

Corte Edu, Sez. I, 29 giugno 2017, ric. n. 63446/13 – Pres. Sicilianos

Corte europea – appello – principio di immediatezza – motivazione rafforzata

[...] § 43. Tenuto conto della posta in gioco per il ricorrente, la Corte non è convinta che le questioni che la Corte d'Appello di Palermo doveva dirimere prima di decidere di condannare l'interessato invalidando il verdetto di assoluzione del Tribunale di Sciacca potessero, per motivi di equità del processo, essere esaminate in maniera adeguata senza una diretta valutazione delle testimonianze a carico. La Corte rammenta che coloro che hanno la responsabilità di decidere sulla colpevolezza o l'innocenza dell'imputato devono, in linea di principio, sentire di persona i testimoni e valutarne l'attendibilità.

[...] § 45. La Corte ha esaminato l'argomento del Governo secondo il quale, nel caso di specie, non era necessaria una nuova audizione di X e Y in quanto la Corte d'Appello, lungi dal limitarsi a riesaminare l'attendibilità, aveva proceduto a un controllo approfondito della motivazione della sentenza del tribunale di Sciacca evidenziandone le lacune alla luce di tutti gli elementi di prova inseriti nel fascicolo [...]. Tuttavia, la Corte non vede in che modo tale circostanza potesse dispensare il giudice di appello dal suo obbligo di sentire personalmente i testimoni le cui dichiarazioni, che si apprestava a interpretare in maniera sfavorevole per l'imputato e completamente diversa rispetto a quella del giudice di primo grado, costituivano il principale elemento a carico»

Il testo integrale della sentenza, in italiano e in francese, è accessibile sul sito della rivista.

Corte europea e “motivazione rafforzata” nel caso Lorefice

SOMMARIO: 1. Introduzione: il caso e le questioni controverse. – 2. Motivazione *vs.* rinnovazione. – 3. Il concetto di “motivazione rafforzata”. – 4. Il nuovo art. 603, comma 3-*bis* e il concetto di “attinenza”. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione: il caso e le questioni controverse.

Giorgio Lorefice era stato accusato di estorsione per aver costretto un suo concittadino a consegnargli una somma di denaro che doveva servire a far cessare delle minacce di origine mafiosa. In primo grado, i principali testimoni a carico – ritenuti attendibili in un diverso processo, che aveva condotto alla condanna di un diverso imputato, per la medesima estorsione – erano stati valutati inattendibili, e Lorefice era stato prosciolto.

In secondo grado, riletti i verbali delle deposizioni testimoniali, la Corte d'appello aveva ribaltato la decisione del Tribunale: le illogicità e le incoerenze rilevate in primo grado in realtà risultavano chiarite, e la versione dei fatti fornita dai testimoni era corroborata da altri elementi. In particolare, la vittima dell'estorsione, ritenuta inattendibile per aver esitato nel produrre le prove in suo possesso, era stata considerata attendibile in base ad

Dalle
Corti

una spiegazione alternativa del suo comportamento: l'esitazione era in realtà dovuta alla convinzione che le minacce fossero di origine mafiosa; accertatane l'origine non mafiosa, la vittima si era infatti decisa a collaborare.

La Corte di cassazione aveva poi rigettato il ricorso presentato dall'imputato, osservando la nota "dottrina della motivazione rafforzata"¹: secondo la Corte, infatti per ribaltare la decisione di primo grado non è infatti necessaria la rinnovazione, ma è *sufficiente* motivare rigorosamente la diversa valutazione delle prove raccolte.

La Corte europea, non condividendo questa opinione, ha tuttavia condannato l'ordinamento italiano: nelle impugnazioni di merito, i testimoni che vengono rivalutati devono prima essere risentiti; in nessun modo una motivazione rafforzata può «dispensare il giudice di appello dal suo obbligo di sentire personalmente i testimoni le cui dichiarazioni [...] costituivano il principale elemento a carico» dell'imputato².

La decisione della Corte, a tratti ovvia, e senz'altro attesa da una parte della dottrina italiana³, è però interessante soprattutto per due motivi: anzitutto, chiarisce retrospettivamente tutto ciò che il giudice d'appello in realtà *non poteva fare*, secondo un'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 603, commi 1 e 3, prima di ribaltare una decisione di primo grado; in secondo luogo, proiettandosi sull'art. 603, comma 3-*bis*, recentemente introdotto dalla "legge Orlando", anticipa tutte le interpretazioni che della nuova disposizione andrebbero evitate.

È invece criticabile per un'unica – ma rilevante – ragione: due giorni prima del caso *Lorefice*, la stessa Corte aveva chiarito che la mancata audizione dei testimoni non è «una regola automatica che rende un processo iniquo per la sola ragione che l'Autorità giudiziaria [...] non ha risentito tutti i testimoni menzionati nella sua decisione e di cui ha dovuto valutare la credibilità [...]»; resta necessario prendere in considerazione il valore probatorio

¹ La "dottrina della motivazione rafforzata" non è altro che quell'idea giurisprudenziale per cui il giudice d'appello può ribaltare la decisione di primo grado solo se si impegna a «dimostrare specificamente l'insostenibilità sul piano logico e giuridico degli argomenti più rilevanti della sentenza di primo grado, con rigorosa e penetrante analisi critica, seguita da completa e convincente motivazione che, sovrapponendosi a tutto campo a quella del primo giudice, dia ragione delle scelte operate e della maggiore considerazione accordata ad elementi di prova diversi o diversamente valutati» (Cass., Sez. V, 5 maggio 2008, n. 35762, in *C.E.D. Cass.*, n. 241169). La teoria, che era stata in origine formulata per ogni caso di ribaltamento, è stata poi presa in prestito soprattutto per giustificare – in caso di mancata rinnovazione – la *condanna* per la prima volta in appello, v. Cass., Sez. VI, 3 novembre 2011, n. 40159, *ivi*, n. 251066. Cfr. A. CAPONE, *Prova in appello: un difficile bilanciamento*, in *Proc. pen. e giust.*, 2016, 56 - 57.

² Per un primo commento alla pronuncia, v. L. PRESSACCO, *Una censura ampiamente annunciata: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il ribaltamento in appello dell'assoluzione senza rinnovazione dell'istruzione dibattimentale*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, f. 7/8, 260; L. ROCCATAGLIATA, *La rinnovazione in appello della istruzione dibattimentale. Il dialogo serrato tra la giurisprudenza CEDU, le Sezioni Unite e la nuova riforma del processo penale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 7-8; G. BIONDI, *Tanto tuonò che piove! La prima condanna dell'Italia da parte della Corte Edu in tema di overturning sfavorevole in appello: una sentenza (quasi) annunciata*, in *Cass. pen.*, 2017, in corso di pubblicazione.

³ Ritengono da tempo che tutte le interpretazioni *resistenti*, con cui la Corte di cassazione ha tentato di individuare ipotesi legittime di mancata rinnovazione in appello, siano in contrasto con la Convenzione, tra gli altri, D. CHINNICI, *Contraddittorio e giudizio di appello. Ortodossia europea, resistenze interne e gradualità aperture in attesa del "sigillo" del legislatore*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di D. Negri, R. Orlandi, Torino, 2017, 199 ss.; A. GAITO – E.N. LA ROCCA, *Il diritto al controllo nel merito tra immediatezza e ragionevole dubbio*, in *Arch. pen. on line*, 2017, f. 3, 10 novembre 2017, 18 ss.

di tali testimonianze»⁴; e quasi un anno prima aveva ammesso che, pur senza rinnovare il dibattimento, «per non modificare disinvoltamente la valutazione della prova effettuata dal giudice di primo grado, la corte d'appello dovrebbe giustificare in maniera particolarmente accurata (*particularly thorough reasoning*) la decisione con cui, a compendio probatorio invariato, la prima decisione viene ribaltata [...], indicando in particolare gli errori che hanno condotto le conclusioni del primo giudice a confliggere coi dati di fatto acquisiti»⁵. In che senso, quindi, oggi, «la Corte non vede in che modo tale circostanza [una motivazione rafforzata, n.d.A.] potesse dispensare il giudice [...] dal suo obbligo di risentire personalmente i testimoni»?

Al fondo della questione c'è evidentemente un nodo concettuale irrisolto e ancora sotto traccia⁶: in che rapporto stanno motivazione e rinnovazione dell'istruttoria, quando il giudice d'appello ribalta la decisione di primo grado?

2. Motivazione vs. rinnovazione.

Nel difendere la condanna in appello di *Lorefice*, il Governo italiano ha citato le decisioni con cui la nostra corte di legittimità ha più *resistito* alla giurisprudenza europea, contrapponendo *libero convincimento* del giudice d'appello e *rinnovazione del dibattimento*: se il giudice d'appello – dice la Cassazione – pur non discutendo dei «contenuti dichiarativi delle testimonianze o l'attendibilità del narrato» fosse in ogni caso tenuto a rinnovare il dibattimento, darebbe luogo ad «un incombente sostanzialmente inutile e defatigante»; se poi fosse «costretto» a confermare la pronuncia assolutoria di primo grado pur in presenza di un'intima valutazione, tratta dal proprio libero convincimento, di colpevolezza [...], sarebbe costretto ad assolvere pur ritenendo di condannare». Insomma, se è possibile formulare un «nuovo e diverso giudizio sui contenuti della prova dichiarativa alla luce degli elementi eventualmente trascurati»⁷, il giudice d'appello potrebbe limitarsi a motivare meglio la decisione di condanna anche senza riaprire l'istruttoria.

⁴ Corte Edu, Sez. IV, 27 giugno 2017, *Chiper v. Romania*, ric. n. 22036/10, § 63 (traduzione nostra).

⁵ Corte Edu, Sez. II, 26 aprile 2016, *Kashev v. Estonia*, ric. n. 22574/08, § 24 (traduzione nostra) tra le difese del Governo estone, poi accolte dalla Corte europea. L'apertura ad ammettere l'equità di un procedimento d'appello deciso sulle carte, però, rimane anche nella successiva decisione Corte Edu, Sez. II, 5 luglio 2016, *Lazu v. Moldova*, ric. n. 46182/08, spesso citata *a contrario*: al § 38 la Corte europea rimprovera infatti la Corte d'appello di Chişinău per non aver rinnovato il dibattimento – violando così le regole processuali, e la giurisprudenza nazionale moldava – ma anche *per non aver fornito alcuna ragione* circa la propria condotta.

⁶ Se ne sono occupati espressamente, più di recente, A. MACCHIA, *Le novità dell'appello: rinnovazione dell'appello e concordato sui motivi*, in *Dir. pen. cont. On line*, 9 novembre 2017, 2 ss., 8 ss.; M. CERESA GASTALDO, *La riforma dell'appello. Tra malinteso garantismo e spinte deflative*, *ivi*, 18 maggio 2017, 6; S. TESORIERO, *Luci e ombre della rinnovazione dell'istruttoria in appello per il presunto innocente*, in *Giust. pen.*, 2017, III, 88 - 90; H. BELLUTA, L. LUPARIA, *Ragionevole dubbio e prima condanna in appello: solo la rinnovazione ci salverà?*, in *Dir. pen. cont. On line*, 8 maggio 2017, 5; e le considerazioni seminali di A. CAPONE, *Dopo Dan. Per un processo di parti nell'appello penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1012 - 1015. Sia consentito rinviare, sul punto, anche a V. AIUTI, *Poteri della Cassazione e diritto all'equo processo*, in *Cass. pen.*, 2016, f. 9, 3232 - 3233 e *Condanna in appello e rito abbreviato*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, spec. 1447 ss.

⁷ La sentenza citata dal Governo italiano in difesa della condanna a *Lorefice* è Cass., Sez. II, 22 settembre 2015, n. 41736, in *C.E.D. Cass.*, n. 264682. Va subito notato, però, che il caso è stato menzionato a sproposito: mentre la Cassazione aveva correttamente

Riportandosi a queste opinioni, il Governo ha in pratica cioè provato a intercettare quel parziale *revirement* giurisprudenziale contenuto nella nota sentenza *Kashlev*, con cui anche la Corte europea aveva riconosciuto l'equità processuale di una condanna in appello preceduta "solo" da una motivazione rafforzata. La Corte, però, senza argomentare, non ha preso in considerazione quel precedente, confermando la più rigida impostazione *Dan*.

Per capire cosa c'era di sbagliato nell'approccio della Cassazione (e del Governo), occorre però identificare innanzitutto i valori in gioco. Teoria della "motivazione rafforzata" e giurisprudenza sulla rinnovazione necessaria esprimono infatti due modi radicalmente diversi di accostarsi ai problemi dell'accertamento penale in appello: la motivazione fa leva sulla forza del ragionamento, presupponendo che la decisione del secondo giudice sia migliore della prima perché è capace di *correggerne gli errori*⁸; la rinnovazione fa invece leva sul principio di immediatezza, presupponendo che la formazione e la valutazione della prova siano attività sostanzialmente inscindibili, che non possono essere corrette, ma solo *ripetute*⁹.

Un aspetto, però, dal punto di vista della Corte europea sembrerebbe decisamente rilevante per l'imputato: solo la rinnovazione, e non anche la motivazione, gli consente di esercitare il suo diritto al confronto con i testimoni d'accusa¹⁰.

La schermaglia tra la Cassazione e la Corte europea va quindi connessa a questi due poli, riformulando il quesito centrale: quand'è che un ragionamento migliore del giudice d'appello può *sostituire* la riacquisizione dei testimoni, senza che il procedimento a carico dell'imputato perda complessivamente di equità?

La risposta non è chiara nemmeno nel lessico della Corte europea: nel *case law* convenzionale è anzi spesso contraddittoriamente ripetuto che la mancata richiesta di rinnovazione non esonera il giudice d'appello dal risentire "*ex proprio motu*"¹¹ i testimoni contriversi. Tra il caso *Kashlev* e il caso *Lorefice* corre infatti una differenza che per la Corte è in qualche modo rilevante: *Kashlev* aveva espressamente rinunciato ad assistere alla sua

consentito la rivalutazione delle prove in una vicenda in cui *non era mutato* il giudizio di attendibilità dei testimoni, il Governo ha sfruttato la sentenza per difendere una rivalutazione delle prove *che si è tradotta* in un diverso giudizio di attendibilità dei testimoni.

⁸ «Il giudice d'appello giudica bene non tanto *benché*, quanto *perché* il primo giudice ha giudicato male: anche l'errore è infatti una tappa verso la verità» (P. CALAMANDREI, voce *Appello civile* (1929), ora in *Opere giuridiche*, vol. VIII, Napoli, 1979, 443).

⁹ Il far leva sulla rinnovazione del dibattimento, come – all'opposto – sull'eliminazione dell'appello del p.m. contro i proscioglimenti «hanno in realtà un elemento comune di tipo culturale: la sfiducia nella logica e nel pensiero come strumenti intersoggettivi della conoscenza; i giudizi non sarebbero verificabili su base razionale; si potrebbero solo, eventualmente, ripetere» (A. CAPONE, *op. cit.*, 1009); J. FERRER-BELTRÁN, *La valutazione razionale della prova*, Giuffrè, 2012, 54 - 55.

¹⁰ Tuttavia, e anche la Corte europea naturalmente lo riconosce, la motivazione, e non solo la rinnovazione, assicura che la valutazione della prova si svolga in maniera razionale. Ad esempio: quando si tratta di scegliere, tra le prove dichiarative disponibili, quali e quante rinnovare, la Corte rievoca la *sole or decisive rule* del caso *Al-Khawaja*, che è evidentemente una regola il cui funzionamento traspare dalla motivazione di una decisione, cfr. soprattutto Corte Edu, Sez. IV, 27 giugno 2017, *Chiper v. Romania*, ric. n. 22036/10, § 68; v. Corte Edu, (GC), 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, ric. n. 26766/05, 22228/06 e Corte Edu, (GC), 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili v. Germany*, ric. n. 9154/10.

¹¹ Così la *dissenting opinion* del presidente Karakaş in Corte Edu, Sez. II, 26 aprile 2016, *Kashlev v. Estonia*, cit., § 9; ma, tra le molte che discorrono di obbligo officioso, v. Corte Edu, Sez. III, 9 aprile 2013, *Flueraş v. Romania*, ric. n.17520/04, § 60.

pubblica udienza, non formulando alcuna richiesta di prova; Lorefice aveva invece addirittura rilasciato spontanee dichiarazioni.

Da una prospettiva convenzionalmente orientata, ne discende che se l'imputato manifesta inequivocabilmente l'intenzione di rinunciare ad avvalersi di certe garanzie ricomprese nella nozione di fair hearing (come, nel caso *Kashlev*, la partecipazione all'udienza dibattimentale, art. 6, § 1, CEDU), l'aspetto critico dell'accertamento processuale si sposta dal “principio d'immediatezza” alla “forza del ragionamento”, dal “diritto a confrontarsi direttamente con le fonti d'accusa” al “diritto ad una valutazione razionale delle prove a disposizione”.

Ricondotte ad una *ratio* comune, le più recenti decisioni della Corte europea puntano quindi pragmaticamente l'attenzione sul fatto che se una specifica richiesta istruttoria, i motivi d'impugnazione, ovvero – più in generale – le scelte processuali dell'imputato, non evidenziano che il groviglio da sciogliere sta nella valutazione di attendibilità assegnata ai testimoni, il giudice può ribaltare la decisione senza rinnovare; se invece tutto dipende da quella valutazione, invece, la rinnovazione è sempre obbligatoria, sia che la parte non l'abbia espressamente chiesta¹², sia che – pur avendola richiesta – non gli sia stata precedentemente accordata¹³.

Quando un'impugnazione di merito discute aspetti collegati all'esercizio del diritto al confronto inteso in senso lato¹⁴, non c'è modo di sostituire la motivazione alla rinnovazione: si sottrarrebbe all'imputato la prerogativa di osservare (e far osservare al giudice) le reazioni del testimone alle sue domande.

3. Il concetto di “motivazione rafforzata”.

Fedele a quella tradizione illuministica che identifica nella condanna penale un atto di pura ragione¹⁵, parte della Cassazione – come abbiamo detto – coltiva un'idea in parte differente: quando il ribaltamento della decisione in appello è frutto (anche, o solo) della rivalutazione di prove diverse da quelle dichiarative, basta una “motivazione rafforzata”, e non è necessaria la rinnovazione del dibattimento¹⁶. Spesso si dice infatti che una diversa valutazione dell'attendibilità *estrinseca* delle testimonianze – ossia degli elementi di con-

¹² Corte Edu, Sez. I, 27 giugno 2000, *Constantinescu v. Romania*, ric. n. 28871/95, § 58.

¹³ Corte Edu, Sez. II, 18 maggio 2004, *Destrebem v. France*, ric. n. 56651/00, § 37.

¹⁴ Ossia, come lo descrive analiticamente la stessa Corte europea nell'ottica delle violazioni che interessano il ribaltamento della decisione in seconda istanza, la «possibilità per l'accusato di confrontarsi con i testimoni in presenza di un giudice che deve decidere definitivamente sul merito [...] di contestarli e interrogarli» (*ex multis*, Corte Edu, Sez. II, 26 aprile 2016, *Kashlev v. Estonia*, cit., § 47). È però vero che il caso *Kashlev* continua a stupire nella misura in cui ciò che la Corte d'appello estone ha fatto è una rivalutazione sulle carte dell'attendibilità *intrinseca* delle testimonianze in atti.

¹⁵ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bologna, 2008, 551 ss.

¹⁶ In questo senso, con diverse sfumature, Cass., Sez. VI, 3 novembre 2011, n. 40159, in *C.E.D. Cass.*, n. 251066; Cass., Sez. IV, 25 gennaio 2013, n. 4100, *ivi*, n. 254950; Cass., Sez. IV, 18 febbraio 2014, n. 7597, *ivi*, n. 259127; Cass., Sez. V, 16 aprile 2014, n. 16975, *ivi*, n. 259843; Cass., Sez. I, 31 luglio 2014, n. 34032, *ivi*, n. 261086; Cass., Sez. VI, 4 maggio 2015, n. 18456, *ivi*, n. 263944; Cass., Sez. III, 14 settembre 2015, n. 44006, *ivi*, n. 265124; Cass., Sez. VI, 6 ottobre 2015, n. 47722, *ivi*, n. 265879; Cass., Sez. II, 16 ottobre 2015, n.

torno che condividono lo stesso *thema probandum* delle prove dichiarative – è sempre possibile; quello che non è mai consentito è solo una diversa valutazione dell’attendibilità *intrinseca*¹⁷.

Come abbiamo visto, però, il richiamo della Cassazione alla “forza del ragionamento” nel caso *Lorefice* era del tutto fuori luogo: secondo la Corte europea, in appello non è possibile correggere alcun aspetto relativo alla valutazione di attendibilità dei testimoni; finché non riapriamo il dibattimento, ad un giudizio del genere manca sempre la premessa che ne garantisce la validità (ossia, l’osservazione diretta delle reazioni del dichiarante).

Visto in un’ottica interna, lo scontro tra queste diverse concezioni obbliga perciò a ridimensionare parte della “dottrina della motivazione rafforzata” fin qui elaborata dalla Cassazione. A sentire la sentenza *Lorefice*, non è infatti più possibile parlare di “motivazione rafforzata” – nel senso di motivazione in grado di giustificare il ribaltamento senza rinnovazione – ogni volta che il giudice d’appello, ricombinando gli elementi di prova a sua disposizione, ritiene che i testimoni non siano attendibili (o inattendibili) come ritenuto in primo grado e modifica la decisione senza aver riaperto il dibattimento.

In casi del genere, per quanto il giudice d’appello stia solo sfruttando il suo libero convincimento per trarre dalle prove disponibili una diversa ricostruzione dei fatti, i risultati probatori ottenuti dalle testimonianze vengono di fatto rideterminati in base a massime d’esperienza non “sperimentate” in contraddittorio. L’esempio tipico sta proprio nel caso *Lorefice*: in primo grado, la vittima era stata ritenuta inattendibile per aver esitato nel produrre le prove a sua disposizione; in appello, riletti gli altri elementi di contorno e reinterpretata l’esitazione, il giudice l’aveva ritenuta attendibile perché “tutti i minacciati dalla mafia sono omertosi”. In un processo equo – dice la Corte europea – la diversa interpretazione dell’esitazione avrebbe dovuto svolgersi in contraddittorio, senza permettere alla motivazione di *sostituire* la rinnovazione.

Alla luce del caso *Lorefice* l’uso linguistico di “motivazione rafforzata” che andrebbe bandito è quindi quello con cui si definisce la motivazione che, rileggendo altri elementi di prova e *invertendo* il giudizio di attendibilità di una testimonianza, ne ridetermina i risultati probatori. Ossia, com’era già stato evidenziato in dottrina, una diversa motivazione in tema di “attendibilità estrinseca”: «se una prova dichiarativa che ha concorso a giustificare una decisione assolutoria mantiene un (qualsiasi) peso anche nella motivazione della sentenza d’appello, il diverso apprezzamento di elementi probatori esterni e di contorno

41736, cit.; Cass., Sez. V, 28 giugno 2016, n. 45047, non massimata; Cass., Sez. V, 14 settembre 2016, n. 1691, non massimata; Cass., Sez. II, 1 dicembre 2016, n. 54717, non massimata.

¹⁷ Cioè quella valutazione che si svolge tipicamente tramite l’osservazione dell’«espressione del volto o un tremito nervoso o un’esitazione nel parlare» (F. CORDERO, *Procedura penale*⁵, 1985, 956). Cfr. G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del) – II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, Agg., vol. VIII, Roma, 2001, 4 ss.

alla stessa prova dichiarativa, non può non comportare anche una ri-valutazione dell’attendibilità di quest’ultima»¹⁸.

4. Il nuovo art. 603, comma 3-bis, e il concetto di “attinenza”.

Per una volta il legislatore è stato più tempestivo della giurisprudenza, estinguendo, nel lessico del codice, questo genere di problemi interpretativi. Oggi, la rinnovazione del dibattimento è infatti obbligatoria *in ogni caso* di appello del p.m. contro il proscioglimento «per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa» (art. 603, comma 3-bis, c.p.p.).

La dottrina che si è occupata più da vicino della nuova norma ha notato che il sintagma “motivi attinenti alla valutazione della prova” è assai stringente, e costringe alla rinnovazione sia che l’appello critichi *direttamente* l’attendibilità delle prove dichiarative, sia che la critichi *indirettamente*, guardando cioè ad «altri elementi di contorno, ritenuti dai diversi giudici ora in sintonia ora in opposizione con la testimonianza»¹⁹. Ciò che il giudice d’appello può ancora fare senza rinnovare è solo ricombinare gli elementi a sua disposizione e ribaltare la decisione, senza però modificare di un millimetro la valutazione di attendibilità delle prove dichiarative operata in primo grado: ipotesi che in dottrina viene ultimamente definita “rivalutazione logica”²⁰, e che anche la Corte europea ha in qualche modo convalidato nel citato caso *Kashlev*.

Purtroppo, l’insopprimibile vaghezza del linguaggio normativo potrebbe ancora consentire alla giurisprudenza di contrabbandare una rivalutazione dell’“attendibilità estrinseca” (vietata senza una nuova escussione) come “rivalutazione logica” (permessa *ex actis*): se la nozione di “attinenza” viene intesa in senso strettissimo, si potrebbe ritenere non “attinente alla valutazione della prova dichiarativa” il motivo d’appello che – pur chiedendo di modificare la valutazione di una prova dichiarativa – verte su elementi di contorno alla testimonianza stessa.

¹⁸ P. BRONZO, *Condanna in appello e rinnovazione della prova dichiarativa*, in *Arch. pen.*, 2015, f. 1, 241. Così anche A. CAPONE, *Dopo Dan*, cit., 1016, nt. 24; I. REDAELLI, *La condanna in appello dell’imputato assolto, fra antinomie di sistema, principi europei ed interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Arch. pen. on line*, 12 dicembre 2014, 5 ss.; S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2014, f. 3/4, 253; V. MARCHESE, *La reformatio in peius della sentenza di assoluzione tra vincoli europei e diritto all’equo processo*, in *Arch. pen. on line*, 26 giugno 2013, 7 – 8; C. SCACCIAOCE, *Riforma in peius della sentenza di assoluzione senza rinnovare la prova orale: una decisione che fa discutere*, in *Arch. pen. on line*, 11 gennaio 2013, 1 ss.

¹⁹ P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della Riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1268.

²⁰ Cfr. P. FERRUA, *loc. ult. cit.*; P. BRONZO, *La nuova ipotesi di rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale in appello*, in *Le recenti riforme in materia penale*, G.M. BACCARI, C. BONZANO, K. LA REGINA, E. MANCUSO (a cura di), Padova, 2017, 418 ss.; V. AIUTI, *Obbligo di rinnovazione e prova dichiarativa*, in A. MARANDOLA, T. BENE (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Milano, 2017, 252 – 253; S. TESORIERO, *Riforma della sentenza e riapertura dell’istruttoria in appello*, in *Arch. pen. on line*, 4 settembre 2017, 2 ss.

Ad espungere quest'uso della nozione di "attinenza" nell'art. 603 c.p.p. soccorre però ancora una volta l'insegnamento contenuto nella sentenza *Lorefice*: così come non si può eludere l'obbligo di rinnovazione con una motivazione "rafforzata" sull'"attendibilità estrinseca" di una testimonianza, così si deve ritenere "attinente alla valutazione della prova dichiarativa" il motivo con cui l'appellante, pur discutendo sugli elementi di contorno, propone una diversa valutazione di attendibilità della prova dichiarativa controversa. In entrambe le evenienze, di nuovo, la motivazione non può sostituire la rinnovazione, perché la questione controversa (l'attendibilità della testimonianza) è risolvibile solo dopo che l'imputato ha chiesto conto direttamente al testimone delle "nuove" incongruenze.

5. Conclusioni.

È ancora difficile misurare la resistenza di questi nuovi equilibri nella prassi: in appello, il vantaggio di sostituire una "motivazione rafforzata" alla rinnovazione del dibattimento – anche tralasciando momentaneamente il suggestivo sfondo iper-razionalistico – sta nella sua ovvia economicità²¹; disporre in ogni caso la rinnovazione del dibattimento rafforza invece l'idea romantica di una giustizia amministrata in diretta, "sotto l'albero"²², che però è anche processualmente costosa.

Entrambe le dimensioni devono quindi trovare la loro giusta cittadinanza, nell'architettura di un processo penale; ma su due aspetti non possiamo fare confusione.

In primo luogo, che i testimoni vadano sempre rinnovati, non vuol dire che sia vietato ribaltare una decisione senza rinnovazione: finché non discutiamo di "attendibilità", una motivazione migliore in secondo grado può emendare qualsiasi errore ricostruttivo del primo giudice; è a questo che serve, storicamente, l'appello²³.

Il secondo aspetto è invece già più discutibile, ma il lettore più attento potrebbe averlo intuito: nel corso di queste note – se non per illustrare l'opinione della Cassazione – non abbiamo mai parlato di "ribaltamento del proscioglimento", nonostante l'art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p. sia oggi tarato su questa ipotesi. Spesso, infatti, il problema cognitivo alla base del ribaltamento in appello prescinde dal *segno* della decisione che vorremmo ribaltare: da un punto di vista cognitivo, rivalutare "sulle carte" l'attendibilità di un testimone è tanto iniquo se trasformiamo un proscioglimento in una condanna, quanto è iniquo se trasformiamo una condanna in un proscioglimento²⁴. Anche la Corte europea si è ben guardata

²¹ V. L. ROCCATAGLIATA, *La rinnovazione in appello*, loc. ult. cit.

²² V. G. FOSCHINI, *La giustizia sotto l'albero e i diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, 300.

²³ Cfr. L. MORTARA, voce *Appello civile*, in *Dig. it.*, vol. III, p. 2^a, Torino, 1890, 447 – 452.

²⁴ La Cassazione ha infatti di recente rimesso alle Sezioni Unite proprio questa questione: è obbligatorio rinnovare il dibattimento anche in caso di ribaltamento della condanna? V. Cass., Sez. II, 20 giugno 2017, n. 41571, in *Dir. pen. cont. On line*, 19 ottobre 2017, con nota di H. BELLUTA, *Oltre Dasgupta o contro Dasgupta? Alle Sezioni Unite decidere se la rinnovazione è obbligatoria anche in caso di overturning da condanna a proscioglimento* e in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 11 ss., con nota di L. ROCCATAGLIATA, *La rinnovazione in appello della istruzione dibattimentale: la Cassazione demolisce i (pochi) approdi sicuri cui era giunta la Legge Orlando*; e, storicamente, Cass., Sez. II, 23 luglio 2014, n. 32619, in *Giur. It.*, 2014, 2590, con nota di G. SPANGHER, *Riforma in appello*

dal generalizzare, ripetendo da sempre che a dover risentire di persona i testimoni controversi sono «coloro che hanno la responsabilità di decidere sulla *colpevolezza o l'innocenza* dell'imputato»; E, dopotutto, l'intera giurisprudenza europea origina dal celebre caso *Ekbatani*, in cui in appello è stata *confermata* una decisione di condanna²⁵.

Se l'obiettivo è consentire al giudice di misurare la resa del testimone alle pressioni del controesame, insomma, non c'è un argomento che impedisca di applicare la regola *Dan* anche in caso di ribaltamento della condanna; nemmeno il tanto evocato “ragionevole dubbio”²⁶.

È vero che, *in sede decisoria*, prosciogliere è più facile che condannare. Ma è anche vero che il dovere di proscioglimento non scatta in presenza di qualsiasi dubbio relativo all'attendibilità dei testimoni; serve un dubbio almeno “ragionevole”, rispetto al quale disponiamo di riscontri empirici.

A voler ricavare un comando *istruttorio*, dalla soglia della condanna, dovremmo piuttosto ritenere “indecidibile allo stato degli atti” (art. 603 c.p.p.) qualsiasi critica relativa alla valutazione di attendibilità delle prove dichiarative poste alla base della decisione di primo grado di cui occorre verificare – appunto – la “ragionevolezza”.

Una sentenza d'appello che – ad esempio – confermasse la condanna di primo grado senza rinnovazione, screditando “sulle carte” la diversa ipotesi ricostruttiva proposta con l'atto d'impugnazione, non supererebbe la soglia dell'art. 533 c.p.p. Il verbale di una dichiarazione non offre infatti *alcuna* conferma che un testimone, messo di fronte a nuove contraddizioni, non suderebbe, non balbutterebbe, non si confonderebbe, compromettendo così la sua credibilità²⁷.

Il rischio da evitare, per nulla apparente, è che la decisione di primo grado venga confermata senza inscenare il contraddittorio – negando così all'imputato ogni possibilità di provare la sua doglianza – perché il giudice sente ormai sollevato dall'obbligo di rinnovazione, che, si dice, è prescritto solo per condannare *dopo un primo proscioglimento*.

VALERIO AIUTI

(*proscioglimento vs. condanna*) e principio di immediatezza; L. PARLATO, *Ribaltamento della sentenza in appello. Occorre rinnovare la prova orale anche per la riforma di condanna?*, in *Arch. pen. on line*, 20 aprile 2015, 1 ss.; A. FIASCHI, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello per riformare la condanna di primo grado*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 871 - 872.

²⁵ Corte Edu, (Plen.), 26 maggio 1988, *Ekbatani v. Sweden*, ric. n. 10563/83, §§ 12 - 14.

²⁶ Come noto, è attorno al canone del “ragionevole dubbio” che ruota l'obbligo di rinnovazione, nell'idea delle Sezioni Unite, v. Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 52 ss., con nota di A. CAPONE, *Prova in appello*, cit., e Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2017, n. 18620, Patalano, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1439 ss., con nota di V. AIUTI, *Condanna in appello*, cit., e in *Cass. pen.*, 2017, 2679, con nota di R. APRATI, *Overturning sfavorevole in appello e mancanza del riesame*.

²⁷ Vale la solita precisazione: in realtà, non è che il verbale di una testimonianza non offre *alcuna* conferma che la critica sull'attendibilità del testimone sia “falsa”, ne offre *un grado troppo basso*, incompatibile col mantenimento della soglia penale della condanna, cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. CICU, F. MESSINEO (già diretto da), cont. da L. MENGONI, vol. III, t. 2, sez. I, Milano, 1992, 237 ss.

