

QUESTIONI APERTE

Appello - Riforma *in peius*

La decisione

Appello - Vizio della motivazione - Rinnovazione dell'istruzione dibattimentale - Necessità della rinnovazione della prova dichiarativa - Riforma *in peius* (C.e.d.u., art. 6; Cost., artt. 24 e 111; c.p.p., artt. 606, co. 1, lett. e), 603).

Se è vero che il principio affermato dalla Corte e.d.u. (sentenza 5 luglio 2011 Dan c. Moldavia) è quello secondo cui, laddove la prova essenziale consista in una o più prove orali che il primo giudice, dopo averle personalmente raccolte, abbia ritenuto non attendibili, il giudice di appello per disporre condanna non può procedere a un diverso apprezzamento della medesima prova sulla sola base della lettura dei verbali ma è tenuto a raccogliere nuovamente la prova innanzi a sé per potere operare una adeguata valutazione di attendibilità, è pur vero che tale principio, espressione dell'immediatezza del processo, deve trovare applicazione anche in casi in cui il diverso giudizio di attendibilità ha portato a un giudizio di assoluzione in secondo grado, a maggior ragione a fronte della presenza di una parte privata, costituita parte civile.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE TERZA, 23 luglio 2014 (ud. 24 aprile 2014) - FIANDANESE, *Presidente* - VERGA, *Relatore* - BALDI, *P.G.* (conf.) - P.G. Bari, ricorrente.

Il commento

Ancora in tema di rinnovazione della prova orale in appello

1. Torna ad essere affrontata dalla Suprema Corte la questione della necessità, per il giudice d'appello che intende riformare la sentenza di primo grado, di raccogliere nuovamente innanzi a sé la prova orale.

I giudici di legittimità hanno annullato la sentenza emessa dalla Corte d'appello di Bari con la quale, in riforma della prima decisione di condanna, era stata affermata la non colpevolezza degli imputati sulla base di una diversa lettura delle dichiarazioni rese dalla persona offesa. Il giudice d'appello, infatti, senza disporre la rinnovazione, le ha valutate intrinsecamente inattendibili, alla luce delle discrasie emerse tra quanto riferito in denuncia e quanto dichiarato al pubblico ministero, oltre che per contrasto con altre fonti di prova di natura dichiarativa. La Corte di cassazione, accogliendo il ricorso presentato dal procuratore generale, ha enunciato i seguenti principi di diritto. In primo luogo, si è soffermata sulla regola di giudizio da applicarsi in caso di totale riforma della sentenza di primo grado: il giudice d'appello dovrà dimostrare

l'incompletezza o la non correttezza ovvero l'incoerenza delle relative argomentazioni «con rigorosa e penetrante analisi critica, seguita da corretta, completa e convincente motivazione, che sovrapponendosi a tutto campo a quella del primo giudice, senza lasciare spazio alcuno, dia ragione delle scelte operate e del privilegio accordato ad elementi di prova diversi o diversamente valutati». Quindi, ha posto l'accento sull'esigenza di pervenire a una «valutazione unitaria della prova», prendendo in considerazione tutti e ciascuno degli elementi processualmente emersi, da porre vicendevolmente in rapporto e non in modo parcellizzato e avulso dal generale contesto probatorio. Solo attraverso questo *iter* – sostiene la Corte – è possibile attingere la verità processuale. Di conseguenza «viola tale principio il giudice che, nel valutare il compendio probatorio, abbia smembrato i vari elementi probatori emersi, rinvenendo per ciascuno giustificazioni sommarie o apodittiche e omettendo di considerare se nel loro insieme non fossero tali da consentire la configurabilità in concreto del reato contestato». Dopo avere riscontrato i suddetti vizi nella motivazione del secondo giudice, la Corte ha richiamato il recente indirizzo inaugurato dalla sentenza della Corte e.d.u. Dan c. Moldavia, secondo cui è considerato non conforme alla Convenzione un sistema nel quale è consentito al giudice d'appello di condannare per la prima volta l'imputato assolto in primo grado sulla base di una diversa valutazione della principale fonte di prova orale assunta dal primo giudice, dovendosi, invece, procedere all'ascolto diretto della stessa. Nel caso di specie, come precisato, i giudici di primo grado hanno giudicato gli imputati responsabili sulla scorta dell'attendibilità intrinseca dell'offeso, sentito in dibattimento, mentre la Corte territoriale, attraverso una diversa lettura delle medesime deposizioni, ne ha affermato l'inattendibilità intrinseca. Per i giudici di legittimità il principio affermato dalla Corte e.d.u. detta una regola che è espressione del canone di immediatezza ma che, tuttavia, non ha carattere assoluto: l'ascolto diretto del testimone deve, infatti, avvenire “in linea di massima”, perché “generalmente” la semplice lettura non risolve il compito complesso di valutazione della sua attendibilità intrinseca. Si tratta – ha concluso la Corte – di un principio che trova attuazione anche se il diverso giudizio di attendibilità porta a un esito assolutorio in secondo grado. Assunto che sarebbe, poi, rafforzato dalla presenza della parte privata, costituita parte civile.

2. Come si sa, la giurisprudenza degli ultimi anni è intervenuta ripetutamente sullo spinoso tema della prova in appello, optando per soluzioni marcatamente difformi, che testimoniano la crescente crisi in cui versa l'attuale modello del giudizio di seconda istanza. Va prendendo campo, infatti, una lettura

dell'appello in netta frizione rispetto alla configurazione voluta dal codice di rito e importata dal precedente sistema inquisitorio, per la quale il secondo grado di giudizio rientrerebbe nella categoria dei gravami parziali, quale *revisio prioris instantiae*, vale a dire un giudizio «il cui orizzonte di senso non sarebbe di natura epistemica, ma di controllo della decisione emessa in primo grado, in termini di verifica della giustizia o no dell'esito conseguito»¹. La nuova tendenza – sollecitata dalla giurisprudenza della Corte e.d.u.² – attribuendo al giudizio di secondo grado le medesime finalità cognitive del primo, sembra approdare a una lettura sistemica della Carta costituzionale e della C.e.d.u., in virtù della quale anche nel giudizio d'appello il rapporto diretto tra giudice e prova diviene il paradigma che consacra come “giusta” la decisione conclusiva³. In appello, insomma, la prova deve scaturire da una sequenza di atti presidiata dai principi dell'oralità e dell'immediatezza, facendo di esso un *novum iudicium*, modulato secondo i canoni dell'equo processo. Non mancano, tuttavia, indirizzi che, affidando alla corte d'appello il compito di dissipare in modo compiuto i dubbi sulla colpevolezza dell'imputato ragionevolmente rilevati dal primo giudice, ammettono un ribaltamento dell'esito assolutorio di primo grado mediante una lettura logica e corretta degli elementi probatori palesemente travisati⁴, a patto che la nuova valutazione abbia una «forza persuasiva superiore, tale da far venire del tutto meno quella situazione di “ragionevole dubbio”, in qualche modo intrinseca alla stessa esistenza del contrasto»⁵.

In un contesto giurisprudenziale così ondivago, occorre riflettere se

¹ CHINNICI, voce *Appello (evoluzione)*, in *Dig. Pen.*, VII Agg., Torino, 2014, alla quale si rinvia anche per la completa rassegna bibliografica.

² Corte eur. dir. uomo, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia; Id., 21 settembre 2010, Marcos Barrios c. Spagna; Id., 27 novembre 2007, Popovici c. Moldavia; Id., 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania; Id., 4 giugno 2013, Hanu c. Romania.

³ Cass., Sez. VI, 12 aprile 2013, Caboni, in *Mass. Uff.*, n. 254623; Id., Sez. VI, 18 febbraio 2013, Baccouche Abderazak, in *Giur. it.*, 2013, 1916, con nota di SCACCIANOCE, *Sulla prova in appello: ancora una lettura del giudizio di seconda istanza quale novum iudicium*; Id., Sez. III, 9 luglio 2013, P.S., in questa *Rivista* online, annotata da SCACCIANOCE, *Una ventata di «legalità probatoria» nel giudizio di seconda istanza*; in termini analoghi, benché il procedimento di primo grado fosse stato definito con il rito abbreviato, Id., Sez. III, 29 novembre 2012, R., in *Mass. Uff.*, n. 254850.

⁴ Cass., Sez. IV, 6 dicembre 2012, Bifulco, in *Mass. Uff.*, n. 254950.

⁵ Cass., Sez. VI, 13 gennaio 2012, C.M. e altri, inedita; Id., Sez. V, 11 gennaio 2013, Cava e Rainone, in questa *Rivista*, 2013, 1047, con nota critica di SCACCIANOCE, *Riforma in peius della sentenza di assoluzione senza rinnovare la prova orale: una decisione che fa discutere*; Id., Sez. VI, 26 febbraio 2013, C.M. e M.G., in *Dir. pen. proc.*, 2014, 191, con nota di COMI, *Riforma in appello di una sentenza assolutoria e obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale*, dove si afferma la necessità di una “motivazione rafforzata”, salvo riassumere la prova orale nel solo caso di giudizio negativo sulla attendibilità intrinseca del testimone da parte del primo decidente; Id., Sez. II, 10 luglio 2013, Marchi e altri, inedita.

l'orientamento che tempra di "sostanza accusatoria" il giudizio di appello implichi davvero il superamento della logica di eccezionalità nella quale è attualmente inquadrato l'istituto della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale. Resta incerto, infatti, se la ri-escussione della fonte orale debba essere disposta dal giudice d'appello anche al di fuori dell'ipotesi in cui è in gioco il ribaltamento dell'esito assolutorio sancito dal primo decidente, atteso che, prima della pronuncia in commento i giudici di legittimità, secondo una interpretazione convenzionalmente conforme, l'hanno prevista come attività istruttoria necessaria solo in casi di *reformatio in peius*, operata sulla base di una diversa valutazione delle prove orali - quelle essenziali (*rectius*: decisive) - formate nel dibattimento di primo grado.

3. Per meglio comprendere il vero *quid novum* del recente *excursus* giurisprudenziale potrebbe rivelarsi utile una riflessione sulle *rationes* che stanno a base dei precedenti giurisprudenziali ricchi di "suggestioni accusatorie". Ebbene, il principio che pare guidare il ragionamento dei giudici della cassazione sembrerebbe essere quello del *favor rei*, volendosi assicurare lo *standard* minimo del diritto di difendersi provando mediante il riconoscimento all'imputato assolto in primo grado del diritto alla ri-assunzione della prova orale allorquando il giudice di appello si proponga di condannarlo sulla base di un diverso apprezzamento dell'attendibilità delle fonti dichiarative. Solo di riflesso verrebbe, invece, evocato quello della immediatezza-oralità, attraverso il quale si finisce con l'instradare nel binario del *giusto processo* l'attuale giudizio di seconda istanza. Ed infatti, mentre il primo è proteso a garantire il diritto soggettivo dell'imputato a non subire per la prima volta una condanna da parte dei giudici di appello sulla base della mera ri-lettura degli atti probatori formati in primo grado, il secondo rimanda a un criterio oggettivo, vale a dire a quella regola epistemica che attinge dall'oralità e dall'immediatezza la forza maieutica necessaria per suggellare come giusta la decisione finale, infondendo il secondo giudizio di merito della medesima 'linfa accusatoria' che regna nel dibattimento di primo grado.

È evidente che solo questa seconda *ratio* sarebbe in grado di superare i non pochi profili di criticità che gravano sull'attuale struttura dell'appello, a partire dalla sua duplice natura che la dottrina tende ad attribuirgli, ora quale *novum iudicium* ora quale giudizio di controllo della decisione già resa. Si pensi, altresì, alla portata applicativa della rinnovazione dell'istruttoria, che finisce per scontare quella discutibile presunzione di completezza del sapere acquisito in primo grado, coniata, come noto, dalla giurisprudenza per giustificare la funzione residuale; e ancora alla incoerenza che esiste tra l'indubbia identità

di poteri cognitivi attribuiti al primo come al secondo decidente - la cui area non sembra affatto essere circoscritta al *devolutum*, potendosi estendere a trecentosessanta gradi, grazie anche alla presentazione di motivi nuovi - e la diversità che invece caratterizza le rispettive regole probatorie, determinando nel giudizio di seconda istanza un *deficit* cognitivo che finisce con il comprimere in modo non indifferente le garanzie, oggettive e soggettive, dell'imputato.

Ebbene, la pronuncia in esame, pur ponendosi nel solco "evoluto" già tracciato dalla giurisprudenza che l'ha preceduta, a un primo sguardo, sembra presentare forti elementi innovativi volti ad allargare ulteriormente i confini applicativi della rinnovazione della prova orale. Non solo vengono, infatti, recepiti i *dicta* europei tendenti, come detto, ad assicurare le garanzie soggettive dell'imputato nei giudizi di merito successivi a quello di primo grado, ma, al contempo, attraverso un *iter* argomentativo che si conclude mettendo in primo piano la funzione cognitiva del giudizio di appello, viene invocato il principio di immediatezza, onde consentirne l'applicazione anche a fattispecie diverse da quelle oggetto delle precedenti pronunce. Nel caso di specie, invero, la *reformatio* non è *in peius*, bensì *in melius*.

In sostanza, la prima impressione è che, secondo i giudici di legittimità, a nulla rileverebbe l'esito del processo d'appello - condanna o assoluzione/conferma o riforma - dovendosi comunque dare attuazione al principio di immediatezza laddove il giudice abbia il proposito di valutare difformemente le risultanze processuali enucleate nella sentenza appellata. La rinnovazione della prova orale sarebbe, pertanto, funzionale - e quindi necessaria - per potere operare un'adeguata valutazione di attendibilità, e ciò indipendentemente dal contenuto della decisione finale. Ne deriva che la regola di giudizio dovrà trovare attuazione anche in casi in cui il diverso apprezzamento di attendibilità porti a una sentenza di assoluzione in secondo grado.

4. È fuor di dubbio che il nuovo volto dell'appello, ormai invalso nel più recente orientamento giurisprudenziale, risponde all'esigenza di garantire all'imputato il diritto a un *procès équitable*, riconoscendogli anche nel secondo giudizio di merito il diritto a un confronto diretto con le fonti dichiarative. Senonché, con la sentenza in commento, sembrerebbe che la Corte di cassazione, mettendo in risalto il principio di immediatezza, abbia fatto un passo avanti rispetto ai giudici che l'hanno preceduta: guardando alla finalità cognitiva del processo d'appello parrebbe imporre al decidente di avere un rapporto diretto con la prova, privo di intermediazione. Insomma, un itinerario obbligatorio e funzionale perché il giudice possa operare una «valutazione ade-

guata» delle prove dichiarative raccolte in primo grado.

Non sfugge, tuttavia, il timore della Corte di spingersi oltre, espandendo gli angusti ambiti entro cui è oggi possibile rinnovare l'istruzione dibattimentale. L'entusiasmo che si coglie a prima lettura subisce, infatti, una brusca frenata se si esamina con più attenzione l'intero *iter* motivazionale. I giudici di legittimità finiscono per affermare la necessità della rinnovazione della prova orale, anche al di fuori della prospettiva di una prima condanna in appello, solo in presenza di una motivazione non convincente e contraddittoria. Ne consegue che, laddove il giudice assolva con rigore l'obbligo di motivare, pervenendo a una «valutazione unitaria della prova», sarebbe esonerato dall'obbligo di ri-escutare la fonte dichiarativa: egli la potrà valutare «sulla carta», anche in modo difforme rispetto all'apprezzamento compiuto dal primo giudice.

La regola di giudizio qui enucleata continua a scontare le restrizioni dell'attuale disciplina di cui all'art. 603 c.p.p. La rinnovazione resta collocata nell'angusta posizione di residualità, attivabile solo se il giudice non può decidere «allo stato degli atti» o se «assolutamente necessario», e non perché è estrinsecazione del diritto dell'imputato a un processo equo, né perché è espressione del principio di immediatezza. Nessun automatismo le è riconosciuto, quantunque s'intenda accordare privilegio a uno o a più elementi di prova *diversamente valutati*, essendo sufficiente una «*rigorosa e penetrante analisi critica, seguita da corretta, completa e convincente motivazione*».

In definitiva, allineandosi alle decisioni che l'hanno preceduta, la Suprema Corte non fa altro che affermare, sia pure implicitamente, come l'omessa rinnovazione da parte del giudice d'appello possa essere censurata dalla cassazione «se e nella misura in cui la ricostruzione argomentativa» del giudizio di responsabilità o di non colpevolezza dell'imputato «risulti mancante, contraddittoria o manifestamente illogica»⁶. Il vizio qui riscontrato, infatti, concerne proprio l'inosservanza dell'obbligo motivazionale a carico del giudice d'appello.

CATERINA SCACCIANOCE

⁶ Cass., Sez. VI, 21 maggio 2009, Messina, in *Mass. Uff.*, n. 245009; Id., Sez. V, 5 giugno 1998, Zietek, in *Guida dir.*, 1998, 31, 73.