

QUESTIONI APERTE

Rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale/Giudizio di rinvio

La decisione

Giudizio di rinvio - Annullamento di sentenza d'assoluzione - Rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale - Prova decisiva - Necessità (C.E.D.U., art. 6, § 3, lett. *d*); C.p.p., artt. 603, co. 3-*bis*, 627, co. 2).

Il dovere di rinnovazione della prova dichiarativa, da rispettare per riformare un verdetto assolutorio, si estende anche al giudizio di rinvio e non è escluso dalla circostanza che il teste è stato già escusso nelle precedenti fasi dell'impugnazione o che la sentenza rescindente non lo prescrive espressamente, poiché l'immediatezza deve essere istaurata con riguardo ad ogni giudice-persona fisica che intenda ribaltare l'assoluzione.

Assoluzione - Impugnazione del P.M. - Rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale - Prova decisiva - Significato (C.E.D.U., art. 6, § 3, lett. *d*); C.p.p., art. 603, co. 3-*bis*).

Per "motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa", di cui all'art. 603, co. 3-bis c.p.p., devono intendersi non solo quelli che riguardano l'attendibilità dei dichiaranti, ma anche tutto ciò che implica una diversa interpretazione dei risultati di prova dichiarativa.

CASSAZIONE, SEZIONE QUINTA, 25 gennaio 2021 (ud. 24 novembre 2020), DE GREGORIO, *Presidente* - BORRELLI, *Relatore* - ODELLO, *P.G.* (diff.) - Marino, ricorrente.

Rinnovazione istruttoria obbligatoria nel giudizio di rinvio dopo annullamento di sentenza d'assoluzione

L'Autore esamina una pronuncia della Corte di legittimità che amplia il significato della prova "decisiva" di cui all'art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p. ed estende i doveri di audizione dei testi potenzialmente rilevanti per la riforma dell'assoluzione in condanna al giudizio di rinvio, senza che a ciò possano ostare le peculiarità della fase rescissoria.

The duty of hearing witnesses in the referral after cassation of the acquittal.

The Author examines a Court of cassation's sentence that broadens the meaning of "decisive" proof ex art. 603, co. 3-bis, c.p.p. and extends the duty of hearing potentially relevant witnesses for the reform of the acquittal to the referral after cassation too.

SOMMARIO: 1. Nuovi aspetti di un tema noto. 2. La prova "decisiva". 3. L'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria e il vincolo del principio di diritto.

1. *Nuovi aspetti di un tema noto.* Vi sono principi apparentemente chiari nel loro significato precettivo e che, tuttavia, continuano a produrre problemi di adattamento nella prassi giudiziaria.

È quanto accade con il dovere di rinnovazione dell'istruttoria prima di poter dar luogo ad un *overturing* sfavorevole del verdetto assolutorio, a tutela delle regole dell'oralità e dell'immediatezza che vincolano qualunque giudice sia chiamato, nello sviluppo della cognizione successivo al proscioglimento di primo grado, ad apprezzare la responsabilità dell'imputato mandato assolto. Questi, in breve, sono i termini essenziali del principio di "Dan c. Moldavia"¹ da impiegare per riempire di significato la stringata formulazione dell'art. 603, co. 3-*bis* c.p.p., respingendo quella lettura – che pure ha trovato un certo spazio all'indomani dell'impatto dell'immediatezza europea sul giudizio d'appello – per cui l'art. 6 C.E.D.U. può dirsi rispettato sol che nel giudizio di secondo grado venga esercitato il potere di riaprire l'istruttoria, sacrificando il modulo della cognizione cartolare quando l'appellante mette in discussione l'attendibilità della prova orale a carico che era alla base della sentenza liberatoria.

E invece, gli sviluppi ulteriori hanno dimostrato che non sono bastati plurimi interventi delle Sezioni unite e, da ultimo, del legislatore, per risolvere i problemi di adattamento dell'intero sistema delle impugnazioni penali alle norme europee, che richiedono l'instaurazione di un contraddittorio orale davanti ad ogni giudice del merito chiamato a ripensare il giudizio di colpevolezza, quando questo dipende dalla credibilità di uno o più testimoni².

È quanto accaduto con la pronuncia in esame, che interviene sulla definizione del significato di prova "decisiva" da cui nasce l'obbligo di rinnovazione e, soprattutto, sulla portata delle regole sovranazionali in questione nell'ambito del giudizio di rinvio, la cui dipendenza dal principio di diritto non impedisce di citare tutti i testi necessari all'adeguamento della vicenda processuale ai *dicta* europei, in ogni loro parte.

Nel caso sottostante al pronunciamento in discussione la Corte regolatrice, con un primo intervento, aveva annullato la condanna in appello per violazione del principio di "Dan c. Moldavia", ordinando ai giudicanti del rinvio di conformarsi all'obbligo di rinnovazione in sede di scrutinio della testimonianza decisiva per l'assoluzione, così rimediando alla violazione della Convenzione.

Successivamente il giudice del rinvio, adempiendo al comando della sentenza

¹ Corte EDU, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, in *questa Rivista*, 2012, 1, 349, con nota di GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello. L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il p.m. impugna l'assoluzione*.

² Sintetizza con coerenza i termini del problema presupposto e gli ultimi approdi della Corte europea GIUNCHEDI, In claris non fit interpretatio. "Dan c. Moldavia 2" impone rinnovazioni effettive, in *questa Rivista*, 2020, 3.

rescindente, aveva interpretato la regola di cui all'art. 603, co- 3-*bis* c.p.p. nel senso che per la fase rescissoria è sufficiente citare al dibattimento solo di chi non sia stato già escusso davanti al primo Collegio d'appello, sul presupposto che non fosse necessario convocare nuovamente, in sede di rinvio, i testi già ascoltati nell'ambito dell'istruttoria di secondo grado, visto che si trattava di prove dichiarative per cui era stata già assicurata l'instaurazione di un rapporto di immediatezza col giudice.

A fronte di che, il punto di diritto è duplice: chiarire quale deve essere l'estensione quantitativa della parentesi istruttoria da assicurare per *l'overturning in malam partem* di un'assoluzione basata sulle prove orali e, ancora, verificare se e in qual misura i principi europei in questione debbano operare nel giudizio di rinvio, la cui caratteristica principale è la soggezione al principio di diritto e, per conseguenza, la dipendenza funzionale di ogni attività istruttoria dall'adempimento del mandato.

2. *La prova "decisiva"*. Sul primo dei due profili controversi viene adottata un'interpretazione estensiva che, pur mantenendo ferma la dizione di «*prova decisiva*», di fatto amplia il suo significato fino a ricomprendervi quelle collaterali o che indirettamente rilevano nel sindacato di attendibilità.

Il provvedimento in commento offre un bilanciamento apprezzabile tra l'obbligo di rinnovazione e la discrezionalità del giudice chiamato ad istruire il supplemento di prova³ e giunge alla conclusione che i principi superiori dell'oralità e dell'immediatezza – soprattutto alla luce della concezione rigorosa adottata dalla Corte europea, che esclude livelli differenziati di tutela tra il dibattimento di primo grado e lo sviluppo delle impugnazioni – impongono l'audizione *ex novo* di tutte le fonti di prova che, anche solo indirettamente, hanno condizionano il giudizio di attendibilità in chiave liberatoria: è da respingere, perciò, la posizione di chi ritiene che la semplice attivazione del potere di rinnovazione metta al riparo il processo dalle censure europee, quando invece occorre che l'estensione dell'istruttoria risponda ai criteri della completezza e della sufficienza delle prove ai fini di una condanna.

Sulla base di questi presupposti si comprende, allora, che la prova è decisiva tutte le volte in cui ha per oggetto un elemento che «*sulla base della sentenza di primo grado, ha determinato o anche soltanto contribuito a determinare un esito liberatorio e che, se espunto dal complesso del materiale probatorio, si rivela potenzialmente idoneo a incidere sull'esito del giudizio di appello.*

³ Sul tema, più in generale, v. MONTAGNA, *La rinnovazione obbligatoria della prova in appello: problematiche applicative*, in *Proc. pen. e giust.*, 2018, 6, 1150.

Costituiscono prove orali decisive anche quelle che, pur ritenute dal primo giudice di scarso o nullo valore, siano, invece, nella prospettiva dell'appellante, rilevanti – da sole o insieme ad altri elementi di prova – ai fini dell'esito della condanna»⁴.

Una decisività, dunque, da rileggere come “potenziale idoneità” del dato a sovvertire l'assoluzione, con l'ulteriore specificazione che il parametro del giudizio è dato dalla selezione che ha svolto il primo giudice in punto di gerarchia dimostrativa dell'innocenza tra le prove orali assunte, ragion per cui ogni fonte probatoria in grado di alterare la ricostruzione del fatto contenuta nella motivazione impugnata dovrà essere inclusa nella rinnovazione, anche se non è stata determinata per mandare assolto l'imputato⁵.

Sulla scorta di queste considerazioni, dunque, vengono intesi i «*motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa*» di cui al comma 3-bis dell'art. 603 c.p.p. come quelli relativi alla credibilità dei testi di riferimento e, in aggiunta, anche quelli che comportano un differente apprezzamento del risultato della prova dichiarativa, dal momento che in entrambi i casi si tratta di considerazioni probatorie del giudice sviluppate sul risultato dimostrativo della prova orale, bisognose di una nuova audizione prima di poter essere validamente sconfessate con la condanna.

Nel complesso l'orientamento è senz'altro da apprezzare, laddove si allinea alle previsioni della giurisprudenza europea che, ancora di recente, ha offerto chiare indicazioni sul tema dell'estensione della rinnovazione necessaria alla conservazione dell'equità del processo in fase d'impugnazione. Gli sviluppi recenti della Corte europea dei diritti dell'uomo hanno infatti restituito una concezione dell'immediatezza e dell'oralità ad ampio raggio, segnalando il dovere di assicurare l'istruttoria dinanzi al giudice dell'impugnazione di tutto il capitolato di prova rilevante o utile, anche solo in via d'ipotesi, al possibile ribaltamento dell'assoluzione⁶.

Non senza stimolare opinioni parzialmente divergenti per via del penetrante accertamento di merito sulle ragioni e i motivi della mancata integrale rinno-

⁴ Così al punto 2.1 del *Considerato in diritto*.

⁵ Un approccio che, d'altronde, è in linea con la portata espansiva che l'obbligo di rinnovazione ha conosciuto presso la Corte regolatrice anche con riguardo all'escussione del perito: Cass., Sez. un., 28 gennaio 2019, Pavan, in *Mass. Uff.*, n. 275112.

⁶ V. Corte EDU, 10 novembre 2020, Dan c. Moldavia (n. 2); in questa direzione v. anche GAITO, LA ROCCA, *Il diritto al controllo nel merito tra immediatezza e ragionevole dubbio*, in *questa Rivista*, 2017, 3, 833 e ss., in particolare 847-851; CERESA GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2017, 3, 163.

vazione dell'istruttoria⁷, da ultimo il Collegio europeo si è spinto fino a sindacare la sufficienza delle prove a sostegno la condanna e l'idoneità del discorso giustificativo contenuto nella motivazione, segno che di fronte al pericolo dell'abbandono dei contenuti minimi dell'equo processo in materia di prove vengono predisposti, quali necessari contrappesi, irrigidimenti processuali e di metodo decisorio, da rispettare pur avendo adempiuto al generale obbligo di rinnovazione, come infatti è accaduto nella vicenda in questione⁸.

Perciò la decisione di legittimità in esame, pur senza fare espresso riferimento a questi ultimi approdi della Corte di Strasburgo, di fatto ne adotta la prospettiva quando interpreta il comma 3-*bis* dell'art. 603 c.p.p., escludendo quelle letture diminutive della regola dell'immediatezza in appello che, facendo leva su un concetto di stretta decisività della prova, finiscono per ridurre drasticamente la portata della riforma⁹.

La posizione assunta in materia di rinnovazione, inoltre, potrebbe fungere da volano per un ripensamento dell'orientamento di legittimità a proposito della prova decisiva che, se non assunta, legittima la cassazione della sentenza. È noto, infatti, che quando si ricorre alla Corte regolatrice per contestare la gestione del capitolato di prova nella sua formazione e, in particolare, la mancata assunzione di cui all'art. 606, co. 1, lett. *d*, c.p.p. occorre tener conto della consolidata posizione per cui una contestazione di tal genere, che rientra tra gli *errores in procedendo*, è ammessa solo quando l'elemento di prova escluso avrebbe sicuramente determinato una diversa e opposta pronuncia; ragion per cui il motivo di ricorso deve essere in grado di dimostrare che l'attività istruttoria in questione, se esperita, avrebbe con certezza prodotto una differente decisione¹⁰.

⁷ V. l'opinione concorrente dei giudici Bårdsen, Kjølbros e Bošnjak, che mettono in evidenza le criticità dell'approccio "di merito" adottato in questo caso, quando per tradizione giurisprudenziale consolidata la Corte europea adotta un atteggiamento di *self restraint* sulla gestione del fatto e della sua cognizione processuale.

⁸ Ancora Corte EDU, 10 novembre 2020, Dan c. Moldavia (n. 2), cit., § 54, per cui «*Se la condanna si basa esclusivamente o decisamente sulla prova dei testimoni assenti, la Corte deve sottoporre il procedimento ad un più attento scrutinio. La questione in ogni caso è se vi sono sufficienti fattori di contro-bilanciamento, comprese le misure che consentono una valutazione equa e corretta dell'attendibilità di tali prove. Ciò permetterebbe di basare una condanna su tali prove solo se queste fossero sufficientemente affidabili, data la loro importanza nel caso concreto*».

⁹ Secondo BELLUTA, LUPARIA, *La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2017, 3, 151, solo con una concezione estensiva di tal genere è possibile evitare l'errore di merito della (prima) condanna in appello, che altrimenti rischierebbe di essere il frutto di una rilettura frazionata del capitolato di prove orali.

¹⁰ V. Cass., Sez. III, 23 ottobre 2020, Passerai, *non mass.*; Id., Sez. VI, 25 marzo 2010, Brustenghi, in *Mass. Uff.*, n. 246667; Id., Sez. VI, 24 giugno 2003, Sangalli, *ivi*, n. 226326.

In dottrina tale posizione è stata criticata, evidenziando che ricondurre la mancata assunzione della prova decisiva allo schema di contestazione dell'errore di procedura, con conseguente onere della parte di dimostrare, in primo luogo, di averne chiesto tempestivamente l'assunzione, in uno con l'esegesi restrittiva della categoria del "decisivo", limita eccessivamente le *chances* di contestazione, in sede di legittimità, di un'istruttoria che potrebbe non aver raccolto elementi sufficienti per la condanna, alla luce degli elementi probatorio di segno contrario non ammessi¹¹.

Al di là della fondatezza delle critiche dottrinali, sembra che i recenti approdi giurisprudenziali in tema di rinnovazione e assoluzione, a proposito del concetto di prova decisiva, dovrebbero imporre un ripensamento sugli intendimenti restrittivi che, altrove, limitano la deducibilità col ricorso per cassazione della limitatezza dell'istruttoria svolta, ciò sia avendo riguardo alla trasformazione - grazie al pungono del formante giurisprudenziale europeo - della decisività in "potenziale idoneità" sia, ancora, considerando che, secondo il diritto della Corte europea, quando è in gioco la sufficienza delle prove ai fini della condanna, è opportuno un accertamento di merito più approfondito della fondatezza del ricorso (a Strasburgo)¹².

3. *L'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria e il vincolo del principio di diritto.*

Il secondo aspetto da segnalare è, come anticipato, l'aver sancito il pieno allineamento del giudizio di rinvio ai canoni europei di oralità e immediatezza quando questo interviene a seguito di un verdetto assolutorio su prova dichiarativa: la Corte, in tal caso, non adotta un approccio restrittivo e legittima la più ampia rinnovazione del dibattimento in fase rescissoria, affermando che il giudice del rinvio ha il potere di «*valutare la necessità di estendere la rinnovazione anche a prove diverse da quelle cui si riferisce il mandato [...] qualora ritenga sussistenti i presupposti di legge per disporla [...]*»¹³.

Il provvedimento, segnatamente, censura quello impugnato per aver proceduto ad una rivalutazione dell'attendibilità, in sede di rinvio, senza prima riapri-

¹¹ VALENTINI, *La riforma del ricorso per cassazione*, in *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, a cura di Scalfati, Milano, 2006, 209; CANZIO, *Il ricorso per cassazione*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da Chiavario, Marzaduri, 2005, 323.

¹² Il tema apre a ben altro approfondimento, impossibile da svolgere in questa sede; tuttavia sul tema della compatibilità del filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione coi *nova* europei si veda, di recente, Corte EDU, 6 febbraio 2020, *Felloni c. Italia*, in *questa Rivista* (web), 2020, 1, con note di DINACCI, *L'obbligo di motivazione come antidoto ad espansionismi interpretativi in tema d'inammissibilità delle impugnazioni*; TARALLO, *La CEDU interviene sulla falciata dell'inammissibilità dei ricorsi per cassazione: nota alla sentenza Felloni contro Italia*, *ivi*.

¹³ Al punto 12 del *Considerato in diritto*.

re il dibattimento e citare un teste rilevante per il nuovo apprezzamento, sul presupposto che questi era stato già escusso, in precedenza, dal giudice dell'appello.

Sul punto la Corte regolatrice riafferma l'importanza e la centralità del rapporto diretto tra la fonte di prova e il giudicante quando questi è chiamato ad un *overturning* sfavorevole della sentenza di assoluzione, chiarendo che non può essere legittimata un'esegesi dimezzata dell'immediatezza che consenta a chi decide di avvalersi delle audizioni già svolte di un teste per poterne riapprezzare la credibilità¹⁴.

Per contro viene detto che la portata dell'art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p. richiede la regolare instaurazione del contatto diretto coi *loquentes* da parte di ciascun giudice che, nelle varie fasi dell'impugnazione, sia chiamato a riformulare il giudizio di responsabilità in senso sfavorevole all'accusato e senza che tale dovere possa venir meno, segnatamente, nel giudizio di rinvio. Infatti il dominio dell'immediatezza nella fase del gravame, quando è intervenuta l'assoluzione in primo grado, è assoluto e non consente deroghe in considerazione della natura o delle caratteristiche della fase rescissoria posto che, in caso contrario, si finirebbe per riproporre il problema del recupero cartolare delle precedenti dichiarazioni dal grado dell'appello ai gradi successivi di merito, con sostanziale elusione dei principi europei.

Viene meno la fondatezza, lungo questo crinale, delle posizioni giurisprudenziali che, valorizzando le peculiarità del grado successivo a quello di legittimità, escludono la possibilità di estendere il principio di "Dan c. Moldavia" alla prosecuzione di merito del giudizio di legittimità.

Adottando un approccio formalistico, infatti, in diverse occasioni è accaduto che sono state pronunciate sentenze di condanna senza prima disporre una nuova audizione, in seguito all'annullamento con rinvio dei verdetti d'appello che avevano assolto dopo la condanna di prime cure, specie laddove il mandato della Corte regolatrice aveva indicato al giudice del rinvio la necessità di colmare le criticità del giudizio di attendibilità della prova dichiarativa¹⁵.

Si tratta di un approccio particolarmente problematico nell'ottica dei segnalati

¹⁴ Calzanti considerazioni sulle ricadute interne degli ultimi approdi della Corte europea a proposito di immediatezza in LA ROCCA, *Quale immediatezza, ora?* in questa Rivista, 2020, 3; v. anche 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 *Sistema penale*, 2020, 4, 41.

¹⁵ Cass., Sez. V, 11 dicembre 2020, Ottino, *n.d.*; Id., Sez. V, 22 ottobre 2020, De Caro, *n.d.*; Id., Sez. IV, 8 aprile 2016, A.F. e S., in *Mass. Uff.*, n. 247847; decisioni segnalate e sottoposte ad efficace critica da GAITO, *Ancora alla ricerca di un passaggio a Nord-Ovest...oltre il giudizio d'appello*, in questa Rivista, 2020, 3.

principi europei, poiché condiziona l'operatività delle regole dell'oralità e dell'immediatezza, in sede di riforma peggiorativa dell'assoluzione, alla tipologia di fase in cui interviene l'*overturning* senza considerare che, invece, il predominio assiologico dei precetti della Convenzione deve trovare spazio senza opporre al formante giurisprudenziale sovranazionale delle condizioni di recepimento che producono l'effetto di esonerare alcuni segmenti del processo dal rispetto delle condizioni di equità.

Ciò vale, a maggior ragione, laddove si consideri che, nei casi di annullamento legati al malgoverno della gestione del capitolato di prove, la Corte di legittimità non dispone la totale retrocessione del processo – come accade quando individua una nullità e ordina il ritorno ad uno stadio pregresso con contestuale caducazione di tutti gli atti successivi al verificarsi dell'invalidità – ma segnala l'esigenza di approfondire oltre il giudizio di responsabilità epurato dai vizi logici o dagli errori di metodo allegati al mandato rescindente, con conseguente istaurazione di un giudizio di rinvio – non restitutorio ma, appunto – prosecutorio, che prevede l'attribuzione di pieni poteri istruttori in capo al Collegio investito con cui disporre la riedizione del dibattimento e l'audizione dei testi rilevanti per la possibile riforma in condanna¹⁶.

La decisione in commento, in sintesi, si distingue per aver proposto una soluzione diversa e ortodossa al problema segnalato, indicando, in prospettiva opposta ma apprezzabile, che l'esigenza di costituire un rapporto di immediatezza con la fonte di prova orale decisiva non viene meno in virtù di precedenti rinnovazioni del dibattimento in cui questa è già stata riassunta e, ancora, che il giudizio di rinvio non si sottrae all'impianto di regole di metodo da rispettare per una valida riforma dell'assoluzione, anche affermando che i giudicanti del rinvio prosecutorio conservano intatto il potere di estendere la riapertura dell'istruttoria ai testi non indicati espressamente nel mandato rescindente e che, tuttavia, influiscono indirettamente sulla cognizione della responsabilità dell'accusato.

GENNARO GAETA

¹⁶ Sul punto cfr. ancora GAITO, *Ancora alla ricerca di un passaggio a Nord-Ovest...oltre il giudizio d'appello*, cit., 3.