

## Giudizio di appello

### Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello

L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative  
quando il p.m. impugna l'assoluzione

Alfredo Gaito

#### La decisione

**Decisione – Testimoni dell'accusa non ascoltati direttamente dalla Corte d'appello – Riforma dell'assoluzione – Violazione delle regole del giusto processo (C.e.d.u., art. 6).**

*Quando impugnante è il p.m. contro una sentenza assolutoria, il giudice d'appello non può riformare la sentenza e pronunciare condanna senza avere assunto nuovamente in contraddittorio le prove dichiarative "disponibili" a carico dell'imputato.*

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, TERZA SEZIONE, 5 luglio 2011 (c.c. 14 giugno 2011) - CASADEVALL, *Presidente* – Dan contro Moldavia.

#### Il commento

1. Con sentenza 5 luglio 2011, Dan contro Moldavia, la Corte europea sembra avere imposto di rendere generalizzata, nei giudizi di appello a seguito di impugnazione del p.m. contro le sentenze di assoluzione, la pratica della celebrazione del secondo grado di giudizio di merito con rinnovazione integrale delle prove in pienezza di contraddittorio e con il metodo della oralità nel rispetto del principio di immediatezza, posto che la elaborazione del materiale decisorio nella dialettica delle parti ed al cospetto del giudice funzionalmente investito del giudizio è uno dei requisiti fondamentali e irrinunciabili del giusto processo.

Significativamente, a livello europeo si è stabilito che «*30. The Court reiterates that the manner of application of Article 6 to proceedings before courts of appeal depends on the special features of the proceedings involved; account must be taken of the entirety of the proceedings in the domestic legal order and of the role of the appellate court therein. (see Botten v. Norway, 19 February 1996, § 39, Reports 1996I). Where an appellate court is called upon to examine a case as to the facts and the law and to make a full assessment of the question of the applicant's guilt or innocence, it cannot, as a matter of*

*fair trial, properly determine those issues without a direct assessment of the evidence (see Popovici v. Moldova, nos. 289/04 and 41194/04, § 68, 27 November 2007; Constantinescu v. Romania, no. 28871/95, § 55, ECHR 2000-VIII and Marcos Barrios v. Spain, no. 17122/07, § 32, 21 September 2010)».*

*Invero, «31. Turning to the facts of the present case, the Court notes that the main evidence against the applicant was the witness statements to the effect that he solicited a bribe and received it in a park. The rest of the evidence was indirect evidence which could not lead on its own to the applicant's conviction (see paragraphs 13 and 15 above). Therefore the witness testimonies and the weight given to them were of great importance for the determination of the case.*

*32. The first-instance court acquitted the applicant because it did not trust the witnesses after having heard them in person. In re-examining the case, the Court of Appeal disagreed with the first-instance court as to the trustworthiness of the accusation witnesses' statements and convicted the applicant. In so doing the Court of Appeal did not hear the witnesses anew but merely relied on their statements as recorded in the file».*

Nell'occasione qui segnalata, la Corte europea ha stabilito con fermezza come e perché «33. *Having regard to what was at stake for the applicant, the Court is not convinced that the issues to be determined by the Court of Appeal when convicting and sentencing the applicant - and, in doing so, overturning his acquittal by the first-instance court - could, as a matter of fair trial, have been properly examined without a direct assessment of the evidence given by the prosecution witnesses. The Court considers that those who have the responsibility for deciding the guilt or innocence of an accused ought, in principle, to be able to hear witnesses in person and assess their trustworthiness. The assessment of the trustworthiness of a witness is a complex task which usually cannot be achieved by a mere reading of his or her recorded words*», evidenziando in particolare che «*Of course, there are cases when it is impossible to hear a witness in person at the trial because, for example, he or she has died, or in order to protect the right of the witness not to incriminate him- or herself (see Craxi v. Italy (no. 1), no. 34896/97, § 86, 5 December 2002)*».

Per conseguenza, s'è deliberato in chiave di metodo che se e quando la prova dichiarativa incarna l'unica prova a carico ovvero l'elemento accusatorio prevalente, la impostazione tradizionale come controllo *ex actis* del procedimento di impugnazione in generale non può essere considerata quale circostanza idonea a giustificare una deroga al vincolante principio in tema di pienezza della difesa secondo il metodo della oralità e del contraddittorio in tutti i pro-

cedimenti di appello instaurati dal p.m. il quale abbia impugnato la sentenza assolutoria pronunciata dal giudice di primo grado.

2. A prima lettura, senza pretesa di completezza.

La celebrazione di giudizi di secondo grado con controllo esclusivamente o prevalentemente cartolare (con la rinnovazione istruttoria ancora relegata ad ipotesi marginali discrezionalmente rimesse agli umori della Corte d'appello), al di fuori e senza tener conto dei parametri del giusto processo europeo, non può più essere intesa quale modulo standardizzato immutabile.

Di contro, si impone almeno il meccanismo della rinnovazione integrale di tutti gli apporti dichiarativi a carico già acquisiti in primo grado, su istanza del p.m. impugnante o del Procuratore generale ovvero dell'imputato che ne abbia interesse, dovendo altrimenti essere applicata la nuova regola di giudizio *ad excludendum* in forza della quale il giudice di appello non può riformare la sentenza di assoluzione pronunciata in primo grado, senza avere previamente disposto la rinnovazione in contraddittorio della prova orale disponibile. E di tanto il Legislatore e i giudici nostrani devono subito prendere atto, perché si tratta di una sorta di recupero per via giurisprudenziale degli effetti originari della «Legge Pecorella», spazzati via dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 26 del 2007.

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 controverso, al proposito, l'inciso «*because, for example, he or she has died*»; così come è denso di significato il richiamo alla persistente salvaguardia del diritto di non rispondere («*in order to protect the right of the witness not to incriminate him- or herself*») per i coimputati di reato connesso e soggetti equiparati. Per l'adeguamento allo *standard* europeo sulla effettività del diritto alla prova in appello qualcosa si può fare immediatamente, operando in modo elastico a livello esegetico.

Le cose si profilano abbastanza semplici per quanto riguarda i giudizi di appello non ancora sfociati nella riforma della sentenza assolutoria di primo grado, in quanto già adesso e senza scossoni per via interpretativa appare senz'altro possibile ammettere la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale

con la riassunzione effettiva di tutte le prove dichiarative disponibili, ove il Procuratore Generale in udienza o l'interessato ne abbiano fatto domanda. Valendo in contrario la regola di esclusione della riforma *in peius*.

Se per i giudizi di appello questa è la strada più rapida e lineare, non può trascurarsi che «l'adeguamento a norma» impone all'interprete di dare immediata applicazione alla sentenza europea segnalata in esordio disponendo in ogni caso la rinnovazione delle prove dichiarative assunte in primo grado, ancora disponibili, anche nella progressione procedimentale, non solo ove il processo sia pervenuto in cassazione ma anche se vi sia stato annullamento con rinvio (nel giudizio di rinvio prosecutorio il giudice ha gli stessi poteri di quello dell'appello originario, e «rivive» quindi la sentenza di assoluzione).

In caso di giudizio di rinvio dinanzi a giudice d'appello avente per oggetto il controllo di una sentenza di assoluzione: posto che in forza dell'art. 627 c.p.p., quando la parte interessata ne avanza richiesta, la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale è d'obbligo, appar chiaro che alla mancata riassunzione della prova dichiarativa a carico consegue *tout court* la conferma della sentenza di assoluzione.

Più problematico potrebbe essere l'impatto della nuova «regola» nei procedimenti pendenti in cassazione. In questi casi, la Corte di cassazione non può trascurare l'operatività immediata del principio scandito dalla giurisprudenza europea ed è tenuta ad annullare la sentenza di condanna pronunciata dalla Corte d'appello in riforma di una prima sentenza assolutoria ogni qualvolta la prova dichiarativa determinante non sia stata debitamente riassunta nel contraddittorio d'udienza nel giudizio di secondo grado.

3. Poiché è chiaro che la oralità della riassunzione probatoria in appello dovrà essere effettiva e non ingannevole, sono addirittura ovvie le ricadute in termini di non ulteriore praticabilità sulla prassi oramai invalsa di celebrare le udienze d'appello in maniera esclusivamente cartolare.

Ove, tuttavia, il diritto delle Corti avesse a manifestare resistenza all'apertura nei termini segnalati, si imporrebbe un adeguato intervento legislativo, magari anche per via di decretazione d'urgenza (o, perché no, questione di legittimità costituzionale dell'art. 603 c.p.p.).

Del resto, 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.

4.- A livello di sistema, la sentenza Dan contro Moldavia, induce a riflettere. L'Europa impone al giudice d'appello di dilatare per via interpretativa il catalogo dei casi di rinnovazione probatoria già noti (recentemente allargati in tema di revisione conseguente a violazione del giusto processo scandita da una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo).

Si tratta di una forte accelerazione impressa alle prospettive evolutive delle impugnazioni penali e dell'appello in particolare, in un ambito dove il legislatore delegato del 1988 aveva erroneamente creduto di poter lasciare le cose sostanzialmente invariate, determinando l'assurdo di processi orali in primo grado ma ancora imperniati sulla scrittura nelle fasi successive.

L'inserimento del principio del giusto processo in una cornice di garanzie processuali già presenti nella Costituzione e nelle convenzioni internazionali non poteva non comportare corrispondenti modifiche del sistema delle impugnazioni, e segnatamente dell'appello. Nel contesto culturale dell'adeguamento agli *standards* europei era stata introdotta una delimitazione del potere di appello avverso le sentenze di proscioglimento conformemente ai canoni della considerazione di non colpevolezza dell'imputato e alla necessità di ancorare la valutazione della prova di colpevolezza a canoni di sussistenza, non contraddittorietà e ragionevole certezza, secondo una valutazione idonea ad escludere il ragionevole dubbio in linea con l'impostazione tracciata dalla moderna dottrina statunitense che, nell'indicare la differenza tra *irrational doubt* e *rational doubt* sposta l'oggetto della riflessione dai criteri soggettivi di formazione del giudizio nella mente dei giurati ai distinti temi della struttura e del tipo di prova, del ragionamento probatorio, delle inferenze induttive e delle logiche connessioni tra evidenza e verdetto, del grado di resistenza all'ipotesi d'accusa, alla luce dell'evidenza probatoria, rispetto alle ipotesi alternative e antagoniste, prendendo in seria considerazione i profili epistemici della prova e la logica della decisione.

La «Legge Pecorella» aveva escluso il potere di appello del p.m. avverso le sentenze di proscioglimento, a meno che non fosse stato dedotto un *novum* probatorio decisivo ai fini della valutazione finale del giudice. Si trattava di un intervento apprezzabile dal punto di vista delle garanzie e della tutela dell'imputato prosciolti in primo grado che, dati gli ampi poteri attribuiti al p.m., non poteva –e non può tuttora– che incontrare insormontabili difficoltà nell'esercizio del diritto di difesa nel giudizio d'appello promosso dall'accusa.

Sappiamo, però, come l'intervento legislativo sull'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento sia stato posto nel nulla dalle plurime dichiarazioni di illegittimità costituzionale pronunciate dal Giudice delle leggi (<sup>1</sup>).

Pur considerando la presunzione costituzionale di non colpevolezza e la codificazione del limite alla condanna quando la responsabilità non è provata al di là di ogni oltre ragionevole dubbio (art. 533, 1° co., c.p.p.), il Giudice delle leggi ritenne sufficiente osservare come la sussistenza o meno della colpevolezza dell'imputato «al di là di ogni ragionevole dubbio» rappresenti la risultante di una valutazione: e la previsione di un secondo grado di giurisdizione di merito trova la sua giustificazione proprio nell'opportunità di una verifica piena della correttezza delle valutazioni del giudice di primo grado, che non avrebbe senso dunque presupporre esatte, equivalendo ciò a negare la ragione stessa dell'istituto dell'appello.

L'Europa impone adesso un limite ai poteri dei giudici di appello ed un nuovo metodo di elaborazione dei materiali decisori: non si può riformare la sentenza di assoluzione quando la responsabilità non è provata al di là di ogni oltre ragionevole dubbio in un nuovo giudizio in contraddittorio nel corso del quale è rinnovata l'assunzione orale di ogni voce dichiarativa d'accusa.

Insomma: l'insistenza accusatoria del p.m. può anche trovare una qualche giustificazione all'interno del sistema, ma a condizione che non si riduca solo ad una diversa "lettura" dei protocolli di causa.

È destinato a riproporsi, per l'effetto, il problema perenne della piena maturazione del processo accusatorio "all'italiana", che accusatorio non può di certo essere considerato, almeno fino a quando l'appello rimane, tendenzialmente, solo cartolare, con l'integrazione probatoria relegata a livello di eccezione.

5. La presa di posizione della Corte europea è destinata, per un verso, ad avviare una mutazione genica dei giudizi di appello aventi ad oggetto le sentenze

---

<sup>1</sup> La sentenza della Corte costituzionale n. 26 del 2007 ha eliminato l'art. 1 della legge n. 46 del 2006 nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 c.p.p., escludeva l'appellabilità per il pubblico ministero delle sentenze di proscioglimento, fatta eccezione per le ipotesi di nuova prova decisiva; la successiva sentenza, n. 32 del 2007, ha espunto l'art. 2 della legge n. 46 del 2006 nella parte in cui, modificando l'art. 443, 1° comma, c.p.p., escludeva, sempre per il pubblico ministero, l'appellabilità delle sentenze di proscioglimento emesse a seguito del giudizio abbreviato; e infine, la sentenza n. 85 del 2008 ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 1 della 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.

di proscioglimento e di assoluzione, che dovranno aprirsi all'oralità proprio come il primo grado di giudizio; mentre, per altro verso, comporta effetti dirompenti sul modo invalso di intendere la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, che -da istituto quasi *extra ordinem*- non soltanto dovrà essere la regola ogni volta che il p.m. abbia appellato sentenze di proscioglimento o di assoluzione, ma addirittura pare destinata a conoscere spazi operativi fino ad oggi quasi impensabili (si pensi alla prova dichiarativa disponibile che, ove la parte interessata ne faccia domanda, dovrà essere in ogni caso rinnovata, a prescindere da quanto sperimentato in primo grado: es. incidente probatorio, giudizio abbreviato).