

QUESTIONI APERTE

Rinnovazione probatoria in appello

La decisione

Rinnovazione probatoria - appello - discrezionalità del giudice - diritto di difesa - prove a discarico - credibilità - attendibilità del teste (CEDU art. 6 par. 3; Cost. artt. 25, 27, 111; C.p.p. 399, 495, 499 c. 6, 525, 603 c. 3 bis)

Il giudice di secondo grado, in caso di impugnazione da parte del P.M. di sentenza assolutoria di primo grado, non deve rinnovare l'intera istruttoria dibattimentale, ma può scegliere di riassumere solo alcune delle prove che, in ragione dell'atto di impugnazione, siano state oggetto di erronea valutazione da parte del giudice di primo grado e siano state considerate decisive per la valutazione circa la responsabilità. In ragione di ciò, la rinnovazione delle prove dichiarative a discarico chiesta dalla difesa, a seguito delle richieste del P.M., è un'inutile attività se il giudice di primo grado vi ha già provveduto e quello di appello ritiene di dover attribuire lo stesso significato che ha conferito nel precedente grado e se la ripetizione dell'esame riguardi circostanze già formulate in primo grado.

CASSAZIONE, SEZIONE PRIMA, 8 novembre 2021 (ud. 29 settembre 2021), IASILLO, Presidente - PRATOLA, Sostituto P.G. - Spagnolo, *Ricorrente*.

La fatica della rinnovazione

La Corte di cassazione ha escluso che la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in secondo grado debba essere sempre relativa a tutte le prove assunte in primo grado; infatti, sostiene la Corte, possono essere nuovamente assunte anche solo le prove rilevanti in riferimento all'atto di appello presentato. Nel caso di specie, si è considerata avulsa da errori la decisione del giudice di secondo grado che ha escluso di dover assumere *ex novo* tutte le prove a discarico indicate dalla difesa e già assunte nel primo grado, quando non riteneva di dover valutare diversamente la stesse, rispetto a quanto scelto nella prima decisione, e quando l'oggetto della prova testimoniale non sarebbe variato.

The endeavour of renewal

The Corte di cassazione ruled out that the renewal of the pre-trial investigation in the second instance must always relate to all the evidence taken in the first instance; in fact, the Court argued, only the evidence relevant to the appeal filed can be considered again. In the present case, the decision of the Court of second instance that ruled out the need to take ex novo all the exculpatory evidence indicated by the defense and already taken in the first instance, when it did not deem necessary to evaluate it differently from what was done in the decision of the court of first instance, and when the subject matter of the testimonial evidence would not have varied, was considered to be free from error.

SOMMARIO: 1. La pronuncia - 2. Una rapida disamina dei principi sottesi - 3. L'istruttoria come rappresentazione condivisa - 4. Riflessioni sulla rinnovazione dell'istruttoria in appello...e non solo

1. *La pronuncia.* L'imputato ha impugnato la sentenza della Corte d'Assise d'Appello di Reggio Calabria che, in accoglimento del ricorso del P.M., aveva riformato la sentenza di assoluzione di primo grado in condanna.

Il giudice di *prime cure* assolveva l'imputato, il giudice d'appello, al contrario, lo condannava. Quest'ultimo, in aderenza con quanto previsto dal codice di rito, sceglieva di procedere al nuovo esame di alcuni testi, specificando, in motivazione, che il giudice del precedente grado aveva frazionato il quadro probatorio complessivo, analizzando singoli elementi indiziari in maniera tale da estrapolarli dal contesto e omettendo la necessaria valutazione globale dei numerosi elementi di prova. In particolare, per quanto concerne i testi, osservava che lo stesso giudicante aveva erroneamente valutato non attendibile la testimone M. (cui l'imputato era sentimentalmente legato), tanto da considerare le dichiarazioni della stessa teste il punto di partenza per la valutazione dell'intero compendio probatorio e la chiave anche per comprendere la rilevanza del movente dell'imputato nella commissione della condotta illecita.

La Corte di cassazione¹, dopo aver riassunto la vicenda in fatto, ricapitolava il grave quadro indiziario già individuato dalla Corte di appello e dichiarava, in primo luogo, l'inammissibilità di diversi dei motivi proposti, volti a criticare l'ammissibilità dell'appello del P.M. e la decisione del giudice di procedere d'ufficio alla rinnovazione istruttoria. La Cassazione spiegava che l'impugnazione del P.M. non fosse criticabile sia perché correttamente deducibile, sotto i profili della violazione di legge e del vizio di motivazione, la questione relativa all'apprezzamento della credibilità della teste M. sia perché regolarmente volta alla richiesta, al giudice di secondo grado, coerentemente con il codice di rito, di procedere alla nuova ammissione delle testimonianze ritenute decisive ai fini del primo giudizio.

La giurisprudenza prevalente - chiariva la Corte - sostiene che in caso di obbligo di rinnovazione dell'istruttoria, anche per quanto concerne le prove a discarico richieste dalla difesa, la riassunzione non deve riguardare tutte le prove dichiarative, ma solo quelle rilevanti in riferimento all'atto di impugnazione e, dunque, quelle che secondo il ricorrente siano state erroneamente considerate e ritenute decisive ai fini della valutazione di responsabilità. Tra l'altro, continua la Corte, qualora si dovesse procedere alla rinnovazione an-

¹ Cass., Sez. I, 8 novembre 2021, Spagnolo, con nota di TRAPPELLA, *L'immediatezza in caduta libera: l'elusione (o elisione) del principio in una sentenza sulla rinnovazione dell'istruttoria in appello*, in questa *Rivista*, 2022, 1, *passim*.

che di quelle testimonianze cui il giudice di appello non reputa di attribuire un diverso significato rispetto a quello dato il primo grado - come avrebbe voluto la difesa dell'imputato - si assisterebbe a un'inutile attività istruttoria, idonea solo ad allungare i tempi del processo di appello. Ancora, la Cassazione ha sottolineato che le prove - cui la difesa faceva riferimento nei motivi di ricorso, censurando la correttezza dell'attività svolta dal giudice di secondo grado - erano già state ammesse in primo grado ed erano già state valutate, non sussistendo, dunque, neanche un problema di mancata ammissione di prova contraria, in ragione del contenuto e dell'oggetto della testimonianza che avrebbe dovuto riguardare necessariamente i fatti già indagati in primo grado. Infatti, secondo la Suprema Corte, l'imputato già davanti al giudice di *prime cure* aveva esercitato il proprio diritto all'ottenimento della prova a discarico facendo esaminare tutti i testi necessari, quindi, in appello, al più sarebbe potuto residuare un problema di valutazione della prova a discarico, comunque, non idoneo a imporre, al giudice dell'impugnazione, di disporre la rinnovazione di tutte le prove a discarico, anche quelle eventualmente dichiarate irrilevanti o inattendibili grado precedente, cui lo stesso giudicante non pensava di dare diversa interpretazione.

Dunque, la Cassazione ha sostenuto che in nessun modo il diverso apprezzamento sull'attendibilità della teste M. avrebbe imposto al giudice di rinnovare l'esame dei testi d'alibi giudicati inattendibili in primo grado.

Ancora, la Corte dichiarava inammissibile il motivo concernente l'inosservanza delle modalità per l'assunzione della prova, perché non deducibile di fronte alla Suprema Corte la sola erroneità delle modalità di conduzione del dibattimento se la stessa non abbia condotto a una limitazione irrituale del contraddittorio, in ragione della conseguente mera nullità relativa (e non dell'inutilizzabilità) eccezionale esclusivamente dalla parte, non appena sorta e, comunque, sanata in mancanza di eccezione.

Viene dichiarato inammissibile anche il motivo di ricorso volto a criticare la valutazione dell'attendibilità e della credibilità della teste M. perché non corroborata da logica motivazione nella parte in cui sostiene del "rasseramento" della teste e, dunque, della riacquisita capacità di narrazione della stessa rispetto alla vicenda.

Venivano, poi, dichiarati inammissibili anche tutti gli altri motivi e veniva, quindi, confermata la sentenza d'appello.

La sentenza pone questioni interessanti su diversi aspetti: in primo luogo, la centralità di una completa ed esaustiva rinnovazione probatoria in appello, in secondo luogo, l'importanza delle cautele nel contraddittorio nella formazione della prova testimoniale in secondo grado e, infine, l'impatto del trascorrere del tempo sulle dichiarazioni dei testi.

2. Una rapida disamina dei principi sottesi. Indubbiamente la pronuncia emessa dalla Corte Suprema suscita perplessità in relazione ai principi fondamentali - anche europei - che regolano il processo penale, tra cui l'immediatezza, il diritto di difesa, nella declinazione del diritto al contraddittorio e del diritto alla prova contraria e la parità delle armi. Primo tra tutti, occorre dirlo, il principio di immediatezza. Rimanendo - solo per ora - su un piano formale e descrittivo, l'immediatezza (di cui se ne legge una declinazione nell'art. 525 c.p.p.) potrebbe definirsi come il principio che statuisce la necessità di un rapporto senza filtri e senza soluzione di continuità tra l'acquisizione delle fonti di prova in dibattimento e la decisione finale.

Da ciò discende che il giudice deve procedere personalmente all'assunzione, assistendo, per quanto concerne le prove dichiarative, alle testimonianze e al contraddittorio sulla prova.

E ancora, dal medesimo articolo, in particolare al c.2, si comprende che oltre al principio di immediatezza, assume una peculiare rilevanza quello di immutabilità del giudice. In sostanza il giudice che ha assunto le prove deve essere colui che è chiamato a decidere ².

Il principio di immediatezza, però, oltre la formalità, è di più. Certamente, come lo definiva la Consulta, è la regola che «nel processo penale costituisce uno dei profili del diritto alla prova, strumento necessario del diritto di azione e di difesa, da riconoscere lungo l'arco di tutto il processo»³. Infatti, approfondendo il significato della prima definizione e dei successivi precipitati, l'immediatezza può essere considerata sotto diversi aspetti: il primo spaziale

² TONINI, CONTI, *Manuale breve diritto processuale penale*, Milano, 2022, 540 s.

³ Corte cost., ord., n. 205 del 2010; nella stessa accezione, sul principio di immediatezza, LA ROCCA, *Quale immediatezza ora?*, in questa *Rivista*, 2020, 3, 749; sul principio di immediatezza anche MANFRINI, SARTORI, *Il principio di immediatezza nel processo penale, tra ordinamento interno e CEDU*, in www.dirittodidifesa.eu; BARGIS, *Il principio di immediatezza nel caso di mutata composizione del giudice: dai responsi di Corte costituzionale, Sezioni unite e Corti europee alle prospettive de iure condendo*, in www.sistemapenale.it; SURACI, *La parabola dell'immediatezza nel processo penale*, in www.penalepd.it.

che corrisponde al contatto diretto tra il giudice e la fonte di prova; soggettivo, inerente alla identità del giudice che assume la prova e colui che decide la causa in base alla stessa; temporale, relativo alla necessità che trascorra il minor tempo possibile tra l'assunzione della prova e, quindi, il contatto diretto con il giudice e il successivo momento decisorio; infine, funzionale nel senso di garantire che la prova mantenga la sua massima capacità rappresentativa⁴. Dunque, ciò che garantisce l'immediatezza e ciò che il legislatore - quantomeno inizialmente - ha scelto di tutelare, è il meccanismo di assunzione della prova, forse più della fonte di prova in sé. Nello stesso senso anche la Corte di Strasburgo ha sottolineato l'importanza dell'immediatezza, pur consapevole della mancanza di un espresso riconoscimento nella Convenzione di un diritto al doppio grado di merito o del principio di immediatezza, rimarcando che il predetto principio «ha lo scopo di garantire un adeguato esame del caso sulla base di una valutazione fresca e diretta delle prove»⁵, in base a quanto previsto dall'art 6 CEDU. Soprattutto quando si tratti di prova testimoniale o di contraddittorio sulla prova scientifica, infatti, è indubbio che, accanto all'immediatezza, abbia una posizione di rilievo l'oralità. Non è discusso che ci sia una differenza tra la mera lettura di quanto già dichiarato e l'ascolto di quanto è in grado di riferire il teste. La prova, volendolo dire con altre parole, è più performante, perché si estrinseca completamente, esprimendosi al massimo, potendo essere accolta dal giudice nella sua complessità e totalità⁶; il contraddittorio e, dunque, l'oralità con cui esso si esplica, allora, è il metodo più completo e adeguato a portare il giudice a conoscenza dei fatti⁷. L'apprezzamento dell'organo giudicante che ascolta e vede, che in un tempo ravvicinato decide - anche se si dovrebbe dire in un'unica udienza come pre-

⁴LA ROCCA, *Quale immediatezza ora?*, cit., 750, la quale propone la suddivisione dell'immediatezza nei diversi profili nel testo riportati.

⁵Corte EDU, 12 marzo 2020, Chernica c. Ucraina; BARGI, *Il giudice penale e la legge da applicare: dal codice Rocco alle regole europee*, in *Il giusto processo*, a cura di Gaito, Milano, 2022, 89.

⁶L'immediatezza è sempre accompagnata dal principio di oralità che, insieme al primo, appunto, ai sensi anche del codice di rito garantiscono un processo concentrato o senza soluzione di continuità davanti agli stessi giudici chiamati a decidere, sul tema TRAPELLA, *Immediatezza cedevole, conoscenza della prova e attribuzioni al giudice che sentenza*, in questa *Rivista*, 2021, 3, 6.

⁷TRAPELLA, *Immediatezza cedevole, conoscenza della prova e attribuzioni del giudice che sentenza*, cit., 12.

vederebbe l'art. 477 c.p.p. - è certamente differente dalla valutazione, comunque possibile, ma non paragonabile, del giudice che legge⁸.

Procedendo rapidamente, il diritto di difesa - di cui agli artt. 24 e 111 c. 3 Cost., verrà analizzato nelle declinazioni del contraddittorio e dell'ammissione alla prova contraria. Il contraddittorio (previsto espressamente nell'art. 111 cc. 3 e 4 Cost.) può essere interpretato con due accezioni: una oggettiva e una soggettiva. La prima (oggettiva) - di cui al c. 4 del predetto articolo - attiene al contraddittorio inteso in senso forte, nella formazione della prova; concerne, dunque, il momento in cui si forma la prova e il metodo di conoscenza. Anche se ora limitato e, a volte, recessivo nel bilanciamento con altri principi processuali rilevanti - rimane, il contraddittorio in senso forte, l'unico metodo in grado di garantire al giudice non solo di "toccare con mano" la prova testimoniale, ma anche di saggiarla sulla base delle domande poste dalle parti⁹. La prova per poter essere valutata adeguatamente deve essere ottenuta attraverso il metodo dialettico, in pratica, con l'esame incrociato che permette «l'alternanza delle ragioni delle parti contrapposte, che devono avere, in ogni caso, pari opportunità»¹⁰; non si può considerare attendibile una prova dichiarativa che sia unilaterale, che non venga stressata dalle domande poste non tanto in esame, quanto in sede di controesame, così da garantire una ricostruzione del fatto più completa, tale da far emergere anche eventuali contraddizioni¹¹.

La seconda (soggettiva) - di cui al c. 3 e seconda parte del c. 4 dell'art. 111 Cost. - concerne il diritto dell'imputato a confrontarsi con il proprio accusatore e l'esclusione della dichiarazione di colpevolezza nel caso in cui la stessa possa essere provata esclusivamente sulla base di dichiarazioni rese da soggetti che volontariamente e liberamente, si sono sottratti al confronto con l'imputato o con il suo difensore¹². Da ciò discende che il principio del con-

⁸TRAPELLA, *Immediatezza cedevole, conoscenza della prova e attribuzioni del giudice che sentenzia*, cit., 6.

⁹ Corte EDU, 27 marzo 2014, Matystina c. Russia sul tema e sull'importanza della *cross examination* come attività idonea a garantire un processo giusto.

¹⁰GAITO, *Introduzione allo studio del diritto processuale penale alla luce dei principi costituzionali*, in *Procedura penale*, Torino, 2019, VII, 21.

¹¹LONATI, *Il diritto dell'accusato a "interrogare o far interrogare" le fonti di prova a carico*, Torino, 2008, 308 ss.; DALIA, FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2016, 137-145.

¹²TONINI, CONTI, *Manuale breve diritto processuale penale*, cit., 12 s.; LONATI, *Le garanzie della persona accusata di fronte alle dichiarazioni dei testimoni a carico*, in *Il diritto dell'accusato a "interrogare o far interrogare" le fonti di prova a carico*, cit., 303-306.

traddittorio non possa essere considerato esclusivamente come una possibilità di intervento dell'imputato nel processo, ma debba essere espressione del diritto di difesa nel momento dell'assunzione della prova, nella fase del procedimento probatorio e per tutto il suo protrarsi, non solo in un tempo circoscritto¹³. Ancora, per quanto concerne il diritto alla prova contraria, espressamente previsto dall'art. 495 c. 2 c.p.p., questa spetta sia alla difesa sia all'accusa. La parte che "subisce" gli esiti della prova diretta ha il diritto di far ammettere la prova che ha per oggetto lo stesso fatto e, quale unico fine, la dimostrazione che quanto contenuto nella prova diretta non sia veritiero o lo sia solo in parte. La prova contraria può essere fornita sia con l'utilizzo dello stesso mezzo - assunzione di una testimonianza, anche se da parte di un soggetto diverso - sia con l'uso di un mezzo diverso. La peculiarità della prova di cui si discorre è che rende inutile la valutazione del giudice sulla pertinenza avendo a oggetto gli stessi fatti che sono stati indagati in sede di assunzione di prova principale e non potendo generare, per definizione, un "effetto sorpresa"; possono, quindi, essere escluse solo quelle superflue o irrilevanti¹⁴. L'ammissione alla prova contraria e il diritto che, come detto, spetti a entrambe le parti, conduce a una breve riflessione sulla parità delle armi. Il P.M., infatti, è una parte¹⁵ del processo, pubblica ovviamente, ma sempre parte e, come tale, a differenza dell'organo giudicante, dovrebbe poter agire alla stregua delle possibilità date alla difesa. Anche la Corte EDU, pur non riconoscendo un diritto incondizionato alla prova a discarico, a differenza della prova a carico, si determina nel senso di garantire che ci sia una uguaglianza nelle condizioni in cui viene esercitato il diritto e pur non entrando nel merito delle singole legislazioni nazionali sostiene, però, che sia necessaria una parità di condizioni sull'ammissione e l'esame dei testi¹⁶. Come si vedrà meglio in seguito, la parità delle parti - da sempre discussa nel processo penale - deve essere considerata elastica e valutata in relazione alle situazioni giuridicamente

¹³ Corte cost., ord., n. 205 del 2010; GALANTINI, *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁴ TONINI, CONTI, *Manuale breve diritto processuale penale*, cit., 171; MUSCELLA, *Diritti probatori dell'imputato, effettività del contraddittorio e corrispondenti obblighi di attivazione e motivazione adeguata del giudice*, in *Il giusto processo*, Milano, 2022, 163.

¹⁵ Sul concetto di parte processuale si veda MAZZA, *I protagonisti del processo*, cit., 66 nel quale l'autore definisce parti e soggetti. «Il concetto di parte è intimamente connesso a quello di azione, tanto sul versante attivo quanto sotto il profilo passivo. Parti, dunque, sono i soggetti che esercitano o che subiscono l'azione penale e l'azione civile».

¹⁶ LONATI, *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare" le fonti di prova a carico*, cit., 167 s.

protette durante lo svolgimento del processo penale. In sostanza, la parità tra accusa e difesa, di cui all'art. 111 c. 2 Cost., non impone l'identità dei poteri processuali, anche perché la funzione attribuita alle parti è ben diversa, ma disciplina una differenza ragionevole tra i soggetti coinvolti¹⁷. «La parità fra le parti deve essere intesa come una relazione di necessaria reciprocità tra la parte che accusa e la parte che resiste; i poteri dell'una devono essere idonei a controbilanciare quelli dell'altra in funzione delle opposte prospettive così da assicurare l'equilibrio nelle varie tappe del processo»¹⁸.

Nel processo penale, dunque, la parità non consiste nell'uguaglianza o nell'identità delle parti, bensì si esplica nell'equilibrio dei poteri, nell'"omogeneità" delle capacità delle parti nella formazione della prova. Accusa e difesa, quindi, già a partire dalla fase procedimentale propriamente detta, ma ancor di più nella fase processuale dovrebbero poter agire con le stesse capacità, simmetricamente¹⁹.

4. *L'istruttoria come rappresentazione condivisa.* Per comprendere il significato, la portata e l'ampiezza dei principi generali sopra rapidamente esposti, potrebbe essere utile analizzare i processi psicologici che sottendono ai predetti principi e ne spiegano il funzionamento.

L'istruttoria dibattimentale può essere intesa come una situazione che definisce un sistema complesso. Storicamente, se in un primo momento - prima cibernetica - l'istruttoria poteva essere considerata come un sistema autonomo rispetto al sistema giudice che, solo dall'esterno era in grado di osservarlo e, quindi, studiarlo e valutarlo, in un secondo momento - seconda cibernetica - il sistema istruttoria si è agganciato a quello del giudice e, pur nella loro diversità, i sistemi sono diventati inscindibili²⁰.

¹⁷ MARANDOLA, *Commento al D.lgs. n. 11/2018: l'ultimo tassello per una "nuova" configurazione del giudizio d'appello (e altre minime modifiche del giudizio di cassazione)*, in *Giur. it.*, 2018, 1787 s.

¹⁸ NACAR, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello: dubbi applicativi e questioni di legittimità costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 3, 329.

¹⁹ Corte cost., n. 26 del 2007; Id., n. 184 del 2009. La prima sentenza avalla un'asimmetria a favore dell'accusa in ragione della posizione istituzionale del P.M. e delle esigenze pubbliche di un'amministrazione corretta della giustizia; la seconda consente una sproporzione tra le parti in sede processuale in ragione delle disparità che visibilmente si concretano in sede di indagini preliminari. TONINI, CONTI, *Manuale breve diritto processuale penale*, cit., 10; GAITO, *Introduzione allo studio del diritto processuale penale alla luce dei principi costituzionali*, cit., 21.

²⁰ Sulla prima cibernetica VON BERTALANFFY, *Teoria generale dei sistemi*, Milano, 1971, *passim*, sulla seconda cibernetica, VON FOERSTER, *Sistemi che osservano*, Roma, 1987, *passim*.

Dunque, oggi, la teoria dei sistemi generali pone l'accento non più sul "sistema osservato", ma sul sistema "osservante", cioè sul sistema capace di guardare se stesso, di osservare le proprie osservazioni divenendo sede di meccanismi governati da regole proprie che determinano il repertorio e i *pattern* delle interazioni reciproche. In qualsiasi campo di indagine concepito dall'uomo, sia esso sociologico, biologico, psicologico o giuridico, l'osservatore - in questo caso il giudice - diviene parte dell'universo studiato in quanto costruttore del campo di osservazione del sistema osservato e ne traccia il confine rispetto al resto dell'ambiente.

Un sistema, dunque, diviene una possibile parte di un sistema più ampio e l'indagine mostra all'osservatore la relatività del proprio punto di vista rispetto a tutti quelli possibili e l'impossibilità di eliminare i vincoli che l'essere un individuo pone alle possibilità e capacità di osservazione²¹.

Nei fenomeni sociali - quale, tra gli altri, è il processo - si genera una situazione nella quale gli attori, o meglio le parti, si coordinano attraverso le interazioni comunicative. Tale comunicazione contempla sia aspetti verbali sia non verbali, quali l'espressione del volto, il silenzio, la postura, il tono di voce, la velocità dell'eloquio e la cinetica²².

Il giudice, allora, costruisce il proprio convincimento attraverso la sua esperienza immediata, di contatto diretto con la realtà che solo se esperita garantisce la costruzione di un successivo, autentico e non artefatto convincimento. Si può sostenere, perciò, che il fenomeno della conoscenza poggia sulla constatazione che non esiste un "fatto" o un "oggetto" esterno che miracolosamente diviene conoscenza nella mente del conoscente. Il convincimento del giudice dipende, quindi, dalle interazioni che si sviluppano all'interno del sistema istruttoria e non attraverso il mero trasferimento di una realtà esterna all'interno della mente del giudice. In sostanza, allora, il giudice, quale parte del sistema istruttoria, presenza a quanto accade nel sistema e dallo stesso costruisce soggettivamente la propria decisione. Ne discende che se il giudice non facesse parte del suddetto sistema e non assistesse ai meccanismi in esso attivati, la sua conoscenza - alla base del convincimento che poi dovrà esprimere - sarebbe mediata. Ne è un esempio il caso in cui il giudice dovesse leggere delle dichiarazioni rese da un teste, anziché ascoltarlo; ciò che il giu-

²¹ Sul linguaggio, sul dialogo, ROMANO, *Principi generali del diritto. Principio di ragione e principio dialogico*, Palumbo, Petrocco, Siniscalchi (a cura di), Torino, 2015, 107 ss.

²² WATZLAWICK, BEAVIN, JACKSON, *Pragmatica della comunicazione umana*, Roma, 1971, *passim*.

dicante è in grado di apprendere dalla mera lettura – definibile già come una realtà parzialmente oggettivata – è assai diverso da quello che comprenderebbe presiedendo all’ascolto. Ciò significa non che la lettura del verbale sia in grado di oggettivare il successivo convincimento perché dalla stessa lettura due operatori del diritto differenti potrebbero comunque trarre conclusioni diverse, ma implica anche che il giudice deve considerarsi – oltre che terzo, imparziale ed equidistante dalle parti – anche estraneo rispetto all’istruttoria e al sistema²³.

La conoscenza è, dunque, indissolubilmente legata al corpo e al sistema nervoso e sperimentata attraverso i processi biologici e psicologici che ci caratterizzano come esseri viventi. Questo “toccare con mano” è stato inteso dalla tradizione scientifica come una fonte di possibili errori, ma, al contrario, delinea l’unica possibilità di conoscere²⁴.

Questo insieme di sensazioni, emozioni e attivazioni che dipendono e sono favorite dall’esperienza immediata – e che nell’esperienza cartolare si riducono, pur senza azzerarsi – se da un lato sono in grado di garantire che il giudice esprima liberamente e autenticamente il proprio convincimento fondato sulle prove assunte e sulle relative riflessioni, dall’altro sono state intese dalla tradizione scientifica come possibili fonti di errore, parzialità ed eccessiva soggettività del giudice. Le probabilità che si verifichino questo tipo di errori, tuttavia, non dipende affatto dalla separazione dei sistemi e dall’esclusione del giudice dall’esperienza diretta, quanto, piuttosto, dalla scarsa conoscenza e gestione proprio di questi meccanismi psicologici sottesi all’esperienza processuale.

Da questi presupposti l’approccio *post* razionalista afferma una nuova concezione della conoscenza non più intesa come risultato dell’attività cognitiva della mente, ma costruita dalla mente stessa sulla base dell’esperienza emozionale²⁵. L’elaborazione logica e razionale si attiverebbe a partire da una matrice fatta di sensazioni e azioni e strutturerebbe convinzioni e pensieri, significati e spiegazioni, funzionalmente coerenti con l’esperienza emotiva: è ormai dimostrata l’importanza delle emozioni nei processi decisionali e nel ragionamento²⁶. Quindi, «il pensatore logico e razionale non è affatto colui che è in grado

²³ MATURANA, VARELA, *L’albero della conoscenza*, Milano, 1987, *passim*.

²⁴ VARELA, *Il circolo creativo: abbozzo della storia naturale della circolarità*, in *La realtà inventata*, a cura di Watzlawick, Milano, 2006, *passim*.

²⁵ GUIDANO, *La complessità del sé*, Torino, 1988, *passim*.

²⁶ DAMASIO, *L’errore di Cartesio*, Milano, 1995 sul tema del rapporto tra processi cognitivi ed emotivi, *passim*.

di controllare e mitigare il peso delle emozioni, in quanto senza queste il processo decisionale sarebbe molto meno efficace ed adattivo»²⁷. Per questo, nonostante ogni cosa accada durante l'udienza sia trascritta, tutto ciò non impatta emotivamente allo stesso modo sull'organo giudicante e, dunque, sul piano cognitivo, la mera lettura senza l'ascolto diretto, non produce gli stessi risultati nel processo di elaborazione dell'informazione.

All'interno del sistema istruttorio, quando si tratta di prove testimoniali, i meccanismi sopra descritti producono effetti esponenziali dal momento che all'interazione di base - quella che esiste per il sol fatto di essere presenti i soggetti e le parti del processo in aula - si aggiunge l'interazione dettata dal contraddittorio durante l'esame dei testi. La comunicazione, in riferimento a questo aspetto, è definita come la mutua induzione di comportamenti coordinati che, al pari degli altri, istintivi o appresi che siano, si alimentano dell'azione perturbante offerta dall'interazione tra gli interlocutori²⁸. In pratica, dunque, vi è una sequenza di azione e reazione che a livello comunicativo indica le posizioni, simmetriche o asimmetriche, la punteggiatura - ossia il ritmo dello scambio verbale e le modalità analogiche - linguaggio non verbale - o digitale - contenuto verbale. Il metodo del contraddittorio, dunque, garantisce la capacità del soggetto che svolge l'esame o il controesame di "scrutare il patrimonio mnestico" del teste, stressando quest'ultimo e provocando la costruzione di una dichiarazione più ricca, complessa e maggiormente attendibile²⁹.

Il contraddittorio svolge la funzione di attivare il dubbio metodico che consente di "considerare l'opposto" e, in misura ancora migliore, di considerare tutte le ipotesi alternative e non solo quella opposta per giungere a risultati scientificamente più validi³⁰. Ne consegue che la formazione della prova - direttamente davanti al giudice - definisce la "portata euristica" del contraddittorio quale «tecnica della disputa per prova ed errore» mediante i profili di falsificazione propri del metodo scientifico³¹.

²⁷ GULOTTA, *Innocenza e colpevolezza sul banco degli imputati. Commento alle linee guida psico-forensi per un processo sempre più giusto*, Milano, 2018, 118.

²⁸ MATURANA, VARELA, *L'albero della conoscenza*, cit.

²⁹ GIOSTRA, *Appunti per una giustizia non solo più efficiente, ma anche più giusta*, in *Politica del diritto*, 2021, 4, 609 ss.

³⁰ HIRT, MARKMAN, *Multiple explanation: a consider -an alternative strategy for debias in judgments*, in *Journal of personality and social psychology*, 1995, 69, 1069-1086.

³¹ FERRAIOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 1989, 200.

La capacità del giudice di attivare il dubbio – di cui si è appena detto – dipende dall’apertura mentale che sovrintende alla possibilità di assumere diversi punti di vista che, a loro volta, risultano più accessibili se manifestamente espressi. Dunque, attraverso l’immediatezza e il contraddittorio, l’organo giudicante assiste alla discussione sul fatto potendo decentrarsi da un’univoca prospettiva per comprendere l’altrui posizione attraverso la possibilità di vedere e assistere alla discussione sul fatto tra due o più soggetti fisicamente presenti davanti a sé che rappresentano le singole realtà³².

In conclusione, occorre soffermarsi sulla rinnovazione dell’istruttoria in appello. Quest’ultima presenta diversi profili problematici: il primo attiene alla ripetizione delle dichiarazioni che il teste si trova a effettuare in secondo grado, idonea a incidere sull’attendibilità e credibilità della testimonianza. Il secondo riguarda il trascorrere del tempo che raramente aiuta la memoria del dichiarante, sbiadendo i ricordi e contaminandoli.

Nei casi di rinnovazione parziale – come quello della sentenza in commento – ai problemi sopra rapidamente individuati si deve aggiungere una ulteriore questione: l’asimmetria nell’assunzione della prova. Infatti, quando il giudice sceglie di rinnovare solo alcune delle fonti di prova – seppur già assunte in primo grado – crea sostanzialmente un’asimmetria processuale. Come detto, solo il contraddittorio – quale contrapposizione dialettica e metodo di costruzione di un rapporto triadico – permette di persuadere il giudicante che sarebbe chiamato a dirimere la stessa contrapposizione³³. Il terzo, dunque, dovrebbe poter fondare il proprio convincimento sulla base delle voci e dei comportamenti delle parti visto che tutti i protagonisti del sistema istruttoria devono poter immediatamente ascoltare e controbattere le dichiarazioni altrui³⁴. Qualora il giudice decida di non procedere alla rinnovazione, perché non obbligato, sceglierebbe *a priori* di fondare il proprio convincimento esclusivamente sulla lettura dei verbali relativi al primo grado che, come detto, non garantiscono la costruzione di un convincimento autentico e immediato, direttamente derivante dall’osservazione della fonte di prova. Ancora, qua-

³² Sul rapporto tra questioni psicologiche e giuridiche, in particolare sul ruolo delle emozioni e sul contraddittorio, GULOTTA, EGNOLETTI, NICCOLAI, PAGANI, *Le tendenze generali e personali ai bias cognitivi e la loro ricaduta in campo forense: fondamenti e rimedi*, in www.sistemapenale.it, 11 giugno 2021; sul contraddittorio, anche in senso filosofico, PICARDI, *Il principio del contraddittorio*, in *Giuristi della "Sapienza". Questioni di filosofia del diritto*, Torino, 2015, 400-406.

³³ CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma, 1981, 433.

³⁴ FERRAIOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 629.

lora il giudice decidesse – sempre *a priori* – di rinnovare solo parzialmente l'istruttoria, il risultato che si otterrebbe sarebbe quello di una visione impari, imparziale e distorta del fatto processuale. Il giudice tende, in questo caso, a uscire dal sistema istruttoria e a tornare a essere un sistema autonomo; diviene, poi, totalmente autonomo ed estraneo nel momento in cui sceglie di non rinnovare alcunché e di fermarsi alla sola lettura dei verbali.

5. *Riflessioni sulla rinnovazione dell'istruttoria in appello...e non solo.* Studiare e comprendere i meccanismi psicologici alla base del funzionamento umano aiuta a sfruttare le informazioni che da esso derivano per creare un sistema che sia in grado di considerarli per evitare di incorrere in errori inevitabili, non determinati dal fenomeno sociale, bensì dalla natura umana. Il processo, quale sistema di soggetti che comunicano tra loro e quale sistema concernente le vicende e le emozioni umane, dovrebbe essere costruito proprio ragionando su quei processi psicologici e di memoria che necessariamente si attivano. Si è già detto delle implicazioni e delle diversità dell'esperienza immediata e mediata. La conoscenza di ciò che accade a livello conscio e inconscio, emozionale e, di conseguenza, anche cognitivo suggerisce quale sia la via “corretta” da percorrere.

L'esperienza immediata, con la sua garanzia di esperienza diretta da cui trarre tutti i significati provenienti dall'altruità se pone alcuni problemi in primo grado³⁵ – in ragione dell'esistenza di istituti come l'incidente probatorio che pur tutelando la formazione della prova nel contraddittorio esclude l'attuazione del principio di immediatezza – ne pone altri in sede di impugnazione³⁶.

³⁵ In questi termini si può pensare alla protezione sempre maggiore fornita alla persona offesa dal reato che, in particolare con la direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, in aderenza alla quale i singoli Stati membri hanno individuato istituti – tra i quali l'incidente probatorio estendendone la *ratio* di applicazione – per bilanciare il diritto dell'imputato a un giusto processo e la tutela della vittima. Analogamente si è mossa la Corte di cassazione con un'interpretazione sempre più estensiva dell'art 190 bis c.p.p. Tra gli altri, sull'anticipazione dell'assunzione della prova in primo grado, BORASI, *L'anticipazione dell'assunzione probatoria nel processo penale: evoluzione e prospettive future*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2010, 1, *passim*; sul rapporto tra incidente probatorio e rinnovazione, SURACI, *Incidente probatorio, prova rinnovabile e dibattimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 11, *passim*.

³⁶ TRAPPELLA, *Immediatezza cedevole, conoscenza della prova e attribuzioni del giudice che sentenza*, cit., 19 ss.; LIVI, *Profili critici delle Sezioni unite Bajrami: ciò che resta dell'immediatezza*, in questa *Rivista*, 2020, 1, *passim*. Per quanto concerne la rinnovazione in caso di mutamento del giudice di primo grado, ai sensi dell'art. 525 c.p.p., uno tra i problemi principali è quello di dover, la parte, chiedere

In particolare, diverse questioni si sono poste in merito alla rinnovazione probatoria in appello, proprio in relazione allo stretto legame dei due istituti. L'impugnazione di cui si tratta, infatti, ha subito, negli anni, una vera e propria metamorfosi passando dall'essere il metodo di correzione degli eventuali errori presenti nella decisione di primo grado all'essere un nuovo e diverso giudizio - *novum iudicium* - nel quale le valutazioni esperibili riguardano tanto il fatto quanto il diritto. Pur non essendovi una garanzia sull'emanazione di una più appagante sentenza di secondo grado, è vero che sussiste una più alta probabilità di avvicinarsi alla verità fattuale procedendo con una rielaborazione critica del *quantum* probatorio fornito dalle parti³⁷. Per questo il legislatore si è soffermato sulla necessità di assicurare due gradi di giudizio, in cui il secondo deve concretamente permettere all'imputato - a prescindere dal contenuto della sentenza già emanata - di difendersi, criticandola e dimostrandone l'eventuale erroneità³⁸. Il controllo operato dal secondo giudice, quindi, se prima era considerato come mero strumento di eliminazione di eventuali errori commessi in primo grado è, poi, divenuto sempre più ampio, estendendo i poteri esercitabili dallo stesso, portando, in parte, a una svalutazione della decisione del giudice di *prime cure*³⁹. L'iniziale interpretazione circa la funzione dell'impugnazione ha portato - tra le varie conseguenze - a una limitazione, a una interpretazione restrittiva, della rinnovazione dibattimentale, legata esclusivamente alle ipotesi - tassativamente previste - di cui ai commi 1, 2 e 3 dell'art. 603 c.p.p.

Rispetto a questo sistema e - in parte - anche rispetto a quello odierno devono, però, essere fatte due precisazioni: la prima attiene all'obbligo imposto agli impugnanti l'onere di presentare atti di appello precisi, chiari, sia nei motivi di doglianza sia nelle ragioni in fatto e in diritto alla base del ricorso⁴⁰; la

e motivare specificamente perché ritiene necessaria una nuova assunzione; solo qualora il giudice dovesse considerare fondata la pretesa, sarà possibile rinnovare l'istruttoria. In questo senso si sono espresse Corte cost., n. 132 del 2019; Cass., Sez. un., 10 ottobre 2019, Bajrami, Rv n. 276754.

³⁷ MUSCELLA, *Diritti probatori dell'imputato, effettività del contraddittorio e corrispondenti obblighi di attivazione e motivazione adeguata del giudice*, cit., 209.

³⁸ GAITO, *L'appello*, in *Procedura penale*, Torino, 2019, VII, 798-801.

³⁹ FIORIO, *Il diritto al controllo e la riforma della sentenza di assoluzione*, in *Regole europee e processo penale*, a cura di Gaito, Chinnici, Padova, 2016, 248 s.

⁴⁰ L. 23 giugno 2017, n. 103 vengono circoscritte le impugnazioni, imponendo una chiara e precisa delimitazione - all'interno degli atti - dei motivi di ricorso e delle ragioni che li sottendono, tanto in fatto, quanto in diritto, oltre che le prove di cui si deduce l'inesistenza, l'omessa assunzione o l'omessa o erronea valutazione.

seconda relativa ai *materialia iudicii* sui quali il giudice di secondo grado fonda la propria decisione. A differenza di quanto accade in *prime cure*, infatti, il successivo convincimento si forma sui verbali relativi a quanto assunto nel precedente grado, essendo la rinnovazione un'eccezione. Con il tempo, però, si è assistito a un'evoluzione nella costruzione del giudizio d'appello che ha conseguentemente coinvolto la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale che, risentendo di diversi sviluppi sul tema⁴¹, pur essendo ancora contrapposta all'efficienza processuale, ha cominciato a essere sistematizzata⁴².

Il mutamento di passo, certamente dettato in via di principio dalla riforma sul giusto processo si è massimamente espresso con una serie di pronunce della Corte di Strasburgo che, piano piano, ha dato filo da torcere all'Italia. La predetta Corte, infatti, ha operato diversi e specifici richiami al principio di immediatezza, ritenendolo obbligatoriamente applicabile in ogni momento del processo – pur non riconoscendolo espressamente nella Convenzione, ma riconducendolo all'art. 6 CEDU – in cui il giudicante deve decidere sulla responsabilità di un soggetto, così da sottolineare la necessità di una applicazione in ogni stato e grado dei principi del giusto processo. In sostanza, dunque, quando il giudice è chiamato a decidere la causa sia in fatto sia in diritto, indagando la colpevolezza o meno dell'imputato, in maniera conforme alla struttura del giudizio di impugnazione del singolo Paese membro, è necessario che lo stesso decida con tutti i crismi del c.d. *fair trial*⁴³. Ne discende che quando la prova è quella dichiarativa – tutt'ora prova principale nel processo italiano – la rinnovazione appare ancor di più necessaria. La valutazione circa l'attendibilità della testimonianza è tutt'altro che semplice e la stessa Corte di Strasburgo ha sostenuto che difficilmente può essere operata attraverso la sola

⁴¹ Per un *excursus* più completo della giurisprudenza sul tema BELLUTA, LUPARIA, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale fra leggi e giurisprudenza: punti fermi...e non*, in www.sistemapenale.it; FIANDANESE, *La rinnovazione del dibattimento in appello alla luce delle modifiche normative e dei principi di diritto affermati dalle Sezioni Unite Dasgupta, Patalano, Troise*, in www.penacontemporaneo.it; PULITO, *Overturning the acquittal e rinnovazione istruttoria: tra "vecchie" asimmetrie "nuove" prospettive di riforma*, in questa *Rivista*, 2021, 2.

⁴² Sulla disciplina antecedente, BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Torino, 2006, 203-229.

⁴³ Corte EDU, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, la nota pronuncia Dan ha riconosciuto la violazione della Convenzione in caso di *overturning* della sentenza di assoluzione in mancanza di una nuova audizione testimoniale. La sentenza non è stata, in realtà, una novità. Infatti, la stessa Corte si era già espressa nella sentenza Delcourt c. Belgio del 17 gennaio 1970 sostenendo che le garanzie dell'equo processo devono essere rispettate anche nel grado di impugnazione.

lettura dei verbali contenenti delle dichiarazioni. La corte alsaziana ha continuato, dopo la nota sentenza Dan c. Moldavia⁴⁴, a specificare quanto in essa contenuto precisando che il giudice di secondo grado ha l'obbligo di assumere in prima persona i testimoni a prescindere dalla richiesta formulata dalle parti⁴⁵.

La Corte di Cassazione si è dovuta, quindi, adeguare all'orientamento europeo dovendo escludere che la sufficienza della sola motivazione rafforzata utilizzata in Italia per condannare un soggetto in sede di appello a seguito di un'assoluzione in primo grado, senza che il giudice abbia proceduto personalmente all'ascolto dei testi⁴⁶. Con una nota sentenza⁴⁷, la Suprema Corte ha specificato l'esistenza dell'obbligo di rinnovare l'istruttoria dibattimentale, quantomeno per le prove decisive, in caso di possibile ribaltamento della sentenza di primo grado e ha dichiarato ricorribile per Cassazione il vizio nel caso in cui il giudice di appello si fosse sottratto alla predetta attività. La stessa Corte è, però, andata oltre utilizzando, quale criterio decisorio per pronunciare una sentenza di condanna, la stessa rinnovazione, sostenendo che il giudice di secondo grado non può evitare di considerare l'assoluzione del giudizio precedente e, dunque, per poter condannare oltre ogni ragionevole dubbio deve rinnovare l'istruttoria dibattimentale⁴⁸. Infatti, proprio il ragionevole dubbio impone di limitare le contraddizioni tra il primo e il secondo grado, per evitare che possa essere discussa l'eventualità di un'assoluzione piena. La seconda pronuncia, infatti deve avere una "forza probante" superiore, idonea, appunto, a far cadere il ragionevole dubbio determinato dalla prima assoluzione⁴⁹. Partendo da questo principio la Suprema Corte ha rimarcato la regola

⁴⁴ Corte EDU, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia.

⁴⁵ Corte EDU, 4 giugno 2013, Hanu c. Romania.

⁴⁶ Questo principio, invero, è accettato dalla Corte di Strasburgo, ma esclusivamente nel caso inverso: solo qualora il soggetto condannato in primo grado sia considerato innocente in secondo grado. In questa circostanza, infatti, è sufficiente che il giudice esprima una motivazione rafforzata circa il proprio convincimento, richiamando in maniera precisa gli errori in cui sarebbe incorso il giudice di *prime cure*, dunque, anche senza rinnovare l'istruzione probatoria; Corte EDU, 27 giugno 2017, Chiper c. Romania; Id., 29 giugno 2017, Loreface c. Italia. Sul tema, MANGIARANCINA, *Dan c. Moldavia 2: la rinnovazione in appello tra itinerari sperimentati e cedimenti silenziosi*, in *questa Rivista*, 2020, 3, 712 s.

⁴⁷ Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, Rv n. 267487-01.

⁴⁸ FIANDANESE, *La rinnovazione del dibattimento in appello alla luce delle modifiche normative e dei principi di diritto affermati dalle Sezioni Unite Dasgupta, Patalano, Troise*, cit., 6, l'autore riprendendo le parole della Suprema Corte chiarisce il c.d. criterio generalissimo del ragionevole dubbio.

⁴⁹ GERARDI, *Controlli effettivi sulla discrezionalità del decidente*, in *Il giusto processo*, a cura di Gaito, Milano, 2022, 258.

decisoria appena descritta sostenendo – in un'altra nota sentenza⁵⁰ – che anche nel caso di giudizi speciali in cui la prova non si forma in primo grado è necessario che il giudice di appello operi con la rinnovazione⁵¹.

Un punto di svolta può essere considerata la l. 103/2017⁵² che ha introdotto il c. 3 *bis* all'art. 603 c.p.p. La rinnovazione, con la riforma, è divenuta obbligatoria in tutti i casi in cui è il P.M., per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, a impugnare la sentenza di proscioglimento⁵³. Dunque, anche all'esito delle diverse spinte europee, il legislatore si è attivato per cercare di limitare la contraddizione di un dibattimento, in primo grado, fondato sui principi di immediatezza e oralità e sul metodo del contraddittorio, quale miglior metodo per il raggiungimento di un più elevato grado di conoscenza, e l'esistenza di un secondo grado di giudizio meramente cartolare, basato, quindi, su mezzi di conoscenza meno affidabili⁵⁴.

In merito, la Corte di Cassazione ha rapidamente specificato⁵⁵ che la rinnovazione non deve essere globale, ma circoscritta alle fonti di prova oggetto della censura del pubblico ministero e solo nel caso in cui, a seguito della rinnovazione di quelle, fosse assolutamente necessario per la decisione riassumere altre fonti di prova, il giudice dovrà provvedere.

⁵⁰ Cass., Sez. un., 19 gennaio 2017, Patalano, Rv n. 269787-01.

⁵¹ Sul tema, tra gli altri, GALANTINI, *La riassunzione della prova dichiarativa in appello: note a margine di Sezioni Unite Troise*, in *Dir. pen. cont. web*, 2018, 4 ss.; PULITO, *Overturing the acquittal e rinnovazione istruttoria: tra "vecchie" asimmetrie "nuove" prospettive di riforma*, cit., 8 ss.; MUSCELLA, *Rinnovazione obbligatoria dell'istruzione dibattimentale in appello e giudizio abbreviato: prassi giudiziaria, imperativi europei e prospettive di riforma*, in questa *Rivista web*, 2021, 3.

⁵² L. 23 giugno 2017, n. 103.

⁵³ Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, Troise, Rv n. 272430, secondo il principio già espresso, anche a seguito della modifica normativa la Corte di Cassazione ha scelto di escludere che l'obbligo di rinnovazione potesse essere tale anche in caso di ribaltamento in assoluzione della sentenza di primo grado. La Corte ha sostenuto, infatti, che i principi del ragionevole dubbio e della presunzione di innocenza giustificano una "soglia probatoria" differente. PULITO, *Overturing the acquittal e rinnovazione istruttoria: tra "vecchie" asimmetrie "nuove" prospettive di riforma*, cit., 5, l'autore sostiene che è ragionevole "un'architettura asimmetrica" del processo penale proprio in ragione del fine dello stesso che è l'accertamento della colpevolezza e non dell'innocenza, tanto da fondarsi sul principio di presunzione di innocenza.

⁵⁴ MUSCELLA, *Diritti probatori dell'imputato, effettività del contraddittorio e corrispondenti obblighi di attivazione e motivazione adeguata del giudice*, cit., 206; TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4, 2014, 240.

⁵⁵ Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, Troise, cit.

Le prove da rinnovare, quindi, sono esclusivamente quelle necessarie e decisive ai fini dell'accertamento della responsabilità a prescindere dal tipo di fonte di prova⁵⁶.

Secondo quanto richiamato, dunque, dottrina e giurisprudenza si sono progressivamente mosse nel senso di consentire la rinnovazione per dar modo al giudice d'appello di "toccare con mano" le fonti di prova da acquisire.

Sul tema, come noto, la prova dichiarativa focalizza su di sé l'attenzione.

L'ascolto diretto e immediato del teste, la possibilità di apprendere dai comportamenti, dal linguaggio non verbale, dall'atteggiamento non dovrebbe poter essere rinunciabile quando da quelle cognizioni dipende la costruzione del convincimento del giudice e la conseguente decisione.

La Corte di Strasburgo, infatti, ha insistito sul tema con un'altra famosa sentenza⁵⁷, continuando a insistere sulla rilevanza dell'applicazione dei canoni del giusto processo all'interno anche dei giudizi di impugnazione⁵⁸. L'imputato, infatti, secondo la Corte alsaziana deve poter esercitare massimamente il proprio diritto di difesa, in relazione alle prove e, quindi, deve sussistere la concreta possibilità per lo stesso di esaminare e controesaminare i testi, contribuendo, così, alla ricostruzione del fatto, salvi i casi eccezionali, tassativamente individuati da legge in cui ciò non risulta possibile. La produzione delle prove, dunque, deve essere integrale anche in appello quando sulle stesse può essere condotto il contraddittorio in udienza pubblica. I connotati dell'oralità e dell'immediatezza che sono individuabili nel dibattimento in primo grado, perciò, non sono rinunciabili dall'imputato se non in maniera espressa e inequivoca; l'art. 6 CEDU può essere soddisfatto solo quando viene garantito, dall'ordinamento, che in udienza pubblica si possano presentare

⁵⁶ Sul tema, Cass., Sez. un., 28 gennaio 2019, Pavan, Rv n. 275112 nella quale si legge che anche la dichiarazione del perito o del consulente tecnico deve essere rinnovata qualora il giudice di secondo grado dovesse operare un diverso apprezzamento delle dichiarazioni e qualora queste ultime fossero state decisive per il giudice di *prime cure*.

⁵⁷ Corte EDU, 11 novembre 2020, Dan c. Moldavia (2). In particolare, la Corte di Strasburgo ha sottolineato che la rinnovazione dibattimentale non possa dirsi compiuta quando al teste venga solo richiesto di confermare o disconfermare le dichiarazioni precedentemente rese. Quanto già sostenuto, infatti, dovrà essere concreta materia di confronto per il teste che dovrà, qualora sussistesse una contraddizione, spiegare da cosa questa dipenda.

⁵⁸ Sul tema, GAITO, *Ancora alla ricerca di un passaggio a nord-ovest... Oltre il giudizio d'appello*, in *questa Rivista*, 2020, 3, *passim*; MORI, *A volte ritornano: Dan contro Moldavia e il cortocircuito della rinnovazione dibattimentale in appello, tra principi consolidati e nuove tentazioni cartolari*, in *Giur. pen. web.*, 2020, 12, 1 ss.

tutte le prove decisive, davanti al giudice che è chiamato a decidere sulla responsabilità dell'imputato⁵⁹. Secondo la Corte di Strasburgo, dunque, l'immediatezza e l'oralità – a prescindere dal grado del processo in cui ci si trova – devono potersi esprimere senza limitazioni, salvi casi eccezionali, tassativamente previsti da legge⁶⁰. L'istruttoria deve essere completa al fine di garantire un processo equo, anche e soprattutto quando si deve procedere a una nuova valutazione del compendio probatorio per un'eventuale *reformatio in peius* della sentenza di assoluzione. La stessa Corte ha sottolineato l'importanza di questo contatto diretto specialmente quando si tratti di prova dichiarativa. Quest'ultima, infatti, possiede una "componente comunicativa" tanto verbale quanto non verbale di cui l'apprezzamento immediato del giudice è assolutamente necessario, proprio in ragione della capacità comunicativa e della decisione che è chiamato a prendere il giudice circa l'attendibilità del dichiarante e delle dichiarazioni⁶¹.

La Corte EDU recentemente si è di nuovo soffermata sulla centralità dell'immediatezza in un'altra nota sentenza⁶² – questa volta pronunciata contro l'Italia – proprio in ragione della lesione del principio citato e, dunque, della violazione di cui all'art. 6 par. 1 CEDU. Pur dovendo, la stessa Corte, riconoscere l'evoluzione del nostro sistema, la decisione – in coerenza con i suoi precedenti – ha sostenuto che il giudice del controllo avrebbe dovuto operare, attraverso una nuova assunzione della prova dichiarativa, un'autonoma valutazione delle prove per poter operare un ribaltamento della sentenza in senso peggiorativo⁶³.

⁵⁹ GAETA, *Quando l'assoluzione viene riformata in condanna: le regole minime europee su prova e regole di giudizio nelle impugnazioni penali*, in questa *Rivista*, 2020, 3, 690 s.

⁶⁰ Sulle eccezioni legate all'impossibilità fisica o giuridica di riascoltare il testimone in appello, ZACCHE', *Il diritto al confronto nella più recente giurisprudenza di Strasburgo e i riflessi sul sistema italiano*, in *Regole europee e processo penale*, a cura di Gaito, Chinnici, Milano, 2018, II, 257 ss.

⁶¹ MANGIARANCINA, *Dan c. Moldavia 2: la rinnovazione in appello tra itinerari sperimentati e cedimenti silenziosi*, cit., 718 s.; Corte Cost. ord., n. 205 del 2020; Corte EDU, 29 giugno 2017, Lorefice c. Italia, nella quale la Corte ha specificato quanto sia complessa l'attività di valutazione della prova testimoniale e quanto sia necessario – proprio in ragione della predetta difficoltà – che si proceda all'ascolto diretto dei testi escludendo che sia possibile un diverso apprezzamento della prova dichiarativa sulla base della sola lettura dei verbali.

⁶² Corte EDU, 17 giugno 2021, Morzenti c. Italia.

⁶³ GAETA, *Inmediatezza – Corte EDU, Sez. I, 17 giugno 2021, Morzenti c. Italia*, in questa *Rivista web, passim*. Per completezza si segnala anche un'altra recente sentenza della Corte di Strasburgo relativa all'importanza della rinnovazione in appello – così da rispettare il canone dell'immediatezza – dell'esame o delle dichiarazioni rese dall'imputato, Corte EDU, 8 luglio 2021, Maestri c. Italia.

Prendendo atto, quindi, dello sviluppo sul tema e della “sistematizzazione” della rinnovazione dibattimentale in appello, permangono dei dubbi sulla reale portata della stessa e ne è una dimostrazione la sentenza in commento.

Si ha la sensazione che pur convenendo sull’importanza della rinnovazione, questa sia ancora utilizzata come un istituto eccezionale. Si tende a limitare le prove oggetto di rinnovazione, specificando che – nel nostro caso – solo quelle richieste dal P.M. siano da riassumere, al massimo – secondo la giurisprudenza, sostiene la Corte – quelle intimamente connesse con l’impugnazione⁶⁴. Tutte le altre, al contrario, non dovendo essere soggette a diversa valutazione, possono non essere – nel nome dell’efficienza processuale – rinnovate. Bisognerebbe chiedersi, però, se rinnovare esclusivamente alcune delle prove assunte in primo grado sia il metodo “giusto” per garantire che il giudice d’appello, nella costruzione del proprio convincimento, sia accompagnato da una versione più “veritiera” della realtà, diversa da quella che avrebbe se avesse il solo compito di leggere i verbali.

Risposta tutt’altro che scontata; perché, in effetti, assistere immediatamente solo ad alcune delle vicende processuali del primo grado, non garantisce la costruzione di un convincimento “completo”. Il giudice, come sopra meglio spiegato, deve essere una parte del sistema processuale, deve interagire con lo stesso per poter comprendere emozionalmente e cognitivamente tutti i contenuti che lo stesso ha da offrire. Procedendo alla mera lettura dei verbali, come detto, il giudice non diviene parte del sistema, piuttosto tenta – quasi invano – di comprenderne i significati da soggetto terzo, esterno. Ciò è vero – quasi completamente – anche quando la rinnovazione istruttoria è parziale. Infatti, in questi casi, il giudicante cercherà, quantomeno in parte, di essere ricompreso nel sistema e ne comprenderà alcuni dei processi, assistendo direttamente alla formazione della prova solo in specifiche ipotesi. Per tutto ciò che non è rinnovato, il giudice si accontenterà della lettura, creando un *gap* cognitivo tra quanto appreso dall’esperienza diretta e quanto dalla lettura. Tuttavia, la Corte di Strasburgo si è già chiaramente pronunciata – come ricordato – sulla necessità di preferire un’audizione completa di tutti i testi decisivi, in grado di apportare un contributo determinante alla decisione del

⁶⁴ Tra le sentenze che hanno sostenuto il principio per cui l’obbligo di rinnovazione può essere limitato sulla base delle ragioni delle indicate nell’atto in appello della parte impugnante e che, secondo la stessa, sarebbero state erroneamente valutate dal giudice di primo grado e siano decisive per la decisione sulla responsabilità, Cass., Sez. III, 4 febbraio 2020, C., Rv n. 279425.

giudice. E se questo non fosse possibile, l'ordinamento dovrebbe individuare delle contromisure idonee a limitare la lesione del diritto di difesa – in particolare una rigorosa motivazione sull'impossibilità di riassumere alcune testimonianze e la costruzione di fattori di bilanciamento relativi alla valutazione delle prove, salvaguardando l'equità processuale⁶⁵.

Ad oggi, dunque, come già rilevato, appare chiaro che la rinnovazione non sia assolutamente considerata come obbligatoria perché funzionalmente in grado di determinare il convincimento più completo e autentico, piuttosto, appunto, obbligatoria nei soli casi in cui la legge lo dispone – casi che però sono limitati⁶⁶.

Ciò dipende anche dalla visione di più ampio respiro della Corte EDU che, a differenza del legislatore, non prevede – e non invoglia gli Stati a farlo – casi limitati e specifici di rinnovazione a differenza di quanto ha fatto il legislatore nel nostro ordinamento con l'art. 603 c.p.p. Questo perché la stessa Corte collega direttamente l'immediatezza e, quindi, il contatto diretto tra il giudice e la prova al diritto di difesa dell'imputato e alla necessità che questo si espliciti compiutamente in entrambi i gradi di giudizio. Dalla lettura dell'art. 603 c.p.p., invece, – pur dovendone riconoscere la portata innovativa del c. 3 *bis* c.p.p. e il relativo ampliamento delle ipotesi in cui il giudice deve disporre la rinnovazione delle prove decisive – emerge proprio la scelta legislativa di indicare espressamente quando si debba procedere a una nuova assunzione, escludendo l'idea e l'attuazione di una rinnovazione integrale in aderenza con l'immediatezza e l'oralità quali canoni fondamentali del giusto processo⁶⁷.

A ciò deve aggiungersi la ulteriore sensazione derivante dalla nuova riforma⁶⁸. Lo schema di legge delega realizzato dalla Commissione ministeriale⁶⁹, diver-

⁶⁵ GIUNCHEDI, *In claris non fit interpretatio. "Dan c. Moldavia 2" impone rinnovazioni effettive*, in *questa Rivista*, 2020, 3, 702; GAETA, *Quando l'assoluzione viene riformata in condanna: le regole minime europee su prova e regole di giudizio nelle impugnazioni penali*, cit., 692 s.

⁶⁶ FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *questa Rivista*, 2019, 2, 3 s.

⁶⁷ GAETA, *Quando l'assoluzione viene riformata in condanna: le regole minime europee su prova e regole di giudizio nelle impugnazioni penali*, cit., 694 s.

⁶⁸ Senza considerare, in questa sede, le innumerevoli limitazioni poste all'immediatezza durante il periodo pandemico, di cui, tra gli altri, MARANDOLA, *2022 e la mutazione genetica del processo: dalla cessazione dell'emergenza al passaggio (automatico) all'efficienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 5, *passim*.

⁶⁹ La Commissione ministeriale è stata nominata con d.m. del 16 marzo 2021 dal Ministero della giustizia ed è presieduta dal Presidente emerito della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi.

samente da quanto previsto dalla versione del d.d.l. n. 2435 del 2020⁷⁰, incide anche sulla rinnovazione *ex art. 603 c. 3 bis* c.p.p. Nella Relazione predisposta dalla Commissione, infatti, si legge delle ulteriori limitazioni alla possibilità del P.M. di proporre appello⁷¹ oltre che della ricostruzione della normativa antecedente a quella introdotta con la legge del 2017 con una sostanziale eliminazione del c. 3 *bis* dell'art. 603 c.p.p. Ne discende che l'unico strumento concretamente attivabile dall'accusa per un controllo sulla sentenza di primo grado è il ricorso per Cassazione; in caso di annullamento della Suprema Corte sarà nel giudizio di rinvio che diverrà obbligatoria la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale. Dunque, l'utilizzo del comma 3 *bis* sarà – praticamente – trapiantato nel giudizio di rinvio solo qualora in secondo grado ci sia stata una riforma della sentenza assolutoria e non nel caso in cui la riforma della sentenza derivi dalla fase rescindente e dalla successiva fase rescissoria⁷². Questa limitazione si aggiunge, ovviamente, a quella della rinnovazione comunque parziale dell'istruttoria dibattimentale, operabile solo per le prove decisive, indipendentemente dai motivi relativi alla valutazione della prova dichiarativa⁷³. Successivamente, all'atto dell'approvazione degli emendamenti del Governo al disegno di legge si è scelto di introdurre una ulteriore limitazione alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale inserendo la possibilità di esercitare quest'ultima solo qualora abbia a oggetto prove dichiarative già assunte in primo grado⁷⁴.

Il fine dell'ultima riforma, così come le modifiche processuali intervenute negli ultimi anni, richiama espressamente alla semplificazione e celerità del processo penale, attuando – più o meno bene – il principio della ragionevole du-

⁷⁰D.d.l. 13 marzo 2020, n. 2435 c.d. Riforma Bonafede.

⁷¹ Possibilità a seguito reinserita in sede di decisione del Consiglio dei Ministri all'atto di approvazione degli emendamenti del Governo al disegno di legge.

⁷² Sulla rinnovazione probatoria nel giudizio di rinvio, GAETA, *Rinnovazione istruttoria obbligatoria nel giudizio di rinvio dopo annullamento di sentenza d'assoluzione*, in questa *Rivista*, 2021, 1, *passim*.

⁷³PULITO, *Overturning the acquittal e rinnovazione istruttoria: tra "vecchie" asimmetrie "nuove" prospettive di riforma*, cit., 13 ss.

⁷⁴PULITO, *Overturning the acquittal e rinnovazione istruttoria: tra "vecchie" asimmetrie "nuove" prospettive di riforma*, cit., 21 s. l'autore si chiede se questa scelta non sia stata operata per escludere la rinnovazione in caso di impugnazione di sentenza assolutoria emanata a seguito di giudizi di primo grado in cui manca l'istruttoria. GERARDI, *Controlli effettivi sulla discrezionalità del decidente*, cit., 301-302, l'autore analizza la riforma alla luce del giusto processo e dell'efficienza processuale sostenendo che l'esito sarà quello di un diritto alla prova limitato nel giudizio di appello ed esteso nel caso di giudizio di rinvio. Ne deriva che i poteri del giudizio di rinvio sarebbero paradossalmente molto più ampi di quello del giudice di secondo grado.

rata, limitando, quindi, l'ambito applicativo della rinnovazione in appello⁷⁵. Appare chiaro che l'efficienza processuale stia prendendo sempre più spazio, anche ritagliandolo il tempo necessario allo svolgimento di un processo che possa definirsi equo, anche perché avente una ragionevole durata⁷⁶.

Nel caso in esame, il giudice ha scelto di rinnovare esclusivamente alcune delle prove dichiarative assunte in primo grado, in particolare solo quelle di cui la rinnovazione era stata chiesta dall'accusa, rifiutando, al contrario, di riascoltare i testi richiesti dalla difesa. Oltre ai rilievi fin ora svolti circa la necessità di una rinnovazione completa e dell'utilizzo del contraddittorio quale metodo dialettico idoneo alla costruzione di una realtà più complessa, possono essere svolte altre due considerazioni.

La prima relativa al ruolo della memoria nel processo penale. Fin ora si è detto della parzialità della rinnovazione e della relativa asimmetria e delle conseguenze. Occorre, però, anche se rapidamente, sottolineare che la testimonianza di coloro che vengono chiamati a ricordare eventi e sensazioni accaduti diverso tempo prima, potrebbe vacillare. Manca, infatti, la freschezza del loro contatto con l'evento e, dunque, della linearità del racconto. Il ricordo di un evento, infatti, non è la sua fotografia, ma è il risultato dell'influenza di diversi fattori che intervengono nelle diverse fasi dell'attività mnestica. Non potendo in questa sede ripercorrere compiutamente il processo mnestico nelle sue diverse fasi⁷⁷, si può, però, dire che la memoria utilizzata quando si tratta di prova dichiarativa è quella a lungo termine e che il ricordo – processo che consente di recuperare l'informazione che si trova nella memoria a lungo termine – avviene attraverso la generazione dell'informazione e poi il riconoscimento della stessa. I ricordi, tuttavia, sono estremamente influenzabili, soprattutto se tra l'evento e il richiamo dello stesso intervengono stimoli o vengono fornite nuove informazioni. Ancora, la reiterazione del ricordo, la ripetizione della narrazione, se da un lato può consentire una ricostruzione migliore dell'informazione, dall'altro può indurre il soggetto a riferirsi al “ricordo del ricordo” e non all'evento originario⁷⁸. Dunque, all'asimmetria di cui si

⁷⁵ MUSCELLA, *Diritti probatori dell'imputato, effettività del contraddittorio e corrispondenti obblighi di attivazione e motivazione adeguata del giudice*, cit., 211.

⁷⁶ Sulla ragionevole durata del processo, AIMONETTO, *La «durata ragionevole» del processo penale*, Torino, 1997, *passim*; KOSTORIS, *La ragionevole durata del processo*, Torino, 2005, *passim*.

⁷⁷ BELSKY, *Psicologia dello sviluppo*, Bologna, 2019, *passim*.

⁷⁸ BARTLETT, *Remembering: a study in experimental and social psychology*, Londra, 1932 (tr. it. *La memoria: studio di psicologia sperimentale e sociale*, F. Angeli, Milano, 1993).

diceva prima, occorre aggiungere l'ulteriore problematica dell'attendibilità del teste chiamato dopo diverso tempo, dopo aver subito l'influenza del primo processo e di una serie di stimoli e informazioni provenienti dall'esterno. In sostanza, a maggior ragione, proprio conoscendo il processo mnestico e sapendo che in appello ci sarà un fisiologico calo dell'attendibilità dei testi e delle dichiarazioni, si dovrebbe procedere a una rinnovazione completa, proprio per limitare il *gap* tra verità processuale e verità fattuale. Ascoltare nuovamente tutti i testimoni se da una parte potrebbe voler dire ascoltare soggetti forse meno attendibili, dall'altra vorrebbe dire tentare di ricostruire più compiutamente il fatto, anche grazie alle integrali dichiarazioni resi da tutti gli individui coinvolti, comprensive dei difetti sopra rapidamente rilevati.

La seconda considerazione attiene più che al concetto di diversa valutazione della prova dichiarativa, al concetto di decisività della prova⁷⁹. Se è vero, infatti, che il c. 3 *bis* dell'art. 603 c.p.p. impone che la rinnovazione venga disposta qualora il giudice ritenga di operare un diverso apprezzamento sul dichiarato di un testimone è anche vero che in tutti gli altri casi, quando la prova è decisiva per la costruzione del convincimento o lo è stata per il giudice di primo grado, a prescindere dall'eventuale valutazione sulla stessa, il giudice dovrebbe rinnovare. In sostanza i due criteri dovrebbero quantomeno essere combinati, se proprio non si dovesse vedere di buon grado l'idea di una rinnovazione totale; d'altronde, anche la Corte EDU si è espressa richiamando e accettando i diversi "sistemi riparatori" che permetterebbero di non rinnovare completamente l'istruzione alla luce della presenza di momenti idonei a garantire l'attuazione degli stessi principi sottesi alla rinnovazione, momenti che renderebbero la stessa rinnovazione superflua⁸⁰. Nel caso di specie, come detto, i testimoni a scarico non sono stati risentiti perché già ascoltati in primo grado e non oggetto di diversa valutazione. La stessa Corte di Strasburgo ha ammesso che non sia necessaria la convocazione di tutti i testi a scarico, è sufficiente che ci sia una parità di condizioni con l'accusa e che, quindi, vengano ascoltati tutti quelli necessari per la costruzione della predetta parità, e in

⁷⁹ Sul tema in commento alla medesima sentenza, TRAPPELLA, *L'immediatezza in caduta libera: l'elusione (o elisione) del principio in una sentenza sulla rinnovazione dell'istruttoria in appello*, cit., 9 ss.

⁸⁰ Si pensi all'ipotesi in cui l'imputato abbia già confessato e, quindi, si ritenga inutile la rinnovazione delle dichiarazioni dei testi.

caso di rifiuto il giudice è obbligato a motivare la mancata assunzione⁸¹. Non sembra problematico, allora, a una prima lettura che il giudice abbia escluso i testi a discarico, visto che il diritto agli stessi non è assoluto; è vero anche, però, che erano testi d'alibi. C'è da rilevare, quindi, che la disparità tra le posizioni delle parti è piuttosto evidente, facendo venire meno quella "uguaglianza delle condizioni" di cui si discorreva nel paragrafo precedente. Per quanto non sia un diritto assoluto l'ammissione della prova a discarico, nel senso di lasciare al giudice la decisione sulla necessità, rilevanza, decisività e non superfluità della prova, scegliere di non riascoltare alcuno dei testi a discarico, denota un'asimmetria piuttosto evidente e complessa da ritenere rispettosa dei principi generali. Da contraltare all'assenza di un diritto assoluto all'ammissione delle prove a discarico, però, vi è il "diritto potestativo" dell'accusa alla riassunzione delle prove orali erroneamente valutate in primo grado. La disparità di cui si è detto dipende anche da questo: mentre è discrezionale la scelta del giudice circa la riassunzione dei testi richiesti dalla difesa, non vi è - per lo stesso giudice - alcuna discrezionalità circa il nuovo ascolto dei testi dell'accusa qualora dovesse saggiarne la credibilità⁸².

A questo punto, se riassumerli non era obbligatorio perché ammettere la prova a discarico non è un diritto assoluto, la questione diviene un'altra: comprendere se quelle prove fossero rilevanti, tanto da dover essere comunque riassunte. Certamente per poter definire una prova rilevante occorre un giudizio di comparazione; quest'ultimo dipende dal profilo che deve essere indagato, dal rapporto con le altre prove e dei giudizi di apprezzamento che su ognuna il giudice sceglie di operare⁸³. Il giudizio di rilevanza operato dal giudice è volto a escludere - *a priori* - le prove che sembrano inutili per l'accertamento dei fatti, quelle prove, dunque, che le parti tendono a segnalare come necessarie per poter ampliare la cognizione del giudice e che quest'ultimo, al contrario, valuta anche seguendo il principio di economia processuale. La valutazione concerne, quindi, l'idoneità e la non ridondanza del mezzo di prova nel rapporto con l'oggetto di prova e, quindi, l'"utilità po-

⁸¹ Corte EDU, 23 novembre 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi; Id., 6 maggio 1985, Bonish c. Austria; VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza, oralità nella giurisprudenza della Corte EDU*, in questa *Rivista web*, 2016, 2, 4.

⁸² AGOSTINO, *L'ammissione della prova in appello tra diritto di difesa e parità delle parti*, in www.dialnet.unirioja.es.

⁸³ VALENTINI, *I poteri del giudice dibattimentale nell'ammissione della prova*, Padova, 2004, 114 s.

tenziale” della prova che, ovviamente, è altamente discrezionale⁸⁴. La prova decisiva, dunque, è quella senza la quale il giudice ritiene di non poter emettere una sentenza di colpevolezza corroborata da una compiuta motivazione sul tema. L’assenza della prova decisiva, difatti, vizierebbe la motivazione, rendendola fallace e creando un margine di ragionevole dubbio⁸⁵. Anche la Corte EDU si è pronunciata in una recente sentenza⁸⁶ sul significato dell’aggettivo decisiva. La prova è decisiva non in senso soggettivo – dipendente, cioè, dalle singole scelte e i singoli apprezzamenti del giudice che opera – ma lo è in relazione all’intero compendio probatorio e alla decisione emessa in primo grado. Se il giudice di *prime cure* ha soppesato la prova dichiarativa e l’ha inserita nella sua motivazione – a prescindere dalla posizione nella gerarchia – è sulla base di questa scelta che il giudice di secondo grado deve considerare quando è obbligato a rinnovare la prova⁸⁷. La decisività delle dichiarazioni e la scelta della nuova audizione, infatti, non possono – come appena richiamato – avere connotati soggettivi, determinando un’applicazione discrezionale della stessa rinnovazione, bensì deve essere legata a canoni oggettivi⁸⁸. Una delle “soluzioni” prospettabili è quella di suggerire al giudice di primo grado di essere, in motivazione, il più chiaro e lineare possibile nell’individuazione degli elementi decisivi per l’assoluzione, così da lasciare una “trama” al successivo organo giudicante che sceglierà quali fonti ritenere o meno attendibili e qualora scelga di non condividerne la valutazione, dovrà procedere a rinnovazione⁸⁹.

Da ciò ne discende – secondo la Corte di Strasburgo – che contrasti con l’art. 6 CEDU la scelta interna di escludere la vigenza della regola della rinnova-

⁸⁴ PAULESU, *Giudice e parti nella “dialettica” della prova testimoniale*, Torino, 2002, 32 s.-120; sulla valutazione della pertinenza della prova, DALIA, FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 204-207.

⁸⁵ GIUNCHEDI, *In claris non fit interpretatio. “Dan c. Moldavia 2” impone rinnovazioni effettive*, cit., 709; GIUNCHEDI, *Procès équitable e giusto processo verso nuovi (e allarmanti) assetti*, in *Il giusto processo*, a cura di Gaito Milano, 2022, 38; Cass., Sez. III, 21 gennaio 2020, n. 9878, Rv n. 278670-01; VALENTINI, *La prova decisiva*, Padova, 2012, *passim*.

⁸⁶ Corte EDU, 17 giugno 2021, Morzenti c. Italia, cit.; la Corte si era già pronunciata sul tema con due note sentenze di cui si legge, AURIEMMA, *Sulla prova “unica o determinante”, il caso Al Khawaja e Thery c. Regno Unito*, in *questa Rivista*, 2012, 571 ss.

⁸⁷ GAETA, *Immediatezza - Corte EDU, Sez. I, 17 giugno 2021, Morzenti c. Italia*, cit.

⁸⁸ GAITO, GAETA, *Legislatori e Corti nazionali sul funzionamento del processo a seguito dell’emergenza: prospettive di adeguamento agli obiettivi europei e perduranti resistenze interne*, cit., 19; Corte EDU, 17 giugno 2021, Morzenti c. Italia, cit.

⁸⁹ GIUNCHEDI, *Procès équitable e giusto processo verso nuovi (e allarmanti) assetti*, cit., 39.

zione in occasione di riforma *in peius* della sentenza sulla base della prova orale, nel caso in cui il giudice d'appello non voglia procedere a un diverso apprezzamento sul dichiarato.

Nel caso di specie, il giudice di primo grado aveva già ritenuto necessario ascoltare i testi per poter decidere, tanto che li ha ammessi; quale che sia stata la valutazione circa l'attendibilità delle dichiarazioni, certamente queste erano considerate rilevanti e non superflue. In secondo grado, il giudice ha scelto di escludere che le stesse prove potessero essere riassunte. Il giudice, dunque, in sostanza, ha prima valutato l'"idoneità" probatoria e successivamente ha scelto di non assumerla. Lo ha fatto non potendo considerare la prova irrilevante, dato che si trattava di controprova - e, dunque, intrinsecamente rilevante⁹⁰ - ma motivando l'assenza di un obbligo in ragione della valutazione identica a quella del giudice di primo grado; non ne ha potuto fare neanche una questione di superfluità (*ex art. 190 c.1 c.p.p.*), dato che ha scelto di non ammettere alcuna prova contraria. Tra l'altro si deve sottolineare che il giudice di primo grado, pur decidendo e motivando sull'inattendibilità dei testi d'alibi, ha emesso, comunque, un verdetto assolutorio. Non è chiaro, dunque, come il giudice d'appello abbia potuto, senza riascoltare gli stessi testi e, quindi, basando la propria decisione sulla sola lettura dei verbali, ritenerli inattendibili, ma pronunciandosi in maniera completamente difforme rispetto al senso del suo predecessore⁹¹.

Ma se la controprova è di per sé rilevante e conforme al *thema probandum* - anche quando il mezzo di prova è diverso da quello della prova diretta - in quanto verte sul medesimo oggetto della prova diretta⁹², non si comprende come possa non essere assunta nel nome della celerità processuale. È vero che il diritto è stato esercitato già in primo grado, dove, appunto, il giudice ha sentito i testi a scarico che ha ritenuto necessari, ma è anche vero che ascoltare esclusivamente testi a carico e non riassumere alcuno di quelli a scarico crea una disparità, oltre che un pregiudizio nella mente del giudice non trascurabile. La pronuncia di secondo grado, dunque, si è fondata sulla lettura

⁹⁰ Proprio per questo non è necessario indicare preventivamente la prova contraria nella lista di cui all'art. 468 c.p.p. è sufficiente che sia introdotto un tema di prova per ammettere la prova contraria e, dunque qualunque mezzo utile a verificarlo, ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, IV, 86.

⁹¹ TRAPPELLA, *L'immediatezza in caduta libera: l'elusione (o elisione) del principio in una sentenza sulla rimozione dell'istruttoria in appello*, cit., 10.

⁹² PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit., 124.

delle dichiarazioni dei testi della difesa e sull'ascolto di quelli dell'accusa senza ammettere la prova contraria.

Sembra proprio che il diritto del “difendersi provando” (di cui all'art. 495 c. 2 c.p.p.) venga delimitato dai confini dell'economia processuale: la parità delle armi – di cui si legge nell'art. 111 c. 2 Cost. e nell'art. 6 par. 3 lett. d) CEDU) – e che avrebbe dovuto portare all'assunzione di tutte le prove o quantomeno di quelle decisive – in senso oggettivo – sembra recessiva rispetto al principio di celerità processuale che ha, invece, condotto il giudice a riassumere esclusivamente le prove richieste dal P.M. escludendo quelle a discarico. È necessario rilevare, infatti, che la difesa ha subito un doppio “scacco”: in primo luogo è stata l'accusa a impugnare la sentenza di primo grado, producendo un secondo giudizio non riesaminabile nel merito e, in secondo luogo, il giudice ha scelto di non rinnovare le prove a discarico, limitando di fatto il diritto di difesa, così da elidere i poteri istruttori della parte che ha la funzione di instaurare il dubbio sull'impugnazione dell'accusa⁹³.

Appare più idoneo allargare le maglie della rinnovazione, includendo la possibilità di riacquisizione di tutte le prove, come vorrebbe la Corte EDU – pur non potendo imporlo ai singoli ordinamenti – eventualmente, poi, procedendo con una valutazione di manifesta superfluità, così da garantire che anche l'appello sia strutturato sulla base del metodo dialettico per un più completo accertamento del fatto, alla luce del principio di oralità e di immediatezza⁹⁴. Sul tema dell'ampliamento della rinnovazione in grado di appello, la Corte di Strasburgo si è di recente pronunciata⁹⁵ rimarcando la centralità del principio di immediatezza anche in appello, proseguendo sulla linea dalla stessa Corte già delineata e ampliando le ipotesi di rinnovazione probatoria. Nel caso di specie non era stato rinnovato – in appello – l'esame dell'imputato, assolto in primo grado e condannato in secondo grado. Non è sufficiente, infatti, che l'imputato venga semplicemente citato nell'udienza di appello, ma è necessario che egli venga ascoltato dalla giurisdizione di merito sui fatti rilevanti e determinanti per la decisione sulla colpevolezza o meno dello stesso. È compito dell'autorità, quindi, accertarsi che l'imputato abbia rinunciato non solo ad

⁹³ TRAPPELLA, *L'immediatezza in caduta libera: l'elusione (o elisione) del principio in una sentenza sulla rinnovazione dell'istruttoria in appello*, cit., 8.

⁹⁴ ANTONINI, *Giusto processo e nuova ipotesi di rinnovazione istruttoria in appello alla luce della giurisprudenza, molta più ombra che luce*, in www.dirittodidifesa.eu.

⁹⁵ Corte EDU, 8 luglio 2021, Maestri c. Italia.

assistere all'udienza, ma anche a sostenere l'esame in grado di appello, non potendo essere sufficiente la mera ed eventuale rilettura delle dichiarazioni rese in primo grado. Nuovamente, come è già accaduto nel caso Contrada, la Corte di cassazione – dopo la nuova remissione a Sezioni Unite⁹⁶ – è ora chiamata a decidere se dalla sentenza ultra-nazionale derivi un obbligo di adeguamento o se, in ragione della mancata individuazione di una violazione sistematica o strutturale del processo italiano con i diritti di cui la Corte discorre⁹⁷. In sostanza la Corte di Strasburgo qualifica l'esame delle parti e, quindi, anche dell'imputato, come un mezzo di prova e, perciò, quando decisivo nel senso della riforma della precedente sentenza assolutoria, necessariamente soggetto a rinnovazione così da garantire l'applicazione del principio di immediatezza anche nel grado di appello nei casi in cui il giudicante è chiamato a decidere sulla responsabilità⁹⁸.

Insomma, mentre la Corte di Strasburgo amplia le maglie della rinnovazione probatoria e insiste sull'applicazione del principio di immediatezza in tutti i gradi del processo, le Corti nazionali e il legislatore italiano si muovono nel senso di prediligere l'efficienza e l'economicità processuale, senza considerare le ricadute sul giusto processo⁹⁹.

In conclusione, dunque, occorre meditare – anche alla luce della centralità assunta nel panorama internazionale e della tutela che viene ad essa conferita quale esplicazione del giusto processo – sul significato dell'immediatezza cui la rinnovazione probatoria è strettamente legata, perché mezzo idoneo a tutelare, appunto, sia lo stesso principio sia quello di oralità, oltre che essere mezzo di applicazione del principio del contraddittorio, unico metodo in grado di “ricostruire” una realtà complessa, composta dall'intreccio delle dichia-

⁹⁶ A pochissima distanza dal deposito delle motivazioni della sentenza Genco, Cass., Sez. un. 3 marzo 2020, Genco, Rv n. 278054; MORI, *Di nuovo alle Sezioni Unite una questione sugli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti di soggetti diversi dal ricorrente vittorioso a Strasburgo: note a margine dell'ordinanza 45719/2021 Cass Pen. Sez. I, Mannucci*, in www.giustiziainieme.it.

⁹⁷ MANGIARANCINA, *La portata della sentenza Maestri v. Italia: le Sezioni Unite “non decidono”*, in www.penaledp.it.

⁹⁸ Per un breve *excursus* sul tema, CARDAMONE, *Reformatio in peius in appello e processo equo nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo da Dan c. Moldavia a Maestri ed altri c. Italia*, in www.questionegiustizia.it.

⁹⁹ BARGI, *Il giudice penale e la legge da applicare: dal codice Rocco alle regole europee*, cit., 90, ne è un esempio il concreto e attuale bilanciamento tra il diritto dell'imputato e la tutela della vittima del reato e la limitazione della presunzione di innocenza o del giusto processo perché rapportati alla ragionevole durata o all'equità complessiva.

razioni rilasciate da diverse parti. Tanto in primo grado, nei casi di mutamento dell'organo giudicante, quanto in sede di appello – dove la variazione è d'obbligo – il contatto diretto tra il giudice e la prova è estrinsecazione del giusto processo, sia nella declinazione del diritto di difendersi provando sia nell'applicazione del corretto metodo decisionale di cui il giudice deve dare conto in sentenza. Non sembra, infatti, completamente accettabile l'espedito, da alcuni proposto, di una video registrazione di tutte le dichiarazioni, così da creare una sorta di “immediatezza differita” in grado, in parte, di lasciare al giudice decidente la possibilità di vedere con i propri occhi gli atteggiamenti dei testi, di valutarne i silenzi e di saggiarne la credibilità¹⁰⁰. Come già sottolineato, anche in questo caso il contatto diretto con la prova è ben diverso dall'utilizzo del filtro del video; una visione asincrona se può – seppur in maniera ridimensionata – tutelare l'oralità, non garantisce l'immediatezza, conferendo al giudice un apporto gnoseologico parziale¹⁰¹.

La rinnovazione, sia davanti al giudice di *prime cure* sia in sede di impugnazione, permette il predetto contatto, non sostituibile con alcun altro metodo conoscitivo. Solo qualora dovesse divenire impossibile rinnovare, possono essere individuati “rimedi”, tali, comunque, da garantire – nel complesso – l'equità processuale. Garantire il diritto all'equo processo dell'imputato non è impossibile, secondo quanto rilevato, anche qualora vengano utilizzati rimedi che sacrificano l'immediatezza per tutelare altri interessi meritevoli di protezione¹⁰². Certamente la capacità di perimetrazione dei principi fondamentali deve essere esplicitamente e tassativamente indicata dal legislatore. Una rinnovazione parziale e soggettivamente orientata non sembra essere idonea a formare nell'organo giudicante un convincimento autentico e non pregiudizievole circa la responsabilità dell'imputato e, ancora, una mera lettura dei verbali, soprattutto quando si tratta di prova dichiarativa, lascia adito a diversi dubbi sull'equità processuale. Ancora nel caso di specie, la mancanza di problematiche relative all'irreperibilità dei testi o alla presenza di testi vulnerabili, non rende chiari i motivi per cui derogare all'immediatezza sarebbe stato possibile. Da ultimo, una limitazione del diritto alla prova come quella esercitata

¹⁰⁰ LUDOVICI, *La disciplina del giudizio nella riforma c.d. Cartabia*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 12, 1588.

¹⁰¹ Sulla necessità di un'immediatezza intesa in senso oggettivo e sul rapporto con l'oralità in caso di visione di video-registrazioni, ORLANDI, *Immediatezza ed efficacia nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 817 s.

¹⁰² NACAR, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello: dubbi applicativi e questioni di legittimità costituzionale*, cit., 317.

in sentenza, si pone in contrasto con alcune decisioni interne che ricomprendevano anche le evidenze collaterali tra le prove da riassumere per rivalutare l'attendibilità dei testi, in linea anche con le pronunce della corte alsaziana¹⁰³. La rinnovazione, istituto che ormai dovrebbe lasciare i confini dell'eccezionalità, sarebbe davvero da considerare in un'accezione pratica e sistematica con la precipua funzione di assicurare al meglio i principi di oralità e immediatezza, oltre che il diritto di difendersi provando, tutelando l'ammissione della prova contraria che, pur se non un assurge a diritto assoluto, non può essere rimodulato tanto da essere escluso nel giudizio di secondo grado. Anche potendo accettare - come sopra detto - delle limitazioni ai principi di cui si tratta, occorre rendersi conto che nessuna delle strategie create per la costruzione di un processo complessivamente equo, è in grado, concretamente, di rimediare alla mancanza del rapporto diretto tra giudice e prova e della costruzione di un contraddittorio per la e sulla prova. Non sfugge che ci sia nell'ordinamento un problema di celerità, ma più che soffermarsi sulla necessità di una efficienza processuale, tendente a una scevra rapidità nello svolgimento delle attività processuali, ci si dovrebbe concentrare sul significato di ragionevole durata del processo, in grado di coinvolgere anche l'attuazione di principi fondamentali, tra cui l'immediatezza.

GIULIA FIORUCCI

¹⁰³ TRAPELLA, *L'immediatezza in caduta libera: l'elusione (o elisione) del principio in una sentenza sulla rinnovazione dell'istruttoria in appello*, cit., 13; ne sono un esempio, Cass., Sez. VI, 12 marzo 2019, Berlingeri, Rv n. 276691; Id., Sez. VI, 6 ottobre 2015, Arcone, *ivi*, n. 265879.