



Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture

Jonian Department - Mediterranean Economic and Legal Systems: Society, Environment, Cultures



## ANNALI 2015 – ANNO III

(ESTRATTO)

SILVIA BELLINO

La rinnovazione della prova dichiarativa in appello: giurisprudenza della CEDU e della Cassazione a confronto



## **DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO**

Bruno Notarnicola

## **COORDINATORE DELLA COLLANA**

Francesco Mastroberti

## **COMMISSIONE PER GLI ANNALI DEL DIPARTIMENTO JONICO**

Bruno Notarnicola, Domenico Garofalo, Riccardo Pagano, Giuseppe Labanca, Francesco Mastroberti,  
Nicola Triggiani, Aurelio Arnese, Giuseppe Sanseverino, Stefano Vinci

## **COMITATO SCIENTIFICO**

Domenico Garofalo, Bruno Notarnicola, Riccardo Pagano, Antonio Felice Uricchio, Annamaria Bonomo,  
Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Daniela Caterino, Michele Indelicato, Ivan Ingravallo, Giuseppe  
Labanca, Antonio Leandro, Tommaso Losacco, Giuseppe Losappio, Pamela Martino, Francesco  
Mastroberti, Francesco Moliterni, Concetta Maria Nanna, Fabrizio Panza, Paolo Pardolesi, Ferdinando  
Parente, Giovanna Reali, Paolo Stefani, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli, Sebastiano Tafaro,  
Nicola Triggiani, Umberto Violante

## **COMITATO REDAZIONALE**

Stefano Vinci (coordinatore), Cosima Ilaria Buonocore, Maria Casola, Patrizia Montefusco, Maria  
Rosaria Piccinni, Angelica Riccardi, Giuseppe Sanseverino, Adriana Schiedi

---

### **Redazione:**

Prof. Francesco Mastroberti  
Dipartimento Jonico in Sistemi Economici e Giuridici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture  
Convento San Francesco, Via Duomo, 259 - 74123 Taranto, Italy  
E-mail: [francesco.mastroberti@uniba.it](mailto:francesco.mastroberti@uniba.it)  
Telefono: + 39 099 372382  
Fax: + 39 099 7340595  
<http://www.annalidipartimentojonico.org>



Silvia Bellino

LA RINNOVAZIONE DELLA PROVA DICHIARATIVA IN APPELLO:  
GIURISPRUDENZA DELLA CEDU E DELLA CASSAZIONE A CONFRONTO\*

<b>ABSTRACT</b>	
La CEDU ha sancito l'iniquità dei processi allorquando la corte di appello abbia completamente modificato la decisione di primo grado senza esaminare direttamente il mezzo di prova ivi assunto, pur posto alla base della propria decisione: questo è il principio delineato dalla CEDU, quale la risposta delle Corti italiane? L'Italia condivide il pensiero che non possa considerarsi equo quel processo che conduca i giudici a determinati <i>dicta</i> senza che vi sia una loro percezione diretta delle prove?	ECHR states that "the criminal proceedings are been unfair when the domestic appellate courts had not examined the evidence directly and had reached completely different decisions on the basis of the same evidence": that's the ECHR's purpose and what's the Italian courts advice? Does Italy agree with the idea that it can not be considered fair a process that leads to certain <i>dicta</i> without a direct perception of the evidence?
<b>Processo penale – immediatezza – giudizio di appello</b>	<b>Criminal proceedings – evidence – appeal</b>

SOMMARIO: 1. La rinnovazione probatoria in appello alla luce delle pronunce CEDU. - 2. L'adattamento dei principi sanciti dalla CEDU nel diritto interno. - 3. La lentezza "italiana" nell'adeguamento. - 4. Le prospettive di cambiamento.

1. Una delle questioni processualpenalistiche più dibattute inerisce il giudizio di appello e, in maniera più specifica, la controversa questione della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale innanzi il giudice di seconde cure di una prova dichiarativa, allorquando si debba riformare una pronuncia assolutoria.

A sancire il principio di diritto secondo cui il giudice deputato a decidere sulla colpevolezza di un soggetto non possa prescindere da una valutazione diretta del compendio probatorio è stata la CEDU con l'ormai celebre sentenza Dan c. Moldavia,

---

\*Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

che può essere considerata, a tutti gli effetti, una forma di «decisione pilota» che ha aperto la strada a tante altre statuizioni che detto principio hanno contribuito ad allargare, a puntualizzare, a precisare.

Se la Dan c. Moldavia ha gettato le basi, è, però, a pronunce successive del medesimo consesso che si devono interpretazioni che, stante le ripercussioni teoriche generate, avrebbero meritato più attenzione e sono state, invece, meno indagate.

Con la sentenza Dan c. Moldavia la Corte ha ritenuto integrata la violazione ex art. 6, par. 1, della Convenzione poiché il processo di appello aveva condotto ad un totale *revirement* dell'assoluzione di primo grado, in assenza però di qualsivoglia attività istruttoria e sulla base del solo compendio probatorio assunto durante il dibattimento di primo grado.

Orbene, alla luce di una simile pronuncia, due sembrano essere i principi di diritto sanciti dalla CEDU: la possibilità di un *overturning* della decisione di primo grado, con conseguente condanna, emessa in appello in riforma di una sentenza di proscioglimento o assolutoria, nonché il considerare iniquo il processo in cui un *decisum* di condanna non consegua all'esame diretto dei testimoni, considerato prova decisiva, da parte del giudice di seconde cure, avente piena cognizione di fatto e di diritto<sup>1</sup>.

Una volta sancito il principio di diritto, la CEDU lo esplica in un'altra delle sue statuizioni, la sentenza Manolachi c. Romania, laddove precisa che un giudice di appello, quando è chiamato ad esaminare una causa in fatto e in diritto e a valutare complessivamente la questione della colpevolezza o dell'innocenza, non può, per motivi di equità del processo, decidere in merito a tali questioni senza aver avuto un contatto diretto con la prova<sup>2</sup>, ma solo cartolare.

Vi è di più, nella medesima statuizione, la Corte precisa che la possibilità per l'imputato di confrontarsi con un testimone in presenza del giudice chiamato a decidere in ultima istanza sull'accusa è sinonimo di garanzia di un processo equo, in quanto le osservazioni del giudice per quanto riguarda il comportamento e l'attendibilità di un testimone possono avere delle serie ripercussioni per l'imputato.

Il diritto sancito dall'art. 6 della Convenzione si traduce, alla luce di detta pronuncia della CEDU, nel diritto dell'accusato a confrontarsi con il testimone alla presenza del giudice che, con pieni poteri di valutazioni del fatto e del diritto, deve decidere l'esito del giudizio a suo carico<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Per una più ampia lettura si veda S. RECCHIONE, *La rivalutazione in appello della testimonianza "cartolare": la posizione della Corte di Strasburgo e quella della Cassazione a confronto*, in «[www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it)», 17 giugno 2013.

<sup>2</sup> In tal senso S. ARASI, *Proscioglimento capovolto in appello e rinnovazione istruttoria*, in *Proc. pen. giust.*, 4 (2014), p. 140.

<sup>3</sup> In tal senso CEDU, Sent. 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania, in «[www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it)» con nota di S. RECCHIONE, *La prova dichiarativa cartolare al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, 07 maggio 2013.

Il *quid pluris* che la sentenza aggiunge rispetto alle precedenti attiene proprio il comportamento e l'attendibilità di un testimone operata dall'organo *iudicante* di appello poiché la Corte precisa il contenuto della valutazione che il giudice di appello potrà operare: la valutazione intrinseca sia dei contenuti, sia del comportamento del testimone nonché, conseguentemente, la valutazione della sua attendibilità che potranno essere decisive per le sorti dell'imputato, al quale non può essere negato il diritto di difesa giustappunto nella sua estrinsecarsi quale affidabile valutazione delle testimonianze «decisive» rese in primo grado.

La precisazione della CEDU è fondamentale perché la stessa pare operare un interessante distinguo tra il contenuto della dichiarazione e le modalità; sebbene il contenuto della dichiarazione, assunta durante il dibattimento di primo grado sia il medesimo, contenutisticamente parlando, ciò che differisce è il fatto che i giudici di secondo grado non hanno avuto modo e possibilità di apprezzare le “modalità”, ovvero il contegno dei dichiaranti, l'intonazione della loro voce, il comportamento processuale, tutti dati, però, essenziali per la valutazione della loro credibilità.

Con la sentenza Hanu c. Romania, infine, la CEDU, pur confermando in toto i *dicta* precedentemente sanciti, ne amplia il contenuto laddove sanziona che il giudice di appello è tenuto ad operare la riassunzione della prova testimoniale decisiva anche se la stessa non sia stata richiesta dall'imputato, dovendo, in tali casi, provvedervi *ex officio*, poiché la mancata richiesta da parte dell'accusato non può e non deve essere considerata quale disinteresse dello stesso per il proprio processo.

La CEDU prevede, pertanto, un vero e proprio dovere in capo all'organo giudicante in ordine alla rinnovazione della testimonianza decisiva ai fini dell'*overturning* in fase di appello della sentenza di proscioglimento o assolutoria<sup>4</sup>.

2. La CEDU ha ampiamente sancito con fermezza come debba considerarsi iniquo quel processo in cui il giudice di seconde cure condanni un imputato, già assolto in primo grado, ponendo alla base del proprio convincimento una rilettura su base esclusivamente cartolare del materiale probatorio precedentemente assunto, senza avere una percezione diretta dello stesso<sup>5</sup>, precisando che dovrebbe procedersi alla rinnovazione del mezzo di prova decisivo anche se non vi sia stata richiesta di parte in tal senso<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Si vedano in tal senso CEDU, Sent. 8 marzo 2007, Danila c. Romania; ID., Sent. 26 giugno 2012, Gaitanaru c. Romania, nonché ID., Sent. 4 giugno 2013, Hanu c. Romania, in «[www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it)».

<sup>5</sup> A. CIGNACCO, *Condanna in appello e giusto processo: tra indicazioni europee e incertezze italiane*, in *Dir. Pen. Proc.*, 5 (2014), pp. 539 ss.

<sup>6</sup> «Nel caso Dan c. Moldavia, viene sancita l'irrinunciabilità della riassunzione della prova orale a carico, quando il giudice d'appello intenda riformare *in peius* una sentenza di assoluzione, sulla base di un diverso apprezzamento di una prova orale ritenuta in primo grado non attendibile, imponendo l'applicazione delle regole del giusto processo anche nel giudizio di appello. Nella successiva decisione Hanu c. Romania, la Corte conferma e amplia i principi espressi, affermando che la rinnovazione in appello della prova dichiarativa è sempre dovuta quando la riforma di una sentenza

Il principio di diritto sancito dalla CEDU è destinato a sollevare, però, non pochi problemi principalmente per quanto attiene l'adeguarsi della giurisprudenza interna degli stati membri dell'UE al monito espresso nonché a quanto previsto dall'art. 6 della CEDU, in tema di equo processo e regole del contraddittorio. Il lento adeguarsi della magistratura interna, attualmente, pare vivere un momento di freddo distacco e consapevole criticismo<sup>7</sup> rispetto alle decisioni delle corti europee, con le quali, comunque, sempre permane un incessante dialogo<sup>8</sup>.

Quello che la Corte di Strasburgo chiede, anche all'Italia, è l'adeguamento celere e definitivo del giudizio di appello ai principi del giusto processo, ovvero più specificatamente al diritto alla prova e ai principi di oralità e contraddittorio, ai quali, comunque, costituzionalmente, con la prescrizione dell'art. 111 Cost., la Repubblica informa il proprio operato, ma che, spesso, restano disattesi.

Giova ribadire, infatti, che uno dei requisiti fondamentali del giusto processo è la possibilità che viene fornita all'imputato di poter affrontare la propria accusa e, dunque, interloquire coi testimoni, alla presenza dell'organo *iudicente*: tanto, però, non si verificherebbe laddove non fosse data la possibilità di reiterare l'assunzione della testimonianza innanzi al giudice di seconde cure e, pertanto, sarebbe in palese violazione dell'art. 6 della Convenzione.

La motivazione per la quale la rinnovazione dibattimentale in appello è ipotesi meramente eventuale, tassativamente legata agli stretti parametri delineati dall'art. 603 c.p.p., però, risiede nel fatto che il giudizio stesso di appello è stato plasmato dal legislatore come momento di controllo dell'operato espletato durante il dibattimento

---

assolutoria avviene sulla base di una diversa valutazione di circostanze di fatto». Sostiene A. GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio di appello*, in *Arch. Pen.* (2012), pp. 349 ss. E' solo con la sentenza Manolachi c. Romania, però, che si sancisce come si debba procedere alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello per assumere la prova orale anche quando la stessa non sia stata richiesta dalla parte, quasi a voler considerare l'assunzione alla stregua di un dovere dell'organo giudicante operante secondo i principi di un processo giusto ed equo, così come sostenuto da I. PARDO, *Nota critica sulla giurisprudenza della Corte Europea e della cassazione in tema di appello su decisione assolutoria*, in «*www.diritto.it*», 29 ottobre 2013.

<sup>7</sup> A tal proposito si legga D. 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.*, 3 (2012), p. 921. Ad avviso dell'Autrice la struttura del secondo grado «non è incastonabile nel prisma del giusto processo», a causa di una intrinseca incompatibilità col «nucleo fondativo di garanzie minime, inderogabili *in peius*, nel contesto dell'accertamento processualpenalistico». Dello stesso avviso e, più precisamente, A. SCALFATI, *La procedura penale, la retroguardia autoritaria e la compulsione riformista*, in *Dir. pen. proc.*, 8 (2009), p. 941. L'Autore evidenzia, altresì, la fisiologica compressione del regime dei gravami negli ordinamenti che valorizzano il contraddittorio per la prova nel primo giudizio.

<sup>8</sup> Così M. CAIANIELLO, *L'adeguamento italiano alle sollecitazioni europee in materia penale. Brevi cenni introduttivi*, Relazione per il convegno di studio annuale sulla evoluzione della giurisprudenza della suprema Corte di cassazione, in «*www.camerepenali.it*», 25-26 ottobre 2013.



di primo grado<sup>9</sup>, non già, piuttosto, come secondo grado di giudizio *tout court* con la più ampia cognizione di merito.<sup>10</sup>

Fare in modo che la giurisprudenza delle corti interne si allinei con quanto prescritto dalla Corte di Strasburgo significherebbe, pertanto, rivedere la costruzione della struttura stessa del giudizio di appello, ed è, probabilmente, per questo che si assiste ad una sorta di ritrosia nel recepire *sic et simpliciter* i *dicta* europei senza sottoporli alla benché minima critica o verificarne l'applicabilità.

In Europa, l'attività interpretativa della magistratura della Commissione e della Corte europea dei diritti umani ha creato un vero e proprio patrimonio giuridico comune che costituisce un preciso «diritto europeo delle libertà»<sup>11</sup>: una serie di regole minime che devono essere concretamente osservate per assicurare uno «spazio vitale di libertà» in una «società democratica»<sup>12</sup>, che è poi quello che si auspica dalla nascita e dall'attività dell'UE.

In tal senso, è di fondamentale importanza che gli Stati membri tutti si adeguino a quanto stabilito dalla CEDU ed, altresì, importante è che si impegnino a dare esecuzione ai vari *decisum* della Corte stessa, onde evitare di vanificarne l'operato, correndo il rischio di porre in essere comportamento configgenti con i principi della Convenzione stessa alla quale si è, comunque, giuridicamente vincolati.

La forza cogente dei moniti delle Corti Europee in Italia è, poi, sancita costituzionalmente dalla lettura del combinato disposto degli artt. 10 e 117 della Cost., primo comma, laddove impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli 'obblighi internazionali'<sup>13</sup>, per cui gli stessi sono destinati a far parte stabilmente della struttura giurisprudenziale interna degli Stati membri, che,

---

<sup>9</sup> G. SPANGHER, *Appunti per un ripensamento del giudizio di appello*, in *Dir. pen. proc.*, 5 (1996), pp.623 ss., secondo il quale un'interpretazione restrittiva delle ipotesi di rinnovazione dibattimentale, che sono il mezzo processuale per realizzare il *novum iudicium* in secondo grado, trova «indubbiamente una sua giustificazione profonda nella scelta (tendenzialmente) accusatoria del nuovo processo penale. Invero, in un modello di questo tipo la presenza-concettualmente non agevole- d'un giudizio di secondo grado si giustifica soltanto in una logica di controllo, rifiutando comunque quella della reiterazione dei giudizi».

<sup>10</sup> Per una più ampia disamina circa il giudizio di appello si legga D. CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Torino, Giappichelli, 2009.

<sup>11</sup> A tal proposito non può non considerarsi quanto affermato da A. MARANDOLA, *Introduzione in Speciale CEDU e ordinamento interno, Gli Speciali*, in *Dir. Pen. Proc.*, (2014), pp. 4 laddove si legge: «E' dato non confutabile che, da tempo, il giurista italiano è chiamato a confrontarsi con un nuovo scenario normativo di riferimento: fonti sovranazionali e convenzionali sono ormai entrate a far parte della trama normativa processual-penale. Pronunce della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'Uomo segnano ormai il percorso che la giurisprudenza, prima, e il legislatore, poi, sono tenuti a seguire», definizione mirabile di cosa debba essere considerato nuovo parametro normativo di riferimento e futuro scenario della procedura penale di domani.

<sup>12</sup> S. LONATI, *Il contraddittorio nella formazione della prova orale e i principi della C.E.D.U.: una proposta de iure condendo*, in «[www.dirittopenalecontemporaneo.com](http://www.dirittopenalecontemporaneo.com)», 16 luglio 2012.

<sup>13</sup> In tal senso Corte Cost., sent. 7 aprile 2011, n.113 in Relazione n.18/13 Corte Suprema di Cassazione, p. 16.

pur tuttavia, spesso, paiono mostrare un freddo atteggiamento ed una ritrosa lentezza nell'adeguamento.<sup>14</sup>

La Corte costituzionale ha, peraltro, stabilito che nel sistema delle fonti del nostro ordinamento, le disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, così come interpretate dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, hanno il rango di norme interposte, che, attraverso il meccanismo di adattamento previsto dall'art. 117 Cost., comma 1, diventano esse stesse parametro di legittimità costituzionale delle norme di diritto interno, di guisa che il giudice dello stato membro deve applicare queste ultime secondo un'interpretazione non solo costituzionalmente conforme, ma anche convenzionalmente orientata<sup>15</sup>.

Il fatto però che la giurisprudenza interna degli Stati membri non possa prescindere dalla vis interpretativa europea, non significa che la stessa a quest'ultima debba servilmente adeguarsi<sup>16</sup>, quanto piuttosto che, pur nel rispetto doveroso dovuto ai giudici di Strasburgo, gli organi *iudicenti* di ciascuno Stato membro ben possono, con adeguata motivazione, adottare una diversa e più fondata lettura delle norme convenzionali.

E' compito, infatti, degli ordinamenti interni degli Stati membri e degli organi nazionali quello di adoperarsi al fine di assicurare a ciascun individuo la tutela dei diritti previsti dalla Convenzione. Il ruolo svolto dal diritto convenzionale e dai giudici europei risulta meramente residuale, potendo questi, infatti, solo intervenire in un secondo momento al fine di controllare l'applicazione dei diritti sanciti *erga omnes* e le eventuali omissioni di ciascuno Stato.

La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in grado di appello è un istituto la cui *ratio* risiede nella garanzia di un diritto alla prova nel contesto di un processo di parti, sebbene si inserisca all'interno del secondo grado di giudizio del processo penale italiano, ancora fortemente intriso di caratteristiche care al rito inquisitorio, caratterizzato come è dall'essere considerato quale strumento di mero controllo, dalla cognizione solo parziale, dunque ridotta limitatamente al merito.

E' possibile verificare come la predisposizione di recepimento delle interpretazioni fornite dalla CEDU non è sempre stata automatica e celere. Infatti, sebbene in un primo momento, l'aspirazione a recepire la soluzione europea sia così forte da imporsi, per così dire, "costi quel che costi", così come sostenuto da

---

<sup>14</sup> Si legga F. GIUNCHEDI, *La Cassazione e la tela di Penelope. I giudici "guardiani" dell'equo processo*, in *Proc. Pen. Giust.*, 5 (2015), p. 43 ss.

<sup>15</sup> In tal senso, F. MARONE, *La CEDU da parametro di legittimità costituzionale della legge a fonte concorrente con la Costituzione?*, nota a Corte costituzionale, sent. 10 dicembre 2013, n. 313 in «[www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)».

<sup>16</sup> Il servile adeguamento della giurisprudenza interna alla vis interpretativa europea viene ampiamente analizzato pure da A. CABIALE, *Verso un appello "convenzionalmente orientato": necessità di un nuovo esame testimoniale per condannare in seconde cure*, in *Speciale CEDU e ordinamento interno, Gli Speciali*, in *Dir. Pen. Proc.*, (2014), pp. 51 ss.

condivisibile dottrina, ben presto è stato lasciato il passo a periodi di riflessioni, in cui le spinte facili all'automatismo e all'apertura incondizionata nel recepimento si sono avvicendate con chiusure di carattere reattivo e forte spirito critico<sup>17</sup>.

Quali siano state le ragioni sottese ad un simile cambiamento di rotta è assai difficile stabilirlo: abbandonare gli schemi sia processuali sia interpretativi ormai consolidati da tempo non è mai cosa facile: se però l'esortazione giunge da un organo *iudicante* superiore, si potrebbe essere portati a rivedere le proprie posizioni, tentando, ove possibile, di adeguarsi, senza, però, frustrare punti fondanti del proprio sistema<sup>18</sup>.

A tal proposito, per quel che attiene la questione della condanna a seguito di rivalutazione "cartolare" della prova in appello, non può non spendersi una parola sul dato di fatto dell'ardua conciliabilità fra la fase delle impugnazioni, fortemente improntata ad un modello processuale di tipo inquisitorio, e la riforma accusatoria intrapresa alla fine del secolo scorso.

Il giudizio di appello italiano, tendenzialmente cartolare, costituisce una contraddizione meridiana in un sistema che si intende ripensare consacrato all'oralità e all'immediatezza<sup>19</sup>. L'immediatezza stessa mal si concilia col giudizio di appello: anche nel procedimento più celere, la fase dell'appello, infatti, giunge in un momento molto lontano dal verificarsi del fatto storico, momento in cui la memoria di un teste, di per se stessa labile, che non reggerebbe anche la migliore delle cross - examination, vanificando così entrambi i principi dell'oralità e dell'immediatezza<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Per una più ampia lettura si veda, CAIANELLO, *L'adeguamento italiano*, cit., p.13, ove si legge: «Si può dire che dall'età dell'innocenza e rivoluzionaria, si sia giunti, nel momento attuale, a quella dello scetticismo e della restaurazione. (...) Si può identificare questo periodo con quello avviato con le sentenze gemelle della Corte costituzionale, e proseguito con alcune interessanti pronunce adottate dalla Corte di Cassazione. In entrambe sembra che l'aspirazione a recepire la soluzione europea sia così forte da imporsi, per così dire, "costi quel che costi". (...) Infine, l'acme del movimento - sia pur raggiunto con una certa riluttanza - appare rappresentato dalla sentenza n. 113 del 2011, con la quale la Corte costituzionale ha introdotto nel codice di procedura penale un nuovo caso di revisione per l'ipotesi in cui la condanna sia dichiarata iniqua dalla Corte e.d.u... (...) Non molto tempo dopo l'avvio della fase di accentuata apertura al diritto europeo, si incominciano a intravedere segnali di ripensamento, e di messa in discussione di alcune scelte che avevano preso piede in quel primo momento. Diverse le cause di questo movimento a ritroso. Da un lato, e forse per la maggior parte, la ragion di stato, che pare in alcuni casi giocare un ruolo di maggiore rilievo rispetto alla applicazione pura del diritto. Dall'altro, l'esigenza di dare razionalità al nuovo assetto, percepito come disordinato e poco conciliabile con alcuni punti fondanti del nostro sistema».

<sup>18</sup> M. CAIANIELLO, *L'adeguamento italiano*, cit., p. 3.

<sup>19</sup> Cfr. F.M. IACOVIELLO, in *La Cassazione Penale. Fatto, diritto, motivazione*, Milano, Giuffrè, 2013, p.499, ove si legge che «La condanna per la prima volta in appello è il vero punto di rottura di un sistema fondato sul verdetto motivato e sul doppio grado di giudizio. (...) Dei due giudici, quello epistemologicamente più affidabile è il primo. Ma conta di più il secondo. Perché viene dopo».

<sup>20</sup> M. MASSA, *Contributo alla studio dell'appello nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 228 ss., secondo cui «oralità infatti significa giudizio che nasce della valutazione (...) di elementi acquisiti attraverso un controllo diretto del giudice con le fonti della prova. Se vi è stata in precedenza un'altra acquisizione probatoria effettuata da un diverso soggetto, non potrà più esserci oralità, ma solo una parvenza di un processo orale».

Non è affatto peregrino allora pensare come ci si trovi innanzi una realtà in cui la magistratura degli stati membri è quasi barricata sulla propria posizione e poco incline al recepimento di decisioni e direttive europee, atteggiamento certamente poco condivisibile perché poco propenso a cogliere l'occasione di ripensare numerose garanzie che meriterebbero una rilevante ristrutturazione, quali per esempio il contraddittorio e l'oralità nel giudizio di appello ovvero il diritto all'interprete e alla traduzione degli atti.

3. Si sono susseguite numerose pronunce in materia e la Corte di cassazione non sempre ha mostrato la propria volontà di attenersi al monito prescritto dalla CEDU, anzi spesso ci si è imbattuti nella chiara volontà di volersene discostare, con puntualizzazioni precise ed evidenti contestazioni rispetto ai *dicta* europei.

Non va nemmeno taciuto come già la costruzione del processo penale italiano, delineato dal legislatore del 1988, come bifasico ed avente un primo grado di giudizio di natura prettamente accusatoria, caratterizzato dai principi dell'oralità, immediatezza e contraddittorio nelle parti, nonché un secondo grado, più orientato ad essere solo un mero controllo dell'operato precedentemente verificatosi, sia fortemente criticabile e possa involvere dubbi ed incertezze, allorquando ci si trovi innanzi ad un imputato assolto in primo grado, la cui posizione debba essere ribaltata completamente successivamente.

Numerosi dubbi assalgono un interprete scrupoloso, poiché appare *ictu oculi* come la posizione del soggetto imputato rispetto alla disposizione del materiale probatorio in ambedue i gradi di giudizio non sia equa: può interloquire con ampi poteri e garanzie innanzi al giudice di prime cure, circostanza che gli è preclusa in secondo grado stante la cartolarità del giudizio, all'esito del quale, però, può ben vedere mutata *in peius* la propria statuizione.

L'andamento ondivago, sempre in bilico fra accondiscendente conformazione e reticente allontanamento, come accennato nel paragrafo precedente, è giustificato, nonché facilmente riscontrabile, dalla lettura dei moniti della Corte di Cassazione, che dapprima appare fortemente orientata verso una forma di recepimento quasi automatico delle pronunce europee, anche laddove fortemente contrastanti con istituti fondamentali dell'ordinamento processualpenalistico interno, mentre, in un secondo momento pare mostrare forti segnali di *revirement*, di indietreggiamento rispetto alle forti aperture precedenti.

E' proprio a questo proposito che pare opportuno sottolineare alcune pronunce ormai celebri nelle quali la Corte di Cassazione pur di dare attuazione completa ai dettati giurisprudenziali della CEDU, accogliendone in toto i suggerimenti, giungeva addirittura ad applicare ad un caso, per via analogica, l'art. 625 bis c.p.p., ben conscia dell'immanente principio della tassatività in tema di impugnazioni e, consentendo

così, la riapertura di un procedimento il cui svolgersi dalla Corte europea era stato ritenuto iniquo<sup>21</sup>.

Per quel che attiene più specificamente l'istituto della rinnovazione in appello, che ha ampiamente occupato la CEDU negli ultimi anni, non solo con l'ormai celebre sentenza *apripista* Dan c. Moldavia, ma, anche e soprattutto, con svariate sentenze successive che ne hanno ampliato il principio di diritto<sup>22</sup>, pare essersi generalizzata, nei giudizi di appello a seguito di impugnazione della pubblica accusa contro le sentenze di assoluzione, la celebrazione del secondo grado di giudizio di merito con rinnovazione totale delle prove, precedentemente assunte innanzi il giudice di prime cure, in pienezza di contraddittorio e con il metodo della oralità, conformemente al principio di immediatezza, in considerazione del fatto che l'assunzione del materiale probatorio, oggetto della futura decisione nella dialettica delle parti ed al cospetto del giudice investito del giudizio deve essere considerato uno dei requisiti fondamentali e irrinunciabili del giusto processo<sup>23</sup>.

Non a caso, pare impossibile, visti i *dicta* della CEDU considerare, come si è sempre fatto prima della sentenza Dan c. Moldavia, la celebrazione di giudizi di secondo grado con controllo meramente cartolare quale modulo standardizzato ed immodificabile del processo europeo, soprattutto costruito con la rinnovazione probatoria quale ipotesi marginale e solo meramente eventuale e subordinata all'esistenza di tassative credenziali, previste dall'art. 603 c.p.p..

La CEDU ha compiuto una vera e propria rivoluzione copernicana in materia ed esorta gli Stati membri ad adeguarvisi, imponendo loro di dilatare, per via squisitamente interpretativa le casistiche di rinnovazione probatoria innanzi al giudice di seconde cure dagli stessi già normativizzate, facendo in modo che si compia all'unisono un importante passo in avanti verso un'evoluzione delle impugnazioni penali, e dell'appello in particolare.

A ben vedere, però, la giurisprudenza italiana pare non cogliere totalmente un simile tipo di istanza, ritenendo, così come già il legislatore aveva fatto nel 1988, probabilmente erroneamente, di poter lasciare immutate le cose, nella piena consapevolezza che si sarebbe verificato il paradosso di un processo orale e giusto nel primo grado, ma ancora sconsideratamente scritto e di chiara costruzione inquisitoria nel secondo grado. Si tratta, orbene, di una circostanza da scongiurare, perché lontana dai paradigmi che una giustizia ed un'interpretazione europea nonché garantista impongono.

---

<sup>21</sup> A tal proposito, per una più ampia disamina, Cass. Pen., sez. VI, sent. 12 novembre 2008 con nota di M. CAIANIELLO, *La riapertura del processo ex art. 625 bis c.p.p. a seguito di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Cass. Pen., (2009), p. 1457.

<sup>22</sup> Si vedano: C.e.d.u., sent. 5 marzo 2013, Manolachi-Romania, ID, sent. 9 luglio 2013, Flueras-Romania e ID., sent. 4 giugno 2013 Hanu-Romania, in «[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)».

<sup>23</sup> A. GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio di appello. L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il p.m. impugna l'assoluzione*, in Arch. Pen., 1 (2012), p. 349.

Le prime sentenze in materia della Corte di cassazione inducono a riflettere laddove, imponendo ai giudici di seconde cure l'obbligo di motivazione rafforzata nella sentenza con la quale ribaltano un'assoluzione in primo grado, prospettando sì una predisposizione positiva rispetto alle forti istanze garantiste che giungono dall'Europa, non stigmatizzano però con chiarezza innanzi a quali situazioni si debba considerare doverosa la via della rinnovazione probatoria, lasciando all'interprete la decisione<sup>24</sup>.

Laddove si debba decidere sulla condanna di un imputato, precedentemente assolto in primo grado al termine di un giudizio fortemente garantista, è impensabile che ci si limiti nella sentenza di appello ad addurre solo il proprio convincimento differenziato dall'organo *iudicente* precedente, quanto piuttosto, appare estremamente corretto 'confrontarsi con gli argomenti addotti a sostegno della prima decisione, evidenziarne l'eventuale incongruenza e fornire una lettura del materiale probatorio'<sup>25</sup> certa al di là di ogni ragionevole dubbio, così come imporrebbe la regola BARD di matrice statunitense, ormai diritto vivente generalizzato<sup>26</sup>, nel caso del ribaltamento del proscioglimento in secondo grado.

La stessa scrupolosità, però, non è richiesta per tutti quei casi in cui la sentenza da censurare in appello è di condanna. Infatti «è legittima la sentenza d'appello che, in riforma della decisione di condanna intervenuta in primo grado, assolva l'imputato sulla base della valutazione del medesimo compendio probatorio, atteso che l'assoluzione non presuppone la certezza dell'innocenza, ma la mera non certezza della colpevolezza»<sup>27</sup>. Questo comporterebbe che la Corte di cassazione debba essere tenuta a verificare che quando il giudice d'appello intenda condannare dopo un proscioglimento, dimostri l'insussistenza delle ipotesi alternative dedotte ( in primo grado) o deducibili (oltre ogni ragionevole dubbio); e quando invece intenda prosciogliere dopo una condanna, argomenti l'esistenza di un dubbio ragionevole, o di un'alternativa equiprobabile<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. I, sent. 16 dicembre 1994, n. 1381, in *Arch. Nuova proc. pen.*, (2004), p. 59; ID, Sez. I, sent. 27 giugno 1995, n. 8009, in *Arch. Nuova proc. pen.*, (1996), p. 281.

<sup>25</sup> In tal senso, R. CANTONE, *La reformatio in peius in appello di una sentenza di assoluzione: i limiti imposti dalla Cassazione*, in *Arch. nuova proc. pen.*, (2013), p. 458.

<sup>26</sup> Per una lettura sull'applicazione della regola BARD, si veda M. DANIELE, *Una prima applicazione giurisprudenziale della regola dell'al di là di ogni ragionevole dubbio*, in *Riv. Dir. Proc.*, (2007), f.1, p. 258, secondo il quale «il ragionevole dubbio si produce ogni volta in cui anche una singola prova generi un'inferenza contraria tale da spezzare uno degli anelli di cui si compone la catena induttiva che conduce alla verifica dell'ipotesi accusatoria»; A. SCARCELLA, *Regola del B.A.R.D. nel giudizio d'appello e riforma «contra reum» della sentenza assolutoria*, in *Dir. pen. proc.*, 2 (2013), pp. 214 ss.

<sup>27</sup> Cfr. Cass. Pen., sez. III, sentenza 26 ottobre 2012, n. 42007, in *Cass. Pen.*, 11 (2013), Giuffré, pp. 4057 ss. con nota di V. AIUTI, *Il ribaltamento della condanna in appello*.

<sup>28</sup> P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, Bologna, Zanichelli, 2012, p. 255 ss.; P. FERRUA, *La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, in L. FILIPPI (a cura di), *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte Costituzionale e Sezioni Unite*, Padova, Cedam, 2007, p. 150.

In sintesi, la Cassazione sostiene che «sulla base del medesimo ‘compendio probatorio’ se (...), per la riforma di una decisione assolutoria, non è sufficiente una diversa valutazione caratterizzata da pari o addirittura minore plausibilità rispetto a quella operata dal primo giudice, ma occorre che la sentenza d’appello abbia una forza persuasiva superiore, tale da far cadere ogni ragionevole dubbio, in qualche modo intrinseco alla stessa situazione di contrasto, nel caso inverso tale diversa valutazione è del tutto sufficiente giacché, se la condanna deve presupporre la certezza della colpevolezza, l’assoluzione non presuppone la certezza dell’innocenza, ma la mera non certezza della colpevolezza»<sup>29</sup>, poiché come autorevolmente sostenuto, il tema del processo non è mai la non colpevolezza, che è presunta, ma sempre la colpevolezza, che è tutta da dimostrare<sup>30</sup>.

La riflessione critica degli interpreti interni non tarda ad arrivare, allorquando si intravedono segnali di *revirement* e ci si domanda se tutto ciò che è divenuto fonte europea debba applicarsi tout court all’interno degli Stati membri, ovvero se sia opportuno e necessario operare dei distinguo e degli adattamenti specifici rispetto alle pronunce. E’ esattamente ciò che si verifica allorquando la Corte delle Leggi opera una distinzione tra due diversi ambiti: quello in cui tra la CEDU e la legge nazionale si ponga un’altra fonte di matrice UE e quello nel quale tale fonte non sia data. Stante l’interpretazione ermeneutica, nel primo di detti due casi, il diritto CEDU, in quanto anche diritto UE, dovrebbe essere direttamente applicato, con conseguente disapplicazione della legge dello Stato membro; tanto, però, non dovrebbe verificarsi nel secondo caso, ove troverebbe applicazione l’obbligo di interpretazione in conformità alle regole interne sancite dalla Costituzione Italiana<sup>31</sup>.

Recentemente, però, si assiste nuovamente ad un’apertura all’Europa laddove la Corte di cassazione, in materia, ha sancito come debba considerarsi «illegittima la sentenza emessa da un giudice di seconde cure che in riforma di quella assolutoria affermi la penale responsabilità di un imputato sulla base di un’interpretazione alternativa del medesimo materiale probatorio utilizzato nel primo grado di giudizio, occorrendo una forza persuasiva superiore, tale da far cadere ogni ragionevole dubbio: ogni volta che intenda operare un diverso apprezzamento di attendibilità di una prova orale decisiva, ritenuta in primo grado inattendibile, il giudice d’appello deve procedere alla rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale»<sup>32</sup>.

La stessa Corte di cassazione va oltre statuendo che «il giudice di appello per riformare *in peius* una sentenza assolutoria è obbligato-in base all’art. 6 CEDU, così come interpretato dalla sentenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo del 5 luglio 2011, nel caso Dan c/ Moldavia- alla rinnovazione dell’istruzione dibattimentale solo

<sup>29</sup> Cass. Pen., sez. III, sent. 26 ottobre 2012, n. 42007, cit.

<sup>30</sup> Cfr. F. CORDERO, *Procedura Penale*, Giuffrè, 2006, p. 988 ss.

<sup>31</sup> Corte Cost., sent. 7-11 marzo 2011, n. 80 in rassegna di giurisprudenza online dejure.

<sup>32</sup> Cass. Pen., sez. V, sent. 26 giugno 2013, Marchetti, in *Arch. Pen.*, 3 (2013).

quando intenda operare un diverso apprezzamento di attendibilità di una prova orale, ritenuta in primo grado non attendibile»<sup>33</sup>.

Orbene, come facilmente può desumersi, l'ambito di applicazione relativo alla rinnovazione probatoria innanzi il giudice di seconde cure attiene prevalentemente l'istituto della testimonianza, o prova orale, mentre per altri mezzi di prova può escludersi tale possibilità poiché «La riforma "*in peius*" della sentenza assolutoria di primo grado richiede, in base all'art. 6 CEDU - così come conformemente interpretato dalla Corte Edu - la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale solo quando il giudice di appello intenda operare un diverso apprezzamento di attendibilità di una prova orale, ma non quando compia una diversa valutazione di prove non dichiarative, ma documentali (sez. 2, n. 29452 del 17.5.2013, Marchi e altri, rv. 256467 nel giudicare un caso in cui il diverso apprezzamento concerneva l'uso ed il significato di espressioni criptiche e/o fuori contesto, contenute in intercettazioni telefoniche; conf. sez. 6, n. 16566 del 26.2.2013, Caboni e altro, rv. 254623).

L'art. 6 CEDU, in altri termini, non condiziona indefettibilmente il potere del giudice d'appello di ribaltare una precedente pronuncia assolutoria alla rinnovazione delle prove dichiarative assunte in primo grado»<sup>34</sup>, secondo un principio secondo cui la stessa non necessiterebbe di riproposizione poiché facilmente interpretabile dall'organo giudicante alla stregua di un «documento».

Solo una lettura non approfondita potrebbe indurre a pensare che ci si trovi innanzi ad una forte discrasia di trattamento tra mezzi di prova, perché è sì vero che la valutazione di attendibilità di un testimone è un compito molto complesso che generalmente non può essere eseguito mediante una semplice lettura delle sue parole verbalizzate, ma non può non tenersi in considerazione che pure la valutazione delle conversazioni telefoniche lo sia.

Quello che la Cassazione opera, più che una opinabile disparità di trattamento tra mezzi di prova differenti, è, invece, una ragionata valutazione che determini un distinguo tra elementi intrinseci ed estrinseci del singolo mezzo di prova: laddove si ritiene pienamente legittima la rinnovazione probatoria della testimonianza che attenga l'attendibilità intrinseca e l'analisi del flusso comunicativo (contegno del testo durante l'audizione, intonazione vocale, comportamento processuale, dati comunicativi non verbali) e si neghi l'assunzione probatoria in un secondo giudizio ove la nuova valutazione riguardi solo l'attendibilità estrinseca e la valutazione del compendio probatorio nel complesso<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Cass. Pen., sez. VI, sent. 26 febbraio 2013, n. 16566, Caboni, con nota di V. COMI, *Riforma in appello di una sentenza assolutoria e obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2 (2014), p. 191 ss.

<sup>34</sup> Cfr., Cass. Pen, Sez. III, sent. 06 marzo 2014, n. 10811, «[www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it)».

<sup>35</sup> Così S. RECCHIONE, *La rivalutazione in appello della testimonianza "cartolare"*, cit., p. 3.



4. E' possibile, quindi, affermare che nonostante gli sforzi degli interventi giurisprudenziali tutti causalmente orientati ad adeguare in chiave interpretativa il diritto interno ai *dicta* europei, per quanto apprezzabili, non ci sia stato modo di colmare adeguatamente il profondo deficit di garanzie presente nel giudizio di appello.

È destinato a riproporsi, pertanto, il problema perenne della piena maturazione del processo accusatorio «all'italiana», che di accusatorio, però, ha solo un grado di giudizio, almeno fino a quando l'appello rimarrà, tendenzialmente, solo cartolare<sup>36</sup>, con l'integrazione probatoria relegata a livello di eccezione ed ipotesi residuale e non si opererà un opportuno cambiamento generalizzato dell'istituto a livello legislativo.<sup>37</sup>

Non va taciuto, infatti, come l'intervento del legislatore potrebbe essere risolutore: bisognerebbe ridisegnare, finalmente, l'intera disciplina del dibattimento in appello, in modo tale da conferirle quelle peculiarità del rito accusatorio, che le mancano oggi e che sono necessarie per adeguarsi alle prescrizioni europee più garantiste.

Sarebbe opportuno, pertanto, che si preveda un giudizio di seconde cure in cui, in seguito alla pronuncia di annullamento di una sentenza di proscioglimento o di assoluzione, si proceda alla celebrazione di un nuovo dibattimento, con il pieno rispetto dei principi del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza, pur se questo comporta sacrifici in termini di allungamento dei tempi del processo e un inutile appesantimento della giustizia, con inevitabili ricadute in termini di efficienza del sistema processuale, accettabili laddove giustificate dalla celebrazione di un processo equo e giusto.

Così come sostenuto da autorevole dottrina, peraltro, a tale tipo di riforma si potrebbe associare un intervento legislativo volto ad allungare i termini di prescrizione o a sospendere gli stessi in pendenza del giudizio di secondo grado, al fine di scongiurare un abuso dei mezzi di impugnazione<sup>38</sup>.

Laddove mancasse totalmente l'intervento del legislatore, si dovrebbe sperare in quello costruttivo della magistratura poiché, stante l'altalenante interpretazione del giudice di legittimità, sarebbe doverosa una pronuncia del massimo consesso della suprema corte che, definitivamente, faccia luce con precisione e senza fraintendimenti, sancendo punti fermi che non lascino una materia tanto delicata in balia di interpretazioni personali e contrastanti dei singoli organi giudicanti.

---

<sup>36</sup>Per una più ampia disamina si legga D. CHINNICI, *Contraddittorio, immediatezza e parità delle parti nel giudizio di appello. Estenuazioni interne e affermazione europee*, in *Proc. pen. giust.*, 3 (2015), p. 172.

<sup>37</sup> Sulle prospettive di riforma dell'intero istituto dell'appello si legga S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della Cedu*, in «*www.penalecontemporaneo.it*», 2014, pp. 55 ss.

<sup>38</sup> A. GAITO, *op. cit.*, p.354.