatore italiano ha deciso di disciplinare il tema della responsabilità civile nel processo penale).

¹⁰⁹ Per quanto ovvio, è comunque il caso di segnalare che anche oggi una condanna in appello dopo un'assoluzione in primo grado non passa necessariamente per la rinnovazione: l'appellante potrebbe chiedere il ribaltamento della sentenza per ragioni che non hanno nessi con il capovolgimento del giudizio di credibilità di un dichiarante (nei diversi casi in cui dovesse invece essere applicata la regola, secondo Cass., Sez. II, 9 settembre 2016, n. 40798, in *Mass. Uff.*, n. 267654 sorgerebbe in capo all'impugnante, pubblico ministero o parte civile, «l'onere di accompagnare la richiesta di riforma con l'istanza di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale al fine di procedere alla riassunzione delle prove già acquisite. E tale onere seppure non configura alcuna causa di inammissibilità dell'appello deve essere posto in rapporto al fondamentale principio dell'onere della prova valido anche per il giudizio penale e secondo cui la parte che intenda provare un fatto, nella specie l'inattendibilità delle dichiarazioni dei testi posti a fondamento della decisione assolutoria, ha l'onere di dedurre la prova relativa allo stesso»).

l'assunzione di una prova possa consentire di superare la soglia dell'oltre ragionevole dubbio: ai sensi dell'art. 603 c.p.p. può disporre l'integrazione, per poi decidere; 3) ha ritenuto di aver raggiunto lo standard epistemico richiesto per una condanna, riformulando il giudizio di credibilità di una persona le cui dichiarazioni sono importanti per dichiarare la colpevolezza dell'imputato: non può condannare (o meglio, non può condannare immediatamente), ma ha l'obbligo - per così dire - di sospendere il proprio pensiero¹¹⁰ e disporre la nuova escussione (l'escussione, nel caso in cui il dichiarante non sia mai stata sentito prima¹¹¹).

Mentre la prima ipotesi, per ovvie ragioni, non appare problematica, la seconda lascia a dir poco perplessi: il giudice non è convinto della colpevolezza, ma decide di esercitare i poteri probatori che l'art. 603 c.p.p. gli riconosce al solo fine di dimostrare la colpevolezza: il giudice si fa accusatore, necessariamente¹¹². Non meno allarmante è la terza ipotesi: si svolge un'escussione la cui obbligatorietà è dovuta al fatto che il giudice è intenzionato a condannare¹¹³. Nel momento stesso in cui dispone la rinnovazione, dunque, «manifesta - per servirsi di un'espressione usata nell'articolo che disciplina i casi di ricasazione - il proprio convincimento sui fatti oggetto dell'imputazione»¹¹⁴. È vero che con la nuova escussione l'imputato potrà godere - almeno nei limiti dell'istruttoria rinnovata - di una delle più importanti garanzie contro la soggettività, ossia la collegialità, spesso negata in primo grado, ma l'impressione è che la garanzia di matrice italo-europea rischi di esaurirsi in un rituale di assai dubbia efficacia, tanto più se l'esame dei dichiaranti dovesse essere condotto, come può accadere¹¹⁵, dal giudice che ha già scelto l'ipotesi che lo guiderà

¹¹⁰ O meglio, il pensiero condiviso dalla maggioranza dei tre giudici.

¹¹¹ È il caso per esempio del soggetto che ha scritto una lettera o le cui parole sono state registrate, e che non ha mai reso alcuna dichiarazione in sede processuale.

¹¹² Non avrebbe senso l'esercizio di questi poteri per confermare l'ipotesi della non colpevolezza: se il giudice avesse inteso assolvere, già lo avrebbe dovuto fare in ragione del non raggiungimento dello standard epistemico richiesto per la condanna. Un'integrazione dunque ha senso solo se disposta a sostegno dell'ipotesi dell'accusa (sull'inconsistenza del concetto di «prova neutra» v., di chi scrive, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 330 ss. e 400, nota 363).

¹¹³ La qual cosa, come ha osservato CISTERNA, *Le Sezioni unite su principio di oralità*, cit., 6, «non rende particolarmente serena la difesa nel corso della fase d'appello».

¹¹⁴ Di regola quando si tratta di questo tema si fa riferimento all'art. 603 c.p.p. relativo alla rinnovazione dell'istruzione in appello (non è causale che quando si è dubitato della legittimità costituzionale dell'attuale normativa, è stato invocato proprio l'art. 603 c.p.p.: v. nota 68). Per sottolineare il momento in cui la regola diviene applicabile, non sembra sbagliato nemmeno affiancare questo tema all'art. 605 c.p.p. («il giudice d'appello pronuncia sentenza con la quale conferma o riforma la sentenza appellata»): la regola europea impedisce la pronuncia di una sentenza di condanna che riforma un'assoluzione in assenza dello svolgimento di una determinata attività.

¹¹⁵ V. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerati*, Milano, 1994, 315; sul tema v. anche GARUTI,

nell'esame¹¹⁶. È poi possibile che la *chance* di cogliere gesti ed esitazioni, movimenti e sussulti, occhiate e sudorazione, gli permetta di formulare un più ponderato giudizio sulla credibilità del dichiarante, magari diverso da quello che aveva formulato poco prima dopo la lettura dei verbali, e che lo aveva obbligato a disporre la rinnovazione. Ed è anche possibile immaginare che l'esame innanzi al giudice d'appello possa essere relativamente efficace nei casi (verosimilmente non frequenti) in cui il dichiarante non sia mai stato sentito in sede processuale (mentre residueranno seri dubbi sull'utilità di una quarta escussione¹¹⁷, giacché già la terza seduta avrà probabilmente lasciato sul volto dello stremato dichiarante più che il marchio della verità, quello della spossatezza o dell'irritazione¹¹⁸). Eppure non pare davvero fuori luogo chie-

Questioni in tema di compatibilità tra giudizio abbreviato in sede d'appello e rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 1212 e PERONI, *Giusto processo e doppio grado di giurisdizione nel merito*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 716.

¹¹⁶ Con le belle parole di CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, 109, «nella scelta del tema vi è già la confessione di una preferenza, e nella formulazione del problema è già implicito il criterio della soluzione».

¹¹⁷ Posto che per costante giurisprudenza sono utilizzabili le dichiarazioni rese al curatore (tra le ultime, v. Cass., Sez. V, 11 luglio 2016, n. 41429, in www.illfallimentarista.it), una persona prima di giungere all'esame della corte d'appello potrebbe essere stata già sentita dal curatore fallimentare, dal pubblico ministero in fase d'indagine, dal giudice in dibattimento (per misericordia verso il dichiarante, si esclude l'eventualità del mutamento della composizione del collegio di primo grado).

¹¹⁸ La testimonianza, a ragione, è sempre stata ritenuta una prova infida e rischiosa. La sua previsione tra i mezzi di prova si basa su una serie di assunzioni sensate (la persona ha una percezione corretta, una memoria ben funzionante, non intende ingannare), che nei singoli processi potrebbero non valere. La reiterata assunzione di informazioni dallo stesso soggetto non la rende più affidabile per almeno due motivi, tra loro connessi. Il primo è legato alla «logica della sorpresa» (PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, Padova, 1995, 219): «il vero è che ci si trova dinanzi ad un atto per il quale valgono probabilmente rilievi in tutto analoghi a quelli prospettati da autorevole dottrina con riferimento alle ricognizioni: si tratta, nell'un caso come nell'altro, di operazioni il cui "autentico apporto cognitivo sta nell'originale", talché, "consumato l'effetto psicologico, svuotano l'eventuale messinscena allestita poi"» (PERONI, *L'istruzione dibattimentale*, cit., 219, che cita Cordero). Il secondo è connesso alla «facilità con cui i ricordi possono essere distorti» e quella «con cui si possono creare ricordi falsi e illusori» (MAZZONI, *Scienza cognitiva, memoria e psicologia della testimonianza: il loro contributo per la scienza e la prassi forense*, in *Sist. intell.*). Uno dei fenomeni in grado di modificare il ricordo è «il cosiddetto effetto dell'informazione fuorviante (*misinformation effect*), per cui il ricordo di un avvenimento a cui si è realmente assistito viene modificato dal tipo di informazione verbale ricevuta successivamente, o dal tipo di domande che vengono rivolte al testimone. [...] Questo fenomeno è stato studiato [...] verificando il ruolo non solo dell'informazione fornita successivamente (*post-event information*) ma anche dell'informazione che può essere contenuta nelle domande che vengono fatte durante un colloquio o un interrogatorio (quella che in gergo viene chiamata intervista investigativa, *investigative interview*). Ed è stato visto che il contenuto delle domande può modificare in modo anche profondo il ricordo. Innanzitutto da tempo si sa che il contenuto delle domande può influenzare il resoconto di un testimone [...]. Si è visto poi che il contenuto delle domande modifica non solo il resoconto del momento, ma anche il ricordo successivo, ottenuto a distanza di tempo, in cui ciò a cui si è effettivamente assistito viene mescolato in memoria con quanto si è detto in seguito alle domande. Se uno ha assistito ad un incidente di auto, e nelle domande viene inserita la presenza di una persona che invece

dersi se questa artificiosa garanzia sia realmente efficace (non è improbabile che nelle aule giudiziarie, più che contare su essa, la difesa - sgravata dall'onere di chiedere il nuovo esame¹¹⁹ - auspicherà che una dimenticanza del giudice o la sua scarsa conoscenza delle recenti pronunce della Corte di legittimità¹²⁰ portino all'inosservanza dell'obbligo di rinnovazione, contando poi - nel caso di esito infausto del giudizio d'appello - di giungere alla prescrizione del reato nel giudizio di rinvio instauratosi dopo l'annullamento deciso dal giudice di legittimità).

L'epilogo è dunque sconsigliato.

Non senza difficoltà, si è giunti a elaborare una regola che potesse essere impiegata nelle varie situazioni che si possono verificare nel processo penale italiano. Terminata questa operazione, proposte delle possibili soluzioni ad alcuni quesiti, si è giunti a una conclusione che non rasserena: mentre in alcuni casi l'influenza della Corte europea ha indubbiamente recato giovamenti al sistema processuale italiano, in questa occasione la sua unica conseguenza è l'imposizione di una garanzia di cartapesta. Se con essa ci si vuole porre al riparo da eventuali condanne da parte del Giudice di Strasburgo, è possibile essa possa avere un senso¹²¹. Se invece si pensa che possa servire a risolvere

non c'era, è relativamente probabile che a distanza di tempo il testimone inserisca nel ricordo anche questa persona (MAZZONI, *Scienza cognitiva*, cit., 183-184)

¹¹⁹ L'unico suo onere sarà quello di impugnare con l'atto di ricorso per cassazione «il punto della sentenza contenente l'affermazione della responsabilità penale e [dolorsi] di una errata valutazione delle risultanze probatorie mediante un "valido" ricorso per cassazione; il quale non sia viziato, cioè, da connotati di globale inammissibilità; essendo per contro del tutto irrilevante che faccia specifico riferimento alla violazione della regola di cui all'art. 603 c.p.p., comma 3, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, una volta che tale vizio, come detto, si riverbera sulla motivazione della sentenza» (Cass., sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, cit.).

¹²⁰ Il problema è segnalato da APRATI, *L'effettività della tutela*, cit., 1-2 L'autrice, commentando la sentenza delle Sezioni unite, osserva che «da un certo punto di vista appare quasi sconcertante che nel caso di specie il giudice d'appello e poi le parti non si siano fatti carico in nessun momento di dare seguito alla nuova regola che da tempo ormai governa l'appello. E questo non può che portarci a una riflessione più generale: i correttivi interpretativi richiedono degli accorgimenti affinché siano conosciuti, fatti propri dagli operatori del diritto». Al di là del caso di specie, che dietro all'inerzia del rappresentante dell'accusa e dei membri del collegio ci sia l'ignoranza, è probabile; che lo sia anche dietro all'inerzia della difesa, è meno scontato (nulla esclude che l'avvocato preferisca assicurare un beneficio al cliente piuttosto che esibire il proprio aggiornamento professionale).

¹²¹ Pare opportuno svolgere questa considerazione in termini ipotetici poiché è difficile dire con certezza che in assenza dell'obbligo di rinnovazione si andrebbe incontro a una condanna da parte della Corte europea, la quale - come si è visto - non sempre è prevedibile. La tesi delle «adeguate garanzie procedurali» rimanda, per definizione, a valutazioni piuttosto estemporanee, come dimostra l'inattesa Corte EDU, Sez. II, 26 aprile 2016, Kashlev c. Estonia, non in linea con l'orientamento che si riteneva essere consolidato (v. par. 2): in questa occasione è stata affermata la «compatibilità con i precetti europei di una condanna irrogata per la prima volta in appello basandosi su un'opposta rivalutazione delle medesime prove orali assunte in primo grado alla luce di un nuovo apprezzamento complessivo dell'intero

un grave problema come quello dell'accusato condannato per la prima volta in appello, al quale è negato il diritto a un'impugnazione nel merito¹²², si è fuori strada. Esclusa l'utilità della riconfigurazione dell'appello come giudizio in cui far valere gli stessi diritti riconosciuti in primo grado¹²³, che qualcuno propone¹²⁴, ma che non previene la situazione dell'accusato condannato per la prima volta in appello¹²⁵, non restano che i rimedi più radicali: l'abolizione della norma che consente al pubblico ministero di appellare la sentenza di assoluzione¹²⁶ oppure la configurazione dell'appello come «giudizio di natura

patrimonio conoscitivo giudiziale, ritenendo nel caso di specie i diritti difensivi comunque validamente salvaguardati dal pericolo di un arbitrario o irragionevole apprezzamento delle prove da parte del giudice di seconde cure: in particolare, per un verso, vi era stata una motivazione «rafforzata» da parte della Corte d'appello; per l'altro, la difesa aveva potuto presentare ricorso innanzi alla Corte suprema, competente a valutare il rispetto dei principi (anche di origine giurisprudenziale) che regolano la materia» (BUZZELLI, CASIRAGHI, CASSIBBA, CONCOLINO, PRESSACCO, *Art. 6 - Diritto a un equo processo*, cit., 227).

¹²² Che «non esist[ia] un principio costituzionale del doppio grado della cognizione di merito, non inendando tale istituto alla garanzia del diritto di difesa, sicché il legislatore può diversamente strutturare il giudizio di appello» è stato frequentemente affermato dalla giurisprudenza costituzionale (la citazione è tratta da Corte cost., 27 marzo 2003, in *Giur. cost.* 2003, 2) e dalla pressoché unanime dottrina (tra i tanti, v. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, Milano, 1984, p. 229; CERESA GASTALDO, voce *Appello (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir., Ann.*, III, Milano, 2010, 17; PERONI, *Giusto processo*, cit., 722; PISANI, *Durata ragionevole del processo penale e appellabilità delle sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 5). Né dalle convenzioni internazionali è possibile trarre questo principio (v. tra le tante Corte cost., 30 luglio 1997, n. 288, in *Giur. cost.*, 1997, 2630, nonché CERESA GASTALDO, voce *Appello*, cit., 20; PISANI, *Durata ragionevole del processo penale*, cit., pp. 7-10; PERONI, *Giusto processo*, cit., 723). Seppur non obbligata, comunque, è quanto mai opportuna la previsione di un doppio grado di giudizio di merito: è certamente una garanzia assai costosa, ma è uno dei migliori modi per ridurre – per quanto possibile – i rischi connessi alla soggettività di ogni giudizio (tanto più se quest'ultimo è frutto della mente di una persona, e non di un collegio) e il pericolo della condanna d'individui innocenti (v., di chi scrive, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 394 ss. e 701 ss.). La circostanza che in primo grado sia stata emessa una sentenza di assoluzione, e non una condanna, non rende certamente meno necessaria questa garanzia.

¹²³ Segnatamente il diritto alla prova, quello alla partecipazione alla formazione della prova, l'oralità.

¹²⁴ V. par. 3.

¹²⁵ Non più convincente è l'idea che possa offrire adeguate garanzie la c.d. motivazione rafforzata, ossia quella motivazione «dotata di una forza persuasiva superiore a quella della sentenza di prime cure» (Cass., Sez. III, 12 luglio 2016, n. 43242, in *Mass. Uff.*, n. 267626), che talora viene richiamata anche dalla Corte europea quando dà conto del composito quadro delle «adeguate garanzie procedurali» delle quali si possono giovare gli accusati (v. nota 121).

¹²⁶ Come si è visto, riguardo al giudizio di appello la Costituzione permette molto e impone poco. Ciò che si è detto a proposito del diritto alla prova e alla partecipazione alla formazione della prova, che ben possono esaurire il loro orizzonte nel giudizio di primo grado (v. nota 56), vale anche per il principio enunciato nell'art. 112 Cost.: l'esercizio dell'azione penale impone l'intervento della giurisdizione, non l'intervento della giurisdizione *in secondo grado*. Esclusa poi la validità di un pseudo principio come quello della parità delle parti (v. di chi scrive, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 221), non ci sono barriere costituzionali all'eliminazione dell'appello del pubblico ministero pur con il mantenimento di quello dell'accusato (sono di diverso avviso, come noto, la Corte costituzionale: v. Corte cost., 6 febbraio 2007, n. 26, in *Guid. dir.*, 2007, f. 8, 69, con nota di SCALFATI, *Restituito il potere di impugna-*

esclusivamente rescindente»¹²⁷. Per quanto traumatici e opinabili (si tratta di decidere quali valori privilegiare e quali costi sostenere¹²⁸), sono risolutivi. Sulla via della regola italo-europea¹²⁹, che tanto sembra entusiasmare le Sezioni unite della Corte di cassazione¹³⁰, è meglio non farsi illusioni: più che gli accusati assolti in primo grado, tutela il sistema vigente, e rischia di far apparire meno urgente una riforma necessaria.

zione senza un riequilibrio complessivo, e di MARZADURI, *Sistema da riscrivere dopo ampie riflessioni*, e svariati autori: tra gli altri v. AMODIO, *Disorientamenti legislativi nella riforma delle impugnazioni*, in *Cass. pen.*, 2006, 953; CAPRIOLI, *I nuovi limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento tra diritti dell'individuo e «parità delle armi»*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di Insolera, Padova, 2006, 181; CERESA GASTALDO, *I limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento: discutibili giustificazioni e gravi problemi di costituzionalità*, in *Cass. pen.*, 2007, 827; GREVI, *Appello del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Cass. pen.*, 2007, 1418).

¹²⁷ PRESUTTI, *L'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento tra regola ed eccezione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 1196; così anche MAZZA, *sub art. 533*, cit., 2422; e PERONI, *Giusto processo*, cit., 726.

¹²⁸ È chiaro che privando il pubblico ministero dell'impugnazione il rischio di non punire i colpevoli aumenta, così come è evidente che la riedizione di un processo dopo l'annullamento della sentenza di assoluzione non è esattamente una riforma nel segno della celerità processuale (per tacere del valore probatorio delle dichiarazioni rese dagli stessi soggetti per una seconda, terza volta o quarta volta: vale quanto appena detto a proposito della rinnovazione in appello).

¹²⁹ Che il legislatore sembrerebbe intenzionato a codificare, sia pure con l'introduzione di qualche variante. V. in particolare l'art. 3 del d.d.l. che vorrebbe inserire nell'art. 603 c.p.p. il co. 4-bis, norma che ha quale presupposto l'appello del pubblico ministero di una sentenza di proscioglimento: «per motivi attinenti alle valutazioni di attendibilità della prova dichiarativa, il giudice, quando non ritiene manifestamente infondata l'impugnazione, dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale» (sul d.d.l. governativo, v. BARGIS, *primi rilievi sulle proposte di modifica in materia di impugnazioni nel recente d.d.l. governativo*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2015, n. 1, 10).

¹³⁰ In poco più che sei mesi si sono pronunciate due volte proponendo in entrambi i casi le letture più estensive.