

**CONFRONTO DI IDEE SU:
LA RIFORMA DELLA PRECEDENTE ASSOLUZIONE
PROSPETTIVE DI INDAGINE**

ALFREDO GAITO

**Ancora alla ricerca di un passaggio a Nord-Ovest...
oltre il giudizio d'appello**

La prima sentenza della Corte europea nel caso Dan contro Moldavia ha determinato un cambio di paradigma nell'impostazione dei giudizi di appello, imponendo, nonostante le strenue resistenze giurisprudenziali, il necessario recupero dell'oralità e la rivisitazione – prima in sede interpretativa, poi legislativa, dei presupposti per la rinnovazione dell'istruttoria. Rimane tuttavia aperto il quesito circa la natura del giudizio che non può che essere risolto applicando gli stessi principi che impongono di procedere a una nuova assunzione delle prove dichiarative. Anche se l'orizzonte che si schiude all'interprete non lascia ben sperare.

Still looking for a passage to the North-West ... beyond the appeal judgment

The first ruling of the European Court in the Dan v. Moldova case led to a paradigm shift in the setting of appellate judgments, imposing, despite the strenuous jurisprudential resistance, the necessary recovery of orality and revisiting - first in the interpretative, then in legislative, of the conditions for the renewal of the investigation. However, the question regarding the nature of the judgment remains open and can only be resolved by applying the same principles that require proceeding to a new assumption of the declaratory evidence. Even if the horizon that opens up to the interpreter does not bode well.

SOMMARIO: 1. In premessa. - 2. Il problema della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in riferimento alle prove dichiarative quale presupposto della riforma *in peius* anche nel giudizio di rinvio. - 3. Corollari. - 4. Fantascienza processuale penale o realtà futura?

1. *In premessa.* In premessa, ritengo di dover esprimere alcune ovvie, ma forse non inutili, considerazioni.

A livello di sistema, la sentenza Dan c. Moldavia del 2011 avrebbe dovuto indurre a riflettere, avendo chiaramente impresso «una forte accelerazione... alle prospettive evolutive delle impugnazioni penali e dell'appello in particolare, in un ambito dove il legislatore delegato del 1988 aveva erroneamente creduto di poter lasciare le cose sostanzialmente invariate, determinando l'assurdo di processi orali in primo grado ma ancora imperniati sulla scrittura nelle fasi successive»¹.

¹ *Ad litteram* GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello. L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il p.n. impugna l'assoluzione*, in questa *Rivista*, 2012, 349 ss.. non certo per doti divinatorie o profetiche ma unicamente per spassionata e non miope previsione delle conseguenze inevitabili di una «presa di posizione della Corte europea... destinata, per un verso, ad avviare una mutazione genica dei giudizi di appello aventi ad oggetto le sentenze di proscioglimento e di assoluzione, che dovranno aprirsi all'oralità proprio come il primo grado di giudizio; mentre, per altro verso, comporta effetti dirimpenti sul modo invalso di intendere la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, che - da istituto quasi extra ordinem - ... pare destinata a conoscere spazi operativi fino ad oggi quasi impensabili».

Già “a prima lettura” avevo avuto modo di rimarcare come apparisse addirittura ovvio che l’Europa aveva calato il sipario sulla celebrazione di giudizi di impugnazione con controllo esclusivamente o prevalentemente cartolare, senza tener conto dei parametri del giusto processo europeo, non potendosi trascurare che «*l’adeguamento a norma” impone all’interprete di dare immediata applicazione alla sentenza europea segnalata in esordio disponendo in ogni caso la rinnovazione delle prove dichiarative... anche nella progressione procedimentale, non solo ove il processo sia pervenuto in cassazione ma anche se vi sia stato annullamento con rinvio... In caso di giudizio di rinvio dinanzi a giudice d’appello avente per oggetto il controllo di una sentenza di assoluzione... appar chiaro che alla mancata riassunzione della prova dichiarativa a carico consegue tout court la conferma della sentenza di assoluzione*»².

Nella realtà giudiziaria si è praticata una fiera resistenza al nuovo, con correlativa moltiplicazione dei casi di sentenze di condanna pronunciate da Corti d’appello (ancor più: da Corti d’assise d’appello) chiamate ad intervenire a seguito dell’annullamento di precedenti decisioni d’appello, che avevano assolto gli imputati di turno, già condannati in primo grado, per effetto di un giudizio censorio della Corte di cassazione a proposito di plurimi errori argomentativi in cui i Giudici del controllo erano incorsi³.

Il più delle volte, secondo le decisioni rescindenti della Corte di legittimità, quelle sentenze di assoluzione (pronunciate in grado d’appello in riforma delle condanne scandite in primo grado) non avrebbero adottato le ormai stratificate regole di giudizio in tema di valutazione del materiale decisorio di natura indiziaria. Ovviamente, le sentenze di legittimità non hanno mai espresso alcun giudizio con riferimento agli apprezzamenti in fatto operati dalle Corti del merito, delegando la verifica circa la concluzione degli indizi al giudice del rinvio.

In particolare, la costante che si ripropone nelle decisioni di annullamento delle sentenze di assoluzione pronunciate in riforma della condanna comminata in primo grado è la rilevata esigenza che il Giudice del rinvio dovesse colmare le carenze argomentative con riferimento all’attendibilità delle prove dichiarative ritenute decisive dai giudici d’appello per la riforma in assoluzione della pregressa condanna. Può dunque pervenirsi ad una prima conclusio-

² GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d’appello*, loc. cit.: «E di tanto il Legislatore e i giudici nostrani devono subito prendere atto, perché si tratta di una sorta di recupero per via giurisprudenziale degli effetti originari della «Legge Pecorella», spazzati via dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 26 del 2007».

³ Cass., Sez. IV, 8 aprile 2016, A.F. e S., in *Mass. Uff.*, n. 247847; Id., Sez. V, 22 ottobre 2020, De Caro, n.d.; Id., Sez. V, 11 dicembre 2020, Ottino, n.d.

ne: il giudice di rinvio non era vincolato da alcun *dictum* inerente questioni di diritto risolte dalla sentenza di annullamento che, di contro, aveva unicamente censurato il percorso argomentativo di quella rescissa.

È appena il caso di sottolineare che il giudizio di rinvio di tipo prosecutorio non è un nuovo giudizio di appello e la decisione di secondo grado, sia pure cassata, non può dirsi espulsa nella sua interezza dalla vicenda processuale (quasi sempre, oltretutto, si trattava di sentenze plurime e/o complesse, e la Corte regolatrice ne aveva disposto annullamento parziale).

Il giudizio di rinvio prosecutorio, com'è noto, rappresenta il naturale prosieguo della fase di legittimità e la funzione di supplenza della nuova Corte di merito è limitata alle ragioni dell'annullamento, salvo, com'è ovvio, l'esame dei motivi di doglianza che fossero eventualmente stati dichiarati assorbiti in virtù dell'avvenuto accoglimento di altre censure avanzate dal ricorrente.

Non può pertanto dirsi che, a seguito dell'annullamento con rinvio, sia stata introdotta una nuova fase di appello, con conseguente ed integrale eliminazione della precedente decisione di secondo grado ad ogni effetto ⁽⁴⁾.

Se si afferma il contrario si perviene ad una sovrapposizione tra le due distinte forme di rinvio, restitutorio da una parte e prosecutorio dall'altra ⁽⁵⁾.

Nel primo caso l'individuazione della nullità di uno degli atti della sequenza processuale impone la regressione del procedimento, con la conseguente invalidazione dell'attività processuale successiva: in questa ipotesi la fase a cui retrocede il procedimento rivive nella sua interezza, con integrale applicazione delle norme relative, dovendo ritenersi la precedente catena di atti già compiuti incapace di produrre effetti vincolanti.

Nel secondo caso il giudice di legittimità rileva un vizio di tipo "sostanziale", che attiene, a seconda dei casi, al procedimento probatorio, alla razionalità del discorso giustificativo o al malgoverno delle regole di giudizio. Una serie di violazioni che, per l'esigenza di un nuovo apprezzamento del fatto, comportano la prosecuzione del giudizio di merito dinanzi al giudice territorialmente competente, sia pure secondo i canoni normativi e le valutazioni probatorie cristallizzate con il principio di diritto.

Se così è, appare chiaro come e perché non possa ipotizzarsi un'asimmetria tra le regole di valutazione e/o di esclusione della prova che gravano sul giudi-

⁴ Questa la postulazione del sost. P.G. requirente all'ud. Cass., Sez. V, 11 dicembre 2020, Ottino.

⁵ Cfr. AMODIO, *Rinvio prosecutorio e reformatio in peius*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 544 ss.; GAITO, *Divieto di reformatio in peius nel giudizio di rinvio*, in *Cass. pen.*, 1976, 1190 ss., argomentando che «il contenuto decisorio della sentenza cassata (o della parte di sentenza cassata, nella ipotesi di annullamento parziale) rileva come fulcro obbligatorio di riscontro nella considerazione dell'interesse dell'imputato».

ce del primo appello, rispetto a quello del rinvio, facendo leva sulla circostanza esteriore che quest'ultimo non interviene direttamente dopo il primo grado ma soltanto per via mediata dopo la decisione di legittimità: nel giudizio di rinvio del tipo prosecutorio la Corte di cassazione seleziona i profili di illegittimità della decisione d'appello senza invalidarla nella sua interezza, ancor di più se, come nei casi di riferimento, non è stata risolta alcuna questione di diritto, essendosi limitato il precedente Collegio di legittimità a censurare la tenuta logica della motivazione.

In assenza di una regressione del processo (al p.m., al G.i.p. o al giudice di primo grado), in sintesi, è illegittimo escludere gli effetti processuali che il provvedimento conclusivo della fase di appello ha prodotto.

Sta di fatto, però, che mentre per la riforma dell'assoluzione di primo grado è imposta la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale per riacquisire le prove dichiarative disponibili decisive, non altrettanto avviene nella giurisprudenza di legittimità quando a condannare è il giudice del rinvio.

Lo stesso accade anche in riferimento all'annullamento della sentenza liberatoria deliberata dal giudice di rinvio dopo una doppia conforme di condanna: la riforma in condanna operata del giudice del secondo rinvio supera il vaglio della legittimità anche se non preceduta dalla rinnovazione della prova orale decisiva disponibile⁶.

Che la funzione del giudizio di rinvio coincida senza residui con la funzione del giudizio d'appello sembra che non conti, tutto venendo affrontato alla stregua di un approccio statico, non più che nomenclatorio.

2. Il problema della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in riferimento alle prove dichiarative quale presupposto della riforma in peius anche nel giudizio di rinvio. Nei giudizi di rinvio in discorso si è passati dall'assoluzione alla condanna senza rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, sulla base dell'ardito implicito presupposto secondo cui la rinnovazione sarebbe necessaria unicamente quando la riforma *in peius* costituisce opzione autonoma e

⁶ Tautologica e autoreferenziale Cass., Sez. IV, 8 aprile 2016, A.F. e S., cit., fl. 9 motivaz.: «*la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale s'impone solo qualora il giudice dell'appello valuti diversamente l'attendibilità dei dichiaranti rispetto a quanto ritenuto in primo grado, e trova applicazione solo qualora il giudice d'appello valuti diversamente l'attendibilità dei dichiaranti rispetto a quanto ritenuto in primo grado, e trova applicazione solo qualora il giudice d'appello intenda riformare in peius una sentenza di assoluzione* (cfr. Cass., Sez. V, 13 marzo 2015, Petrusic, in *Mass. Uff.*, n. 265139; Id., Sez. VI, 23 settembre 2014, Mihasi e altro, *ivi*, n. 260623); *ma non anche quando in primo grado vi sia stata condanna, confermata in appello sia pure solo all'esito di annullamento di rinvio di precedente sentenza assolutoria*».

contestuale al giudizio unitario del solo giudice dell'impugnazione ma non mai se e quando la riforma della sentenza di assoluzione consegua al giudizio bifasico articolato su una fase rescindente (quella che culmina nella sentenza di annullamento della Corte di cassazione) e una fase rescissoria (*id est*: il giudizio di rinvio). Ma la soluzione non può dipendere da aspetti meramente esteriori che obliterino la sostanza delle cose.

Ogni qualvolta, tanto la condanna di primo grado quanto l'assoluzione in appello siano dipese in via principale – se non addirittura esclusiva – dal giudizio di credibilità di uno o più testimoni va detto chiaro e forte che è preclusa ogni nuova valutazione di attendibilità, ai fini della condanna, non preceduta dall'audizione in dibattimento.

La enfaticata centralità delle dichiarazioni accusatorie (specialmente quelle delle persone offese e dei collaboratori di giustizia nell'economia di tutte le sentenze di merito – sia pure in ottica differente a seconda dell'esito decisorio – ed anche in quelle di legittimità vale di per sé a dimostrare la potenzialità dimostrativa di cui ha goduto il narrato dei ridetti *loquentes*: ciò avrebbe dovuto comportare un nuovo esame diretto e immediato della credibilità intrinseca e dell'efficacia dimostrativa che, invece, è stato effettuato *ex actis*, pur a fronte di un precedente pronunciamento liberatorio.

Per prassi oramai invalsa, infatti, nel sostituire il giudizio assolutorio della sentenza annullata, il Giudice del rinvio si limita semplicisticamente a dissentire dalle conclusioni in quella sede raggiunte circa l'inattendibilità di questa o quella fonte dichiarativa, espungendo al contempo dalle prove utilizzabili gli apporti ritenuti decisivi in senso liberatorio nella sentenza di assoluzione, così escludendo ogni necessità di provvedere a rinnovazione dibattimentale.

Il problema non sembra avere suscitato interesse né in letteratura né nella giurisprudenza. Forse, in epoca di produzione scientifica essenzialmente finalizzata al superamento della ASN, gli studiosi più giovani preferiscono non far trasparire scelte di campo che paleserebbero ideologie e impostazioni politico-culturali (o, peggio, di Scuola) prevedibilmente poco gradite da questo o quel Commissario di concorso. Quanto a fermenti evolutivi nelle aule di giustizia, assai poco c'è da attendersi dai resti di quella che fu la gloriosa Corte di cassazione che conobbe i fasti dei Lattanzi, Brancaccio, Carnevale, Silvestri.

Provo a fissare allora un punto fermo.

Un decennio di evoluzioni giurisprudenziali e normative – derivanti dal diritto vivente della Corte di Strasburgo – ha reso del tutto pacifico l'obbligo di

rinnovazione del dibattimento per il giudice dell'impugnazione, a fronte di un verdetto assolutorio basato sull'attendibilità di una o più testimonianze⁷.

Ne consegue che, per salvaguardare la legittimità della *reformatio in peius* fondata sul diverso apprezzamento della prova orale, si impone il riesame diretto della prova stessa attraverso una nuova fase dibattimentale, non potendosi giungere alla condanna in luogo di pregressa assoluzione in ipotesi di mancata riassunzione della prova dichiarativa nella pienezza ed effettività del contraddittorio dinanzi al giudice deliberante. Del resto, risulta ormai consolidato l'indirizzo di legittimità nel senso della sussistenza di un obbligo anche in mancanza della puntuale richiesta di parte, dovendosi procedere d'ufficio alla rinnovazione e alla citazione dei testi per garantire l'equità della procedura in base all'art. 6 C.e.d.u.⁸.

Certo: l'elaborazione giurisprudenziale, tanto sovranazionale che interna, è stata generata da vicende giudiziarie aventi ad oggetto una sentenza assolutoria emessa dal Tribunale, poi ribaltata dal Giudice dell'appello (o dalla Corte di cassazione romana, che ha siffatto potere); ma la situazione non muta ove l'assoluzione fosse stata pronunciata - come per i casi in rassegna - dal giudice del gravame con condanna nel giudizio di rinvio conseguente all'annullamento disposto dal giudice di legittimità.

In un approccio multilivello, che prescindendo da incrostazioni sistematiche stantie non più al passo con l'evoluzione dei tempi e della giurisprudenza creativa europea, a rilevare non è la scansione interna delle fasi processuali prevista dal sistema normativo interno, ma la constatazione che la sentenza di con-

⁷ Sarebbe un fuor d'opera chiosare sull'itinerario che ha condotto il legislatore ad inserire il comma 3-bis nel testo dell'art. 603 c.p.p.: basti il riferimento a Cass., Sez. un. 28 aprile 2016, Dasgupta, in *Mass. Uff.*, n. 267486; e Id., Sez. un., 19 gennaio 2017, Patalano, *ivi*, n. 269787, per comprendere i contenuti dell'obbligo di rinnovazione, scaturito dal parziale recepimento delle regole europee; esemplarmente e per tutti v. CHINNICI, SCACCIANOCE, *Il legislatore scopre 'ancora una volta' il concordato sui motivi d'appello e 'per la prima volta' la prova orale nell'immediatezza*, in *La giustizia penale riformata*, Arch. pen. suppl., 2018, 673 ss.

⁸ Netta sul punto Corte EDU, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania: ogni qualvolta la Corte di appello non disponga di alcun dato nuovo, soltanto «la possibilità per l'imputato di confrontarsi con un testimone in presenza del giudice chiamato a decidere in ultima istanza sull'accusa è una garanzia di un processo equo»; per tale motivo, «il giudice del ricorso [sarebbe] tenuto ad adottare d'ufficio misure positive a tale scopo, anche se ciò non era stato espressamente richiesto dal ricorrente». Perfettamente sovrapponibile Cass., Sez. V, 30 settembre 2014, Marino, in *Mass. Uff.*, n. 262115, secondo cui «Il giudice di appello, qualora intenda riformare "in peius" una sentenza di assoluzione, è obbligato, in base all'art. 6 C.e.d.u. - così come interpretato dalla sentenza della Corte Europea del 5 luglio 2011 resa nel caso Dan c/ Moldavia - alla rinnovazione [...]». Ribadiscono l'obbligo d'ufficio Cass., Sez. Fer., 11 settembre 2014, Lembo e altri, *ivi*, n. 261541; conf. Id., Sez. V, 24 febbraio 2015, Prestanicola e altri, *ivi*, n. 263903; Id., Sez. V, 8 febbraio 2019, P.G. c. Caldarozzi ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 259469; Id., Sez. III, 27 novembre 2019, Vecchio e altro, *ivi*, n. 269447.

danna emessa in luogo di quella d'assoluzione risulta fondata sostanzialmente sulla stessa prova dichiarativa, la cui credibilità è stata diversamente rivalutata sulla base di un approccio meramente cartolare anzi che previo recupero dell'oralità e dell'immediatezza.

Insomma: le regole di giudizio e di esclusione vanno configurate in funzione del principio che tutelano e non, viceversa, in virtù della sistematica e della denominazione formale della fase in cui si collocano; in caso contrario, si confinerebbe la tutela dell'oralità e dell'immediatezza alla sola fase di appello *stricto sensu*, con sacrificio – tra l'altro – dell'obbligo di interpretazione espansiva delle garanzie convenzionali, previsto dall'art. 1 Conv. e.d.u.⁹.

Ciò posto, in ogni caso, quale che sia la fase in cui interviene e quale che sia l'organo investito, il nuovo giudizio di condanna non può ritenersi estraneo agli insegnamenti impartiti dalla Corte di Strasburgo, quando la sentenza di condanna ribalta la pronuncia assolutoria sulla scorta del formale dissenso rispetto alle pregresse valutazioni critiche in ordine all'affidabilità della prova dichiarativa, ritenendo in generale insussistente la necessità di provvedere ad alcuna rinnovazione dibattimentale, potendosi definire il giudizio sulla base del vuolsi sufficiente materiale probatorio già raccolto.

Il problema è di metodo: se e quando insorgano contrasti giudiziali sulle discrasie delle narrazioni dei testi tali da metterne in dubbio l'attendibilità e il provvedimento cronologicamente successivo non può pretendere di normalizzare e superare i rilievi senza una nuova convocazione in aula di costoro ma limitandosi ad una rilettura dei verbali disponibili.

La rivalutazione cartolare dell'attendibilità, oltre ai già descritti profili di illegittimità, si pone anche in conflitto con il diritto del ricorrente ad una decisione prevedibile.

Si pensi che, in prospettiva generalissima e di fondo, dall'apprezzamento delle divergenze nella ricostruzione della causale di un omicidio dipende certamente il giudizio di attendibilità dei congiunti della vittima: ma si tratta di una valutazione che potrebbe essere effettuata solo a seguito del loro intervento nel dibattimento appositamente instaurato dinanzi al Collegio del rinvio, per salvaguardare l'equità della procedura e consentire la formazione di un convincimento (di attendibilità o non credibilità) basato sull'apprensione dai narratori delle ragioni delle loro contraddizioni. Al contrario, il metodo prescelto

⁹ Nel solco dell'art. 1, si afferma che la Convenzione europea, in quanto strumento per la protezione degli esseri umani, richiede che le sue disposizioni siano interpretate e applicate in modo da rendere le sue garanzie pratiche ed efficaci: v. Corte EDU, 13 maggio 1980, Artico c. Italia, § 33; Id., 7 luglio 1989, Soering c. Regno Unito, § 87; Gr. Cam., 7 luglio 2011, Al-Skeini e altri c. Regno Unito, § 162.

nella esperienza giurisprudenziale, per lo scollamento che comporta rispetto al diritto vivente, conduce inevitabilmente alla violazione, tra l'altro, del principio della «*prevedibilità della decisione*», canone che trova copertura nell'art. 6 C.e.d.u. e che rafforza il principio di legalità, nel senso di censurare le applicazioni *extravagantes* della legge (anche processuale) capaci di rendere il prodotto giudiziario non oggettivamente pronosticabile alla luce del diritto vivente.

In breve: il trattamento giudiziario complessivo ha da essere accessibile e prevedibile per l'accusato, sulla scorta della giurisprudenza europea graniticamente uniforme; per contro, viola la Convenzione ogni attuazione della legge eccentrica perché non in linea con gli orientamenti consolidati nell'ordinamento di riferimento¹⁰.

3. *Corollari*. Nella progressione processuale, lo scrutinio del giudice dell'impugnazione dev'essere - è noto - di particolare rigore e ciò deve trasparire dalla motivazione affinché sia consentito un controllo puntuale della maniera in cui è stato maneggiato il materiale di prova, solo così potendo assicurarsi il diritto dell'imputato di sottoporre alla rivalutazione di merito di un giudice superiore le ragioni di rigetto della propria lettura di quel materiale, come prevede l'art. 2, § 1, del Protocollo Aggiuntivo alla Convenzione e.d.u., funzionale ad assicurare l'equità prevista dall'art. 6 della medesima Convenzione.

Se e come siano state applicate le regole di elaborazione della prova è una circostanza che deve trasparire dalla motivazione ogni qualvolta il giudice intenda sistemare un risultato dimostrativo in posizione sopraelevata rispetto alle dimostrazioni provenienti dalle altre fonti di prova, poiché da ciò discenderà la qualità della giustificazione come espressione del concreto operare delle regole del giusto processo nel suo momento nevralgico, che è quello della formazione del convincimento.

Insomma, deve assicurarsi la centralità del diritto alla prova nel sistema processuale attraverso uno scrutinio che guardi con particolare sfavore a quelle *défaillances* nell'adempimento del comando di cui all'art. 546 c.p.p., per il vero troppo spesso giustificate sul presupposto dell'esistenza di una doppia

¹⁰ Secondo la Corte di Strasburgo la non omogeneità di trattamento costituisce una violazione del diritto ad un equo processo previsto dall'art. 6, § 1 C.e.d.u., nella prospettiva di prevenire le contraddizioni cui va incontro la giurisprudenza di merito e conferire stabilità e prevedibilità alla vicenda processuale e al suo esito complessivo. Si vedano Corte EDU, Gr. Cam., 28 ottobre 1999, Zielinski e Pradal e Gonzalez e altri c. Francia, § 59; 6 dicembre 2007, Beian c. Romania, § 39; 2 luglio 2009, Iordan Iordanov e altri c. Bulgaria, § 47.

conforme affermazione di responsabilità che renderebbe interscambiabili le “risposte” fornite dai giudici territoriali alle domande della difesa, con un aggravio degli oneri di contestazione del difensore che funge da volano per consacrare la sottrazione del giudice del gravame all’obbligo di enunciazione scrupolosa e tassativa dei criteri di giudizio di cui si è servito¹¹.

Viceversa, i contenuti sovranazionali arricchiscono la ricostruzione della funzione della motivazione della condanna penale anche secondo la regola dell’interpretazione di scopo, dovendosi assicurare la massima estensione possibile delle garanzie convenzionali che da essa dipendono, come il diritto di critica sulla prova a carico e l’effettività del controllo giurisdizionale superiore.

È a dirsi che la Corte europea insiste nell’imporre agli Stati membri l’estensione massima degli istituti della Convenzione nella loro attività di esegesi e applicazione delle norme¹², con conseguente divieto di adottare significati diminutivi dei doveri giustificativi del giudice, proprio perché attraverso di essi passa l’attuazione del diritto vivente della C.e.d.u.

L’assunto finisce per consolidare, anche in chiave europea, l’esigenza di espellere tesi argomentative che agevolano l’abbassamento della soglia di equità del processo in punto di *standard* motivazionali del giudice quando enuncia gli itinerari di prova che ha inteso percorrere e che non possono rimanere segreti sulla scorta di un malinteso dovere di giustificazione solo minimale, altrimenti aprendosi la strada a quelle “sacche di arbitrio incontrollabile” certamente vicine ad una concezione primordiale del libero convincimento ma ben distanti dalle istanze europee di controllo dei modi d’uso delle regole di giudizio.

Quando viene ribaltato il giudizio assolutorio senza previa rinnovazione della prova decisiva disponibile, il Giudice (Corte d’appello, Corte d’appello in funzione di rinvio, Corte d’appello in sede di secondo rinvio: è lo stesso) viene meno all’obbligo di rendere congrua e pertinente giustificazione. Il rilievo critico argomentato in queste pagine si declina, da un lato, nella problematica relativa all’obbligo del giudice che ritenga di dover optare per un diverso apprezzamento della prova orale di disporre la rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale ai fini di una nuova escussione della fonte dichiarativa¹³;

¹¹ Da ultimo cfr. Cass., Sez. Fer., 27 agosto 2020, Nasr, in *Mass. Uff.*, n. 265924.

¹² Esemplarmente Corte EDU, 30 gennaio 2020, Saribekyan e Balyan c. Azerbaijan, n. 35746/11.

¹³ Ineludibile corollario del primo profilo problematico posto è quello della rilevanza *ex officio* della questione relativa all’obbligo di rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale. Ebbene: giova considerare l’orientamento espresso dalla Corte EDU Hanu c. Romania secondo cui il giudice di appello deve procedere alla nuova escussione d’ufficio anche in assenza di richiesta della parte perché «*le corti nazionali*

dall'altro, nel tema del diritto alla prova nel giudizio di rinvio e della "motivazione rafforzata" quale più intenso obbligo di diligenza richiesto al giudice che deve farsi carico di confutare, specificamente, i principali argomenti addotti dal precedente giudice che era pervenuto ad un esito liberatorio, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza o incoerenza del percorso giustificativo adottato in relazione al medesimo materiale decisorio.

Già solo tale rilievo assevera il rispetto del presupposto della decisività delle prove dichiarative delle quali non sia stata disposta la rinnovazione. Va subito sgomberato il campo da possibili equivoci chiarendo che tale nozione non è riducibile a quella elaborata dalla giurisprudenza di legittimità in riferimento al motivo di ricorso di cui all'art. 606, co. 1, lett. d, c.p.p. secondo cui per prova decisiva deve intendersi quella che, confrontata con le argomentazioni contenute nella motivazione, si riveli tale da dimostrare che, ove esperita, avrebbe «sicuramente determinato una diversa pronuncia; ovvero quella che, non assunta o non valutata, vizia la sentenza intaccandone la struttura portante»¹⁴: ai fini della valutazione dell'obbligo di rinnovazione sono prove dichiarative *decisive* quelle che hanno già determinato o anche soltanto contribuito a determinare un esito liberatorio e che, pur in presenza di altre fonti probatorie di diversa natura, se espunte dal complesso del materiale probatorio si rivelano potenzialmente idonee a incidere sull'esito del giudizio di appello nell'alternativa proscioglimento-condanna¹⁵.

Per concludere sul punto: all'ultimo Giudice del merito è preclusa ogni nuova valutazione di attendibilità, ai fini della condanna, non preceduta dall'audizione in dibattimento delle fonti dichiarative disponibili.

Nella prassi, in via eterodossa, il giudice del rinvio non procede a nuovo esame diretto e immediato della credibilità e attendibilità testimoniale che, invece, viene stancamente effettuato *ex actis* ovvero del tutto pretermesso, ciò pur

*hanno l'obbligo di adottare misure positive a tal fine, anche se il ricorrente non ha fatto richiesta», aggiungendo che «la mancata escussione da parte della Corte d'appello dei testimoni in prima persona e il fatto che la Suprema Corte non ha cercato di porvi rimedio rinviando il caso alla Corte d'appello per un nuovo esame degli elementi di prova, ha sostanzialmente ridotto il diritto di difesa del ricorrente». Il principio della rilevanza officiosa del vizio in esame è ormai consolidato nell'indirizzo della Corte di cassazione secondo cui «È rilevabile d'ufficio, anche in sede di legittimità, la questione relativa alla violazione dell'art. 6 della C.E.D.U., così come interpretato dalla sentenza della Corte EDU del 4 giugno 2013, nel caso Hanu c. Romania - per la quale il giudice di appello deve procedere alla nuova escussione d'ufficio, anche in assenza di richiesta della parte, pena la sostanziale compressione del diritto di difesa - conformemente ai canoni dell'equo processo e alle esigenze di armonizzazione del sistema processuale»: Cass., Sez. V, 24 febbraio 2015, Prestanica, in *Mass. Uff.*, n. 263902.*

¹⁴ Cass., Sez. IV, 23 gennaio 2014, Di Meglio, in *Mass. Uff.*, n. 259323.

¹⁵ Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, in *Mass. Uff.*, n. 267491.

a fronte di una precedente sentenza liberatoria, semplicisticamente limitandosi al mero dissenso dalle conclusioni raggiunte dalla sentenza di assoluzione; ma siffatta constatazione incarna un avvilente esempio di quanto spesso... *stat pro ratione voluntas*.

4. *Fantascienza processuale penale o realtà futura?* Credo di poter rinviare per ogni ulteriore approfondimento agli analitici contributi pubblicati in questo stesso fascicolo, così scongiurando inutili ripetizioni. Mentre, uscendo dagli schemi, penso che le indicazioni e i moniti che vengono dai giudici europei non debbano essere sottovalutati, pena un imperdonabile eccesso di disinvoltura. Certo, alla stregua dell'atteggiamento ostruzionistico delle Sezioni Unite penali circa la immediata operatività *erga omnes* delle sentenze della Corte europea che rilevano una carenza strutturale piuttosto che una devianza episodica dai fondamenti del giusto processo¹⁶, ben si comprende che le previsioni sulla applicabilità generalizzata degli insegnamenti di Dan c. Moldavia 2 non siano ottimistiche.

Non ho idea dei modi e dei tempi in cui potranno avverarsi concretamente le conseguenze a raggiera di un tritico di sentenze europee depositate in autunno, durante il periodo di pandemia (vale a dire: *ex informata conscientia* quanto ai risvolti di criticità innescati dalle esigenze di distanziamento sociale sulla struttura e sulle dinamiche del processo penale) e con la presa di posizione delle Sezioni Unite civili di metà settembre di questo sciagurato anno in corso.

Il riferimento è anzitutto alla svolta europea marcata nella *escalation* da «Tondo c. Italia» del 22 ottobre 2020 ed «Ayetullah Ay c. Turchia» del 27 ottobre 2020 a «Dan c. Moldavia 2» del 10 novembre 2020, e poi alla presa di posizione esplicitata con fermezza dalle Sezioni unite civili del 7 luglio – pubbl. 18 settembre 2020, n. 19598, in rotta di collisione con la posizione di retroguardia assunta un anno prima dalle omologhe Sezioni penali a proposito della permeabilità dei principi europei di legalità, prevedibilità e proporzionalità ai c.d. fratelli minori di Contrada¹⁷.

¹⁶ Per il picchettaggio del campo d'indagine cfr. GAITO, GAETA, *Note difensive (per il giudizio delle Sezioni unite sui fratelli minori di Contrada)*, in *questa Rivista*, 2020, 1.

¹⁷ Cass., Sez. un., 24 ottobre 2019, Genco, in *questa Rivista*, con rilievi vivacemente critici di GAETA, *Ipotesi di spiegazione sul revirement delle Sezioni unite circa la permeabilità dei principi europei nelle decisioni interne*, *ibidem*; per ulteriori notazioni critiche v. DINACCI, *Obblighi europei, resistenze giurisprudenziali e negazione dei diritti: Contrada è figlio unico*, in *questa Rivista*, 2020, 433 ss.; ESPOSITO, *Giochi di luce: quando il mostro diventa riconoscibile*, *ibidem*, 415 ss.; TARALLO, *C.E.D.U. e Sezioni unite sul concorso esterno in associazione mafiosa: un dialogo interrotto*, *ibidem*, 387 ss.

A seguito del ridimensionamento interno di Corte costituzionale¹⁸ e Sezioni unite¹⁹ il 2019 aveva scandito i connotati più bassi dell'oralità e immediatezza e dei correlati riflessi sui doveri motivazionali del giudice oltre che sullo scollamento tra giurisdizione interna e giurisdizione sovranazionale.

Ed allora l'autunno 2020 potrebbe segnare l'inizio di un opportuno recupero: posto che la trilogia europea poc'anzi evocata mette l'accento sul diritto di risposte specifiche ed espresse a quelle osservazioni che sono state decisive per l'esito del procedimento; visto che per i giudici sovranazionali un elemento importante del processo penale equo è la possibilità per l'accusato di confrontarsi con i testimoni alla presenza di quel giudice che alla fine deciderà il caso... pertanto un cambiamento della composizione del Tribunale dopo l'audizione di un testimone importante dovrebbe normalmente portare alla nuova audizione di quel testimone; considerato come è stato con fermezza ribadito che i requisiti generali di equità processuale sanciti dall'art. 6 C.e.d.u. devono essere garantiti in tutti i processi... e nel corso dell'intero procedimento; mi pare che alla luce di tanto sia a prendersi atto che qualcosa è mutato.

Con pessimismo si parlerà di timidi tremori; con ottimismo si potrebbe parlare piuttosto di una attività continuativa di scosse telluriche potenzialmente prodromiche di una vera e propria attività eruttiva finalizzata alla realizzazione per via giurisprudenziale del minimo comune denominatore europeo nella giustizia penale²⁰.

In coerente applicazione delle enunciazioni contenute nelle sentenze europee da ultimo evidenziate, dovrebbe, anzitutto, essere riveduta *ab imis* la acritica giurisprudenza sulla inapplicabilità dell'obbligo della rinnovazione delle prove decisive nei giudizi di rinvio dopo annullamento delle sentenze assolutorie. E andrebbe presa in considerazione di estendere la medesima regola *pro reo* a tutte le tipologie dei controlli, anche oltre il processo di cognizione, fino a ricomprendere i procedimenti incidentali e quelli complementari (ad esempio

¹⁸ Corte cost., n. 132 del 2019. Al riguardo v. *Confronto di idee su: La post immediatezza nella nuova giurisprudenza costituzionale (a margine della sentenza n. 132 del 2019)*, in *questa Rivista*, 2019, 391 ss. conserrati interventi di FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*; MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*; NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il "giusto processo" sulla giostra dei bilanciamenti*.

¹⁹ Cass., Sez. un., 30 maggio 2019, P.G. c. Bajrami, in *questa Rivista*, 2020, 301 ss. con nota critica di LIVI, *Profili critici delle Sezioni unite Bajrami: ciò che resta dell'immediatezza*.

²⁰ L'insegnamento che la Corte europea ha espresso in *Ayetullah* - si osserva - «merita approfondimento per comprendere se il richiamo all'art. 6 CEDU possa essere utile a superare un orientamento che, nei fatti, priva di effettività le norme sulla dinamica della prova dichiarativa»: v. TRAPPELLA, *Equo processo e inutilizzabilità tra codice e CEDU*, in *questa Rivista*, 2020.

l'estradizione). Senza trascurare un ripensamento sul *decisum* delle Sezioni Unite Bajrami, quantomeno per il testimone decisivo.

Molto peserà il tenore della decisione della Corte del Lussemburgo sulla questione di interpretazione pregiudiziale prospettata dalle Sezioni unite civili...