

LA RINNOVAZIONE DELLA PROVA DICHIARATIVA IN APPELLO ALLA LUCE DELLA CEDU

Salvatore Tesoriero

ABSTRACT

Nella giurisprudenza della Corte EDU si è progressivamente affermato il diritto alla riassunzione della prova dichiarativa quando oggetto della cognizione e decisione del giudice dell'impugnazione sia l'integrale (ri) valutazione della responsabilità dell'imputato. Sviluppando il proprio itinerario interpretativo, in una serie di recenti pronunce la Corte di Strasburgo ha censurato come violazione dell'art. 6 CEDU l'omessa rinnovazione della prova nell'ipotesi di ribaltamento – in sede d'impugnazione – della sentenza di assoluzione in condanna. Nel presente lavoro si delineano presupposti e caratteri del diritto “convenzionale” alla rinnovazione della prova e se ne indaga l'impatto sull'ordinamento nazionale alla luce dei consolidati obblighi d'interpretazione conforme. Muovendo dall'analisi della più recente giurisprudenza della Corte di cassazione, l'indagine si snoda attraverso tre linee direttrici: (ri)definizione dell'ambito di operatività, nell'ordinamento domestico, delle *rationes decidendi* proposte dalla Corte EDU; praticabilità di un'interpretazione dell'art. 603 c.p.p. conforme alla Convenzione; ricostruzione delle cadenze del vaglio in appello sulla rinnovazione della prova decisiva e controllo della relativa decisione in sede di legittimità. A livello sistematico, infine, il riconoscimento in sede europea del diritto alla rinnovazione della prova fa riemergere la scarsa coerenza dell'attuale struttura dell'appello nel sistema processuale penale e costituisce una preziosa occasione per una riflessione de iure condendo.

SOMMARIO

1. Dalla giurisprudenza della Corte EDU nuova linfa al dibattito sulla disarmonia strutturale dell'appello penale. – 2. Lo “statuto convenzionale” del diritto alla rinnovazione della prova in appello. – 2.1. Preliminari spunti di riflessione sulla tutela apprestata dalla Corte di Strasburgo all'immediatezza nei giudizi d'impugnazione. – 3. L'ordinamento italiano alla prova dei principi “convenzionali”: considerazioni introduttive. – 4. La rilettura delle *rationes decidendi* “convenzionali” da parte della Corte di cassazione. – 4.1. Distinzioni artificiali tra casi interni ed europei: un confronto emblematico. – 5. L'interpretazione conforme dell'art. 603 c.p.p.: una strada accidentata, ma percorribile. – 5.1. Il vaglio sulla decisività della prova da parte del giudice d'appello. – 5.2. Compatibilità dell'interpretazione conforme con l'ordinamento nel suo complesso. – 6. Il sindacato di legittimità sull'omessa rinnovazione della prova tra inquadramento nei motivi di ricorso e controllo sulla decisività. – 6.1. Il regime di rilevabilità del vizio nel giudizio di cassazione. – 7. Il ruolo dell'appello nel processo informato all'immediatezza: cenni sulle prospettive di riforma.

1.

Dalla giurisprudenza della Corte EDU nuova linfa al dibattito sulla disarmonia strutturale dell'appello penale.

Sullo sfondo dei rapporti tra il primo e il secondo grado di giudizio nel sistema processuale penale campeggia una disarmonia già denunciata all'indomani dell'entrata in vigore dell'attuale codice: ad un primo grado ispirato al principio del contraddittorio, tendenzialmente attuato nel rispetto dei canoni di oralità e immediatezza attraverso la formazione della prova davanti al giudice chiamato a decidere¹, fa da contraltare un giudizio d'appello meramente cartolare, in cui la conoscenza giudiziale è – di regola – ottenuta attraverso la lettura dei protocolli probatori formati in primo grado².

L'attuale struttura dell'appello penale, nei cui epiloghi decisori tipici figura l'ipotesi di riforma – anche integrale – della decisione impugnata, fa assurgere l'indicata disarmonia a potenziale indice di incoerenza dell'intero ordinamento processuale penale.

Il ribaltamento in seguito ad un appello "cartolare" di sentenze emesse sulla base di un accertamento in contraddittorio è stato analizzato e criticato, in primo luogo, sul versante epistemologico: l'adozione in primo grado del contraddittorio assistito da oralità e immediatezza in quanto metodo più accreditato, a livello euristico, per raggiungere il livello più elevato di conoscenza giudiziale (lo strumento «meno imperfetto per la ricerca della verità», come è stato efficacemente scritto³), mal si concilierebbe con l'obliterazione del risultato giudiziale figlio di quel metodo all'esito di un appello che, fondandosi sul riesame cartolare degli atti, si gioverebbe di strumenti gnoseologici meno affidabili.

Lo scarto tra i due gradi di giudizio appare non meno problematico se si pone lo sguardo sulla dimensione etico-politica del contraddittorio⁴ che ne illumina la scelta in quanto metodo ideale per il raggiungimento del «giusto processo», da intendersi come valore in sé, eticamente e socialmente non meno importante di una «giusta decisione»⁵. In questo senso, il ribaltamento in appello, all'esito di un giudizio a bassa intensità dialettico-probatoria, di un risultato maturato in uno spazio giuridico in cui, al contrario, tale dialettica aveva trovato piena espressione, da un lato depotenzia, rispetto all'imputato, il significato del contraddittorio come scelta di civiltà⁶ e come argine al potere punitivo del giudice⁷, dall'altro, non contribuisce certamente a rafforzare l'elaborazione e, quindi, l'accettazione della decisione nella collettività.

Le tratteggiate interazioni tra gradi di giudizio vanno svincolate da presunte simmetrie tra modelli astratti: nel rapporto tra i canoni della conoscenza giudiziale nei due gradi non si coglie, infatti, alcuna implicazione logica necessaria⁸. Dalle interazioni stesse emerge, invece, uno

¹ L'assunzione in contraddittorio della prova nel pieno rispetto dell'oralità e dell'immediatezza rappresenta, come rilevato in dottrina, «la forma più diretta e qualificata» di attuazione del contraddittorio. V., per tutti, ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur.*, vol. I, Roma, 1988, pag. 7; sul binomio oralità-immediatezza, v. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano, 1981, p. 282 s.

² V., in particolare, FASSONE, *L'appello: un'ambiguità da sciogliere*, in *Quest. Giust.*, 1991, p. 623 s.; NAPPI, *Il nuovo processo penale: un'ipotesi di aggiornamento del giudizio di primo grado*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 974. Si tratta di una disarmonia nella quale trova espressione la disomogeneità culturale che plasma i due gradi di giudizio: tendenzialmente accusatorio il primo grado; legato alla tradizione inquisitoria il secondo. V., in questo senso, SPANGHER, voce *Appello, II diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, II, Agg., 1991, 1; cfr., anche, CHIAVARIO, *Nel nuovo regime delle impugnazioni i limiti e i mancati equilibri di una riforma*, in AA.VV., (a cura di CHIAVARIO), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, VI, Torino, 1991, p. 15 s.

³ GIOSTRA, *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. Dir.*, 1986, p. 17; ID., voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. Giur.*, 1988, p. 4; v., anche, FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 45 s.

⁴ Sottolinea la doppia anima del contraddittorio, al contempo scelta gnoseologica ed etico politica, CORDERO, *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, p. 218 s.; per un'efficace ricostruzione delle radici etico-politiche del contraddittorio, v., RAFARACI, *La prova contraria*, Torino, 2004, in particolare p. 8 s.

⁵ O. DOMINIONI, *L'imputato tra protagonismo dell'accusa e subalternità della difesa*, in *Arch. pen.*, 1982, p. 79.

⁶ V. GIOSTRA, voce *Contraddittorio*, cit., p. 5; l'Autore, nell'enucleare la dimensione del contraddittorio come scelta di civiltà giuridica, osserva: «verificare l'ipotesi accusatoria in contraddittorio con l'imputato significa ravvisare nella dignità del singolo un bene non meno prezioso dell'accertamento dei fatti e delle responsabilità».

⁷ Per una riflessione sul valore politico del contraddittorio come limite al potere decisionario del giudice, v. ORLANDI, *Trasformazione dello Stato e crisi della giustizia penale*, in *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008, p. 248-249.

⁸ Nella disciplina positiva di molti sistemi processuali sono riscontrabili nessi tendenziali tra conformazione del primo e del secondo grado di giudizio. Tali tendenze vanno apprezzate, tuttavia, sul mero versante delle scelte di politica legislativa, sono condizionate da ragioni di carattere storico-culturale e sfuggono ad ogni automatismo logico-giuridico; in questo senso, appare non condivisibile ogni ricostruzione volta a far derivare dall'adozione dei canoni del contraddittorio vuoi un giudizio d'appello necessariamente e integralmente improntato al medesimo canone epistemologico vuoi, in senso opposto, l'automatica inutilità (e quindi l'abolizione) del secondo grado di giudizio.

spunto fecondo per indagare in concreto i delicati equilibri sottesi ai citati rapporti; equilibri percorsi da tensioni laceranti, se non tragiche, ogni qual volta si riflettano sui fondamentali valori della libertà e della dignità dell'imputato.

E' quanto accade nell'ipotesi in cui oggetto del giudizio di ribaltamento in appello sia una sentenza di assoluzione. In questo caso, la condanna, all'esito del secondo grado, "fulmina" un imputato paradossalmente relegato ai margini del processo in conseguenza della previa dichiarazione di innocenza: stando alla disciplina codicistica, nella sede processuale che lo vede per la prima volta soccombere, l'imputato non partecipa alla definizione del *devolutum*, non sarebbe ammesso a presentare richieste istruttorie, è tendenzialmente impossibilitato ad ottenere la formazione in contraddittorio della prova davanti al giudice che decide; in un crescendo di paradossi gli è poi preclusa un'impugnazione di merito della sentenza di condanna emessa in appello.

Le descritte problematiche, ampiamente segnalate in dottrina⁹, hanno animato l'articolo, e talvolta farraginoso, percorso ortopedico-riparatore della giurisprudenza di legittimità e innervato un dibattito sull'opportunità politica oltre che sulla compatibilità costituzionale e sistematica dell'appello del pubblico ministero avverso la sentenza di proscioglimento. Si tratta di un dibattito all'interno del quale, com'è noto, si è incastonato un radicale intervento legislativo (l. 20 febbraio 2006, n. 46, nota come legge Pecorella) introduttivo di estesi limiti al potere del pubblico ministero di impugnazione delle sentenze di proscioglimento; un intervento che aveva sullo sfondo, tra l'altro, proprio l'esigenza di superare le distonie derivanti dalle condanne maturate per la prima volta in appello¹⁰. Le suddette modifiche normative – come si sa – sono state spazzate via dalla Corte costituzionale, con sostanziale riviviscenza della disciplina previgente e delle distonie denunciate¹¹.

Il tema torna oggi al centro del dibattito, soprattutto giurisprudenziale, per effetto di una serie di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo che, posta di fronte al ribaltamento di una sentenza di assoluzione in condanna, ha individuato un ingrediente indefettibile del processo equo nella rinnovazione del contatto diretto tra il giudice dell'impugnazione e la prova, censurandone l'omissione come violazione dell'art. 6 CEDU.

Illuminato nella dimensione soggettiva, ovvio riflesso delle funzioni tipiche svolte dalla Corte sovranazionale, si affaccia alle porte dell'ordinamento nazionale un vero e proprio diritto dell'imputato all'ammissione e alla conseguente riassunzione in sede di impugnazione di prove già acquisite in primo grado alle condizioni tratteggiate dai giudici di Strasburgo.

Il presente lavoro si propone di ricostruire lo "statuto sovranazionale" di tale diritto e di indagarne l'impatto sull'ordinamento interno alla luce dei consolidati obblighi d'interpretazione

⁹ Tra i tanti contributi, si segnala come crocevia del dibattito il seminario di studio organizzato da Magistratura Democratica (Sasso Marconi, 12-13 dicembre 2003), i cui atti sono raccolti in AA.Vv. (a cura di NUNZIATA), *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, in *Diritto e giustizia*, 2004, suppl. al fasc. 29; Per una recente ricognizione delle problematiche in esame e delle varie posizioni maturate in dottrina, v. BELLUTA, *Prospettive di riforma dell'appello penale, tra modifiche strutturali e microchirurgia normativa*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1059 s., ora anche in BARGIS – BELLUTA, *Impugnazioni penali: assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, Torino, 2013, p. 235 s.

¹⁰ Sottolinea questo aspetto VICOLI, *Irragionevoli i limiti all'appello del pubblico ministero, ma labili i confini tra norma illegittima e norma inopportuna*, in *Giur. it.*, 2008, I, p. 260: «anche nell'accezione descrittiva di *ratio legis* i vincoli previsti dalla legge n. 46/2006 all'appellabilità delle sentenze dibattimentali di contenuto assolutorio nascevano da premesse che hanno un fondamento logico sistematico [...] in tal senso si lamenta come l'impianto complessivo risulti affetto da una palese distonia nella misura in cui consente che all'accertamento scaturito dal contraddittorio e dall'oralità nella formazione della prova possa essere sovrapposto quello meramente cartolare tipico della fase di gravame».

¹¹ Il riferimento è, ovviamente, alla nota sentenza della Corte Costituzionale 6 febbraio 2007, n. 26, con la quale è stato dichiarato illegittimo l'art. 1 della l. 20 febbraio 2006, n. 46 nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 c.p.p., escludeva che il pubblico ministero potesse appellare le sentenze di proscioglimento, fatta eccezione per i casi nei quali fosse stata scoperta o fosse sopravvenuta una nuova prova decisiva. Sulla legge Pecorella e la sentenza n. 26/2007, pubblicata su un novero vasto di riviste (per tutte, *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 605), si registra una copiosa letteratura che, in questa sede, non può essere integralmente riportata. V., in particolare, i seguenti volumi collettanei: BARGIS – CAPRIOLI (a cura di), *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, Torino, 2007; SCALFATI (a cura di), *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, Milano, 2006; GAITO (a cura di), *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la legge Pecorella*, Torino, 2006; ed inoltre, almeno, BARGIS – GAITO, *Il ritorno della consulta alla cultura processuale inquisitoria (a proposito della funzione del p.m. nelle impugnazioni penali)*, in *Giur. Cost.*, 2007, p. 240 s.; CORDERO, *Un'arma contro due*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 807 s.; CAPRIOLI, *I nuovi limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento tra diritti dell'individuo, obbligatorietà dell'azione penale e "parità" delle armi*, in *Giur. it.*, 2007, 01, p. 254 s.; ID., *Inappellabilità delle sentenze di proscioglimento e "parità delle armi" nel processo penale*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 250 s.; CERESA – GASTALDO, *I limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento: discutibili applicazioni e gravi problemi di costituzionalità*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 827 s.; FERRUA, *Riforma disorganica era meglio rinviare*, in *Dir. giust.*, 2006, n. 9 p. 81 ID., *La sentenza costituzionale sull'inappellabilità del proscioglimento e il diritto al "riesame" dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, n. 5, 2007, p. 611 s.; KOSTORIS, *Le modifiche al codice di procedura penale in tema di appello e di ricorso per Cassazione introdotte dalla legge Pecorella*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, pag. 634; SPANGHER, *Legge Pecorella, l'appello si sdoppia, tra l'eccezionale ed il fistiologico*, in *Dir. giust.*, 2006, n. 9, p. 69; VICOLI, *Irragionevoli i limiti all'appello del pubblico ministero*, cit., p. 257 s.

conforme. In questo senso, l'indagine si muoverà attraverso l'itinerario tracciato dalla giurisprudenza più recente della Corte di cassazione per rilevarne orientamenti e disorientamenti. A margine di tale ricognizione, raccolti gli spunti maturati, si tenterà di riposizionare l'obiettivo sulla struttura del giudizio d'appello, per abbozzare qualche riflessione *de iure condendo*.

2.

Lo "statuto convenzionale" del diritto alla rinnovazione della prova in appello.

Nel lungo itinerario interpretativo tracciato dalla Corte di Strasburgo il diritto dell'imputato alla riassunzione della prova nel giudizio di impugnazione ha progressivamente preso forma dall'innesto e contaminazione degli arresti giurisprudenziali maturati su una duplice direttrice: il diritto all'udienza pubblica e il diritto all'ammissione delle prove.

Sul primo versante, la Corte EDU ha originariamente enucleato il diritto alla rinnovazione del contatto diretto tra giudice e prova come estrinsecazione del diritto all'udienza pubblica nel giudizio d'impugnazione; da quest'ultimo ha, per l'effetto, mutuato i presupposti. Nella sentenza *Ekkbatani c. Svezia* i giudici di Strasburgo, chiamati a pronunciarsi in relazione ad un procedimento nazionale in cui era stata negata la fissazione dell'udienza d'appello all'imputato condannato in primo grado, misurano la sussistenza della denunciata violazione dell'art. 6 par. 1 CEDU attraverso un duplice vaglio: l'amputazione dell'udienza è ritenuta inconciliabile con i canoni dell'equo processo quando, da un lato, nell'ordinamento nazionale il giudice dell'impugnazione sia funzionalmente investito del potere di esaminare il caso in fatto e in diritto e, dall'altro, l'oggetto in concreto devoluto alla sua cognizione concerne il giudizio di fatto sulla regiudicanda, nelle forme dell'integrale rivalutazione della responsabilità penale dell'imputato proclamatosi innocente. Alle medesime condizioni, la Corte EDU fa derivare un diritto difensivo alla rinnovazione della prova: se l'oggetto principale devoluto alla cognizione e decisione di un giudice d'appello – funzionalmente titolare del potere di esaminare il caso anche in fatto – è rappresentato dall'integrale valutazione della responsabilità dell'imputato «*that question could not, as a matter of fair trial, have been properly determined without a direct assessment of the evidence given in person by the applicant – who claimed that he had not committed the act alleged to constitute the criminal offence – and by the complainant*»¹².

Nel medesimo solco, fecondando il seme ermeneutico depositato dalla sentenza *Ekkbatani*, si muove la più nota sentenza della Corte EDU sul diritto alla rinnovazione probatoria¹³: nel caso *Dan c. Moldavia*, i giudici di Strasburgo, chiamati a misurarsi con le doglianze di un ricorrente che denunciava la violazione dell'art. 6 par. 1 CEDU per essere stato condannato per la prima volta in appello senza che fossero stati ri-ascoltati i testimoni dell'accusa, pongono al vertice delle *rationes decidendi* l'oggetto in concreto del giudizio d'impugnazione, calibrandovi il compasso operativo della riassunzione della prova: qualora tale oggetto consista nell'esame in fatto e in diritto e nella valutazione completa dei profili concernenti la colpevolezza o l'innocenza dell'imputato, il giudice dell'impugnazione non può determinare correttamente tali questioni senza un contatto diretto con le prove¹⁴.

Il perimetro primitivo del diritto alla rinnovazione probatoria è quindi tratteggiato dalla relazione devolutiva misurata in concreto, con particolare riguardo ai poteri di cognizione e di decisione del giudice d'appello: in un processo equo, alla possibilità di rivalutare, anche integralmente, il fatto storico e pronunciare una sentenza di riforma in ordine alla responsabilità

¹² Corte EDU, 26 maggio 1988, *Ekkbatani c. Svezia*, § 32, consultabile, come tutte le decisioni della Corte EDU che verranno citate, sul sito istituzionale all'indirizzo internet: hudoc.echr.coe.int; Secondo SACCUCCI, *L'art. 6 della Convenzione di Roma e l'applicazione delle garanzie del giusto processo ai giudizi d'impugnazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 590 s., la Corte pone così «le premesse per una dipendenza funzionale del grado di garanzie da rispettare in appello dal tipo di doglianza sollevata in quella sede».

¹³ Corte EDU, 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*. Una fama ritenuta immeritata da P. GAETA, *Condanna in appello e rinnovazione del dibattimento*, in *Libro dell'anno del diritto 2014*, Roma, 2014, consultabile alla pagina <http://www.treccani.it/enciclopedia>: «la (immeritata) fama della pronuncia Dan ha – paradossalmente – offuscato, nella riflessione dottrinale ed, in parte, in quella giurisprudenziale, gli ulteriori sviluppi (probabilmente più importanti) di tale tematica: a dimostrazione che anche il diritto non si sottrae alla modernità liquida delle mode, per dirla con Zygmunt Bauman».

¹⁴ Corte EDU, *Dan c. Moldavia*, cit., § 30: «*Where an appellate court is called upon to examine a case as to the facts and the law and to make a full assessment of the question of the applicant's guilt or innocence, it cannot, as a matter of fair trial, properly determine those issues without a direct assessment of the evidence*»; la massima della sentenza è pubblicata in *Arch. pen.*, 2012, I, p. 349 con nota di GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio di appello*, *ivi*, p. 349 s.

dell'imputato deve accompagnarsi il diritto alla riassunzione della prova dichiarativa.

Diverso si presenta il percorso tracciato sulla direttrice dell'ammissione delle prove.

Su questo versante, i giudici di Strasburgo hanno individuato nel ribaltamento in appello della sentenza di assoluzione sulla base di un riesame meramente cartolare una di quelle «*circonstances exceptionnelles*» che autorizzano il sindacato da parte della Corte europea del rigetto della richiesta di (ri)ammissione della prova operato dal giudice interno¹⁵. Nel caso *Destrethem c. Francia*¹⁶ la Corte EDU, investita della violazione dei canoni del processo equo per la mancata rinnovazione in appello delle testimonianze a discarico richiesta dal ricorrente, ha censurato l'operato dei giudici nazionali rilevando l'incompatibilità con l'art. 6 par. 1 CEDU della rivalutazione delle prove dichiarative, prodromica al ribaltamento del giudizio di assoluzione in condanna, senza l'audizione delle relative fonti. Con un canone argomentativo dal forte valore evocativo destinato ad affermarsi anche oltre i confini "convenzionali", la Corte osserva come l'imputato sia stato condannato in appello sulla base di quelle medesime prove ritenute in primo grado insufficienti a confermare l'accusa: condizioni al verificarsi delle quali la mancata rinnovazione della fonte dichiarativa ha determinato una sensibile riduzione dei diritti della difesa.

Pur negli istituzionali confini di un vaglio circoscritto al caso di specie, la Corte tratteggia il perimetro dell'attività cognitiva e valutativa del giudice d'appello e, specularmente, del diritto alla rinnovazione: nell'ipotesi della riforma dell'assoluzione in condanna, la mancata rinnovazione della prova dichiarativa decisiva ai fini della pronuncia sulla responsabilità finisce per vincolare il percorso cognitivo e decisorio del giudice d'appello, che tale protocollo testimoniale non potrà legittimamente rivalutare e porre a fondamento della sentenza senza la riassunzione della relativa fonte, pena la violazione del diritto di difesa.

L'incontro tra i due descritti percorsi ermeneutici definisce l'attuale volto "convenzionale" della rinnovazione probatoria nei giudizi d'impugnazione.

L'apparato motivazionale di gran parte delle più recenti decisioni della Corte europea (tutte emesse nei confronti della Romania) si articola su un duplice *test*, operato in sequenza successiva, che cumula i parametri proposti partitamente dalla sentenza *Ekbatani* e dalla sentenza *Destrethem*¹⁷. La Corte EDU opera il vaglio di equità della procedura accertando, prima, la natura prevalentemente fattuale del giudizio di impugnazione nell'ambito del quale il giudice ha in concreto deciso nel merito la regiudicanda, rivalutando integralmente il tema della responsabilità dell'imputato; poi, isolando le circostanze eccezionali che attivano il sindacato, da parte dei giudici di Strasburgo, sull'amputazione del diritto alla rinnovazione della prova.

E' nella transizione tra i due stadi della valutazione, nel passaggio argomentativo che funge da cinghia di trasmissione consegnando al secondo i risultati del primo, che le sentenze cristallizzano il dato interpretativo più rilevante, individuando l'enunciato fattuale devoluto al giudice dell'impugnazione e illuminandone la portata dirimente nelle sequenze del controllo postumo sull'equità della procedura: è su tale enunciato fattuale, quale oggetto sul quale ricade in definitiva la diversa interpretazione del giudice dell'impugnazione, che va correttamente misurato l'obbligo di rinnovazione probatoria¹⁸.

Infatti, il nuovo giudizio sull'enunciato di fatto decisivo, prodromico al ribaltamento della sentenza di assoluzione, presuppone a livello logico-giuridico una rivalutazione dei relativi

¹⁵ L'apprezzamento operato dal giudice nazionale sulla richiesta di ammissione della prove rappresenta, com'è noto, un campo d'indagine tradizionalmente proibito ai giudici di Strasburgo. Con la sentenza *Bricmont c. Belgio* (Corte EDU, 7 luglio 1989, *Bricmont c. Belgio*, § 89) la Corte ha aperto un varco al sindacato del giudizio domestico sull'ammissione della prova in termini di compatibilità con i principi del processo equo: «*il incombe en principe au juge national de décider de la nécessité ou opportunité de citer un témoin [...] des circonstances exceptionnelles pourraient conduire la Cour à conclure à l'incompatibilité avec l'article 6 de la non-audition d'une personne comme témoin*».

¹⁶ Corte EDU, 18 maggio 2004, *Destrethem c. Francia*.

¹⁷ Corte EDU, 26 giugno 2012, *Gaitanaru c. Romania*; Corte EDU, 9 aprile 2013, *Flueraș c. Romania*; Corte EDU, 4 giugno 2013, *Hanu c. Romania*; Corte EDU, 29 ottobre 2013, *Hogea c. Romania*; Corte EDU, 25 febbraio 2014, *Văduva c. Romania*; continuano, al contrario, a muoversi sul solco tradizionale delle sentenze *Ekbatani*: Corte EDU, 5 marzo, 2013, *Manolachi c. Romania*; Corte EDU, 17 dicembre 2013, *Ion Tudor c. Romania*; Corte EDU, 14 gennaio 2014, *Cipleu c. Romania*.

¹⁸ Corte EDU, *Hanu c. Romania*, cit., § 37: «*the Supreme Court had to establish if the applicant had requested money from the complainants in order to assist them with their enforcement proceedings [...] the Court notes that the Supreme Court gave its own interpretation of the factual situation in the case. Its decision was not therefore limited to matters of law*»; nella sentenza *Manolachi* (che pur continua a muoversi sul solco tradizionale della sentenza *Ekbatani* sfuggendo al duplice *test* descritto) la Corte misura comunque sull'enunciato fattuale devoluto al controllo del giudice d'appello il proprio giudizio complessivo sull'equità della procedura, preoccupandosi inoltre di saggiarne la decisività nell'economia della decisione giudiziaria: «*cet élément factuel était décisif pour la détermination de la culpabilité du requérant*» (Corte EDU, *Manolachi c. Romania*, cit., § 47).

risultati di prova.

E' quest'ultima attività di rivalutazione che la Corte – sulla scia della sentenza *Destrehem c. Francia* – ritiene compatibile con l'art. 6 CEDU solo se preceduta da una nuova assunzione della fonte dichiarativa, dal momento che quegli stessi elementi di prova erano stati ritenuti in primo grado insufficienti a provare la responsabilità penale dell'imputato.

Così operato il duplice livello di vaglio, va rilevato come il cumulo dei criteri ritagli la sagoma dell'obbligo di rinnovazione della prova sul riesame dell'enunciato fattuale decisivo per la pronuncia sulla responsabilità, circoscrivendola alle ipotesi di ribaltamento della decisione ai danni dell'imputato¹⁹.

Tra le maglie delle *rationes decidendi* adottate nel tempo dai giudici di Strasburgo vengono in rilievo, oltre ai presupposti, anche gli elementi e i caratteri della fattispecie in questione.

Innanzitutto, nelle sentenze degli ultimi anni, la Corte fa emergere la *ratio* della rinnovazione probatoria, per lungo tempo latente, evocando espressamente il principio di immediatezza attraverso l'importazione di canoni argomentativi formati nell'interpretazione di garanzie "convenzionali" diverse, seppur affini: l'osservazione diretta della fonte testimoniale da parte del giudice chiamato a pronunciarsi sulla responsabilità dell'imputato va garantita, ove possibile, al fine di tutelare la correttezza di una valutazione giudiziale complessa come quella relativa all'attendibilità di un testimone²⁰. Canoni che, come si argomenterà tra breve, non illuminano integralmente il fondamento giuridico della garanzia.

Quanto all'oggetto sul quale ricade il diritto alla rinnovazione, esso va individuato in ogni prova dichiarativa²¹ decisiva ai fini del giudizio sulla responsabilità dell'imputato²². L'affermazione del parametro della decisività, inizialmente trascurato anche perché spesso non necessario nel percorso logico-argomentativo²³, riflette, all'evidenza, l'influenza esercitata sull'intera materia probatoria "convenzionale" dal super-criterio della «prova determinante», di cui mutua ovviamente anche le criticità concettuali intrinseche²⁴.

Nell'area dell'irripetibilità (oggettiva e – discutibilmente – anche soggettiva) dell'esame dichiarativo s'inscrivono le eccezioni al diritto, tratteggiate in via esemplificativa nella sentenza *Dan. c. Moldavia*: «*there are cases when it is impossible to hear a witness in person at the trial because, for example, he or she has died, or in order to protect the right of the witness not to incriminate him or herself*».

Il carattere di maggior rilievo della garanzia in esame va individuato, tuttavia, nella sua natura officiosa, tale per cui, alle condizioni descritte, la rinnovazione probatoria s'impone come condizione oggettiva di equità della procedura indipendentemente dalla richiesta probatoria

¹⁹ Il ribaltamento di una decisione di condanna in assoluzione all'esito di un riesame "ai danni" della parte pubblica non potrebbe formare, infatti, oggetto di un ricorso individuale alla Corte EDU.

²⁰ Così Corte EDU, *Dan. c. Moldavia*, cit., § 33 in cui sono visibili gli echi delle argomentazioni coniate dalla Corte europea rispetto all'immutabilità del giudice (Corte EDU, 9 luglio 2002, *P.K. c. Finlandia*) e alle testimonianze anonime (C. EDU, 23 aprile 1997, *Van Mechelen e altri c. Olanda*, § 59-62); Nella sentenza *Hanu c. Romania* (§ 40), la *ratio* della rinnovazione è fotografata nei termini che seguono: «*the judge's observations on the demeanour and credibility of a certain witness may have consequences for the accused*».

²¹ Con la sentenza *Dan. c. Moldavia*, indicando nella prova (*evidence*) l'oggetto della rinnovazione – senza specificazioni relative al segno o al mezzo (a carico, a discarico, esame dell'imputato o dei testimoni) – la Corte europea supera le precedenti locuzioni ritagliate sul caso oggetto d'esame (di «*evidence given by the applicant in person and by certain witnesses*» si parla in Corte EDU, 15 luglio 2003, *Sigurþór Arnarsson c. Islanda*, § 36 e in Corte EDU, 27 novembre 2007, *Popovici c. Moldavia*, §72; di «*témoignages présentés en personne par l'accusé qui soutient qu'il n'a pas commis l'acte tenu pour une infraction pénale*» in Corte EDU, 29 aprile 2008, *Spinu c. Romania*, § 52). Nell'ottica della CEDU, com'è noto, la nozione di testimonianza comprende ogni contributo dichiarativo offerto al giudice, senza differenze tipologiche. In questo senso, va ricompreso quale oggetto del diritto alla rinnovazione anche l'esame dell'imputato. Quest'ultimo, anzi, sembrerebbe dotato di una tutela "rafforzata", slegata dal ribaltamento della decisione, essendo stata riconosciuta la violazione dell'art. 6 CEDU per la lesione del diritto dell'imputato ad essere risentito personalmente in appello nell'ambito di procedimenti definiti con una doppia sentenza di condanna nel merito: v. Corte EDU, 20 giugno 2013, *Abdulgadirov c. Azerbaijan*; Corte EDU, 25 marzo 1998, *Belziuk c. Polonia*.

²² Nel caso *Dan. c. Moldavia*, la Corte misura, da un lato, il rapporto tra la prova e l'enunciato fattuale, dall'altro il "peso specifico" della prova nella piattaforma degli elementi della decisione, rilevando che il contributo dichiarativo non rinnovato costituiva la *main evidence* sulla quale si era determinato il giudizio nel caso concreto, mentre le altre prove avevano il carattere di *indirect evidence*, v. Corte EDU, *Dan. c. Moldavia*, cit., § 31: «*the Court notes that the main evidence against the applicant was the witness statements to the effect that he solicited a bribe and received it in a park. The rest of the evidence was indirect evidence which could not lead on its own to the applicant's conviction [...] Therefore the witness testimonies and the weight given to them were of great importance for the determination of the case*».

²³ In molti dei casi trattati, infatti, il compendio probatorio era costituito esclusivamente da prove dichiarative, la cui rinnovazione era stata radicalmente omessa.

²⁴ Il concetto di prova determinante, com'è noto, matura in seno alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in relazione al valore delle dichiarazioni dei testi assenti al dibattimento (v., in particolare, Corte EDU, 20 novembre 1989, *Kostovski c. Olanda*). Sulla natura problematica del concetto di prova determinante v., *infra*, par. 4.

delle parti²⁵.

Può dirsi, a questo punto, tendenzialmente delineato ad oggi un vero e proprio “statuto convenzionale” dell’istituto della rinnovazione della prova nell’ambito dei giudizi di impugnazione: una fattispecie processuale, avente ad oggetto ogni tipo di prova dichiarativa decisiva per l’accertamento dell’enunciato fattuale devoluto, che assume i caratteri del diritto dell’imputato ogni qual volta il giudice dell’impugnazione – funzionalmente investito di tale prerogativa dall’ordinamento – operi in concreto il riesame integrale del predetto enunciato a sua volta decisivo per il giudizio sulla responsabilità dell’imputato, ribaltando la decisione ai suoi danni; derogabile solo in ipotesi che s’inscrivono nella irripetibilità dell’esame dichiarativo; fattispecie, infine, rilevabile d’ufficio.

2.1.

Preliminari spunti di riflessione sulla tutela apprestata dalla Corte di Strasburgo all’immediatezza nei giudizi d’impugnazione.

Due riflessioni s’impongono alla luce della giurisprudenza “convenzionale” nel suo complesso.

In primo luogo, il tratteggiato “statuto” va letto e maneggiato con la consapevolezza del carattere flessibile dei criteri che lo compongono e dei risultati giuridici conseguenti, portato della logica non monotona che contraddistingue il ragionamento della Corte EDU. Bandita ogni rigida regola di esclusione di tipo binario, il discorso deve collocarsi, pertanto, sul piano della «logica sfumata o del terzo incluso»²⁶: l’inserimento e/o la valorizzazione nel novero delle premesse di nuove informazioni ben potrebbe, così, condurre alla modifica e finanche alla revoca delle conclusioni fin qui assunte.

In quest’ottica, andrà, ad esempio, misurata la “capacità di resistenza” del diritto all’immediatezza nell’ambito del giudizio d’impugnazione nei casi in cui la fonte dichiarativa di cui s’invoca la rinnovazione sia rappresentata da un soggetto con specifiche esigenze di protezione²⁷, con particolare riferimento ai minori e alle vittime di reati sessuali: esigenze tradizionalmente valorizzate dalla giurisprudenza della Corte EDU come fattore in grado di giustificare la compressione di alcune garanzie difensive²⁸. Non è escluso che la Corte possa ritenere compatibile con i canoni dell’equo processo la mancata riconvocazione davanti al giudice dell’impugnazione di un teste vulnerabile proprio nei casi in cui la ricostituzione del contatto con la sede processuale, e quindi con l’imputato, potrebbe tradursi in una intollerabile situazione di vittimizzazione secondaria.

In secondo luogo, è necessario sfuggire alla tentazione di rilevare contraddizioni a prima lettura tra la tutela “convenzionale” del diritto all’immediatezza nei diversi gradi di giudizio: ad un primo grado in cui il contatto diretto tra prova e decidente è valutato dalla Corte di Strasburgo, vuoi come ingrediente non necessario del diritto al contraddittorio²⁹, vuoi come

²⁵ Corte EDU, *Hanu c. Romania*, cit., § 38: «the Court reiterates that the domestic courts are under an obligation to take positive measures to such an end even if the applicant has not requested it»; nello stesso senso, v., Corte EDU, 19 febbraio 1996, *Botten c. Norvegia*, § 53; Corte EDU, 8 marzo 2007, *Danila c. Romania*, § 41; Corte EDU, *Spinu c. Romania*, cit., § 62; Corte EDU, *Gaitanaru c. Romania*, cit., § 34; Corte EDU, *Manolachi c. Romania*, cit., § 50.

²⁶ 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, c. 851 e s. (e in particolare c. 858 in cui si sottolinea come «tale tipo di logica sia tipica espressione di un paradigma epistemologico della complessità»); v., anche, ID., *Tra fatto e diritto: oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, in cui la tesi viene sviluppata nell’ambito della riflessione sulla natura del fenomeno giuridico (v., in particolare, p. 195-205).

²⁷ La nozione in esame trova radice nella «Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, 25 ottobre 2012», che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (2001/220/GAI); in quest’ultima (art. 8 comma 4) si adottava la diversa nozione di vittima vulnerabile, ampiamente utilizzata in sede dottrinale e giurisprudenziale; sulla tutela “convenzionale” delle specifiche esigenze di protezione della vittima nel processo penale, v., in dottrina, AA.VV., *Lo scudo e la spada, esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012; cfr., anche, UBERTIS, *La prova dichiarativa debole: problemi e prospettive in materia di assunzione della testimonianza della vittima vulnerabile alla luce della giustizia sovranazionale*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4048 s.

²⁸ Cfr., sul contiguo terreno del diritto al confronto (art. 6 par. 3 lett. d), Corte EDU, Grande Camera, 15 dicembre 2011, *Al Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 118 s.

²⁹ Com’è noto, la Corte europea dei diritti dell’uomo non esige l’instaurazione di un contraddittorio “forte” che operi necessariamente nel momento di formazione della prova, ritenendo rispettato il diritto al contraddittorio «purché venga accordata all’accusato un’occasione adeguata e sufficiente di contestare una testimonianza a carico e di interrogarne l’autore, al momento della deposizione o più tardi», così, testualmente, UBERTIS, *La prova dichiarativa*, cit., p. 4052.

garanzia ad alto tasso di derogabilità in caso di mutamento del giudice³⁰, si vorrebbe contrapposto un secondo grado contraddistinto, alle condizioni su riportate, dalla piena tutela del diritto all'immediatezza³¹. Se così fosse, ci troveremmo di fronte ad un quadro – si potrebbe dire – opposto rispetto a quello dell'ordinamento italiano, ma non meno problematico.

Ora, non è possibile prendere posizione in generale sul tema, che può essere approfonditamente scandagliato solo attraverso un raffronto delle singole decisioni della Corte EDU³²; d'altra, parte non vanno taciuti almeno due spunti d'analisi.

L'indagine sul (presunto) scarto di tutela "convenzionale" della garanzia dell'immediatezza andrebbe condotto sul terreno delle eccezioni più che su quello delle regole dal momento che la prospettiva del vaglio operato dai giudici di Strasburgo è quella della compatibilità con l'equità processuale di ipotesi in cui il contatto diretto tra giudice e prova non si sia stabilito: su questo versante – a prima lettura – sembrerebbe prematuro escludere la simmetria tra le deroghe all'immediatezza "tollerate" in primo e secondo grado. Il catalogo delle eccezioni al diritto di ristabilire il contatto tra giudice dell'impugnazione e prova – affacciato solo in via esemplificativa dalle sentenze esaminate (e quindi destinato ad evolversi) – sembra muoversi pienamente nel solco delle situazioni particolari già scrutinate e "tollerate" in primo grado in quanto compatibili con l'art. 6 CEDU.

Va, inoltre, isolato e sottolineato un carattere del diritto all'immediatezza nei gradi d'impugnazione autonomo e peculiare rispetto all'operatività della medesima garanzia in primo grado. In sede di impugnazione, il diritto sembra "sorgere" dalla emanazione di una sentenza di assoluzione e si giustificerebbe nella prospettiva del ribaltamento della decisione sulla responsabilità dell'imputato; una prospettiva divenuta certezza nel controllo postumo operato dalla Corte EDU.

Il giudizio operato nella sentenza di primo grado sull'enunciato di fatto cristallizzerebbe sui relativi elementi di prova (a carico/a discarico) una presunzione, a livello valutativo, di (in) affidabilità intrinseca³³ che può essere superata solo attraverso la riassunzione della fonte, ove possibile. In questo senso si potrebbe dare forma giuridica ad un canone argomentativo centrale nei ragionamenti della Corte: *«le requérant a été reconnu coupable sur la base des témoignages mêmes qui avaient suffisamment fait douter les premiers juges du bien-fondé de l'accusation contre le requérant pour motiver son acquittement en première instance»*³⁴.

Si tratta di un carattere che non sembra in grado di "rafforzare" la garanzia nell'ambito dei giudizi di impugnazione tanto da potervi richiedere l'instaurazione per la prima volta di un contatto diretto tra giudice e prova anche nelle ipotesi in cui lo stesso è stato precedentemente omesso per una ragione autonomamente ritenuta dalla Corte EDU idonea a limitare i diritti della difesa.

Esso, tuttavia, dà forma all'immediatezza nell'ambito dei giudizi d'impugnazione ogni qual volta l'attuazione della stessa non sia impossibile o neutralizzata dalla necessità di dar spazio a esigenze contrapposte e appaia, quindi, condizione di equità del processo.

Se, infatti, il contatto diretto con la fonte rappresenta il metodo attraverso il quale il giudice dell'impugnazione potrà eventualmente superare la presunzione valutativa sui risultati di prova dando fondo alle risorse della prova rimaste ai margini nel ragionamento del primo giudice, allora non si vede alcuna ragione perché – qualora possibile e equo, considerato il procedimento nel suo complesso – tale garanzia non vada attuata nella sua accezione più qualificata: l'assunzione orale della prova in contraddittorio davanti al giudice chiamato a decidere sulla responsabilità dell'imputato.

³⁰ V. TAMIETTI, *Il principio dell'immutabilità del giudice nella giurisprudenza europea: divergenze e similitudini con la disciplina interna*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 699 s. e giurisprudenza *ivi* citata; non va, d'altra parte, taciuta la crescente attenzione mostrata dalla Corte di Strasburgo per il rispetto del principio di immediatezza in caso di mutamento dell'organo giudicante, ritenuto canone importante di un processo equo: in questo senso, v., Corte EDU, 18 marzo 2014, *Beraru c. Romania*.

³¹ Cfr. RECCHIONE, *La rivalutazione in appello della testimonianza cartolare: la posizione della Corte di Strasburgo e quella della Cassazione a confronto*, in *Dir. Pen. Cont.*, 17 giugno 2013, la quale rileva una distonia tra la tolleranza – da parte della Corte EDU – del sacrificio dell'oralità-immediatezza in primo grado quando il contraddittorio si sviluppa di fronte ad un giudice diverso da quello che decide (con particolare riferimento alla sentenza della Corte EDU, 20 gennaio 2005, *Accardi c. Italia*) e l'affermata violazione dell'art. 6 CEDU in caso di mancata rinnovazione della prova in appello nell'ipotesi di ribaltamento del giudizio assolutorio di primo grado.

³² Non potendosi escludere, in questo senso, distonie tra le sentenze che hanno riconosciuto un diritto alla rinnovazione della prova e il vasto novero di casi in cui in primo grado l'amputazione del principio di immediatezza è stato ritenuto conforme all'art. 6 CEDU.

³³ La presunzione opererebbe seguendo il segno della prova nell'economia del giudizio assolutorio: prova a carico ritenuta inaffidabile; prova a discarico ritenuta affidabile.

³⁴ Corte EDU, *Destrehem c. Francia*, cit., § 45.

La prova è un volano di risorse informative, persuasive, argomentative. Il giudice dell'impugnazione – attraverso la propria libera attività valutativa – può ricavarne conclusioni diverse, anche opposte rispetto a quelle del giudice di primo grado. Ma per farlo deve riassumerla, perché solo con la riproposizione dell'esperimento probatorio in contraddittorio potrà scandagliare fino in fondo quelle risorse, viceversa condannate a non avere voce nel processo, ma solo nel ragionamento proiettato in sentenza. Sullo sfondo si staglia un giudice non solo direttamente a contatto con la prova, ma in qualche modo attivo nella selezione di quelle risorse probatorie. Un'impostazione che sembrerebbe avvalorata anche dalla natura officiosa della garanzia, che fisiologicamente la proietta oltre i confini dei diritti individuali, lambendo i canoni oggettivi della conoscenza giudiziale.

Seppur preferibile, non è questa, ovviamente, l'unica lettura plausibile della garanzia, nella quale convivono sottotraccia, anche a livello "convenzionale", due anime riflesse di opposte tradizioni culturali: alla descritta dimensione "forte" dell'immediatezza, attuata nei gradi d'impugnazione come garanzia di un contatto diretto nelle forme del contraddittorio "supplementare", può giustapporsi l'idea "psicologica" di immediatezza come contatto senza mediazioni tra giudice e prova realizzabile anche in assenza di replica dell'atto in contraddittorio³⁵.

Comunque s'intenda il principio d'immediatezza, va rilevato, d'altra parte, lo iato tra ordinamento "convenzionale" e interno: la Corte EDU fa derivare dall'assoluzione in primo grado, alle condizioni descritte, la necessità di garantire in sede d'impugnazione un contatto diretto tra giudice e prova; contatto, come anticipato, tendenzialmente precluso nel nostro ordinamento.

3.

L'ordinamento italiano alla prova dei principi "convenzionali": considerazioni introduttive.

Lo "statuto convenzionale" della rinnovazione della prova assume rilevanza all'interno dell'ordinamento italiano in relazione ad uno specifico mezzo d'impugnazione – l'appello, con particolare riferimento alla disciplina della riapertura dell'istruttoria dibattimentale nel relativo giudizio³⁶ – e in virtù dell'autorevolezza riflessa dal rango sub-costituzionale riconosciuto alla CEDU nel sistema delle fonti disegnato dalla Consulta³⁷.

Sul primo versante, va da subito registrato come, al di là di ogni questione classificatoria³⁸, l'attuale conformazione dell'appello nel nostro ordinamento imponga un'indagine sulla compatibilità dell'istituto con la Convenzione europea, così come interpretata dai giudici di Strasburgo. Infatti, nella morfologia astratta dei poteri cognitivo-decisori del giudice d'appello, alla cui definizione in concreto il codice vuole partecipi l'impugnante, può sempre rientrare il giudizio di fatto sulla regiudicanda, di cui è ammessa la riforma anche integrale; nelle ipotesi rilevanti ai fini della presente indagine, poi, sarebbe addirittura escluso ogni limite alla devoluzione, dal momento che, stando agli insegnamenti tradizionali di dottrina e giurisprudenza, l'appello del pubblico ministero avverso una sentenza di assoluzione investe la decisione nella

³⁵ Si pensi alla proiezione in appello degli esami dei dichiaranti video-registrati nell'ambito del giudizio di primo grado; modalità, questa, che in astratto realizzerebbe pienamente le finalità che animano la garanzia dell'immediatezza, se ci si limita a riconoscerne il fondamento nella necessità di garantire l'osservazione diretta del teste.

³⁶ Nell'ambito delle impugnazioni ordinarie il grado d'appello è il solo nel quale è ammessa un'attività istruttoria: si tratta di un'attività regolata – come ampiamente si argomenterà – dai presupposti di cui all'art. 603 c.p.p. ovvero dall'art. 627 comma 2 c.p.p. nell'ipotesi di giudizio di rinvio dopo l'annullamento da parte della Corte di cassazione; nell'ordinamento italiano – a differenza di alcuni altri ordinamenti processuali di Stati compresi nell'area CEDU – nessuna attività di rinnovazione istruttoria è prevista, invece, nel giudizio davanti alla Corte di cassazione.

³⁷ Tale collocazione, com'è noto, deriva dal fondamentale percorso interpretativo inaugurato dalla Corte costituzionale con le famose "sentenze gemelle" (nn. 348 e 349 del 2007) e coltivato – nel solco di una continuità che non ha escluso alcuni importanti "aggiustamenti" ermeneutici – con le sentenze n. 317 del 2009 e n. 80 del 2011.

³⁸ Accede ormai agli studi classici l'indagine sulla natura dell'appello penale, un istituto sospeso tra la logica tipica dei gravami e quella dell'azione di annullamento: v. BARGIS, *Impugnazioni*, Aa.Vv., (a cura di) G. CONSO-V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2012, p. 899; l'alternativa dogmatica gravame – azione d'annullamento si rifa alla tradizionale distinzione tra gravame ed azione d'impugnativa proposta da CALAMANDREI, *Cassazione civile*, II, Milano, 1920, p. 184 e s.

sua interezza³⁹. Il giudice di secondo grado, in questi casi, è quindi dotato di pieni poteri di cognizione e decisione, anche sul fatto: circostanza, come visto, propedeutica all'operatività delle *rationes decidendi* "convenzionali" fin qui analizzate.

Sul secondo versante, com'è noto, le norme della Convenzione, scolpite nel loro significato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, integrerebbero, quali parametri interposti, l'art. 117 comma 1 Cost. nella parte in cui impone alla legislazione interna di conformarsi ai vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali». L'ordinamento interno, attraverso la valvola costituzionale dell'art. 117, si aprirebbe, pertanto, all'adeguamento alla Convenzione con gli strumenti tipici dell'interpretazione conforme e – nel caso estremo della non componibilità per via ermeneutica del contrasto tra norma interna e "convenzionale" – dello scrutinio di costituzionalità.

A fronte dell'apparente linearità, il percorso interpretativo si configura – in realtà – scandito da una sequenza di operazioni ermeneutiche la cui estrema delicatezza deriva dalla problematicità genetica della definizione del parametro interposto; questo, infatti, forgiato sul caso concreto trattato dalla Corte di Strasburgo, transita nell'ordinamento interno come principio, esponendosi alle tensioni (e torsioni) interpretative – spesso occultate tra le maglie del *distinguishing* tra i casi – che si accompagnano alle operazioni di astrazione funzionali alla costruzione di un parametro generale⁴⁰.

Non è questa ovviamente la sede in cui approfondire un tema di tale portata. Ai nostri fini, è sufficiente rilevare come la mera constatazione della genesi delle criticità che avvolgono la definizione del parametro orienti la bussola metodologica dell'indagine verso il contesto in cui le *rationes decidendi* "convenzionali" sono maturate: contesto dal quale deriva, a monte, un diverso grado di attitudine alla generalizzazione.

In questo senso, lo "statuto convenzionale" della rinnovazione probatoria si presta ad un triplice ordine di rilievi preliminari.

In primo luogo, la constatazione dell'assenza di casi che abbiano visto l'Italia convenuta davanti alla Corte EDU per violazione del diritto alla rinnovazione delle prove nell'ambito del giudizio di impugnazione – pur non esimendo il nostro ordinamento dal rispetto della lettura "convenzionale"⁴¹ – impone un *surplus* di cautela nell'interpretazione di un principio maturato, evidentemente, in relazione ad ordinamenti terzi⁴².

In secondo luogo, la rinnovazione della prova ha i caratteri dell'istituto di confine, riflettendo la natura ibrida storicamente derivante dall'innesto e dalla fusione dei due diritti alla base della garanzia "convenzionale": diritto alla udienza pubblica e diritto alla prova; incline alla generalizzazione il primo, esposto alle tensioni particolaristiche e alla flessibilità del caso concreto il secondo⁴³. Ne deriva la progressiva cedevolezza del generale obbligo di rinnovazione probatoria (tratto dal diritto all'udienza) quando si scivoli verso le scelte selettive sulle fonti di prova in concreto da rinnovare e, a quel punto, in definitiva sulla necessità stessa della riassunzione.

Infine – ed in particolare – va illuminato un carattere strutturale che ipotica *ab origine*

³⁹ In dottrina v., già rispetto al codice previgente, DEL POZZO, *L'appello nel processo penale*, Torino, 1957, p. 213; in giurisprudenza, v., per tutte, Sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3732: «L'appello del P.M. contro la sentenza di assoluzione emessa all'esito del dibattimento [...] ha effetto pienamente devolutivo, attribuendo al giudice "ad quem" gli ampi poteri decisori previsti dall'art. 597 comma secondo lett. b) cod. proc. pen.. Ne consegue che, da un lato, l'imputato è rimesso nella fase iniziale del giudizio e può riproporre, anche se respinte, tutte le istanze che attengono alla ricostruzione probatoria del fatto ed alla sua consistenza giuridica; dall'altro, il giudice dell'appello è legittimato a verificare tutte le risultanze processuali e a riconsiderare anche i punti della sentenza di primo grado che non abbiano formato oggetto di specifica critica, non essendo vincolato alle alternative decisorie prospettate nei motivi di appello e non potendo comunque sottrarsi all'onere di esprimere le proprie determinazioni in ordine ai rilievi dell'imputato».

⁴⁰ Sulle connotazioni peculiari del *judicial transplant* nell'ordinamento domestico dei principi convenzionali interpretati dalla giurisprudenza di Strasburgo, v., per tutti, MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in MANES-ZAGREBELSKY (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 20 s.

⁴¹ Com'è noto, la giurisprudenza della Corte europea implica un vincolo indiretto per tutti gli Stati contraenti non convenuti dal momento che l'interpretazione delle disposizioni della CEDU è enunciata *erga omnes*; in questo senso v. V. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *ius17@unibo.it*, n. 1/2009, p. 58.

⁴² Sottolinea la necessità di un particolare rispetto per il contesto in cui s'inscrivono le decisioni della Corte europea pronunciate nei confronti di altro Stato, CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici ([Osservazione a] Corte cost., sent., 24 ottobre 2007 n. 349)*, in *Giur. Cost.*, 2007, p. 3573; cfr., anche, GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla Cedu: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, in *Arch. Pen.*, 2012, I, p. 73; MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea*, cit., p. 21.

⁴³ Cfr. FERRUA, *Le dichiarazioni dei testi assenti: criteri di valutazione e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, n. 4, p. 395, che, con riferimento al momento della valutazione della prova, rileva l'impossibilità di ridurre le motivazioni della Corte di Strasburgo a «formule categoriche».

la ricostruzione della *ratio decidendi* elaborata dalla Corte EDU e la conseguente operazione interpretativa nel caso interno. Il parametro “convenzionale” origina, infatti, tra le maglie di un giudizio in cui i piani dell’ammissione e della valutazione della prova finiscono per intersecarsi e sovrapporsi in un groviglio concettualmente inestricabile, frutto sia della scarsa sensibilità rispetto all’autonomia dei singoli momenti della sequenza probatoria, sia della posizione funzionale dei giudici di Strasburgo, che intervengono come custodi postumi dell’equità della procedura.

Al contrario, nel nostro ordinamento il procedimento probatorio è connotato da cadenze formalmente distinte: ammissione, acquisizione e valutazione della prova costituiscono passaggi formali la cui autonomia giuridico-concettuale si riflette su una disciplina codicistica *ad hoc* dei relativi presupposti, delle modalità e delle sanzioni processuali.

L’operazione di trapianto della *ratio decidendi* “convenzionale” nell’ordinamento interno sconta, pertanto, un’originaria disarmonia: la portata del parametro riflette inevitabilmente componenti valutative proprie dell’area concettuale indistinta in cui è plasmato, ma estranee al vaglio preliminare sull’ammissibilità della prova che lo stesso parametro è chiamato a presiedere nell’ordinamento interno.

Il rilievo si pone come chiave di lettura privilegiata del tema che ci occupa.

Nel giudizio di trasposizione – e in particolare sulla strada dell’interpretazione conforme a Convenzione del dettato legislativo interno – è necessario contenere, per quanto possibile, la tensione centrifuga del vaglio verso giudizi prematuri e indebiti (propri della fase valutativa) sulle ipotesi di fatto prospettate dalle parti. Va, infatti, tutelata la rituale funzione di preliminare deliberazione sull’ammissibilità di una prova, pur già assunta dal giudice di primo grado.

Le accennate criticità sembrano rimanere ai margini dell’interpretazione proposta dalla giurisprudenza interna, stando almeno alle numerose sentenze della Corte di cassazione degli ultimi due anni.

Si tratta di un novero di decisioni connotato da lacune, incertezze e contraddizioni, riflesso di una ermeneutica ancora immatura ed in costante evoluzione, oltretutto inadeguata nel calibrare strumenti d’interpretazione efficaci.

Nell’ampia gamma di recenti pronunce dell’organo di legittimità non si rintracciano, invece, due o più orientamenti contrastanti, bensì un reticolo disordinato di affermazioni e criteri, espressione di approcci – anche ideologici – profondamente diversi. Misurandosi su piani distinti dell’interpretazione essi talvolta si incrociano, fino a confluire in statuizioni in concreto di segno opposto.

4. La rilettura delle *rationes decidendi* “convenzionali” da parte della Corte di cassazione.

Il primo (e più significativo) livello su cui si è esercitata l’interpretazione della Corte di cassazione è costituito dalla ridefinizione dell’ambito di operatività dei criteri proposti dalla Corte EDU.

Com’è noto, ad essere discussa – a monte – è la stessa possibilità, per il giudice interno, di dare una propria interpretazione ai principi formulati dalla giurisprudenza di Strasburgo⁴⁴. D’altra parte, ai margini del dibattito teorico sulla natura vincolante o meno delle interpretazioni della Corte europea, non può che constatarsi come la genesi casistica delle *rationes* “convenzionali” doti comunque il giudice domestico di un potere interpretativo incomprimibile: spetta infatti a quest’ultimo stabilire se sussiste o meno quell’analogia tra fattispecie interna e sovranazionale propedeutica all’applicazione del principio “convenzionale”.

E’ tra le maglie di questa operazione interpretativa, spesso condotta con malcelate forzature della tecnica del *distinguishing*, che si annida il vero rischio di arbitrarie disapplicazioni delle *rationes* “convenzionali”: l’operatività del principio tratteggiato dalla Corte EDU è

⁴⁴ Cfr., per le opposte opinioni, UBERTIS, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, n. 3/10, p. 371 s.; ID., *La “rivoluzione d’ottobre” della Corte Costituzionale e alcune discutibili reazioni*, in *Cass. pen.*, 2012, p.19 e FERRUA, *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assestamento della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte europea*, in *Arch. pen.*, 2008, n. 3, p. 29; ID., *Le dichiarazioni dei testimoni “assenti”*, cit., p. 393 s.; ID., *La prova nel processo penale: profili generali*, in AA.VV. (a cura di FERRUA, MARZADURI, SPANGHER, *La prova penale*, Torino, 2013, p. 41 s.

neutralizzata dalla frapposizione di artificiali distinzioni tra il caso interno e quello oggetto delle decisioni della Corte di Strasburgo; distinzioni che – specularmente – si proiettano sul principio “convenzionale”, circoscrivendone indebitamente la portata.

Così avviene nella tematica che ci occupa.

Chiamata a misurarsi con l'eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 603 c.p.p., per contrasto con l'art. 117 Cost. e con l'art. 6 par. 1 CEDU nella parte in cui non prevede l'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nell'ipotesi di ribaltamento in appello della sentenza di assoluzione in condanna, la Cassazione ha, in più occasioni, ritenuto la questione manifestamente infondata, subordinando l'operatività delle *rationes decidendi* “convenzionali” ad un duplice requisito, distillato dalla casistica della Corte europea e considerato insussistente nei casi di specie: la decisività della prova non rinnovata, da un lato; la rivalutazione della prova (non rinnovata) in termini di attendibilità, dall'altro⁴⁵.

I due presupposti disegnerebbero la linea di confine tra i casi affrontati dalla Corte di Strasburgo e dai giudici interni: l'analogia tra le fattispecie presuppone la sussistenza di entrambi; in assenza, i casi sono diversi e, per l'effetto, lo “statuto convenzionale” è devitalizzato.

In altri termini, l'obbligo di rinnovazione scatterebbe esclusivamente di fronte ad una prova dichiarativa⁴⁶ decisiva della quale il giudice d'appello intende fornire un diverso apprezzamento in termini di attendibilità.

I due criteri – decisività e diversa valutazione in ordine all'attendibilità della prova – sollevano problematiche intimamente connesse che vanno tuttavia analizzate partitamente.

In primo luogo, il vaglio di decisività delle prove da rinnovare – inizialmente ai margini del ragionamento dei giudici di Strasburgo⁴⁷ – si è progressivamente affacciato nelle maglie delle decisioni europee, in parallelo con la crescente attenzione al rapporto tra il mezzo di prova omesso e l'enunciato fattuale devoluto al giudice dell'impugnazione⁴⁸.

A ben vedere, tuttavia, la ragione profonda dell'adozione nell'ordinamento interno del parametro della decisività travalica gli angusti confini della tematica in questione e le esaminate decisioni della Corte EDU. Con esso la giurisprudenza di legittimità importa un canone connaturato alla stessa *ratio* della giurisdizione della Corte di Strasburgo, antiformalistica e funzionale all'accertamento di pregiudizi effettivamente patiti dai ricorrenti⁴⁹: un criterio, quindi, dotato di un significato generale ed espansivo che replica nell'ordinamento nazionale la medesima *ratio* selettiva fondata sull'effettività del pregiudizio, configurandosi come condizione generale di causalità tra la violazione dichiarata a livello europeo e la qualità dell'accertamento penale interno e, in definitiva, della rilevabilità stessa della violazione nell'ordinamento

⁴⁵ Così, Sez. V, 5 luglio 2012, n. 38085, Luperi e altri, in *C.E.D. Cass.* n. 253543, in cui si legge testualmente: «La Corte Europea, pertanto, ancora la violazione, con riferimento al giudizio di appello, dell'art. 6, par. 1, Cedu, al duplice requisito della decisività della prova testimoniale e della rivalutazione di essa da parte della Corte di appello, in termini di attendibilità, in assenza di nuovo esame dei testimoni dell'accusa per essere la diversa valutazione di attendibilità stata eseguita non direttamente, ma solo sulla base della lettura dei verbali delle dichiarazioni da essi rese»; in senso conforme, Sez. VI, 26 febbraio 2013, n. 16566, Morzenti, in *C.E.D. Cass.*, n. 254623 e, in estratto, su *Dir pen. proc.*, n. 2/2014, p. 191 s. con commento di COMI, *ivi*, p. 195 s.; Sez. II, 8 novembre 2012, n. 254726, Consagra, in *C.E.D. Cass.* n. 254726; Sez. V, 11 gennaio 2013, n. 10965, Cava e altro, in www.archiviopenale.it, con nota di SCACCIAOCE, *Riforma in peius della sentenza di assoluzione senza rinnovare la prova orale: una decisione che fa discutere*, in *Arch. pen.*, 2013, III, p. 1047 s.

⁴⁶ Rimangono, pertanto, fuori dall'obbligo di rinnovazione “convenzionale” le prove documentali; cfr., Sez. II, 17 maggio 2013, n. 29452, Marchi e altri, in *C.E.D. Cass.* n. 256467 in cui la Corte ha escluso l'applicabilità alle intercettazioni dei principi tratteggiati dalla giurisprudenza di Strasburgo.

⁴⁷ Come visto (*infra*, par. 2), il vaglio di decisività risulta – nella maggior parte dei casi affrontati dalla Corte EDU – implicito a fronte di una panorama probatorio di matrice dichiarativa la cui rinnovazione risultava integralmente omessa.

⁴⁸ In quest'ottica, nella famosa pronuncia *Dan c. Moldavia*, la Corte ricorre alle nozioni di “*main evidence*” e “*indirect evidence*” per connotare il peso degli elementi probatori nell'economia della decisione, e così – indirettamente – il perimetro dell'obbligo di rinnovazione, riservato alla prova cd. principale (“*main*”).

⁴⁹ Un criterio che, come notato in dottrina, costituisce «una sorta di filo rosso capace di legare ogni questione su cui la Corte EDU venga chiamata a pronunciarsi» e che oggi, dopo l'entrata in vigore del XIV Protocollo costituisce la condizione preliminare della cognizione stessa dei ricorsi, dal momento che, ai sensi dell'art. 35 CEDU, la domanda deve essere dichiarata inammissibile quando il ricorrente «*has not suffered a significant disadvantage*»; per tali rilievi e in generale per un inquadramento dei rapporti tra la CEDU e il parametro del pregiudizio effettivo, v. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012, p. 144 s.

nazionale⁵⁰.

Nessun dubbio, pertanto, residua sull'opportuna adozione del parametro della decisività, i cui profili critici, di natura concettuale, attoniscono alla matrice "relativa" della nozione. In ambito "convenzionale" il concetto di prova decisiva (o determinante) designa il peso della singola prova nell'economia della decisione adottata: è decisiva (o determinante) la prova che ha influito in modo preminente sulla deliberazione del giudice. Siamo di fronte – come osservato in dottrina⁵¹ – ad una categoria connotata da una vaghezza irriducibile, che va letta nella logica *fuzzy* tipica del giudizio della Corte EDU. Nell'ordinamento interno, al contrario, la matrice relativa della nozione esclude l'opportunità di una ricostruzione univoca: la portata del parametro, come vedremo⁵², andrà correttamente calibrata in relazione al momento processuale in cui si radica il sindacato giudiziale e agli strumenti interpretativi adottati nel relativo vaglio.

Ben più complessa si profila l'analisi del secondo criterio.

La Corte di cassazione, come rilevato, enuclea un autonomo parametro di ammissibilità della rinnovazione istruttoria, subordinandola alla «necessità di una rivalutazione da parte del giudice d'appello dell'attendibilità dei testimoni»⁵³. Si tratta di un criterio la cui portata si coglie nell'interpretazione autentica proposta dallo stesso organo di legittimità: sussisterebbe un obbligo di rinnovazione della prova solo qualora il giudice intenda variare il giudizio sulla attendibilità «intrinseca» della prova dichiarativa; al contrario, qualora il giudice non modifichi il giudizio di attendibilità della prova ma si limiti ad una «interpretazione delle dichiarazioni» alla luce del diverso apprezzamento di altri elementi di prova non vi sarebbe alcuna necessità di rinnovazione⁵⁴.

A prima vista, va rilevato come nel criterio su descritto si registri una "esplosione" dell'indebita sovrapposizione tra ammissione e valutazione della prova: la tipologia di scrutinio disegnata dalla Corte di cassazione, farebbe scivolare inesorabilmente il vaglio preliminare operato dal giudice d'appello in un pre-giudizio di chiara matrice valutativa.

Ma a ben guardare le criticità del vaglio proposto sono ben più profonde.

Si legge nella motivazione della sentenza Morzenti⁵⁵ che il giudice del primo grado (all'esito del quale l'imputato era stato assolto) «non risultava aver negato la attendibilità della persona offesa ma ha rilevato che alcuni altri elementi esterni di contrasto della tesi di accusa non consentivano di ricostruire con ragionevole certezza la vicenda così come contestata. La Corte di appello, confermando sostanzialmente la valutazione di attendibilità del testimone principale (pur se con maggior attenzione dovendola utilizzare per la affermazione di responsabilità) ha sminuito la portata degli elementi "esterni" di contrasto con la sua versione dei

⁵⁰ In questo senso, in un quadro di analisi sui possibili rimedi interni alle condanne provenienti dalla Corte di Strasburgo, v., già, ALLEGREZZA, *Violazione della Cedu e giudicato penale. Quali contaminazioni? Quali rimedi?*, in AA.VV. (a cura di BIN, BRUNELLI, PUGIOTTO, VERONESI), *All'incrocio tra Costituzione e Cedu*, Torino, 2007, p. 22, che osserva: «sembra prioritario stabilire quale debba essere il legame "causalistico" tra le difformità riscontrate dalla Corte europea e l'epilogo interno, versione inedita del principio di decisività; sia la Corte europea, sia il Comitato dei Ministri nelle sue Raccomandazioni, sia il legislatore nazionale nei vari disegni di legge presentati dal 1998 ad oggi condizionano l'ammissibilità del rimedio al fatto che il vizio accertato dalla Corte europea abbia avuto un'incidenza rilevante sulla decisione. Non solo, quindi, un'influenza diretta sul cuore dell'accertamento penale, ma anche dal valore non trascurabile»; si tratta di riflessioni ancora più attuali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 7 aprile 2011, con la quale – com'è noto – è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1 CEDU, per conformarsi ad una decisione della Corte di Strasburgo: in questo senso, v. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 2/2011, p. 7 s.

⁵¹ FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., p. 45 s.; cfr., anche, DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Torino, 2012, p. 46 s.

⁵² V., *infra*, par. 5.1.; par. 6.

⁵³ Sez. VI, Morzenti, cit.; il parametro in esame compare, per la prima volta, in Sez. V, Luperi, cit.

⁵⁴ Così, nello stesso solco, Sez. V, Luperi, cit. («la Corte genovese non ha operato una diversa valutazione delle varie testimonianze, pervenendo ad un diverso giudizio di attendibilità dei testi di accusa, ma ha invece tratto dalle dichiarazioni di alcuni testimoni [...] conseguenze in tema di responsabilità [...] sulla base della interpretazione delle dichiarazioni testimoniali che non è andata ad involgere quel giudizio di valore delle stesse dichiarazioni ritenuto precluso dalla Corte europea ai giudici di appello») e Sez. VI, Morzenti, cit. («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 condanna non può procedere ad 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 poter operare una adeguata valutazione di attendibilità [...] si tratta, comunque, di una questione di attendibilità intrinseca. Diverso il caso nel quale il giudice di primo grado non abbia negato l'attendibilità della prova orale e, quindi, non è su questo che si incentra la discorde valutazione del giudice di secondo grado. In tale diverso caso non può ritenersi alcuna necessità di una nuova raccolta della prova non essendovi alcuna divergenza nei due giudizi. Si tratta di casi in cui, evidentemente, la differente decisione in punto di ricostruzione dei fatti è conseguenza di diverso apprezzamento o mancato apprezzamento di altri elementi probatori, documenti etc.»).

⁵⁵ Sez. VI, Morzenti, cit.

fatti ritenendo l'errore della sentenza di primo grado nell'esaltare tali elementi ed ha, inoltre, valorizzato circostanze non considerate dal primo giudice».

La Corte di cassazione istituisce così una partizione tra giudizio sull'attendibilità intrinseca dell'elemento di prova e interpretazione dello stesso alla luce degli altri elementi estrinseci che sconta una visione statica e atomistica della valutazione della prova, risolvendosi in una *factio* estranea alla dinamica unitaria e complessa della conoscenza giudiziale e, quindi, priva di valore informativo/distintivo in ordine all'obbligo di rinnovazione⁵⁶.

Lessenza dello sforzo conoscitivo del giudice – in appello come in primo grado⁵⁷ – è rappresentata dal giudizio sulla verità dell'affermazione di esistenza degli enunciati fattuali che costituiscono l'oggetto di uno o più elementi di prova⁵⁸. Tale giudizio si nutre fisiologicamente del confronto con altre proposizioni probatorie al fine di verificare se, e in che misura, le asserzioni coincidono.

Rispetto al momento valutativo, ciò equivale a dire che la conclusione probatoria nonché il valore di tale conclusione nel novero delle prove concernenti la stessa proposizione fattuale sono il frutto di un reticolo di inferenze giudiziali che si nutre del rapporto con altre sequenze probatorie⁵⁹.

Volendo posizionare l'obiettivo esclusivamente sul giudizio di attendibilità del singolo elemento di prova, deve, quindi, rilevarsi come l'attività di riscontro esterno (operata attraverso gli altri elementi probatori) sull'attendibilità della dichiarazione si risolva necessariamente in

⁵⁶ La strutturazione della valutazione probatoria su più sequenze autonome (attendibilità intrinseca soggettiva, attendibilità intrinseca oggettiva, attendibilità estrinseca), originata sul terreno delle dichiarazioni rese dai soggetti di cui all'art. 192 comma 3 c.p.p. ma estensibile ad ogni tipo di prova dichiarativa, riflette una scansione meramente logico-artificiale, che non trova riscontro nell'esperienza concreta della conoscenza giudiziale, nell'ambito della quale la valutazione è necessariamente unitaria, come autorevolmente riconosciuto dalla stessa Corte di cassazione; v., Sez. un., 29 novembre 2012, n. 20804, Aquilina, in *Giur. it.*, 2013, f. 6, p. 1249 e s.: «ai fini della corretta valutazione del mezzo di prova di cui si discute, infatti, la metodologia a cui il giudice di merito deve conformarsi non può che essere quella a tre tempi indicata da Sez. un., n. 1653 del 21/10/1992, dep. 22/02/1993, Marino, Rv. 192465: a) credibilità del dichiarante, desunta dalla sua personalità, dalle sue condizioni socio-economiche e familiari, dal suo passato, dai suoi rapporti col chiamato, dalla genesi remota e prossima delle ragioni che lo hanno indotto all'accusa nei confronti del chiamato; b) attendibilità intrinseca della chiamata, in base ai criteri della precisione, della coerenza, della costanza, della spontaneità; c) verifica esterna dell'attendibilità della dichiarazione, attraverso l'esame di elementi estrinseci di riscontro alla stessa. E' il caso tuttavia di aggiungere [...] che la detta sequenza non deve essere – per così dire – rigorosamente rigida, nel senso cioè che il percorso valutativo dei vari passaggi non deve muoversi lungo linee separate. In particolare, la credibilità soggettiva del dichiarante e l'attendibilità del suo racconto, influenzandosi rigidamente, al pari di quanto accade per ogni prova dichiarativa, devono essere valutate unitariamente»; per una disamina delle cadenze combinate che contraddistinguono la dinamica della valutazione probatoria, v. UBERTIS, *Prova (in generale)*, in *Dig. pen.*, X, Torino, 1995, p. 330-331.

⁵⁷ Si tratta di una identità che origina sul versante "puro" della conoscenza nel processo penale. Nell'ottica di chi scrive, tuttavia, va evidenziato come, sul versante del secondo giudizio, tale identità sia concettualmente ipotecata dalla attuale strutturazione dell'appello come giudizio con epilogo decisivo di natura (anche) rescissoria e dalla peculiare situazione processuale analizzata (il ribaltamento dell'assoluzione in condanna in appello) che inevitabilmente incanalano i poteri del giudice d'appello verso una attività di cognizione piena. Estremamente feconda (anche nell'ottica del superamento della supposta ipoteca), ma impossibile nell'economia del presente lavoro, potrebbe risultare un'analisi sulle sequenze della conoscenza giudiziale in relazione ad un secondo grado diversamente strutturato come giudizio a critica vincolata e solo rescindente.

⁵⁸ L'affermazione evoca acquisizioni classiche sull'oggetto della conoscenza giudiziale (v. già, CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, III, cit., par. 900, 201 e CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, 1936, vol. I, p. 676), poste a fondamento di ogni successiva definizione rigorosa del lessico probatorio: v., in particolare, TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, p. 92 («nel processo il fatto è in realtà ciò che si dice intorno ad un fatto: è l'enunciazione di un fatto, non l'oggetto empirico che viene enunciato»); CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Id.*, *Tre studi sulle prove penali*, 1963, p. 4 e s.; UBERTIS, *Prova*, cit., p. 300; nell'ottica di una messa a punto del lessico, il presente scritto mutua dalla nota costruzione di Taruffo (*Id.*, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 97-105; 426-432), da un lato, le nozioni di fatto principale (ovvero quello «indicato nella protasi della norma applicabile, e che quindi rappresenta la condizione o il presupposto per il verificarsi degli effetti giuridici previsti dalla norma») e fatto secondario (quello, ricavato per esclusione, che pur non ricevendo alcuna qualificazione giuridica può divenire rilevante nel processo «in quanto se ne possa trarre qualche argomento intorno alla verità o falsità di un enunciato vertente su un fatto principale»); dall'altro, la distinzione tra prova diretta e prova indiretta, che esprime le due modalità fondamentali con cui può sussistere il rapporto tra il fatto che deve essere provato e l'oggetto della prova (da intendersi come «l'asserzione fattuale su cui la prova verte»): la prova può definirsi diretta quando le due enunciazioni hanno ad oggetto lo stesso fatto, ossia quando la prova verte sul fatto principale; si avrà, invece, prova indiretta quando l'oggetto della prova sia costituito da un fatto secondario dal quale, tuttavia, possono trarsi inferenze sul fatto da provare. Nella costruzione di Taruffo solo i fatti principali possono integrare il *thema probandum*, mentre i fatti secondari, privi di qualificazione giuridico-normativa, rientrerebbero esclusivamente tra gli oggetti di prova (*Id.*, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, p. 40 s.).

⁵⁹ UBERTIS, *Prova*, cit., p. 3: «per la scelta di derivare una conclusione probatoria da un singolo esperimento conoscitivo è possibile che l'esame dei relativi fatti secondari implichi un loro rapportarsi a momenti di altre sequenze probatorie. Ad esempio può essere necessario determinare l'affidabilità di una fonte di prova attraverso il raffronto tra differenti strumenti gnoseologici, applicando nella sua accezione più specifica la cosiddetta tecnica della "riproma" e quindi effettuando eventuali "controlli incrociati" o verificando l'esistenza di "elementi di riscontro"».

un particolare aspetto del controllo di attendibilità intrinseca⁶⁰.

La distinzione proposta dalla Cassazione perde allora ogni significato. Delle due l'una, infatti.

Se la diversa valutazione operata dal giudice d'appello sugli altri elementi di prova è tale da attribuire agli stessi un valore autonomo e decisivo si scivola sul versante del "peso" delle prove nell'economia della decisione e il secondo parametro proposto dalla Cassazione finisce per coincidere con il primo, perdendo ogni autonomia concettuale: la rinnovazione va esclusa perché la prova dichiarativa è ritenuta non decisiva alla luce del diverso apprezzamento degli altri elementi non dichiarativi (che assurgono, quindi, a prova decisiva sui fatti principali).

Se, al contrario, la rivalutazione degli altri elementi probatori non è tale da confinare la prova dichiarativa nell'alveo della non decisività, allora non si potrà negare, a meno di una forzatura priva di fondamento giuridico-razionale, che i fatti da cui dipende il ribaltamento del giudizio di responsabilità dell'imputato sono stati accertati per mezzo della prova dichiarativa non rinnovata dal giudice d'appello, le cui conclusioni probatorie sono variate in conseguenza di un diverso apprezzamento in termini di attendibilità, dovuto, a sua volta, al diverso giudizio sugli enunciati relativi agli altri elementi probatori (che mantengono così la configurazione di prove indirette non decisive su fatti secondari o comunque di prove dirette dal peso non decisivo).

La rivalutazione operata dal giudice d'appello attraverso un nuovo apprezzamento degli altri elementi probatori esterni al contributo dichiarativo, insomma, è destinata comunque a risolversi in un diverso giudizio di attendibilità intrinseca della prova dichiarativa a meno che la stessa non sia relegata nell'alveo degli elementi non decisivi per la pronuncia.

Inidoneo a connotare insiemi logico-giuridici autonomi, il criterio proposto dalla Cassazione si rivela, pertanto, parallelamente incapace di giustificare razionalmente la scelta in ordine all'operatività (o meno) dell'istituto processuale che su quella pretesa distinzione si fonda. In altri termini, non ha alcun senso far dipendere l'ammissibilità o meno della rinnovazione istruttoria dal tipo di sequenza (interna, esterna) che muove la valutazione della prova, dal momento che tale valutazione si risolve comunque in un'attività concernente l'attendibilità intrinseca della conclusione probatoria di quella determinata prova dichiarativa, di cui – pertanto – deve considerarsi in ogni caso doverosa (o meno) la rinnovazione.

La controprova della fondatezza del ragionamento proposto può essere ricavata misurando l'efficacia (e quindi l'opportunità nell'ottica di scelte giuridiche razionali) del ricorso – nelle situazioni di cui la Cassazione asserisce la diversità – allo strumento cognitivo sottostante l'istituto processuale, ovvero il contraddittorio orale di fronte al giudice decidente.

Se la *ratio* della rinnovazione risiede nella opportunità di garantire il massimo *standard* euristico in funzione del riesame dell'attendibilità intrinseca della prova dichiarativa, allora va da sé che nessuna differenza vi sia in ordine all'efficacia del metodo (e quindi all'opportunità di ricorrervi), vuoi che il controllo si eserciti a partire da altre sequenze probatorie (riscontri), vuoi che si muova all'interno dell'elemento di prova dichiarativo. Nel primo caso, il diverso apprezzamento dei riscontri, prospettato dall'impugnante o rilevato in un vaglio *prima facie* d'ufficio, costituirà la traccia iniziale del riesame dell'attendibilità intrinseca della dichiarazione. Nel contraddittorio orale di fronte al giudice verrà indagato lo specifico profilo dell'attendibilità della fonte o della dichiarazione inciso appunto dalla sequenza probatoria estrinseca. Nel secondo caso, il controllo avrà origine e si muoverà all'interno della prova dichiarativa.

Lo sgretolamento logico del criterio distintivo fa emergere ideologie latenti nelle argomentazioni proposte dalla Cassazione: attenzione alle esigenze di economia processuale miste al disagio per lo scivolamento dell'appello verso una riedizione del giudizio di primo grado, nonché – a tratti – una concezione asfittica del principio di immediatezza inteso quale strumento di controllo della sola attendibilità intrinseca soggettiva del dichiarante. Impostazione – quest'ultima – in cui finisce per risultare svilito il senso profondo del principio che può

⁶⁰ Così, in riferimento alle dichiarazioni rese dal coimputato nel medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso (art. 192 comma 3 c.p.p.), ma con argomentazione, come detto, che può essere estesa ad ogni tipo di prova dichiarativa, v., già, GREVI, *Le dichiarazioni rese dal coimputato nel nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 1181; cfr., anche CAPRIOLI, *Le Sezioni Unite e il caso Calabresi: ancora segnali confusi sul tema dei riscontri alla chiamata in correità*, in *Giur. it.*, 1993, II, c. 793.

cogliersi solo nel rapporto intimamente connesso al contraddittorio sulla dichiarazione⁶¹.

4.1.

Distinzioni artificiali tra casi interni ed europei: un confronto emblematico.

Privo di fondamento logico-giuridico razionale, il criterio proposto dalla Cassazione si risolve in uno strumento radicalmente inadeguato a tracciare un *distinguishing* convincente tra casi giurisprudenziali sottoposti al vaglio dei giudici domestici e quelli affrontati dalla Corte di Strasburgo.

Esemplare, in questo senso, il raffronto tra i fatti giuridicamente rilevanti sottostanti, da un lato, alla pronuncia della Corte di cassazione nella vicenda Caboni – Morzenti, dall'altro, alla sentenza della Corte Edu *Dan c. Moldavia*.

Nel primo, gli imputati erano stati assolti dal delitto di concussione all'esito di un giudizio di primo grado il cui quadro probatorio era costituito da un elemento di prova dichiarativo sul fatto principale – la testimonianza della persona offesa – e da altri elementi di prova non dichiarativi. Il primo giudice – così si legge nella motivazione della sentenza della Cassazione – «non risulta aver negato la attendibilità della persona offesa», ma sarebbe giunto alla pronuncia assolutoria valorizzando alcuni elementi contrastanti con l'ipotesi di accusa. Il giudice d'appello, investito dell'impugnazione proposta dal pubblico ministero, senza procedere alla rinnovazione dell'istruttoria, riformava la sentenza condannando gli imputati: «la differente decisione in punto di ricostruzione dei fatti», per quanto risulta, sarebbe «conseguenza di diverso apprezzamento o mancato apprezzamento di altri elementi probatori, documenti etc.», mentre la valutazione di attendibilità del «testimone principale» risulterebbe «sostanzialmente confermata». ⁶² Va, tuttavia, rilevato come le citate prove diverse da quella dichiarativa non avessero comunque ad oggetto il fatto principale⁶³. La Corte di cassazione, escluso ogni vizio di motivazione nelle argomentazioni dei giudici di merito, rigettava il ricorso confermando la condanna.⁶⁴

Anche nel procedimento nazionale sul quale si innesta la pronuncia della Corte EDU *Dan c. Moldavia*, l'imputato, accusato di corruzione, era stato assolto in primo grado. Il Tribunale interno aveva ritenuto non attendibile la testimonianza della persona offesa e contraddittori gli altri elementi di prova dichiarativi⁶⁵ in un quadro probatorio che contemplava una ripresa video dell'operazione sotto-copertura (ritenuta non utile in quanto interrotta proprio durante l'incontro tra l'imputato e la persona offesa), una consulenza tecnica sulle modalità di trasmissione delle tracce del reato⁶⁶, oltre alla denuncia e ai verbali delle fasi precedenti e successive all'operazione⁶⁷.

La Corte d'appello, nel riformare la sentenza di assoluzione, condannando l'imputato,

⁶¹ E' il caso della più volte citata sentenza Morzenti nella quale l'idea della rinnovazione come strumento necessario a vagliare esclusivamente l'attendibilità della fonte dichiarativa affiora, *a contrario*, nel giudizio di corrispondenza che escluderebbe l'obbligo di rinnovazione, avente ad oggetto la sola valutazione di attendibilità della fonte testimoniale.

⁶² Sez. VI, Morzenti, cit., in cui si legge testualmente: «La Corte di Appello, conferma(ndo) sostanzialmente la valutazione di attendibilità del testimone principale».

⁶³ L'intercettazione ambientale, non tenuta in considerazione dal giudice di primo grado e, al contrario, valorizzata come «rilevante elemento» dal giudice d'appello, potrebbe, infatti, al più provare un fatto secondario, dal quale possono essere tratte inferenze relative all'ipotesi sul fatto principale: l'imputato, nel corso della conversazione intercettata, farebbe riferimento alla persona offesa «quale persona che aveva aiutato».

⁶⁴ Rilevando, tra l'altro, che «nel caso in esame non ricorrevano affatto le condizioni che integrano, alla luce della interpretazione adeguata alla Cedu, la assoluta necessità di nuova audizione dei testimoni ai sensi dell'art. 603 cod. proc. pen., comma 3».

⁶⁵ Si fa riferimento alle deposizioni dei quattro agenti di polizia protagonisti dell'operazione sotto-copertura, testimoni dell'incontro tra la persona offesa e l'imputato e dello scambio del denaro, le cui modalità, tuttavia, sono ricostruite in modo diverso dai singoli dichiaranti, con risultati contraddittori; Corte EDU, *Dan. C. Moldavia*, cit., § 12: «noted that C. and four other prosecution witnesses, all of whom were police officers, gave different accounts of the moment of the applicant and C. had met and, in particular, of the manner in which the bribe money had been transmitted. In that respect the court noted that according to three witnesses the money had been inserted by C. into the applicant's file, which had been placed on the bench between the two men, while according to another witness the money had been handed by C. directly to the applicant. One of the witnesses, who was positioned directly in front of C. and the applicant during the undercover operation, did not see the money being transmitted at all. The court also found contradictions in the accounts concerning the shaking of hands by the applicant and C.».

⁶⁶ Corte EDU, *Dan c. Moldavia*, cit., § 13: «In so far as the presence of traces of special dust on the applicant's fingers was concerned, the court considered that it could not be ruled out that the traces appeared as a result of his shaking hands with C., picking up the money from the ground after apprehension or using a pen given to him by the police to sign the arrest report. In reaching this conclusion, the court relied on an expert report stating that the special dust could have been transmitted in any of the above-mentioned ways».

⁶⁷ Si trattava, nello specifico, di verbali di perquisizione dell'ufficio e dell'abitazione dell'imputato.

operava una diversa valutazione dell'attendibilità delle dichiarazioni testimoniali, non preceduta da una nuova audizione delle fonti⁶⁸. La sentenza d'appello veniva confermata dalla Corte Suprema⁶⁹.

In entrambe le vicende, pertanto, la prova dichiarativa è la sola prova diretta sul fatto principale. Gli altri elementi di prova (non dichiarativi) si configurano come prove indirette (aventi la natura di fatto secondario) vuoi nella forma di indizio, vuoi nella forma del fatto sussidiario⁷⁰. Non vi sono, inoltre, dubbi sul fatto che la prova dichiarativa abbia mantenuto – nei due casi – anche nell'economia dei giudizi di appello i caratteri della prova principale, dotata di peso “decisivo” ai fini della condanna⁷¹.

L'affacciata diversità tra i casi – stando al testo della sentenza della Cassazione – risiederebbe, a questo punto, esclusivamente nella (asserita) mancanza di una diversa valutazione dell'attendibilità della prova dichiarativa da parte dei giudici di merito nel caso Morzenti; diversa valutazione, al contrario, acclarata nel caso sottoposto ai giudici di Strasburgo. In altri termini, nel caso interno vi sarebbe corrispondenza tra le valutazioni di attendibilità del teste operate dai giudici di merito; nel caso sottoposto al vaglio dei giudici di Strasburgo tali valutazioni sarebbero divergenti.

E' stato già segnalato il vizio originario che si riverbera – anche in concreto – sulla affermazione di corrispondenza tra i giudizi di attendibilità certificati nei due gradi di merito, negandone il fondamento giuridico-razionale in caso di ribaltamento di una decisione di assoluzione in condanna: se nell'economia della decisione d'appello l'elemento dichiarativo rimane prova decisiva, allora il diverso apprezzamento da parte del giudice d'appello degli altri elementi probatori esterni al contributo dichiarativo non può che essersi tradotto in una rivalutazione dell'attendibilità intrinseca della prova dichiarativa stessa⁷².

La proiezione dell'analisi sul versante della comparazione tra caso nazionale e decisione “convenzionale” schiude d'altra parte orizzonti interpretativi ulteriori.

Quale potrebbe essere, in chiave prognostica, il livello di resistenza al vaglio dei giudici di Strasburgo del giudizio di corrispondenza tra le valutazioni di attendibilità della prova dichiarativa enucleato dalla Corte di cassazione?

E' indispensabile indagare a monte, insomma, se, nell'ottica della Corte europea, nel caso nazionale considerato nella sua interezza effettivamente emerge la predetta corrispondenza, tanto da potersi ritenere che la mancata rinnovazione della prova sia in linea con il diritto di difesa non essendo intervenuta alcuna rivalutazione della prova dichiarativa decisiva.

Su questo versante, l'analisi sulle due valutazioni giudiziali di attendibilità intrinseca, finora condotta per linee esterne⁷³, va proiettata all'interno dei due termini della relazione, e prioritariamente sul giudizio di attendibilità della prova in primo grado, dal momento che tale giudizio interverrebbe (nell'ottica della Cassazione) sulla prova principale a carico in un giudizio che si è concluso con l'assoluzione dell'imputato.

Gli indicatori che denotano la difficile replicabilità, a livello “convenzionale”, delle conclusioni fatte proprie dal giudice di legittimità interno emergono dalla stessa sentenza della

⁶⁸ Corte EDU, *Dan. c. Moldavia*, cit., § 15: «the Court of Appeal did not hear the witnesses anew but merely gave a different assessment to the testimonies given by them by the first-instance court. The Court of Appeal considered all the witness statements to be reliable and did not find any major contradictions between them».

⁶⁹ Nel caso di specie il condannato presentò anche un'impugnazione straordinaria alla Suprema Corte di Giustizia nazionale per violazione dell'art. 6 CEDU; impugnazione che fu rigettata.

⁷⁰ La natura indiretta delle prove diverse da quelle testimoniali è esplicitata nella sentenza *Dan c. Moldavia*, cit., § 31: «the rest of the evidence was indirect evidence which could not lead on its own to the applicant's conviction»; In dottrina, Taruffo (Id, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 426) sottolinea come la distinzione tra prova diretta e indiretta si ritrovi «con varie formulazioni e con vari nomi in tutte le culture giuridiche». La nozione di prova indiretta va utilmente coordinata con quella di fatto secondario. Nel novero dei fatti secondari, come precedentemente definiti (nt. 52), possono distinguersi i fatti da cui trarre inferenze sul fatto principale (indizi) e quelli da cui trarre inferenze sulla credibilità e attendibilità della prova: «in entrambi i casi si ha prova indiretta, ma nel primo di essi si ha una prova che, sia pure indirettamente, è finalizzata alla dimostrazione del fatto da provare, mentre nel secondo si ha una prova sussidiaria in quanto finalizzata a fondare la valutazione circa l'attendibilità di un'altra prova»; così, ancora, Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 431.

⁷¹ Con formule lessicali la cui corrispondenza è altamente significativa la fonte dichiarativa è, tra l'altro, definita «testimone principale» nella sentenza Morzenti, «main evidence» nella sentenza *Dan c. Moldavia*.

⁷² Come rilevato da Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 421, infatti: «la prova si configura come il fondamentale punto di riferimento per la determinazione dell'ipotesi più attendibile, poiché è razionale appunto la scelta a favore dell'ipotesi dotata di un grado più elevato di conferma probatoria, mentre sarebbe irrazionale considerare come vera un'asserzione di fatto non sostenuta da prove, falsificata da prove contrarie, o contraddetta da un'altra asserzione sostenuta da prove prevalenti».

⁷³ Analizzando cioè, a partire dall'esterno, le conseguenze sul giudizio di attendibilità della singola prova dell'interazione con gli altri elementi di prova.

Cassazione. Ai margini della affermazione in cui l'organo di legittimità scolpisce il giudizio di sintesi sulla prova dichiarativa («sostanzialmente attendibile») affiorano, qua e là, brandelli delle valutazioni operate dal primo giudice, estremamente indicativi dei dubbi avanzati in ordine all'attendibilità della stessa⁷⁴.

Il giudizio di «sostanziale attendibilità» assume, così, i contorni di una patente connotativa che la Cassazione – per interposto organo (il giudice di primo grado) – conferisce ad un elemento di prova di cui quel primo giudice aveva, tuttavia, valorizzato contraddizioni e parziali smentite provenienti dagli altri elementi di prova, tanto da assolvere gli imputati.

Così facendo, la Corte di cassazione si muove nei solchi rigidi della logica proposizionale a due valori applicando un'etichetta artificiale alla proposizione probatoria vagliata: attendibile o inattendibile, *tertium non datur*.

Si tratta di un metodo di cui da tempo si denuncia l'inadeguatezza sul terreno della conoscenza giudiziale: quello sulla attendibilità dell'elemento di prova, in particolare, costituisce sempre un complesso giudizio di natura inferenziale che mal si presta ad alternative assolute (attendibile/inattendibile)⁷⁵, residuando nella maggior parte dei casi margini più o meno consistenti di dubbio con i quali il giudice è chiamato a misurarsi in sede di valutazione probatoria complessiva nella prospettiva della decisione concernente l'ipotesi sul fatto.

Ma soprattutto, è altamente probabile che impostazioni di tal tipo si rivelino scarsamente in sintonia con il metodo che contraddistingue il giudizio in sede “convenzionale”; ambito nel quale le cadenze del ragionamento sono tradizionalmente improntate, come si è già osservato, ad una logica *fuzzy* e antiformalistica, volta a razionalizzare e ridurre la vaghezza e la complessità del giudizio attraverso valutazioni globali, multifattoriali, che abbandonano la definizione della situazione giuridica in termini assoluti (positivi e negativi) in favore di determinazioni per gradi⁷⁶.

Rispetto al giudizio di credibilità di un teste, è, in questo senso, prevedibile che la Corte EDU rifiuti le rigide etichette formulate nelle sentenze (attendibile/non attendibile), limitandosi a registrare gli elementi di dubbio in ordine alla credibilità del teste d'accusa che hanno condotto il primo giudice all'assoluzione e spingendosi, al massimo, a “graduare il peso” di quei dubbi nell'economia della decisione.

In ambito “convenzionale”, il vaglio sul rapporto tra le valutazioni in tema di credibilità formulate dai giudici di merito sarebbe, così, destinato al massimo a risolversi nella (possibile) rilevazione di un diverso “grado di attendibilità” attribuito alla prova dichiarativa nei due giudizi di merito: una rilevazione che – qualora effettuata – appare comunque talmente poco significativa al fine di orientare l'operatività o meno delle garanzie sottese da rivelarsi intrinsecamente inidonea a determinare le opzioni giudiziali sulla necessità della rinnovazione della prova e, per l'effetto, sull'equità (o meno) del procedimento nell'ambito del quale tale rinnovazione non abbia trovato spazio.

In altri termini, appare poco razionale ed estranea al compasso giudiziale tipico dei giudici di Strasburgo l'idea di agganciare conseguenze giuridiche importanti come il riconoscimento del diritto alla rinnovazione della prova in appello ad un parametro flebile quale la rivalutazione della credibilità del teste da parte dei giudici di merito; simile operazione, infatti, si risolverebbe, nell'ottica “convenzionale”, in un apprezzamento (solo eventuale) sul diverso grado di credibilità della fonte nei due giudizi di merito.

In definitiva, l'affermata esclusione del diritto alla rinnovazione della prova nelle ipotesi in cui il giudice d'appello interpreta la prova dichiarativa – comunque ritenuta decisiva nell'economia della decisione di condanna – alla luce del diverso apprezzamento di altri elementi di prova è frutto di una distinzione priva di fondamento giuridico-razionale e, comunque,

⁷⁴ Sez. VI, Morzenti, cit., «il giudice di primo grado non risulta aver negato la attendibilità della persona offesa»; «il Tribunale rilevava, quale ostacolo alla ricostruzione della responsabilità dei ricorrenti in base a queste accuse, la parziale smentita in ordine alle risultanze sulla trattativa per gli immobili della “Lift”»; «il giudice di primo grado a fronte della affermata attendibilità del testimone di accusa riteneva però un dato esterno di ostacolo alla utile valutazione di tale prova la parziale smentita quanto alla vicenda della trattativa»; «la Corte d'appello confermando la attendibilità [...] valuta anche i punti, che ritenuti comunque nella lettura del giudice di primo grado fonte di dubbio».

⁷⁵ TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 238 s.

⁷⁶ Com'è noto, la logica degli «insiemi vaghi» si muove nell'ottica di costruire procedimenti razionali aventi ad oggetto concetti vaghi. Formulata per la prima volta da Lofti Zadeh (ZADEH, *Fuzzy sets*, in *Information and control*, 1965, p. 338 s.), la teoria ha conosciuto un'amplissima elaborazione. Per una approfondita disamina applicativa in ambito giuridico, v. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 204 e s.; le modalità con le quali l'impostazione *fuzzy* è adottata nella logica del giudizio della Corte europea sono efficacemente ripercorse in VOGLIOTTI, *La logica floue della Corte europea*, cit., p. 851 s.

estranea alle *rationes decidendi* della Corte di Strasburgo.

A ben vedere, si tratta inoltre di un'esclusione in grado di svilire patologicamente il significato garantistico del diritto alla rinnovazione nella gran parte delle ipotesi tipiche: paradossalmente, l'istituto sarebbe devitalizzato proprio nei casi in cui risulterebbe più opportuno ricorrervi. Il ribaltamento in appello delle sentenze di assoluzione in condanna si innesta spesso, infatti, su vicende processuali "difficili", il cui quadro probatorio annovera frequentemente prove dichiarative per loro natura problematiche o deboli (si pensi alle chiamate in reità o coreità, ovvero a testi non privi di interesse nella vicenda il cui ruolo processuale è quindi mobile – ad es. persone offese nei reati di concussione – ed in generale alle persone offese, ovvero ai cd. testi vulnerabili). Tale tipologia di prova fisiologicamente richiede una valutazione integrata con gli altri elementi probatori estrinseci; una valutazione tanto più pregnante quanto meno la fonte risulti disinteressata alla vicenda processuale. In quest'ottica, l'apprezzamento di quegli elementi probatori periferici, illuminati proprio per elevare lo *standard* di rigore valutativo della dichiarazione, si porrebbe paradossalmente come limite alla rinnovazione proprio nelle ipotesi in cui la prova dichiarativa si presenta in astratto meno attendibile e quindi più esposta alla necessità di essere rinnovata.

5. L'interpretazione conforme dell'art. 603 c.p.p.: una strada accidentata, ma percorribile.

Non meno criticabile si presenta la risposta offerta dalla giurisprudenza di legittimità nelle ipotesi in cui è stata rilevata l'analogia tra la fattispecie interna e quella sovranazionale.

Registrata l'identità tra le fattispecie, l'interprete domestico è posto di fronte ad un percorso ineludibile: misurare, in riferimento all'istituto che viene in rilievo nel caso di specie, la compatibilità tra l'ordinamento sovranazionale e quello interno.

E' un percorso breve, se si accerta la simmetria tra i due ordinamenti; ben più accidentata e impegnativa, al contrario, può rivelarsi la strada da percorrere nel tentativo di comporre la riscontrata diastasi tra il diritto interno e quello sovranazionale. Qui fungerà da bussola lo strumentario offerto dall'interpretazione conforme.

Posta di fronte al descritto vaglio di compatibilità, la giurisprudenza di legittimità ha imboccato la prima strada, escludendo che vi sia alcuna carenza strutturale dell'ordinamento italiano in materia di rinnovazione della istruttoria dibattimentale in appello: l'art. 603 c.p.p. – si rileva – è assolutamente compatibile con l'art. 6 CEDU così come interpretato dalla Corte di Strasburgo⁷⁷.

Comè noto, ai sensi dell'art. 603 comma 1 c.p.p., le parti sono ammesse, nell'atto di appello o nei motivi nuovi, a richiedere la riassunzione di prove già acquisite nel dibattimento di primo grado: sulla scorta dell'insegnamento delle Sezioni unite della Cassazione, tale prerogativa è riconosciuta anche all'imputato assolto in primo grado, attraverso memorie o istanze che fungano da surrogato all'atto di appello o ai motivi nuovi della difesa che si assumono inammissibili⁷⁸. La delibazione di ammissibilità di tali richieste è ancorata all'impossibilità per il giudice «di decidere allo stato degli atti» (art. 603 comma 1 c.p.p.). La rinnovazione delle medesime prove è, poi, prevista come prerogativa officiosa qualora il giudice la ritenga «assolutamente necessaria» (art. 603 comma 3 c.p.p.).

Dottrina e giurisprudenza concordano sulla sostanziale assimilazione dei due parametri, «non vedendosi come una valutazione d'impossibilità di decidere allo stato degli atti non si

⁷⁷ Sez. II, Consagra, cit.; Sez. IV, 6 dicembre 2012, n. 4100, Bifulco, in *C.E.D. Cass.*, n. 254950.

⁷⁸ Sez. un, 12.7.2005, Mannino, cit., p. 3732. L'art. 593 comma 2 c.p.p. così come ricostruito dopo l'ennesimo intervento della Corte costituzionale (C. Cost., 4 aprile 2008, n. 85, in *Giur. cost.*, 2008, p. 1032 con la quale è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 1 l. 20 febbraio 2006 n. 46 nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 c.p.p., escludeva che l'imputato potesse appellare contro le sentenze di proscioglimento relative a reati diversi dalle contravvenzioni punite con la sola ammenda o con pena alternativa) non sembra di per sé escludere l'appellabilità oggettiva delle sentenze di proscioglimento con formula piena. L'inammissibilità dell'appello, in queste ipotesi, deriverebbe – per quanto ricavabile implicitamente dalla stessa *ratio* della sentenza della Corte costituzionale – dall'assenza del requisito dell'interesse ad impugnare: v. BARGIS, *L'imputato può nuovamente appellare (con un limite) le sentenze dibattimentali di proscioglimento: la Corte costituzionale elimina (e nel contempo crea) asimmetrie*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 1050; sulle problematiche connesse ai limiti all'impugnazione delle sentenze assolutorie per difetto di interesse, v. CARNEVALE, *L'interesse ad impugnare nel processo penale*, Torino, 2012, in particolare, p. 180 s.

risolva anche in un giudizio di assoluta necessità della rinnovazione istruttoria e viceversa⁷⁹.

Consolidata è anche la portata interpretativa del vaglio: deve ritenersi impossibile decidere allo stato degli atti, e pertanto, assolutamente necessaria la riassunzione della prova in appello «quando i dati già acquisiti siano incerti nonché quando l'incombente richiesto rivesta carattere di decisività nel senso che lo stesso possa eliminare le eventuali suddette incertezze ovvero sia di per sé oggettivamente idoneo ad inficiare ogni altra risultanza»⁸⁰.

Così interpretata, la disciplina della rinnovazione istruttoria di cui all'art. 603 c.p.p., risulterebbe – nell'ottica della Cassazione – «perfettamente coincidente e sovrapponibile con il principio di diritto enunciato dalla Corte EDU secondo il quale il giudice d'appello non può decidere sulla base delle testimonianze assunte nel giudizio di primo grado limitandosi ad una mera rivalutazione – in termini di attendibilità – delle medesime (in senso peggiorativo per l'imputato) quando siano decisive»⁸¹. Non si registrerebbe, pertanto, alcuna asimmetria con i principi «convenzionali».

La via breve appare in questo caso, tuttavia, il modesto prodotto della miopia dell'interprete più che dell'assenza di profondità del percorso da tracciare.

A ben guardare, infatti, va rilevato come sullo sfondo dell'attuale statuto domestico dell'attività probatoria in appello campeggi la presunzione di completezza del quadro probatorio (che ha fondato una sentenza, come quella di primo grado, potenzialmente irrevocabile). Gli spazi della ri-ammissione sono, pertanto, misurati sull'attitudine integrativa degli incombenti istruttori richiesti, sotto lo specifico profilo della (assoluta) necessità di surrogare l'incertezza del quadro probatorio, che, appunto, non consente la decisione allo stato degli atti. Nel diritto vivente, la rinnovazione opera, pertanto, come istituto eccezionale, fondato sulla necessità di superare l'incertezza accidentale del quadro probatorio offerto al giudice d'appello, che si assume ordinariamente completo⁸².

Al contrario, nell'ottica della Corte EDU – come ampiamente argomentato – la rinnovazione è condizione di equità del processo ogni qual volta il giudice d'appello, chiamato ad una cognizione completa dei profili di responsabilità dell'imputato, finisca per ribaltare una pronuncia assolutoria condannando l'imputato sulla base delle stesse prove dichiarative assunte in primo grado, così certificando la decisività della rivalutazione delle prove stesse. La rinnovazione, a queste condizioni e nell'ipotesi data, è un requisito di equità del procedimento, la cui *ratio* deve essere rinvenuta nella necessità di ristabilire un contatto diretto tra il giudice che decide e la prova dichiarativa, indipendentemente da una situazione di incertezza del quadro probatorio accertata *ex ante*; un'incertezza, a voler darle rilevanza, che può presumersi al contrario certificata *ex post* dal ribaltamento della valutazione sulla attendibilità della prova decisiva e quindi del giudizio sulla responsabilità.

La diastasi tra i due ordinamenti appare evidente: la rinnovazione assume – nell'ordinamento domestico – i connotati di un istituto eccezionale finalizzato a completare il quadro probatorio accidentalmente incerto, mentre in sede «convenzionale», nelle ipotesi di ribaltamento della sentenza di assoluzione in condanna in appello, diviene condizione ordinaria di equità della procedura che prescinde dall'incertezza del quadro probatorio in quanto diretta a soddisfare esclusivamente il principio di immediatezza.

E' uno iato colmabile in via interpretativa?

La risposta all'interrogativo va svincolata dalle ipoteche derivanti dalle tradizionali parti-

⁷⁹ ZAPPALÀ, *Sub art. 603*, in (a cura di CHIAVARIO) *Commento al nuovo codice*, VI, cit., p. 205 il quale rileva il fondamento normativo comune dei due presupposti nell'art. 2 n. 94 della legge delega che pone l'iniziativa officiosa sullo stesso piano di quella di parte («rinnovazione del dibattimento nel giudizio di appello su richiesta delle parti o d'ufficio, se il giudice ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti»); Cfr., anche, CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 1125, secondo il quale la formula dell'art. 603 comma 3 c.p.p. «ripete ciò che abbiamo letto nel comma 1: l'istruzione reiterata o accresciuta presuppone che allo stato degli atti sia impossibile decidere; a richiesta di una delle parti (appellante o no) ovvero ex officio, bisogna procedervi ogniqualvolta possano uscirne dati utili»; in giurisprudenza, tra le tante, v. Sez. III, 5 marzo 2003, n. 2292, Capuozzo, in *Guida dir.*, 2003, f. 27, p. 102: «nel giudizio di appello, l'ipotesi di rinnovazione del dibattimento disposta d'ufficio, ai sensi del comma 3 dell'art. 603 del c.p.p., è subordinata alla condizione che il giudice d'appello la ritenga, secondo la sua valutazione discrezionale, assolutamente necessaria, ossia si trovi nell'impossibilità di decidere allo stato degli atti».

⁸⁰ Così, Sez. III, Capuozzo, cit., p. 102; v., anche, Sez. III, 7 aprile 2004, n. 21687, Modì, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1862.

⁸¹ Cass., Sez. II, Consagra, cit.

⁸² Cfr., PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio di appello*, Padova, 1995, p. 200; in giurisprudenza, fra le tante, v., già, Sez. I, 27 maggio 1991, n. 7329, Silvestri, in *A. n. proc. pen.*, 1992, 109; recentemente, v. Sez. II, 27 settembre 2013, n. 41808, Mongiardo, in *C.E.D. Cass.*, n. 256968.

zioni tra tipologie facoltative e obbligatorie di rinnovazione⁸³. Non è, infatti, in gioco la natura di una situazione soggettiva del giudice (anche ammesso, e vi è da dubitarne, che nel processo penale e nella rinnovazione in particolare vi sia spazio per poteri meramente facoltativi dell'organo giudicante), bensì la latitudine ermeneutica del relativo presupposto.

Il punto di partenza dell'indagine, comune ad ogni tipo di interpretazione adeguatrice, è rappresentato, pertanto, dall'esame del tenore letterale delle disposizioni⁸⁴: lo spazio semantico schiuso dalle locuzioni legislative in questione («non essere in grado di decidere allo stato degli atti» e «assolutamente necessaria») è idoneo a ricomprendere le condizioni tratteggiate dallo «statuto convenzionale» della rinnovazione istruttoria? In altri termini, devoluta alla cognizione del giudice d'appello una sentenza di assoluzione, può – in via interpretativa – assumersi integrata una situazione di non decidibilità allo stato degli atti e un conseguente obbligo di rinnovazione ogni qual volta la prova ritenuta decisiva sia di natura dichiarativa?

Le locuzioni in esame sono costruite su scelte lessicali evidentemente carenti di determinatezza. La portata concettuale della *littera legis* – non decidibilità e necessità – è, infatti, chiara solo nell'evocazione di situazioni processuali non fisiologiche; se si passa a circoscrivere il perimetro logico-processuale il dettato normativo diviene muto, non rintracciandosi alcun referente letterale delle nozioni di non decidibilità o necessità. Così, in assenza di ogni specificazione in ordine alle ipotesi al verificarsi delle quali il giudice si trova impossibilitato a decidere e quindi nell'assoluta necessità di riassumere la prova, intuitivamente (ma frettolosamente) si sarebbe portati a concludere che la latitudine dei parametri è tale da comprendere certamente la rinnovazione obbligatoria della prova decisiva nelle ipotesi di cognizione di una sentenza di assoluzione.

E' un'intuizione che conduce a risultati conformi a quelli che si proporranno in questo lavoro, ma l'*iter* ermeneutico è ben più accidentato e illumina le condizioni alle quali tale risultato è accettabile, nonché le criticità e i limiti comunque insiti nel risultato stesso; criticità, che, lo si anticipa, suggerirebbero in materia l'intervento del legislatore.

Il dettato legislativo, infatti, pur indeterminato, istituisce comunque un duplice ordine di limiti logici all'interpretazione convenzionalmente conforme.

In primo luogo, se le locuzioni legislative in questione presidiano in modo univoco, pur senza determinarne esattamente il perimetro, situazioni processuali non fisiologiche e oggetto comunque di un vaglio giudiziale, deve, allora, considerarsi vietata in sede interpretativa quella ricostruzione che configuri la rinnovazione probatoria come una fattispecie generale e automatica agganciata ad ipotesi tipiche e prevedibili di devoluzione. In questo senso, l'interprete che si spingesse fino a spogliare il giudice d'appello di ogni onere deliberativo sulla rinnovazione della prova nel caso (tipico e prevedibile) di impugnazione della sentenza di assoluzione finirebbe inevitabilmente per sostituirsi al legislatore travalicando i limiti dell'interpretazione conforme.

In secondo luogo, tanto più in assenza di referenti lessicali «di relazione», il confine logico dei segni linguistici può (e deve) essere ricostruito alla luce dell'ordinamento processuale complessivamente inteso, indagando le interazioni, a livello di significato, tra l'enunciato normativo e l'ambiente giuridico in cui è inserito. Su questo versante, il grado di tenuta dell'interpretazione si misura sulla razionalità giuridica e sulla coerenza a livello sistematico dell'esito ermeneutico proposto. D'altra parte, una lettura della disciplina della rinnovazione in contrasto con l'ordinamento deve considerarsi, a monte, vietata poiché proprio quest'ultimo contribuisce in

⁸³ Siffatto criterio distintivo risulta ampiamente utilizzato dalla dottrina in relazione al codice previgente: cfr., per tutti, BELLAVISTA, voce Appello (dir. proc. pen.), in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, p. 777-778; DEL POZZO, *L'appello*, cit., p. 309.

⁸⁴ In questo senso, MANES, *Metodo e limiti*, cit., p. 17. Il testo è l'imprescindibile punto di partenza dell'itinerario ermeneutico, indipendentemente dal valore e dallo spazio da riconoscere all'apporto creativo dell'interprete: cfr., VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011, p. 65, in cui l'Autore, dopo aver spiegato che il testo è «ciò che abbozza l'itinerario ermeneutico» ma mai «un punto di arrivo, tale da impedire la prosecuzione del processo ermeneutico di comprensione del diritto» respinge l'idea scettica «che vorrebbe dissolvere il testo nel flusso dell'interpretazione»; sul significato letterale degli enunciati, fuori dal contesto giuridico, v., già, ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, 1990, p. 9: «continuo a pensare che all'interno dei confini di una certa lingua ci sia un senso letterale delle voci lessicali, che è quello elencato al primo posto dei dizionari, ovvero quello che ogni uomo della strada definirebbe per primo quando gli venga chiesto cosa significa una determinata parola. [...] Nessuna teoria delle ricezioni potrebbe evitare questa restrizione preliminare. Qualsiasi atto di libertà del lettore può venire solo dopo e non prima dell'applicazione di questa restrizione».

modo decisivo a dar forma al dettato normativo, che ne risulterebbe indirettamente stravolto⁸⁵.

5.1.

Il vaglio sulla decisività della prova da parte del giudice d'appello.

Il terreno su cui va misurato il primo limite logico su descritto è quello della decisività della prova dichiarativa da rinnovare. In fin dei conti, infatti, data l'ipotesi di un appello avente ad oggetto una sentenza di assoluzione e passate al setaccio le condizioni tratteggiate dai giudici di Strasburgo, è questo l'unico parametro del vaglio giudiziale: se la prova dichiarativa è ritenuta decisiva ai fini del giudizio di responsabilità dell'imputato, infatti, il giudice d'appello è chiamato a rinnovarla. Tale sindacato, comunque riservato al giudice, allontana il risultato interpretativo dalle secche di una rinnovazione automatica e integrale incompatibile, come visto, con gli attuali parametri codicistici.

D'altra parte, non può non rilevarsi la natura intrinsecamente "problematica" del vaglio, che risente di una originaria disarmonia, già denunciata: il giudice d'appello domestico vi provvede, infatti, in sede di (nuova) ammissione delle prove dovendosi servire di un criterio – la decisività – la cui portata origina in sede "convenzionale" su un terreno ibrido, dominato dalla dimensione valutativa della prova.

In quest'ottica, va preliminarmente esclusa ogni taratura del giudizio di ammissibilità sul peso che la prova da rinnovare potrà assumere, in chiave prognostica, nell'economia della futura decisione, essendo fin troppo evidente come un vaglio siffatto non potrebbe che risolversi in un'indebita anticipazione del giudizio di merito.

Così, in astratto, non residuano che due modalità di strutturazione del vaglio, diversamente calibrate in relazione all'oggetto: il giudice potrebbe muovere la propria delibazione nell'ambito della motivazione della sentenza di primo grado, vincolando il giudizio sulla decisività della prova di cui viene richiesta la rinnovazione al peso attribuito alla stessa dal giudice di prime cure; oppure, in una diversa prospettiva, operare il giudizio direttamente sugli atti probatori.

Nel primo caso ci troveremo di fronte ad un filtro a maglie strette, funzionalmente teso ad una marcata selezione dei mezzi di prova da rinnovare e, all'apparenza, evocativo della portata attribuita dai giudici di Strasburgo alla nozione di decisività della prova, da intendersi come prova dal peso decisivo.

A ben guardare, tuttavia, tale soluzione appare non convincente, esponendosi ad esiti finanche paradossali rispetto alle *rationes decidendi* "convenzionali", dal momento che il giudice d'appello risulterebbe ostaggio delle opzioni decisorie fatte proprie dalla sentenza di primo grado; le ipotesi ricostruttive accolte dal primo giudice, tracciando i solchi della (ri)ammissione della prova, sarebbero, infatti, destinate a vincolare altresì il percorso cognitivo-decisorio dell'appello⁸⁶. Chiamato ad emettere una decisione sul merito della regudicanda, il giudice di secondo grado, così, potrebbe trovarsi di fronte ad una alternativa illogica: se in camera di consiglio ritenesse dotata di maggiore conferma razionale un'ipotesi ricostruttiva del fatto diversa rispetto a quella operata in primo grado, nella quale emerga la decisività di una prova dichiarativa rimasta ai margini nel primo giudizio (e quindi non rinnovata), non gli resterebbe che emettere una sentenza viziata, ma che ritiene giusta o una sentenza valida, ma ingiusta.

Non rimane, quindi, che svincolare le scelte sulla rinnovazione istruttoria dal peso attribuito alle prove dal primo giudice, ipotizzando un vaglio giudiziale che si relazioni direttamente con gli atti probatori.

Il giudice di secondo grado sarebbe chiamato a rinnovare ogni prova dichiarativa che – anche alla luce delle prospettazioni delle parti – ritenga utile per la decisione, potendo con-

⁸⁵ Il doppio vaglio che la più attenta dottrina pone come limite "logico" ad ogni forma di interpretazione adeguatrice (divieto di esiti ermeneutici *contra legem*; divieto di interpretazioni in contrasto con l'ordinamento nel suo complesso) tende, così, a sovrapporsi in un contesto deliberativo unitario; sul "limite logico" dell'interpretazione conforme come primo argine a forme di "normazione mascherata", vedi, in particolare, MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione*, cit., p. 17; sull'operatività del limite logico anche nel caso in cui l'interpretazione determini un contrasto con l'ordinamento nel suo complesso, v. NISCO, *Persona giuridica vittima di reato ed interpretazione conforme al diritto comunitario*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 84 s.

⁸⁶ Il fenomeno descritto – si badi – apparirebbe assolutamente coerente con la strutturazione dell'appello penale in una logica pura di controllo. Tuttavia, volgendo lo sguardo al sistema di diritto positivo che contempla epiloghi decisori di natura rescissoria (compresa la riforma della sentenza di assoluzione in condanna), l'eventuale vincolo rigido ai percorsi cognitivo-decisori del giudice d'appello condurrebbe ai risultati inaccettabili segnalati nel testo.

correre a determinarla. Rimarrebbero, al contrario, escluse dall'orbita della rinnovazione le prove dichiarative che si sono rivelate, all'esito dell'acquisizione in primo grado, superflue e non pertinenti.

Accertata la non superfluità⁸⁷, il vaglio sulla decisività della prova sarebbe, pertanto, destinato a risolversi in un giudizio sulla rilevanza della prova stessa⁸⁸: una rilevanza "qualificata" potrebbe dirsi, trattandosi di un controllo strutturalmente diverso da quello previsto in sede di ammissione della prova in primo grado (art. 190 c.p.p.) o anche in appello di fronte a prove sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado (art. 603 comma 2 c.p.p. che, rimandando all'art. 495 comma 1 c.p.p., richiama l'art. 190 c.p.p.). Nell'ipotesi interpretativa qui proposta, infatti, il vaglio in negativo di non manifesta superfluità e irrilevanza in cui si sostanzia il diritto alla prova (art. 190 c.p.p.) andrebbe rovesciato in un giudizio positivo di rilevanza che può e deve giovare dell'esito dell'esperimento probatorio condotto in primo grado⁸⁹.

L'indagine sulla relazione tra la proposizione fattuale oggetto di prova e uno dei *facta probanda* indicati nell'art. 187 c.p.p. che, quando non escluda la corrispondenza tra i due elementi, giustifica l'ammissione della prova in primo grado andrebbe rimodulata – in appello – alla luce del risultato di prova maturato all'esito del procedimento di acquisizione in primo grado: sarebbe, così, da ritenersi rilevante e come tale rinnovabile ogni prova il cui risultato abbia confermato, in tutto o in parte, la sussistenza di un rapporto di corrispondenza con i fatti da provare⁹⁰.

Tale corrispondenza può assumersi venuta meno quando l'esperimento probatorio abbia – in sé – dato esito negativo, risultando l'affermazione oggetto di prova non coincidente con il risultato maturato all'esito dell'acquisizione della prova⁹¹. In questi casi, l'esito negativo dell'escussione in primo grado graverebbe la prova di una presunzione di irrilevanza in sede di rinnovazione, superabile solo in forza di una sua diversa collocazione in una alternativa ricostruzione dei fatti che è onere della parte istante argomentare nel dettaglio.

Al di fuori della descritta portata del risultato di prova va collocata – si badi – ogni consi-

⁸⁷ Al giudice d'appello spetta comunque una preliminare ri-valutazione della non superfluità della prova, collegata al giudizio complessivo di utilità della rinnovazione, che andrà effettuata alla luce dei risultati maturati all'esito dell'escussione, rigettando le richieste istruttorie concernenti il medesimo fatto oggetto di altra prova di cui s'intende disporre la rinnovazione.

⁸⁸ In ambito processualciviltico la prova è tradizionalmente ritenuta rilevante «quando il fatto su cui essa verte rappresenta un elemento utilizzabile per l'accertamento di un *factum probandum*», così, TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., p. 54; in ambito processualpenalistico, la dottrina maggioritaria qualifica rilevante la prova pertinente, da intendersi come quella il cui oggetto appartiene al novero dei *facta probanda*; per tutti, ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA.Vv., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2010, p. 84; diversa l'impostazione di UBERTIS, *Prova (in generale)*, cit., p. 329, il quale distingue tra pertinenza e rilevanza della prova: la prima certifica la corrispondenza tra oggetto di prova e fatti appartenenti alla regiudicanda; con il vaglio di rilevanza si misurerebbe, invece, l'idoneità delle fonti o dei mezzi di prova a verificare l'affermazione probatoria. Agli Autori richiamati si deve la messa a punto anche del lessico che si adotterà nel testo: in particolare, per fatto da provare s'intende la proposizione che afferma l'esistenza (o meno) di un fatto giuridicamente rilevante per la decisione, la cui verità è oggetto dell'accertamento giudiziale (l'insieme delle siffatte proposizioni costituisce il *thema probandum*); per oggetto di prova va intesa «la proposizione che descrive il risultato cui la singola prova può pervenire in modo autonomo, indipendentemente dalla mediazione del procedimento logico che il giudice dovrà porre in essere per trarne conclusioni relative ad altri fatti» (così TARUFFO, *Studi sulla rilevanza*, p. 34 e s.); specularmente, il risultato di prova è rappresentato appunto dalla proposizione probatoria formulabile all'esito dell'acquisizione; dal risultato di prova va tenuta distinta, infine, la conclusione probatoria derivata dal giudice all'esito di una valutazione che mette capo anche ai cd. fatti secondari (attendibilità della fonte e/o del mezzo di prova e comprensibilità del mezzo di prova).

⁸⁹ ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova*, cit., p. 102 individua nella valutazione rovesciata rispetto a quella tipica dell'art. 190 c.p.p. la peculiarità del giudizio di cui all'art. 507 c.p.p.: «ben lungi dall'essere pleonastico, questo criterio indica che si resta fuori dall'ambito del vero e proprio diritto alla prova, poiché, di fronte ad una richiesta di parte, la valutazione va rovesciata rispetto a quella tipica di non manifesta superfluità o irrilevanza; e comunque se ne desume che la prova può essere acquisita solo se appare decisiva o serve a risolvere i dubbi determinati da un'istruzione dibattimentale insufficiente»; il vaglio tratteggiato nell'art. 507 c.p.p. si presenta – rispetto a quello proposto nel testo – analogo nel parametro, ma non sovrapponibile stante il diverso grado del procedimento in cui interviene e l'oggetto tipico (rappresentato da prove nuove e non dalla rinnovazione di prove già acquisite, che pur non esclusa, costituisce ipotesi residuale).

⁹⁰ L'affermazione concerne sia le prove dirette che quelle indirette: l'utilità della riassunzione delle prime è *in re ipsa* trattandosi di prove che anche dopo l'acquisizione hanno confermato un rapporto di corrispondenza con un fatto principale; anche le prove indirette, d'altra parte, in quanto veicolo di accertamento di un fatto secondario dal quale, tuttavia, possono trarsi inferenze sul fatto da provare appaiono idonee a determinare la decisione del giudice d'appello. Come tali, sono in linea di principio da rinnovare, indipendentemente dalla collocazione dei fatti secondari nella motivazione della sentenza di primo grado, nell'ambito della quale ben potrebbero risultare irrilevanti. Il giudice d'appello, infatti, dovrà misurarsi con la ricostruzione alternativa proposta dal pubblico ministero, nella cui tela inferenziale – non accolta in primo grado – quei fatti secondari risultavano, al contrario, rilevanti, tanto da costituire oggetto di una prova positivamente escussa. E' altamente probabile che gli stessi fatti siano riproposti come oggetto di un esperimento probatorio in appello che il giudice sarà chiamato a rinnovare proprio in quanto utile alla decisione.

⁹¹ La prova può aver dato un esito negativo «sia quando l'esperimento probatorio si è rivelato vano perché da esso non è derivato nulla di fruibile per la ricostruzione fattuale (ad esempio perché il teste non ha ricordato o non ha riferito alcunché di utile) sia quando si sono conseguiti risultati incompatibili rispetto all'oggetto di prova»; così, UBERTIS, *Prova (in generale)*, cit., p. 307.

derazione in ordine all'attendibilità soggettiva o oggettiva della prova⁹², che, pertanto, va ritenuta inidonea a condizionare il vaglio di ri-ammissione, essendone, anzi, come ampiamente argomentato, il caso tipico.

L'ipotesi interpretativa descritta – come anticipato – non è priva di profili critici.

Alle cadenze più ortodosse della delibazione si accompagna un allargamento delle maglie del parametro di rilevanza, tale da spingere il secondo grado nell'orbita di un integrale nuovo giudizio in gran parte delle ipotesi date, con implicazioni non insignificanti sul terreno sistematico e della durata dei processi.

In quest'ottica, possono preconizzarsi, poi, le reazioni degli operatori. Questo tipo di vaglio, infatti, è per sua natura esposto al rischio di risolversi in un giudizio anticipato sul merito della regiudicanda: è facilmente prevedibile che i giudici d'appello, comprensibilmente attenti alle esigenze di efficienza della giurisdizione, siano portati a sacrificare l'ortodossia delle cadenze del procedimento probatorio rinnovando l'istruttoria esclusivamente nei casi in cui valutino dotata di preliminare fondatezza l'ipotesi ricostruttiva del pubblico ministero non accolta dalla sentenza di primo grado, così anticipando indebitamente – se pur non *expressis verbis* ovviamente – una valutazione estranea al momento ammissivo della prova.

D'altra parte, pur con le segnalate difficoltà, il risultato ermeneutico derivante dalla trasposizione in ambito domestico dello "statuto convenzionale" non stravolge il dettato normativo di cui all'art. 603 commi 1 e 3 c.p.p. e, come tale, rispetta il primo limite logico-lessicale dell'interpretazione conforme: è, infatti, lessicalmente e logicamente sostenibile – in via interpretativa – che si integri una situazione di non decidibilità allo stato degli atti e quindi la necessità di rinnovare la prova dichiarativa ogni qual volta il giudice d'appello, investito di un'impugnazione sulla sentenza di assoluzione, ritenga la prova dichiarativa decisiva per la decisione, in quanto può concorrere a determinarla.

5.2.

Compatibilità dell'interpretazione conforme con l'ordinamento nel suo complesso.

Come anticipato, il grado di tenuta giuridico-processuale dell'interpretazione dell'art. 603 c.p.p. su delineata può essere correttamente misurato solo valutando la sostenibilità del risultato ottenuto alla luce del sistema processuale inteso nella sua globalità.

Si tratta di una valutazione complessa, che risente più di altre degli approcci ideologici dell'interprete. Nell'economia del presente studio è possibile isolarne una chiave di lettura particolarmente significativa.

Il risultato interpretativo proposto può essere ritenuto compatibile e coerente con il sistema processuale se e nella misura in cui vi risulti compatibile la *ratio* che giustifica il risultato ermeneutico e coerente la relativa applicazione.

Sul primo versante, il principio di immediatezza, che informa lo statuto della rinnovazione della prova tratteggiato in sede "convenzionale", appare compatibile con l'attuale ordinamento processuale. Prescindendo da analisi metagiuridiche⁹³ e limitandoci alle direttive fondamentali dell'ordinamento, va rilevato infatti come, pur non direttamente recepita in Costituzione⁹⁴, l'immediatezza sia enunciata dalla legge delega tra i caratteri del sistema accusatorio che dovrebbero trovare attuazione nel nostro processo penale⁹⁵. Inoltre, il diritto «all'assunzione della prova davanti al giudice chiamato a decidere» è ritenuto – dalla stessa Corte costituzionale – non privo di raccordi costituzionali e autonomo rispetto a ipoteche fondate sulla comple-

⁹² Il giudizio di attendibilità della prova, in termini di valutazione di un fatto secondario, ben potrebbe condurre, infatti, a conclusioni probatorie negative.

⁹³ Su questo terreno si muove, al contrario, l'originale e suggestiva, seppur non condivisibile, tesi dottrina di M. MASSA (*Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964, p. 135 s.; Id., *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale*, Milano, 1969, p. 254). Secondo l'Autore l'oralità-immediatezza non sarebbe un ritrovato tecnico e quindi una scelta di politica processuale, bensì un principio naturale del giudizio. In quest'ottica sarebbe estraneo alla logica del giudizio ogni meccanismo della conoscenza non immediato: il giudizio sarebbe attività irripetibile e l'appello non potrebbe – di conseguenza – giustificarsi se non come attività di controllo.

⁹⁴ Cfr., al riguardo, in senso critico, CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, p. 9 s.; V., anche, CAPRIOLI, *I nuovi limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento tra diritti dell'individuo e parità delle armi*, in *Giur. it.*, 2007, pag. 253 s.

⁹⁵ Art. 2 n. 66, l. 16 febbraio 1987, n. 81 in *G.U.*, 16 marzo 1987, n. 62, *Supplemento ordinario*: v., in dottrina, ILLUMINATI, *I principi generali del sistema processuale penale italiano*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 301 s.

tezza del quadro probatorio: in definitiva, appunto, «uno degli aspetti essenziali del modello processuale accusatorio, espresso dal vigente codice di procedura penale»⁹⁶.

E' pur vero che nell'attuale ordito codicistico non vi sono norme che ne tutelino esplicitamente l'operatività in appello, a differenza del giudizio di primo grado in cui il mancato rispetto del principio di immediatezza è sanzionato dalla più grave delle sanzioni processuali, la nullità assoluta (art. 525 comma 2 c.p.p.). Tuttavia, non si vede come la prospettazione di una prerogativa (come la riassunzione della prova decisiva in appello) fondata su un modulo epistemologico strettamente collegato al principio accusatorio possa ritenersi incompatibile con l'ordinamento che a quest'ultimo principio è tendenzialmente informato.

Ciò non significa – si badi bene – che sul piano dell'opportunità (e quindi delle scelte di politica del diritto) l'estensione all'appello dell'operatività del principio di immediatezza sia prospettiva auspicabile⁹⁷, ma semplicemente che la stessa non è in radice incompatibile con l'attuale sistema processuale.

Sul secondo versante, va, da ultimo, indagata la coerenza della rinnovazione probatoria fondata sul principio d'immediatezza, al fine di illuminarne la peculiare funzionalità nell'ipotesi di appello contro le sentenze di assoluzione, dal momento che – viceversa – il trapianto dello «statuto convenzionale», limitato a tale ipotesi (con esclusione della rinnovazione nei casi di appello avverso sentenze di condanna), esporrebbe l'ordinamento complessivamente inteso a trattare irragionevolmente ipotesi identiche in modo diverso.

In quest'ottica, la cognizione di una sentenza di assoluzione da parte di un giudice d'appello dotato del potere di riformare nel merito il giudizio sulla responsabilità dell'imputato ben può costituire – sulla scia della *ratio decidendi* «convenzionale» – una situazione processuale certamente gravida di peculiarità.

Come sottolineato in dottrina, solo in questo caso il giudice d'appello, percorrendo il proprio itinerario cognitivo è inevitabilmente esposto alle cadenze tipiche della rinnovazione del giudizio.

Infatti, mentre alla prospettiva di ribaltamento di una decisione di condanna non si accompagna alcuna forzatura degli argini cognitivi di un vaglio meramente critico, potendo l'assoluzione derivare dalla mera confutazione di una prova determinante, la prospettazione dello scenario inverso attira fatalmente il giudice verso una ricostruzione integrale del fatto, certificata ogni qual volta si sostituisca all'assoluzione una condanna all'esito del giudizio di appello⁹⁸.

Nel primo caso, l'attività sufficiente ad una corretta statuizione è di matrice cognitivo-confutatoria, da intendersi come tecnica idonea a proporre ipotesi alternative a quelle assunte come fondamento del giudizio di primo grado, circoscritta ad un controllo degli atti processuali. Nel secondo, al contrario, il riesame sulle risorse persuasive della prova travisate o non colte dal giudice di primo grado è certamente idoneo a fungere da indicatore dell'ingiustizia della prima decisione, ma non può esaurire l'attività cognitiva del giudice⁹⁹. La regola di giu-

⁹⁶ C. Cost., 7 giugno 2010, (ord.) n. 205, in cui si afferma, da un lato, che «il diritto all'assunzione della prova davanti al giudice chiamato a decidere [...] si raccorda, almeno per quanto attiene all'imputato, anche alla garanzia prevista dall'art. 111, terzo comma, Cost., nella parte in cui riconosce alla persona accusata di un reato [...] la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico e di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa»; dall'altro che «la *ratio* giustificatrice della rinnovazione della prova non si richiama, dunque, ad una presunta incompletezza o inadeguatezza della originaria escussione, ma si fonda sulla opportunità di mantenere un diverso e diretto rapporto tra giudice e prova, particolarmente quella dichiarativa, non garantito dalla semplice lettura dei verbali: vale a dire la diretta percezione, da parte del giudice deliberante, della prova stessa nel momento della sua formazione, così da poterne cogliere tutti i connotati espressivi, anche quelli di carattere non verbale, particolarmente prodotti dal metodo dialettico dell'esame e del controesame; connotati che possono rivelarsi utili nel giudizio di attendibilità del risultato probatorio, così da poterne poi dare compiutamente conto nella motivazione ai sensi di quanto previsto dall'art. 546 comma 1, lettera e), cod. proc. pen.».

⁹⁷ Al contrario, come vedremo, *infra*, par. 7, vi sono molte ragioni per escludere che, *de iure condendo*, la strutturazione di un appello informato al medesimo statuto epistemologico del primo grado sia prospettiva da accogliere.

⁹⁸ V. NAPPI, *Adeguamenti necessari per il sistema delle impugnazioni*, AA.Vv. (a cura di NUNZIATA), *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, cit., p. 151 s. il quale rileva: «mentre per giustificare la trasformazione di una condanna in assoluzione basta inficiare anche una soltanto delle prove che sorreggono la costruzione dell'accusa, invece per poter trasformare una sentenza di assoluzione in una sentenza di condanna occorre che si ricostruisca *ex novo* l'impianto accusatorio. E quindi la trasformazione di una condanna in assoluzione può conseguire anche al mero controllo della correttezza della decisione impugnata, mentre la trasformazione di una assoluzione in condanna richiede un nuovo accertamento del fatto».

⁹⁹ I «risvolti confutatori» e le «risorse persuasive» come portato del coefficiente argomentativo della prova sono immortalati da Siracusano, che pur giunge a conclusioni diverse da quelle qui proposte: SIRACUSANO, *Ragionevole durata del processo e giudizi di impugnazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 18 s.

dizio – tarata sulla presunzione d’innocenza e sull’assenza di un ragionevole dubbio (art. 533 comma 1 c.p.p.) – impone al giudice un nuovo accertamento avente ad oggetto ogni profilo concernente la responsabilità dell’imputato.

E’ la necessità di tale accertamento che fatalmente finirebbe per attrarre nell’orbita del giudizio d’appello lo statuto cognitivo tipico del primo grado: se il fatto va ricostruito, non vi sarebbe alcun motivo per derogare ai principi del contraddittorio-immediatezza nell’assunzione della prova¹⁰⁰.

Solo in quest’ultima ipotesi, così, si giustificerebbe l’impossibilità da parte del giudice d’appello di decidere allo stato degli atti e la necessità di ristabilire un rapporto di immediatezza con l’esperimento probatorio orale.

In definitiva, pertanto, pur non priva di criticità, l’interpretazione convenzionalmente conforme degli artt. 603 commi 1 e 3 c.p.p. appare possibile e come tale doverosa.

6. Il sindacato di legittimità sull’omessa rinnovazione della prova tra inquadramento nei motivi di ricorso e controllo sulla decisività.

Nell’itinerario d’indagine sono rimaste ai margini quelle pronunce della Corte di cassazione che, rilevata l’analogia tra il caso interno e quelli decisi dalla Corte di Strasburgo, censurano la mancata rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale, spingendosi a farne derivare «l’illegittimità della decisione impugnata»¹⁰¹.

Si tratta di un novero eterogeneo di decisioni che può essere ricostruito seguendo una duplice linea direttrice tratteggiata in funzione della diversa collocazione del tema nella struttura devolutiva delle decisioni stesse.

Su un primo versante si collocano le sentenze in cui la questione è affrontata in via incidentale o supplementare, non costituendo il motivo unico o principale dell’annullamento.

I profili di contrasto tra queste decisioni e gli orientamenti già esaminati si risolvono – quasi integralmente – nel perimetro di massime imprecise, tendenti a generalizzare l’obbligo di rinnovazione in appello della prova dichiarativa – ritenuta inattendibile – in ogni ipotesi di riforma della sentenza di assoluzione, includendovi persino il caso in cui il procedimento di primo grado sia stato definito nelle forme del rito abbreviato¹⁰². Da una lettura approfondita emerge come le sentenze in questione non si misurino in profondità con il parametro “convenzionale”, finendo per accoglierne acriticamente la lettura proposta dalla giurisprudenza fin qui analizzata (e censurata)¹⁰³; ovvero limitandone il richiamo a conferma di conclusioni già

¹⁰⁰ V., CHINNICI, *Verso il “giusto processo” d’appello: se non ora quando? Dalla irriducibile staticità nello ius positum italiano al dinamismo cognitivo nel “diritto vivente” europeo*, in *Arch. Pen.*, 2012, III, p. 921; e più diffusamente, Id., *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Torino, 2008.

¹⁰¹ Così, Sez. V, 7 maggio 2013, n. 28061, Marchetti, in *C.E.D. Cass.*, n. 255580; una massima delle sentenze è pubblicata in *Arch. pen.*, 2013, III, con nota di MARCHESE, *La reformatio in peius della sentenza di assoluzione tra vincoli europei e diritto ad un equo processo*, p. 1035.

¹⁰² Sez. III, 29 novembre 2012, n. 5854, R., in *C.E.D. Cass.*, n. 254850 la cui massima recita: «Il giudice di appello qualora intenda riformare la precedente sentenza di assoluzione deve procedere alla rinnovazione dell’istruzione dibattimentale per l’audizione dei testimoni ritenuti inattendibili, a nulla rilevando che il procedimento in primo grado sia stato definito con il rito abbreviato»; cfr., anche le massime delle altre sentenze riconducibili a questo “filone”: Sez. V, 7 maggio 2013, Marchetti, cit. («È illegittima la pronuncia del giudice di appello che riformi la decisione assolutoria assunta in primo grado sulla base di un diverso apprezzamento dell’attendibilità della testimonianza della persona offesa, senza procedere alla rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale»); Sez. III, 9 luglio 2013, n. 42344, Polimeno, in *C.E.D. Cass.* n. 256856, le cui massime sono pubblicate anche in *Arch. pen.*, 2013, n. 3, con note di CIANFARONI, *Le Corti superiori e il divieto di reformatio in peius senza la rinnovazione delle prove orali*, *ivi*, p. 1023 e SCACCIANOCE, *Una ventata di «legalità probatoria» nel giudizio di seconda istanza*, in www.archiviopenale.it, Archivio penale (web), fasc. n. 3 («La Corte di appello qualora intenda riformare in “peius” una sentenza di assoluzione, emessa a seguito di un’istruttoria dibattimentale nell’ambito della quale il giudice aveva assunto solo alcune delle prove testimoniali richieste dalla difesa escludendone altre perché sovrabbondanti, non può valutare le medesime testimonianze in senso sfavorevole all’imputato, ritenendole inattendibili sulla scorta di incoerenze e contrasti sui quali l’esame in primo grado non si era sviluppato essendo, invece, tenuto – in base al principio di cui all’art. 6 CEDU, come interpretato dalla conforme giurisprudenza della Corte EDU – a rinnovare l’istruttoria dibattimentale, per consentire ai testimoni di spiegare le imprecisioni ed i contrasti rilevati»).

¹⁰³ E’ il caso della sentenza Marchetti (Sez. V, Marchetti, cit.), in cui sono richiamate – senza alcuna originale motivazione a supporto della scelta adesiva – le sentenze Luperi (Sez. V, Luperi, cit.) e Caboni-Morzenti (Sez. VI, Caboni-Morzenti, cit.) dalle quali, pertanto, la decisione in esame si differenzia semplicemente nella conclusioni, risultando integrati nel caso di specie «entrambi i presupposti individuati da questa Corte per affermare l’obbligo del giudice di rinnovare l’istruttoria, la necessità di una rivalutazione da parte del giudice d’appello dell’attendibilità dei testimoni e la decisività della prova testimoniale».

assunte sulla base di un sindacato meramente “domestico”¹⁰⁴; o ancora – con censurabile superficialità – evocando il parametro “convenzionale” come spunto argomentativo incidentale¹⁰⁵.

Come anticipato, d'altra parte, la reale portata di queste sentenze non può essere colta senza considerarne l'impianto devolutivo.

In nessuno dei ricorsi si lamentava, infatti, la mancata rinnovazione di una prova già acquisita. È la stessa Corte di cassazione – consapevole delle cadenze officiose del sindacato designato dai giudici di Strasburgo nella materia *de qua* – a misurarsi con l'omessa rinnovazione, una volta accertata la sussistenza del vizio principale dedotto dal ricorrente.

Sul versante dell'oggetto, questo potrebbe spiegare (pur non giustificandolo) l'approccio scarsamente problematico alla questione, la cui risoluzione non si configura comunque decisiva per la statuizione; rispetto ai soggetti, invece, è indice di attenzione alla dimensione sovranazionale. I giudici di legittimità, infatti, non si limitano a richiamare la giurisprudenza di Strasburgo al fine di tracciare il perimetro della nuova assunzione probatoria in sede di rinvio, ma affacciano i contorni di un vizio processuale autonomo costruito su quei richiami. All'apprezzabile intuizione non segue, tuttavia, un'adeguata elaborazione. Non è dato sapere, infatti, a quale dei casi di ricorso di cui all'art. 606 c.p.p. si riconduca l'«ulteriore e assorbente» vizio processuale costituito dalla mancata rinnovazione, idoneo ad inficiare la decisione «in radice e in via pregiudiziale»: nell'argomentazione della Corte, questo figura, genericamente, vuoi come «ragione di illegittimità della decisione», vuoi come «erroneo accertamento dei fatti»¹⁰⁶.

Un euro-entusiasmo “innocente”¹⁰⁷ – fecondo nell'intuizione, ma immaturo nell'analisi – anima queste decisioni.

Su un secondo e diverso versante vanno registrati, invece, gli arresti della più recente giurisprudenza di legittimità, che ha elevato l'omessa rinnovazione della prova dichiarativa decisiva a motivo di per sé solo sufficiente a condurre all'annullamento della decisione impugnata¹⁰⁸.

Su questo terreno, è netta la sensazione di assistere ai primi passi (incerti) di una creatura giurisprudenziale in progressiva evoluzione; passi – a ben vedere – che disegnano traiettorie a loro volta non sempre convergenti.

Una spinta evolutiva certamente affiora nell'apertura di una breccia nella consolidata “dottrina Morzenti”: in una recente sentenza, infatti, la Cassazione si spinge a rilevare, seppur con uno spunto argomentativo privo di approfondimento, la necessità della rinnovazione probatoria anche nell'ipotesi di una «diversa valutazione e valorizzazione dei riscontri a quanto affermato dalla fonte»¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Così, Sez. III, 9 luglio 2013, Polimeno, cit., in cui si legge «le conclusioni cui la Corte giunge in applicazione dei principi e delle regole del nostro ordinamento appare conforme anche alla recente giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo».

¹⁰⁵ Sez. III, R., cit.: «vale ricordare che anche la CEDU (da ultimo Terza Sezione [...] ricorso n. 8999/07) è orientata nel senso che la riforma di una sentenza assolutoria debba tendenzialmente seguire ad un esame diretto degli elementi di prova da parte del giudice di appello, con l'ovvio limite della impossibilità di ripetere l'atto»; da tale passaggio argomentativo la Corte di cassazione sembrerebbe trarre un argomento a supporto della formale “esortazione” rivolta al giudice del rinvio affinché lo stesso valuti «nei limiti dallo stesso ritenuti necessari di procedere alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale per fare definitivamente luce, tra l'altro, anche attraverso l'esame della madre e della zia della minore sulla fase iniziale della vicenda». L'invocata rinnovazione probatoria, tuttavia, origina dalla constatazione – da parte dei giudici di legittimità – di una lacuna probatoria su una circostanza di fatto ritenuta decisiva ai fini della ricostruzione della responsabilità dell'imputato (il possibile condizionamento delle dichiarazioni iniziali della bambina, persona offesa dal reato di cui all'art. 609 *bis* e *ter* c.p., per effetto delle iniziative della madre). La ragione della rinnovazione risiede, quindi, nell'incompletezza dell'istruttoria e non nella necessità di stabilire un contatto diretto tra giudice e prova, ritualmente inibito in primo grado dalla stessa scelta difensiva del rito abbreviato. In quest'ottica, il *dictum* della Corte è volto a rimuovere ogni resistenza in ordine alla rinnovazione in sede di rinvio della prova necessaria ai fini del superamento della citata incertezza del quadro probatorio, mentre il fugace riferimento all'applicazione dello “statuto convenzionale” della rinnovazione, fondato sul principio di immediatezza, addirittura nell'ambito di un procedimento definito con le forme del giudizio abbreviato, sarebbe niente più che una “voce dal sen sfuggita”; il contesto giuridico-argomentativo in cui la Cassazione vi perviene, ma soprattutto il radicale silenzio sulle delicatissime implicazioni di una siffatta affermazione suggeriscono, infatti, di interpretare il significato della affermazione come un mero, superficiale spunto argomentativo privo di ogni significato cogente.

¹⁰⁶ Così, rispettivamente, Sez. V, Marchetti, cit. e Sez. III, Polimeno, cit.

¹⁰⁷ Con l'espressione «euro-entusiasmo all'italiana (moderato, opportunista)» etichetta l'approccio di una parte della giurisprudenza interna ai *dicta* della Corte EDU V. VALENTINI, *Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2, 2012, p. 167 s.; l'evocativa immagine dell'età dell'innocenza è utilizzata, invece da Michele Caianiello (Id), *L'adeguamento italiano alle sollecitazioni europee in materia penale. Brevi cenni introduttivi*, in *Terzo e quarto grado. Ovvero, quando c'è chi cassa la Cassazione*, I convegno di studio annuale sulla evoluzione della giurisprudenza della suprema Corte di Cassazione, Roma, 25-26 ottobre, 2013, in http://www.camerepenali.it/public/file/Convegno/Convegno%20Cassazione_Relazione%20Caianiello.pdf per descrivere l'approccio ideale e metodologico di quelle sentenze la cui aspirazione a recepire la soluzione europea è tale da oscurare ogni critica alle soluzioni interpretative importate, che sembrano imporsi “costi quel che costi”.

¹⁰⁸ Sez. II, 15 ottobre 2013, n. 45971, Corigliano, in *C.E.D. Cass.*, n. 257502; Sez. V, 25 settembre 2013, n. 47106, Donato e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 257585; Sez. III, 7 gennaio 2014, n. 5907, F.R., inedita.

¹⁰⁹ Sez. III, F.R., cit.

Al contrario, decisamente meno avanzata (ed anzi, a tratti involuta) si configura la riflessione sull'inquadramento della questione tra i motivi tipici di ricorso e sul relativo regime di rilevanza. La suprema Corte muove ora dalla riqualificazione dei motivi dedotti nei termini di un generico vizio motivazione¹¹⁰, ora da interpretazioni estensive del *devolutum*, ritenendosi investita della questione anche in ipotesi in cui i motivi concernevano esclusivamente la manifesta illogicità delle premesse inferenziali dei risultati probatori posti a fondamento delle sentenze impugnate¹¹¹; così evitando tra l'altro, come vedremo, di misurarsi preliminarmente con la delicata questione relativa alla fonte officiosa dei poteri di cognizione del giudice di legittimità¹¹².

Nell'incedere indistinto del ragionamento, il vizio processuale derivante dall'omessa rinnovazione è, così, acriticamente attratto nell'orbita di un generico difetto di motivazione, obliando ogni indagine sui profili peculiari e autonomi della patologia.

A dispetto della scarsa elaborazione dei giudici di legittimità, la ricostruzione del vizio processuale derivante dalla patologica menomazione in appello della rinnovazione istruttoria di matrice "convenzionale" costituisce uno snodo indispensabile – e, per molti versi, "di chiusura" – dell'indagine intrapresa.

Partiamo – com'è ovvio – dalla norme.

Sono tre le categorie codicistiche con le quali, a prima lettura, appare indispensabile misurarsi: l'inosservanza di una norma processuale stabilita a pena di nullità o di inutilizzabilità (art. 606 comma 1 lett. c) c.p.p.); la mancata assunzione di una contro-prova decisiva (art. 606 comma 1 lett. d) c.p.p.); la mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione (art. 606 comma 1 lett. e) c.p.p.).

Sul primo versante, appare non convincente l'inquadramento del vizio in esame nell'*error in procedendo* di cui all'art. 606 comma 1 lett. c).

E' vero che l'eventuale omissione argomentativa dell'ordinanza con la quale il giudice è chiamato a provvedere sulla rinnovazione istruttoria (art. 603 comma 5 c.p.p.) è sanzionata con una nullità (art. 125 comma 3 c.p.p.); tuttavia, la radicale mancanza di motivazione copre solo una delle manifestazioni patologiche prospettabili nell'ipotesi di mancata rinnovazione della prova, rimanendo esclusi i casi in cui un provvedimento motivato vi sia, seppur viziato. D'altra parte, la deduzione del vizio *sub specie nullitatis* appare in radice da escludere alla luce dell'orientamento, ormai consolidato in dottrina e giurisprudenza, secondo cui il difetto di motivazione può essere censurato in sede di legittimità esclusivamente alla stregua dell'art. 606 comma 1 lett. e), che, in quanto previsione specifica, renderebbe inapplicabile quella di carattere generale di cui all'art. 606 comma 1 lett. c)¹¹³.

Scarsamente convincente risulta anche il richiamo all'inosservanza di una norma processuale stabilita a pena di inutilizzabilità. Leggendo e utilizzando gli atti concernenti la prova dichiarativa assunta in primo grado e non rinnovata il giudice d'appello non viola, infatti, alcun divieto probatorio. Inoltre, appare forzata a monte l'enucleazione dalle *rationes decidendi* "convenzionali" dell'inutilizzabilità dell'atto come vizio derivante dalla mancata rinnovazione. Come visto¹¹⁴, la Corte EDU non esclude l'utilizzabilità della prova dichiarativa non rinnovata ai fini del ribaltamento, ma si limita a censurarne la valutazione come prova decisiva ai fini della condanna¹¹⁵.

Sul secondo versante, appare difficile ricondurre la violazione in esame nell'alveo dell'art. 606 comma 1 lett. d) senza operare una lettura della nozione di contro-prova tratteggiata dall'art. 495 comma 2 c.p.p. palesemente forzata, ai limiti del travisamento normativo. L'oggetto della rinnovazione probatoria di cui si ipotizza la violazione, infatti, è rappresentato da

¹¹⁰ V., ancora, Sez. III, F.R., cit.: «il ricorrente ha censurato la decisione impugnata in quanto affetta da un presunto vizio motivazionale (peraltro erroneamente richiamando l'art. 606 c.p.p., lett. c), in quanto i limiti all'ammissibilità delle doglianze connesse alla motivazione, fissati specificamente dall'art. 606, comma 1, lett. e), non possono essere superati ricorrendo al motivo di cui all'art. 606, comma 1 lett. c), nella parte in cui consente di dolersi dell'inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità».

¹¹¹ Sez. V, Donato, cit.; Sez. II, Corigliano, cit.

¹¹² Valutazione, in questo caso, ineludibile dal momento che l'epilogo decisorio deriva proprio dalla rilevazione dell'omessa rinnovazione della prova; vizio che – stando al testo delle sentenze – non risulterebbe direttamente devoluto.

¹¹³ Per una ricognizione dell'evoluzione degli orientamenti di dottrina e giurisprudenza fino all'ipotesi ormai consolidata e accolta nel testo, v. CAPRIOLI, *sub art. 606*, in CONSO – GREVI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2010, p. 2093-2094.

¹¹⁴ V., *infra*, par. 2.

¹¹⁵ A conclusioni diverse giunge la sentenza Basile (Sez. V, Basile, cit.), nella quale la Cassazione, sia pur con uno spunto argomentativo incidentale, riconduce la censura nell'ambito della «violazione di legge ex art. 606 lett. c)».

qualunque prova già acquisita in primo grado decisiva per il giudizio; mentre – come da chiara *littera legis* – il vizio di cui all'art. 606 comma 1 lett. *d*) è limitato alla mancata assunzione della «prova indicata a discarico sui fatti costituenti oggetto delle prove a carico ovvero a carico sui fatti costituenti oggetto delle prove a discarico». Ora, uno spazio, seppur circoscritto, d'intersezione tra i due vizi potrebbe essere aperto da una interpretazione estensiva che ricomprenda nell'oggetto della tutela dell'art. 606 comma 1 lett. *d*) anche la contro-prova decisiva già assunta in primo grado e patologicamente non rinnovata¹¹⁶. Rimarrebbero, d'altra parte, irragionevolmente prive di tutela processuale le patologiche omissioni di rinnovazione della prova in quelle ipotesi in cui appare oggettivamente ardita la torsione del concetto di contro-prova. Si pensi alla mancata rinnovazione dell'unica prova dichiarativa portata dall'accusa e sulla quale è fondata in modo determinante la sentenza di condanna in appello: siamo fuori dall'area della contro-prova mentre rimangono inalterate sullo sfondo le esigenze della rinnovazione erroneamente negata che rimarrebbero prive di tutela.

Ben più articolato il rapporto della patologia in esame con il vizio di motivazione.

Su questo versante, si rintraccia un importante spunto di analisi nella messa a punto della relazione che la giurisprudenza ha tradizionalmente istituito tra la violazione dell'art. 603 c.p.p. e il vizio di cui all'art. 606 comma 1 lett. *e*) c.p.p.

Ora, come visto, l'art. 603 comma 5 c.p.p. impone al giudice di provvedere sulla rinnovazione istruttoria in appello «con ordinanza, assunta nel contraddittorio delle parti». La giurisprudenza maggioritaria ha finito, tuttavia, per svuotare il significato di tale disposizione legittimando una pratica – tanto diffusa quanto patologica – come quella della motivazione implicita del provvedimento di rigetto della richiesta di rinnovazione probatoria: le ragioni della mancata rinnovazione – si afferma – possono ritualmente ricavarsi dalla stessa struttura argomentativa posta a base della pronuncia di merito ogni qual volta la stessa «evidenzi la sussistenza di elementi sufficienti per una valutazione in senso positivo o negativo sulla responsabilità con la conseguente mancanza di necessità di rinnovare il dibattimento»¹¹⁷.

Il sindacato di legittimità sull'omessa rinnovazione si rivolge, per l'effetto, in un controllo sulla motivazione del provvedimento impugnato: vi è violazione dell'art. 603 c.p.p. se e nella misura in cui la ricostruzione argomentativa del giudizio di responsabilità dell'imputato risulti mancante, contraddittoria o manifestamente illogica (art. 606 comma 1 lett. *e*)¹¹⁸.

Non è possibile in questa sede approfondire i risvolti – invero problematici – di detta assimilazione; essi sembrano più che altro investire l'ipotesi di nuove prove rigettate in quanto

¹¹⁶ E' contraria ad un'ipotesi di questo tipo la giurisprudenza che, pur ammettendo l'operatività del vizio di cui all'art. 606 comma 1 lett. *d*) anche nell'ipotesi di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello, ne limita l'oggetto alla prova nuova: Sez. V, 8 maggio 2008, n. 34643, De Carlo e altri, in *C.E.D. Cass.* n. 240995.

¹¹⁷ Così Sez. V, 10 dicembre 2009, n. 15320, Pacini, in *C.E.D. Cass.*, n. 246859; nello stesso senso, v., tra le tante, Sez. V, 20 gennaio 2005, n. 12443, Unis, in *C.E.D. Cass.* n. 231682 in cui la Cassazione ha rilevato la manifesta infondatezza della proposta questione di legittimità costituzionale dell'art. 603 comma 5 c.p.p. così argomentando: «E' manifestamente infondata, in riferimento agli articoli 3, 24 e 111 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 603, comma quinto, cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede la nullità assoluta nell'ipotesi di omessa pronuncia dell'ordinanza di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, in quanto tale disciplina costituisce peculiare espressione di discrezionalità del legislatore, che non viola alcun principio costituzionale; la disposizione che prevede la pronuncia dell'ordinanza di cui al predetto art. 603, comma quinto, ha, infatti, carattere ordinatorio e non vincolante ed, in ogni caso, non può che riferirsi all'ipotesi in cui il giudice si determini nel senso dell'ammissibilità della rinnovazione, sul presupposto della non decidibilità allo stato degli atti, mentre nell'ipotesi inversa di mancata rinnovazione, il giudice non è tenuto ad adottare il relativo provvedimento di reiezione e può differirne la motivazione al momento di redazione della sentenza, nella quale può, peraltro, essere contenuto e solo implicitamente, il che trova pieno riscontro nella particolare fisionomia del processo di appello, nel vigente ordinamento processuale, in cui non è configurabile un illimitato diritto alla prova ma solo nei limiti e con le forme espressamente previsti dall'art. 603 cod. proc. pen.»; cfr., anche, Sez. IV, 2 dicembre 2009, n. 47095, Sergio e a., in *C.E.D. Cass.*, n. 245996; Sez. III, 7 aprile 2010, n. 24294, D.s.b.s.m., in *C.E.D. Cass.*, n. 247872; *contra*: Sez. VI, 2 dicembre 2002, n. 68, Pg. in proc. Raviolo, in *C.E.D. Cass.*, n. 222977 in cui si afferma: «la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale di cui all'art. 603 cod. proc. pen. è istituito di carattere eccezionale che presuppone l'impossibilità di decidere allo stato degli atti; tuttavia il giudice, ove ritenga, nella sua discrezionalità, di non accogliere la richiesta di parte deve motivare in modo congruo e logicamente corretto il rigetto della stessa».

¹¹⁸ In questo senso, Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 40496, Messina, in *C.E.D. Cass.*, n. 245009; Sez. VI, 5 giugno 1998, n. 7519, Zietek, in *Guida dir.*, 1998, f. 31, 73: «Quanto alla doglianza relativa alla mancata rinnovazione d'ufficio dell'istruzione dibattimentale ex art. 603.3 c.p.p., va ricordato che trattasi di potere da esercitare solamente nel caso in cui lo stesso giudice d'appello ritenga la rinnovazione "assolutamente necessaria", ossia nel caso in cui egli si trovi nell'impossibilità di decidere allo stato degli atti. Ovviamente non si tratta di discrezionalità sottratta a controllo, ma per verificare la correttezza della decisione del giudice d'appello di non utilizzare tale eccezionale potere va innanzitutto controllata la correttezza della motivazione della sentenza. Lesito positivo di tale verifica, ai sensi dell'art. 606 lett. e c.p.p., implica, infatti, che il giudice d'appello era nella oggettiva condizione di decidere allo stato degli atti e che, pertanto, la rinnovazione non si presentava come "assolutamente necessaria". Quando invece dal predetto controllo emerga una motivazione mancante o apodittica o apparente ovvero risultino manifeste contraddizioni, lacune o aporie non risolvibili all'interno del quadro probatorio indicato dalla stessa sentenza, possono assumere rilievo le censure in relazione all'esercizio del potere di cui all'art. 603 comma 3 c.p.p.».

ritenute non utili rispetto al quadro probatorio acquisito: un caso, a ben guardare, in cui le ragioni della mancata rinnovazione non paiono potersi correttamente misurare *ex post* sulla base delle argomentazioni proposte a sostegno della decisione sulla responsabilità dell'imputato.

Ai nostri fini è, tuttavia, rilevante notare come simile opinabile sovrapposizione sarebbe dovuta alla simmetria tra la *ratio* della rinnovazione e le cadenze del controllo sulla motivazione: se la prima è ammessa in quanto funzionale a colmare una lacuna probatoria, allora va da sé che la mancanza di giustificazione che derivi dall'assenza di prova su uno degli enunciati fattuali decisivi nella motivazione del giudizio sulla responsabilità suggelli l'irritualità del rigetto.

Il discorso si pone su basi diverse rispetto alla rinnovazione probatoria di matrice "convenzionale".

In questo caso, come ampiamente rilevato, la rinnovazione ha ad oggetto prove già acquisite e si impone per rispettare il principio di immediatezza.

Nell'impossibilità di scandagliare in profondità i rapporti tra il principio di immediatezza e la motivazione sul giudizio di responsabilità dell'imputato, ci si può limitare a fotografarne alcune interferenze, rilevanti ai fini dell'indagine qui condotta. Occorre a tal fine tenere presente un arco ideale – frutto di astrazione concettuale – di cui vanno censurate e, per l'effetto rifiutate, le opzioni collocabili alle due estremità.

Ad una di esse, può collocarsi l'idea secondo la quale immediatezza e motivazione sarebbero due entità giuridiche radicalmente prive di relazione: la prima, tecnica di formazione della prova che si nutre di intuizione e percezione, caratterizzata da una struttura emozionale; la seconda, attività di matrice esclusivamente razionale, funzionale alla giustificazione del giudizio. In mezzo rimarrebbe la decisione giudiziale, destinata – nelle molteplici articolazioni concettuali prospettate – a comunicare esclusivamente con una delle due entità, tra le quali pertanto determinerebbe un'incolmabile cesura¹¹⁹.

Sull'estremità speculare, si colloca l'istituzione di un automatismo logico-concettuale tra principio di immediatezza e motivazione, tale per cui l'assenza della prima si tradurrebbe necessariamente in un vizio della seconda. L'ipoteca si fonda sulla combinazione "esasperata" di una lettura "forte" dell'immediatezza come metodo che informa la conoscenza giudiziale¹²⁰ e l'idea della motivazione come rappresentazione fedele dell'elaborazione mentale del giudice, insomma uno specchio del giudizio¹²¹. La prima – quando replicata – sarebbe destinata a produrre esperimenti probatori mai uguali ai precedenti e potenzialmente sempre in grado di fornire elementi di prova nuovi: l'assenza di un contatto diretto tra giudice e prova in appello priverebbe, quindi, il giudice di secondo grado di quel patrimonio informativo. Una mancanza che sarebbe destinata a tradursi in una lacuna del suo ragionamento e quindi della motivazione della sentenza, che ne sarebbe fedele estrinsecazione.

Si tratta di concettualizzazioni inidonee a cogliere la realtà giuridica delle relazioni tra immediatezza e motivazione perché frutto di un incrocio nel quale, alternativamente, le due entità riflettono opzioni meramente artificiali, che obliterano patologicamente la dimensione normativa: ora dell'immediatezza, che, nel nostro sistema processuale, è accolta come metodo

¹¹⁹ Corollario dell'approccio alla conoscenza giudiziale come fenomeno esclusivamente emozionale e irrazionale, fondato sul principio di immediatezza inteso come canale di contatto per il giudice con la realtà percettiva sprigionata dalla prova, è un giudizio dominato da componenti alogiche e intuitive, che non possono essere trasfuse nella motivazione: in quest'ottica, l'immediatezza "comunica" con la decisione, plasmandola, ma è refrattaria ad ogni relazione con la motivazione (cfr. M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, cit., p. 238). Al contrario, rilevata la natura esclusivamente razionale della decisione, si è ritenuto che la stessa possa "comunicare" esclusivamente con la motivazione, che partecipa della medesima componente razionale, confinando l'immediatezza – entità intrisa di componenti emozionali – nell'alveo della mera tecnica di formazione della prova, inidonea a interferire con le successive cadenze della decisione: in questo senso, v., F.M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, p. 148 s.; sulle relazioni descritte, si veda la critica acuta di AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, p. 214 s.

¹²⁰ Una conoscenza giudiziale, s'intende, fondata sul principio del contraddittorio al quale l'immediatezza dovrebbe considerarsi inscindibilmente collegata.

¹²¹ Si tratta di un'impostazione che ha segnato lo studio della motivazione in ambito amministrativistico: (v., in particolare, IACCARINO, *Studi sulla motivazione: con speciale riguardo agli atti amministrativi*, Roma, 1933), le cui influenze si colgono anche nella dottrina processualpenalistica (G. SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, p. 658; CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937); Per una ricognizione degli Autori che hanno sposato tale orientamento v., TARUFFO, *La motivazione*, cit., p. 121 e s.; coglie in questa concezione della motivazione una «fallacia descrittivistica», frutto dell'erronea contrapposizione tra l'episodio mentale e l'accadimento fisico, AMODIO, voce *Motivazione della sentenza*, cit., p. 214.

di formazione del giudizio e non come tecnica di assunzione delle prove¹²²; ora della motivazione, la cui struttura argomentativo-razionale, tratteggiata a livello normativo, non necessariamente ricalca l'*iter* logico seguito dal giudice¹²³.

I due poli concettuali descritti, d'altra parte, tracciano coordinate indispensabili per cogliere potenzialità e criticità interpretative della relazione che, fotografata nel diritto vivente, appare sospesa tra "spunti" interpretativi e "spinte" patologiche.

Ora, è ben possibile che la mancata riproposizione dell'esame del testimone davanti al giudice chiamato a decidere in appello privi quest'ultimo, oltre che delle preziosissime percezioni derivanti dal contatto diretto, anche di un adeguato corredo informativo, a tal punto da indebolire l'impianto delle inferenze logiche, ad esempio confluenti in massime di esperienza, riflesse nella motivazione della sentenza e sottoposte al vaglio di legittimità. E ciò è tanto più probabile se si misura il *deficit* informativo potenzialmente derivante dall'omessa rinnovazione della prova in rapporto all'accresciuto *standard* argomentativo imposto dalla stessa giurisprudenza di legittimità ai giudici d'appello, chiamati, com'è noto, nel caso di riforma di una sentenza di assoluzione in condanna, a «confutare specificamente i più rilevanti argomenti della motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza o incoerenza, tali da giustificare la riforma del provvedimento impugnato»¹²⁴: un obbligo "rafforzato" di motivazione, insomma – collegato dalla giurisprudenza più recente al canone normativo di cui all'art. 533 comma 1 c.p.p., ma che più correttamente deve intendersi derivato dalla presunzione di innocenza – in forza del quale il giudice d'appello ha «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»¹²⁵, sicché non sarebbe sufficiente «per la riforma caducatrice di un'assoluzione, una mera diversa valutazione caratterizzata da pari o addirittura minore plausibilità rispetto a quella operata dal primo giudice, occorrendo invece [...] una forza persuasiva superiore, tale da far cadere "ogni ragionevole dubbio", in qualche modo intrinseco alla stessa situazione di contrasto. La condanna, invero, presuppone la certezza della colpevolezza, mentre l'assoluzione non presuppone la certezza dell'innocenza ma la mera non certezza della colpevolezza»¹²⁶.

Accolta in appello un'ipotesi ricostruttiva opposta rispetto a quella di primo grado, è ben probabile che si possa osservare *ex post* come la mancata rinnovazione abbia precluso alla fonte dichiarativa di sprigionare tutte le potenzialità dimostrative a sostegno della negata tesi difensiva.

E – lo si ripete – è altamente probabile che tale mancanza – frutto della amputazione di un contraddittorio "supplementare" – illumini un vizio logico-argomentativo del giudizio sulla responsabilità. Ma deve essere chiaro che si tratta di un errore dotato di propria autonomia logico-giuridica, rispetto al quale le lacune derivanti dall'omessa rinnovazione probatoria si attecchiscono ad indice sintomatico della mancanza di un'accettabile giustificazione della decisione. Si pensi alla giustificazione razionale delle massime di esperienza adottate dal giudice in sentenza, in particolare di quelle sull'agire umano, con riferimento specifico al giudizio sull'attendibilità dei testimoni: l'assenza del contraddittorio "supplementare" davanti al giudice d'appello zavorra l'apparato giustificativo della sentenza di omissioni argomentative la cui intensità si può assumere direttamente proporzionale alla rilevanza delle informazioni potenzialmente ricavabili dal teste sottratte alla conoscenza giudiziale per via della mancata rinnovazione della prova. La corretta individuazione di una massima presuppone, infatti, una delicatissima opera di selezione giudiziale delle condizioni fattuali che ritagliano l'ambito di

¹²² L'art. 525 c.p.p. comma 2 c.p.p. vincolando alla deliberazione gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento sancisce l'adesione del nostro ordinamento al principio di immediatezza come canone imprescindibile della deliberazione; in dottrina, cfr., ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, cit., p. 7; FERRUA, *Oralità del giudizio*, cit., p. 282 s.; CAIANIELLO, *Mutamento del giudice dibattimentale e rinnovazione del giudizio*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1394 s.

¹²³ Sui rapporti tra l'*iter* della decisione e la motivazione, v. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza*, p. 215; per una riflessione sulla diversa logica che presiede il contesto della decisione e della motivazione, v. TARUFFO, *La motivazione*, cit., p. 205.

¹²⁴ In questo senso l'insegnamento, ormai divenuto classico, delle Sezioni Unite (Sez. Un., 30 ottobre 2003, n. 45276, Andreotti, in *Cass. pen.* 2004, pag. 811 s.; Sez. Un., 12 luglio 2005, Mannino, cit., cui si deve la citazione riportata in virgolettato nel testo).

¹²⁵ Sez. V, 5 maggio 2008, n. 35762, Aleksy e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 241169.

¹²⁶ Sez. VI, 3 novembre 2011, n. 40159, Galante, in *C.E.D. Cass.*, n. 251066.

operatività della massima stessa; il giudice non può procedervi senza scandagliare *funditus* il caso concreto, pena l'adesione a massime intrinsecamente illogiche perché assertive di risultati esperienziali razionalmente controvertibili. Nel processo, d'altra parte, tale controvertibilità si pone in un rapporto d'interferenza – seppur non di dipendenza – con le lacune informative eventualmente certificate dall'assenza della rinnovazione dell'atto probatorio ogni qual volta nel caso specifico l'alternativa logica che inficia autonomamente la massima generale è “suggerita” o, comunque, rafforzata dalle omissioni nella formazione della prova, risultando la sentenza larvamente percorsa da ipotesi alternative che avrebbero potuto (e dovuto) trovare spiegazione attraverso le risposte del teste amputate dalla mancata rinnovazione della prova¹²⁷. L'illogicità della massima è annunciata dall'assenza di una nuova assunzione della prova in contraddittorio davanti al giudice che decide.

Ora, come si intuisce, le interferenze poste in evidenza risentono in modo decisivo della “geometria variabile” del sindacato di legittimità. Rispetto ad una sentenza d'appello che condanna per la prima volta l'imputato, infatti, finiscono per esacerbarsi le ambiguità e le criticità del sindacato della Corte di cassazione, tradizionalmente sospeso tra il rituale controllo esterno della razionalità della massima di esperienza e quel giudizio di valore sulle inferenze probatorie interne (che conducono al risultato di prova), che dovrebbe costituire terreno precluso all'indagine in sede di legittimità. Impedita, infatti, l'impugnazione di merito, il ricorrente è fisiologicamente portato a riversare nel ricorso in cassazione le doglianze sul valore attribuito alla prova e il giudice di legittimità, istituzionalmente non estraneo alle esigenze di giustizia del caso concreto, è inevitabilmente portato a misurarvisi, snaturando la tipologia del proprio controllo¹²⁸.

D'altra parte, ancorato il sindacato di legittimità ad un rigoroso (e senza dubbio anche un po' artificiale) “dover essere”, va rilevato come, fuori dalle illustrate interferenze, non sembra potersi istituire alcun automatismo tra l'omissione della rinnovazione della prova, da un lato, e la manifesta illogicità della motivazione sul giudizio di responsabilità dell'imputato, dall'altro.

Giustificati razionalmente i criteri di valutazione e posto a base della motivazione della decisione un risultato di prova opposto rispetto a quello assunto dal giudice di primo grado, in sé non vi sarebbe alcuna automatica smagliatura logica derivante dalla mancata rinnovazione.

Escluse le indebite sovrapposizioni, pertanto, il discorso può proficuamente essere (ri)condotto sui presupposti della rinnovazione probatoria di matrice “sovranaazionale” e sui presidi processuali posti a tutela degli stessi.

Se, come ampiamente sostenuto finora, il presupposto della rinnovazione è rappresentato dalla decisività della prova, il sindacato di legittimità non potrà che avere ad oggetto tale parametro ed è destinato a riflettere i limiti insiti nella nozione di decisività, comuni, come

¹²⁷ Emblematico, al riguardo, è il rapporto tra la massima adottata dal giudice d'appello (censurata dalla Cassazione) e i risultati di prova nella sentenza Polimeno (Sez. III, Polimeno, cit.): il giudice d'appello ribalta il giudizio di attendibilità di due testi della difesa senza procedere ad una nuova audizione degli stessi, ritenendo le relative dichiarazioni non veritiere perché imprecise e contrastanti; la Cassazione, nel censurare gli «evidenti vizi logici» della sentenza, rileva, tra l'altro, come il fatto che i due testimoni, sentiti a distanza di anni dai fatti, «non rendano dichiarazioni perfettamente coincidenti non può essere considerato da solo elemento di sospetto o, meglio di falsità». Ad essere tacciata di illogicità è, pertanto, la massima di esperienza secondo la quale “due testimoni, le cui dichiarazioni sono imprecise e non coincidenti, è probabile che mentano”. Ai nostri fini, d'altra parte, va colta la relazione evidentissima tra la massima di esperienza censurata e la mancata rinnovazione della prova. Osserva la Corte: «il rovesciamento del giudizio circa l'attendibilità dei testimoni della difesa deve essere sostenuto da elementi pressoché incontrovertibili e non dovrebbe mai essere effettuato evidenziando incoerenze o contrasti sui quali l'esame in primo grado non si è sviluppato. La corte di appello in tal modo opera, infatti, una valutazione negativa di attendibilità senza che i testimoni siano stati chiamati a spiegare le imprecisioni o i contrasti di cui vengono rimproverati nel secondo giudizio e senza che siano stati richiesti di chiarire i punti che la corte di appello ritiene controversi. Ciò rende gli esami incompleti e parziali, e come tali non suscettibili di trasformarsi in elemento positivo che smentisce la versione difensiva che il primo giudice ha ritenuto, invece, fondata anche sulla base delle medesime dichiarazioni che egli ha giudicato sufficienti per escludere la responsabilità dell'imputato». Nella stessa sentenza si rintracciano ulteriori versanti della relazione indagata, meno evidenti, ma altrettanto importanti. Sullo sfondo di almeno una delle altre massime di esperienza censurate campeggia l'interrogativo che dà forma alle lacune dell'argomentazione descritte nel testo: il giudice di legittimità infatti rileva l'illogicità della massima secondo cui “è inverosimile che i dipendenti lavorino senza retribuzione”. Nel sottolineare la friabilità logica dell'assunto, la Corte esemplifica in chiave ipotetica alcune ragioni (alternative) che ben avrebbero potuto (e dovuto) trovare spiegazione attraverso un nuovo esame dei testimoni («le ragioni della crisi di liquidità asseritamente riferite dal titolare, la prevedibile difficoltà per i dipendenti di trovare altre occasioni di lavoro, la speranza che la situazione critica potesse trovare soluzione grazie ai rapporti da tempo esistenti con l'ente regionale»).

¹²⁸ Sembra – talvolta con censurabile disinvoltura – sconfinare nel “terreno proibito” la stessa sentenza Polimeno (Sez. III, Polimeno, cit.) che, come anticipato, si spinge a censurare l'«erroneo accertamento dei fatti» da parte del giudice d'appello; in dottrina, sottolinea come le esigenze di controllo sulle sentenze siano incomprimibili e tali per cui, in un procedimento privo d'appello, inevitabilmente «si scaricherebbe sul ricorso per cassazione la richiesta di verificare la giustizia della decisione», ILLUMINATI, *Appello e processo accusatorio. Uno sguardo ai sistemi di common law*, in *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, cit., p. 115.

rilevato¹²⁹, ad ogni concetto di relazione.

D'altra parte, l'ambito di operatività in concreto del parametro dipende dagli strumenti interpretativi adottati nel relativo vaglio. In questo senso, la ricostruzione della nozione di decisività nell'ambito del giudizio di legittimità si giova dell'ampio e rodato bagaglio ermeneutico già sperimentato in relazione all'errore di fatto e di diritto, alla prova inutilizzabile, alla mancata assunzione della controprova e finanche al vizio di motivazione¹³⁰.

Le coordinate dell'indagine possono sintetizzarsi nei termini seguenti.

Come visto, la statuizione sulla rinnovazione della prova è punto necessario e autonomo nell'impianto argomentativo della sentenza d'appello: quando l'impugnazione ha ad oggetto una sentenza di assoluzione, il giudice di secondo grado – su istanza di parte o d'ufficio – è comunque investito incidentalmente della cognizione e decisione in ordine alla rinnovazione della prova dichiarativa decisiva; la relativa statuizione assume la forma tipica dell'ordinanza (art. 603 comma 5 c.p.p.) motivata a pena di nullità (art. 125 comma 3 c.p.p.).

Il sindacato di legittimità, d'altra parte, investe l'ordinanza di rigetto della rinnovazione probatoria solo in seconda battuta. Infatti, la portata del vizio attinente al procedimento probatorio, come anticipato¹³¹, va calibrata in dipendenza del momento processuale in cui si radica il sindacato giudiziale. Intervenuta la decisione d'appello, il controllo del giudice di legittimità sulla decisività della prova dovrà essere misurato sui risultati probatori posti a fondamento della motivazione della sentenza di secondo grado¹³².

In quest'ottica, mutuando le cadenze di un vaglio già tratteggiato in sede dottrina rispetto alla prova inutilizzabile, va considerata decisiva ogni prova che influenza la decisione, concorrendo a determinarla¹³³. Siamo nuovamente di fronte ad una forma qualificata di rilevanza della prova la cui latitudine va, in questo caso, ricostruita seguendo i sentieri del principio di causalità: è decisivo il risultato di prova che, nella struttura della motivazione della sentenza d'appello, è posto a fondamento dell'accertamento di uno degli enunciati fattuali rilevanti; mentre è da considerarsi non decisivo il risultato probatorio irrilevante o superfluo nella ricostruzione dei fatti accolta dal giudice di merito, o perché esplicitamente ritenuto tale o perché posto a mera conferma *ad abundantiam* di uno specifico fatto che il giudice di merito ha considerato autonomamente accertato tramite altre prove¹³⁴.

Sicché, ben potrà accadere che una prova dichiarativa, la cui rinnovazione è stata immotivatamente esclusa, risulti alla fine irrilevante nell'economia del giudizio di condanna: in quest'ipotesi, la Corte di cassazione non dovrebbe dichiarare alcun vizio, dal momento che una tutela retrospettiva del diritto alla rinnovazione, attraverso l'annullamento della sentenza, sarebbe giuridicamente irrazionale stante la certificata irrilevanza dell'attività in funzione della quale si vorrebbe far operare il drastico epilogo decisorio.

¹²⁹ V., *infra*, par. 4.

¹³⁰ Per una approfondita rassegna delle problematiche connesse al giudizio di decisività nelle ipotesi citate, v., A. CAPONE, *Il principio di decisività dei vizi della sentenza nel controllo della Corte di Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1463.

¹³¹ V., *infra*, 4.

¹³² Cfr., CAPONE, *op. cit.*, p. 1480.

¹³³ Cfr., CORDERO, *Scrittura e oralità*, in *Tre studi sulle prove penali*, cit., p. 188; GREVI, «*Nemo tenetur se detegere*» interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano, Milano, 1972, p. 188; ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, cit., p. 151; FERRUA, *Oralità del giudizio*, cit., p. 442-443.

¹³⁴ Il vaglio di decisività della prova dichiarativa non rinnovata è effettuato dalla Corte di cassazione con cadenze ed esiti non sempre rispettosi del principio di causalità: v., con percorsi e risultati diversi: Sez. II, 17 marzo 2013, n. 32368, Marotta, in *C.E.D. Cass.*, n. 255984 che esclude la rilevanza degli arresti convenzionali sulla rinnovazione della prova ritenendo non decisiva una prova testimoniale che fondava un enunciato di fatto comunque ritenuto rilevante per la determinazione dei giudici d'appello (nella specie l'accertamento dei reati di cui all'art. 369 e 642 commi 1 e 2 c.p. era transitato, tra l'altro, dalla prova dell'assenza di tracce del presunto incidente sulla sede stradale ricavabile dalla testimonianza del carabiniere intervenuto sul luogo dell'incidente; il medesimo elemento probatorio, in primo grado, era stato ritenuto, al contrario, inidoneo a considerare accertata la circostanza, dal momento che la mancata percezione delle tracce da parte del carabiniere si riteneva potesse giustificarsi alla luce delle concrete condizioni in cui era maturato il sopralluogo); la sentenza sembra seguire nel vaglio di decisività una valutazione sul "peso" della prova nell'accertamento complessivo più che il principio di causalità. Ben più attento e condivisibile appare il sindacato sulla decisività della prova effettuato nella sentenza Donato (Sez. V, Donato e altri, cit.) nell'ambito della quale la Corte, ricostruita, anche al netto di ogni prova dichiarativa, l'origine delittuosa dell'evento mortale ritiene comunque decisiva la prova testimoniale ai fini dell'individuazione in concreto dei responsabili della condotta. Del tutto peculiare, infine, il vaglio di decisività operato nella sentenza della Sez. III, 5 giugno 2013, n. 32798, N.S. e altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 256906; in questo caso il vaglio di decisività conduce – con affermazione sconcertante che finisce per travisare gli arresti convenzionali – a ritenere non suscettibile di rinnovazione la prova dichiarativa proprio in quanto decisiva: «la decisività delle testimonianze [...] evidentemente non ha reso necessaria una loro nuova audizione». Nel caso di specie, la prova dichiarativa era rappresentata dalla testimonianza delle persone offese rispetto a reati di violenza sessuale; in astratto, pertanto, ben si sarebbe potuta comprendere una forma di resistenza alla rinnovazione di tali fonti dichiarative, che avrebbe dovuto suggerire, tuttavia, riflessioni di altro tipo (v., *infra*, par. 2.1.).

Non così nel caso opposto. Ritenuta la prova dichiarativa non rinnovata rilevante ai fini della decisione, la motivazione del rigetto tratteggiata in sede di ri-ammissione è automaticamente confinata nell'alveo del contrasto logico interno. Alla Corte di cassazione non rimarrebbe che rilevare la contraddittorietà della motivazione ai sensi dell'art. 606 comma 1 lett. e) poiché non potrà certamente dirsi dotata della necessaria coerenza interna l'argomentazione che, da un lato, neghi la decisività della prova al fine di precluderne la rinnovazione, dall'altro, tale ruolo decisivo riconosca ponendola a fondamento della decisione di merito.

La Corte di cassazione sarà, pertanto, chiamata a vigilare sulla coerenza, nell'ambito della sentenza d'appello, tra la motivazione dell'ordinanza che esclude la rinnovazione dell'istruttoria e la motivazione della decisione sulla responsabilità dell'imputato: il vaglio del giudice di legittimità – si badi – non potrà essere vincolato dalle etichette formali sulla rilevanza della prova attribuite nella sentenza di secondo grado, pena l'irrazionale neutralizzazione del sindacato stesso. Spetterà alla Cassazione, quindi, vagliare l'apporto causale effettivo della prova dichiarativa non rinnovata nell'economia della decisione impugnata, senza sconfinare in un giudizio di valore sull'atto e il risultato di prova.

Al sindacato di legittimità, ovviamente, non si sottraggono le ipotesi in cui addirittura l'ordinanza di rigetto manchi, sia radicalmente priva di motivazione o si risolva in scorciatoie argomentative (cripto-motivazioni, motivazione implicite): situazioni che, nella cognizione tipica del giudizio di legittimità, sono attratte nell'orbita del controllo sulla completezza della argomentazione. In tali patologiche ipotesi, in luogo della contraddittorietà, s'integrerebbe il vizio di mancanza della motivazione su un autonomo punto della sentenza, quale la statuzione incidentale sulla rinnovazione della prova da ritenersi doverosa in quanto funzionale all'accertamento di un enunciato di fatto decisivo.

Insomma, sembrerebbe potersi dire viziata da contraddittorietà ai sensi dell'art. 606 comma 1 lett. e) c.p.p. – quando non addirittura priva di motivazione – ogni sentenza d'appello che ribalti il giudizio di assoluzione in assenza di una nuova audizione della fonte dichiarativa decisiva ai fini della condanna, dal momento che risulterebbero in insanabile contraddizione la motivazione sulla responsabilità penale dell'imputato e quella sulla rinnovazione della prova.

6.1.

Il regime di rilevabilità del vizio nel giudizio di cassazione.

Residua un ultimo interrogativo, accennato in precedenza: la violazione del diritto alla rinnovazione della prova è rilevabile d'ufficio dalla Corte di cassazione?

In giurisprudenza, ad un orientamento che nega esplicitamente ogni potere officioso¹³⁵, si contrappone un novero di decisioni in cui la Cassazione, pur in assenza di motivi concernenti direttamente l'omessa rinnovazione, si ritiene investita della questione derivandola da un diverso vizio di motivazione dedotto¹³⁶; soluzione interpretativa – quest'ultima – che aggira, inopportunamente, la questione ineludibile relativa al regime di rilevabilità del vizio in esame.

Ora, il quesito va analizzato a partire da due rilievi.

Da un lato, il carattere officioso della garanzia, delineato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sembra investire ogni organo giurisdizionale chiamato a presidiarne l'attuazione, indipendentemente dalla tipologia o collocazione nell'ordinamento interno: «*the Court reiterates that the domestic courts are under an obligation to take positive measures to such an end, even if the applicant has not requested it*»¹³⁷.

Dall'altro, nell'area “supplementare” dei poteri di cognizione della Cassazione disegnata

¹³⁵ Sez. V, Basile, cit.; il quesito in ordine alla rilevabilità d'ufficio, nell'ambito del giudizio di legittimità, dell'omessa rinnovazione probatoria viene posto esplicitamente anche da Sez. II, 25 febbraio 2014, n. 13233, Trupiano, in www.cortedicassazione.it ma superato, senza una presa di posizione, attraverso la pronuncia di inammissibilità del ricorso per manifesta infondatezza dei motivi, che preclude la cognizione di ogni questione officiosa.

¹³⁶ Il vizio di motivazione – si legge nella sentenza Donato e altri (Sez. V, Donato, cit.) – è dedotto «con riferimento alla ritenuta sussistenza di elementi di prova»; nello stesso senso, v., Sez. II, Corigliano, cit.

¹³⁷ Così, testualmente, Corte EDU, *Hanu c. Romania*, cit., § 38; la Corte europea ha in più occasioni respinto l'eccezione formulata dai governi in ordine al mancato esaurimento delle vie interne di ricorso a fronte della omessa indicazione, nei motivi di impugnazione, di richieste e/o censure relative alla mancata rinnovazione della prova rilevando come sussista in capo al giudice dell'impugnazione l'obbligo di adottare d'ufficio misure positive in tal senso; scarsamente sensibile all'argomento appare, nella giurisprudenza interna, Sez. V, Basile, cit.: l'imputato si trova «nella condizione di non poter attivare il rimedio CEDU il quale presuppone la consumazione di tutti i rimedi del sistema processuale domestico sulla questione stessa».

dall'art. 609 comma 2 c.p.p. («la Corte decide altresì») rientrano, com'è noto, «le questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo» e «quelle che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello».

A prima vista, la mancata rinnovazione della prova dichiarativa decisiva sembrerebbe estranea al primo novero di ipotesi¹³⁸, ma a pieno titolo riconducibile nel secondo, trattandosi di questione che sorge, all'evidenza, con la decisione d'appello. Tuttavia, da una lettura più attenta emerge come quest'ultima tipologia di cognizione non configuri un'eccezione alla devoluzione ordinaria, risultando comunque dipendente dalle deduzioni operate attraverso i motivi proposti: in questo senso la norma tutelerebbe la deducibilità sopravvenuta, giustificandosi in quanto volta a neutralizzare la preclusione che l'art. 606 comma 3 c.p.p. pone rispetto alla conoscibilità di questioni non dedotte con i motivi di appello¹³⁹. Nessuno spazio di cognizione officiosa vi sarebbe, pertanto, per un'eventuale inottemperanza patologica della rinnovazione probatoria non devoluta attraverso i motivi.

Se così è, risulta evidente lo iato tra il principio “convenzionale”, che grava gli Stati della necessità di approntare misure positive per tutelare, nella giurisdizione interna, il diritto alla rinnovazione e la norma nazionale che tale tutela subordina all'attivazione di parte.

Ai giudici di legittimità non rimarrebbe che attivare il tradizionale percorso di adeguamento “a due tempi”: nella specie, l'enunciato normativo di cui all'art. 609 comma 2 c.p.p., nel significato derivabile dal sistema, sembra costituire un limite alla cognizione officiosa non superabile attraverso l'interpretazione conforme¹⁴⁰; alla Cassazione spetterebbe, allora, sollevare in relazione all'art. 117 comma 1 Cost. una questione di legittimità costituzionale dell'art. 609 comma 2 c.p.p. nella parte in cui non prevede la rilevabilità d'ufficio della violazione del diritto

¹³⁸ L'inquadramento tra le questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo presupporrebbe, infatti, la preliminare qualificazione del vizio nei termini di una nullità assoluta o intermedia ovvero di un'inutilizzabilità; ipotesi scartate in precedenza osservando come nella patologica inottemperanza della rinnovazione di una prova decisiva si integri, piuttosto, un difetto di motivazione (contraddittorietà/mancanza) della sentenza d'appello, estraneo al regime di rilevabilità in ogni stato e grado del processo.

¹³⁹ Così viene ricostruito il significato della norma nella relazione al progetto preliminare (*Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *G.U.*, 24 ottobre 1988, n. 250, *Serie generale, Supplemento ordinario*, n. 2, p. 303): il comma 2 dell'art. 602 c.p.p. (attuale art. 609 comma 2 c.p.p.) «fa venir meno la preclusione per le questioni non dedotte con i motivi di appello tutte le volte in cui la deducibilità sia resa possibile solo successivamente. [...] Il principio (è) volto a garantire la cognizione della Corte di cassazione nei casi di deducibilità sopravvenuta; principio del quale più volte la giurisprudenza ha fatto unilateralmente applicazione, specie per questioni nuove (o diversamente rilevanti) emerse in seguito a modificazioni legislative, ma che più in generale riguarda tutte le questioni deducibili esclusivamente rispetto alla decisione di secondo grado, perché ha riformato la decisione di primo grado o comunque si è differenziata da questa»; ancora più chiara è la Relazione (p. 301) rispetto al collegato art. 599 comma 3 c.p.p. (attuale art. 606 comma 3 c.p.p.): «la previsione va letta in collegamento con l'art. 602 ultimo comma, il quale ne segna i confini stabilendo che in ogni caso possono essere sottoposte alla Corte di cassazione le questioni rilevabili d'ufficio e quelle che non sarebbe stato possibile dedurre in grado d'appello». In dottrina, BARGIS, *Impugnazioni*, cit., p. 989; CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1152.

¹⁴⁰ La locuzione che definisce il primo novero di ipotesi («questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo») osta ad ogni tentativo interpretativo volto a ricomprendervi il vizio di specie, che sorge con la sentenza d'appello (e quindi non era prima «rilevabile d'ufficio», men che meno «in ogni stato e grado»). Più articolato, ma non diverso nell'esito, il ragionamento rispetto alla seconda categoria. A livello semantico, il vizio di motivazione derivato dalla mancata rinnovazione della prova decisiva rientra certamente tra le questioni «che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello» e che formano oggetto dei poteri di cognizione della Corte di cassazione. La *littera legis* non fornisce indicazioni univoche, invece, sul regime di rilevabilità di tali questioni: esclusivamente su deduzione delle parti o anche d'ufficio? Sono le coordinate sistematiche ad orientare, pertanto, l'interpretazione. Il codice delinea la portata generale della cognizione della Cassazione limitandola «ai motivi proposti» (art. 609 comma 1 c.p.p.), in coerenza con il ruolo e le funzioni assegnate dall'ordinamento processuale all'organo di legittimità. La regola generale cede, coerentemente, di fronte alle questioni che, per l'eccezionale rilevanza riconosciuta dall'ordinamento ai relativi interessi sottesi, sono rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado. Oscura rimarrebbe, al contrario, la *ratio* della rilevabilità officiosa di questioni (quali quelle che «non sarebbe stato possibile dedurre in grado d'appello») cui sono estranee esigenze di tutela rafforzata. Il carattere distintivo di queste ultime è la sopravvenienza, che ne ha oggettivamente inibito la deduzione in appello. E' un carattere che sostiene coerentemente una deroga ai confini della devoluzione di parte fissati dall'art. 606 comma 3 c.p.p. («il ricorso è inammissibile se è proposto [...] per violazioni di legge non dedotte con i motivi di appello»). Non vi sarebbe, al contrario, alcuna ragione sistematica per derogare alla regola generale che definisce i poteri di cognizione officiosa del giudice di legittimità. Un'eccezione a quanto detto potrebbe probabilmente cogliersi nella particolare ipotesi di questioni sorte dopo che sia decorso il termine per presentare motivi – anche aggiunti – di ricorso (art. 585 comma 4 c.p.p.), ma non è questo il caso della mancata rinnovazione probatoria, che viene in rilievo con la sentenza d'appello ed è quindi sempre deducibile attraverso i motivi. Certo, ben si potrebbe (e forse dovrebbe) sostenere che l'obbligo “convenzionale” partecipa a definire la trama delle relazioni ermeneutiche che attribuiscono significato alla norma. Ma è proprio questo il punto: la Corte di Strasburgo invoca una tutela officiosa della garanzia per il rango rivestito dalla stessa nel catalogo dei diritti umani. La norma interna, al contrario, tutelando la mera deducibilità sopravvenuta, struttura coerentemente su questo carattere oggetto e presupposto di operatività della fattispecie. Il collegamento tra principio “convenzionale” e norma nazionale è fortuito e ogni operazione volta a rendere la seconda valvola di adeguamento alla prima sconta una malcelata strumentalità. Così, una lettura dell'art. 609 comma 2 c.p.p. volta a recepire le istanze di tutela convenzionali sarebbe destinata a produrre un esito ermeneutico contrario al sistema. L'enunciato interpretato, infatti, sarebbe quello che definisce il regime del potere di cognizione, adeguandolo alle esigenze di rilevazione officiosa («la corte decide» d'ufficio). La cognizione *ex officio* così finirebbe, tuttavia, per abbracciare l'intero novero di questioni che non sarebbe stato possibile dedurre in grado d'appello, estendendosi ovviamente anche ad ipotesi diverse dalla mancata rinnovazione della prova, con esiti irragionevoli a livello sistematico.

sancito dalla Convenzione europea così come interpretata dai giudici di Strasburgo; questione che, ove rilevante nel caso di specie (oltre che fondata), potrebbe condurre a rimuovere il predetto ostacolo normativo¹⁴¹.

7.

Il ruolo dell'appello nel processo informato all'immediatezza: cenni sulle prospettive di riforma.

L'indagine proposta ha fatto emergere come, alle condizioni descritte, la tutela del contatto diretto tra giudice e prova nell'ambito del giudizio di appello – patrocinata dalla giurisprudenza di Strasburgo – possa, e quindi debba, essere garantita nell'ordinamento interno attraverso l'interpretazione conforme dell'art. 603 c.p.p.

Nel percorso interpretativo svolto, d'altra parte, sono affiorati (e non sono stati taciuti) gli obiettivi limiti di un assetto che rischia di imporre, in sostanza, la replica quasi integrale dell'istruzione probatoria orale, svolta nel giudizio di primo grado, in gran parte dei procedimenti d'appello originati dall'impugnazione della sentenza di assoluzione; un assetto che – pur compatibile con il sistema complessivamente inteso – non è privo di ricadute rilevanti vuoi sugli equilibri e sul risultato epistemologico dell'accertamento giudiziale, vuoi sulla ragionevole durata dei processi.

In questo senso, va rilevato come il livello di attendibilità del contraddittorio orale davanti al giudice decidente sia inevitabilmente destinato a degradare con la ripetizione dell'atto, che – all'evidenza – sconta il venir meno di quelle componenti di genuinità legate alla logica della sorpresa e del primo contatto¹⁴². Ciò – si badi – non vuol dire che il risultato probatorio della rinnovazione sia frutto di un metodo epistemologicamente meno accreditato rispetto a quello adottato in primo grado, perché, se così fosse, ricadremmo in una distonia non diversa da quella attualmente denunciata rispetto al metodo cartolare e verrebbe travolta in radice la *ratio* della rinnovazione. Il contraddittorio-immediatezza, in realtà, rimane anche in appello il più attendibile metodo di formazione della conoscenza giudiziale e la sua adozione è certamente preferibile – rispetto all'esame meramente cartolare – per vagliare ed eventualmente rivalutare quei risultati probatori maturati in primo grado che, ovviamente, rimangono utilizzabili ai fini della decisione.

Il tema è, in realtà, ben altro. Registrato, infatti, da un lato, che ripetizione dell'atto e tendenziale efficacia epistemologica del metodo in funzione del risultato sono inversamente proporzionali, dall'altro, che ad ogni replica di un incombente si accompagna un costo processuale in termini di durata, la rinnovazione andrebbe limitata alle ipotesi nelle quali effettivamente un nuovo giudizio di merito appare indispensabile. E' su questo livello che può cogliersi il più evidente limite dell'assetto derivante dall'importazione del diritto "convenzionale". In un

¹⁴¹ Non è compatibile con i limiti del presente lavoro una disamina degli eventuali e futuribili percorsi interpretativi o degli epiloghi decisori della Corte costituzionale. La natura della questione proposta consente, tuttavia, due riflessioni. In primo luogo, l'oggettiva complessità dei temi giuridici in esame candida la Corte costituzionale ad interlocutore privilegiato, se non necessario, degli organi giudicanti al di là di ogni condizione giuridico-formale che ne suggerisca o imponga l'investitura: in questo senso, una questione di costituzionalità dell'art. 609 comma 2 c.p.p. confermerebbe la comprensibile esigenza dei giudici di coinvolgere la Corte costituzionale nel percorso di attuazione dei diritti fondamentali sovranazionali ogni qual volta l'interpretazione non sia pienamente convincente oppure il diritto riconosciuto presenti qualche margine di incertezza o oscurità, indici tutti oggettivamente presenti nella questione di specie, al di là delle conclusioni proposte nel testo; in dottrina, sottolineano «il gioco di squadra» tra la Cassazione e la Corte costituzionale nell'attuazione del diritto di matrice "convenzionale": LAMARQUE – VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo)*, in *Giur. it.*, 2014, n. 2, p. 401 s., consultabile anche in *Dir. pen. Cont.*, 31 marzo 2014. In secondo luogo, sullo sfondo della questione direttamente devoluta alla Corte costituzionale si stagliano, come spesso accade, alcuni snodi di sistema, se non di pura "politica" del diritto, la cui risoluzione non potrà che riflettersi sugli esiti del controllo di costituzionalità: come ricalibrare il rango del principio di immediatezza nell'ordinamento interno alla luce della CEDU? Qual è il ruolo della Corte di cassazione in un ordinamento a più livelli in cui è destinata a erodersi progressivamente la sua funzione di giudice di ultima istanza? La Cassazione può ignorare – se non direttamente investita – violazioni che potrebbero condurre ad una condanna da parte della Corte europea e ad una riapertura del processo interno? Il giudice di legittimità è o non è il primo custode dell'equità della procedura così come intesa a Strasburgo?

¹⁴² V., già, PERONI, *L'istruzione dibattimentale*, cit., p. 219 che, a proposito della ripetibilità del contro-esame in appello, richiamando quanto osservato a proposito delle ricognizioni da Cordero (Id., *Procedura penale*, cit., p. 643) afferma: «il vero è che ci si trova dinanzi ad un atto per il quale valgono probabilmente rilievi in tutto analoghi a quelli prospettati da autorevole dottrina con riferimento alle ricognizioni: si tratta, nell'un caso come nell'altro, di operazioni il cui "autentico apporto cognitivo sta nell'originale", talché, "consumato l'effetto psicologico, svuotano l'eventuale messinscena allestita poi"».

sistema in cui il secondo grado di giudizio è strutturato su epiloghi decisori che contemplano la riforma – anche integrale – della decisione sulla responsabilità, impugnata la condanna, va rinnovata, come argomentato¹⁴³, ogni prova dichiarativa che il giudice ritenga preliminarmente rilevante in sede di ammissione: la rinnovazione, così, è svincolata dagli itinerari cognitivi di merito che ben potrebbero, invece, rivelarne la non utilità¹⁴⁴.

Ciò che va ripensato, in prospettiva, non è, pertanto, la disciplina della rinnovazione probatoria ma la struttura dell'appello, in termini di devoluzione e conformazione degli epiloghi decisori.

In questo senso, in relazione alla portata del principio d'immediatezza va focalizzato quanto osservato in dottrina sul terreno più generale del contraddittorio: la questione nodale non è tanto quella di stabilire quale spazio riconoscere all'immediatezza nell'appello, bensì quale spazio attribuire all'appello nell'innovata architettura dell'immediatezza, così come tratteggiata anche in sede "convenzionale"¹⁴⁵.

De iure condendo, così, appaiono di limitato respiro quelle proposte, avanzate in dottrina e incanalate in alcune iniziative di riforma, volte a ratificare la rinnovazione obbligatoria della prova dichiarativa ogni qual volta, a fronte dell'appello contro la sentenza di proscioglimento, sia richiesta una nuova valutazione della prova¹⁴⁶. Si tratta, infatti, di proposte che attraverso la generalizzazione della rinnovazione fanno venir meno le criticità segnalate in ordine al vaglio di rilevanza, ma, muovendosi esclusivamente all'interno della disciplina dell'art. 603 c.p.p., prestano il fianco ai predetti rilievi in termini di scarsa razionalità (anche sul versante della ragionevole durata) della replica incondizionata del contraddittorio estesa ad ipotesi in cui tale rinnovazione potrebbe rivelarsi alla prova dei fatti inutile.

Bandite le suggestioni abolizioniste dell'appello del pubblico ministero, non prospettabili a sistema immutato¹⁴⁷, più convincenti appaiono, allora, quegli interventi di riforma, da tempo avanzati in dottrina con articolazioni diversificate, volti a configurare l'appello come giudizio esclusivamente rescindente, cui seguirebbe una ulteriore fase rescissoria: in caso di accoglimento dell'impugnazione, all'attuale epilogo di riforma della sentenza si sostituirebbe l'annullamento¹⁴⁸.

Le *rationes decidendi* proposte dalla Corte di Strasburgo e le criticità dell'adeguamento interpretativo dell'ordinamento interno ripercorse nel presente lavoro illuminano un ulteriore effetto positivo della strutturazione dell'appello in forma rescindente, che si unisce ai tanti rilievi – non univoci a dire il vero – già formulati intorno a tale proposta¹⁴⁹.

Attraverso la separazione della fase rescindente da quella rescissoria il vaglio di rinnovazione della prova – tanto più razionale quanto maggiormente in grado di selezionare prove effettivamente rilevanti ed utili perché prodromiche ad un nuovo giudizio – trova, infatti, il grado di attuazione più coerente, funzionale e probabilmente in sintonia con le coordinate "convenzionali". All'esito del giudizio, infatti, la Corte d'appello potrà confermare la sentenza di assoluzione senza procedere ad alcuna rinnovazione ovvero annullare la sentenza, indicando, a quel punto, il novero delle prove dichiarative di cui può ritenersi rilevante la rinnovazione nella prospettiva alternativa di ricostruzione dei fatti che il giudice di secondo grado ha ritenuto di non poter escludere e che, per l'effetto, giustifica il nuovo giudizio. La collocazione del vaglio

¹⁴³ V., *infra*, par. 5.1.

¹⁴⁴ La rinnovazione apparirà certamente non utile, con cadenze postume, nelle ipotesi di conferma della sentenza di assoluzione.

¹⁴⁵ PERONI, *Giusto processo e doppio grado di giurisdizione nel merito*, in *Riv. dir. proc.*, n. 3, 2001, p. 722.

¹⁴⁶ Su questo solco si muove la proposta della Commissione di studio sul processo penale presieduta da Giovanni Canzio nella quale si ipotizza l'introduzione di un nuovo art. 4 *bis* nel testo dell'art. 603: «nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale»; in dottrina, v., già, LOZZI, *Reformatio in peius del giudice di appello e cognitio facti ex actis della Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 641.

¹⁴⁷ Un nuovo intervento di abolizione dell'appello del pubblico ministero contro le sentenze di assoluzione, nel sistema vigente, sarebbe, all'evidenza, destinato a cadere sotto la (rinnovata) scure della Corte costituzionale. Ciò non vuol dire, tuttavia, che tentativi volti all'introduzione di radicali preclusioni alla legittimazione soggettiva e oggettiva all'appello non possano essere coltivati in un'ottica di più ampia rivisitazione dell'intero sistema delle impugnazioni penali, o meglio dell'intero sistema processuale: un'ottica che non può essere approfondita in questo lavoro, ma che ben potrebbe contemplare interventi sistematici in grado di neutralizzare ogni profilo di irragionevole disparità tra accusa e difesa, pur a fronte di innovativi divieti di impugnazione.

¹⁴⁸ NAPPI, *Adeguamenti necessari*, in *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, cit., p. 151-159; aderiscono a questa impostazione, tra gli altri, ILLUMINATI, *Appello e processo accusatorio*, in *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, cit., p. 115; PERONI, *Giusto processo e doppio grado*, cit., p. 730 s.; CORDERO, *Un'arma contro due*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 812, il quale prospetta l'attribuzione del giudizio rescissorio ad un collegio diverso della medesima Corte d'appello che ha emesso la decisione rescindente.

¹⁴⁹ Per una ricognizione del dibattito suscitato in dottrina dalla configurazione dell'appello in chiave rescindente v. BELLUTA, *Prospettive di riforma dell'appello*, cit., p. 1073.

nella fase rescindente, così, potrebbe consentire al giudice d'appello di operare una selezione attraverso un filtro a maglie strette, senza anticipare indebitamente un giudizio di merito.

Lo "statuto convenzionale" della rinnovazione della prova, come ampiamente argomentato gravido di conseguenze interpretative, sembrerebbe insomma poter contribuire, tra l'altro, a riproporre al centro del dibattito la riforma dell'appello penale, facendo filtrare nuova luce nella cassetta degli attrezzi del legislatore interno, da tempo ben fornita seppur impolverata per scarso utilizzo. Il tempo ci dirà se questa è la volta buona.