

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Prove/Mezzi di prova

La decisione

Testimonianza *de relato* - Inutilizzabilità - Rinnovazione istruttoria - Contraddittorio - Formazione della prova - Valutazione - Libero convincimento - Regola di esclusione probatoria (C.E.D.U. art. 6; Cost. art. 111, co. 4; C.p.p., artt. 526, co. 1- *bis*, 195, co. 1 e 3).

La testimonianza de relato è inutilizzabile solo quando alla richiesta di parte il giudice non chiami a deporre il dichiarante diretto, mentre quando quest'ultimo, chiamato, non abbia risposto, non sussiste più alcuna limitazione al valore probatorio delle testimonianze indirette, che devono essere configurate, al pari di ogni altra prova storica, come rappresentazione dello stesso fatto che si assume voler provare, sia pure soggettivamente mediata attraverso il testimone diretto e non come prova o indizio, dal quale desumere un fatto diverso.

CASSAZIONE, SEZIONE SESTA, 29 settembre 2016 (ud. 24 giugno 2016) - POLINI, *Presidente* - SCALIA, *Relatore* - CEDRANGOLO, *P.G. (Diff.)* - Panicola ed altri ricorrenti.

Doppio grado di merito: non eccesso di garantismo, ma condizione di giustizia

1. Al di là della vicenda specifica, la decisione annotata pone in luce il tema più ampio del principio del doppio grado di giudizio nel merito.

La sentenza in commento ha, infatti, rigettato il ricorso proposto dalla difesa enunciando una interpretazione non compatibile con quanto disciplinato dall'art. 2 del protocollo aggiuntivo n. 7 alla C.e.d.u.

Invero, nonostante l'intervenuta *reformatio in peius* dell'assoluzione di primo grado, su appello del p.m., sia stata fondata sulle sopravvenute dichiarazioni di un collaboratore di giustizia, sentito quale teste *de relato* nella rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello, l'organo giudicante non ha escluso tali dichiarazioni in ossequio alla regola di esclusione direttamente ricavabile dall'art. 111, co. 4, Cost. Bensì, ha ritenuto utilizzabili le dichiarazioni del teste sulle quali è mancato il momento della verifica dibattimentale in contraddittorio con l'imputato ed il difensore di questi.

In questa ottica, l'utilizzabilità di tali dichiarazioni è stata affermata aderendo all'indirizzo secondo il quale la testimonianza indiretta è inutilizzabile nel solo caso in cui il dichiarante *de relato* non voglia o non possa indicare le fonti della notizia e non allorché il soggetto, fonte originaria dei fatti della quale è stato disposto l'esame, si avvalga della facoltà di non rispondere.

In simili casi, infatti, l'unica ricaduta sarebbe in punto di valutazione, poiché il giudice resta libero di apprezzare secondo il proprio convincimento quanto riferito dal testimone indiretto. Dunque, nella decisione esaminata, l'art. 111, co. 4, Cost. è stato interpretato non come contenitore di una regola di esclusione della prova, ma come un mero criterio di valutazione¹.

2. L'art. 111, co. 4., Cost. prevede il principio assoluto della formazione della prova in contraddittorio, escludendo, *a contrario*, che la colpevolezza dell'imputato possa trovare fondamento nelle dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore². Questa è la geometria costituzionale enunciata dall'art. 111 Cost. e dall'art. 526, co. 1-*bis*, c.p.p., alla quale ogni decisione dovrebbe attenersi e dalla quale si desume che il problema della prova costituisce il "centro motore"³ del processo giusto.

Attraverso il processo, infatti, si tende a verificare la fondatezza delle vicende-voli pretese, e la prova rappresenta il "mezzo di indagine e di conoscenza" che consente l'operazione di verifica, e per l'effetto, la formulazione del giudizio che definisce il conflitto⁴. Pertanto, la prova penale, al di là di ogni "metafisica ansia di verità" consente il raggiungimento del più modesto e pratico scopo di esprimere un giudizio sull'attendibilità della pretesa. In altre parole, il giudizio, per essere accettato dalla collettività, deve essere verificabile⁵.

A questa contesa ha diritto di partecipare l'accusato: questo principio essenziale trova il suo fondamento negli artt. 111 Cost., e ancor prima, nell'art. 6, lett. c e d, Conv. eur. dir. uomo. Del resto, la fisionomia del processo come *actus trium personarum* non avrebbe luogo se non tramite la contrapposizione dialettica tra l'accusatore e colui che dall'accusa è chiamato a difendersi⁶.

Il contraddittorio, poi, è non solo il canone fondamentale per la formazione della prova, ma anche il presupposto per permettere al giudice una sua cor-

¹ Cass., Sez. IV, 4 ottobre 2004, Biancoli, in *Mass. Uff.*, n. 231465; Id., Sez. I, 6 luglio 2006, Greco, *ivi*, n. 235001.

² L. Cost., 23 novembre 1999, n. 2.

³ LEONE, *Spunti sul problema della prova nel processo penale*, Napoli, 1956, 323.

⁴ GAITO, *Il procedimento probatorio*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, Torino, 2008, 96 ss.

⁵ SANTORIELLO, *Il vizio di motivazione tra esame di legittimità e giudizio di fatto*, Torino, 2008, 41 ss.; CANZIO, "Oltre il ragionevole dubbio" come regola probatoria di giudizio nel processo penale, in *Riv. ita. dir. pen. proc.*, 2004, 303; STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2002, 163; TARUFFO, *La regola del più probabile che no come regola probatoria e di giudizio del processo civile*, in *L'unità del sapere giuridico fra diritto penale e processo*, 2004, 1, 49.

⁶ GAITO, *Il procedimento probatorio*, cit., 100 ss. La regola del processo accusatorio è, infatti, che ogni decisione dovrà scaturire dalla valutazione di elementi probatori alla formazione dei quali tutte le parti processuali abbiano effettivamente partecipato

retta valutazione, ed ancora è l’emblema della garanzia per l’imputato, il quale ha il diritto di confrontarsi con il suo accusatore e di interrogare chiunque renda dichiarazioni a suo carico. Questa ricostruzione sembra esser stata disattesa dalla sentenza in commento, che ha impostato la sua lettura del contraddittorio sulla prova, sul rilievo che “le dichiarazioni rese dal dichiarante *de relato* in sede di esame dibattimentale cadono comunque sotto la regola del contraddittorio e valgono a dare contenuto e rispetto alla stessa”. Ponendosi su questa linea interpretativa, la Corte ha affermato che le dichiarazioni rese del teste *de relato* restavano acquisibili al processo e erano così liberamente valutabili dal giudice ove il teste, le cui dichiarazioni costituivano fonte diretta, fosse rimasto silente. Motivazione in aperto contrasto con quanto sancito dai principi della norma sovranazionale, ribaditi in alcune recentissime pronunce⁷, che hanno riaffermato l’insostituibilità dell’esame diretto dell’accusatore.

La normativa sovranazionale si prefigge proprio in tale direzione, quale “scopo essenziale ... una completa “eguaglianza di armi”⁸ nel diritto ad esaminare o a far esaminare i testimoni a carico”, mediante la tecnica della *discovery*, ritenuta la più idonea affinché emerga la verità.

I principi della giurisdizione impongono il rispetto scrupoloso della garanzia del contraddittorio e della parità delle armi tra accusa e difesa, del diritto alla prova e alla prova contraria e del diritto di sottoporre ad un giudice superiore, imparziale ogni decisione di merito.

Dato imprescindibile: la decisione terminativa non può scaturire che da un giusto processo. Solo in questo contesto il metodo dell’oralità e del contraddittorio, il diritto alla prova e alla controprova, l’imparzialità del giudice, la pubblicità dell’udienza e la possibilità di impugnare appaiono come gli strumenti più appropriati per il conseguimento di una verità giudiziale che valga a scongiurare l’errore giudiziario⁹. L’attuazione di tali principi esige non solo il ruolo propulsivo della difesa, ma anche la sua effettiva partecipazione dinamica in ogni stato e grado del processo. Le parti devono fronteggiarsi attivamente, collocate su posizioni tendenzialmente omogenee: è questo il significato di un processo che si realizza con la parità delle armi. “Una difesa e una accusa identificabili come due forze obbligatoriamente uguali e contrarie”¹⁰.

⁷ Corte eur. dir. uomo, 15 dicembre 2011, Alkhwaja c. Regno Unito; Id., 15 dicembre 2015, Schatschaschwili c. Germania.

⁸ Corte eur. dir. uomo, 25 novembre 1997, Zama c. Turchia.

⁹ GAITO, *Il procedimento probatorio*, cit. 103 ss.

¹⁰ GAITO, *Il procedimento probatorio*, cit. 104 ss.

Solo la *chance* di contestare le dichiarazioni a carico¹¹ e di offrirne la prova contraria vale a consacrare il canone dell'equilibrio tra le parti, inteso come il diritto di difendersi provando, anche attraverso la previsione per l'accusato di ottenere l'"acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore"¹².

Sembra assai chiaro come il concetto di condizione di parità non si traduca nell'identità di poteri/doveri delle parti, ma il principio di eguaglianza delle parti non può distruggere la diversità di posizione iniziale, derivante dal fatto che la invocazione del giudice proviene non da tutt'e due le parti insieme, ma da una parte che colla proposizione della domanda prevede volontariamente l'iniziativa del processo contro l'altra parte che senza sua volontà si trova coinvolta nel rapporto processuale ed è costretta a subirne gli effetti¹³". La parità esige una relazione di necessaria reciprocità tra la parte che accusa e la parte che resiste; i poteri della prima devono essere idonei a controbilanciare quelli dell'altra in funzione delle opposte prospettive. Solo così si potrà assicurare l'equilibrio giusto nelle varie fasi del processo. "Insomma, si può essere pari anche disponendo di armi diverse, purché appropriate alla funzione esercitata¹⁴".

3. Altro problema che emerge dalla lettura della sentenza in rassegna è quello che deriva dal fatto che, come accennato, la prova a carico è stata acquisita per la prima volta in grado d'appello, con la conseguente violazione del principio del doppio grado di giudizio nel merito, che è una componente essenziale del giusto processo ed è tutelato a livello sovranazionale dall'art. 2 protocollo aggiuntivo n. 7 C.e.d.u. Questa previsione, infatti, cristallizza in maniera assai precisa la regola in base alla quale la dichiarazione di colpevolezza, pronunciata, deve essere, incardinando un diritto dell'imputato, esaminata da un tribunale della giurisdizione superiore.

La garanzia del diritto all'impugnazione è posta proprio ad esclusiva tutela di coloro i quali vengano dichiarati colpevoli di un'infrazione penale¹⁵.

In ordine alle modalità di attuazione della garanzia di cui all'art. 2, VII Protocollo, è pacifico nella giurisprudenza convenzionale, l'assunto secondo cui gli

¹¹ Corte eur. dir. uomo, 27 luglio 2000, Pisano c. Italia. Gaito, *De profundis annunciato per l'udienza camerale?*, in *Osservatorio del processo penale*, 2007, 37 ss.

¹² Corte eur. dir. uomo, 4 luglio 2000, Kok c. Paesi Bassi.

¹³ CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, in *Opere giuridiche*, Napoli, 1970, 426 ss.; FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2012, 100 ss.

¹⁴ FERRUA, *Il giusto processo*, cit., 102.

¹⁵ MARCHETTI, *Commento all'art. 2 VIII Protocollo Cedu*, in *Leg. pen.*, 1991, 223; Verrina, *Doppio grado di giurisdizione, convenzioni internazionali e Costituzione*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di Gaito, 1998, 146 ss.

Stati contraenti dispongono, in linea di principio, di un ampio margine di apprezzamento sulle modalità di esercizio previsto dall'art. 2¹⁶. Diverse sono le sentenze della Corte edu che lo ribadiscono, facendo riferimento alla potestà di questi di determinare le modalità per l'esercizio del diritto al riesame e i motivi per i quali può essere esercitato. In aggiunta, l'interpretazione dottrinale ha sottolineato come la formulazione dell'art. 2 del Prot. n. 7 abbia riservato al legislatore nazionale una maggiore discrezionalità rispetto alla corrispondente previsione del P. int. d. civ. pol., che si è limitata a richiamare la conformità alla legge senza rimettere all'ordinamento interno anche la determinazione dei motivi in base ai quali il diritto al riesame può essere esercitato¹⁷.

Ancora, diversamente da quanto stabilito nel Patto internazionale sui diritti civili e politici nel quale non si rintraccia alcun riferimento all'organo che ha emesso la decisione¹⁸, il Protocollo aggiuntivo riserva la garanzia del doppio grado ai provvedimenti emessi da un tribunale. La Corte europea, a tal proposito, ha più volte sottolineato, da un lato, l'autonomia interpretativa della nozione convenzionale di "tribunale", rispetto alle qualifiche offerte dagli Stati, dall'altro lato, l'identità della portata ermeneutica della nozione stessa contenuta nell'art. 6 e nell'art. 2 Prot. n. 7¹⁹. In maniera assai precisa, sia la dottrina che la giurisprudenza, interpretando il concetto di "tribunale", hanno stabilito che il riferimento ad esso sia volto ad escludere che il primo appello ad un tribunale valesse a soddisfare la garanzia del doppio grado di giurisdizione. Si desume che in questi casi, la persona dichiarata colpevole in forza della sentenza emessa dal "tribunale" in seconda istanza dovrà aver diritto all'impugnazione della stessa dinanzi ad un giudice superiore, in applicazione proprio di quanto stabilito nell'art. 2²⁰.

L'adozione del diritto al riesame, ad opera dell'art. 2, rappresenta sì la garanzia rivolta a ridurre sensibilmente quel vuoto di tutela della normativa nazionale, ma concede agli Stati anche un ampio margine di apprezzamento riguardo le modalità di attuazione della garanzia e di esercizio del diritto.

In ordine ai rimedi idonei a soddisfare tale diritto si rintracciano diverse posizioni. L'orientamento, però, prevalente dubita circa la sufficienza dei mezzi previsti dall'ordinamento volti ad integrare la garanzia convenzionale e sostie-

¹⁶ Corte eur. dir. uomo, 13 febbraio 2001, Kromback c. Francia; Id., 15 dicembre 2007, Galstyan c. Armenia; Id., 8 gennaio 2008 Panou c. Grecia.

¹⁷ SACCUCCI, *Il doppio grado di giurisdizione nel Patto di New York e nella Convenzione di Roma*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 236 ss.

¹⁸ LEMMER, *Bulletin des droits de l'homme*, 1997, 114 ss.

¹⁹ Corte eur. dir. uomo, 27 agosto 2002, Didier c. Francia; Id., 16 febbraio 1996, Hauser c. Austria.

²⁰ Cfr. Corte eur. dir. uomo, 28 febbraio 1996, Horst c. Austria.

ne che un ricorso per cassazione, per la sua natura di impugnazione di mera legittimità, di per sé non sempre è idoneo a soddisfare appieno l'esigenza del doppio grado di giudizio tutelato in sede convenzionale. Piuttosto, si ritiene necessario ed essenziale al suo soddisfacimento un sistema che consenta all'imputato di dolersi, di fronte ad un diverso giudice, di errori *in procedendo* o *in iudicando* e di ottenere un conseguente riesame del merito²¹. Sulla scia di tale orientamento si è sostenuto che all'interno di un sistema che vuole motivati i provvedimenti giurisdizionali, non è eccesso di garantismo, ma condizione di giustizia, riconoscere a chiunque la possibilità di contestare almeno una volta e sotto ogni profilo rilevante la sentenza che lo abbia dichiarato colpevole²². La tutela convenzionale implica un vero e proprio diritto all'appello; evoca un effettivo diritto al doppio grado di merito²³.

La dottrina rinviene il fondamento logico razionale del doppio grado nell'esigenza di giustizia: si afferma che la seconda decisione è migliore della prima in quanto riesaminare è più agevole di valutare²⁴.

Mentre, si rileva un contrasto giurisprudenziale tra lo sviluppo del procedimento per gradi ed il tempo della decisione. Due i filoni interpretativi: da un verso, l'immediatezza si inquadra come elemento fondamentale al fine di agevolare il potere decisorio, dall'altro, invece, il trascorrere del tempo viene inquadrato come ostacolo per la ricerca della verità.

Non possono, però, l'efficienza ed il tempo eretti a valori assoluti, calpestare le garanzie dell'imputato, pur non essendo in linea con il principio della ragionevole durata del processo. Un paese democratico non solo deve, o dovrebbe, garantire un processo ragionevolmente breve, ma ha l'onere di controbilanciare tale esigenza con l'effettivo esercizio dei diritti e l'effettiva tutela delle garanzie, anche qualora il loro ingresso sulla scena processuale possa produrre un allungamento dei tempi.

4. L'approccio pragmatico che il sistema nazionale dovrebbe comportare è la produzione di tutti gli elementi di prova in presenza dell'imputato in un'udienza pubblica, al fine di consentirne un'assunzione in contraddittorio.

²¹ CHIAVARIO, *Processo e garanzia della persona*, cit., 240 ss.; Id., *Nel nuovo regime delle impugnazioni i limiti e i mancati equilibri di una riforma*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, 1991, 17 ss.; Calogero, *La loggia del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1973.

²² BARGIS, *Impugnazioni*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Torino, 2010, 902 ss.

²³ SPANGHER, voce *Doppio grado di giurisdizione (principio del)*, in *Eng. Giur.*, 2001, 3 ss.; Id., sub *art. 2 prot. n. 7 Cedu*, in *Comment. conv. Eu.*, a cura di Conforti, Bartole, Raimondi, Torino, 2008, 948 ss.; MAZZARRA, *La rinnovazione del dibattimento in appello*, 1995, 29 ss.

²⁴ SPANGHER, voce *Doppio grado di giurisdizione*, cit. 2001 ss.

Tale struttura, come ha più volte ribadito la Corte sovranazionale, deve valere non solo per le prove a carico, ma anche per gli elementi suscettibili di influenzare l'ammissibilità, affidabilità e completezza delle prime²⁵.

Si deduce, allora, che l'elemento determinante non è la conformità dell'assunzione della prova con il diritto interno, ma il rispetto dei diritti della difesa quali risultati della nozione di processo equo²⁶. L'interpretazione convenzionalmente orientata della dottrina più volte ha ribadito che il diritto alla *discovery*, per quanto esso non sia menzionato esplicitamente nell'art. 6 Cedu, rappresenta un corollario dei principi del contraddittorio e della parità delle armi volto a garantire il diritto dell'imputato a prendere conoscenza delle osservazioni e degli elementi di prova prodotti dalle altre parti²⁷.

Dunque, solo l'attuazione delle garanzie appena tratteggiate permette di proteggere i cittadini da una giustizia segreta, che sfugge al controllo della collettività e rappresenta uno dei modi per contribuire a preservare la fiducia nei tribunali²⁸.

Da ciò si desume con estrema chiarezza che tra i diritti garantiti dall'art. 6 Cedu, ruolo predominate venga svolto dal diritto di esaminare i testimoni a carico.

La vicenda oggetto del commento era già stata affrontata in precedenza da una pronuncia della Corte edu, la quale aveva statuito che qualora le dichiarazioni del testimone assente o sottratto al contraddittorio fossero di natura determinate alla condanna il loro utilizzo avrebbe violato i principi del processo equo²⁹. In questi casi i Giudici di Strasburgo avevano ritenuto la responsabilità dello Stato convenuto per aver creato un disequilibrio pregiudizievole dei diritti della difesa, soprattutto in ragione del fatto che non erano in alcun modo state sollecitate misure istruttorie o di confronto con un testimone³⁰.

I paragrafi 1 e 3 dell'art. 6 Cedu impongono agli Stati di adottare misure positive qualora i testimoni siano indisponibili ad un interrogatorio in presenza

²⁵ Corte eur. dir. uomo, 11 novembre 2008, *Mirilashvili c. Russia*; Id., 20 aprile 2010, *Laska e Ilika c. Albania*.

²⁶ MARCHETTI, sub art. 6 C.e.d.u., cit. 193 ss.

²⁷ ALLEGREZZA, *La conoscenza degli atti nel processo penale fra ordinamento interno e convenzione europea*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, 2008, 142. CASIRAGHI, *Il necessario bilanciamento tra i diritti alla conoscenza dell'accusa, alla pubblicità processuale e alla riservatezza*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, 2008, 194 ss.

²⁸ GAITO, FURFARO, *Consensi e dissensi sul ruolo e sulla funzione della pubblicità delle udienze penali*, in *Giust. cost.*, 2010, 1065.

²⁹ Corte eur. dir. uomo, 4 novembre 2008, *Balsyte-Lideikiene c. Lituania*; Id., 13 marzo 2006 *Vaturi c. Francia*.

³⁰ Corte eur. dir. uomo, 19 giugno 2003, *Hulki Gunes c. Turchia*.

dell'imputato³¹; tali misure svolgono il compito di inquadrare il comportamento diligente che ogni Stato dovrebbe avere nei confronti dei propri cittadini, al fine di assicurare agli stessi il godimento effettivo dei diritti garantiti dall'art. 6 Cedu. L'assenza del contraddittorio realizza una disparità di trattamento tra accusa e difesa, in netta contrapposizione con il principio della parità delle armi. E ancora, in spregio alle adeguate e sufficienti occasioni che lo Stato deve garantire all'imputato per poter contestare i sospetti contro di lui³².

5. La sentenza in commento ha proceduto all'irrogazione di una condanna nei confronti dell'imputato lesiva del diritto al doppio grado di merito, il quale è violato nel momento in cui si procede ad una restrizione del principio di parità delle armi. Proprio in ragione di ciò, il diritto al riesame è riservato al condannato. Per quanto riguarda il contenuto e le modalità di attuazione dello stesso, la Corte europea è costante nell'affermare che gli Stati, in linea di principio, dispongono di un margine di apprezzamento, non soltanto in ordine alle modalità di esercizio del diritto, ma anche in ordine ai motivi per i quali esso può essere esercitato³³: conclusione che ha lasciato la dottrina priva di dubbi circa l'ampia discrezionalità riservata agli Stati. Ampiezza che non può e non deve tradursi nella violazione dei diritti del singolo.

Se ne deduce che i limiti imposti dalla legislazione interna non possono pregiudicare la sostanza del diritto al doppio grado, questo *modus operandi* soddisferebbe la ragion di Stato, ma non l'esigenza di giustizia³⁴.

Più volte la dottrina ha tenuto il punto sull'esigenza di un doppio grado di giudizio di merito, rilevando che è proprio la possibilità di condanna in seguito ad un ricorso avverso il proscioglimento a delineare una tipologia di secondo giudizio che non può non riguardare il merito dell'affermazione di responsabilità e della condanna per la prima volta in appello, che si sottrae ad ogni effettiva possibilità di controllo nell'ipotesi di travisamento del fatto o di omessa valutazione della controprova³⁵.

³¹ Corte eur. dir. uomo, 4 novembre 2008, Balsyte-Lideikiene c. Lituania; Id., 17 luglio 2001, Sadak ed altri c. Turchia.

³² Corte eur. dir. uomo, 15 giugno 2016, 1992, Ludi c. Svizzera.

³³ Corte eur. dir. uomo, 15 novembre 2007, Galstyan c. Armenia. Furfaro, *Doppio grado di merito sulla prova a "carico"*, in *I principi europei del processo penale*, 2016, 505 ss.

³⁴ RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, Parigi, 2007, 484; SACCUCCI, *Il doppio grado di giurisdizione*, cit. 216 ss.

³⁵ PADOVANI, *Il doppio grado di giurisdizione. Appello dell'imputato, appello del p.m., principio del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2003, 4026; FURFARO, *Doppio grado di giudizio di merito sulla prova a "carico"*, cit., 509 ss.

Si potrebbe convenire con tale conclusione, che forse veritiera è l'interpretazione della norma convenzionale nell'escludere la garanzia di una terza istanza di merito, ma comunque evidente è "l'esigenza che la garanzia apprestata dall'ordinamento processuale interno, per la verifica di legittimità della condanna dell'imputato intervenuta in appello dopo l'assoluzione di primo grado, non sia apparente ed elusiva del principio, bensì abbia carattere sostanziale"³⁶. Questo dovrebbe valere a richiamare l'attenzione sulla necessità di una modulazione del controllo in sede di legittimità idonea a superare il controllo del mero dato testuale della motivazione.

Non sembra, dunque, possibile l'esclusione *tout court* di un riesame di merito solo perché "*appel sur appel ne vaut*", poiché deve tenersi conto che la salvaguardia concreta dei diritti umani non può consentire di negare in generale la possibilità del riesame della condanna, anche laddove essa sia basata su prove a carico acquisite a seguito dell'impugnazione da chiunque proposta³⁷.

È, dunque, l'effettiva garanzia del doppio grado di merito rappresentata dal diritto a riesaminare la prova che ha determinato la condanna.

Ovvero, il riesame sull'affermazione di responsabilità e sulla condanna deve essere considerato come il riesame della prova a carico. Non si può escludere il riesame di merito sulla prova nuova a carico, in quanto essa deve essere l'oggetto effettivo del riesame.

Quanto appena detto introduce il vero problema sotteso al commento: l'individuazione dell'oggetto effettivo del controllo garantito dalle disposizioni sovranazionali e della conseguente impossibilità di far leva sull'eccezione appena esposta, al fine di negare il riesame di merito tutte le volte in cui sia la prova a carico ad essere acquisita nel giudizio a seguito dell'impugnazione, non soltanto avverso decisione assolutoria.

Valutare l'effettiva assenza del doppio grado di merito impone di verificare quale sia l'unico rimedio rintracciabile nell'ordinamento. Sembra fuor dubbio che questo possa rintracciarsi nel ricorso in Cassazione.

La Corte di cassazione dovrebbe essere il giudice superiore, richiesto dall'art. 2 del VII Prot. Cedu, idoneo ad esaminare la dichiarazione di colpevolezza.

Dunque, solo se la Corte di cassazione, inquadrata come tribunale della giurisdizione più elevata, valutasse la nuova prova a carico come idonea a sostenere la colpevolezza del reo si potrebbe parlare di un effettivo doppio grado di giudizio nel merito.

³⁶ Cass., Sez. un., 30 gennaio 2001, Andreotti, in *questa Rivista online*, 2001.

³⁷ FURFARO, *Doppio grado di giudizio nel merito sulla prova a "carico"*, cit., 510 ss.

Questo controllo rappresenterebbe non una garanzia formale, ma offrirebbe al condannato un'eguaglianza sostanziale.

La struttura codicistica ha in qualche modo già previsto una valutazione della prova da parte della Suprema corte, esempio chiarissimo può rinvenirsi nell'art. 706 c.p.p., "contro la sentenza della corte di appello può essere proposto ricorso per Cassazione, anche per il merito...". Il dato normativo prevede la possibilità di impugnare una sentenza emessa dalla corte d'appello, in tema di estradizione, mediante ricorso dinanzi alla Corte di cassazione. Il procedimento di estradizione si articola in un doppio grado, nel quale ai sensi del co. 1 dell'art. 706 c.p.p. in parola il ricorso è proponibile anche nel merito. Pertanto, saranno riconosciuti alla Suprema corte i medesimi poteri riconosciuti alla Corte di appello³⁸. La giurisprudenza ha sul punto ritenuto che la Suprema Corte dispone dei medesimi strumenti istruttori della Corte di appello e da ciò consegue che priva di limiti è la cognizione dell'oggetto da parte della Corte di cassazione, al punto che la stessa può conoscere anche il contenuto di atti esibiti successivamente alla conclusione del giudizio d'appello³⁹. Dunque, il doppio grado di merito, nel momento in cui risulta carente nell'ordinario svolgimento delle fasi processuali, dovrebbe essere recuperato e reso effettivo attraverso il ricorso per Cassazione, che dovrebbe spogliarsi delle vesti di giudice di legittimità per indossare, in questi casi eccezionali, quella di giudice di merito per rendere una decisione giusta, e in linea con i principi dell'art. 111 Cost. e 6 C.e.d.u.

Probabilmente è un passaggio arduo, ma forse è l'unico idoneo a realizzare un equo processo.

DOMENICA NAIKE CASCINI

³⁸ MARCHETTI, Sub, *art. 706 c.p.p.*, in *Cod. comm c.p.p. Giarda, Spangher*, Milano, 2010, 8209 ss. Porcu, Sub, *art. 706 c.p.p.*, in *C.p.p. comm. Gaito*, Milano, 2008, 4173.

³⁹ Così DIOTALLEVI, Sub, *art. 706 c.p.p.*, in *C.p.p. Esecuzione e rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, Milano, 2008, 400.