

## QUESTIONI APERTE

---

### Poteri istruttori del giudice d'appello

#### La decisione

**Rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello – *Overturning sfavorevole* – Immediatezza** (Cost. artt. 24, co. 2 e 111, co. 3; C.p.p. art. 603 co. 3-bis).

*Nell'ipotesi in cui il pubblico ministero promuova appello contro una sentenza assolutoria, la corte distrettuale è tenuta, a mente dell'art. 603, co. 3-bis, c.p.p., a rinnovare quelle sole prove dichiarative che, in base agli argomenti adottati nel gravame, siano state oggetto di erronea valutazione da parte del giudice di prime cure e siano decisive per il vaglio della regiudicanda. Un tale assetto non contrasta con il principio di immediatezza, essendo unicamente finalizzato ad evitare attività istruttorie inutili in appello, destinate a replicare, quanto a modalità e ad esiti, quelle già compiute in primo grado.*

**Acquisizione della prova dichiarativa in appello – Poteri istruttori del giudice d'appello – Discrezionalità – Prova contraria** (C.p.p. artt. 495, co. 2, 603, co. 1 e 3-bis).

*Qualora in primo grado l'imputato abbia esercitato il diritto alla prova, chiedendo ed ottenendo l'esame dei testimoni che avrebbero dovuto fornirgli l'alibi, in appello residua solo un problema di valutazione delle evidenze già acquisite dal giudice di prime cure. Se questi ha ritenuto l'inattendibilità dei dichiaranti, pur giungendo, poi, all'assoluzione, a fronte dell'appello del pubblico ministero non sussiste un obbligo per la corte distrettuale di assumere nuovamente quelle prove orali: tanto deriva dall'art. 603, co. 1, c.p.p. che tratteggia un potere discrezionale per il giudice del gravame, di rinnovare l'istruttoria dibattimentale solo se ritenga di non essere in grado di decidere allo stato degli atti.*

**Cross examination – Regole di esclusione e di valutazione della prova - Inutilizzabilità – Nullità** (C.p.p. artt. 181, 182, co. 2, 191, 499, co. 6).

*Anche in appello, durante la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, vale la regola per cui spetta al giudice intervenire ex art. 499, co. 6, c.p.p. per assicurare la pertinenza delle domande formulate dalle parti ai testimoni. L'esercizio indebito di questa prerogativa non ha valenza sul piano processuale, tranne che si traduca in un'ingiustificata compressione, per parte giudiziale, del diritto dell'imputato ad effettuare il controesame; in quel caso, però, non ha luogo l'inutilizzabilità della deposizione, ma una semplice nullità relativa, sanata ove la parte colpita dal vizio nulla eccepisca.*

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

*ricorrente.*

### **L'immediatezza in caduta libera: l'elusione (o elisione) del principio in una sentenza sulla rinnovazione dell'istruttoria in appello**

La Suprema Corte si pronuncia sul ricorso promosso dalla difesa contro una sentenza d'appello che, accogliendo l'impugnazione del pubblico ministero, riformava totalmente l'assoluzione resa in prime cure; viene, così, offerta una lettura del principio di immediatezza che presenta punti di contrasto con i connotati di equità processuale impressi nella Costituzione e nelle fonti europee.

*The immediacy in free fall: the avoidance (or elision) of the principle in a judgment on the investigation renewal in appeal.*

*The Supreme Court pronounces on the appeal brought by the defense against a judgment which accepted the appeal of the prosecutor and totally reformed the acquittal made in first instance; the Court offers an interpretation of the principle of immediacy which presents points of contrast with the model of fair trial expressed by the Constitution and the European sources.*

**SOMMARIO:** 1. Parabola discendente. - 2. Controprova. - 3. Controesame. - 4. Futuribili.

1. *Parabola discendente.* Che il principio di immediatezza visse una stagione di difficoltà, stretto tra i richiami alla (pseudo)efficienza del procedere e gli inviti alla celerità a tutti i costi, era noto almeno dalle Sezioni Unite *Bajrami*<sup>1</sup>: la pronuncia in commento conferma la tendenza in un caso sulla rinnovazione dell'istruttoria in appello.

Il rispetto del canone in parola - ma, più in generale, dell'ortodossia del *fair trial* - avrebbe rimediato, sia pure in parte, allo squilibrio generato dall'appello promosso dal pubblico ministero contro la sentenza assolutoria di prime cure e avrebbe consentito all'imputato il pieno esercizio delle prerogative difensive in un contesto potenzialmente foriero di una condanna non suscettibile di riesame nel merito<sup>2</sup>.

Si parla volutamente di squilibrio, rincorrendo l'ideale di equità cui dovrebbe informarsi il rito penale e che è stato più volte invocato dalla giurisprudenza nostrana<sup>3</sup>, sia pure distorcendo le indicazioni provenienti da Strasburgo: il

<sup>1</sup> Cass., Sez. un., 30 maggio 2019, *Bajrami*, in *questa Rivista* (online), 2020 con nota di LIVI, *Profili critici delle Sezioni unite Bajrami: ciò che resta dell'immediatezza*.

<sup>2</sup> Riesame - nota FERRUA, *Brevi appunti in tema di udienza preliminare, appello e improcedibilità*, in *www.discrimen.it* - garantito a livello sovranazionale dall'art. 14, paragrafo 5 del Patto internazionale per i diritti civili e politici.

<sup>3</sup> Per uno sguardo d'insieme sull'evoluzione del principio, 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*. Equità, poi, è concetto intimamente collegato all'immediatezza; per apprezzare quella che qui viene definita come "caduta libera" del principio, è bene inquadrare alcuni concetti in materia nel loro sviluppo - diremmo - tradizionale e, forse, meno

percorso tracciato dalla Consulta<sup>4</sup>, con la sentenza n. 132 del 2019<sup>5</sup>, e dalle Sezioni Unite *Bajrami* stravolge la logica del *counterbalancing* tipica degli arresti alsaziani sull'art. 6 C.E.D.U.; si arriva ad affermare per regola generale la possibilità di derogare al contatto diretto tra il giudice e la prova<sup>6</sup>, si obbliga la parte che voglia rinnovare l'istruttoria dinanzi al nuovo decisore ad articolare le ragioni della propria pretesa e solo in quel caso - quando, cioè, la spiegazione appaia convincente<sup>7</sup> - sarà concesso acquisire di nuovo la prova.

Tali generalizzazioni mal si coniugano con gli indirizzi europei, che impongono alle corti domestiche di assicurare, nella singola vicenda, un rapporto equilibrato tra le parti, evitando assetti di svantaggio per i più deboli a detrimento della complessiva equità del giudizio.

La premessa basta ad avvedersi del come, nel caso di specie, la Cassazione non abbia fatto buon uso dei precetti sovranazionali.

Lo s'è detto: il giudice di legittimità si pronuncia sul ricorso contro una sentenza d'appello che, su impulso dell'accusa, riformava integralmente l'assoluzione di primo grado. Si versa, cioè, in un caso - diremmo - emblematico di debolezza difensiva<sup>8</sup>, come peraltro è stato pure di recente ammes-

inquinato dall'odierna visione meccanica del rito penale: si rinvia, così, a CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005.

<sup>4</sup> La Consulta fa menzione di vari arresti alsaziani e arriva a sostenere la possibilità di deroghe all'immediatezza, purché alle parti sia garantito che il nuovo giudicante conosca bene le carte processuali: in tal modo si assicurerebbe - il condizionale è d'obbligo - un bilanciato rapporto tra gli attori del giudizio e, al contempo, si conterrebbero i (sempre troppo lunghi) tempi del procedere. Tra le pronunce citate, recenti, a Corte EDU, 6 dicembre 2016, Skaro c. Croazia; Id., 2 dicembre 2015, Cutean c. Romania; Id., 27 settembre 2007, Reiner e altri c. Romania.

<sup>5</sup> Su cui NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*, in *questa Rivista* (online), 2019; MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, *ivi*, 2019; SPANGHER, *Immutabilità del giudice. La norma non è incostituzionale ma per la Corte va cambiata*, in [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it); DANIELE, *Le "ragionevoli deroghe" all'oralità nel caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale al legislatore*, in *Giur. cost.*, 2019, 1551; APRILE, *Osservazioni a C. Cost. 29.5.2019, n. 132*, in *Cass. pen.*, 2019, 3623; SCACCIANOCE, *Mutamento del giudice e rinnovazione della prova: la Corte costituzionale esorbita dai confini accusatori*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 175. Evidenziava il pericolo di una contrapposizione tra (un malinteso concetto di) efficienza e garanzie, MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, 50.

<sup>6</sup> Come denunciava la Giunta U.C.P.I. nel documento 029 del 17 ottobre 2019; critici sul punto, MAZZA, *Tradimenti di un codice. La procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino, 2020, 3 e SURACI, *La parabola dell'immediatezza nel processo penale*, in [www.penedp.it](http://www.penedp.it).

<sup>7</sup> Sulla base - dicono le Sezioni Unite - degli artt. 190 e 495 c.p.p. Si dà un'indicazione di metodo alla giurisprudenza che finisce per rovesciare gli orientamenti alsaziani, laddove, ad esempio, in Corte EDU, 10 novembre 2020, Dan c. Moldavia (2) si esalta l'osservazione del contegno del teste in udienza come strumento utile al giudice per decidere. In tema, anche RUSSO, *Tramonto dell'immediatezza o sano realismo? Le Sezioni Unite Bajrami e il novum processuale*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it).

<sup>8</sup> Utili approfondimenti sotto questo profilo, in FERRUA, *La riforma dell'appello*, in *Dir. pen. proc.*,

so dalla Consulta, parlando di «margini di “cedevolezza” più ampi» nel gravame del pubblico ministero rispetto all’omologa iniziativa dell’imputato che, invece, «si correla anche al fondamentale valore espresso dal diritto di difesa, che ne accresce la forza di resistenza al cospetto di sollecitazioni di segno inverso»<sup>9</sup>. D’altro canto – e già se n’è fatto cenno – laddove la corte distrettuale accolga l’impugnazione della procura contro un proscioglimento, all’accusato non rimane che il ricorso alla Suprema Corte, con gli ovvi limiti – evidenti anche nell’arresto in nota – legati all’impossibilità di riesaminare i fatti<sup>10</sup>.

Un quadro del genere merita interventi di recupero a vantaggio dell’accusato: proprio in quest’ottica, la Corte di Strasburgo, in *Dan*, aveva invocato il principio di equità, imponendo al giudice d’appello un «*full assessment of the question of the applicant’s guilt or innocence*», impossibile da compiersi «*without a direct assessment of the evidence*»<sup>11</sup>. Così, di fronte al pubblico ministero appellante, per addivenire alla riforma di un proscioglimento, la difesa deve essere in grado di esercitare il proprio diritto alla prova nella sua massima ampiezza: tanto serve alla corte distrettuale – si notava all’indomani delle Sezioni Unite *Dasgupta*<sup>12</sup> – per rendere una pronuncia dalla forza persuasiva superiore rispetto a quella del grado precedente; requisito, questo, indispensabile in un sistema improntato all’“oltre ogni ragionevole dubbio”<sup>13</sup>.

Recepiva questi rilievi<sup>14</sup> il “nuovo” art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p.<sup>15</sup> a dispetto del

---

2021, 1158.

<sup>9</sup> Entrambi i virgolettati sono tratti da Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 34, con nota di LEO, *La Consulta rigetta i dubbi di legittimità costituzionale dei nuovi limiti al potere di appello del pubblico ministero*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it). Per un commento della stessa pronuncia, cfr. ROMBI, *Legittime le limitazioni all’appello del pubblico ministero avverso le sentenze di condanna*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 1352.

<sup>10</sup> Anche in quest’ottica si può concordare con MAGGIO, *Nuove ipotesi di inammissibilità dell’impugnazione*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 167 quando afferma che, nel prossimo futuro, dovranno nuovamente individuarsi limiti – ci si augura: più stringenti degli attuali – all’appello del pubblico ministero.

<sup>11</sup> Ovviamente si tratta di Corte EDU, 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*, §30. Sulla stessa linea, pure Id., 21 settembre 2010, *Marcos Barrios c. Spagna*; Id., 27 novembre 2007, *Popovici c. Moldavia*.

<sup>12</sup> Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, *Dasgupta*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 6, 47 con nota di CAPONE, *Prova in appello: un difficile bilanciamento*.

<sup>13</sup> Se così non fosse, si sostanzierebbe l’assurdo logico di una sentenza di secondo grado che condanni l’imputato senza riuscire a vincere la solidità dell’impianto argomentativo offerto dai giudici di prime cure che, escludendo la responsabilità dell’imputato oltre ogni ragionevole dubbio, lo proscioglievano. GIUNCHEDI, *Ulisse approda a Itaca. Le Sezioni Unite impongono la rilevabilità d’ufficio dell’omessa rinnovazione dell’istruzione dibattimentale*, in *questa Rivista* (online), 2016.

<sup>14</sup> Come affermava testualmente l’On. Donatella Ferranti, Relatrice di maggioranza, nella seduta alla Camera n. 801 del 22 maggio 2017.

<sup>15</sup> Utili approfondimenti in CABIALE, *Morfologia dell’atto d’impugnazione e criteri di ammissibilità*, in *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di Scalfati, Torino, 2017, 181; CAPRARO, *Novità per l’appello: concordato sui motivi e obbligo di rinnovazione istrutto-*

quale, però, si è registrata una serie di *inventiones* giurisprudenziali<sup>16</sup> sistematicamente finalizzate ad erodere il portato della norma e l'obbligo per la corte d'appello di rinnovare l'istruttoria dibattimentale in caso di gravame del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per ragioni attinenti alla valutazione dell'evidenza dichiarativa<sup>17</sup>. Tra gli arresti esplicativi dell'orientamento ve n'è uno che limita l'obbligo di rinnovazione alle sole prove «che, secondo le ragioni specificatamente prospettate nell'atto di impugnazione» della procura «siano state oggetto di erronea valutazione da parte del giudice di primo grado e siano ritenute decisive ai fini della valutazione di responsabilità»<sup>18</sup>.

L'assunto - richiamato dalla sentenza ora in commento - cozza con la logica del *counterbalancing* da cui - s'è detto - figlia lo stesso art. 603, co. 3-bis, c.p.p. che la giurisprudenza nostrana, di fatto, elide per evitare - leggiamo

---

*ria*, *ivi*, 201; CERESA GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte dellative. A proposito dell'imminente varo del d.d.l. C 4368 (e dei recenti interventi delle Sezioni Unite)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); CHINNICI, SCACCIAOCE, *Il legislatore scopre 'ancora una volta' il concordato sui motivi d'appello e 'per la prima volta' la prova orale nell'immediatezza*, in questa *Rivista* (online), 2018; GIALUZ, CABIALE, DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 186; MACCHIA, *Le novità dell'appello: rinnovazione dell'appello, concordato sui motivi*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); MARANDOLA, *Prime riflessioni sul "nuovo" giudizio d'appello*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 2, 159; MARANDOLA, *La riforma Orlando si completa: approvato il decreto legislativo sulle impugnazioni*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); POLIDORO, *Istruttoria dibattimentale nel processo di appello e rinnovazione delle dichiarazioni provenienti dalle fonti di prova tecnicamente qualificate: ipotesi e soluzioni*, in questa *Rivista* (online), 2018; SURACI, *La rinnovazione del dibattimento in caso di proscioglimento*, in *La Riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, al Codice di procedura penale e all'Ordinamento penitenziario*, a cura di Spangher, Pisa, 2017, 255.

<sup>16</sup> Guardando alle Sezioni Unite *Bajrami*, DI BITONTO, *Mutamento del giudice dibattimentale ed esame delle persone già sentite dinanzi al giudice sostituito*, in [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it) è critica sull'atteggiamento di una giurisprudenza che pare toccare la sfera della produzione normativa, modificandone il tenore letterale. Analoghe considerazioni sono sviluppate da PASCUCCI, *La testimonianza della persona offesa minorenni*, Torino, 2021, 145.

<sup>17</sup> Per evitare un fuori traccia, si tralasceranno quegli arresti che escludono l'operatività dell'art. 603, co. 3-bis, c.p.p. nel caso di doppia conforme di assoluzione o di riforma in appello della condanna in senso favorevole all'imputato: sul tema, a partire dalle Sezioni Unite *Troise*, GALANTINI, *La riassunzione della prova dichiarativa in appello: note a margine di Sezioni Unite Troise*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) o, guardando a decisioni più recenti, VARRECCHIONE, *L'inapplicabilità dell'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello ex art. 603, c. 3-bis c.p.p. nel caso di c.d. doppia conforme di assoluzione*, in [www.penaledp.it](http://www.penaledp.it). In argomento pure TURCO, *Giudizio d'appello e overturning in melius: per le Sezioni Unite non scatta l'obbligo di rinnovare la prova dichiarativa*, in *Proc. pen. just.*, 2018, 904.

<sup>18</sup> Cass., Sez. III, 4 febbraio 2020, C., in *Mass. Uff.*, n. 279425. Più risalenti, ma sulla medesima linea, Id., Sez. II, 13 dicembre 2018, Prundaru, *ivi*, n. 276050 e Id. Sez. I, 7 novembre 2018, P., *ivi*, n. 276318.

nell'arresto in nota<sup>19</sup> - «un'inutile attività istruttoria».

La Suprema Corte, infatti, vincola l'obbligo normativo alle prospettazioni svolte dall'accusa nell'appello: si offre, così, un vantaggio ulteriore al pubblico ministero, con equivalente sofferenza per l'imputato, al quale non sarà dato di confrontarsi con la totalità dei testi sentiti in prime cure. Si vuole evitare di allungare i tempi e di acquisire «prove alle quali il giudice di appello ritiene di attribuire il medesimo significato già dato dal giudice di primo grado». Eppure il processo non è un'operazione aritmetica<sup>20</sup>: la sola esperienza empirica insegna come gli elementi raccolti in giudizio siano in grado di influenzarsi reciprocamente per cui la modifica di uno potrebbe incidere sulla complessiva valutazione degli altri; sono fattori non predeterminabili, così come non definibile a priori è la sequenza di informazioni che ciascuno dei *loquentes* riferirà<sup>21</sup> o l'evenienza che, dai dati forniti, emerga la necessità di risentire altri testi, magari per approfondire questioni già introdotte in primo grado o per affrontarne di nuove.

Non spetta certo alla difesa esplicitare il proprio interesse ad un completa-

---

<sup>19</sup> A pagina 15.

<sup>20</sup> Nonostante in più di qualche occasione la Corte abbia dimostrato di intenderlo in questo modo: si pensi alla c.d. prova di resistenza, con cui il giudice di legittimità elimina l'elemento viziato dalla sequenza processuale e comprende, poi, se la motivazione adottata dal collega di merito resti in piedi o meno. Come per l'arresto ora in commento, anche compiendo la prova di resistenza, la Suprema Corte omette di considerare il modo in cui le evidenze raccolte si completino vicendevolmente, secondo uno schema che ha ben poco dell'algebrico. Per analoghi rilievi CONTI, *Annullamento per violazione di legge in tema di ammissione, acquisizione e valutazione delle prove: le variabili giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2013, 485.

<sup>21</sup> Si pensi soltanto al concetto di teste ostile, vagheggiato nella prassi e sprovvisto di autonoma regolamentazione nel codice (cfr. FERRUA, *Lacune ed anomalie nell'esame incrociato*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 4, 1): è l'esempio lampante di colui che, in aula, renda dichiarazioni contrarie a quel che ci si sarebbe atteso, ad esempio, sulla scorta della prospettazione della parte richiedente o sulla base dei *dicta* pre-dibattimentali.

La sentenza in nota offre proprio un esempio di teste, M., che muta contegno da una fase all'altra del giudizio, e tanto sarebbe bastato ad imporre l'audizione degli altri dichiaranti invocati dalla difesa. Due passaggi sono particolarmente perspicui. Il primo, a pagina 22: «si tratta, come non risulta controverso, di un teste reticente, spaventato, sfuggente che ha reso, fin dalle indagini preliminari, dichiarazioni timorose e parziali sulla responsabilità dell'imputato». Il secondo, a pagina 24: «rinnovato l'esame in secondo grado, l'atteggiamento palesato dalla donna e il tenore delle sue dichiarazioni, attestano che M. è un soggetto (finalmente) sereno, anche in dipendenza dell'allontanamento geografico dai luoghi teatro del fatto e, dunque, non animata da intenti calunniosi ai danni di S. né mossa da un interesse o senso di malanimo, rivalsa o altro». Coordinando i due brani, ne deriva che M., sia in fase d'indagine che in primo grado, avrebbe omesso informazioni e dati riferiti, invece, in appello, grazie anche alla recuperata serenità di cui parla la corte distrettuale: la mutata versione – riconosciuta dalla corte di legittimità – avrebbe obbligato un nuovo ascolto degli altri testimoni, in modo da collocare il racconto nell'economia delle evidenze raccolte e, se del caso, da sottoporlo a riscontri mediante domande e confronti con gli altri dichiaranti.

mento della rinnovazione già sollecitata nel gravame accusatorio; vale, infatti, quanto si osservava in apertura ricordando le Sezioni Unite *Bajrami* e la pretesa, rivolta alle parti, di indicare specificamente le ragioni che imporrebbero di acquisire, davanti al nuovo giudice, le prove già raccolte dinanzi al vecchio, ferma restando la valutazione del decidente sulla non superfluità della rinnovazione<sup>22</sup>: se in *Dan(2)*<sup>23</sup> la Corte europea ha richiamato «*the possibility for the accused to be confronted with a witness in the presence of the judges who will ultimately decide the case*»<sup>24</sup>, lo ha fatto perché «*the observation made by the court about the demeanour and the credibility of a witness may have important consequences for the accused*»<sup>25</sup>, e l'argomento già basta ad escludere compromessi sull'immediatezza in primo, come in secondo grado<sup>26</sup>.

In entrambi i casi, infatti, l'esigenza difensiva di sentire la totalità dei testi è insita nella garanzia che le deriva dall'immediato contatto tra il giudice e le prove: qualsiasi ulteriore onere argomentativo sul punto non solo non è richiesto dalle norme, ma è contrario alla logica di un processo giusto, orientato alla Costituzione e ai referenti europei<sup>27</sup>.

Tirando le somme, è opportuno leggere l'arresto in commento alla luce dei riferimenti alsaziani sull'immediatezza: ci si accorge subito del come la Corte

<sup>22</sup> Con critiche alle Sezioni Unite *Bajrami* anche sui nuovi oneri imposti alle parti, NATALINI, *Nuovo dibattito con collegio diverso: riassunzione limitata*, in *Guida dir.*, 2019, 46, 64.

<sup>23</sup> Corte EDU, 10 novembre 2020, *Dan c. Moldavia* (2).

<sup>24</sup> §51.

<sup>25</sup> Sempre il §51.

<sup>26</sup> La chiosa sembra accordarsi con le Sezioni Unite *Iannasso* (Cass., Sez. un., 15 gennaio 1999, *Iannasso*, in *Mass. Uff.*, n. 212395): esse escludevano che «quando l'ammissione della prova sia nuovamente richiesta, il giudice che la ammetta ai sensi degli articoli 190 e 495 cod. proc. pen. abbia il potere di disporre la lettura delle dichiarazioni raccolte nel dibattimento precedente, alla quale non consentano entrambe le parti, senza previo esame del dichiarante». L'adagio, ripetuto dalle Sezioni Unite *Cremonese* (Id., Sez. un., 28 novembre 2001, *Cremonese*, *ivi*, n. 220511) è smentito dalla sentenza *Bajrami* che, incuneandosi in un (apparente) vuoto argomentativo, riteneva che il precedente Consesso riunito non avesse sviluppato l'interrogativo per cui «se, investito della predetta richiesta, il nuovo giudice potesse valutarla secondo i parametri ordinari (artt. 495 e 190, comma 1, cod. proc. pen.), ed in ipotesi motivatamente non accoglierla, ovvero fosse vincolato ad ammetterla». Ammesso che le Sezioni Unite *Iannasso* e *Cremonese* non avessero affrontato il tema, sarebbe bastata una corretta esegesi del dato europeo proveniente dalle sentenze *Dan* (e *Dan (2)*) e dalla conforme giurisprudenza sull'art. 6 C.E.D.U. Sulle Sezioni Unite *Iannasso*, cfr. PAULESU, *Mutamento del giudice dibattimentale e diritto alla prova testimoniale*, in *Cass. pen.*, 1999, 2494.

<sup>27</sup> Rilievo analogo è approfondito da DE CARO, *La Corte Costituzionale chiama, le Sezioni Unite rispondono: il triste declino del principio di immediatezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 301 che ricollega le Sezioni Unite *Bajrami* al tentativo di rendere norma generale la previsione, invece eccezionale, dell'art. 190-bis c.p.p. Lo stesso disposto che già DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Padova, 2012, 199 o ID., *L'art. 190bis c.p.p.: «controriforma» del diritto probatorio*, in *questa Rivista* (online), 2016 indicava come foriero di una «limitazione del diritto alla prova che condiziona le metodiche di conoscenza sottraendole alle logiche confutazionistiche tipiche del contraddittorio» (1).

nostrana fraintenda il principio, a tutto vantaggio di un altrettanto equivoco rimando all'efficienza<sup>28</sup> del procedere.

È sfuggita un'occasione, imperdibile secondo la logica dell'«oltre ogni ragionevole dubbio»: in un ambito di critica ad una sentenza assolutoria – cioè ad un pronunciamento che rimarcava incertezze sulla tesi d'accusa – si ammette che il giudice d'appello possa ribaltare l'esito senza concedere alla difesa – cioè alla parte che ha interesse a coltivare il dubbio allignante nella decisione impugnata – pieni poteri istruttori. La si condanna, anzi, ad un secondo frangente di svantaggio, dopo quello derivato dal fatto di partecipare ad un giudizio di impugnazione la cui condanna finale non è passibile di un riesame nel merito, e si sancisce la correttezza dell'assetto per evitare – vale la pena di ripeterlo – inutili */sic/* attività probatorie.

Un cenno finale merita la tecnica argomentativa. La decisione annotata parla di «un orientamento ormai diffuso in giurisprudenza» o di una «giurisprudenza di legittimità [che] ha chiarito che ...»<sup>29</sup>, come a dire che, essendo le tesi ormai consolidate nella produzione del Supremo Collegio, esse sono perciò stesso solide. In realtà ripetere all'infinito un *refrain* inappagante o, peggio, scorretto sul piano dei riferimenti di fonte superiore non serve a renderlo vero: ci si attende, per il futuro, un cambio di passo, possibile a patto che la magistratura abbandoni concezioni meccanicistiche del processo penale, tali per cui funziona solo quel che va veloce. Peggio ancora se – come è accaduto nel recente passato<sup>30</sup> – gli epiloghi argomentativi della Suprema Corte sono suffragati da argomenti europei distorti, giacché funzionali – di nuovo – ad una malintesa cultura dell'efficienza/rapidità del procedere.

<sup>28</sup> Equivoco perché confuso con la rapidità a tutti i costi (cfr. FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *questa Rivista*, 2019, 394) e svincolato, invece, da un auspicato traguardo della qualità del prodotto del procedere: ciò che si attende chiunque si approcci alla giustizia e che diviene, così, fondamentale per maturare quel sentimento di fiducia verso le istituzioni cui chiama a gran voce la stessa Corte europea (*ex multis*, Corte EDU, 27 ottobre 2021, Ayetullah A.Y. c. Turchia). Sul binomio efficienza/qualità, cfr. C. VALENTINI, *Riforme, statistiche e altri demoni*, *ivi*, 2021 e VISENTIN, *Premesse per una ricerca su efficienza del giudizio penale e Ufficio del processo, ovvero: quanto i nuovi assetti riusciranno a garantire una giustizia di qualità?*, *ivi*, 2022.

<sup>29</sup> Entrambi i virgolettati, da pagina 15 della sentenza in nota.

<sup>30</sup> E il riferimento va nuovamente alle Sezioni Unite *Bajrami* e a Corte cost., 29 maggio 2019, n. 132 per cui, oltre alla bibliografia sin qui richiamata, volendo, TRAPELLA, *Immediatezza cedevole, conoscenza della prova e attribuzioni del giudice che sentenzia*, in *questa Rivista* (online), 2021. In sintesi estrema, tanto la Consulta, quanto la Cassazione richiamano il criterio del *counterbalancing* ma lo sradicano dal caso concreto per tentare, invece, di creare degli obblighi per il legislatore, che dovrebbe individuare posizioni generali in corrispondenza delle quali assecondare o smentire i corollari del *fair trial*, spesso, in ragione di una logica efficientistica che – lo si è visto – poco somiglia al processo giusto tratteggiato dalla Costituzione e dai diritti europei.

Gli spunti sono vari e servono a meglio inquadrare le critiche che appresso saranno sviluppate attorno ai rilievi che la sentenza commentata compie su prova contraria e controesame, rispondendo alle censure dei ricorrenti<sup>31</sup>: proprio a questo saranno dedicati i paragrafi che seguono.

2. *Controprova*. L'impostazione offerta dalla Corte nell'arresto annotato provoca un *nonsense* pure in punto di prova contraria: applicando correttamente la logica del *counterbalancing*, nel caso in esame avrebbe dovuto ammettersi l'imputato all'esercizio dei diritti consacrati nell'art. 495, co. 2, c.p.p., giacché massima espressione di quelle prerogative difensive la cui esplicazione avrebbe assicurato un equilibrato rapporto con l'accusa appellante.

D'altro canto, è proprio il Supremo Collegio che, di recente, ricordava come la prova contraria sia «quella diretta a contrastare o a mostrare sotto una diversa prospettiva lo stesso fatto oggetto della prova» diretta, «o comunque ad illuminare aspetti di fatto rimasti oscuri o ambigui all'esito della nuova acquisizione»<sup>32</sup>, con l'ovvio limite della non superfluità e della rilevanza<sup>33</sup>. Il precedente toccava il tema della controprova acquisita a fronte di un'evidenza introdotta d'ufficio<sup>34</sup> e l'analogia con il caso in commento è evidente, trattandosi sempre di iniziative istruttorie subite dall'imputato e rispetto alle quali va salvaguardato il diritto di difesa<sup>35</sup>.

Ferma la premessa - abile a recuperare l'idea di una prova contraria come

<sup>31</sup> Rilievi che vanno meglio collocati nella tendenza a smantellare la struttura accusatoria posta a fondamento dell'impianto del 1988: per un'analisi di questo percorso, GARUTI, *Proposte per la ricostruzione sistematica del processo accusatorio: la fonte costituzionale*, in *questa Rivista*, 2017, 989.

<sup>32</sup> Il fraseggio della Corte sembra indulgere alla considerazione di una prova contraria che possa essere pure *indiretta*, introducendo all'attenzione del giudice pure fatti diversi da quelli indicati nel capo d'imputazione o nella lista testi accusatoria e con essi incompatibili; cfr. C. VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza, oralità nella giurisprudenza della Corte E.D.U.*, in *questa Rivista* (online), 2016, 26.

<sup>33</sup> Cass., Sez. III, 29 settembre 2021, Andriola, in *www.italgiure.giustizia.it*. Conformi, Id., Sez. VI, 28 gennaio 2015, Palermi, in *Mass. Uff.*, n. 263120 o Id., Sez. VI, 21 gennaio 2013, Leonardo, *ivi*, n. 254585.

<sup>34</sup> Il tema in giurisprudenza è ben arato: già Cass., Sez. un., 6 novembre 1992, Martin, in *Giur. it.*, 1993, II, 18 affermava il diritto delle parti alla prova contraria a seguito dell'ammissione di una nuova prova a mente dell'art. 507 c.p.p. Commenta l'arresto, MARAFIOTI, *L'art. 507 c.p.p. al vaglio delle Sezioni Unite: un addio al processo accusatorio e all'imparzialità del giudice dibattimentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 841 e, collegando la pronuncia al più generale tema dei poteri del giudice, CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, Milano, 2007, in partic. 147 ss.

<sup>35</sup> Ossia - per dirla con GIUNCHEDI, *I poteri istruttori del giudice*, in *questa Rivista* (online), 2014, 4 - il diritto dell'imputato ad avere «l'ultima parola sulla cristallizzazione del materiale probatorio, aprendosi verso nuove prospettive che, rispetto alle esigenze di celerità e semplificazione, cedano il passo alla profondità dell'accertamento nel segno di quella considerazione di non colpevolezza che impone l'acquisizione di ogni mezzo di prova a favore dell'imputato».

massima estensione delle posizioni difensive, al punto che esiste uno specifico motivo di ricorso per Cassazione a sua tutela<sup>36</sup> - occorre confrontarsi con gli argomenti spesi nella pronuncia in commento.

Si legge che «sui fatti costituenti oggetto delle prove a carico», «in quanto oggetto di specifico accertamento in primo grado, l'imputato già in quella sede ha esercitato il suo diritto alla prova a discarico, indicando e facendo esaminare tutti i testimoni che avrebbero dovuto fornirgli l'alibi poi fallito; sicché, in appello, residua solo un problema di valutazione della prova a discarico acquisita nel corso del giudizio di primo grado»<sup>37</sup>.

L'assurdità dell'approdo è evidente: la Suprema Corte evidenzia come pure il giudice di prime cure abbia ritenuto l'inattendibilità della prova d'alibi; ciononostante è pervenuto al proscioglimento e l'accusa, appellando, intende reintrodurre testi a carico, già sentiti e, con evidenza, considerati insufficienti ad attestare la responsabilità dell'imputato oltre ogni ragionevole dubbio. Con altre parole, il pubblico ministero chiede di risentire quei dichiaranti, sperando in una valutazione diversa da parte della corte distrettuale. Ora, se è concesso all'accusa confidare nel nuovo vaglio di secondo grado, per una semplice ragione di equilibri processuali, identica pretesa spetta alla difesa, a tacere del fatto - su cui già s'è spesa più di qualche considerazione - che la modifica del quadro probatorio, mediante nuovo ascolto di testimoni già escussi, può incidere sulla valutazione degli altri *loquentes*<sup>38</sup>.

Il richiamo al *fair trial* nella sua dimensione equitativa conduce il giudice dell'appello ad un dovere di ammissione della prova contraria, sì da completare la piattaforma istruttoria su cui deve decidere a seguito del gravame accusatorio: tanto, in fondo, deriva dalla piana lettura dell'art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p. che non opera *distinguo* di sorta sul tipo di prova da rinnovare.

<sup>36</sup> Approfondisce questo aspetto C. VALENTINI, *La prova decisiva*, Padova, 2012, 167 ss.

<sup>37</sup> Con queste esatte parole, la sentenza in nota, a pagina 16.

<sup>38</sup> A ben vedere l'arresto in nota affronta il punto (pagina 17), laddove ritiene infondata la tesi secondo la quale il rinnovato giudizio di attendibilità di M. avrebbe dovuto imporre di rinnovare l'esame dei testi d'alibi, perché la riconosciuta credibilità della prima avrebbe inciso sulla valutazione dei *dicta* altrui. Dice la Corte: «si tratta, in effetti, di un'argomentazione caratterizzata da un evidente salto logico perché il giudizio di falsità e inattendibilità dei testi d'alibi era già stato compiuto dal primo giudice, sicché l'emergere di ulteriori elementi di criticità di dette dichiarazioni, in quanto contrastanti anche con le credibili dichiarazioni di M., rende superfluo di procedere alla rinnovazione delle dichiarazioni già scartate perché in contrasto con gli altri elementi probatori acquisiti».

L'errore in cui incappa il Collegio è di impostazione, visto che accetta che il giudice di merito, aprioristicamente, possa stabilire se le rinnovate (e rivalutate) asserzioni di un teste lascino indenni le altre che, quindi, potranno essere giudicate sulle carte e sulla scorta del vaglio già compiuto nel grado precedente. S'è visto, però, come un tale meccanismo sfugga alla possibilità di predeterminarne matematicamente l'esito, con perdita di pregio per le argomentazioni della Corte.

La Corte, viceversa, si addentra in un faticoso percorso sulla discrezionalità giudiziale e sulla decisività dell'evidenza da riacquisire, con risultati francamente insoddisfacenti.

Sotto il primo profilo, andrebbe recuperato l'assunto per cui discrezionalità è al contempo *dovere conoscitivo* e *potere dispositivo*<sup>39</sup> - o, per dirla con Ferrajoli - *di connotazione*<sup>40</sup>, necessario ad avvicinare l'astrattezza normativa alla concretezza del fatto<sup>41</sup>. La sentenza in commento invoca l'art. 603, co. 1, c.p.p. nel descrivere la situazione del giudice chiamato, a fronte del gravame accusatorio, ad assumere prove a discarico già ritenute inattendibili<sup>42</sup> dal magistrato di prime cure: egli è «titolare di un potere discrezionale»<sup>43</sup> e procede alla riacquisizione solo se ritiene di non essere capace di decidere allo stato degli atti<sup>44</sup>.

Ebbene, se si afferma la sussistenza di un potere discrezionale in capo al giudice, si esclude al contempo che egli sia *legibus solutus*, dovendo, invece, realizzare l'obiettivo previsto dalla norma, che è quello di accertare il fatto all'esito di un processo giusto e, dunque, equo. Ne deriva che il suo dovere conoscitivo è funzionale alla realizzazione di un siffatto progetto gnoseologico e che, di diretta conseguenza, per decidere deve esplorare ogni possibile contributo, concedendo alle parti il medesimo spazio argomentativo<sup>45</sup>. In questo

<sup>39</sup> Cfr. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 128.

<sup>40</sup> FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, rist. 2018, 136.

<sup>41</sup> Per interessanti riflessioni sui prolegomeni alla nozione in parola TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010, 44.

<sup>42</sup> O anche irrilevanti, inammissibili o inutilizzabili laddove il vizio non dipenda dalla violazione di un divieto a mente dell'art. 191 c.p.p.: *ex multis*, Cass., Sez. III, 8 aprile 2010, P.G. e altri, in *Mass. Uff.*, n. 247190.

<sup>43</sup> La sentenza in nota, pagina 16. A ben vedere la giurisprudenza ha ammesso, in passato, il ricorso all'art. 603, co. 1, c.p.p. in caso di prove non acquisite in primo grado per mancata iniziativa di parte: cfr. Cass., Sez. V, 19 ottobre, Pirastu, 1999, in *Mass. Uff.*, n. 216102.

<sup>44</sup> Per un inquadramento sistematico della norma SAPONARO, *Il concetto di prova nell'art. 603 c.p.p.*, in *La prova nel giudizio di appello*, a cura di Iandolo, Torino, 2014, 13; BARGIS, *Attività investigativa del difensore per il giudizio di appello*, in *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, a cura di Bargis e Belluta, Torino, 2013, 200-201; CHINNICI, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di appello*, in *Cass. pen.*, 2012, 3167; BORRACCI, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di appello tra revisio prioris instantiae e novum iudicium*, *ivi*, 2011, 2257; PERONI, sub *Art. 603*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di Grevi, Padova, 2009, 2240; DI LUCIANO, *L'appello penale nelle dinamiche giurisprudenziali*, Torino, 2009, 248; FIORIO, *La prova nuova nel processo penale*, Padova, 2008, 174; BONETTO, *L'appello*, in *Le impugnazioni*, coord. da Aimonetto, Torino, 2005, 277; PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, Padova, 1995, 195; MENNA, *Il giudizio d'appello*, Napoli, 1995, 315; MAZZARRA, *La rinnovazione del dibattimento in appello*, a cura di Fiorio, Padova, 1995.

<sup>45</sup> Un inquadramento generale di questi aspetti in MONTAGNA, *La rinnovazione obbligatoria della prova in appello: problematiche applicative*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 1150.

sensu, anche ad ammettere – come appare dalla decisione commentata – che il requisito della non decidibilità allo stato degli atti di cui all'art. 603, co. 1, c.p.p. equivalga a quello dell'assoluta necessità<sup>46</sup>, l'audizione di tutte le prove chieste a prova contraria dalla difesa era essenziale nell'ottica di un processo equo e, quindi, secondo la logica del *counterbalancing*.

Rovesciando i termini della questione, l'assunto per cui «la sentenza impugnata ... ha anche escluso l'assoluta necessità di assumere le prove richieste, il cui contenuto era già acquisito agli atti»<sup>47</sup> perde di pregio. Delle due l'una: o la corte distrettuale avrebbe dovuto evitare la rinnovazione di qualunque prova richiesta – così, però, vulnerando la *littera* dell'art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p. – o, più correttamente, avrebbe dovuto mantenere un equilibrato rapporto tra le parti, ammettendo la difesa all'escussione dei testi invocati a prova contraria.

Si arriva, così, al secondo aspetto: quello della decisività.

L'arresto annotato confonde piani diversi: guardando l'art. 603, co. 1 e 2, c.p.p., quello in parola appare come presupposto legittimante il gravame che contenga l'istanza di riassunzione probatoria<sup>48</sup>; l'art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p., tuttavia, riferisce di appelli fondati su *quaestiones* di valutazione dell'evidenza istruttoria, di talché anche l'attributo di prova decisiva va calato nella particolare configurazione offerta dalla norma. In altri termini, è assai pericoloso costruire un discorso sul "peso" della prova<sup>49</sup>, specie in casi, come quello commentato, in cui si aggancia l'esito del vaglio giudiziale alla prospettazione dell'accusatore appellante; meglio, occorre guardare al capo d'accusa e alle tecniche di confutazione difensive<sup>50</sup> e, più in generale, all'esigenza che l'imputato abbia modo di esprimersi appieno, sì che diviene necessario ciò che può garantirgli un processo realmente equo.

Stride con questi asserti la considerazione che «in tema di rinnovazione

<sup>46</sup> In dottrina, BARGIS, *Attività investigativa del difensore*, cit., 200.

<sup>47</sup> Si legga la sentenza in nota, a pagina 17.

<sup>48</sup> Come, pur per altre ragioni, osservava BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Torino, 2006, 217. Nel senso di questi primi due commi, potrebbe accogliersi la tesi di una decisività come indispensabilità ai fini del decidere, come rimarca ZAPPALA, *Commento all'art. 603 c.p.p.*, in *Comm. c.p.p. Chiavario*, 1991, 6, 204.

<sup>49</sup> Concetto sfuggente, per quanto alligni nella giurisprudenza interna ed europea con preoccupante frequenza, esso si salda con apprezzamenti di ordine soggettivo e, perciò stesso, poco controllabili. Tra gli arresti più recenti che, più o meno esplicitamente, fanno cenno ad un criterio siffatto, Cass., Sez. III, 23 ottobre 2020, Passerai, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it). Conformi, ma più risalenti, Id., Sez. VI, 25 marzo 2010, Brustenghi, in *Mass. Uff.*, n. 246667 o Id., Sez. VI, 24 giugno 2003, Sangalli, *ivi*, n. 226326.

<sup>50</sup> C. VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza, oralità*, cit., 32; in senso almeno parzialmente difforme, BALSAMO, *La corte di Strasburgo e i testimoni assenti: gli sviluppi del "nuovo corso" avviato dalla sentenza Al-Kawaja*, in *Cass. pen.*, 2013, 2837. Utili approfondimenti pure in STELLIN, *Il contributo testimoniale della vittima tra Cassazione e CEDU*, in *questa Rivista* (online), 2015, 27 ss.

dell'istruzione, non costituiscono prove decisive, che il giudice d'appello ha l'obbligo di rinnovare in caso di *reformatio in peius*, gli apporti dichiarativi il cui valore probatorio, in sé inidoneo a formare oggetto di opposte valutazioni tra primo e secondo grado, si combini con elementi di diversa natura, non adeguatamente valorizzati o addirittura pretermessi dal primo giudice, ricevendo da questi ultimi, nella valutazione del giudice di appello, un significato risolutivo ai fini dell'affermazione di responsabilità»<sup>51</sup>.

Eppure, in pronunce recenti<sup>52</sup>, la Corte nostrana aveva ampliato il concetto di decisività utile alla rinnovazione in appello, fino a comprendervi le evidenze collaterali, abili ad incidere, pure indirettamente, sul sindacato di attendibilità<sup>53</sup>: ciò che, peraltro, si poneva in linea con la produzione alsaziana, orientata ad assicurare la ripetizione della prova utile a propiziare, anche solo in via di ipotesi, l'esito assolutorio<sup>54</sup>.

A dispetto degli spunti, l'arresto in nota opta per un riferimento di segno opposto, richiamando un orientamento a dir poco restrittivo<sup>55</sup> che, pur ammettendo la possibilità di una combinazione tra elementi istruttori di segno diverso, esclude quelli che, presi da soli, non bastano a creare difformità tra i giudizi di primo e di secondo grado - magari perché non toccati dall'impugnazione - ma che acquistano nuovo significato alla luce di altri frangenti ignorati nel giudizio precedente. È la stessa Cassazione ad ammettere che le evidenze si confondono in un tutto unico, di cui è difficile - se non impossibile - scindere le varie componenti, salvo, poi, raggiungere la (illogica) conclusione che alcuni elementi possono costituire prova decisiva, mentre altri non obbligano la corte distrettuale alla rinnovazione<sup>56</sup>.

Si giunge, così, alla fine: se decisivo è quel che, in chiave di potenziale idoneità, potrebbe portare al diverso esito processuale<sup>57</sup> e se il vaglio sul gravame

<sup>51</sup> Pagina 18 della sentenza in nota.

<sup>52</sup> Cass., Sez. V, 25 gennaio 2021, Marino, in *www.archiviopenale.it*.

<sup>53</sup> In argomento, GAETA, *Rinnovazione istruttoria obbligatoria nel giudizio di rinvio dopo annullamento di sentenza d'assoluzione*, in *questa Rivista* (online), 2021.

<sup>54</sup> Come opportunamente segnala CERESA GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte dellative*, cit.

<sup>55</sup> Cass., Sez. VI, 12 marzo 2019, Berlingeri, in *Mass. Uff.*, n. 276691; Id., Sez. VI, 6 ottobre 2015, Arcone, *ivi*, n. 265879; Id., Sez. II, 22 settembre 2015, Di Trapani, *ivi*, n. 264682; Id., Sez. III, 18 settembre 2014, P., *ivi*, n. 260867; Id., Sez. VI, 1 luglio 2014, Marziali, *ivi*, n. 263944.

<sup>56</sup> Per più generali approfondimenti sui rapporti tra rinnovazione e decisività, MERLINO, *Prova potenzialmente decisiva e inammissibilità della richiesta di rinnovazione istruttoria in appello: esitazioni della giurisprudenza nella valorizzazione dei poteri officiosi del giudice*, in *questa Rivista* (online), 2019.

<sup>57</sup> Anche in sola ottica dubitativa, come sottolinea DINACCI, *L'effettività dei controlli sulla decisione tra vincoli europei e carta dei valori*, in *Cass. pen.*, 2016, 3507.

accusatorio esige un accertamento più approfondito<sup>58</sup>, essendo in gioco la sufficienza delle prove di condanna<sup>59</sup>, non è possibile negare che, dinanzi alla rinnovazione delle evidenze indicate nell'appello della procura, il riflesso della nuova attività istruttoria sulle prove a discarico potrebbe indurre ad un loro rafforzamento, con conseguente maggiorata attitudine a provocare l'assoluzione dell'imputato. Ecco perché non accontentano letture frazionate del compendio istruttorio<sup>60</sup>, né, più in generale, esegesi restrittive della decisività probatoria<sup>61</sup>.

L'ordine logico che la Cassazione avrebbe dovuto seguire nella decisione in esame avrebbe dovuto prendere le mosse dai principi generali, ormai connotati nell'osmosi tra diritto costituzionale e fonti europee: il *fair trial*, inteso come luogo dell'equilibrato bilanciamento tra le contrapposte istanze di accusa e difesa, avrebbe garantito un'esegesi ben diversa delle questioni su prova contraria e decisiva, e avrebbe scongiurato tanto la segmentazione degli elementi istruttori portati a giudizio, quanto bizzarri *distinguo* tra materiali indicati nel gravame e richiesti dalla difesa.

Già si diceva, però: la Suprema Corte ha perso un'occasione e ha preferito – è ormai chiaro – chiudersi dietro ai più limitati (e limitanti) tra gli orientamenti in tema di dinamica testimoniale; se il difetto è lampante nella parte sulla prova contraria, si palesa con ancora più forza tra i rilievi sul controesame che, per ciò, meritano specifica attenzione.

3. *Controesame*. Il *counterbalancing* avrebbe dovuto ispirare la Corte pure dinanzi alla terza delle questioni agitate dal ricorrente, allorché denunciava un

---

<sup>58</sup> A negare questa tesi, si giungerebbe ad intendere la decisività come indebito filtro capace di inibire il diritto dell'imputato ad ottenere l'acquisizione di ogni prova potenzialmente favorevole: sul tema, Cass., Sez. I, 7 gennaio 2019, R. e altri, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

<sup>59</sup> Sul punto, assolutamente condivisibile, GAETA, *Rinnovazione istruttoria obbligatoria*, cit., 6.

<sup>60</sup> Come evidenziano BELLUTA, LUPARIA, *La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 157-158, giungendo all'approdo, del tutto condivisibile, per cui «in questa sede non può che derivarne un argomento che conferma la prognosi sull'esito del prossimo vaglio di legittimità a Sezioni unite: il ribaltamento decisorio – da proscioglimento a condanna – necessita della rinnovazione delle prove dichiarative, (in prospettiva siano esse) decisive o no, indipendentemente dal metodo istruttorio adottato in primo grado» (158).

<sup>61</sup> Incapaci di porre rimedio alla situazione in cui il giudice del merito abbia deciso sulla scorta di un compendio istruttorio manchevole e, perciò stesso, inidoneo al suo convincimento. In questo senso è certamente vero che è decisiva la prova capace di scardinare l'impianto della decisione precedente (così, CAPONE, *Brevi note sul concetto di controprova decisiva*, in *Cass. pen.*, 2007, 621), ma lo è del pari che, dinanzi all'appello accusatorio, la corte ignora l'importanza delle evidenze non specificate dal pubblico ministero, potendosene avvedere solo sulle carte e tanto non bastando alla tutela dell'imputato nell'ottica equitativa più volte evocata in questo lavoro.

contegno della corte distrettuale contrario all'art. 499, co. 6, c.p.p. A ben vedere, infatti, preso atto dello squilibrio tra parte pubblica e privata, in ottica compensativa sarebbe stato opportuno (*rectius*: doveroso per un giudice tenuto a rispettare la legge) garantire alla difesa la possibilità di esaminare i testi, anche al di là dei *themata* indicati dal procuratore appellante<sup>62</sup>: quei «tentativi della difesa di estendere l'oggetto della prova dichiarativa», di cui parla la pronuncia in nota<sup>63</sup>, non avrebbero dovuto essere stigmatizzati ma, anzi, assecondati quale articolazione delle prerogative istruttorie derivanti sulla difesa dalla corretta lettura dell'art. 6 C.E.D.U. Il Supremo Consesso raggiungeva, invece, l'approdo contrario, perdendo – di nuovo – un'occasione per ristabilire i tratti del *fair trial*.

Sono due gli snodi che meritano attenzione: l'uno – trattato dalla sentenza, sulla scia di alcuni precedenti<sup>64</sup> – sulle conseguenze dell'errore giudiziale nell'acquisizione della prova dichiarativa e l'altro, taciuto dal Collegio, sui riverberi di tali mancanze sulla complessiva equità del procedimento.

È noto il *refrain* della Corte per cui l'inosservanza delle modalità prescritte per l'esame incrociato non si traduce in un vizio censurabile a mente dell'art. 606, co. 1, lett. c), c.p.p. ma, al più, provoca strascichi sul vaglio di attendibilità, potendo risultare poco credibile quel teste al quale siano state rivolte domande suggestive in esame, sia stato richiesto di particolari irrilevanti o sia stato impedito nella risposta a questioni che, invece, dovevano essergli formulate<sup>65</sup>.

Nemmeno il tentativo della giurisprudenza – di salvaguardare, cioè, l'intangibilità delle statuizioni giudiziali nella gestione della prova orale – resta indenne dall'osservazione che, in fondo, una corte che si ingerisca indebitamente nel progetto dialettico delle parti o che, al contrario, si astenga dal farlo

<sup>62</sup> Quasi a parlare di un'«insofferenza ideologica» al contraddittorio, per usare un'espressione di DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, cit., 125.

<sup>63</sup> Pagina 18.

<sup>64</sup> Se ne segnalano un paio molto recenti, a prova della continuità di un orientamento tutt'altro che condivisibile, come sarà meglio spiegato appresso: Cass., Sez. III, 21 novembre 2019, G., in *Mass. Uff.*, n. 279063; Id., Sez. III, 17 marzo 2021, Moraca, *ivi*, n. 280923.

<sup>65</sup> Per tutte, si ricorda una sentenza di quasi trent'anni fa, a dimostrazione del come tale opinione sia consolidata e risalente nella giurisprudenza della Suprema Corte: «ai sensi dell'art. 499, comma sesto, c.p.p. rientra nel potere discrezionale del Presidente di intervenire nell'esame del teste al fine di assicurare la pertinenza delle domande, la genuinità delle risposte e la lealtà dell'esame medesimo, di guisa che nessuna violazione del diritto di difesa è ravvisabile nell'intervento del Presidente che chieda precisazioni al teste circa il contenimento di una risposta conseguente ad una domanda formulata dal difensore». Non segue all'adagio alcuna – invece opportuna – chiosa sui limiti a questo potere giudiziale che, di fatto, appare illimitato. Il virgolettato è da Cass., Sez. I, 10 febbraio 1995, Rizzo e altri, in *Mass. Uff.*, n. 200241.

laddove richiesto, incide sulla complessiva tenuta del contraddittorio<sup>66</sup>: tanto sarebbe bastato per eleggere quelle dell'art. 499, co. 6, c.p.p. a regole di esclusione della prova, senza degradare la loro infrazione ad una semplice faccenda di solidità dei contenuti testimoniali<sup>67</sup>. Di fatto, ponendo l'accento sul *vulnus* contraddittoriale, si sarebbe notata una frizione tra il caso del giudice che mal gestisca la *cross examination* e il paradigma costituzionale sulla prova, giungendo all'unica possibile conclusione che il vizio conduce all'inutilizzabilità del materiale raccolto<sup>68</sup>.

Non è questa la strada battuta dalla Corte, nemmeno nella sentenza che si commenta: addirittura in quella sede vengono posti due paletti che nullificano il diritto delle parti a censurare errori giudiziari nella dinamica testimoniale. Eppure – e qui non possono che prendersi a prestito queste parole, ponendole a premessa della critica che segue – si apre «una vera *via crucis* per il difensore e, qualche volta, anche per il pubblico ministero che si avventura nell'esame dei testi. È un percorso di sofferenza e di frustrazione che registra continui scontri con l'altare su cui è collocato il giudice. Poiché egli tutto vede e tutto sa, l'esaminatore deve sopportare interferenze e intromissioni di ogni tipo»<sup>69</sup>.

La considerazione, confermabile già solo sullo spicciolo dato empirico, si scontra con l'onere che la Cassazione addebita alla parte, di eccepire la questione immediatamente dopo il compimento dell'atto<sup>70</sup>: come a dire che lo stesso giudice che si sia inserito in modo indebito tra l'esaminante e l'interrogato, magari funestando gli obiettivi dialettici del primo, sia disposto ad accoglierne le proteste e a concludere con tanto di scuse, cancellando con

<sup>66</sup> Ovvero su quella «garanzia epistemologica» che consente alle parti – tutte – di esprimersi sugli elementi da introdurre e su quelli già introdotti nel giudizio, come rileva BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex-officio*, cit., 78. In tema, pure ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti*, in *La prova nel dibattimento penale*, a cura di Ferrua, Grifantini, Illuminati e Orlandi, Torino, 2010, 3.

<sup>67</sup> Già C. VALENTINI, *La prova decisiva*, cit., 165 ss., guardando a Cass., Sez. III, 24 febbraio 2012, B., in *Dir. pen. proc.*, 2012, 10 con nota di Tribisonna, metteva in guardia sul fatto che le regole della *cross examination* erano state ormai ridotte a semplici consigli per la valutazione della prova dichiarativa, la cui violazione non era censurabile in sede di legittimità. Regole di esclusione che diventano, indebitamente, di valutazione.

<sup>68</sup> La conclusione è l'unica possibile, anche ricordando l'insegnamento di Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34 che consente, oggi, di parlare di una funzione – diremmo – terapeutica dell'inutilizzabilità, sanzione provvista di una «capacità disgregante ... sul nucleo stesso della prova irrituale, con una portata che scardina dall'interno l'efficacia dimostrativa dell'atto probatorio». E che ben può essere applicata ad infrazioni che portano a violare posizioni costituzionalmente protette. Il virgolettato è di GALANTINI, *Alla ricerca dell'"inutilizzabilità derivata"*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it).

<sup>69</sup> Sono parole di AMODIO, *La cross examination all'italiana*, in *Mille e una toga. Il penalista tra cronaca e favola*, Milano, 2010, 192.

<sup>70</sup> Così la sentenza in nota, a pagina 19.

un tratto di penna le risposte fornite (o non fornite) dal teste sulle sue stesse sollecitazioni<sup>71</sup>.

Il Collegio motiva questa stravagante opinione, guardando ad un recentissimo precedente<sup>72</sup> che qualifica come nullità relative - e non, quindi, inutilizzabilità - le indebite compressioni del diritto dell'imputato ad effettuare il controesame. Quindi, non rilevano violazioni occorse durante l'esame diretto e i vizi del controesame, pur infrangendo un referente costituzionale, sono semplici nullità relative e soggiacciono alle preclusioni degli artt. 181 e 182, co. 2, c.p.p.

Ma v'è di più. L'arresto annotato esclude pure che l'inosservanza dell'art. 499, co. 6, c.p.p. sia censurabile sotto il profilo dell'art. 606, co. 1, lett. d), c.p.p.: viene citato un precedente nel quale il ricorrente si doleva di essere stato impedito di porre al teste domande sui suoi precedenti penali onde valutare alcuni aspetti delle dichiarazioni rese, tra cui l'attendibilità<sup>73</sup>. L'approdo è motivato dal fatto che l'intervento giudiziale nel contesto in analisi «non determina alcuna violazione del diritto processuale e del diritto alla prova, poiché riguarda unicamente la disciplina dell'udienza allo scopo di evitare inutili divagazioni»<sup>74</sup>.

Questo passaggio svela tutto l'errore d'impostazione della Corte.

Partendo dall'idea di un'inutilizzabilità come sanzione forte<sup>75</sup>, capace di elidere sia il contributo viziato dall'infrazione di un divieto, sia i risultati eterodossi

---

<sup>71</sup> S'è detto: la Corte non è nuova a tali affermazioni. Si guardi, ad esempio, Cass., Sez. V, 13 febbraio 2020, Ciotti, in *Mass. Uff.*, n. 279070: «la giurisprudenza ha costantemente affermato il principio secondo cui ogni eventuale eccezione avente ad oggetto doglianze in ordine alla conduzione dell'istruttoria dibattimentale da parte del giudice deve essere immediatamente contestata dalle parti e la decisione o mancata decisione sull'incidente può assumere rilevanza nel giudizio di impugnazione solo in quanto abbia comportato la lesione dei diritti delle parti o viziato la decisione (Sez. 4, n. 1022 del 10/12/2015, dep. 2016, Vitale, Rv. 265737; Sez. 6, n. 909 del 18/11/1999, dep. 2000, Spera, Rv. 216626). E' evidente che, senza una specifica indicazione dei temi su cui la lamentata, scorretta conduzione dell'udienza aveva inciso e delle ripercussioni che ciò aveva avuto sulla sentenza impugnata, il vaglio della Corte di cassazione è impossibile».

Se può condividersi l'*explicit*, nel senso che è onere del ricorrente enucleare le proprie doglianze, rendendole chiare a chi le riceve, la premessa non appaga per le ragioni già spiegate; diverso sarebbe concedere a chi patisce l'infrazione di articularla nell'atto di impugnazione o, almeno, durante la discussione conclusiva del grado in cui il vizio è occorso.

<sup>72</sup> Di nuovo, Cass., Sez. III, 17 marzo 2021, Moraca, cit.

<sup>73</sup> Sempre pagina 19 della sentenza in commento che richiama Cass., Sez. III, 27 maggio 2010, M., in *Mass. Uff.*, n. 247288.

<sup>74</sup> Pagina 18 dell'arresto annotato.

<sup>75</sup> Si prende a prestito l'efficace espressione di GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 337-338.

che ne derivano<sup>76</sup>, è possibile – anzi, è atto dovuto – evitare la parcellizzazione del percorso di formazione della prova, per considerare l’evidenza nel suo complesso<sup>77</sup>. Se questa si discosta dai valori cui l’ordinamento pretende di informare il giudizio penale<sup>78</sup>, allora non può essere impiegata a fini decisori poiché – neanche a dirlo – ne scaturirebbe una pronuncia, a propria volta contraria ai principi fondanti il processo.

Letto in quest’ottica, l’art. 499, co. 6, c.p.p. non serve solo alla disciplina dell’udienza<sup>79</sup>, ma pone nelle mani del giudice uno strumento capace di incidere sulla fisionomia della prova testimoniale<sup>80</sup>; impiegato male, esso produce effetti esiziali sull’esperimento istruttorio, con il risultato ultimo di allontanarlo dagli archetipi costituzionali ed europei<sup>81</sup> sul *fair trial* per essere state le parti impedito nell’articolare correttamente le proprie domande o, più in generale, nel fare emergere talune informazioni che, quindi, resteranno estranee al compendio di dati utili al decidere<sup>82</sup>.

Ci si avvicina alla funzione terapeutica dell’inutilizzabilità<sup>83</sup> che, correttamente

<sup>76</sup> Sul rapporto tra violazione del divieto ed eterodossia dei risultati probatori, PISANI, *Le prove. Appunti sul Titolo I, Libro III del Progetto di un nuovo Codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 203.

<sup>77</sup> Per rilievi sulle patologie processuali, secondo il punto di vista di chi viveva il passaggio dalla vecchia all’attuale codificazione, NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Foro it.*, 1989, 646; MANZIONE, *Le nuove “regole” per l’esame testimoniale (a proposito dell’art. 499 c.p.p.)*, in *Cass. pen.*, 1991, 1481.

<sup>78</sup> Donde l’avverbio «legittimamente» nella resa finale dell’art. 191 c.p.p. In argomento, DINACCI, *L’inutilizzabilità nel processo penale: struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 39.

<sup>79</sup> Tant’è che, sempre sulla base di questa parte dell’art. 499 c.p.p. e delle altre che governano la tipologia di domande formulabili al teste, ci si è interrogati circa la possibilità che il giudice possa suggerire le risposte al dichiarante. Senza indulgere ad approfondimenti sul punto, che porterebbero ad un parziale fuori tema, si rinvia al recente contributo di BENEVIERI, *Il giudice suggestivo. L’esame testimoniale condotto dal giudice in una prospettiva tra diritto e linguaggio*, in *www.penaedp.it*, oltre alla bibliografia già menzionata.

<sup>80</sup> *Amplius*, CHIAVARIO, *Note sul tema delle inosservanze di regole per l’esame testimoniale (1996)*, in *Garanzie ed efficienza della giustizia penale. Temi e problemi*, Torino, 1998, 92-93.

<sup>81</sup> Che ormai il riferimento alla Costituzione vada ampliato, guardando alla Piccola e alla Grande Europa, è assodato. Sul punto, già CAMON, *Sulla inutilizzabilità nel processo penale dei tabulati relativi al traffico telefonico degli apparecchi “cellulari”, acquisiti dalla polizia senza autorizzazione dell’autorità giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 1996, 3721. In tema, pure BARGIS, *Note in tema di esame testimoniale*, in *Studi di diritto processuale penale. Questioni europee e “ricadute” italiane*, Torino, 2007, 262 ss.

Sotto questo profilo, non avrebbe guastato un po’ di «euro-entusiasmo all’italiana» da parte del giudice domestico. L’efficace ed ironica espressione è di V. VALENTINI, *Legalità penale convenzionale e obbligo d’interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 2, 167.

<sup>82</sup> Inutilizzabilità a tutela del giusto processo, quindi. In tema, recente, Corte cost., 3 ottobre 2019, n. 219, con nota di MORSELLI, *L’idolo del sequestro come “atto dovuto” che impedisce la declaratoria di illegittimità in caso di perquisizione illegittima*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 111.

<sup>83</sup> Chi scrive ha già sviluppato questa idea, di inutilizzabilità come cura alle discrasie tra la prova e i valori fondamentali del giusto processo: sia concesso, quindi, il rinvio a TRAPPELLA, *Equo processo e inutilizzabilità tra Codice e CEDU*, in *Arch. pen.*, 2020, 3, 774.

esplicita, è in grado di scongiurare lesioni ai valori del procedere.

Guardando i temi della sentenza in nota sotto questo peculiare punto di vista, mutano le conclusioni rispetto a quel che ha scritto la Corte.

In prima battuta, cade l'assunto per cui l'inosservanza, per parte giudiziale, delle regole che governano la dinamica della testimonianza non rileva sotto il profilo della mancata assunzione di una prova decisiva.

Se la decisività è attribuito da ricondurre alla fattispecie *sub iudice* così come tratteggiata nel capo d'accusa ed emergente dalla concreta strategia perseguita dalla difesa<sup>84</sup>, il blocco – beninteso, laddove non dovuto sulla base delle regole codicistiche – delle iniziative di parte nel dialogo con il teste crea una prova dichiarativa diversa da quella cui la difesa aveva scelto di conferire un ruolo decisivo, con l'ovvia conclusione che, appunto, nel processo è mancato un contributo determinante al decidere<sup>85</sup>.

Ma a tacere di questo, basterebbe convincersi che, nel caso denunciato dal ricorrente, ha avuto luogo un'inutilizzabilità<sup>86</sup>. E il quadro s'aggrava non appena si ricordi come il vizio sia occorso durante la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale su appello del pubblico ministero contro un proscioglimento: non solo al difensore era stata inibita l'assunzione delle prove richieste, anche – si badi sempre – nelle forme dell'art. 495, co. 2, c.p.p., ma gli era stato pure proibito di formulare la totalità di domande che aveva in animo nel perseguimento della propria strategia. Se già versava in una condizione di svantaggio per le ragioni legate alla struttura del giudizio conseguente al gravame accusatorio, un tale stato si è moltiplicato per un numero di volte equivalente agli errori commessi dal giudice d'appello e non corretti dalla Suprema Corte nella sentenza che si esamina.

---

Per riflessioni sul nesso tra garanzie processuali e rilievo delle patologie, DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, 54 ss.

<sup>84</sup> Di nuovo, C. VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza, oralità*, cit., 29-30.

<sup>85</sup> A tacere del fatto che tale contributo è mancato a causa di una limitazione al controesame, frangente essenziale al contraddittorio – e, quindi, alla connotazione di un processo realmente giusto – e vocato, per definizione, a mettere in dubbio gli asserti emersi nell'esame.

Sugli equilibri interni all'istruttoria, PAULESU, *Giudice e parti nella dialettica della prova testimoniale*, Torino, 2002, in partic. 208 ss.

<sup>86</sup> Asserto che parrebbe la logica conclusione di quell'orientamento per il quale la necessità di applicare procedure corrette nell'assunzione della prova testimoniale è strettamente correlata all'obiettivo di ottenere una testimonianza genuina, dotata di affidabilità e scevra dal rischio di manipolazioni indotte, magari in buona fede, da parte dell'intervistatore che si lascia andare a domande suggestive o, peggio ancora, nocive (così, tra le tante, Cass., Sez. III, 4 marzo 2010, B., in *Mass. UII*, n. 246984). Se genuina non è, la testimonianza non ha ragione di esistere nell'economia del processo, dunque dev'essere espunta e la sola strada è dichiarare la sua contrarietà ai dettami più profondi del giudizio giusto e proclamarne l'inutilizzabilità.

La violazione dell'art. 6 C.E.D.U. è, allora, evidente anche sotto il profilo della condotta serbata dalla corte distrettuale durante il controesame difensivo<sup>87</sup> e avrebbe meritato la più forte tra le reazioni previste per l'evidenza raccolta in un modo da sbilanciare il rapporto tra le parti e il giudice<sup>88</sup>.

*4. Futuribili*<sup>89</sup>. L'esegesi che la Corte offre del principio di immediatezza – ma, più in generale, dell'equità del giudizio – non è solo inappagante, ma finisce per negare le stesse norme che tratteggiano le prerogative della difesa secondo l'archetipo del processo giusto.

Con uno sforzo di fantasia, neppure eccessivo, si coordini l'opinione sin qui esaminata con le prassi instaurate a seguito delle Sezioni Unite *Bajrami*<sup>90</sup>: ne esce l'immagine di un processo che, in primo grado, ammette l'avvicinarsi di più figure giudicanti – persino una per udienza! – salve evenienze eccezionali e, in appello, rimette la rinnovazione alla discrezionalità della corte, limitando l'unica ipotesi apparentemente obbligatoria – quella dell'art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p. – alle sole istanze istruttorie del procuratore appellante.

Proseguendo in questo esercizio, s'immagini il caso in cui, in prime cure, sia sentito un consulente tecnico o un perito: mutando il giudicante, chi sentenzia

<sup>87</sup> Ricostruisce efficacemente il rapporto tra art. 6 C.E.D.U. e statuto interno della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, pur giungendo a conclusioni parzialmente difformi da quelle sostenute in questo studio per quel che riguarda la possibilità di contrapporre una lettura convenzionale ed una, diversa, domestica dei rapporti tra rinnovazione ed immediatezza, TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della Cedu*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3/4, 239 ss.

<sup>88</sup> Con questa considerazione non si vuole certo sottacere la logica *floue* della Corte strasburghese, incompatibile, per definizione, con le categorie predeterminate cui è abituato lo studioso di diritto interno; su questo tema, ovviamente, VOGLIOTTI, *La logica floue della Corte Europea dei diritti dell'Uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle testimonianze «anonime»*, in *Giur. it.*, 1998, 851 ss.

Da un lato, però, l'esame del caso posto all'attenzione del Supremo Consesso nostrano evidenzia plurimi punti di frizione con il paradigma tratteggiato dall'art. 6 C.E.D.U. e, dall'altro, ci si augura che il giudice nazionale acquisisca confidenza con l'idea per cui l'inutilizzabilità, ove rilevata opportunamente, è sanzione capace di rimediare a lesioni del *fair trial*, magari ancora in essere, con il risultato di salvaguardare la complessiva equità del procedere.

Questo è possibile a patto di accettare una visione d'insieme del processo, attingendo, così, proprio dalla produzione giurisprudenziale alsaziana che consentirà, cioè, di importare nell'ordinamento interno quella nozione di equità che, con chiarezza, è incompatibile con l'attuale tendenza – dimostrata anche dall'arresto in nota – di frammentare il giudizio in singoli segmenti, rispetto ai quali, poi, si esclude la sussistenza di vizi, essendo concepiti l'uno separatamente dall'altro.

<sup>89</sup> Il paragrafo avrebbe potuto essere intitolato con un interrogativo identico a quello che si poneva LA ROCCA, *Quale immediatezza, ora?*, in *questa Rivista* (online), 2020.

<sup>90</sup> E dell'obiettiva elisione dell'art. 525, co. 2, c.p.p. nel suo portato più garantistico. Sul tema, prima degli orientamenti sin qui avversati, CALANIELLO, *Mutamento del giudice dibattimentale e rinnovazione del giudizio*, in *Cass. pen.*, 1998, 1394 o, sotto la previgente codificazione, FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano, 1981, in partic. 282 ss.

non ha avuto contatto diretto con l'esperto ed è, quindi, possibile che gli residuo dubbi, incertezze o perplessità sugli aspetti tecnici desumibili dalla lettura della relazione o del verbale d'udienza; escludendo un obbligo di totale rinnovazione in capo alla corte che decide l'appello accusatorio sul proscioglimento di primo grado, può accadere che i giudici distrettuali scelgano non sentire il consulente per le ragioni più varie: è in fondo quel che è accaduto nel caso in commento e se ne ha traccia in un passaggio velocissimo dell'arresto, allorché si parla di una «questione ... relativa alla presunta mancata confutazione delle conclusioni del consulente di parte arch. M.», concludendo che la stessa è generica e versata in fatto in modo del tutto assertivo. La chiosa, poi, pone qualche difficoltà, affermando come il giudice di prime cure avesse tralasciato il predetto esame specialistico «poiché di carattere prettamente valutativo e non tecnico»<sup>91</sup>: non si spiega quale significato vada accordato al termine “valutativo” – attributo che, di norma, si affianca tanto alle domande rivolte allo specialista, quanto alle affermazioni di risposta<sup>92</sup> – e in che modo esso vada distinto dal carattere tecnico che, invece, i magistrati avrebbero preferito nella consulenza.

Se ne conclude, confermando l'impressione che il Supremo Consesso stia estendendo in modo importante i confini della discrezionalità giudiziale nel disporre la rinnovazione, riducendo *more geometrico* gli spazi concessi alla difesa per contrastare l'iniziativa accusatoria o i poteri della corte<sup>93</sup>.

Questi non sono certo espedienti retorici, ma temi che ridondano sui caratteri indefettibili del processo.

Viene in gioco il rapporto tra immediatezza e motivazione, che affonda le proprie radici nel testo dell'art. 192, co. 1, c.p.p. che esige dal decidente lo sforzo di indicare criteri di valutazione della prova e risultati acquisiti; se è vero che il diretto contatto tra il giudice e le evidenze istruttorie è metodo di formazione del giudizio<sup>94</sup>, lo è del pari che di quell'*iter* da cui origina il convincimento finale deve darsi conto proprio nella parte motiva della sentenza<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> I virgolettati sono tratti dalla pagina 19 della pronuncia annotata.

<sup>92</sup> Lo stesso legislatore, nella *littera* dell'art. 220 c.p.p., associa al perito attività valutativa: tanto conduce a perplessità sul passaggio appena esaminato.

<sup>93</sup> Collega questo stato di cose alla necessità di recidere le cause della disorganizzazione degli uffici GALGANI, *Istanze di deflazione, principio di immediatezza e ... smaterializzazione del processo penale*, in *Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia*, a cura di De Francesco, Gargani, Marzaduri, Notaro, Torino, 2019, 218.

<sup>94</sup> Come afferma TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa*, cit., 269.

<sup>95</sup> Su posizioni parzialmente difformi, TESORIERO, *ibid.*, secondo il quale «la struttura argomentativo-razionale» della motivazione, «tratteggiata a livello normativo, non necessariamente ricalca l'*iter* logico seguito dal giudice». Eppure, se l'art. 192, co. 1, c.p.p. menziona criteri e risultati della valutazione, il

Cambia se chi decide ha avuto un confronto *vis à vis* con il dichiarante o se, invece, ha letto le carte, e su questo *Dan (2)* è particolarmente chiara nel rimarcare quanto importante sia l'osservazione del contegno e del linguaggio non verbale del *loquens*: si tratta di un corredo di informazioni inintelligibili da un semplice esame del fascicolo, il cui possesso si riverbera sulla tenuta degli argomenti dedotti in sentenza<sup>96</sup>.

Seguendo questa via, occorre rammentare che – come pure la Suprema Corte evidenziava, benché in epoche non troppo recenti – sul giudice d'appello grava «l'obbligo di dimostrare specificamente l'insostenibilità sul piano logico e giuridico degli argomenti più rilevanti della sentenza di primo grado, con rigorosa e penetrante analisi critica seguita da completa e convincente motivazione che, sovrapponendosi a tutto campo a quella del primo giudice, dia ragione delle scelte operate e della maggiore considerazione accordata ad elementi di prova diversi o diversamente valutati»<sup>97</sup>; il richiamo – è lampante – va all'obbligo motivazionale delineato proprio dall'art. 192, co. 1, c.p.p. ed è rafforzato per la corte del gravame che stravolga il verdetto di grado precedente, dovendo spiegare la ragione per cui è preferibile la nuova statuizione<sup>98</sup>. Ancora, nell'*overturning in peius*, il giudice di secondo grado è ulteriormente onerato dal superamento della presunzione di non colpevolezza<sup>99</sup>, che impone ragioni stringenti per dichiarare la fondatezza del teorema accusatorio<sup>100</sup>.

Quasi algebricamente, una rinnovazione a metà è fuorviante, potendo la corte distrettuale erigere un costrutto argomentativo così forte da azzerare la pronuncia di primo grado solo acquisendo informazioni dalla totalità dei testi e

---

decidente non può esimersi dallo spiegare come è arrivato a determinate conclusioni.

<sup>96</sup> Per una prospettiva, in parte, differente, MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1976, 238 secondo il quale l'immediatezza comunica con la decisione, plasmandola, ma è scollegata dalla parte motiva che non potrebbe ospitare quelle componenti analogiche ed intuitive derivanti al giudice dal diretto approccio con la prova.

Non condivide appieno l'idea di una motivazione come specchio fedele del giudizio, AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, in partic. 214. Per una ricognizione più generale sugli orientamenti in materia, LORUSSO, *Il diritto alla motivazione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>97</sup> Cass., Sez. V, 5 maggio 2008, Aleks, in *Mass. Uff.*, n. 241169.

<sup>98</sup> E questo sempre per il nesso tra immediatezza e motivazione, che configura quest'ultima come traccia del ragionamento seguito dal giudice e maturato proprio nel diretto contatto con la prova. Spunti interessanti, già in CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937, *passim*.

<sup>99</sup> Principio che già di per sé chiama a valorizzare la parità delle parti, come evidenzia MAZZA, *Il contraddittorio attutito di fronte ai testimoni vulnerabili*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di Negri, Orlandi, Torino, 2012, 122.

<sup>100</sup> Non bastando «*une nouvelle interprétation du témoignage*» per riconoscere taluno colpevole, come ha di recente affermato Corte EDU, 17 giugno 2021, Morzenti c. Italia, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it) con osservazioni di Gaeta.

non solo da quelli selezionati dall'accusa; diversamente opinando, le inferenze logiche riflesse nella decisione d'appello sarebbero indebolite dal vaglio cartolare sul primo grado, sul quale si riverbera inevitabilmente il punto di vista del giudice di istanza precedente: ciò che appare pianamente dalla lettura dell'arresto in nota, costellato di riferimenti a come la pensava il tribunale e al modo in cui la corte d'appello manteneva intatti quegli spunti.

In sintesi estrema, la Cassazione sbaglia nel rinunciare all'immediatezza sul presupposto che non vi sarebbe conflitto tra i *dicta* dei magistrati del merito vertenti sui contributi non toccati dal gravame della parte pubblica: manca, infatti, certezza sulla concordanza d'opinioni; semplicemente, il decisore distrettuale non ha potuto formarsi un pensiero autonomo sui materiali non rinnovati e non è dato sapere come la riassunzione delle evidenze chieste dall'accusa avrebbe potuto incidere sull'eventuale nuovo ascolto degli altri testimoni.

Guardando al futuro, il pericolo è che gli orientamenti esaminati conducano il giudizio penale a scenari noti per il civile<sup>101</sup>, ove, in base ai ruoli - e, quindi, all'organizzazione interna agli uffici<sup>102</sup> - spesso accade che l'istruttoria sia demandata ad un giudice diverso da quello che, poi, stenderà la sentenza che, magari, protrattasi per anni la causa, non sarà lo stesso che ne aveva curato la parte introduttiva<sup>103</sup>.

Questa ipotesi va scongiurata, e lo si dice nel nome di un'efficienza del processo che ha tonalità ben diverse da quelle che traspaiono dall'arresto in commento: ancora una volta l'invito è alla preparazione di un giudizio che sappia offrire una decisione di qualità<sup>104</sup>, ottimizzando gli strumenti che il codice pone a disposizione degli operatori<sup>105</sup>. Nel caso in analisi - lo s'è detto

<sup>101</sup> Su questa linea troverebbe conforto la tesi di GALLUCCIO MEZIO, *Il principio di immediatezza è al tramonto?*, in *Cass. pen.*, 2020, 412 che vedrebbe nelle tendenze analizzate in queste pagine l'opzione politica dell'abbandono del sistema accusatorio.

<sup>102</sup> Anche se, in quel settore, è lo stesso art. 174, co. 2, c.p.c. a riferire della possibilità di rinunciare all'immutabilità del giudice per «gravi esigenze di servizio», ben riconducibili anche all'organizzazione degli uffici.

<sup>103</sup> D'altra parte, l'inosservanza del principio di immutabilità del giudice istruttore, in difetto di una espressa previsione di nullità, costituisce una mera irregolarità di carattere interno che non va certo ad intaccare la validità degli atti e che non produce nullità del giudizio o della sentenza. Così si pronuncia la Cassazione civile in un caso di cambio del giudice per sopravvenuta variazione tabellare: evenienza frequentissima nella quotidianità delle aule giudiziarie. Cfr. Cass. civ., Sez. III, 30 marzo 2010, ric. G.P. e altri, in *Mass. Uff.*, n. 612034.

<sup>104</sup> Oltre alla bibliografia già menzionata, si sofferma sul concetto di «qualità del prodotto-justizia», ricollegandolo a quello di efficienza, C. VALENTINI, *Il Sistema e il processo penale*, in *questa Rivista* (online), 2021, 8.

<sup>105</sup> Esprime l'esigenza di operare, «massimizzando il rapporto tra le risorse disponibili e l'obiettivo di un

più volte – è stata persa un’occasione: la Corte ha confermato una pronuncia che ha creato un assetto sbilanciato a favore dell’accusa e che, probabilmente, ha mancato di apprezzare gli spunti che, invece, provenivano dalla difesa; al di là del contrasto con i principi fondamentali, la lacuna sta proprio sul piano dell’efficienza/qualità a cui s’è preferita un’efficienza intesa erroneamente come rapidità ad ogni costo<sup>106</sup>, ottenuta anche rendendo lettera morta una norma – l’art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p. – che obbliga ad un allungamento dei tempi del procedere, in funzione di tutela dell’equità<sup>107</sup> e per consentire al giudice d’appello di avere un compendio di informazioni di prima mano, capaci, se del caso, di ribaltare il precedente epilogo assolutorio.

La funzione nomofilattica della Corte dovrà essere, in futuro, di nuovo capace di inverare i principi costituzionali (ed europei) nelle vicende concrete che le sono sottoposte, evitando, peraltro, di liquidare questioni che meriterebbero di essere meditate sul piano dei referenti superiori con la citazione di lunghi elenchi di precedenti e con la pretesa che, avendo sostenuto una tesi una volta, essa diventi tanto più vera, quanto più la si ripeta. Un tale cambio di rotta consentirà di maturare, nella produzione giurisprudenziale, livelli qualitativamente più elevati degli attuali, con sicuro giovamento per chi attende la

---

processo realmente giusto», VISENTIN, *Premesse per una ricerca*, cit., 2.

<sup>106</sup> In una direzione molto lontana dai punti che l’ANM poneva, ormai quasi dieci anni fa, per il «rilancio del processo penale». Guardando alla parte sui temi approfonditi in questa nota, il documento (datato 23 ottobre 2013, e attualmente consultabile sul sito [www.associazionemagistrati.it](http://www.associazionemagistrati.it)) esprimeva questi obiettivi: «razionalizzare il sistema delle impugnazioni, eliminandone gli aspetti meramente dilatori e introducendo l’ipotesi di inammissibilità per manifesta infondatezza» e «temperare il principio dell’immutabilità del giudice, a fronte della frequente necessità di rinnovazione integrale di dibattimenti anche assai complessi».

Il primo conferma il ricorso alla manifesta infondatezza e, quindi, a decisioni *de facto* sul merito, ma sganciate da una compiuta dimensione contraddittoriale; il secondo, invece, chiarisce la necessità di intervenire sul contatto diretto tra giudice e prova, quasi fosse un inutile fattore di rallentamento dei giudizi: e, s’è visto, l’obiettivo è stato raggiunto con le Sezioni Unite *Bajrami* o con l’arresto ora commentato.

<sup>107</sup> Al punto che Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, Troise, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 893 non ammetteva eccezioni all’art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p., come osserva PULITO, *Overturning the acquittal e rinnovazione istruttoria: tra "vecchie" asimmetrie e "nuove" prospettive di riforma*, in *questa Rivista* (online), 2021, 5. Che cos’è cambiato, poi? S’è avviata una stagione di progressivo smantellamento del principio di immediatezza (su cui, v. pure le interessanti osservazioni di MANGIARACINA, *Immutabilità del giudice versus efficienza del sistema: il dictum delle Sezioni Unite*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 151), che conduce chi scrive ad avere intitolato questa nota alla caduta libera di quel tipo di garanzia processuale.

Per un panorama sulle Sezioni Unite Troise, oltre agli Autori già menzionati, 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.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); BARGIS, *Riforma in due fasi per la disciplina dell’appello penale*, *ivi*; AIUTI, *Appello della condanna e rinnovazione istruttoria*, *ivi*.

decisione e, in generale, per la totalità dei consociati che, forse, avranno modo di consolidare – o, in un’ottica un po’ più pessimista (*rectius*: realista) – di riacquisire fiducia verso la giustizia e le sue istituzioni<sup>108</sup>.

**FRANCESCO TRAPPELLA**

---

<sup>108</sup> Del resto, il rapporto tra i consociati e le istituzioni della giustizia esige un legame fiduciario; è proprio quello che permette alla magistratura di rendere sentenze «in nome del popolo italiano». Sviluppa in modo interessante questo rilievo il Presidente del COA di Padova, Leonardo Arnau, nell’intervista *Alla ricerca di una rinnovata fiducia nella Giustizia da parte dei cittadini*, pubblicata su *Il dubbio*, 27 ottobre 2021.