

Appello - Riforma *in peius*

Le Corti superiori e il divieto di *reformatio in peius* senza la rinnovazione delle prove orali

Luca Cianferoni

La decisione

Diritto alla prova - Casi di appello - Rinnovazione dell'istruzione dibattimentale - Giudizio di rinvio dopo annullamento - Principio del giusto processo (C.e.d.u., art. 6, Cost., art. 111, C.p.p., artt. 190, 593, 603, 627).

In tema di reformatio in peius della sentenza di assoluzione di primo grado qualora ad impugnare sia stato il p.m. "... la Corte di 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 e contrasti sui quali l'esame non si è sviluppato. La Corte di appello in tal modo opera, infatti, una valutazione negativa di attendibilità senza che i testimoni siano stati chiamati a spiegare le imprecisioni e 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. Ciò rende gli esami incompleti e imparziali, 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 dell'imputato".

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

Il testo della decisione in commento è consultabile sul sito *web archiviopenale.it*

Il commento

1. Con la sentenza in commento la Terza sezione penale della Corte di cassazione si è pronunciata su questioni relative a una criticità ormai sistemica dell'ordinamento processuale penale italiano, ossia il meccanismo delle impugnazioni e segnatamente dell'appello. Al riguardo non vi è chi non veda l'opportunità di una riforma legislativa tesa a correggere le storture di un si-

stema, quale quello delineato dal codice di procedura del 1988, in cui si ravvisa una sfasatura nella struttura del procedimento penale per cui a un assetto accusatorio caratterizzante in primo grado si contrappone un rito cartolare essenzialmente scritto nel secondo. È bene precisare che non si tratta di questioni di pura teoria del diritto concernenti le distinzioni fra metodo orale e metodo scritto nella formazione della prova, ma, al contrario, di questioni di carattere pratico-applicativo. L'insistenza con cui la giurisprudenza interna e quella europea affrontano il tema della prova nei giudizi di impugnazione dimostra, ove mai ve ne fosse bisogno, la centralità e l'attualità del medesimo: si tratta della necessità di declinare correttamente il diritto alla prova di cui all'art. 190 c.p.p. nella fase dell'appello come anche nelle eventuali fasi successive (compreso il giudizio di rinvio), ovvero, detto in altri termini, si tratta della necessità di individuare esattamente quali sono oggi i limiti della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale ex art. 603 c.p.p. (questo vale *mutatis mutandis* anche per l'ipotesi di cui all'art. 627 c.p.p.) perchè recenti vicende processuali, soprattutto di matrice europea, mettono in crisi il canone della sua eccezionalità che ormai da tempo si è affermato nella giurisprudenza interna.

Nel caso che ora ci occupa la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale da eccezione dovrebbe diventare la regola e qui l'uso del verbo al condizionale non esprime dubbi sul fatto che ciò sia richiesto dal principio del giusto processo, soprattutto nella sua interpretazione evolutiva e innovativa data dai giudici di Strasburgo, quanto piuttosto la refrattarietà della giurisprudenza interna a recepire ciò, se è vero, come è vero, che ancora lo scorso mese di gennaio la Quinta sezione penale della Corte di cassazione affermava che «*premesso che il secondo grado di giudizio non è costituzionalmente garantito... il giudice d'appello può rivalutare il materiale probatorio a sua disposizione, in particolare le dichiarazioni della persona offesa, apprezzandone l'attendibilità alla luce di ulteriori elementi trascurati dal primo giudice*»¹. Questo ragionamento sviluppato dal Supremo Collegio in quella occasione induce alla seguente riflessione: è vero sì che il secondo grado di giudizio non è garantito dalla Carta fondamentale, anche se esso fa parte del patrimonio giuridico interno², europeo³ e internazionale⁴, ma è altrettanto vero che il principio del

¹ Cass., Sez. V, 11 gennaio 2013, Cava, in www.archiviopenale.it.

² Per esempio, l'art. 111, co. 6, Cost., stabilisce il secondo grado di giudizio laddove prevede il ricorso in cassazione avverso le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale.

³ La Convenzione europea dei diritti dell'uomo prevede il doppio grado di giurisdizione all'art. 2 del VII Protocollo.

⁴ Si pensi all'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

giusto processo trova applicazione trasversale ossia senza distinzione per gradi di giudizio e per materia, visto che all'art. 111, co. 1, Cost. afferma *claris verbis* che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge», non distinguendo in alcun modo con riferimento a una determinata fase processuale ovvero alla materia del contendere (ossia se civile o penale dato che solo i commi centrali di detto articolo, ossia dal terzo al quinto, riguardano esclusivamente il processo penale). La successiva evoluzione giurisprudenziale ha però dimostrato come la posizione espressa in quel frangente dalla Suprema Corte fosse destinata ad essere superata e il modello accusatorio a trovare piena estensione nel giudizio di appello per lo meno quando si versi in ipotesi di impugnazione della sentenza di assoluzione di primo grado da parte della Procura.

Il punto è delicato, la questione controversa.

Se la giurisdizione si attua mediante il giusto processo, questo principio deve potersi dispiegare lungo tutto l'*iter* processuale nessuna fase esclusa, ma il grado di appello si è sempre caratterizzato per la sua cartolarità, da qui la criticità e la sua attuale e non sofferta metamorfosi. Il nodo dal quale passa il cambiamento in atto è dato proprio dall'ipotesi in parola perchè è fuor di dubbio che, quando a proporre l'appello è il solo p.m. al fine di giungere a un ribaltamento della sentenza assolutoria di primo grado, il livello di attenzione si fa più elevato proprio per la delicatezza delle implicazioni pratiche che si verificano sul piano delle garanzie difensive. L'ordinamento non impedisce al p.m. di proseguire in ulteriore grado di giudizio l'ipotesi accusatoria pur a fronte di un *decisum* di esclusione della penale responsabilità, ma, stante i poteri della pubblica accusa in caso di impugnazione di sentenza di assoluzione e i limiti difensivi dell'imputato, devono sussistere le condizioni di parità cui lo stesso art. 111, co. 2, Cost. si riferisce. Questo però non significa necessariamente identici poteri, facoltà e diritti per l'accusa e per la difesa (cosa che del resto è tecnicamente impossibile), ma contraddittorio pieno ed effettivo nella formazione della prova, vale a dire integrale rinnovazione dell'istruzione dibattimentale secondo i principi dell'oralità e della immediatezza in un confronto dialettico fra le parti davanti al secondo giudice.

Ovviamente il problema riguarda la prova orale in appello: non può darsi come pure accade nelle aule di giustizia che in sostanza tale prova si trasformi in una sorta di prova documentale, perché questo si verifica quando la valutazione circa l'attendibilità di un testimone avviene mediante la semplice lettura delle sue dichiarazioni. In merito i giudici europei sono stati chiari nella pronuncia richiamata dalla sentenza annotata perchè hanno delineato l'obbligo per il giudice dell'appello di rinnovare l'istruzione dibattimentale qualora in-

tenda operare un diverso apprezzamento di attendibilità di una prova orale ritenuta in primo grado non attendibile.

Le difficoltà palesate dai giudici di merito come anche in alcune occasioni da quelli di legittimità di escludere la possibilità di una riforma *in peius* della sentenza di assoluzione senza la rinnovazione della prova orale disponibile e determinante risiedono nel fatto che il principio del giusto processo esige di superare il connotato di eccezionalità dello strumento di cui all'art. 603 c.p.p. non potendo tollerare, detto principio, quella compressione delle garanzie difensive causate da scorrette procedure di accertamento dei fatti che altrimenti si verrebbe a verificare.

2. La vicenda processuale sfociata nella sentenza annotata ha inizio con la decisione del Tribunale di Lecce di assolvere l'imputato non ritenendolo responsabile del reato di cui all'art. 2, co. 1-*bis*, D.L. 12 settembre 1983, n. 463 convertito in L. 11 novembre 1983, n. 638 e modificato dal D.Lgs. 24 marzo 1994, n. 211, ossia omissione di versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali.

Alla sentenza di assoluzione il giudice di primo grado era pervenuto all'esito di una istruzione probatoria soltanto parziale. Infatti, con ordinanza, il Tribunale aveva ammesso le prove richieste dalla difesa e dal p.m., ma in dibattimento si procedette all'assunzione di due soltanto dei testimoni citati dalla difesa, risultando peraltro tutti i testimoni presenti. In esito a tale esame la difesa rinunciò ai testi restanti dei quali il Tribunale revocò l'ammissione ex art. 495, co. 3, c.p.p., dando quindi la parola alle parti per le conclusioni. Al termine della discussione, il giudice, ritenendo raggiunta la prova in ordine al punto centrale della avvenuta corresponsione delle retribuzioni da cui sarebbero originate le ritenute non versate, emetteva sentenza assolutoria escludendo la penale responsabilità dell'imputato per il reato per il quale si era proceduto.

A questo punto l'impugnazione della sentenza da parte del solo p.m. incardinava il processo davanti alla Corte di appello di Lecce. Nelle more del secondo giudizio è accaduto quanto successivamente la Corte di cassazione ha censurato perchè, ribaltando il *decisum* del giudice di prime cure, la Corte di appello emetteva una sentenza di condanna sulla base della rilettura e della rivalutazione delle dichiarazioni dei testimoni introdotti dalla difesa.

È qui che si annida il punto centrale della questione affrontata nella sentenza in commento, perchè il fatto che, nello specifico caso in esame e alla luce dell'orientamento della giurisprudenza di legittimità e di quella europea, il giudice di seconde cure sia stato chiamato a valutare complessivamente la re-

sponsabilità penale dell'imputato senza che ciò sia stato bilanciato dalla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale determina quello scompenso, ossia quella disfunzione, nel meccanismo di accertamento dei fatti acclarato dalla Corte di cassazione. Avverso la sentenza di condanna è stato l'imputato a proporre impugnazione, adducendo quali motivi di ricorso in cassazione l'errata applicazione della legge e il vizio di motivazione per avere la Corte di appello di Lecce erroneamente rovesciato il giudizio di assoluzione operato dal primo giudice dopo che questi aveva revocato l'iniziale ammissione di alcune prove testimoniali introdotte dalla difesa e ritenute superflue a seguito di quelle già acquisite. Nello specifico, il ricorrente affermava che l'opzione per la revoca ex art. 495, co. 4, secondo periodo, c.p.p., non poteva trovare rimedio ad opera del ricorrente in quanto attinto da una sentenza assolutoria impugnata dal solo p.m. e che le argomentazioni poste dal giudice di seconde cure a fondamento della condanna risultano palesamente illogiche nella parte in cui non rilevano che la mancata presentazione dei modelli DM 10 costituisce fattispecie più grave della mera omissione di versamento delle ritenute.

A ben vedere nel ricorso presentato dalla difesa dell'imputato sono stati delineati con precisione i due temi, distinti ma strettamente connessi fra di loro, che hanno formato oggetto di una attenta analisi da parte del Supremo Collegio. È da notare, però, che nella parte motiva della sentenza il giudice estensore ha ribaltato l'ordine di trattazione dei due temi rispetto a quello delineato nel ricorso difensivo e ciò non senza ragione. Infatti la cassazione si arresta già sul percorso argomentativo seguito dal giudice di seconde cure in quanto logicamente viziato, ma il punto centrale, efficacemente evidenziato dalla Corte, è che ciò è espressione del modo errato con cui si è proceduto all'accertamento dei fatti e ciò equivale a dire che le storture sul piano probatorio ridondano in motivazione, inficiandola.

Non è dato al giudice del gravame valutare negativamente l'attendibilità dei testimoni senza che i medesimi siano stati chiamati a spiegare le imprecisioni o i contrasti di cui vengono rimproverati in seconda sede.

Se nel dibattimento dinanzi al Tribunale tutte le prove non vengono assunte per la prospettiva di una sentenza di assoluzione e se ciò è in linea con i principi basilari del diritto e della procedura penale, allora contrasta con i predetti principi l'opzione inversa seguita dalla Corte di appello per cui nella prospettiva di una sentenza di condanna non si procede a un contraddittorio pieno ed effettivo sulla prova, non si escutono i testimoni, non si sviluppa nella dialettica fra le parti l'esame su imprecisioni o contrasti delle dichiarazioni rese in primo grado, si effettua una valutazione negativa dell'attendibilità delle prove orali e si valuta le stesse in senso sfavorevole per l'imputato perché tutto que-

sto significa vulnerare pesantemente i diritti della difesa che invece debbono in questo specifico caso, ossia nel caso dell'appello della sola Procura avverso una sentenza che ha escluso la penale responsabilità dell'imputato, più che in ogni altro, essere garantiti.

È il principio del giusto processo a esigere questo sotto un triplice profilo: quello di legittimità, trattandosi di capire l'ampiezza e l'attuale portata della disciplina relativa al diritto alla prova di cui all'art. 190 c.p.p. nei gradi di giudizio successivi al primo; quello di costituzionalità, dovendo accertare allo stato attuale quale sia il contenuto effettivo e sostanziale del diritto dell'imputato alla prova affermato *claris verbis* dall'art. 111, co. 3, Cost.; quello di convenzionalità (che in considerazione delle sentenze gemelle del 2007 ridonda in quello di costituzionalità per violazione indiretta dell'art. 117, co. 1, Cost.) trattandosi di recepire, pienamente e senza le ritrosie manifestate sia dai giudici di merito sia da quelli di legittimità, l'interpretazione dell'art. 6 C.e.d.u. sviluppata in recenti sentenze dal suo giudice.

Il primo tema che quindi viene in considerazione è quello del vizio logico della motivazione elevato a vizio di legittimità secondo lo schema dell'art. 606, co. 1, lett. e), c.p.p.

Al riguardo la Corte di cassazione rileva che il giudizio di penale responsabilità dell'imputato, comportante il rovesciamento della decisione del Tribunale, si fonda su una operazione di rilettura e rivalutazione delle dichiarazioni dei testimoni introdotti dalla difesa (per cui poi il secondo giudice ha concluso attribuendo ai medesimi dichiarazioni non veritiere) basata sui seguenti elementi: le imprecisioni e i contrasti fra i due dipendenti della ditta del ricorrente in ordine all'epoca e alle ragioni dei mancati pagamenti delle retribuzioni, l'illogicità del comportamento dei dipendenti che avrebbero continuato a lavorare per alcuni mesi senza percepire la corrispondente retribuzione, il fatto che le difficoltà economiche riferite da uno dei testi ai mancati pagamenti da parte della Regione Puglia non hanno avuto alcun supporto documentale da parte del ricorrente (che non ha fornito elementi di prova in tal senso) e i motivi per i quali l'imputato avrebbe dovuto presentare modelli DM 10 non veritieri, dichiarando come corrisposte retribuzioni in realtà non versate ai dipendenti, tanto più che detti modelli costituiscono elemento di prova proveniente dallo stesso imputato e, dunque, particolarmente significativo.

E qui i vizi logici sono così palesi da inficiare il complessivo percorso motivazionale e tali da imporre da soli l'annullamento della decisione perchè, per esempio e corrispondentemente agli elementi sopra indicati, non si comprende come le dichiarazioni dei testimoni della difesa debbano ritenersi inconciliabili, come la non perfetta coincidenza delle dichiarazioni costituisca

da sola elemento di sospetto o di giudizio di falsità, come la circostanza che l'imputato non abbia fornito la prova dei mancati pagamenti possa riverberare effetti sulla credibilità delle dichiarazioni rese dai testi, come sia da ritenere inverosimile che i dipendenti abbiano continuato a lavorare per mesi pur senza percepire la corrispondente retribuzione (perchè ben possono sussistere le ragioni di crisi di liquidità affermate dal datore di lavoro, le difficoltà dei lavoratori a trovare altra occasione di lavoro, la speranza che il momento di crisi possa trovare soluzione) ed infine come sia da considerarsi inconcepibile che un datore di lavoro presenti modelli DM 10 in parte non veritieri, visto che le conseguenze della mancata presentazione di detti modelli possono essere più pesanti di quelli della presentazione di modelli solo in parte veritieri e che la presentazione di modelli recanti l'indicazione di omesso pagamento di parte delle retribuzioni può dare origine a controlli che si intendono evitare.

Sebbene la sentenza gravata non abbia retto alla censura di legittimità già sotto il profilo del suo impianto motivazionale dal momento che la trama argomentativa palesava patenti vizi logici tali da non consentirle di superare il vaglio critico e per ciò solo da imporne l'annullamento, la Corte di cassazione non si esime dall'affrontare il secondo tema che viene in considerazione, che poi è il tema centrale della questione, ossia il livello di tutela delle garanzie difensive nell'ipotesi di appello avverso sentenza di assoluzione proposto dal solo p.m.. Al riguardo il Supremo Collegio ha precisato che se il Tribunale non ha ritenuto necessario assumere tutte le prove a difesa in quanto l'assunzione di una parte di esse è stata dallo stesso ritenuta sufficiente per addivenire a sentenza assolutoria, la Corte di appello è tenuta a prestare la massima attenzione ai diritti della difesa qualora intenda valutare le medesime prove in senso sfavorevole all'imputato. Questo significa che il rovesciamento del giudizio circa l'attendibilità dei testimoni della difesa deve essere sostenuto da elementi quasi incontrovertibili⁵ e non dovrebbe mai essere effettuato evidenziando incoerenze o contrasti sui quali l'esame in primo grado non si è sviluppato sia perchè, altrimenti, il secondo giudice opera una valutazione negativa di attendibilità senza che i testimoni siano stati chiamati a spiegare le imprecisioni e i contrasti in quella sede oggetto di rimprovero ovvero a chiarire i punti ritenuti

⁵ Questo significa che in punto di motivazione al giudice che intenda ribaltare il verdetto assolutorio di primo grado è richiesto un impegno argomentativo particolarmente significativo che difficilmente nello specifico caso può essere onorato senza che alla base vi sia un effettivo esame delle incoerenze e contraddizioni rimproverate. Del resto già da tempo il Supremo Collegio ha delineato la necessità di una motivazione particolarmente pregnante e approfondita del giudice di seconde cure che voglia riformare una assoluzione: v. Cass., Sez. un., 20 settembre 2005, Mannino, in *Mass. Uff.*, n. 231669 e Id., Sez. VI, 16 febbraio 2006, Aglieri, *ivz*, n. 233083.

controversi dalla Corte, sia perchè tutto ciò rende gli esami incompleti e parziali e, in quanto tali, insuscettibili di trasformarsi in elemento positivo che smentisce la versione difensiva che il primo giudice ha ritenuto, viceversa, fondata anche sulla base delle medesime dichiarazioni che egli ha giudicato sufficienti per escludere la responsabilità penale dell'imputato.

In sostanza se la tesi difensiva ha trovato conferma nella sentenza di assoluzione per aver ritenuto il Tribunale raggiunta la prova tanto da ritenere superflua l'ulteriore attività istruttoria e se quello stesso *decisum* nel successivo giudizio provocato dall'impugnazione del p.m. viene *in toto* disatteso allora l'esame dibattimentale deve essere completo e la rinnovazione probatoria integrale. Non può essere che ragioni di economia processuale, di celerità dell'accertamento penale e di snellezza di procedure (che poi costituiscono i motivi per i quali in sede di riforma venne delineato un processo di appello essenzialmente cartolare stante la presunzione di completezza della piattaforma probatoria delineatasi nel corso del primo giudizio) prevalgano nella prassi invalsa nelle aule di giustizia (e quindi nella sostanza) su principi di caratura costituzionale e addirittura convenzionale come la presunzione di non colpevolezza ovvero di innocenza e il giusto processo.

Davvero il *modus procedendi* seguito dalla la Corte di appello di Lecce e l'esito cui la medesima è pervenuta suscita qualche perplessità. *Quid est* dei predetti principi in uno con la difesa definita in modo limpido dalla Carta fondamentale all'art. 24 come diritto inviolabile; *quid est* del processo a struttura accusatoria chiara opzione del riformatore in risposta alla struttura inquisitoria prevista dal vecchio codice di rito e peraltro divelta nei suoi punti cardini da antecedenti interventi legislativi; e, infine, *quid est* delle tutele che l'ordinamento deve assicurare anche mediante la garanzia dei diritti difensivi nel procedimento penale complessivamente inteso?⁶

Perchè di questo si tratta. Non si deve dimenticare che nel caso di specie si è giunti a una sentenza di condanna escludendo dal novero delle fonti di prova i testimoni che il giudice di prime cure aveva ritenuto superflui rispetto a conclusioni favorevoli all'imputato che egli giudicava già accertate sulla base delle prove raccolte.

A ciò si potrebbe obiettare richiamando proprio la disciplina di cui all'art. 603 c.p.p. per sottolineare che, nelle more del processo di appello *de quo*, la

⁶ Non ci si riferisce qui solamente al frammento procedimentale che inizia con l'iscrizione di cui all'art. 335 c.p.p. e si conclude con il passaggio in giudicato della sentenza, ma da quando si ha una qualsiasi attività di indagine o di acquisizione *latu sensu* di elementi di prova fino al giudizio di revisione ex art. 630 c.p.p. nell'ipotesi introdotta con sentenza additiva dalla Consulta a seguito di ripetute condanne dell'Italia da parte della Corte di Strasburgo per violazione degli artt. 6 e 46 C.e.d.u.

difesa dell'imputato non ha richiesto ai sensi del co. 1 del citato articolo l'assunzione di nuove prove per cui poi, come da disposizione codicistica, se il giudice ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale. *Ergo*, niente richiesta, niente rinnovazione.

Veramente stupisce questo *bypass* dell'art. 603, co. 3, c.p.p. e viene da domandarsi cosa realmente voglia significare l'espressione che qui e nell'art. 507, co. 1, c.p.p. ricorre, ossia "assolutamente necessaria" con riferimento al potere *ex officio* di disporre, nel primo caso, la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale e, nel secondo caso, l'assunzione di nuovi mezzi di prove al termine dell'acquisizione di quelle già ammesse.

Perché se nello specifico caso in esame la rinnovazione non è assolutamente necessaria, allora quando è tale?

I giudici delle Corti superiori, nelle loro recenti sentenze sul tema, sono concordi nell'affermare (sia pure diversamente argomentando essendo ciò dovuto alle differenze di tipologia di giudizio, di struttura del collegio e di ruolo nei rispettivi ordinamenti) che quando si versa nell'ipotesi in parola si deve avere un'istruzione probatoria piena ed effettiva per cui viene a avere contenuto concreto l'espressione di cui sopra delineandosi a questo punto l'obbligo del giudice di adottare d'ufficio misure positive allo scopo, anche se ciò non era stato espressamente richiesto dalla difesa dell'imputato.

Di tutto ciò i giudici di merito devono prendere atto visto che questo è evidentemente il senso della giurisprudenza di legittimità⁷ e di quella europea sull'argomento⁸.

Del resto il principio di diritto di cui qui si discorre era stato affermato, sia pure sotto diverso profilo, dal Supremo Collegio già nel 2005 allorquando le Sezioni Unite penali⁹ precisarono l'effetto devolutivo dell'appello proposto dal p.m. avverso la sentenza assolutoria anche in funzione di individuare i diritti dell'imputato, ritenendo che, non potendosi menomare detto potere di impu-

⁷ Si vedano i precedenti conformi la maggioranza dei quali è costituita da pronunce della Sesta Sezione penale della Corte di cassazione: Cass., Sez. VI, 09 febbraio 2012, Abbate, in *Mass. Uff.*, n. 251782; Id., Sez. VI, 07 novembre 2011, Galante, *ivi*, n. 251066; Id., Sez. II, 10 luglio 2012, Urciuoli, *ivi*, n. 253407.

⁸ Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia; Id., Sez. III, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania; Id., Sez. III, 4 giugno 2013, Hanu c. Romania. Le citate sentenze sono espressione di un percorso che si caratterizza per il fatto di delineare un legame effettivo fra il principio del giusto processo e la declinazione di una prova dichiarativa rispettosa dell'oralità del contraddittorio fra le parti.

⁹ Ci si riferisce alla nota sentenza della Cass., Sez. un., 20 settembre 2005, Mannino, in *Mass. Uff.*, n. 231617.

gnazione della pubblica accusa¹⁰ e dovendo il medesimo essere compensato con una piena garanzia dei diritti difensivi, il *devolutum* debba essere totale.

3. A questo punto è possibile fare una prima duplice osservazione.

Quanto alla parte motiva della sentenza, il giudice di legittimità ha indicato quali debbano esserne i connotati, i requisiti e la struttura affinché la medesima non palesi quei vizi di tipo logico tali da non consentirle di superare il vaglio ex art. 606, co. 1, lett. e), c.p.p.

Quanto al regime della prova orale nel giudizio di appello, la Terza sezione penale della Corte di cassazione ha in sostanza affermato la necessità-obbligatorietà della rinnovazione della prova per lo specifico caso in esame affinché venga rispettato il principio del giusto processo.

Ergo, la mancata osservanza di principi *de quibus* da parte di entrambi questi profili determina una violazione del diritto dell'imputato alla prova fissato innanzitutto dall'art. 111, co. 3, Cost. e dall'art. 190 c.p.p., nonché una compressione delle corrette procedure di accertamento dei fatti.

Quale, dunque, il contenuto del diritto alla prova sancito in esordio del Libro III del codice di rito nel giudizio di appello e in quello di rinvio con riferimento ai profili di legittimità, di costituzionalità e di convenzionalità che qui innegabilmente vengono in considerazione?

Perché senza dubbio questo è il quesito giuridico sottostante alla questione posta all'attenzione della prova è decisiva.

Suprema Corte oltre a quello della - è il caso di dire - metamorfosi del giudizio di appello che dal momento di verifica circa la correttezza del *decisum* del primo giudice tende a diventare *novum iudicium* come lo specifico caso in esame mette in evidenza.

Su entrambi i fronti gioca un ruolo fondamentale la più recente giurisprudenza sull'art. 6, § 1, C.e.d.u.

È per questi motivi che il giudice di legittimità richiama sul punto la nota sentenza Manolachi c. Romania, in cui la Terza sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo, in linea con quanto già affermato nella precedente sentenza Dan c. Moldavia e con quanto verrà ribadendo nella recentissima sentenza

¹⁰ Con L. 20 febbraio 2006, n. 46 (meglio nota come "legge Pecorella") il legislatore ha sostituito il testo dell'art. 593 c.p.p. prevedendo che l'imputato e il p.m. potessero proporre appello avverso le sentenze di proscioglimento nelle ipotesi di cui all'art. 603, co. 2, c.p.p., se la nuova prova è decisiva. Con riferimento al potere di appello del p.m., la Consulta con la sentenza n. 26 del 2007 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della L. 20 febbraio 2006, n. 46, nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 c.p.p., esclude che il p.m. possa appellare contro le sentenze di proscioglimento, fatta eccezione per le ipotesi previste dall'art. 603, co. 2, c.p.p.

Hanu c. Romania, precisa che con riferimento a una persona che, in grado di appello, sia stata «*riconosciuta colpevole sulla base delle stesse testimonianze che avevano portato il Tribunale a dubitare della fondatezza dell'accusa (...) la mancata audizione del ricorrente e dei testimoni da parte della Corte di appello e dell'Alta Corte prima di dichiarare il ricorrente colpevole ha limitato notevolmente i diritti della difesa*». Siccome la Corte di appello non dispone di alcun dato nuovo, deve evidenziarsi come la possibilità per l'imputato di confrontarsi con un testimone in presenza del giudice chiamato a decidere in ultima istanza sull'accusa è una delle garanzie di un processo equo e come, pur in assenza di espressa richiesta di un nuovo esame dei testimoni da parte dell'imputato, «*il giudice del ricorso fosse tenuto ad adottare d'ufficio misure positive a tale scopo, anche se ciò non era stato espressamente richiesto dal ricorrente*». Quindi «*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 del processo equo*».

All'art. 190 del codice di rito il legislatore delegato del 1988 ha scritto: «*Diritto alla prova - 1. Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti. 2. La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio. 3. I provvedimenti sull'ammissione della prova possono essere revocati sentite le parti in contraddittorio*».

Senza alcuna pretesa di esaustività, per quello che qui rileva occorre sottolineare due aspetti. In primo luogo la disposizione in parola ha valenza trasversale nel senso che essa riguarda qualunque fase del processo penale ed infatti essa è ubicata nel Libro III del codice dedicato appunto alle prove. In secondo luogo la regola è che il diritto probatorio è di parte per cui il potere *ex officio* sussiste solo nei casi previsti dalla legge. Queste regole basilari devono però confrontarsi con le peculiarità del processo di secondo grado come con quello di rinvio, perchè, per esempio, nel procedimento *ex art. 627 c.p.p.* è come se rivivesse la sentenza di assoluzione di primo grado dal momento che in questa sede il giudice ha gli stessi poteri del collega la cui sentenza è stata annullata¹¹. Non a caso nella pronuncia in commento la Corte di cassazione ha disposto l'annullamento della sentenza gravata con rinvio ad altra sezione della Corte di appello di Lecce, precisando che nel nuovo giudizio dovranno

¹¹ GATO, *Verso una crisi evolutiva del giudizio di appello, L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il p.m. impugna la sentenza di assoluzione*, commento a sentenza Dan c. Moldavia in *questa Rivista*, 2012, 349 ss.

essere rispettati i principi di diritto così sanciti. *Ergo*, le considerazioni svolte dal Supremo Collegio per il grado di appello valgono anche per il giudizio di rinvio.

Il confronto – di cui poco prima si diceva – fra l'art. 190 c.p.p. e gli artt. 603 e 627 c.p.p. vive inevitabilmente di alcuni momenti di criticità, come quello visto nella vicenda processuale che ha dato luogo alla sentenza annotata e che ben potrebbe riproporsi nel giudizio seguente la cassazione qualora nella nuova sede non venga rispettato il divieto di *reformatio in peius* senza la rinnovazione della prova, delineato in questa occasione come anche in altre sentenze conformi e indicato a baluardo del principio del giusto processo.

Qui oltre al profilo di legittimità che in questo modo viene delineandosi, sussiste anche un profilo di costituzionalità-convenzionalità del quale la Sezione terza della Corte di cassazione si mostra ben consapevole. Sul punto il Supremo Collegio ha richiamato l'art. 111, co. 3, Cost., ma benissimo avrebbe potuto fare riferimento anche all'art. 24, co. 2, Cost. (non si deve infatti dimenticare che la giurisprudenza costituzionale aveva affermato il principio *de quo* argomentando *ex art. 24 Cost.* ben prima che con la riforma del 1999 facesse formale ingresso il principio dell'*equal process* nella Carta fondamentale), per sottolineare il fatto che la compressione delle corrette procedure di accertamento dei fatti verificatasi nel giudizio di appello sia in sostanza causata dalla compressione del diritto di difesa dovuta a sua volta dalla compressione del diritto alla prova.

La previsione di limiti alla prova in appello deve essere rispettosa del principio in parola anche e soprattutto nella sua interpretazione evolutiva offerta dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo cui oggi, più che in passato, i giudici interni mostrano di seguire e del resto non potrebbe essere altrimenti stante la maggiore rilevanza che il sistema convenzionale ha assunto all'interno degli interni degli stati membri, ivi compreso il nostro, soprattutto nel corso dell'ultimo quindicennio.

L'equilibrio fra le due esigenze che qui vengono a confronto si individua secondo i giudici delle Corti superiori dando prevalenza al canone del giusto processo che – si badi – trova affermazione con riguardo all'intera giurisdizione, anche se è fuor di dubbio che è in ambito penale che vengono in considerazione i momenti critici come quelli palesati dalla vicenda processuale in commento visto che è in questa sede che il principio *de quo* si fa particolarmente pregnante, trattandosi di tutelare adeguatamente i diritti della difesa e soprattutto – e prima ancora di detti diritti – il bene della dignità umana.

In apertura si accennava all'opportunità di una revisione legislativa della disciplina del meccanismo delle impugnazioni e in particolare dell'appello. Men-

tre nel processo civile questo è recentemente avvenuto¹², nel processo penale ancora si attende, ma casi come quello in commento mettono in evidenza sia la necessità di un intervento riformatore in materia sia il cambiamento in atto del giudizio di appello per via giurisprudenziale.

Stante l'attuale giurisprudenza non resta quindi alla Sezione di rinvio della Corte di appello di Lecce che adeguarsi ai principi di diritto sanciti dalla Suprema Corte nella sentenza annotata, altrimenti ben potendosi delineare ulteriore ricorso in cassazione *ex art. 628, co. 2, c.p.p.*

¹² Il legislatore con il D.L. 83 del 2012 (c.d. "Decreto Sviluppo") convertito con modificazioni dalla L. 134 del 2012 ha riformato l'appello civile con le importanti modifiche apportate agli artt. 339 e ss. c.p.c.: il senso della riforma è stato quello di restringere le ipotesi di appello al fine di alleggerire il carico di lavoro delle Corti introducendo il c.d. filtro di ammissibilità di cui agli artt. 342 e 348-*bis* c.p.c., riducendo ulteriormente gli spazi per le nuove prove ed eliminando la discrezionalità del giudice di secondo grado che le voglia ammettere.