

Overturning in appello - Obbligatorietà della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale e limiti del contraddittorio nella formazione della prova

Autore: Riccardo Dainelli

In: Evidenza

Giusto processo d'appello tra presunzione di innocenza e ragionevole dubbio

Nota a commento della sentenza n° 41571/17 emessa in data 20.06.2017, depositata in Cancelleria il 12.09.2017, dalla Suprema Corte di Cassazione, Sezione II Penale.

INTRODUZIONE - IL CASO SOTTOPOSTO ALLO SCRUTINIO DELLA SUPREMA CORTE - L'ARRESTO DELLA SECONDA SEZIONE PENALE DELLA CASSAZIONE: CONTRO O OLTRE LE SS.UU. DASGUPTA? I RIFLESSI E LE CONSEGUENZE PRATICHE DELLA PRONUNCIA SULLA NATURA E FUNZIONE DEL GIUDIZIO APPELLO.

La Suprema Corte di Cassazione, Seconda Sezione Penale, con la sentenza n° 41571/17, ha affrontato - di nuovo - la tematica dell'overturning, cioè del ribaltamento della pronuncia di primo grado da parte del giudice d'appello e della obbligatorietà della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in tale fase e grado del giudizio.

La novità sta nella prospettiva e nel senso in cui viene statuita l'obbligatorietà della rinnovazione.

Fino ad oggi, le SS.UU. Penali con sentenza n° 27620/16 Dasgputa avevano stabilito l'obbligatorietà della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale con l'assunzione delle prove testimoniali ritenute decisive (delle quali si censurava la valutazione nell'atto di appello) nell'ipotesi in cui la Corte d'appello intendesse "ribaltare" una pronuncia assolutoria adottata in primo grado.

Tale conclusione discende dal diritto dell'imputato ad un processo equo, e, in particolare, dal suo diritto ad interrogare o far interrogare i testimoni a carico (art. 6, comma 3, lett. d, CEDU) confrontandosi con il proprio accusatore, nel rispetto del principio del contraddittorio nella formazione della prova inteso come metodo dialettico e strumento di conoscenza indispensabile per la ricostruzione e l'accertamento della verità.

Un processo - per essere equo (art. 111 Cost.) - deve, dunque, garantire la formazione della prova nel contraddittorio tra le parti e la decisione per poter essere ritenuta "giusta" deve essere emessa da un

giudice che sia venuto in contatto diretto con la fonte di prova ritenuta decisiva ai fini dell'affermazione della responsabilità; soltanto così l'espressione e la formazione del libero convincimento del giudice - che pronuncia sentenza di condanna - risulta affidabile ed idonea a superare il "ragionevole dubbio", sovvertendo così la presunzione di innocenza dell'imputato (artt. 27, comma 2, Cost., e 6 CEDU).

Si comprende agevolmente, pertanto, come la riforma della sentenza di primo grado - di assoluzione - con la condanna in appello non si ponesse in linea (anzi fosse in contrasto) con tale impostazione, in quanto la Corte d'appello si limitava ad esaminare i verbali di prova dei testimoni assunti in primo grado, in un processo c.d. "cartolare" - nel quale la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale costituiva un'ipotesi del tutto eccezionale, limitata ai casi di incompletezza o lacunosità dell'istruttoria espletata in primo grado oppure di impossibilità di decisione allo stato degli atti per la Corte d'Appello, che rendeva assolutamente necessario procedere ai sensi dell'art. 603 c.p.p. - sostituendo il proprio convincimento (opposto) a quello del primo giudice senza assumere la prova testimoniale o venire in contatto con la fonte di prova oggetto del proprio diverso apprezzamento.

Tale conclusione, e l'esito del giudizio d'appello che ne derivava, non poteva essere equo; non poteva essere fair il trial che - lasciando immutato il compendio probatorio - permetteva al giudice d'appello di giungere ad una conclusione opposta, legittimando così la sostituzione della sua opinione a quella del primo giudice (come se la collegialità della sentenza, ed essere il giudice di appello di grado superiore rispetto al primo, garantisse perciò solo la correttezza ed affidabilità della decisione adottata, rivestendola di una maggiore autorevolezza ed ammantandola di una alone di incontestabilità) e privilegiando così la mera espressione e valutazione del libero convincimento di quest'ultimo.

L'onere di una motivazione "rafforzata" - che, nel sostituire la propria opposta valutazione, si desse carico di confutare in modo dirimente, analizzando in modo esaustivo e completo le risultanze probatorie assunte nel giudizio di primo grado, le argomentazioni e gli elementi addotti nella sentenza di assoluzione di primo grado superando il ragionevole dubbio sull'affermazione della penale responsabilità dell'imputato - non bastava.

O meglio non era sufficiente.

Una reformatio in peius poteva dirsi legittima (ed anche, verrebbe da dire, socialmente accettabile) soltanto se anche il giudice d'appello - prima di condannare l'imputato, riformando la sentenza assolutoria di primo grado - fosse venuto in contatto con le fonti di prove ritenute decisive.

Con il pieno contraddittorio tra le parti, anche in tale fase e grado, dinanzi ad un giudice d'appello "vergine" (ma è veramente corretto l'utilizzo di tale aggettivo quando, comunque, il giudice d'appello riceve gli atti del processo di primo grado e legge i verbali delle testimonianze assunte in primo grado? Può dirsi che il giudice d'appello sia veramente neutro - come il giudice del dibattimento di prime cure lo è, o dovrebbe esserlo, rispetto alle risultanze delle indagini preliminari contenute nel fascicolo del P.M. -?), la prova si forma dinanzi al giudice d'appello che, a quel punto, può esprimere il proprio

convincimento in modo oggettivo, in base a quanto appreso, udito, constatato ed accertato davanti a lui, a distanza di anni rispetto al primo giudizio ma comunque in una situazione identica allo status quo ante per le modalità e le circostanze nel quale avviene la “ripetizione” della prova testimoniale e per l’osservanza delle medesime forme e garanzie difensive.

Il giudice d’appello non giudica, dunque, più *ex actis*.

Ma, si potrebbe dire, *ex factis*.

Le SS.UU. Dasgupta arrivano a questo approdo, all’esito di un lungo percorso di recepimento della giurisprudenza europea - a partire da Dan c. Moldavia - che valorizza il diritto dell’imputato ad un processo equo e ne esclude la correttezza quando il diverso (opposto) esito del giudizio trovi fondamento non nella nuova assunzione della prova ritenuta decisiva e determinante ai fini della condanna, quanto nel mero esame e lettura delle risultanze cartacee della testimonianza, ritenuta inidonea a giustificare, di per sé, il dissimile convincimento manifestato ed espressione di un “arbitrio” piuttosto che di una decisione che aspiri e possa essere giusta.

L’obbligo di rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale in appello - quando si intenda addivenire ad una *reformatio in peius*, passando da una assoluzione in primo grado ad una condanna in appello - è stato ribadito anche nell’ipotesi di rito abbreviato non condizionato (SS.UU. Patalano), con una pronuncia che è arrivata a “destrutturare” anche il giudizio abbreviato affermando che, al di là del consenso espresso dall’imputato ad essere giudicato allo stato degli atti e della piena utilizzabilità degli atti raccolti senza il contraddittorio con la difesa, l’affermazione della penale responsabilità in appello possa - e debba - avvenire soltanto dopo l’esame in contraddittorio tra le parti del teste/dei testi ritenuti decisivi, della cui valutazione della prova testimoniale si discute.

Tale approdo sottintende - e ci aiuta a comprendere - qualcosa che nessuno fino ad ora aveva osato affermare a chiare lettere.

Che l’“equità” del processo, costituzionalizzata dall’art. 111 Cost., non è negoziabile ed abdicabile.

Che la rinuncia alla “giustizia” del processo non è contemplata, neppure per accordo tra le parti, costituendo un bene fondamentale e un valore del nostro ordinamento giuridico.

E che, anche quando l’imputato sceglie di rinunciare al contraddittorio per essere giudicato allo stato degli atti, il contraddittorio nella formazione della prova deve essere parimenti utilizzato quando si tratti di decidere della colpevolezza o dell’innocenza dell’imputato, costituendo l’unico metodo realmente affidabile per la ricostruzione e l’accertamento della verità.

Altrimenti non avrebbe (e non ha) senso parlare di giusto processo.

Il contraddittorio come bene fondamentale, dunque, non negoziabile ed abdicabile dalle parti, indispensabile per l'accertamento della penale responsabilità con il superamento del canone decisorio del "ragionevole dubbio".

Questa è la base di una giusta decisione di overturning (da assoluzione a condanna) per le SS.UU. Dasgupta.

La sentenza della Seconda Sezione Penale della Suprema Corte n. 41571/17 - in commento - va, però, contro ed oltre Dasgupta.

Vediamo perché.

Il caso analizzato dalla pronuncia è invero molto semplice, almeno in apparenza.

Il giudice di primo grado ha ritenuto di dover condannare l'imputato per il delitto di estorsione, ritenendo attendibili le testimonianze rese dalle parti civili, riscontrate anche da altre fonti di prova (come le testimonianze rese dai parenti dei coimputati concorrenti nel reato con l'imputato, separatamente giudicati, e dal Notaio che aveva rogato l'atto con cui era stata revocata la donazione modale dell'immobile precedentemente disposta e sostituita da altra donazione meno conveniente in favore dell'associazione religiosa dell'imputato, con conseguente ingiusto profitto in suo favore secondo la tesi accusatoria, con un'operazione che era stata da lui definita "anomala").

Il giudice d'appello ha ritenuto, invece, di doverlo assolverlo considerando, da una parte, non credibili le testimonianze rese dalle parti civili e comunque prive di specifici riscontri (così sminuendo la portata e la valenza degli elementi indiziari a carico) ritenendo "possibile" che le pp.oo abbiano letto quando hanno reso la propria deposizione la vicenda in modo diverso da quanto accaduto al momento dei fatti - 7 anni prima - perché altrimenti non avrebbero successivamente continuato a frequentare la sua chiesa e considerando "da non escludere" che l'imputato sia intervenuto a difesa della sua anziana parrocchiana che riteneva fosse stata oggetto di approfittamento da parte delle pp.oo e che, inoltre, non fosse consapevole dell'intento ed atteggiamento predatorio tenuto dai due coimputati nei loro confronti, assolvendolo, pertanto, per mancanza di prova dell'elemento soggettivo del reato ascrittogli.

I ricorsi proposti dal P.G. e dalle parti civili hanno contestato, da un lato, la mancanza di una motivazione "rafforzata" - risolvendosi, quella della sentenza impugnata, nella prospettazione non di un "ragionevole dubbio" ma della semplice possibilità di una diversa ed alternativa ricostruzione dei fatti di tipo probabilistico, non fondata però su dati probatori oggettivi risultanti dagli atti processuali che erano stati, invero, travisati e sminuiti dalla Corte d'Appello; dall'altro, hanno eccepito la violazione dell'art. 6 CEDU, in quanto la Corte d'Appello, avendo espresso un giudizio di inattendibilità delle prove dichiarative diverso rispetto a quanto ritenuto in primo grado, aveva l'obbligo di rinnovare l'istruzione dibattimentale e di escutere nuovamente i dichiaranti.

La Seconda Sezione della Suprema Corte, con la sentenza n° 41571/17, ha annullato con rinvio la sentenza impugnata, ritenendola carente di motivazione sotto il profilo del travisamento e della non corretta valutazione operata del compendio probatorio assunto nel giudizio di primo grado (motivo già di per sé sufficiente a condurre a tale esito).

Tuttavia, la Seconda Sezione della Cassazione - e questo è l'aspetto più interessante e degno di nota della pronuncia - ha ravvisato **anche una violazione della legalità convenzionale (art. 6 CEDU) per avere la Corte d'Appello espresso una valutazione della credibilità delle deposizioni diversa rispetto a quella del primo giudice senza prima aver proceduto alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale e alla nuova audizione dei testimoni** de quibus.

In altri termini, la Seconda Sezione ha stabilito che anche nel caso inverso di overturning - da condanna ad assoluzione - vi sia l'obbligo di rinnovare l'istruttoria dibattimentale escutendo nuovamente i testi le cui deposizioni risultino decisive ai fini dell'affermazione della penale responsabilità dell'imputato.

In questo senso, si è affermato in precedenza - e si può ribadire tranquillamente - che la Seconda Sezione è andata **sia contro che oltre** Dasgupta.

Contro, in quanto le SSUU Dasgupta affermano, sia pure in un passaggio non chiaro (e non molto ben motivato, invero: circostanza di cui la Seconda Sezione approfitta con estrema abilità, intervenendo a colmare il vuoto argomentativo della tesi opposta), che, nel caso di riforma della sentenza di condanna in assoluzione in appello, è richiesta una motivazione rafforzata **ma non vi è obbligo per la Corte d'Appello di procedere alla previa rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale con la nuova escussione dei testimoni la cui deposizione viene ritenuta decisiva**, finendo per ritenere, insomma, che il "ragionevole dubbio" generato dalla assoluzione non sarebbe superabile con lo stesso compendio probatorio a disposizione del primo giudice.

Oltre, in quanto la Seconda Sezione estende l'obbligo della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale applicandolo a tutto campo; non solo ai casi di reformatio in peius (il limite tracciato, a garanzia del ragionevole dubbio e della presunzione di innocenza dell'imputato, dalle SS.UU. Dasgupta) ma anche a quelli di reformatio in melius (da condanna ad assoluzione) in appello, con argomentazioni di ampio respiro e che vengono ricondotte al rispetto della legalità convenzionale da un lato e del giusto processo caratterizzato dal contraddittorio nella formazione della prova ex art. 111 Cost. dall'altro, che si intrecciano, profondamente, con l'obbligo di motivazione rafforzata ed i principi cardine di "oltre ogni ragionevole dubbio" e di presunzione di innocenza.

La portata innovativa della suddetta pronuncia non può essere, pertanto, sottaciuta.

Essa merita, anzi, una completa ed approfondita analisi, che possa individuare, in primo luogo, quali siano i limiti e l'estensione della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello e della formazione della prova in contraddittorio in tale grado di giudizio.

In secondo luogo, si cercherà di comprendere se un'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 603 c.p.p. - da analizzare nei suoi rapporti con il nuovo art. 603 comma 3-bis c.p.p., introdotto dalla riforma Orlando - possa cambiare (ed in che modo e fino a che punto) la natura e la stessa fisionomia del giudizio di appello ed il ruolo del giudice in tale fase e grado per il contatto diretto con la fonte di prova precedentemente precluso allo stesso.

Infine, si tenterà di capire se l'obbligatoria rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale con la nuova assunzione delle testimonianze ritenute decisive in appello (in caso di riforma della sentenza di condanna in assoluzione) consenta il superamento del "ragionevole dubbio", nel rispetto della presunzione di innocenza dell'imputato, verificando, in particolare, se l'obbligatorietà della rinnovazione dell'istruttoria in tale caso garantisca una giusta decisione per l'imputato come - o di più - della motivazione rafforzata, che costituisce un'indubbia ed innegabile garanzia a presidio della legalità ed equità del processo penale.

Dopo aver tracciato la rotta da seguire, non resta, a questo punto, che iniziare a percorrerla (sperando di non perdersi), iniziando a trattare dell'estensione e dei limiti della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale e del contraddittorio nella formazione della prova in appello.

LA RINNOVAZIONE DELL'ISTRUTTORIA DIBATTIMENTALE IN APPELLO: LIMITI ED ESTENSIONE DEL CONTRADDITTORIO NELLA FORMAZIONE DELLA PROVA QUALE METODO DIALETTICO PER L'ACCERTAMENTO DELLA VERITA'. IL NUOVO 603 COMMA 3-BIS C.P.P. - VERSO UN SECONDO GRADO DI GIUDIZIO NON PIU' CARTOLARE MA EFFETTIVO E PIENO (DI MERITO)? CONSIDERAZIONI CRITICHE.

La Corte di Cassazione, Sezione Seconda Penale, con la sentenza n° 41571/17 si pronuncia in favore dell'obbligatorietà della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in caso di overturning anche da condanna ad assoluzione.

Viene da chiedersi, dunque, visto che le SS.UU. Dasgupta avevano già previsto tale obbligatorietà in caso di overturning nel senso opposto (da assoluzione a condanna) - per le motivazioni sopra riassunte e assolutamente condivisibili, trattandosi di reformatio in peius - se la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale e, quindi, il contraddittorio della formazione della prova in appello costituisca, allora, la regola, di cui la cartolarità del giudizio di impugnazione rappresenta l'eccezione; cioè se si sia verificato un ribaltamento completo anche della natura e struttura del giudizio di appello, da cartolare che era a effettivo e pieno (di merito) quale potrebbe diventare.

La domanda è in sintesi questa: la giurisprudenza dell'Unione Europea e il rispetto della legalità convenzionale ha la forza trascinate (e trascinante, come un fiume in piena) di trasformare un giudizio come quello di appello, storicamente e tendenzialmente di natura cartolare - in cui la rinnovazione dell'istruttoria è eccezionale e limitata ai casi di incompletezza dell'istruttoria dibattimentale di primo grado o di impossibilità di decidere il processo allo stato degli atti - deputato al controllo della regolarità formale e sostanziale della decisione di primo grado (della sua equità e giustizia, intesa come aderenza

della sentenza al materiale probatorio raccolto nel primo grado di giudizio) in un secondo grado di giudizio, pieno ed effettivo, di merito presidiato dal contraddittorio nella formazione della prova e dalle stesse garanzie difensive che caratterizzano il primo grado di giudizio?

Una simile domanda (che è chiara e diretta) meriterebbe una risposta precisa e inequivocabile, che non lasci spazio a dubbi o incertezze di sorta.

Ma la realtà - ed il mondo giuridico - spesso ignora soluzioni univoche e non consente di raggiungere la certezza assoluta su niente.

Partendo da tale doverosa premessa, ciò non significa che si deve rinunciare a dare - o meglio a tentare di fornire - una risposta ad una simile (ed altre analoghe) domande, essendo precipuo compito dell'interprete e degli operatori fornirle.

Un compito al quale anche l'autore non intende sottrarsi.

Ebbene, la giurisprudenza dell'Unione - sull'art. 6 CEDU - e gli arresti della SS.UU. Dasgupta e della Seconda Sezione della Suprema Corte n° 41571/17 non sono idonei (ad avviso dell'autore) a trasformare la natura e funzione del giudizio di appello, cartolare, in un secondo grado di giudizio di merito, pieno ed effettivo, contraddistinto dalle stesse regole e garanzie del primo grado di giudizio quali il principio di oralità, di immediatezza e del contraddittorio nella formazione della prova.

Contraddittorio in appello, sì, dunque, ma non su tutto.

Allora, vediamo quali siano i limiti della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello e del contraddittorio.

Già parlare di limiti al contraddittorio ci fa comprendere che la natura cartolare e primigenia del giudizio di appello non è affatto scomparsa, ma semmai che incontra soltanto alcuni temperamenti, a presidio della "equità" del processo e della giustizia.

E allora quali sono le "concessioni" al contraddittorio in questa fase?

L'art. 603 comma 3-bis c.p.p - introdotto dalla riforma della c.d. Orlando - è emblematico, nella sua formulazione, per capire che cosa sia (e cosa debba intendersi per) rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale.

Tale norma - introdotta a forza nel corpo dell'art. 603 c.p.p. - riguarda il caso della impugnazione del P.M. avverso la sentenza di proscioglimento per motivi attinenti "la valutazione della prova dichiarativa".

La rinnovazione, in tal caso, riguarda soltanto la rinnovazione delle prove orali (con conseguente

esclusione di accertamenti peritali e consulenze tecniche) della cui valutazione si discute.

Rimangono fuori, pertanto, le prove nuove, quelle sopravvenute o scoperte successivamente, ed anche quelle negate in primo grado (per le quali esiste ancora il vaglio del giudice di appello di decisività ed assoluta necessità, al quale è subordinato il loro espletamento).

Si tratta, dunque, soltanto di prove testimoniali già espletate in primo grado.

O, meglio, di quelle prove orali che la pubblica accusa ritiene di dover valutare in modo diverso da quanto effettuato dal giudice di primo grado.

La prima cosa che lascia perplessi nella formulazione dell'art. 603 comma 3-bis c.p.p. è l'assenza di qualunque riferimento alla decisività della prova testimoniale da rinnovare (di cui il P.M. contesta la valutazione).

In pratica, non è necessario - come avviene nelle altre ipotesi, eccezionali, di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, contenute ai commi 1 e 3 dell'art. 603 c.p.p. - che la prova sia decisiva ed assolutamente necessaria per la decisione della Corte d'Appello.

E' sufficiente che sia pertinente e rilevante, perché nell'appello della parte pubblica ci si limita a contestare la valutazione data alla prova nella decisione di primo grado.

A meno di non ritenere che il concetto di decisività della prova possa essere spostato (dal lato oggettivo, di decisività rispetto all'esito del giudizio e della sua assoluta necessità, rimesso al giudizio, motivato ma discrezionale, della Corte d'Appello) a quello soggettivo, per effetto della richiesta della parte pubblica, che - nella sua impostazione e prospettazione - ritenga tale prova decisiva e che ne contesti la valutazione data nella sentenza impugnata.

Nell'ipotesi di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale prevista dall'art. 603 comma 3-bis c.p.p., ci sembra, dunque, di assistere ad una rinnovazione istruttoria minor e dequalificata negli standards di ammissione (nei filtri preventivi, direbbero i civilisti): di essere davanti, insomma, ad una ipotesi nella quale basta che si contesti la valutazione data alla prova testimoniale dalla sentenza impugnata, nella prospettiva del P.M., per ottenerne la rinnovazione da parte del giudice che è spogliato di qualsivoglia discrezionalità nel provvedere.

L'art. 603 comma 3-bis c.p.p. stabilisce, infatti, che, 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'istruttoria dibattimentale".

Il giudice d'appello, dunque, non ha alcuna discrezionalità nel provvedere quando la impugnazione provenga dal P.M. che contesti la valutazione data ad una prova dichiarativa nella sentenza di primo

grado: è obbligato a rinnovare l'istruttoria.

Non così avviene, invece, quando sia una parte (la difesa) a chiedere nell'atto di appello la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale perché il giudice non è obbligato ad accogliere la richiesta; può - e deve farlo - soltanto se ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti (art. 603 comma 1 c.p.p.).

L'art. 603 comma 3-bis c.p.p. appare, pertanto, costituzionalmente illegittimo (per disparità di trattamento ed irragionevolezza), in quanto prevede l'obbligatorietà della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in caso di appello del P.M. avverso una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione di una prova dichiarativa mentre, quando la richiesta sia formulata nell'appello della difesa che sollevi un'analogha contestazione sulla valutazione data nella sentenza impugnata ad una prova testimoniale, è previsto che il giudice abbia invece un potere discrezionale di disporre la rinnovazione potendo negarla sulla base della ritenuta possibilità di decidere allo stato degli atti.

A tale ricostruzione si potrà obiettare che la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale prevista dall'art. 603 comma 3 bis c.p.p. è un caso singolo, limitato, che si inserisce in una cornice più ampia, piena di sfaccettature che meritano di essere completamente analizzate.

In altre parole: prima di ritenere che la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale ed i limiti al contraddittorio nella formazione della prova in appello siano inderogabilmente fissati come quelli indicati nell'art. 603 comma 3 bis cpp (che ne costituirebbe la efficace rappresentazione ed un'adeguata cartina di tornasole) nella ripetizione delle sole prove testimoniali ritenute decisive già espletate in primo grado occorre andare più a fondo nell'esame della legalità convenzionale e della giurisprudenza comunitaria ed interna che recepisce l'interpretazione estensiva dell'art. 6 CEDU nell'ottica della costituzionalizzazione dei principi del giusto processo, dell'oralità, dell'immediatezza e del contraddittorio nella formazione della prova di cui all'art. 111 Cost.

E' giusto.

Va bene.

Mai fare di tutta l'erba un fascio.

L'art. 6 CEDU riguarda il diritto di interrogare o far interrogare i testimoni a carico e di ottenere la convocazione dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni di quelli a carico.

Ed anche la sentenza Dan c. Moldavia (la capostipite, ma in realtà una tra le tante adottate in materia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo) analizza il caso della valutazione della **prova testimoniale** da parte del giudice, precisando che, quando si tratta di discutere della colpevolezza o dell'innocenza dell'imputato, il giudice non può limitarsi a leggere il verbale di deposizione di un testimone ma deve entrare in contatto diretto con la prova nelle stesse condizioni e con l'osservanza delle medesime garanzie

dibattimentali che hanno contraddistinto l'assunzione della prova in contraddittorio nel primo grado di giudizio, per potersi ritenere che abbia legittimamente sostituito il proprio convincimento a quello (opposto) del giudice di primo grado.

La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello riguarda, dunque, le prove testimoniali già espletate (con esclusione degli accertamenti tecnici, peritali, delle prove nuove o sopravvenute o di quelle negate in primo grado).

Ma, ancora, una volta non si tratta di tutte le prove testimoniali.

Soltanto **di quelle ritenute decisive**.

Ecco allora che, se pure è necessaria la richiesta di una parte (che censuri la valutazione data a quella prova testimoniale nella sentenza impugnata) nell'atto di appello e la prospettazione della decisività di detta prova ai fini dell'affermazione di penale responsabilità, la decisione - se rinnovare l'istruttoria dibattimentale assumendola - spetta sempre al giudice d'appello in modo del tutto discrezionale.

Almeno per quanto riguarda la parte privata (per il P.M. siamo di fronte ad un'ipotesi obbligatoria, di dubbia legittimità costituzionale, di rinnovazione nei casi di contestazione della valutazione della prova dichiarativa data nella sentenza di primo grado, con l'unico limite - per la parte pubblica - della maggiore specificità che dovrà possedere la sua impugnazione per essere ritenuta ammissibile visto che viene contestata una prova testimoniale).

In altre parole, è il giudice d'appello - a prescindere dall'esito del giudizio di primo grado - a stabilire se la prova di cui si sollecita il nuovo espletamento (per il tramite dell'atto di appello per motivi inerenti alla sua valutazione) è decisiva o meno.

E se può essere semplice stabilirlo nel caso della deposizione della persona offesa (le SS.UU. Dasgputa e la sentenza della Seconda Sezione della Suprema Corte n° 41571/17 riguardano, appunto, la testimonianza della persona offesa costituitasi parte civile), il concetto di prova decisiva - ai fini dell'affermazione della penale responsabilità - non è semplice ed immediato da attribuire nel caso la contestazione riguardi la valutazione di altre diverse prove dichiarative.

Rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale e contraddittorio nella formazione della prova in appello sì, si potrebbe concludere, ma con giudizio.

Solo delle prove testimoniali e di quelle ritenute decisive per l'affermazione della penale responsabilità.

Contraddittorio limitato alle prove testimoniali ritenute decisive dal giudice d'appello, qualora questi ritenga di dover attribuire ad esse una diversa valutazione rispetto a quella data dal primo giudice.

Un contraddittorio circoscritto, dunque, alle ipotesi di mancata conformazione tra pronunce di primo e secondo grado (dall'analisi della sentenza SS.UU. Dasgputa e della Seconda Sezione della Suprema Corte in commento non sembra, infatti, che si possa ricavare un obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nell'ipotesi in cui il giudice d'appello intenda dare della prova assunta in dibattimento la stessa valutazione del primo giudice, conformandosi alle sue statuizioni, di assoluzione o condanna, emettendo una sentenza che si integra e si salda così a quella emessa nel grado precedente) e alle prove ritenute decisive ai fini dell'accertamento della responsabilità penale senza che la prospettazione della difesa e delle altre parti private - di individuazione ed estensione della rinnovazione istruttoria in appello e di decisività della prova/prove testimoniale/testimoniali da assumere nuovamente - sia vincolante per il giudice d'appello ma solo discrezionale.

Il contatto del giudice di appello con la fonte di prova appare, pertanto, minimo in tale prospettiva, al punto da non far temere che il giudizio di appello si possa trasformare in un secondo grado di merito, pieno ed effettivo, ma che rimanga, nella realtà, un giudizio cartolare con alcuni temperamenti (alcuni pizzichi, si direbbe, se si trattasse di una ricetta di cucina) di contraddittorio da aggiungere quanto basta in caso di ribaltamento dell'esito del giudizio.

E' innegabile, però, che l'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 603 c.p.p. - pur con i limiti sopra individuati ed indicati - possa porre il giudice d'appello in diretto contatto con la fonte di prova e che non lo renda più un giudice "deprivato" come prima.

Pertanto, occorre analizzare possibili conseguenze - e patologie - derivanti dal possibile diretto contatto (una contaminazione? Nella prospettiva della cartolarità del giudizio di appello e nella visione di alcuni sicuramente sì) del giudice di appello con la fonte di prova.

L'INTERPRETAZIONE CONVENZIONALMENTE ORIENTATA DELL'ART. 603 C.P.P. - OBBLIGATORIETA' DEL CONTATTO DEL GIUDICE DI APPELLO CON LA FONTE DI PROVA VS. GIUDICE "DEPRIVATO" - VERSO LA SCOMPARSA DELLA TERZIETA' ED IMPARZIALITA' DEL GIUDICE? NUOVO RUOLO E PROSPETTIVE PER IL GIUDICE DI APPELLO?

L'obbligatorietà della rinnovazione della istruttoria dibattimentale in appello - nell'ipotesi di overturning - implica un diverso rapporto del giudice con la fonte di prova, ritenuta decisiva ai fini dell'affermazione della penale responsabilità.

Il rapporto non è più mediato ed indiretto (dalla lettura dei verbali di deposizione e delle fonoregistrazioni delle dichiarazioni rese dai testimoni), ma diretto.

Il giudice d'appello non è più "deprivato", intendendosi con tale aggettivo fare riferimento alla limitazione che gli deriva dalla impossibilità di valutare l'attendibilità della testimonianza dal vivo e nel momento stesso in cui si forma nel rispetto dei principi di oralità ed immediatezza (come avviene in primo grado), e costretto ad "accontentarsi" della lettura del verbale di una deposizione testimoniale resa anni prima.

Il giudice d'appello, ora, può assumere - sentire nuovamente - la testimonianza/testimonianze ritenute decisive per l'affermazione della penale responsabilità dell'imputato secondo e nell'ambito della prospettazione delle parti (che sia da lui condivisa), qualora intenda ribaltare l'esito del giudizio.

Il dato nuovo è sicuramente costituito dal contatto (prima precluso) tra la fonte di prova ed il giudice di appello, che avviene con l'osservanza delle medesime garanzie e nel rispetto del contraddittorio dinanzi a lui.

Tale contatto cambia, in parte, lo svolgimento e la dinamica del giudizio di appello, nel quale si avrà un aumento delle ipotesi (prima invero assai circoscritte) di rinnovazione istruttoria.

Tuttavia, esso non muta - ad avviso dell'autore - in modo significativo il ruolo e neppure le prospettive del giudice di appello.

Il giudice di appello, infatti, ha, comunque, una visione "cartolare" del processo, che influenza necessariamente la sua valutazione e le sue decisioni istruttorie, in quanto - quando è chiamato a decidere sulla necessità ed i limiti della rinnovazione istruttoria in tale fase - il proprio punto di vista è stato già (inconsapevolmente ed in modo inconscio) condizionato dalla lettura degli atti e dei verbali di prova del processo di primo grado e su tali basi - nell'ambito delle prospettazioni delle parti - esercita necessariamente i propri poteri officiosi istruttori.

La decisività delle prove da riassumere è, dunque, da lui stabilita sulla base delle argomentazioni delle parti e della lettura degli atti processuali (al pari della estensione e dei limiti della rinnovazione istruttoria).

Non si deve, pertanto, ritenere che il contatto diretto con la fonte di prova ritenuta decisiva possa mutare la prospettiva di insieme del giudice di appello, facendogli perdere terzietà ed imparzialità quasi contaminandolo.

Ciò per diversi motivi.

Il primo è che la prospettiva del giudice di appello non è la stessa del giudice di primo grado (impermeabile alle risultanze delle indagini preliminari contenute nel fascicolo del P.M. e che nulla conosce - o dovrebbe conoscere - delle vicende processuali prima di assumere le prove in dibattimento che si formano davanti a lui in contraddittorio), non potendo essere ritenuto "neutro" rispetto alla vicenda processuale sottoposta alla sua cognizione visto che a lui sono pervenuti gli atti ed i verbali di prova del processo di primo grado e che vi ha dato lettura; l'imparzialità e terzietà si potrebbe obiettare - in modo quasi provocatorio - l'ha già persa con il contatto delle "carte" processuali e non si vede come il contatto diretto con la fonte di prova potrebbe "corromperlo" di più.

Il secondo è che la nuova assunzione della prova avviene sì nell'osservanza delle stesse regole e garanzie

difensive che hanno caratterizzato il giudizio di primo grado (oralità, immediatezza e contraddittorio), ma a distanza di molto tempo dalla precedente testimonianza e ad una distanza di tempo ancora maggiore dalla commissione dei fatti di cui al capo di imputazione; in tal caso, l'impatto psicologico derivante dal contatto del giudice con il testimone è stemperato dal decorso del tempo dalla precedente deposizione ed è inevitabilmente mediato dalla lettura del verbale della precedente deposizione (per cui più che di formazione di una nuova prova in appello si potrà parlare di una precisazione della prova, con il chiarimento di dubbi delle parti o del giudice sulla affidabilità ed attendibilità di alcune dichiarazioni o di parte di esse).

Il terzo - un misto dei primi due, in realtà - è che la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello costituisce una *fictio iuris*, in quanto la ripetizione di una prova (specialmente se si tratta di prova testimoniale), anche se avviene nel rispetto delle stesse regole, non darà mai luogo ad un risultato identico e in tutto e per tutto sovrapponibile al precedente in considerazione del decorso del termine, dell'affievolirsi dei ricordi, etc...; insomma, anche se il giudice di appello aveva a disposizione il solo verbale per esercitare prima il suo libero convincimento ed adesso può - e deve - sentire nuovamente la persona, la sua decisione continua ad essere basata sugli atti e sui verbali piuttosto che sulle impressioni avute dal contatto con il teste e a quanto udito e constatato in sede di nuova assunzione della prova, nella quale difficilmente peraltro il testimone arriverebbe a rendere dichiarazioni dissimili dalle precedenti anche per la possibilità per le parti di procedere a contestazioni.

Il rischio allora - più che la contaminazione del giudice di appello derivante dal suo contatto con la fonte di prova - è un altro: non riuscire a superare il ragionevole dubbio e a vincere la presunzione di innocenza.

In altre parole.

La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale e il contraddittorio nella formazione della prova in appello - con i limiti fisiologici e contenutistici che abbiamo sopra indicato e tentato di analizzare - è uno strumento adeguato per conseguire una giusta decisione?

Consente il superamento del ragionevole dubbio?

Questa è la domanda a cui si cercherà infra di rispondere, partendo dalla impostazione della sentenza in commento che - ad avviso dell'autore - risolve in modo un po' troppo sbrigativo (e semplicistico) il problema, con una motivazione che non appare, invero, immune da critiche.

I LIMITI DELLA RINNOVAZIONE DELL'ISTRUTTORIA DIBATTIMENTALE E DEL CONTRADDITTORIO NELLA FORMAZIONE DELLA PROVA IN APPELLO. IL PROBLEMA DEL SUPERAMENTO DEL RAGIONEVOLE DUBBIO, NEL RISPETTO DELLA PRESUNZIONE DI INNOCENZA. NON BASTAVA LA MOTIVAZIONE C.D. RAFFORZATA?

La Seconda Sezione della Suprema Corte con la sentenza n° 41571/17 affronta il problema dell'overturning in appello, da assoluzione a condanna, arrivando a ritenere obbligatoria la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello delle prove ritenute decisive anche qualora il giudice di appello intenda dare alle stesse una diversa valutazione rispetto a quella del giudice di primo grado (assolvendo l'imputato).

La Seconda Sezione arriva a tale conclusione, l'estensione dell'obbligatorietà della previa rinnovazione istruttoria in appello, dall'esame della legalità convenzionale e della giurisprudenza della CEDU, che ritengono legittima la sostituzione del convincimento di un giudice a quello di un altro non sulla base della mera lettura degli atti e dei verbali di prova **ma esclusivamente con il contatto diretto con la fonte di prova ritenuta decisiva e di cui si intende dare una diversa valutazione.**

Pertanto, se non si può condannare ex actis - argomenta la Corte (in modo giusto, perché viene in rilievo il ragionevole dubbio e la presunzione di innocenza) - allo stesso modo non si può assolvere ex actis, a maggior ragione quando si tratta della deposizione resa dalla persona offesa che si sia costituita parte civile e alla quale sono attribuiti sempre maggiori poteri di intervento e di audizione e di partecipazione nel processo penale.

La soluzione fornita convince fino ad un certo punto.

Essa appare - come detto sopra - un po' troppo semplicistica, in quanto equipara due esiti decisori (assoluzione e condanna) che hanno diversi esiti e presupposti.

La condanna presuppone, infatti, la certezza della colpevolezza.

In tale ottica, è, pertanto, giusto (e perfettamente condivisibile), che, per essere certi al di là di ogni ragionevole dubbio della penale responsabilità dell'imputato e per poter dunque condannare, si debba assumere nuovamente prima in appello le prove ritenute decisive ed adottare una motivazione rafforzata (se si intende "ribaltare" l'esito del giudizio di primo grado e condannare l'imputato) che possa dirimere in modo granitico ed inequivocabile il dubbio ragionevole che ha portato all'assoluzione nel primo grado di giudizio.

L'assoluzione, però, non richiede la certezza dell'innocenza, ma soltanto la mera non certezza della colpevolezza.

E allora se le cose stanno così (e non potrebbero stare diversamente) non si comprende perché si debba obbligatoriamente rinnovare l'istruttoria dibattimentale anche nell'ipotesi opposta, in cui la Corte d'Appello intenda, invece, assolvere l'imputato in riforma della sentenza di condanna di primo grado.

Infatti, è del tutto evidente che se la Corte distrettuale arriva a ribaltare l'esito del giudizio sulla base di un ragionevole dubbio - che non costituisce e non può rappresentare (in questo si concorda con la

sentenza in commento) un dubbio psicologico del giudice ma un'ipotesi alternativa a quella d'accusa altrettanto convincente e ragionevole idonea a porre seriamente in dubbio la responsabilità dell'imputato fondata su una diversa valutazione e lettura del compendio probatorio acquisito dal primo giudice - non vi è certezza dell'innocenza e che, quindi, si debba assolvere l'imputato.

Tale ragionevole dubbio costituisce la base legale per l'assoluzione dell'imputato, che - come noto - richiede la semplice non certezza della sua innocenza.

La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello non solo, dunque, non può essere ritenuta obbligatoria, in quanto si tradurrebbe nell'esame di quegli stessi testimoni - dopo molti anni dai fatti - la cui deposizione (anche se mediata dalla lettura di un verbale di prova) ha fatto sorgere nella Corte d'Appello un ragionevole dubbio sulla colpevolezza dell'imputato che difficilmente potrebbe essere eliminato e che, comunque, non sarebbe risolto in modo dirimente ed inequivocabile dall'esame orale, in contraddittorio tra le parti, della stessa o delle stesse persone.

Non solo.

La rinnovazione della prova testimoniale potrebbe anche essere **pericolosa** in quanto portatrice di dubbi "ulteriori" rappresentati dai limiti fisiologici dell'assunzione in contraddittorio della prova in appello dopo molti anni che potrebbero complicare ulteriormente l'espressione e la manifestazione del libero convincimento del giudice di appello.

Questo in entrambi i sensi.

Con la differenza che se ci sono altri dubbi ragionevoli - derivanti dalla rinnovazione istruttoria espletata - non si può condannare l'imputato; ma che, anche se dall'atto istruttorio espletato in appello non emerge la certezza della colpevolezza, lo si comunque deve assolvere.

Questo sarebbe l'esito obbligatorio - assoluzione - anche nel caso in cui non venga espletata attività istruttoria, in presenza di un dubbio ragionevole risultante da una valutazione del compendio probatorio agli atti.

In altre parole, se, a geometria probatoria invariata (dall'esame degli atti), si ritiene di dover assolvere l'imputato vuol dire che esiste un dubbio ragionevole, implicito nella sentenza assolutoria, che non può essere superato e che impone la pronuncia di una sentenza assolutoria.

Ed allora, che senso ha fare - ed imporre obbligatoriamente come adempimento necessario ed indefettibile - una rinnovazione istruttoria di una prova decisiva in appello anche in caso di assoluzione (dopo molti anni dalla precedente deposizione, già ritenuta dubbia al mero esame cartolare del verbale di prova, e ad una ancor più notevole distanza di tempo dalla commissione dei fatti di imputazione) con il rischio - ma si potrebbe dire la certezza - di generare ulteriori dubbi, incertezze, lacune, imprecisioni e

fisiologiche dimenticanze derivanti dal decorso del tempo, dalla perdita della memoria, etc...?

Non ha senso.

Sicuramente non ne ha in quanto il dubbio implicito sulla colpevolezza dell'imputato - risultante dall'esame dei verbali di prova dinanzi al primo giudice - nutrito dal giudice d'appello resterebbe inalterato e tanto basta (essendo sufficiente per l'assoluzione la mera non certezza della colpevolezza) per rendere inutile un nuovo supplemento istruttorio in appello.

In altre parole, il "ragionevole dubbio" resterebbe e si farebbe molta fatica a giustificare le ragioni della riassunzione in appello della prova come decisiva per la condanna dell'imputato, vincendo anche la presunzione di innocenza (se la sua esecuzione si è tradotta in un dubbio sulla colpevolezza come può il suo nuovo espletamento farla diventare, ora, certa?).

Per le stesse ragioni, si comprende come la rinnovazione istruttoria in appello sia non solo inutile, ma anche pericolosa per lo stesso imputato, in quanto - a causa del decorso del tempo dai fatti di reato, della perdita dei ricordi del testimone nonché degli inconvenienti fisiologici derivanti dal ricorso al contraddittorio nella formazione della prova dopo un precedente esame a distanza di molto tempo dalla prima testimonianza e dai fatti di reato ed anche dei condizionamenti involontari esercitati dalla lettura ed utilizzazione del precedente verbale di prova o dall'esperienza della deposizione già resa - potrebbe verificarsi una falsificazione (anche con e nella massima buona) o alterazione del contenuto dei ricordi del testimone ritenuto decisivo e la generazione di false certezze che verrebbero utilizzate in danno dell'imputato, per l'affermazione della penale responsabilità.

In tale ottica, una motivazione "rafforzata" - che dia adeguatamente conto, in modo dirimente ed inequivocabile, dell'esistenza di un dubbio ragionevole sulla colpevolezza anche se fondato sulla lettura e sull'esame cartolare del materiale probatorio raccolto in primo grado confutando in modo analitico e completo le ragioni addotte dal primo giudice a sostegno dell'affermazione della penale responsabilità dell'imputato - costituisce, ancora, la migliore garanzia per l'imputato, in quanto la discrezionalità insita nell'espressione e manifestazione del libero convincimento del giudice (e la buona dose di arbitrio che contraddistingue ogni opinamento e decisione) è sterilizzata ed anestetizzata dalla presenza di una valida e completa motivazione dotata di un più ampio respiro e che prende in esame tutti gli elementi di prova rilevanti ai fini dell'accertamento della penale responsabilità dell'imputato.

In conclusione, la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello - in caso di ribaltamento della pronuncia di primo grado, da condanna ad assoluzione - rappresenta un approdo sicuramente non necessario e non è imposto dalla legalità convenzionale, che rischia di risolversi a detrimento dei diritti e delle garanzie dell'imputato (senza, peraltro, riuscire a superare il ragionevole dubbio e a vincere la presunzione di innocenza per il decorso del tempo dalla commissione dei fatti e dalla rinnovazione della prova testimoniale in appello, che - anziché contenere - acuisce le lacune ed inesattezze fisiologiche del contraddittorio nella formazione della prova aumentando il rischio di falsificazione dei dati acquisiti ed

assunti e delle conoscenze così ottenute, rendendo evidente che il contraddittorio nella formazione della prova non può essere di per sé la “panacea” di tutti i mali).

<https://www.diritto.it/overturning-appello-obbligatorieta-della-rinnovazione-dellistruttoria-dibattimentale-limiti-del-contraddittorio-nella-formazione-della-prova/>