

Prova in appello

Una ventata di «legalità probatoria» nel giudizio di seconda istanza

Caterina Scaccianoce

La decisione

Appello - Rinnovazione dell'istruzione dibattimentale - Necessità della rinnovazione della prova dichiarativa - Riforma *in peius* - Poteri istruttori *ex officio* (C.e.d.u., art. 6; Cost., artt. 24, 111; C.p.p., art. 603).

Una volta che il giudice di primo grado abbia ritenuto non necessario assumere tutte le prove a difesa in quanto l'assunzione di una parte di esse è ritenuta sufficiente per giungere a sentenza assolutoria, la Corte d'appello deve prestare la massima attenzione alle garanzie difensive allorché intenda valutare le medesime prove in senso sfavorevole all'imputato. Il rovesciamento del giudizio circa l'attendibilità dei testimoni della difesa deve essere sostenuto da elementi pressoché incontrovertibili e non dovrebbe mai essere effettuato evidenziando incoerenze o contrasti sui quali l'esame in primo grado non si è sviluppato. La Corte d'appello in tal modo opera, infatti, una valutazione negativa di attendibilità senza che i testimoni siano stati chiamati a spiegare le imprecisioni o i contrasti di cui vengono rimproverati nel secondo giudizio e senza che siano stati richiesti di chiarire i punti che la Corte di appello ritiene controversi. [...] [...] pur in assenza di espressa richiesta di nuovo esame dei testimoni da parte dell'imputato, "il giudice del ricorso [è] tenuto ad adottare d'ufficio misure positive a tale scopo [...]".

CASSAZIONE PENALE, TERZA SEZIONE, 9 luglio 2013 (dep. 15 ottobre 2013), FIALE, *Presidente* - MARINI, *Relatore* - Fraticelli, *P.G.* (diff.) - P.S., *ricorrente*.

Il commento

1. Ancora una volta, la Suprema Corte, in conformità alla richiamata giurisprudenza della Corte e.d.u., pone l'accento sulla necessità dell'assunzione della prova orale in appello nella ipotesi in cui il giudice intenda apprezzarne diversamente l'attendibilità e, sulla base del nuovo apprezzamento, ribaltare

l'esito assolutorio di primo grado (*idem*: Cass., Sez. VI, 12 aprile 2013, Carboni, in *Mass. Uff.*, n. 254623; in termini analoghi, ancorché il procedimento di primo grado era stato definito con il rito abbreviato, Cass., Sez. III, 29 novembre 2012, R., in *Mass. Uff.*, n. 254850; sulla necessità della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, Cass., Sez. VI, 18 febbraio 2013, Baccouche Abderazak, in *Giur. it.*, 2013, 1916, con nota di SCACCIANOCE, *Sulla prova in appello: ancora una lettura del giudizio di seconda istanza quale novum iudicium*).

Il giudice di legittimità, nel caso di specie, rimprovera alla Corte d'appello di avere operato una valutazione negativa di attendibilità dei testimoni della difesa, rilevandone incoerenze e contrasti, senza, tuttavia, chiamare i medesimi testimoni a spiegare le imprecisioni riscontrate. Tale grave omissione ha, secondo la Cassazione, reso gli esami «*incompleti e parziali e, come tali, non suscettibili di trasformarsi in elemento positivo che smentisce la versione difensiva che il primo giudice ha ritenuto, invece, fondata anche sulla base delle medesime dichiarazioni che egli ha giudicato sufficienti per escludere la responsabilità*». Ne consegue che la Corte d'appello è incorsa in «*una violazione del diritto dell'imputato alla prova*», operando «*una compressione delle corrette procedure di accertamento dei fatti*».

2. A prima lettura emerge in modo chiaro la direzione garantistica che ha impresso la Corte di cassazione, viaggiando sul binario di legalità probatoria di recente inaugurato dalla giurisprudenza europea con la nota sentenza 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, alla quale sono seguite altre pronunce dello stesso tenore (Corte eur. dir. uomo, 21 settembre 2010, Marcos Barrios c. Spagna; Id., 27 novembre 2007, Popovici c. Moldavia; da ultimo Id., 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania), tutte volte ad assicurare le garanzie soggettive dell'imputato nei giudizi di merito successivi a quello di primo grado. Per la Corte e.d.u., infatti, «*il secondo giudice non può condannare per la prima volta l'imputato, assolto nel primo giudizio, senza compiere una valutazione diretta delle prove dichiarative sulle quali ritenga di fondare la colpevolezza*», sicché «*la condanna pronunciata nei confronti del ricorrente senza che egli sia stato sentito personalmente dai giudici di appello e di ricorso e in assenza di audizione dei testimoni, quando il ricorrente era stato assolto in primo grado, non soddisfa le esigenze di un processo equo*». A sostegno del principio di immediatezza, poi, l'Autorità sovranazionale afferma come «*coloro che hanno la responsabilità di decidere sulla colpevolezza o l'innocenza degli accusati [debbano] in linea di principio essere in grado di sentire i testimoni e di valutare la loro attendibilità in prima persona*», in quanto «*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».

3. Con un approccio attento alle predette sollecitazioni interpretative della Corte e.d.u. sul delicato tema del diritto alla prova in appello, la Cassazione nella pronuncia in esame, sembra, dunque, abbandonare la concezione tradizionale del giudizio di seconda istanza come giudizio *ex actis*, consegnato alla stregua di una mera revisione della valutazione probatoria compiuta dal primo giudice, inquadrandolo piuttosto in una logica assimilabile a quella che sta a base del giudizio di primo grado, vale a dire nella logica dell'accertamento (attribuiscono all'appello natura di nuovo giudizio nel merito, sia pure con diverse sfumature, BARGI, *La rinnovazione istruttoria in appello tra potere discrezionale del giudice e diritto alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 82 ss.; CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Torino, 2009, pp. 102 ss.; GAITO, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, in *questa Rivista*, 2012, 456, che rileva come sia possibile dall'esaltazione del diritto alla prova contraria previsto dall'art. 111 Cost. pretendere un vero e proprio *novum iudicium* in secondo grado); GRASSI, NUNZIATA, in *Il processo. Tempi e scopi. Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata*, in *Dir. giust.*, 2004, suppl. al n. 29, 82 ss.; GUALTIERI, *Il secondo grado di giudizio: ambito e limiti*, in *Le impugnazioni penali: evoluzione o involuzione? Controlli di merito e controlli di legittimità*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale, Palermo, 1-2 dicembre 2006, 2008, pp. 245 ss.; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2009, pp. 667 ss.; SPANGHER, *Appunti per un ripensamento del giudizio d'appello*, in *Dir., pen. proc.*, 1996, 623 ss.).

Il giudice di legittimità pare, infatti, ragionare postulando un appello con funzione di "nuovo giudizio", scaturito dalla rinnovazione, o anche dalla mera rivalutazione, del quadro probatorio; *id est*: un giudizio deputato all'esercizio del diritto alla prova nel contraddittorio delle parti. Ciò è desumibile dalla specifica censura che la Corte di cassazione muove ai giudici di secondo grado afferente alla riscontrata «compressione delle corrette procedure di accertamento dei fatti». Non di poco conto i corollari che seguono a tale impostazione, primo fra tutti la necessità che a presidio delle corrette procedure di accertamento nel giudizio di appello vi siano i principi del giusto processo. Se, infatti, anche in appello la funzione di *ius dicere* postula un nuovo accertamento destinato a sostituire quello sottoposto al controllo, non v'è dubbio che la seconda decisione debba essere il frutto di una nuova valutazione della piattaforma probatoria, se necessario ampliata attraverso la sua rinnovazione,

purché suggellata da quella “legalità probatoria” propria del giudizio di primo grado secondo cui le parti devono assumere un ruolo attivo e centrale nella formazione della prova.

Dunque, piena esaltazione della dialettica tra le parti, intesa quale espressione di garanzia e di funzionalità del procedimento probatorio, allorché il giudice d’appello intende condannare per la prima volta l’imputato sulla base degli stessi elementi valutati dal primo giudice.

In particolare, la Corte ha voluto rimarcare come il giudice d’appello debba prestare la massima attenzione alle garanzie difensive allorché intenda valutare le medesime prove in senso sfavorevole all’imputato. E massima attenzione alle garanzie difensive vuole dire assicurare alle parti il diritto alla prova, garantendo loro gli spazi dialettici necessari affinché tutti gli elementi probatori utilizzati dal giudice per la decisione siano discussi in contraddittorio. Con la conseguenza che, nel secondo giudizio, il nuovo accertamento, oltre a dovere essere “partecipato”, deve essere ricamato su un tessuto di principi probatori che mettano le parti in condizione di potere controllare l’attività conoscitiva del giudice (v., per tutti, R. ORLANDI, *L’attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in P. Ferrua, F. M. Grifantini, G. Illuminati, R. Orlandi, *La prova nel dibattimento penale*, Milano, 2010, 10). Il che può verificarsi soltanto se ogni tema di indagine sul quale il giudice intenda fondare la propria decisione formi, o ri-formi, oggetto di dibattito tra le parti. D’altronde, il principio dispositivo della prova, invocato nella sentenza in commento come un principio che va garantito all’imputato anche nel grado di appello, postula una tecnica probatoria improntata alle regole della dialettica, che impongono la partecipazione delle parti alla formazione del materiale di prova davanti a un giudice terzo e imparziale.

Nel caso di specie, la Corte di cassazione sottolinea come il rovesciamento del giudizio circa l’attendibilità dei testimoni della difesa «*non dovrebbe mai essere effettuato evidenziando incoerenze o contrasti sui quali l’esame in primo grado non si è sviluppato*», onde la necessità della ripetizione della prova orale al fine di chiarire i punti assunti come controversi; rilevando, altresì, come «*tale modo di procedere [escluda] dal novero delle fonti di prova i testimoni che il primo giudice ha ritenuto superflui rispetto a conclusioni favorevoli all’imputato che egli giudicava già accertate sulla base delle prove raccolte*».

Quando la prospettiva è quella di ribaltare l’esito assolutorio dei primi giudici, pertanto, la rinnovazione della prova orale si erge a perno probatorio attorno al quale deve svilupparsi il nuovo accertamento, anche se basato su una nuova e diversa valutazione dei medesimi elementi di prova sui quali il giudice di

primo grado aveva fondato la pronuncia assolutoria.

Ma la Corte di cassazione pare essersi spinta oltre, invocando, a fronte dell'inerzia delle parti, l'obbligo di attivazione *ex officio* dei poteri istruttori. Il giudice, quindi, anche in assenza di una richiesta esplicita proveniente dalle parti, è tenuto a disporre la ripetizione della prova orale, se intende valutarla *contra reum*.

Tale passaggio della decisione in esame assume particolare rilievo in quanto pare rafforzare il principio probatorio enunciato. Se le parti restano inerti, vuoi perché non legittimate a presentare appello avverso la decisione loro favorevole, come nel caso di specie, vuoi perché semplicemente non hanno chiesto la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, sarà il giudice a sopprimere alle lacune probatorie attraverso l'attivazione dei poteri istruttori a lui riconosciuti affinché possa decidere (per tutte, Cass., Sez. un., 6 novembre 1992, Martin, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 822; Id., Sez. un., 17 ottobre 2006, Greco, in *Cass. pen.*, 2008, 1087; nonché, Corte cost., n. 111 del 1993, in *Giur. cost.*, 1993, 901 e Id., n. 73 del 2010, *ivi*, 2010, 833). Anche su tale punto i giudici della cassazione richiamano alcuni segmenti della decisione della Corte e.d.u. 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania, nei quali, elevata a garanzia di un processo equo la possibilità per l'imputato di confrontarsi con un testimone in presenza del giudice chiamato a decidere in ultima istanza sull'accusa, si afferma come, pur in assenza di espressa richiesta di nuovo esame dei testimoni da parte dell'imputato, «*il giudice del ricorso [sia] tenuto ad adottare d'ufficio misure positive a tale scopo, anche se ciò non era stato espressamente richiesto dal ricorrente*».

Il giudice diventa così attore sulla scena probatoria senza tuttavia pregiudicare la sua imparzialità: davanti a uno spettro decisorio lacunoso, il giudice pur imparziale sarebbe costretto a pronunce parziali (CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, Milano, 2007, 166 ss.; BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Torino, 2006, 157 ss.).

Invocare l'intervento istruttorio *ope iudicis* sembra quasi volere denunciare l'inevitabile *deficit* dialettico che viene a prospettarsi nel contesto esaminato, ove, secondo la Corte di cassazione, il diritto di difesa subisce una forte limitazione, rimediabile, appunto, attraverso il potere eccezionale riconosciuto al giudice che si sviluppa entro il *petitum* fissato, nell'ambito, quindi, dell'attività probatoria già condotta dalle parti. Laddove riscontri gravi incompletezze è tenuto a colmarle, in quanto responsabile della giusta decisione. Non sia invadente, come vuole l'atavismo inquisitorio, né fatalisticamente immobile, fino a inghiottire premesse incomplete o false! (CORDERO, *Procedura penale*,

Milano, 2006, 948).

In definitiva, non v'è dubbio che la pronuncia in commento merita un plauso: la logica di accertamento invocata dal giudice di legittimità, enunciando una nuova ventata di «legalità probatoria», pone, infatti, le premesse fondamentali affinché la necessità della prova orale in appello, in caso di riforma *in peius*, assurga a regola probatoria per una decisione di secondo grado “giusta”.

4. Non può, tuttavia, ignorarsi come nel panorama giurisprudenziale si registrino pronunce di segno contrario, sicuramente scoraggianti, ma delle quali è bene dare conto, in quanto la necessità della rinnovazione della prova orale nell'ipotesi esaminata sembra seguire a essere una questione controversa.

Una parte della giurisprudenza, infatti, sostiene che, per potere ribaltare l'esito favorevole della prima decisione, il compito della corte d'appello sarebbe quello di dissipare in modo compiuto i dubbi sulla colpevolezza dell'imputato ragionevolmente rilevati dal primo giudice, sicché l'organo giudicante potrà limitarsi a fornire una lettura logica e corretta degli elementi probatori palesemente travisati dal giudice *a quo* (Cass., Sez. IV, 6 dicembre 2012, Bifulco, in *Mass. Uff.*, n. 254950), purché la nuova valutazione abbia una «forza persuasiva superiore, tale da far venire del tutto meno quella situazione di “ragionevole dubbio”, in qualche modo intrinseca alla stessa esistenza del contrasto» (Cass., Sez. VI, 13 gennaio 2012, C. M. e altri, *inedita*; Cass., Sez. II, 10 luglio 2013, Marchi e altri, *inedita*, dove si afferma che, se la decisione del giudice si basa su un diverso apprezzamento di conversazioni telefoniche oggetto di intercettazione, questi, per riformare *in peius* una sentenza di assoluzione, non è obbligato a rinnovare la prova dichiarativa assunta in primo grado).

Si tratta, a ben vedere, di un orientamento che consente all'organo giurisdizionale di emettere per la prima volta una sentenza di condanna in seconda istanza sulla base della sola e diversa lettura degli atti probatori già formati, assicurando un pallido “contraddittorio sulla prova”, attestato come sufficiente per un giudizio, quello di secondo grado, nel quale si ritiene che il giudice debba limitarsi a controllare la giustizia della decisione impugnata (attribuiscono al giudizio di appello una funzione di mero controllo della decisione di primo grado, tra i tanti, BARGIS, *Impugnazioni*, in Conso, Grevi, *Compendio di procedura penale*, IV ed., Padova, 2008, pp. 852 ss.; MENNA, *Il giudizio d'appello*, Napoli, 1995, pp. 112 ss.; PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio di appello*, Padova, 1995, pp. 182 ss.). In linea con tale impostazione si è di recente affermato come il giudice d'appello «[possa] rivalutare il mate-

*riale probatorio a sua disposizione, in particolare le dichiarazioni della persona offesa, apprezzandone l'attendibilità alla luce di ulteriori elementi trascurati dal primo giudice», senza alcun obbligo di rinnovarne l'assunzione (Cass., Sez. V, 11 gennaio 2013, Cava e Rainone, in questa Rivista (www.archiviopenale.it), con nota critica di SCACCIANOCE, *Riforma in peius della sentenza di assoluzione senza rinnovare la prova orale: una decisione che fa discutere*).*

Il predetto assunto fa affiorare l'equivoco in cui si imbattono coloro che, ostinandosi a qualificare attività di critica una cognizione che può estendersi a trecentosessanta gradi, finiscono con il trascurare la circostanza secondo cui la ricostruzione compiuta dalla corte d'appello, trasformandosi da strumento per la critica a «*mezzo funzionale alla nuova decisione*», prospettano un giudice di secondo grado al quale è concesso di entrare nel merito dei fatti per verificare la giustizia della decisione impugnata, con l'opzione di potere esorbitare dal presunto raggio d'azione, ri-accertando quei fatti (CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, cit., p. 75).