

QUESTIONI APERTE

Rinnovazione della prova dichiarativa in appello

La decisione

Appello - Pronuncia di assoluzione in riforma della condanna di primo grado - Rinnovazione dell'istruzione dibattimentale - Necessità della rinnovazione della prova dichiarativa - Sussistenza (C.e.d.u., art. 6; Cost., artt. 24 e 111; C.p.p., art. 603).

Il principio sancito dalla Corte e.d.u. nella sentenza Dan c. Moldavia, secondo cui il giudice di appello per procedere ad un diverso apprezzamento della prova dichiarativa già raccolta in primo grado è tenuto ad assumerla nuovamente dinnanzi a sé, deve trovare applicazione anche in casi in cui il diverso giudizio di attendibilità abbia portato ad un giudizio di assoluzione in secondo grado.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SECONDA, 23 luglio 2014, (ud. 24 aprile 2014) - FIANDESE, *Presidente* - VERGA, *Relatore* - P.M., ricorrente, P. e G., imputati.

La rinnovazione della prova orale in appello: tra antiche questioni e nuovi orizzonti

1. Con sentenza del febbraio 2013, la Corte d'appello di Bari, in riforma della pronuncia di colpevolezza emessa dal giudice di primo grado, aveva assolto gli imputati dai reati di concorso in rapina aggravata, violenza privata e lesioni aggravate, sul presupposto che non vi fosse alcuna prova della sussistenza degli stessi essendo le dichiarazioni rese dalla persona offesa da considerarsi intrinsecamente - per discrasie tra quanto riferito in denuncia e quanto dichiarato al p.m. - ed estrinsecamente - perché in contrasto con ulteriori fonti di prova di natura dichiarativa - inattendibili.

Aveva ricorso per cassazione il Procuratore Generale presso la Corte d'appello di Bari denunciando manifesta illogicità, carenza e contraddittorietà della motivazione, nonché travisamento della prova nella parte in cui la Corte di merito aveva operato il giudizio di inattendibilità del teste persona offesa.

Il Supremo Collegio, nel ritenere fondati i motivi di ricorso presentati dalla Procura, ha annullato la decisione impugnata con rinvio ad altra sezione della Corte territoriale, osservando come i giudici d'appello, nel rivalutare difformemente dal Tribunale locale l'attendibilità di una prova dichiarativa decisiva, senza averla previamente riassunta in dibattimento, siano incorsi nella violazione del principio sancito dall'art. 6 C.e.d.u., così come interpretato dalla

Corte europea a partire dal caso Dan c. Moldavia¹.

Nella specie, i giudici della Cassazione, dopo aver ricordato come la richiamata pronuncia della Corte e.d.u. costituisca «un'ulteriore espressione del principio di immediatezza che si ritiene attuato quando vi è un rapporto privo di intermediazioni tra l'assunzione della prova e la decisione» e che «al fine di permettere una valutazione sull'attendibilità delle dichiarazioni si vuole che il giudice prenda direttamente contatto con la fonte di prova», hanno osservato come detti principi, che sino ad ora hanno «avuto applicazione giurisprudenziale solo con riguardo a *reformatio in peius* di una sentenza di assoluzione» possono in realtà «trovare applicazione anche in casi (...) dove l'attendibilità intrinseca del testimone principale affermata dai giudici di primo grado sulla scorta di un ascolto diretto in dibattimento è stata valutata in maniera difforme dai giudici di secondo grado che non hanno proceduto ad ascoltare il teste principale». Se infatti è vero che il principio tratto dalla ricordata pronuncia della Corte e.d.u. «è quello che laddove la prova essenziale consista in una o più prove orali che il primo giudice abbia ritenuto, dopo averle personalmente raccolte, non attendibili, il giudice di appello per disporre una condanna non può procedere ad un diverso apprezzamento della medesima prova sulla sola base della lettura dei verbali, ma è tenuto, salvi casi particolari, a raccogliere nuovamente la prova dinanzi a sè», deve essere altrettanto vero che tale principio, «espressione dell'immediatezza del processo, deve trovare applicazione anche in casi in cui il diverso giudizio di attendibilità ha portato ad un giudizio di assoluzione in secondo grado».

2. Ebbene, tanto premesso deve rilevarsi che quella in commento è una decisione che, nell'estendere il campo di applicazione dei *dicta* sanciti dalla Corte europea in tema di rinnovazione delle prove orali in appello, sembrerebbe, in apparenza, spogliare *una tantum* l'art. 603 c.p.p. di quel crisma di eccezionalità cucitogli addosso dalla giurisprudenza negli anni e dunque sopire in qualche modo l'annosa *querelle* che da tempo vede la natura dell'appello oscillare ambiguamente tra *revisio prioris instantiae* e *novum iudicium*².

¹ Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia.

² Le perplessità circa la compatibilità della fisionomia "cartolare" dell'appello con il sistema tendenzialmente accusatorio e con i principi dell'equo processo si sono registrate sin dall'entrata in vigore del codice di procedura del 1988. Sul punto si veda ad esempio MADDALENA, *Azione penale, funzioni e struttura del pubblico ministero: prospettive di riforma ordinamentale*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, a cura di Gaito A., Jovene, 1991, 147, il quale parla di «profonda contraddizione nel sistema, (...) perché dopo aver mostrato di credere alla formazione della prova nel dibattimento in forma orale, alla presenza del giudice che immediatamente è chiamato a decidere, il legislatore abbandona poi quella "filosofia" per adottarne un'altra, del tutto contrastante, che comporta che la parola

Eppure a ben guardare, il ragionamento seguito dalla Corte al fine di affermare il principio di diritto ora esposto sembra invece permearsi della stessa ambiguità che, come poc'anzi ricordato, caratterizza da anni la “doppia anima” del secondo grado di giudizio.

Ed infatti se per un verso, nel richiamare il passaggio della sentenza *Dan c. Moldavia* in cui si afferma che «coloro che hanno la responsabilità di decidere la colpevolezza o l'innocenza di un imputato dovrebbero, in linea di massima, poter udire i testimoni personalmente e valutare la loro attendibilità» la Suprema Corte sembrerebbe aver finalmente recepito, contrariamente alla consolidata giurisprudenza sul punto³, la reale *ratio* che ha guidato i giudici europei a ripristinare in nome dell'equità processuale il primato dell'immediatezza e dell'oralità; per altro verso, nel circoscrivere immediatamente l'applicazione di detti principi ai soli casi in cui il diverso giudizio di attendibilità della prova orale porti ad un'assoluzione in secondo grado, i giudici della Seconda Sezione hanno invece compiuto un innegabile passo indietro, tornando ad arginare la rinnovazione delle prove dichiarative ancora una volta nell'*hortus conclusus* dell'eccezionalità.

Ed infatti, ritenendo gli insegnamenti dei giudici europei estensibili non già a

definitiva sul merito venga detta da un giudice che giudica “sulle carte”. Nello stesso senso ORLANDI, *Sono davvero troppi tre gradi di giurisdizione penale?*, in *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, a cura di Nunziata, in *Dir. e giust.*, 2004, il quale ritiene che nell'ordinamento italiano l'appello sia «una sorta di *optional* (...), ma una volta istituito esso deve assicurare all'imputato diritti in tutto simili a quelli che ne proteggono la posizione in prima istanza»; GREVI, *Alla ricerca di un processo penale “giusto”*, che afferma che «oggi a maggior ragione risulta anomalo che il giudice di secondo grado, al termine di un giudizio che potrebbe svolgersi anche interamente sulla base di atti scritti, possa rovesciare una sentenza emessa in primo grado dopo un giudizio celebrato, di regola, all'insegna del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza»; CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Giappichelli, 2009. Il rilievo, peraltro, è stato sottolineato anche negli ambienti giudiziari. Si veda, ad esempio, NAPPI, *Un'ipotesi di modifica del giudizio penale d'appello*, in *Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni*, a cura di Mannuzzi, Sestini, in *Dem. e dir.*, 1992; VIOLANTE, *La formazione della prova nei processi di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992, 494 ss.

³ Secondo cui l'art. 6 C.e.d.u. imporrebbe la rinnovazione dell'istruttoria in presenza di soli due presupposti: la decisività della prova testimoniale e la necessità di una rivalutazione da parte del giudice sull'attendibilità intrinseca dei testimoni. In questo senso, *ex multis*, Cass., Sez. II, 24 luglio 2013, Marotta, in *Mass. Uff.*, n. 255984; Id., Sez. II, 10 luglio 2013, Marchi e altri, in *Mass. Uff.*, n. 256467; Cass., Sez. VI, 12 aprile 2013, Caboni e altro, in *Mass. Uff.*, n. 254623. Tale posizione, peraltro, è stata sin da subito fortemente criticata in dottrina. Sul punto si vedano, tra gli altri, SCACCIANOCE, *Riforma in peius della sentenza di assoluzione senza rinnovare la prova orale: una decisione che fa discutere*, in *Arch. pen.*, 2013, 3; MARCHESE, *La reformatio in peius della sentenza di assoluzione tra vincoli europei e diritto ad un equo processo*, *ivi*; RECCHIONE, *La prova dichiarativa cartolare al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.penalecontemporaneo.it; ID., *La rivalutazione in appello della testimonianza “cartolare”: la posizione della Corte di Strasburgo e quella della Cassazione a confronto*, *ivi*.

tutte le ipotesi in cui ad essere impugnata sia una sentenza di condanna, ma bensì ai soli casi in cui la diversa valutazione della prova decisiva conduca ad una pronuncia di assoluzione, il Supremo Collegio ha implicitamente escluso che in capo al giudice di secondo grado sussista l'obbligo di rinnovare l'assunzione delle prove testimoniali ogni qualvolta lo stesso intenda concordare con il giudizio di attendibilità operato in prima istanza ed emettere, per l'effetto, una decisione confermativa. Epperò, non può non rilevarsi come una tale impostazione, per la pluralità delle ragioni che si andranno ora ad esporre, non pare sistematicamente potersi sostenere.

Anzitutto non si comprende come la oramai cospicua giurisprudenza europea in punto di rinnovazione delle prove dichiarative, secondo cui «una Corte d'appello (...) chiamata ad esaminare i fatti e la legge e quindi a compiere una valutazione completa circa la colpevolezza o l'innocenza dell'imputato, non può, secondo i principi del giusto processo, correttamente giungere a decidere di tali questioni senza effettuare una valutazione diretta delle prove»⁴, e che, più recentemente, ha ritenuto addirittura «scioccante (...)nel contesto di un'udienza in tribunale (...) la totale assenza di esame in contraddittorio degli elementi di prova confutati e relativi a fatti cruciali»⁵, possa ancora, e nonostante tutto, continuare ad essere interpretata restrittivamente e ad essere imbrigliata nelle strette maglie del formalismo giuridico.

Se infatti, per un verso, è vero che la Corte europea è chiamata a giudicare sui casi concreti e che pertanto i principi di diritto dalla stessa affermati sono elaborati, ovviamente, in riferimento ai casi in esame, per altro verso, è altrettanto vero che le argomentazioni attraverso le quali la Corte giunge a ritenere la sussistenza di una violazione (come, *exempli gratia*, quelle poc'anzi ricordate in punto di rinnovazione in appello) costituiscono anch'esse (se non *solo* queste) le *guide lines* esegetiche attraverso cui cogliere la corretta interpretazione delle norme convenzionali. Pertanto, viene da sé che se anche la maggior parte delle sentenze della C.e.d.u. in punto di rinnovazione dell'istruttoria in appello ha riguardato ipotesi di rivalutazione della prova decisiva da cui è scaturita una riforma *in peius* di decisioni assolutorie, tutte le altre affermazioni di

⁴ Così Corte eur. dir. uomo, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia. Nello stesso senso in Id., Sez. III, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania si è osservato come il giudice d'appello non possa riformare la sentenza e pronunciare sentenza di condanna senza avere assunto nuovamente in contraddittorio le prove dichiarative «disponibili» a carico dell'imputato», in quanto una «condanna emessa senza che imputato e testimoni siano stati ascoltati di persona nel giudizio di appello, quando l'imputato medesimo è stato assolto in primo grado», oltre a ridurre significativamente i suoi diritti di difesa «non soddisfa le esigenze di un processo equo».

⁵ Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia.

diritto ivi contenute, votate, come riconosciuto dalla stessa Cassazione nella decisione in commento, a ristabilire il primato del «principio di immediatezza che si ritiene attuato quando vi è un rapporto privo di intermediazioni tra l'assunzione della prova e la decisione», non possono certamente essere ignorate dalla giurisprudenza che si trova a recepire le linee interpretative delle norme della Convenzione, e dunque essere relegate alle sole ipotesi di riforma della sentenza di primo grado.

Così facendo, invero, si finirebbe non solo per privare il secondo giudizio di quella funzione di ultimo baluardo a difesa della “giustizia” della decisione, ma soprattutto per creare una paradossale disparità di trattamento tra imputati assolti in primo grado, ai quali verrebbe riconosciuto, quasi con una *praesumptio iuris et de iure*, un diritto ad ottenere la riescussione del compendio probatorio testimoniale, ed imputati, invece, condannati sempre nel primo giudizio che sarebbero, di fatto, spogliati della possibilità di sottoporre ad un giudice superiore eventuali travisamenti e/o errori valutativi commessi dai primi giudici. Ciò, ovviamente, a meno che il giudice d'appello non intenda valutare diversamente le prove e pronunciare una sentenza di assoluzione. Ma, non vi è chi non veda come una tale impostazione incontri, per il vero, plurimi ed insormontabili ostacoli esegetici.

In *primis*, infatti, non si comprende come la Corte territoriale possa “intendere” operare una diversa valutazione dell'attendibilità del teste prima di averlo ascoltato in dibattimento, dal momento che, come asserito dallo stesso Supremo Collegio, «al fine di permettere una valutazione sull'attendibilità delle dichiarazioni si vuole che il giudice prenda direttamente contatto con la fonte di prova».

In secondo luogo non è altresì chiaro come l'epilogo della decisione (e cioè se la stessa sarà conforme o difforme da quella di primo grado) possa costituire la condizione da cui scaturisce l'obbligo in capo al giudice di rinnovare le prove. In altri termini, non è chiaro come in via razionale la Corte d'appello possa, per comprendere se è o meno soggetta all'obbligo di riassumere la testimonianza decisiva - in base alla quale, peraltro, *dovrebbe* formare il proprio convincimento - stabilire *ex ante* se intende o meno riformare la pronuncia di primo grado.

In terzo luogo, è evidente come tali affermazioni si pongano sistematicamente in contrasto con un'impalcatura normativa, soprattutto internazionale, in cui il diritto ad impugnare una sentenza di condanna costituisce tanto per l'art. 2 Protocollo VII alla C.e.d.u.⁶ che per l'art. 14, co. 5, Patto internazionale sui

⁶ Il quale sancisce che «*chiunque venga dichiarato colpevole di una infrazione penale da un tribunale ha*

diritti civili e politici⁷, l'esplicazione più piena ed effettiva del diritto fondamentale al doppio grado di giurisdizione⁸.

Non deve dimenticarsi, infatti, che il giudizio d'appello costituisce l'unico strumento attraverso cui ottenere il riesame nel merito di una pronuncia di cui si lamenta l'ingiustizia. Riesame che, in un ordinamento in cui il fine primo ed ultimo è quello non già di pervenire ad una decisione qualunque essa sia, bensì quello di conseguire una decisione ponderata, equa e condivisibile⁹, assurge, inevitabilmente, a pietra angolare della piena realizzazione dei diritti individuali e soprattutto del diritto di difesa che, come si sa, trova la sua ragion d'essere proprio nell'interesse del condannato a veder riconosciuta la propria innocenza.

Ne consegue, pertanto, che laddove l'imputato censuri l'erroneità della decisione di colpevolezza emessa in primo grado, allo stesso, per questioni di giustizia sostanziale, deve necessariamente essere offerta una *effettiva* possibilità di far valere le proprie ragioni, anche e soprattutto attraverso la (ri)assunzione di prove dichiarative a carico o a discarico che si lamenta siano state erroneamente valutate nel primo giudizio. E ciò, evidentemente, a prescindere dal fatto che il giudice "intenda" o meno rivalutare l'attendibilità delle testimonianze e quindi riformare la sentenza.

Infine, un'ultima annotazione.

Se da un lato deve riconoscersi nel caso di impugnazione di una sentenza assolutoria la circoscrizione dell'obbligo di rinnovazione delle prove orali ai soli casi di riforma della sentenza di primo grado poteva trovare, in via teorica, una sorta di giustificazione nel principio del *favor rei* che, come noto, per mea, *rectius* dovrebbe permeare l'intero ordinamento processual-penalistico, resta in ogni caso da comprendere per quali motivi nel ragionamento seguito

il diritto di sottoporre ad un Tribunale della giurisdizione superiore la dichiarazione di colpa o la condanna».

⁷ Secondo cui «ogni individuo condannato per un reato ha diritto a che l'accertamento della sua colpevolezza e la condanna siano riesaminati da un tribunale di seconda istanza in conformità della legge».

⁸ Sul diritto ad un doppio grado di giurisdizione di merito si vedano in dottrina GASTALDO, *I limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento: discutibili giustificazioni e gravi problemi di costituzionalità*, in *Cass. pen.*, 2007, 277 ss.; DE CARO, "Doppio grado di giurisdizione" ed efficienza del processo penale, in *Studium Iuris*, 1999, 946; MOSCARINI, *L'omessa valutazione delle prove favorevoli all'imputato*, Padova, 2005, 132 ss.; SERGES, *Il principio del doppio grado di giurisdizione nel sistema costituzionale italiano*, 1993, 1 ss.; SOTTANI, *Verso il doppio grado di giurisdizione nel procedimento di prevenzione*, in *Giur. cost.*, 1995, 4183; VERRINA, *Doppio grado di giurisdizione, convenzioni internazionali e Costituzione*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di Gaito, I, Torino, 1998, 143 ss.

⁹ Sul punto in dottrina, CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Torino, 2009, *passim*; NUZZO, *L'appello nel processo penale*, Milano, 2008, 3 ss.; CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, Milano, 1951, 761; TRANCHINA, *Impugnazioni (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, 700.

dalla Corte nella decisione in esame, nel caso di impugnazione di una sentenza di condanna le garanzie dell'oralità, del contraddittorio e dell'immediatezza - che come noto costituiscono i pilastri portanti dell'equità processuale - non dovrebbero trovare applicazione proprio e solamente nell'unico caso "sfavorevole" all'imputato, e cioè laddove il giudice concordi "cartolarmente" con il giudizio di attendibilità dei primi giudici e confermi, pertanto, la pronuncia di condanna.

4. Tanto premesso, pare evidente come nonostante l'apparente carattere rivoluzionario della pronuncia in commento, di fatto ben poco sembra essere cambiato.

Se infatti, *prima facie*, poteva sembrare che il "sacrificio" degli imputati, che si sono visti annullare con rinvio una pronuncia di assoluzione in riforma della condanna di primo grado, sarebbe potuto in qualche modo essere utile ad aprire definitivamente le porte delle aule d'appello al giusto processo, con un'abilità argomentativa certamente degna di apprezzamento, la Cassazione ha provveduto a chiudere ogni spiraglio, di fatto capovolgendo un principio di diritto - evidentemente elaborato al fine di ampliare e corroborare il ventaglio di diritti degli imputati condannati in primo grado - proprio e precisamente a danno degli stessi. E, si badi, ciò a meno di non voler ritenere - utopisticamente a parere di chi scrive - che la Corte nella decisione in commento abbia voluto scientemente limitarsi ad affrontare il problema con riguardo al solo caso di specie, evitando, quindi di prendere posizione in merito agli ulteriori aspetti della questione; anche se, deve rilevarsi, l'angolazione interpretativa e le scelte semantiche operate dal Supremo Collegio non sembrano, almeno per ora, lasciare grandi spazi ad eventuali e successive integrazioni esegetiche. Ma, come si dice, *spes ultima dea*.

BEATRICE BERARDI