

PASQUALE BOREA

La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel "Giusto processo" d'appello alla luce della giurisprudenza della C.e.d.u.

L'analisi dell'opera esegetica della giurisprudenza di Strasburgo¹ pone seri problemi di compatibilità del nostro sistema delle impugnazioni penali e dell'appello in particolare in tema di giusto processo, effettività del doppio grado di giurisdizione di merito, diritto alla prova, contraddittorio, oralità e immediatezza. Ciò induce a riflettere sulle necessarie e concrete prospettive di riforma a garanzia di un secondo controllo effettivo di merito, risolvendo *in primis* la *vexata quaestio* del canone del doppio grado di giurisdizione di merito², preliminarmente per una ricostruzione *ab imis* dell'istituto dell'appello nel sistema del giusto processo inaugurato dalle coordinate di riassetto cristallizzate nel novellato art. 111 Cost.³, L. Cost. n. 2 del 1999, e nella legge

¹ Questa, infatti, assume valenza decisiva nel nostro sistema interno, posto che i vincoli convenzionali di cui all'art. 117 Cost. devono essere rispettati non nel solo dato puramente letterale, come insegnano le celebri "sentenze gemelle" della Corte costituzionale. Cfr. Corte cost., nn. 348 e 349 del 2007, in *Giur. cost.*, 2007, 3475 ss. e 3535 ss. Si vedano poi ad esempio, Corte cost., n. 317 del 2009, in *Giur. cost.*, 2009, 4747 ss.; Corte cost., 11 marzo 2011, n. 80 *ivi*, 2011, 1224 ss. In dottrina, tra i tanti, TEGA, *L'ordinamento costituzionale italiano e il "sistema" CEDU: accordi e disaccordi*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes, Zagrebelsky, Milano, 2011, 193 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, *ivi*, 69 ss. La forza cogente dei moniti delle Corti Europee in Italia, è, poi, sancita costituzionalmente dalla lettura del combinato disposto degli artt. 10 e 117 Cost., primo comma, laddove impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli "obblighi internazionali". In tal senso Corte cost., n. 113 del 2011, in *Relazione n. 18/13 Corte Suprema di Cassazione*, cit., 16.

² Il termine, che non è impiegato dal legislatore ma dalla dottrina, non designa un istituto di diritto positivo, ma un modello al quale le concrete soluzioni adottate possono essere più o meno vicine secondo il loro tenore: per questi rilievi v. RICCI, *Il doppio grado di giurisdizione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 59 s.; ID., voce *Doppio grado di giurisdizione: principio di diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., vol. XII, 1989, 1 s.; MELE, voce *Doppio grado di giurisdizione (principio del)*, in *Enc. giur. Treccani*, cit. vol. XII, 1989, 2 s. Sul rapporto tra il doppio grado di merito e il giusto processo v. le interessanti pagine di PERONI, *Giusto processo e doppio grado di giurisdizione di merito*, cit., 710 ss. SPANGHER, *Appello nel diritto processuale penale*, in *Dig. pen.*, vol. I, Torino, 1987, 196 ss.

³ La riforma dell'art. 111 Cost. è certamente un passaggio cruciale verso l'attuazione del *procès équitable*, pur se i principi connotativi del giusto processo erano indubbiamente già rintracciabili in diversi articoli della Costituzione, nonché nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (art.14) e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e del cittadino (art.6), entrambi ratificati, con legge, in Italia. Tra i tanti contributi sul senso della riforma costituzionale del giusto processo, senza alcuna pretesa di esaustività, a fronte di una sterminata letteratura v., AMODIO, *Dal rito inquisitorio al "giusto processo"*, in *Il giusto processo*, 2002, (4), 103 s.; BARGIS, *Prime osservazioni sulla modifica dell'art. 111*, in *Studi di diritto processuale penale*, Giappichelli, 2002, p. 43 s.; CHIAVARIO, *Il diritto al contraddittorio nell'art.*

attuativa sul giusto processo n. 63 del 2001. Tale modello di disciplina giuridica è da tempo inequivocabilmente riconosciuto, nella comunità internazionale, quale irrinunciabile diritto soggettivo fondamentale dell'uomo: infatti, la garanzia del doppio grado di giurisdizione di merito, è sancita espressamente a livello sovranazionale sia dall'art. 14 par. 5 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, sia dall'art. 2 del VII Protocollo addizionale della C.e.d.u.⁴, che riconosce il diritto di "ogni persona dichiarata colpevole da un tribunale di far esaminare la dichiarazione di colpevolezza o la condanna da una giurisdizione superiore". Invero, nonostante il giudice d'appello abbia la stessa ampiezza di poteri del giudice di prime cure, la sua cognizione si basa generalmente sui protocolli di causa formati e trasmessi dal primo giudice, stante la fisionomia di *revisio prioris instantiae* che connota il giudizio di seconde cure e vigendo il principio della presunzione di completezza dell'istruttoria dibattimentale di primo grado⁵. La regola di sistema, dunque, è l'art. 602, comma 3, c.p.p. che prevede che la piattaforma cognitiva in base alla quale il giudice deve valutare la fondatezza delle doglianze proposte nei motivi d'appello venga formata attraverso la lettura dei verbali delle attività direttamente espletate nel dibattimento di primo grado, nonché dei verbali degli atti compiuti nelle fasi precedenti, mai assoggettati a *cross examination*, inseriti nel fascicolo del dibattimento e acquisiti al giudizio di prime cure secondo

¹¹¹ Cost. e nell'attuazione legislativa, in *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè, 2002, 23 ss.; DI CHIARA, *Le regole del giusto processo e la garanzia del contraddittorio: l'asse prospettico dell'art. 111 Cost.*, in *Un'introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, 331 s.; FERRUA, *Garanzie del giusto processo e riforma costituzionale*, in *Critica dir.*, 1998, 2168 s.; GREVI, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di "giusto processo" penale (tra "ragionevole durata", diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in *Alla ricerca di un processo penale "giusto". Itinerari e prospettive*, Milano, 2002, 309 s.; SPANGHER, *Il giusto processo penale*, in *Studium Iuris*, 2000, 255; UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 2098s.

³ Corte cost., n. 317 del 2009, che afferma come diritto di difesa e ragionevole durata del processo, "non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie".

⁴ Ai sensi dell'art. 2, par. 1, VII Prot. add. CEDU "ogni persona dichiarata colpevole da un tribunale ha il diritto di far esaminare la dichiarazione di colpevolezza o la condanna da una giurisdizione superiore. L'esercizio di tale diritto, ivi compresi i motivi per cui esso può essere esercitato, è disciplinato dalla legge". Il par. 2 del medesimo articolo, tuttavia, prevede che "tale diritto può essere oggetto di eccezioni per reati minori, quali sono definiti dalla legge, o quando l'interessato è stato giudicato in prima istanza da un tribunale della giurisdizione più elevata o è stato dichiarato colpevole e condannato a seguito di un ricorso avverso il suo proscioglimento".

⁵ Cass., Sez. un., 24 gennaio 1996, Panigoni, in *Cass. pen.*, 1996, 2892; Id., Sez. IV, Di Vincenzo, 24 aprile 2007, n. 16422 dove si legge tra l'altro che "se è vero che il diniego della eventualmente invocata rinnovazione dell'istruzione dibattimentale deve essere spiegato nella sentenza di secondo grado, la relativa motivazione (sulla quale nei limiti della illogicità e della non congruità è esercitabile il controllo in cassazione) può anche ricavarsi per implicito dal complessivo tessuto argomentativo, qualora il giudice abbia dato comunque conto delle ragioni in forza delle quali abbia ritenuto di poter decidere allo stato degli atti"; Cass., Sez. VI, P.G. in proc. Raviolo, 8 gennaio 2003, in *Riv. pen.*, 2003, 779.

quanto previsto dagli artt. 511 ss. c.p.p. È l'eccezionalità e l'eventualità dell'istituto della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello, ex art. 603 c.p.p., così come ribadito costantemente dalla giurisprudenza di legittimità⁶, ad evidenziare plasticamente il problema della sostanziale disarmonia strutturale del secondo grado di giudizio⁷, che, a tutt'oggi, non è incastonabile nel prisma del giusto processo⁸. Infatti, è la Corte costituzionale ad affermare che "un processo non giusto, perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale"⁹. Un processo *ex actis*, che abdica

⁶ In questo senso, v. Cass., Sez. I, 27 maggio 1991, Silvestri, in *Cass. pen.*, 1991, fasc. 8,13; Id., Sez. II, 19 marzo 1992, Cerosimo, *ivi*, 1993, 2847; Id., Sez. VI, 22 ottobre 1993, Smecca ed a., in *Riv. pen.*, 1994, 505; Id. Sez. I, 28 febbraio 1994, Travaglio, *ivi*, 1995, 180; Id., Sez. III, 6 aprile 1994, Farnese, *ivi*, 1994, 86; Id., Sez. VI, 13 luglio 1994, Russo, in *Cass. pen.*, 1995, 2920; Id., Sez. VI, 17 ottobre 1994, Armanini, *ivi*, 1996, 1227; Id., Sez. unite, 24 gennaio 1996, Panigoni ed a., in *Riv. pen.*, 1996, 711; Id., Sez. I, 22 marzo 1999, p.m. in c. Merlino, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, 304; Id., Sez. V, 21 aprile 1999, p.m. in c. Jovino, in *Cass. pen.*, 2001, 891; Id., Sez. VI, 2 dicembre 2002, Raviolo, in *Riv. pen.*, 2003, 779; Id., Sez. III, 13 novembre 2003, Pacca, in *Guida dir.*, 2004, 20, 88; Id., Sez. IV, 11 febbraio 2004, D'Andrea, in *Guida dir.*, 2004, 33, 80; Id., Sez. II, 1 dicembre 2005, Di Gloria Il Grande, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2007, 2, 225; più recentemente Id., Sez. IV, 28 aprile 2011, F.E. ed a., in *Mass. red.*, 2011, 23297; Id., Sez. III, 27 giugno 2012, G.R., in *Mass. uff.*, n. 253327; Id., Sez. II, 27 settembre 2013, M.S., *ivi*, n. 256968.

⁷ Le perplessità circa la compatibilità della fisionomia "cartolare" dell'appello con il sistema tendenzialmente accusatorio e con i principi dell'equo processo si sono registrate sin dall'entrata in vigore del codice di procedura del 1988. V., in particolare, MADDALENA, *Azione penale, funzioni e struttura del pubblico ministero: prospettive di riforma ordinamentale*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, a cura di GAITO, Napoli, 1991, 147, il quale parla di "profonda contraddizione nel sistema,(...) perché dopo aver mostrato di credere alla formazione della prova nel dibattimento in forma orale, alla presenza del giudice che immediatamente è chiamato a decidere, il legislatore abbandona poi quella "filosofia" per adottarne un'altra, del tutto contrastante, che comporta che la parola definitiva sul merito venga detta da un giudice che giudica "sulle carte". FASSONE, *L'appello: un'ambiguità da sciogliere*, in *Quest. giust.*, 1991, 623 s.; Nello stesso senso ORLANDI, *Sono davvero troppi tre gradi di giurisdizione penale?*, in *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, a cura di NUNZIATA, in *Dir. e giust.*, 2004, il quale ritiene che nell'ordinamento italiano l'appello sia "una sorta di optional (...), ma una volta istituito esso deve assicurare all'imputato diritti in tutto simili a quelli che ne proteggono la posizione in prima istanza"; GREVI, *Alla ricerca di un processo penale "giusto"*, che afferma che "oggi a maggior ragione risulta anomalo che il giudice di secondo grado, al termine di un giudizio che potrebbe svolgersi anche interamente sulla base di atti scritti, possa rovesciare una sentenza emessa in primo grado dopo un giudizio celebrato, di regola, all'insegna del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza"; NAPPI, *Il nuovo processo penale: un'ipotesi di aggiornamento del giudizio di primo grado*, in *Cass. pen.*, 1990, 974. Si tratta di una disarmonia nella quale trova espressione la disomogeneità culturale che plasma i due gradi di giudizio: tendenzialmente accusatorio il primo grado; legato alla tradizione inquisitoria il secondo. V., in questo senso GAITO, *Impugnazione e altri controlli: verso una decisione giusta*, in *Le impugnazioni penali*, Torino, 1998, 1 s.; ID., *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "Legge Pecorella"*, Torino, 2006; SPANGHER, voce *Appello, II) diritto processuale penale*, in *Encl. giur.*, II, Agg., 1991, 1; cf., anche CHIAVARIO, *Nel nuovo regime delle impugnazioni i limiti e i mancati equilibri di una riforma*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, VI, Torino, 1991, 15 s.

⁸ CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Torino, 2009.

⁹ Corte cost., n. 317 del 2009, che afferma come diritto di difesa e ragionevole durata del processo, "non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza

all'attuazione del principio del contraddittorio, all'assunzione e alla formazione della prova nel rispetto dell'oralità e dell'immediatezza di fronte allo stesso giudice formalmente investito del *dictum*¹⁰, è incompatibile col nucleo fondativo di garanzie minime inderogabili *in peius* nel contesto dell'accertamento processualpenalistico¹¹. L'art. 111 Cost. sancisce il diritto dell'imputato "all'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore" e prescrive che "il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova", donde l'estensione, così come previsto dall'art. 598 c.p.p, delle norme sul giudizio di primo grado al giudizio d'appello, in cui, ancora, l'attività di formazione delle prove in contraddittorio tra le parti è concepita come ancillare, eventuale ed epistemologicamente più debole rispetto al giudizio di primo grado, sulla base del dogma della presunzione di completezza dell'indagine dibattimentale di prime cure e della qualificazione tecnica, aprioristicamente assunta, dell'appello come sede di un giudizio di mero controllo sul merito¹². L'art. 111, comma 3, Cost. ribalta la logica del modello di stampo inquisitorio e cristallizza il cd. "diritto di controprova", massima garanzia del diritto di difesa, attuato attraverso l'assunzione della prova in contraddittorio e nel pieno rispetto dell'oralità e dell'immediatezza, che si esplica nel diritto della persona accusata "di interrogare e far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico", e di "ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa" nella prospettiva del diritto alla prova a discarico, ai sensi dell'art. 495, comma 2 c.p.p.¹³ e sulla base di una precisa direttiva della legge delega, art. 2 n. 75, mutuata dall' 6, n. 3, lett. b e d, C.e.d.u.

del sistema delle garanzie".

¹⁰ L'assunzione in contraddittorio della prova nel pieno rispetto dell'oralità e dell'immediatezza rappresenta, come rilevato in dottrina, "la forma più diretta e qualificata" di attuazione del contraddittorio. V., per tutti, ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur.*, vol. I, Roma, 1988, pag. 7; sul binomio oralità-immediatezza, v. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano, 1981, p. 282 s. GIOSTRA, *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. dir.*, 1986, p.17; ID., voce *Contraddittorio (principio del)*, in *En. giur.*, 1988, p. 4; v., anche, FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in *Studi sul processo penale, II, Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 45 s.

¹¹ Così M. DEGANELLO, *Ripensare il grado di appello nel processo penale: osservazioni a margine di recenti disegni di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 634.

¹² È la stessa logica di rimedio di controllo, assegnata da sempre all'appello, e avallata dagli ordinamenti giuridici continentali, a non essere dimostrata in termini di indefettibilità, perché "ancorata al piano dei fenomeni logici", costituendo, anzi, una "premessa indimostrata" cui, "se si può aderire in via di descrizione, appare scorretto assumerla come qualificazione tecnica aprioristicamente assunta", F.PERONI, *L'istruzione dibattimentale*, cit., 79. A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, Padova, 1973, 92.

¹³ GREVI, *Diritto alla prova e criteri di ammissione*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso - Grevi, Padova, 1993, 203 ss.; in tema di prova a discarico, v. anche DE CARO, *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Napoli, 2003, 103 ss.

L'art. 6 C.e.d.u., che elenca i requisiti del *fair trial*, è stato oggetto sin dai primi anni 70' di una consolidata opera esegetica dei giudici di Strasburgo interessati al principio dell'oralità, dell'immediatezza e del contraddittorio nei giudizi d'impugnazione e al tema della *reformatio in peius* in seconde cure di una sentenza assolutoria di primo grado senza rinnovazione della fonte di prova decisiva. Nella sentenza *Delcourt v. Belgio* del 1970¹⁴, i giudici di Strasburgo affermano che “quando un sistema nazionale prevede un diritto d'appello, l'art. 6 debba applicarsi anche ai procedimenti di secondo grado”. Sin dalla pronuncia *Golder v. Inghilterra* del 1975¹⁵ e *Engel e altri v. Paesi Bassi* del 1976¹⁶, la Corte condanna gli Stati per violazione delle regole sul giusto processo articolando la sua consolidata opera esegetica, in chiave sostanzialistica, attraverso un doppio giudizio: generale e preliminare, circa la correttezza e l'equità del procedimento in relazione all'art. 6, 1, che sancisce il diritto di ogni persona a che “la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente (...), da un tribunale indipendente e imparziale¹⁷”, e poi, attraverso un vaglio puntuale circa la riscontrata violazione delle garanzie enunciate nei suoi corollari, art. 6, 3 lett. a, b, c, d, che costituiscono aspetti specifici del generale diritto al *fair trial* di cui all'art. 6,1 C.e.d.u. La storica sentenza *Unterpertinger v. Austria* del 1986¹⁸, è chiara nell'affermare che “qualora un giudice d'appello sia chiamato ad esaminare un caso in relazione ai fatti di causa e alla legge, e a fare una valutazione completa della questione relativa alla colpevolezza o all'innocenza del ricorrente, non può, per una questione di giusto processo, adeguatamente stabilire questi problemi senza una valutazione diretta delle prove” imponendo il rispetto della lett. d dell'art. 6 C.e.d.u. che prescrive il diritto della persona imputata “*to examine or have examine witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same condition as witnesses against him*”. Così come ribadito nella pronuncia *Ekbatani c. Svezia* del 1988¹⁹, in cui assume specifica

¹⁴ Delcourt v. Belgio n. 2689/65

¹⁵ Golder v. Inghilterra, 21 febbraio 1975, n. 4451/70

¹⁶ Engel e altri v. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, n. 5100/71

¹⁷ Piersack c. Belgio, 1° ottobre 1982, 30-32, serie A n. 53, e De Cubber c. Belgio, 26 ottobre 1984, 24-30, serie A n. 86, pronunce nelle quali la Corte ha concluso per una mancanza di imparzialità oggettiva del «tribunale» in ragione, nella prima di queste cause, del fatto che una corte d'assise fosse presieduta da un consigliere che, precedentemente, aveva diretto la sezione della procura di Bruxelles investita del caso dell'interessato; e, nella seconda, dell'esercizio in successione delle funzioni di giudice istruttore e di giudice di merito da parte di uno stesso magistrato in una stessa causa.

¹⁸ Unterpertinger v. Austria, 24 novembre 1986, n. 9120/80

¹⁹ Corte EDU, 26 maggio 1988, Ekbatani c. Svezia, consultabile, come tutte le decisioni della Corte EDU citate, sul sito istituzionale all'indirizzo internet: *hudoc.echr.coe.int*; SACCUCCI, *L'art. 6 della Convenzione di Roma e l'applicazione delle garanzie del giusto processo ai giudizi d'impugnazione*, in *Riv. it.dir. proc. pen.*, 1999, p. 590 s.

rilevanza l'affermazione costante che è uno dei requisiti fondamentali ed irrinunciabili del giusto processo²⁰ "l'elaborazione del materiale decisivo nella dialettica delle parti ed al cospetto del giudice funzionalmente investito del giudizio, in quanto le osservazioni del giudice per quanto riguarda il comportamento e l'attendibilità di un testimone possono avere delle ripercussioni per l'imputato"²¹. Sulla stessa linea argomentativa per violazione degli artt. 6, 1 e 6, 3 d si pongono le successive pronunce della Corte²²: *Kostovski v. Paesi Bassi* del 1989²³, *Windisch v. Austria* del 1990²⁴, *Delta v. Francia* del 1990²⁵ e *Saïdi v. Francia* del 1993²⁶ in cui si esplicita che "... la Corte ritiene che i diritti della difesa sono ridotti in modo incompatibile con le garanzie dettate dall'art. 6 C.e.d.u. qualora una condanna si fondi esclusivamente sulle dichiarazioni rese da un testimone che non è stato possibile sottoporre ad esame in dibattimento". Questa giurisprudenza che si è gradualmente evoluta sin dai primi anni 70', è giunta all'attenzione degli interpreti nazionali, solo con la nota sentenza *Dan v. Moldavia* del 5 giugno 2011²⁷ - nonostante numerosissimi precedenti di rilievo e pronunce che condannano direttamente l'Italia: *Luca v. Italia* del 1996²⁸, *A.M. v. Italia* del 1999²⁹, *Ogaristi v. Italia* del 2010³⁰ - che precisa la consolidata regola per cui "coloro che hanno la responsabilità di decidere la colpevolezza o l'innocenza di un imputato dovrebbero, in linea di massima, poter udire i testimoni personalmente e valutare la loro attendibilità" nel rispetto del principio di oralità e immediatezza. Sulla scorta di tali

²⁰ Così A. 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 *Arch. pen.*, 2012, 349.

²¹ Corte eur. dir. uomo, 5 marzo 2013, Manolachi v. Romania, 49; Id., 9 aprile 2013, Flueraș v. Romania, entrambe in www.penalecontemporaneo.it con nota di RECCHIONE, *La prova dichiarativa cartolare al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, la quale pone significativamente l'attenzione sull'emergente "diritto ad una affidabile valutazione della attendibilità, che può essere garantita solo dalla valutazione diretta della testimonianza fondamentale".

²² Corte e.d.u., 26 aprile 1995, Fischer c. Austria; Corte e.d.u., 23 febbraio 1994, Fredin c. Svezia.

²³ *Kostovski v. Paesi Bassi*, 20 novembre 1989, n. 11454/85

²⁴ *Windisch v. Austria*, 27 settembre 1990, n. 12489/86

²⁵ *Delta v. Francia*, 19 dicembre 1990, n. 11444/85

²⁶ *Saïdi v. Francia*, 20 settembre 1993, n. 14647/89

²⁷ *Dan v. Moldavia*, 5 giugno 2011, n. 8999/07

²⁸ *Luca v. Italia* n. 33354/96; la Corte ribadisce, peraltro, che non le spetta pronunciarsi sul se determinate dichiarazioni testimoniali siano state ammesse o non ammesse a buon diritto ma soltanto sul se la procedura di ammissione ed assunzione della prova abbia un carattere equo e sia compatibile con i diritti della difesa.

²⁹ *A.M. v. Italia*, 14 dicembre 1999, n. 37019/97; "la Corte ritiene che i diritti di difesa sono ridotti in modo incompatibile con le garanzie dettate dall'art. 6 C.e.d.u. qualora una condanna si fondi esclusivamente sulle dichiarazioni rese da un testimone che non è stato possibile sottoporre ad esame in dibattimento".

³⁰ *Ogaristi v. Italia*, 18 maggio 2010, n. 231/07

rilievi, infatti, i giudici di Strasburgo hanno affermato come la rinnovazione della prova orale costituisca un ineludibile condizione oggettiva di equità del procedimento penale e divenga obbligatoria - a prescindere dalla richiesta delle parti - così come sottolineato nelle pronunce *Destrehem v. Francia* 2004³¹, *Gaitanaru v. Romania* 2012³², *Hanu v. Romania* 2013³³ - in tutti i casi in cui il giudice d'appello, chiamato ad una cognizione completa dei profili di responsabilità dell'imputato, finisca per ribaltare la sentenza assolutoria emessa in primo grado, condannando l'imputato attraverso una mera rivalutazione *ex actis* delle fonti dichiarative decisive acquisite nel dibattimento di prime cure, senza che i dichiaranti vengano nuovamente e direttamente escussi. La *fair hearing*, principio generale ribadito da ultimo nella pronuncia *Mischie v. Romania* del 16 settembre 2014³⁴, è strettamente connessa con il diritto di difesa³⁵, di cui all'art. 6 lett. c³⁶, e la valutazione diversa delle circostanze di fatto - *factual nature* - sulla base della mera rivalutazione cartolare di attendibilità di una prova orale decisiva - *sole or decisive* - , nella prospettiva dell'*overturning* del *dictum* di prime cure, determina una sensibile riduzione dei diritti di difesa del neo - condannato a cui, giudicato colpevole per la prima volta in seconde cure, è preclusa ogni possibilità di impugnare nel merito la sentenza di condanna³⁷. L'art. 6, 1 richiede, ai fini di una sentenza di

³¹ C. eur. dir. umani, *Destrehem c. Francia*, no. 56651/00, 18 maggio 2004.

³² *Gaitanaru v. Romania*, 26 giugno 2012, n. 26082/05 "... sulla base dell'art. 385 del codice di procedura penale, la Corte Suprema può disporre la trasmissione degli atti alla Corte d'appello qualora sia necessario procedere *ex novo* all'assunzione di una prova".

³³ Corte EDU, *Hanu c. Romania*, Sez. III, 4 giugno 2013, n. 10890/04 cit., 38: «*the Court reiterates that the domestic courts are under an obligation to take positive measures to such an end even if the applicant has not requested it*»; nello stesso senso, v., Corte EDU, 19 febbraio 1996, *Botten c. Norvegia*, 53; Corte EDU, 8 marzo 2007, *Danila c. Romania*, 41; Corte EDU, *Spinu c. Romania*, cit., 62; Corte EDU, *Gaitanaru c. Romania*, cit. 34; Corte EDU, *Manolachi c. Romania*, cit., 50.

³⁴ *Mischie v. Romania*, 16 settembre 2014, n. 50224/07

³⁵ In termini generali, sul tema del giusto processo nella giurisprudenza europea, si vedano, tra gli altri, R. CHENAL, *sub art. 6 C.e.d.u.*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova, 2012, 172 ss.; M. CHIAVARIO, *sub art. 6 C.e.d.u.*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova, 2001, 153 ss.; S. DJ. HARRIS - M. O'BOYLE - E.P. BATES - C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, 245 ss.; S. STAVROS, *The Guarantees for Accused Persons under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Dordrecht, 1993; N. MOLE - C. HARBY, *The right to a Fair Trial: a Guide on the Implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Strasburgo, 2003; S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, 2005, 81 ss., 243 ss. e 291 ss.

³⁶ Corte e.d.u., 25 novembre 1997, *Zana c. Turchia*, 68.

³⁷ T. PADOVANI, *Il doppio grado di giurisdizione. Appello dell'imputato, appello del p.m., principio del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2003, 4032. G. LOZZI, *Reformatio in peius del giudice di appello e cognitio facti ex actis della Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 639. Si vedano, altresì, le prese di posizione precedenti e successive alla c.d. "riforma Pecorella": ad esempio, C. CONTI, *Al di là del ragionevole dubbio*, in *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, a cura di A. SCALFATI, Mila-

condanna, che tutte le prove vengano formate in udienza, in presenza dell'imputato, in contraddittorio tra le parti dinanzi al giudice chiamato a decidere con pieni poteri sulla valutazione del fatto e del diritto e sulla sua colpevolezza ed innocenza, perché, come ribadito nella sentenza *Dan v. Moldova*, "la valutazione dell'attendibilità di un testimone è un compito complesso che di solito non può essere raggiunto da una semplice lettura delle sue parole verbalizzate". Il 4 marzo 2014, la Corte Europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia con la sentenza *Grande Stevens e altri v. Italia* in tema di *ne bis in idem* e diritto a un equo processo. La Corte rileva che la procedura dinanzi alla Consob, pur avendo ad oggetto un illecito formalmente di tipo amministrativo, si sostanziasse in un'accusa di natura penale³⁸ ed ha affermato che avrebbero dovuto essere osservate le garanzie che l'art. 6 C.e.d.u. riserva ai processi penali, enucleando specificamente le ragioni di dissonanza tra la procedura amministrativa posta in essere sulla base dell'art. 187 *ter* d.lgs. n.58 del 1998 e i principi sanciti dall'art. 6,1 C.e.d.u. I giudici europei hanno ritenuto, senza mezzi termini, "scioccante la totale assenza di esame in contraddittorio degli elementi di prova confutati e relativi a fatti cruciali", in quanto le sanzioni sono state inflitte sulla base di un rapporto non comunicato ai ricorrenti che non hanno avuto la possibilità di difendersi rispetto al documento sottoposto dagli organi investigativi della Consob all'organo incaricato di decidere sulla fondatezza delle accuse. Inoltre, gli interessati non hanno avuto la possibilità di interrogare le persone eventualmente sentite dall'ufficio investigativo Consob in violazione degli artt. 6, 3 lett. c e 6, 3 lett. d C.e.d.u. Nel caso *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*³⁹, la Corte europea ha stabilito, inoltre, i criteri rilevanti nei casi eccezionali in cui non sia possibile sentire il te-

no, 2006, 104 ss.; C. PIERGALLINI, *La regola dell'"oltre ragionevole dubbio" al banco di prova di un ordinamento di Civil law*, in *Impugnazione e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, a cura di M. BARGIS, F. CAPRIOLI, Torino, 2007, 362; G. SPANGHER, *Il doppio grado di giurisdizione*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, 2000, 104; F. STELLA, *Sul divieto per il pubblico ministero di proporre appello contro le sentenze di assoluzione*, in *Cass. pen.*, 2004, 758.

³⁸ "Il tono di afflittività della sanzione determina la sua natura penale": le ragioni sulle quali si fondano le affermate violazioni del diritto ad un equo processo (art. 6,1 della CEDU) e del diritto a non essere giudicati o puniti due volte per lo stesso fatto (art. 4 del Protocollo n.7 della stessa Convenzione europea dei diritti dell'uomo) sono radicate nell'ormai consolidato orientamento delle Corti europee che offre una interpretazione "sostanzialistica" della natura penale delle norme di diritto interno, piuttosto che una qualificazione collegata al "*nomen*" di volta in volta utilizzato dai sistemi ordinamentali di riferimento. La Corte EDU, nella sentenza "Grande Stevens e altri c. Italia", rammenta la sua costante giurisprudenza (pronuncia "Engel e altri c. Paesi Bassi", 8 giugno 1976, 82, serie A n. 223), in base alla quale, al fine di stabilire la sussistenza di una «accusa in materia penale», occorre tener presente tre criteri (noti come criteri di Engel): 1) la qualificazione giuridica della misura; 2) la natura della misura; 3) la natura e il grado di severità della «sanzione».

³⁹ *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, 15 dicembre 2011, n. 26766/05

stimone in udienza. *In primis* occorre valutare se sia necessario acquisire le dichiarazioni precedentemente rese dal testimone. Secondariamente, le autorità nazionali devono compiere ogni attività possibile per assicurare la presenza del teste in udienza per ristabilire il contatto diretto con la fonte di prova, salvo casi eccezionali (tipicamente, nel caso di morte o in tema di ritorsioni). Emblematico è il recente caso sottoposto all'attenzione della Corte, che con la pronuncia *Lučić v. Croazia* del 27 febbraio 2014⁴⁰, afferma che l'acquisizione delle dichiarazioni rese in indagini preliminari dalla persona offesa dal reato di violenza sessuale, poi non comparsa, seppur regolarmente citata in udienza, ha violato il diritto a un equo processo, poiché, nel caso di specie, non vi era motivo di non sentire la vittima in udienza e poiché non sono state adottate garanzie procedurali volte a bilanciare la lesione al diritto di difesa derivante dall'impossibilità di interrogarla o farla interrogare. L'utilizzabilità delle dichiarazioni unilaterali a carico deve costituire una *extrema ratio* in quanto all'imputato deve essere consentito di valutare la veridicità e l'attendibilità di quanto dichiarato dal testimone, tramite l'escussione orale dello stesso in sua presenza, al momento in cui sono state rilasciate le dichiarazioni o in una fase successiva del procedimento. Inoltre, in base alla regola "*sole or decisive*", quando una condanna si basa unicamente o in modo decisivo sulla rivalutazione delle dichiarazioni rese da un testimone che la difesa non ha avuto modo di interrogare o far interrogare, ne deriva in ogni caso una lesione dei diritti difensivi, così come da risalente e consolidata giurisprudenza - *Bricmont v. Belgio* 1989⁴¹ - se il pregiudizio così arrecato alla difesa non sia stato efficacemente controbilanciato da elementi sufficienti ovvero da solide garanzie procedurali in grado di assicurare l'equità della vicenda processuale *in toto*. La parola "*decisive*" deve intendersi quale prova di rilevanza tale da determinare verosimilmente l'esistenza del processo. Qualora tali dichiarazioni siano corroborate da altri elementi, ai fini di stabilirne la decisività, occorre valutare la rilevanza di questi ultimi: più saranno rilevanti, meno sarà probabile che le dichiarazioni siano considerate decisive. Tale regola non deve essere utilizzata in modo rigido e restrittivo, dal momento che l'art. 6 impone di verificare la complessiva equità della procedura e la decisività in parola della prova rivalutata *ex actis* non si traduce nell'accezione di prova unica o principale - *main evidence* - di cui si lamenta la rivalutazione rispetto al giudizio di prime cure ai fini della giustificazione della sentenza di condanna in appello. Le singole ed eterogenee prove non possono essere, *sic*

⁴⁰ *Lučić v. Croazia*, 27 febbraio 2014, n. 5699/11

⁴¹ *Bricmont v. Belgio*, 7 giugno 1989, n. 158

et simpliciter, singolarmente soppesate e bilanciate tra loro⁴². Come noto, in realtà, la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali non solo non manifesta in alcuna guisa l'uso di termini o perifrasi che alludano al concetto di decisività della prova, ma, più in generale, appare priva di qualsiasi indicazione relativa a criteri che guidino i giudici nazionali nell'opera di ammissione delle fonti conoscitive. Il testo dell'art. 6 è concepito nella forma non già delle regole, ma delle disposizioni di principio, da cui la Corte di Strasburgo trae le *guidelines* sulla cui scorta decide, creando una giurisprudenza «casistica, legatissima al caso concreto»⁴³. Solo nella pronuncia *Kostovsky v. Paesi Bassi*, del 20 novembre 1995⁴⁴ il concetto di prova «unica o determinante» appare, in effetti, adoperato con costanza d'intendimenti. Secondo un modulo divenuto successivamente costante nell'opera della Corte, all'interno della decisione *Kostovsky c. Paesi Bassi* i giudici europei operano una verifica sulla complessiva equità del procedimento,⁴⁵ e il concetto in parola appare adoperato tutte le volte in cui i ricorrenti invocano la violazione delle regole dell'equo processo afferenti alla prova: in particolare, il diritto di difendersi personalmente o ad avere l'assistenza di un difensore di propria scelta durante la fase istruttoria, ovvero, ancora, il diritto

⁴² DANIELE, *Regole di esclusione della prova e giurisprudenza della Corte europea: profili di potenziale conflitto*, in *Giurisprudenza europea e processo penale*, a cura di Balsamo, Kostoris, Torino, 2008, 383. Sulle insidie del concetto di decisività cfr. CAPONE, *Il principio di decisività dei vizi della sentenza nel controllo della Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2004, 1477 ss.

⁴³ Così ZAGREBELSKY, *Corte europea dei diritti dell'uomo e "processo equo"*, *Processo penale e giustizia europea, Atti del Convegno*, Torino, 26-27 settembre 2008, Milano, 2010, 14.

⁴⁴ Merita rievocare proprio i termini del caso *Kostovsky* contro *Paesi Bassi*; il ricorso era fondato su fatti processuali piuttosto chiari: accusato del delitto di rapina a mano armata sulla scorta di deposizioni rilasciate da due testi anonimi, dapprima innanzi al tribunale di Utrecht e poi davanti alla Corte d'appello di Amsterdam, il ricorrente era stato posto in condizione d'interrogare uno solo dei due testi, rimasti, peraltro, entrambi anonimi, e i due istruttori che avevano registrato i rispettivi *dicta*. La Corte e.d.u. rilevava, *in primis*, come tutte le volte in cui la difesa ignori l'identità dell'individuo da sottoporre a controesame, può vedersi privata delle delucidazioni che le consentirebbero di provare che il testimone è parziale, ostile o non degno di fiducia; nel caso specifico, dunque, la difesa si era, di fatto, trovata nella situazione di chi non possiede le informazioni che le avrebbero fornito il mezzo per controllare la credibilità del teste o per metterla in dubbio. Ma non solo: secondo la Corte, l'assenza in aula dei testi anonimi aveva certamente impedito ai giudici del merito di analizzare il loro comportamento durante l'interrogatorio e dunque di formarsi un'opinione affidabile sulla loro credibilità; l'altro teste anonimo risultava, peraltro, sentito solo ed esclusivamente dalla polizia.

⁴⁵ 7 Si tratta di notazione diffusa; v. di recente, CHIAVARIO, *La lunga marcia*, cit., 18; LA ROCCA, *La prova nell'ottica della giurisprudenza europea*, Gaito (diretto da), *La prova penale*, Vol. I, Torino, 2008, 161 e ss.; ZAGREBELSKY, *Il regime della prova dichiarativa nell'ambito della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Illuminati (a cura di), *Prova penale e Unione Europea*, Atti del Convegno "L'armonizzazione della prova penale nell'Unione Europea", Bologna, 18-19 aprile 2008, Bologna, 2009, 113 e ss. Sul punto, sempre in tempi recenti, si veda pure RUEDIN, *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme: procédure, obligations des Etats, pratique et réforme*, Bruylant, 2009, 278.

di esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni avversari. In via di estrema sintesi può dirsi che, secondo una giurisprudenza europea ormai ventennale, la Corte dichiara l'esistenza di una violazione dell'art. 6 qualora un esame globale dei fatti processuali riveli che la condanna è stata fondata in misura esclusiva o anche solo decisiva su prove assunte in violazione di uno o più canoni dell'equo processo. In linea di massima, la Corte accerta preliminarmente che il procedimento considerato nel suo insieme, incluse le modalità di ammissione e acquisizione dei mezzi di prova, sia stato equo e che siano stati rispettati i diritti della difesa. In seguito, effettua tale vaglio d'insieme o attraverso lo *speculum* delle motivazioni delle sentenze di merito pronunziate nel procedimento sottoposto a controllo, oppure, come nella decisione del 19 ottobre 2006, *Majadallah v. Italia*⁴⁶, adotta una diversa modalità operativa, secondo cui il controllo è effettuato previa disamina di atti processuali che rivelino l'effettività del materiale conoscitivo adoperato dai giudici del merito. Dunque, è senz'altro da condividersi l'opinione di chi nota come - in assenza di un'esplicita indicazione di criteri adoperati dalla Corte per individuare la natura decisiva o determinante della prova "incriminata" - essa pare compiere «un'operazione di sottrazione, testando la resistenza del materiale probatorio restante»⁴⁷, operazione effettuata talora esclusivamente sulla motivazione della sentenza di condanna, talaltra sugli atti processuali. Sulla base delle ultime pronunce dei giudici di Strasburgo, pertanto, è da ritenere, in linea generale, obbligatoria e conforme allo Statuto Convenzionale della Corte, la rinnovazione di qualsiasi apporto dichiarativo del compendio probatorio, che muti segno a seguito dell'attività logico-ricostruttiva del giudice di seconde cure e che abbia avuto un ruolo decisivo sulla sentenza di condanna, così come ribadito da ultimo nella sentenza *Kostecki v. Polonia* del 4 giugno 2013⁴⁸. Nell'ordinamento interno, la Suprema Corte di Cassazione, in caso di *reformatio in peius* di una sentenza assolutoria in condanna, ha dapprima preveduto un obbligo in capo al collegio di seconde cure di "motivazione rafforzata"⁴⁹: in sentenza, non ci si può limitare a prospettare una soluzione alternativa rispetto alla ricostruzione dei fatti accolta in primo grado, ma bisogna "confrontarsi con gli argomenti adottati a sostegno della prima deci-

⁴⁶ *Majadallah v. Italia* n. 62094/00; I due principali testi dell'accusa non si erano presentati in dibattimento e le testimonianze da loro rese alla polizia al momento dei fatti erano state lette ed utilizzate a termini dell'articolo 512 c.p.p.

⁴⁷ Così SELVAGGI, *Il valore probatorio delle dichiarazioni irripetibili*, Balsamo-Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 373 e ss., in particolare p. 378.

⁴⁸ *Kostecki v. Polonia*, 4 giugno 2013, n. 14932/09

⁴⁹ Cass., Sez. I, 16 dicembre 1994, n. 1381, cit.; Cass., Sez. I, 27 giugno 1995, n. 8009, cit.

sione, evidenziandone l'eventuale incongruenza e fornire una lettura del materiale probatorio scevra da ogni possibilità di dubbio⁵⁰"; poi, di recente, ha stabilito che l'eventuale riforma in senso peggiorativo della precedente sentenza, debba poggiare "su argomenti dirimenti e tali da evidenziare oggettive carenze o insufficienze della decisione assolutoria, che deve, quindi, rivelarsi, a fronte di quella riformatrice, non più sostenibile, nemmeno nel senso di lasciare in piedi residui ragionevoli dubbi sull'affermazione di colpevolezza⁵¹". Dunque, non basta, per la riforma di un'assoluzione, una mera diversa analisi del compendio probatorio, caratterizzata da una pari, o persino minore, plausibilità rispetto a quella riscontrata e sostenuta dal primo giudice. Si richiede che la valutazione di colpevolezza dispieghi una "forza persuasiva" più marcata, tale da far cadere quel ragionevole dubbio, in qualche modo intrinseco alla stessa situazione di contrasto tra le due decisioni. I *dicta* della giurisprudenza di Strasburgo, tuttavia, vengono sistematicamente neutralizzati dalla giurisprudenza interna della Corte di Cassazione, che, chiamata a misurarsi con l'eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 603 c.p.p., per contrasto con l'art. 117 Cost. e con l'art. 6, 1, C.e.d.u., nella parte in cui prevede l'obbligo di rinnovare l'istruttoria dibattimentale per una nuova audizione dei testimoni già escussi in primo grado nell'ipotesi in cui il giudice intenda ribaltare la sentenza di assoluzione dell'imputato, in più occasioni, ha ritenuto la questione manifestamente infondata. Secondo la più recente giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, invero, l'obbligo di rinnovare in appello la prova orale in caso di ribaltamento della sentenza assolutoria di primo grado sussiste soltanto nel caso in cui il giudice intenda rivalutare esclusivamente "l'attendibilità intrinseca"⁵² della dichiarazione orale decisiva- in senso stretto;

⁵⁰ Così, R. CANTONE, *La reformatio in peius in appello di una sentenza di assoluzione*, cit., 458.

⁵¹ *Rel. N. 18/13*, orientamento di giurisprudenza, Rif. Norm.: C.p.p. 533 - 593 - 606, cit., 14. Da ultimo, è opportuno segnalare un arresto sempre della medesima sezione della Corte, Sez. VI, n. 8705 del 24 gennaio 2013, dep. 21 febbraio 2013, Rv. 254113 secondo cui "Nel giudizio di appello, in assenza di mutamenti del materiale probatorio acquisito al processo, la riforma della sentenza assolutoria di primo grado, una volta compiuto il confronto puntuale con la motivazione della decisione di assoluzione, impone al giudice di argomentare circa la configurabilità del diverso apprezzamento come l'unico ricostruibile al di là di ogni ragionevole dubbio, in ragione di evidenti vizi logici o inadeguatezze probatorie che abbiano minato la permanente sostenibilità del primo giudizio".

⁵² Cass., Sez. V, 5 luglio 2012, C.F. ed a., cit.; Id., Sez. VI, 26 febbraio 2013, C.M. ed a., cit.; Id., Sez. V, 25 settembre 2013, D.C.M. ed a., in *C.E.D. Cass.*, 257585; Id., Sez. II, 15 ottobre, 2013, C.R., *ivi*, 257502; Id., Sez. V, 16 ottobre 2013, C.A., *ivi*, 258945; Id., Sez. IV, 8 novembre 2013, S.A., *ivi*, 259127; Id., Sez. VI, 11 febbraio 2014, C.D.S., *ivi*, 259107. V., altresì, Id., Sez. II, 23 luglio 2014, in www.archiviopenale.it, secondo la quale l'obbligo di rinnovare la prova orale, subordinato alla necessità di rivalutare l'attendibilità intrinseca della dichiarazione resa in primo grado, deve trovare applicazione non soltanto nelle ipotesi in cui il diverso giudizio di attendibilità conduca ad un ribaltamento della sentenza assolutoria impugnata, ma anche nel caso in cui siffatto giudizio porti ad una sentenza di assoluzione pure in secondo grado, specialmente a fronte della presenza di parti private costituite parti

viceversa, qualora il giudice non modifichi il giudizio di attendibilità intrinseca della prova orale decisiva, limitandosi ad una rivalutazione delle dichiarazioni precedentemente rese basata su un diverso apprezzamento degli “altri elementi di prova” - cd. “attendibilità estrinseca” -, non vi è alcuna necessità di rinnovazione⁵³. Con questa soluzione, la Corte di Cassazione, introduce una artificiosa separazione tra il giudizio sull’attendibilità intrinseca della prova dichiarativa e il vaglio della stessa alla luce dell’apprezzamento di altri elementi probatori, secondo una visione statica e atomistica dell’attività valutativa della prova che, all’evidenza, risulta del tutto incompatibile con il principio cardine del processo penale, costantemente riconosciuto dalla stessa giurisprudenza di legittimità, in forza del quale il giudice è sempre tenuto a valutare unitariamente gli elementi di prova a sua disposizione al fine di attingere la verità processuale⁵⁴. I profili di criticità, della disciplina che ci occupa, sono evidenti soprattutto dopo il tentativo di riforma operato dalla L. n. 46 del 2006, la nota Legge Pecorella⁵⁵, soccombente di fronte alle declaratorie di il-

civili.

⁵³ Cass., Sez. IV, 8 novembre 2013, Stuppia, in *Mass. ull.*, n. 259127, che ha ritenuto legittimo il ribaltamento dell’assoluzione dal delitto di tentata concussione, senza un nuovo esame dell’offeso, «la riletture delle cui dichiarazioni era state legittimamente operata sulla base di altre prove testimoniali». Conf. Id., Sez. V, 1 gennaio 2013, Cava e altro, nota di SCACCIANOCE, *Riforma in pejus della sentenza di assoluzione senza rinnovare la prova orale*: una decisione che fa discutere, in relazione al caso in cui il giudice d’impugnazione «non proceda ad una mera rivalutazione delle dichiarazioni del teste, ma le apprezzi alla luce di ulteriori elementi trascurati dal primo giudice» (la Corte d’appello era pervenuta a ritenere la credibilità dell’offeso, avuto riguardo all’esito di altri procedimenti conclusi con condanne su denuncia dello stesso, e alla natura seriale delle richieste estorsive subite, tali da giustificare marginali defaillance mnemoniche tra i vari episodi); Id., Sez. V, 7 maggio 2013, Marchetti, in *Mass. ull.* n. 255580; Id., Sez. V, 16 ottobre 2013, *ivi*, n. 258945; Id., Sez. V, 20 novembre 2013, Basile, *ivi*, n. 257831. Nella medesima logica cfr. Id., Sez. II, 17 luglio 2013, Marotta, *ivi*, n. 255984, in relazione al caso - opposto ai precedenti - in cui le prove dichiarative siano «usate come riscontro ad una diversa interpretazione di altri elementi non aventi natura dichiarativa». Sez. V, 5 luglio 2012, n. 38085, Luperi e altri; Sez. II, 8 novembre 2012, n. 46065, Consagra; Sez. V, 11 gennaio 2013, n. 10965, Cava e altro; Sez. VI, 26 febbraio 2013, n. 16566, Caboni; Cass. pen., Sez. VI, 12 aprile 2013 in cui si legge in sentenza infatti: solo 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 a raccogliere nuovamente la prova innanzi a se per poter operare una adeguata valutazione di attendibilità”.

⁵⁴ V. Cass., Sez. VI, 3 novembre 1992, Musumeci, in *C.E.D. Cass.*, 192157; Id., Sez. VI, 5 settembre 1996, Cotoli, *ivi*, 206131; Id., Sez. III, 11 maggio 2010, P.D., *ivi*, 247644; Id., Sez. I, 14 marzo 2010, B.D., *ivi*, 246935; Id., Sez. I, 17 maggio 2011, M.S., *ivi*, 250244.

⁵⁵ In questo senso v., in dottrina TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 ss.

⁵⁶ Per analisi approfondite della riforma *de qua*, si vedano: *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la “legge Pecorella”*, a cura di GAITO, Torino, 2006, 62 ss.; *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, a cura di Bargis, Caprioli, Torino, 2007, 117.

legittimità della Corte Costituzionale⁵⁶. Il legislatore ha codificato il principio *in dubbio pro reo*⁵⁷, che ricalca fedelmente la formula anglosassone riassunta nel noto acronimo BARD (*Beyond any Reasonable Doubt*)⁵⁸, stabilendo, all'art. 533, comma 1, c.p.p., che “il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato al di là di ogni ragionevole dubbio”. La valenza del principio *de quo* da regola del trattamento della libertà dell'imputato si traduce in regola probatoria e di giudizio⁵⁹ stabilita sia dall'art. 66, che dall'art. 67 dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale. La L. 46/2006 riscrive l'art. 593 c.p.p., limitando il potere d'appellabilità delle sentenze di proscioglimento da parte del p.m. alle sole ipotesi descritte dall'art. 603, comma 2, c.p.p. in caso, cioè, di sopravvenienza o scoperta di nuove prove decisive. La “preclusione” dell'impugnazione del p.m. è, in realtà, la logica giustificazione della regola del BARD. Si è voluto impedire che il giudice d'appello traesse esclusivamente dagli atti probatori direttamente espletati in prime cure, il convincimento al di là di ogni ragionevole dubbio della colpevolezza dell'imputato, in ragione del fatto che la prova di reità può

⁵⁶ Corte cost., sent. n. 26 del 2007 ha eliminato l'art.1 legge n. 46 del 2006 nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 c.p.p., escludeva l'appellabilità per il p.m. delle sentenze di proscioglimento, fatta eccezione per le ipotesi di nuova prova decisiva; la successiva sent. n.32 del 2007, ha espunto l'art.2 legge n.46 del 2006 nella parte in cui, modificando l'art. 443, co. 1, c.p.p., escludeva, sempre per il p.m., l'appellabilità delle sentenze di proscioglimento emesse a seguito del giudizio abbreviato; la sent. n.85 del 2008 ha dichiarato l'illegittimità dell'art.1 legge n.46 del 2006, nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 c.p.p., escludeva in danno dell'imputato l'appellabilità delle sentenze di proscioglimento relative ai reati diversi dalle contravvenzioni punite con la sola pena dell'ammenda o con pena alternativa, fatta eccezione per le ipotesi previste dall'art. 603 c.p.p., in presenza di una prova decisiva.

⁵⁷ Si veda C.CONTI, *Al di là del ragionevole dubbio*, cit., 87 ss. Per quanto riguarda lo standard probatorio dell' “oltre ogni ragionevole dubbio” e sul suo controllo in Cassazione, interessante è la trattazione fattane da F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 427 ss. e 498 ss.

⁵⁸ Nella giurisprudenza della Corte Suprema degli U.S.A la *ratio* del principio è incontrovertita, e rappresenta l'altra faccia della presunzione di innocenza. *McKinley*, 1817: «questa presunzione si trova in tutti i codici che abbiano come fondamento la ragione, la religione e l'umanità. E' una massima che deve essere scritta a caratteri indelebili nel cuore di ogni giudice e uomo di legge. Per superarla, ci deve essere la prova legale della colpevolezza, che può dar luogo ad un giudizio di condanna solo sulla base di una certezza assoluta». *Collin*, 1895: «il principio secondo il quale c'è una presunzione di innocenza a favore dell'accusato è una legge elementare ed assiomatica, e la sua applicazione è alla base dell'amministrazione della nostra legge penale».

⁵⁹ PISANI (*Sulla presunzione d'innocenza e presunzione di non colpevolezza*, 1965): «per giungere alla condanna occorre provare, al di là di ogni ragionevole dubbio, il contrario di quanto è garantito dalla presunzione costituzionale, la quale pertanto impone, anzi sollecita, un bisogno di certezza». ILLUMINATI, (*La presunzione d'innocenza dell'imputato*, 1989): «la presunzione d'innocenza come regola di giudizio va [...] collegata alla struttura del processo e, in particolare, alla tecnica di accertamento del fatto. La sua completa realizzazione imporrebbe un sistema di tipo accusatorio, nel quale sia escluso che l'imputato debba dimostrare la propria innocenza, essendo l'organo dell'accusa tenuto a fornire la piena prova della colpevolezza. In caso di dubbio il giudice potrà solo prosciogliere, senza che a carico del proscioltto residuino conseguenze negative di alcun genere».

emergere solamente da una sede nella quale siano stati osservati il contraddittorio e i suoi corollari di immediatezza e oralità⁶⁰. Le disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, così come interpretate dalla giurisprudenza dei giudici di Strasburgo, si impongono, ormai, nell'ordinamento italiano con forza cogente. Attraverso il meccanismo di adattamento, di cui all'art. 117 Cost., hanno il rango di norme interposte, parametro di legittimità costituzionale delle norme di diritto interne, di guisa che il giudice dello Stato membro deve applicarle secondo una interpretazione non solo costituzionalmente conforme, ma anche convenzionalmente orientata⁶¹. Si segnala, altresì, in materia di esecuzione, la pronuncia *Raffaelli*⁶² in cui si sostiene che il giudice dell'esecuzione abbia il potere di dichiarare l'inefficacia del giudicato nel caso in cui debba darsi esecuzione ad una sentenza della C.e.d.u. che abbia accertato l'avvenuta violazione del diritto all'equo processo nell'emissione della pronuncia di condanna, nonché la giurisprudenza⁶³ formatasi a seguito della sentenza della Grande Chambre della C.e.d.u. nel caso *Scoppola v. Italia*⁶⁴. Inoltre, con l'apertura alla firma del Protocollo n.16 alla C.e.d.u. del 2 ottobre 2013, sottoscritto dall'Italia, che introduce sullo schema del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE, una nuova competenza consultiva della Corte⁶⁵, restano molteplici gli interrogativi sulle nuove strade del dialogo fra Corti nazionali e sovranazionali, all'interno di una dimensione sovranazionale, universalistica e multilivello di tutela del *fair trial* nel contesto culturale dello spazio giuridico euro-

⁶⁰ Secondo T.PADOVANI, *Il doppio grado di giurisdizione. Appello dell'imputato, appello del P.M., principio del contraddittorio*, cit., 4030, nel giudizio di secondo grado non si assicurava il contraddittorio nella formazione della prova (art. 111, comma 4, Cost.). Il fatto che il difetto di tale garanzia fondamentale si realizzasse a seguito dell'iniziativa unilaterale del pubblico ministero con la proposizione dell'appello - rispetto alla quale l'imputato si trovava in posizione di mera soggezione - non si conciliava con l'art. 111 Cost., nella parte in cui stabilisce che il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova.

⁶¹ MARONE, *La CEDU da parametro di legittimità costituzionale della legge a fonte concorrente con la Costituzione*, nota a Corte cost., sent. 10 dicembre 2013, 313, www.giurcost.org. Corte cost., n. 1 e n. 113 del 2011; Corte cost., n. 80 del 2011; Corte cost., n. 93, n. 138, n. 187 e n. 196 del 2010; Corte cost., n. 239, n. 311 e n. 317 del 2009; Corte cost., n. 39 del 2008.

⁶² Raffaelli, Sez. I, n. 6559 del 18 gennaio 2011, Rv. 249328

⁶³ Gelsomino, Sez. I, n. 5134 del 11 gennaio 2012, Rv. 251857; Lombardi, Sez. I, n. 23931 del 17 maggio 2013, Rv. 256257

⁶⁴ Scoppola v. Italia, n. 10249/03 del 17 settembre 2009

⁶⁵ Con l'introduzione della nuova competenza consultiva della corte EDU - estrinsecantesi nella facoltà per i giudici interni di richiederle un parere su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli - i giudici di Strasburgo potranno essere coinvolti, infatti, prima ancora dell'esaurimento dell'iter giurisdizionale interno, per emettere un parere non vincolante nell'ambito di un giudizio nazionale pendente, allo scopo di offrire all'Autorità giurisdizionale richiedente uno strumento teso ad evitare possibili violazioni delle disposizioni convenzionali.

ARCHIVIO PENALE 2015, n. 2

peo, profilandosi l'urgenza del pieno adeguamento agli *standards* sovranazionali attraverso concrete modifiche legislative del sistema delle impugnazioni penali in generale e dell'appello in particolare.