

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Rinnovazione della prova in appello

Giudizio di appello - Elementi di prova - Anomalie nel procedimento acquisitivo - Rinnovazione dell'istruttoria - Necessità - Sussistenza (CEDU, art. 6; Cost., art. 111; c.p.p., art. 603).

Il principio secondo il quale può addivenirsi a declaratoria di responsabilità soltanto ove l'imputato risulti colpevole al di là di ogni ragionevole dubbio implica, come requisito basilare, che alle modalità di raccolta e di assunzione della prova, da parte degli inquirenti, siano del tutto estranei dati obiettivi dai quali possa inferirsi la concreta possibilità dell'esistenza di anomalie o di irregolarità del procedimento acquisitivo degli elementi probatori sui quali dovrà fondarsi la decisione del giudice, esperito dagli organi procedenti, o, comunque, di circostanze che possano, in qualche modo, inficiare l'affidabilità del risultato di prova. La regola di giudizio dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio" postula pertanto che il materiale probatorio a fondamento della decisione sia del tutto esente da ombre inerenti a possibili inquinamenti. I risultati dell'indagine giudiziale possono infatti considerarsi affidabili solo nella misura in cui siano state osservate le regole preposte ai modi di produzione della verità procedimentale.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SESTA, 21 maggio 2015 (ud. 5 marzo 2015), CONTI, *Presidente* - DI SALVO, *Relatore* - SELVAGGI, *P.G.* (diff.) - Casamonica e altri, ricorrenti.

Il commento

Rinnovazione della prova in appello e violazione delle regole procedimentali

1. Con la decisione in commento la Corte di cassazione introduce nel dibattito sull'ampiezza del diritto alla rinnovazione della prova in appello alcuni aspetti di sicuro interesse nell'"ingessato" panorama giurisprudenziale e forieri di possibili, future, interessanti applicazioni. Come è ben noto il diritto della parte ad ottenere la rinnovazione della prova orale in appello e per converso l'obbligo del giudice di procedervi d'ufficio è limitato in sostanza, secondo il tradizionale orientamento giurisprudenziale dei giudici di secondo grado e della Corte di legittimità, ai soli casi di prova sopravvenuta alla decisione impugnata e di prova assolutamente necessaria ai fini della decisione. Con la conseguenza che tale secondo postulato implica che il diritto e l'opposto ob-

bligato di procedere alla rinnovazione si ravvisano nei soli casi in cui l'acquisizione della prova appare idonea a determinare il ribaltamento della sentenza impugnata¹.

La dottrina più attenta al tema della costituzionalità del giudizio di appello alla luce del rinnovato art. 111 della Carta fondamentale, ha già denunciato la ristrettezza del parametro, lamentando che solo attraverso l'attribuzione al giudizio di secondo grado delle medesime finalità cognitive del primo, e garantendo anche nel secondo grado il rapporto diretto tra giudice e prova si salva il paradigma che consacra come "giusta" la decisione conclusiva. Non può esservi giudizio conforme ai canoni costituzionali senza l'osservanza anche in questa fase dei principi dell'oralità e dell'immediatezza, così che, anche l'appello del nostro sistema, si configuri come un *novum iudicium*, modulato secondo i canoni dell'equo processo². Si è così affermato che consentire la celebrazione di un nuovo processo sulla base di un metodo diverso da quello accreditato in Costituzione passando per la mera lettura, risolvendosi in una critica sterile dei saperi costruiti nel giudizio di prima istanza non si può più giustificare nell'attuale sistema processuale³; e se certo possono esservi errori che meritano di essere eliminati su richiesta delle parti nella fase di impugnazione, non si può consentire la celebrazione di un nuovo giudizio di merito sulla base di un processo cognitivo privo del rapporto diretto con la prova orale⁴.

Certamente la suddetta interpretazione ha trovato un suo più che autorevole conforto in multiple e recenti affermazioni della Corte e.d.u. secondo cui il giudice di appello che intenda ribaltare la decisione assolutoria di primo grado non può procedervi senza avere rinnovato la prova orale decisiva, altrimenti venendosi proprio a violare il canone fondamentale dell'immediatezza tra giudice e prova che è postulato dalla convenzione europea⁵.

La dottrina più attenta ai temi del secondo grado di giudizio, commentando

¹ «Il giudice di appello, ove sia richiesta la riassunzione di una prova già acquisita o l'assunzione di una prova nuova, perché nota alle parti nel giudizio di primo grado ma non acquisita, dà luogo alla rinnovazione solo se ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti ed in tale giudizio deve apprezzare la necessità dell'integrazione anche in relazione alle prospettive di riforma della sentenza impugnata ed alla idoneità della stessa a giustificare un ragionevole dubbio sulla colpevolezza» Cass., Sez. III, 9 novembre 2006, Casale e altro, in *Mass. Uff.*, n. 235809.

² CHINNICI, voce *Appello (evoluzione)*, in *Dig. Pen.*, VII Agg., Torino, 2014, alla quale si rinvia anche per la completa rassegna bibliografica.

³ CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Torino, 2009, 74.

⁴ CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza*, cit. 75.

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

favorevolmente questa evoluzione giurisprudenziale europea, a fronte degli arresti della Corte costituzionale che avevano duramente cassato la legge Pecorella, ha affermato che la celebrazione di giudizi di secondo grado con controllo esclusivamente o prevalentemente cartolare (con la rinnovazione istruttoria ancora relegata ad ipotesi marginali discrezionalmente rimesse agli umori della Corte d'appello), al di fuori e senza tener conto dei parametri del giusto processo europeo, non può più essere intesa quale modulo standardizzato immodificabile⁶.

Di contro, si impone almeno il meccanismo della rinnovazione integrale di tutti gli apporti dichiarativi a carico già acquisiti in primo grado, su istanza del p.m. impugnante o del procuratore generale ovvero dell'imputato che ne abbia interesse, dovendo altrimenti essere applicata la nuova regola di giudizio *ad excludendum* in forza della quale il giudice di appello non può riformare la sentenza di assoluzione pronunciata in primo grado, senza avere previamente disposto la rinnovazione in contraddittorio della prova orale disponibile⁷.

Si è così introdotto un assioma che impone al giudice di secondo grado l'assunzione della prova orale quantomeno nei casi in cui si intenda ribaltare la decisione assolutoria impugnata dalla pubblica accusa, non potendosi addivvenire ad una decisione di condanna senza avere personalmente proceduto all'assunzione di quella prova fondamentale e, quindi, alla diretta valutazione di attendibilità, credibilità e coerenza della dichiarazione sulla quale è fondata l'accusa.

Senza volere tornare su un tema ampiamente scandagliato⁸ e che ha anche trovato adeguamenti ed ampliamenti interpretativi da parte del giudice di legittimità⁹, occorre invece interrogarsi sul contenuto del principio di diritto

⁶ A. GAITO, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, in *questa Rivista*, 2012, 456.

⁷ A. GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello. L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il p.m. impugna l'assoluzione*, in *questa Rivista*, 2012, 349 ss.

⁸ Vedi anche Cass., Sez. III, 9 luglio 2013, Polimeno, in *Mass. Uff.*, n. 256856, con nota di SCACCIANOCE, *Una ventata di legalità probatoria nel giudizio di seconda istanza*, in *questa Rivista* online, secondo cui «la Corte di cassazione pare essersi spinta oltre, invocando, a fronte dell'inerzia delle parti, l'obbligo di attivazione *ex officio* dei poteri istruttori. Il giudice, quindi, anche in assenza di una richiesta esplicita proveniente dalle parti, è tenuto a disporre la ripetizione della prova orale, se intende valutarla *contra reum*. Tale passaggio della decisione in esame assume particolare rilievo in quanto pare rafforzare il principio probatorio enunciato. Se le parti restano inerti, vuoi perché non legittimate a presentare appello avverso la decisione loro favorevole, come nel caso di specie, vuoi perché semplicemente non hanno chiesto la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, sarà il giudice a sopperire alle lacune probatorie attraverso l'attivazione dei poteri istruttori a lui riconosciuti affinché possa decidere».

⁹ Si veda per tutti SCACCIANOCE, *Ancora in tema di rinnovazione della prova orale in appello*, in *questa Rivista* online.

sancito ora dalla sentenza in commento che certamente si iscrive al gruppo degli orientamenti critici rispetto all'interpretazione tradizionale sulla rinnovazione della prova in secondo grado e sui possibili sviluppi applicativi dello stesso, sempre in coerenza con la lettura costituzionale del giusto processo in fase di appello.

La pronuncia Casamonica ha infatti incidentalmente introdotto importanti affermazioni secondo le quali «ove si profilino circostanze obiettive dalle quali possa inferirsi la violazione delle regole preposte ai modi di produzione della verità procedimentale è primario dovere del giudice approfondire tali circostanze, onde addivenire alla formazione di una base cognitiva della decisione esente da qualsiasi ombra. Non occorre dunque, perché vengano espletati tali approfondimenti, che vi sia la “certezza dell'esistenza di prove illegali”, come era stato erroneamente ritenuto dalla Corte d'appello nella sentenza oggetto di ricorso per cassazione. Ribadisce infatti la suprema Corte che opinare in tal senso significa capovolgere il fisiologico articolarsi delle dinamiche probatorie dell'accertamento giudiziale, comportando l'inaccettabile conclusione secondo la quale il giudice debba attivare gli strumenti a sua disposizione soltanto quando sia “certo” dell'esistenza di una prova illegale. Al contrario, nell'ottica del principio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio, il giudice, in presenza di circostanze obiettive e significative, che denotino concretamente la possibile sussistenza di condotte di alterazione della fisiologia degli atti d'indagine, deve attivarsi per dissipare ogni opacità».

Ora, sebbene il caso concreto preso in esame nel predetto giudizio sia certamente particolarmente grave e certamente anomalo, poiché il pubblico ministero che aveva proceduto all'acquisizione delle prove orali in fase di indagine, era stato in seguito tratto in arresto perché gravemente indiziato di concussione in danno proprio di quei soggetti sentiti come persone informate sui fatti, occorre comunque chiedersi se il principio, stabilito in termini niente affatto ristretti ai casi di prove palesemente illegali e/o frutto addirittura di condotte integranti ipotesi di reato a carico degli inquirenti, sia estensibile ad altri casi in cui, pur non esistendo certezza sul carattere illegale delle prove acquisite nel procedimento e nel processo, sussistano comunque elementi concreti per ritenere che siano state violate le regole procedimentali che tendono a garantire i fondamentali principi della terzietà del giudice e dell'assenza di interesse del pubblico ministero che procede all'acquisizione della prova.

Avere infatti affermato che «la regola di giudizio dell'“al di là di ogni ragionevole dubbio” postula che il materiale probatorio a fondamento della decisione sia del tutto esente da ombre inerenti a possibili inquinamenti» comporta

che l'obbligo di rinnovazione in appello possa essere configurato anche in tutti i casi in cui si ravvisino anomalie riconducibili al *genus* di prove acquisite dinanzi *ad iudex suspectus*.

L'aver statuito che l'obbligo di rinnovazione attribuisce al giudice non una semplice facoltà bensì l'onere di attivarsi per dissipare ogni opacità della prova acquisita nel precedente grado di giudizio, comporta che l'esistenza del presupposto possa essere ravvisato ogni qual volta si sia in presenza di dubbi concreti circa la terzietà del giudice o il disinteresse del pubblico ministero rispetto all'esercizio dell'azione penale; ci si riferisce ai casi di astensione, ricusazione o rimessione del procedimento e del processo che possono intervenire in fasi in cui si è già proceduto all'acquisizione del materiale probatorio. Anche in questi casi, infatti, il giudice di appello dovrà valutare se la violazione delle regole fondamentali di terzietà abbia determinato possibili esiti idonei ad inficiare il risultato dell'affidabilità della prova.

Casi simili, niente affatto rari soprattutto nelle realtà giudiziarie di più ristrette dimensioni, possono quindi trovare un intervento sanante del giudice di appello che restituisca trasparenza ad un grado di giudizio svolto dinanzi ad un organo sulla cui terzietà è legittimo prospettare dubbi.

2. Quanto all'individuazione dei casi specifici nei quali la rinnovazione in appello appare idonea a "sanare" ogni possibile ombra sul compendio probatorio acquisito, e già valutato nel corso del giudizio di primo grado, vengono in rilievo le ipotesi riconducibili ai casi di astensione e ricusazione dovuta ad interesse personale del giudice, così come tassativamente indicati nell'art. 36 c.p.p.; senza volere procedere all'analisi di tali singoli ipotesi può ricordarsi come la sussistenza di alcune particolari circostanze di fatto è ritenuta idonea dal legislatore a far dubitare della imparzialità del giudice e, quindi, ad assicurare quel processo "giusto" che ex art. 111 Cost. deve svolgersi proprio dinanzi ad un giudicante terzo ed imparziale.

In tali casi, occorre chiedersi quali siano i possibili effetti degli atti compiuti dal giudice, antecedentemente la dichiarazione di astensione ovvero dopo l'accoglimento dell'istanza di ricusazione proposta ex art. 37 c.p.p., e quali invece le possibili conseguenze della violazione dell'obbligo di astensione sul giudizio di secondo grado.

Nel primo caso, ove in forza della disciplina dettata dall'art. 42 c.p.p. con il provvedimento che accolga l'istanza di astensione sia stata dichiarata la validità degli atti compiuti, se è vero che formalmente si è regolarmente proceduto e non sarà necessario procedere all'integrale ripetizione della sequenza procedimentale che non viene travolta, tuttavia rimane accertato che gli atti di

acquisizione della prova, soprattutto quella orale, possono essere stati compiuti da soggetti di cui si è pur successivamente accertata la non necessaria imparzialità. In tali casi pertanto, in osservanza dei principi del giusto processo, un'adeguata interpretazione dei canoni stabiliti dalla sentenza in commento vorrebbe certamente che il giudice di appello proceda alla rinnovazione della prova orale perché la stessa, pur formalmente valida, sia comunque assunta dinanzi ad un organo effettivamente imparziale. Ove, quindi, l'astensione sia stata accolta e le ragioni della stessa manifestino un difetto di terzietà concreto ed effettivo del giudice che ha già proceduto all'acquisizione della prova, sebbene sia intervenuto un atto sanante ex art. 42 c.p.p., logica vuole che «la sussistenza di condotte di alterazione della fisiologia degli atti d'indagine, impongano di attivarsi per dissipare ogni opacità»¹⁰.

Analogamente può dirsi nei casi in cui si accerti l'avvenuta violazione da parte del giudice o del p.m. dell'obbligo di astensione; è ben noto il costante orientamento giurisprudenziale secondo cui la violazione dell'obbligo di cui all'art. 36 c.p.p. non costituisce causa di nullità della sentenza di primo grado, rilevabile dal giudice di appello, non potendo, tale violazione farsi rientrare tra i casi tassativamente indicati nell'art. 604, co. 1 e 4, c.p.p.¹¹; tuttavia rimane fermo che l'avere stabilito quale unica sanzione di tale violazione una conseguenza esclusivamente extraprocedimentale, e cioè il profilo disciplinare a carico del giudice, lascia immutato il tema della violazione delle regole del giusto processo patito dall'imputato che si veda costretto a subire un compendio probatorio acquisito da un soggetto nei cui confronti si è poi accertato operava una effettiva causa di astensione pur non dedotta. Anche in tali casi quindi il recupero della terzietà del giudice che assume la prova andrebbe operato attraverso l'applicazione dei principi stabiliti dalla sentenza in commento poiché, pur in assenza di prove illegali od inutilizzabili, l'esistenza di concreti elementi di opacità, costituiti dall'acquisizione delle testimonianze da parte di un soggetto non imparziale, impone la rinnovazione della prova in appello in osservanza al canone secondo cui «la regola di giudizio dell'«al di là di ogni ragionevole dubbio» postula che il materiale probatorio a fondamento della decisione sia del tutto esente da ombre inerenti a possibili inquinamenti». E poiché nel caso di assunzione della prova da parte di giudice o pm che

¹⁰ L'applicazione del principio nei termini indicati pare consona a salvare anche il principio di immediatezza troppe volte sacrificato. Sul punto non si è mancato di osservare come la violazione della regola dell'identità fisica tra giudice che assume la prova e giudice che decide comporterebbe che la stessa «immediatezza resterebbe enunciato sterile destinata ad essere relegata nell'alveo delle petizioni astratte e come tale inutile: un gigante dai piedi d'argilla»: CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005.

¹¹ Cass., Sez. II, 7 maggio 2013, Braccini e altri, in *Mass. Uff.*, n. 256872.

abbia violato il dovere di astensione l'atto probatorio si è svolto dinanzi ad un soggetto non terzo ed imparziale, la regola del giusto processo impone che tale difetto si sani proprio attraverso la rinnovazione della stessa prova in appello e ciò indipendentemente dall'esito del giudizio di secondo grado.

IGNAZIO PARDO