

**CONFRONTO DI IDEE SU:
LA RIFORMA DELLA PRECEDENTE ASSOLUZIONE
PROSPETTIVE DI INDAGINE**

ANNALISA MANGIARACINA

***Dan v. Moldavia 2: la rinnovazione in appello
tra itinerari sperimentati e cedimenti silenziosi***

La Corte europea dei diritti umani, a distanza di diversi anni, è intervenuta nuovamente sul caso *Dan v. Moldavia*: una pronuncia che ha avuto un significativo impatto sul nostro giudizio di appello. L'interrogativo di fondo è se in seguito a questo secondo arresto ci si debba attendere una ulteriore "scossa".

Dan v. Moldova no. 2: the re-examination of appeal between tested routes and silent failures

After several years, the European Court of Human Rights comes back on the case of Dan v. Moldova: a judgment that has had a significant impact on our appeal process. The key question is whether a new shock wave is to be expected by this further ruling.

SOMMARIO. 1. *Dan v. Moldavia*: il primo tempo. - 2. *Dan v. Moldavia 2*: il secondo tempo. - 3. L'immediatezza in appello, tra regola ed eccezioni. - 4. La prova sola o "determinante". - 5. La rinnovazione parziale e il vizio di motivazione. - 6. La prova non rinnovata "decisiva". - 7. Le opinioni concorrenti: verso la motivazione "rafforzata"? - 8. I contraccolpi.

1. *Dan v. Moldavia: il primo tempo.* Ancorché non sia tuttora cessata l'eco delle affermazioni contenute nella sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo nella causa *Dan v. Moldavia*¹, ecco un secondo intervento: *Dan v. Moldavia 2*². Con una motivazione stavolta a più ampio spettro, i giudici europei hanno riscontrato una nuova violazione dell'art. 6 § 1 Cedu nell'ambito del giudizio di appello celebrato per rimediare ai vizi accertati nel 2011. Una decisione che, seppure assunta all'unanimità, presenta profili di interesse anche per le opinioni concorrenti di alcuni giudici.

Per meglio cogliere la differenza rispetto al primo tempo, si impone anzitutto

¹ Corte EDU, 5 luglio 2011, *Dan v. Moldavia*, sulla quale v., anche in chiave di ricadute sul giudizio di appello italiano, le riflessioni di GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio di appello. L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il p.m. impugna l'assoluzione*, in questa Rivista, 2012, 2. Per un quadro sull'evoluzione giurisprudenziale europea v. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della Cedu*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, n. 3-4, 242.

² Corte EDU, 10 novembre 2020, *Dan v. Moldavia* (n. 2). Per un primo commento v. GAETA, *Quando l'assoluzione viene riformata in condanna: le regole minime europee su prove e regole di giudizio nelle impugnazioni penali*, in questa Rivista web, 2020, 3; GAITO, *Ancora alla ricerca di un passaggio a Nord-Ovest...oltre il giudizio d'appello*, *ivi*, il quale analizza in modo specifico le ricadute sul giudizio di rinvio; GIUNCHEDI, *In claris non fit interpretatio. "Dan v. Moldavia 2" impone rinnovazioni effettive*, *ivi*; MORI, *A volte ritornano: Dan contro Moldavia e il cortocircuito della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello, tra principi consolidati e nuove tentazioni cartolari*, in *Giur. pen.*, 12, 2020.

uno sguardo indietro. Com'è noto, con quella prima pronuncia³, inaugurando un indirizzo evolutivo, i giudici europei, nell'applicare i principi del giusto processo al giudizio di secondo grado, avevano dato nuova linfa all'immediatezza, declinandola secondo una dimensione "soggettiva" tipicamente convenzionale⁴.

Seguendo un approccio consolidato, per comprendere come l'art. 6 Cedu operi nei giudizi di impugnazione occorre esaminare la tipologia di processo nel quale l'appello si colloca, rilevando, da un lato, la struttura dell'intera procedura, e, dall'altro, il compito assegnato al giudice del gravame. Allorché, dunque, il secondo organo giudicante sia chiamato a riesaminare il caso sia in fatto sia in diritto, avendo il potere di decidere in merito all'innocenza o alla responsabilità penale dell'imputato, non è possibile «*properly determine those issues without a direct assessment of the evidence*».

Queste affermazioni costituiscono la premessa per il più significativo e ulteriore passaggio: ossia il riconoscimento della non conformità al "fair trial" del processo che, in sede di appello, conduca alla condanna dell'imputato, in precedenza assolto, sulla base di una rivalutazione esclusivamente cartolare dell'attendibilità delle testimonianze assunte nel primo grado⁵ senza passare attraverso la diretta audizione dei testi. Essendo la valutazione sulla credibilità un'operazione "complessa", che non può esaurirsi nella mera lettura solitaria delle dichiarazioni verbalizzate⁶, coloro che hanno la responsabilità di decidere sulla colpevolezza o innocenza di un accusato dovrebbero, "in linea di principio", essere in grado di ascoltare personalmente i testimoni per valutarne al meglio la credibilità. Così fissata la regola, non si escludo-

³ Come sottolineato da GAITO, *Vecchio e nuovo a proposito della rinnovazione in appello*, in *questa Rivista*, 2015, 3, 7, in realtà già sin dagli anni '70, la Corte europea aveva affrontato la questione della *reformatio in peius* in appello di una sentenza di assoluzione, senza rinnovazione della prova.

⁴ Per questa sottolineatura AIUTI, *Il principio d'immediatezza tra Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento interno*, in *Cass. pen.*, 2014, 3965, il quale evidenzia come la concezione convenzionale di immediatezza sia «una sorta di conclusione naturale della tutela effettiva dei diritti ad essere sentiti in pubblica udienza, convocare e interrogare i propri testimoni a discarico e controinterrogare personalmente i propri accusatori». Sul tema v. le riflessioni di LA ROCCA, *Quale immediatezza, ora?*, in *questa Rivista*, 2020, 3.

⁵ Nel caso di specie si trattava della fonte principale di accusa a carico dell'imputato.

⁶ Cfr., tra le tante, Corte EDU, 26 giugno 2012, Găitanăru v. Romania; Corte EDU, 24 luglio 2012, D.M.T. e D.K.I. v. Bulgaria; Corte EDU, 5 marzo 2013, Manolachi v. Romania; Corte EDU, 4 giugno 2013, Hanu v. Romania; Corte EDU, 5 settembre 2015, Moimescu v. Romania; Corte EDU, 22 settembre 2015, Nitulescu v. Romania; Corte EDU, 5 luglio 2016, Lazu v. Repubblica di Moldavia; Corte EDU, 28 febbraio 2017, Manoli v. Repubblica di Moldavia; Corte EDU, 29 giugno 2017, Loreface c. Italia.

no tuttavia delle eccezioni legate alla impossibilità ora fisica (morte)⁷, ora giuridica (privilegio contro l'autoincriminatione)⁸ di ascoltare il testimone di persona in appello.

Da quella pronuncia ha preso l'avvio il processo, ad oggi *in itinere*, di edificazione di uno statuto convenzionale della rinnovazione in appello della prova dichiarativa, orientato dal binomio oralità-immediatezza, le cui onde d'urto sono ancora visibili, come dimostra una recente condanna contro l'Italia⁹. È da dire che in occasioni successive, nel ribadire i principi fin qui tracciati, la Corte europea - quasi a volere dissipare ogni possibile ombra¹⁰ - si è spinta pure oltre, rimarcando l'insufficienza della motivazione "rafforzata" nel caso di ribaltamento dell'assoluzione. Così, nella decisione *Lorefice v. Italia*¹¹, la prima contro il nostro Stato, si è escluso che un controllo approfondito della motivazione della sentenza di primo grado possa dispensare il giudice di appello dal suo obbligo di sentire personalmente i testimoni le cui dichiarazioni costituiscano il principale elemento a carico. E ciò quando tale giudice si appresti a interpretare le stesse dichiarazioni in maniera sfavorevole per l'imputato e completamente diversa rispetto a quella del giudice di primo

⁷ Corte EDU, Grande Camera, 15 dicembre 2011, Al-Khawaja e Tahery v. Regno Unito, § 153. Tra i tanti v. ZACCHE, *Il diritto al confronto nella più recente giurisprudenza di Strasburgo e i riflessi sul sistema italiano*, in CHINNICI-GAITO (a cura di), *Regole europee e processo penale*, II ed., Milano, 2018, 257 ss.

⁸ Corte EDU, 5 dicembre 2002, Craxi v. Italia, § 86.

⁹ Corte EDU, 22 ottobre 2020, Tondo v. Italia.

¹⁰ Ci si riferisce a quanto affermato in Corte EDU, 26 aprile 2016, Kashlev v. Estonia, § 51: «*In conclusion, given that the applicant unequivocally waived his right to take part in the Court of Appeal hearing, that the defence was able to put questions to the witnesses before the first-instance court in proceedings the compatibility of which with the fair trial guarantees enshrined in Article 6 §§ 1 and 3 (d) has not been put into question, that the applicant, who was assisted by a lawyer, did not request the examination of witnesses at the appellate court's hearing, that the Court of Appeal followed the requirement of domestic law to provide particularly thorough reasoning for departing from the assessment given to the evidence by the first-instance court, including the indication of mistakes made by it, and that an appeal against the Court of Appeal judgment to the country's highest court allowed the latter to verify whether the requirements of domestic law, including those of a fair trial, had been met, the Court finds that the applicant's right to a fair trial was not breached in the present case*». V., anche Corte EDU, 27 giugno 2017, Chipper v. Romania, §§ 63 ss., relativa ad un caso in cui la sentenza di primo grado era stata ribaltata a seguito della rinnovazione di alcuni testimoni, riconoscendo come l'obbligo di riaprire l'istruttoria non possa automaticamente estendersi a tutte le prove dichiarative in atti, potendo il giudice valutare sempre - con opportuna motivazione - il «valore probatorio» delle prove da rinnovare. Secondo CERESA GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2017, 3, 166, pronunce di tal fatta evidenziano la mancanza di "rigidità" della giurisprudenza europea sul tema della rinnovazione in appello.

¹¹ V., in particolare, Corte EDU, 29 giugno 2017, Lorefice c. Italia, cit. Per un ampio commento v. BIONDI, *Tanto tuonò che piovve! 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, 4557.

grado.

In quella pronuncia la Corte, peraltro, diversamente dal caso *Dan v. Moldavia*, previo riconoscimento di un ristoro economico per il danno subito, rammentava la strada da percorrere per riparare alla violazione qualora un soggetto sia stato condannato all'esito di un giudizio "unfair"¹²: un nuovo processo o una riapertura del procedimento nazionale. Sul versante italiano, il rimedio per violazioni di questo genere è lo strumento invero fluido della revisione "europea": ancora in attesa, dalla sentenza additiva della Corte costituzionale del 2011, di uno statuto normativo¹³. Circostanza, questa, non priva di risvolti sul piano applicativo.

2. *Dan v. Moldavia 2: il secondo tempo*. La decisione della Corte europea dello scorso novembre si inserisce proprio all'esito del nuovo giudizio interno celebrato per ristabilire l'equità violata. Giova, ai fini di una migliore comprensione, una breve sintesi della vicenda processuale. Su richiesta del ricorrente, vittorioso a Strasburgo, la Corte Suprema di giustizia moldava annullava le sentenze nazionali che ne avevano dichiarato la colpevolezza e ordinava un nuovo giudizio avverso la condanna pronunciata nel 2006. La Corte di appello moldava, all'esito della celebrazione del processo, previa parziale rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, nel 2013, considerava nuovamente l'imputato colpevole. Nello specifico, i giudici avevano proceduto all'audizione dell'imputato e di tre dei sette testimoni già ascoltati in primo grado, tutti agenti di polizia giudiziaria coinvolti nell'operazione sottocopertura contro l'imputato i quali, però, avevano reso dichiarazioni parzialmente contrastanti con quelle del primo giudizio. Si era, invece, omesso di assumere la testimonianza della principale fonte d'accusa (C.) - quale soggetto che aveva consegnato il denaro oggetto della corruzione - perché nel frattempo deceduto, e degli altri tre testimoni per ragioni non specificate nella decisione. In relazione a tali fonti di prova, i decidenti si erano limitati a leggere le dichiarazioni rese davanti all'organo di prime cure. Inoltre, a fondamento della condanna era stato posto il video

¹² Affermazioni di analogo tenore le troviamo in Corte EDU, 22 settembre 2015, Nîțulescu v. Romania, cit., § 65.

¹³ Corte cost., n. 113 del 2011. Sul tema v., per tutti, GERACI, *Sentenze della Corte E.D.U. e revisione del processo penale. I. Dall'autarchia giudiziaria al rimedio straordinario*, Roma, 2012; LAVARINI, *Il sistema dei rimedi post-iudicatum in adeguamento alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2019; PARLATO, *Revisione del processo iniquo: la Corte costituzionale "getta il cuore oltre l'ostacolo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 839 ss.

che riproduceva l'operazione di polizia culminata nella consegna del denaro oggetto della presunta corruzione, nonostante la mancata visione del filmato, frattanto perduto.

La Corte Suprema di Giustizia, adita per violazioni di diritto, respingeva il ricorso avverso la condanna e confermava la decisione di secondo grado, rilevando come la Corte di appello non avesse proceduto all'esame di quattro dei sette testimoni originari, in quanto uno era morto e l'altro irrintracciabile. Evidenziava altresì come né il ricorrente né il procuratore avessero obiettato sulla mancata audizione degli altri testimoni. Da qui il secondo ricorso a Strasburgo, anch'esso vittorioso.

3. *L'immediatezza in appello, tra regola ed eccezioni.* Nell'enunciare i principi generali che saranno poi oggetto di applicazione al caso concreto, la Corte di Strasburgo si muove dapprima entro percorsi giurisprudenziali ampiamenti consolidati, alimentati dalla logica dei diritti "concreti ed effettivi".

L'equità processuale declinata all'art. 6 § 1 Cedu comprende, tra gli altri, il diritto delle parti di sottoporre al giudice ogni osservazione ritenuta rilevante per il caso e ciò richiede che il tribunale sia posto nelle condizioni di procedere all'ascolto effettivo; e, ancora, include l'obbligo per le corti nazionali di motivare adeguatamente i provvedimenti emanati, specificando le ragioni sottese al convincimento. Ancorché non sia richiesta una risposta dettagliata ad ogni argomento dedotto, la parte deve aspettarsi una specifica ed espressa replica a tutte le osservazioni che siano decisive per la soluzione del caso.

Un posto di rilievo, pur in assenza di un espresso riconoscimento nel *corpus* convenzionale, occupa poi il principio di immediatezza, considerato che le osservazioni dei giudici sulla credibilità di un testimone possono avere importanti conseguenze per l'imputato. Sicché, un cambiamento nella composizione del tribunale dopo l'audizione di un testimone "importante"¹⁴ dovrebbe "normalmente" portare al riascolto di quel testimone¹⁵: una regola che, tuttavia, è noto ammette delle deroghe¹⁶.

Quando poi ci si accosti al giudizio di appello, ecco che l'immediatezza si

¹⁴ Corte EDU, 12 marzo 2020, Chernika v. Ucraina, § 48. Sul tema v. CASIRAGHI, *Art. 6 Cedu*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Ubertis, Viganò, Torino, 2016, 225 ss.

¹⁵ Cfr. Corte EDU, 9 luglio 2002, P.K. v. Finlandia; Corte EDU, 12 marzo 2020, Chernika v. Ucraina, cit., § 47.

¹⁶ Di recente, per una sintesi sul punto, v. AIUTI, *Mutamento del giudice e diritto al confronto: una falsa analogia del diritto al confronto*, in *Cass. pen.*, 2019, 3750 ss.

manifesta con maggiore forza propulsiva, quale garanzia a presidio dell'equità della decisione: si riafferma quel divieto di *overturning* in senso sfavorevole, a fronte di una pronuncia assolutoria, senza che si sia proceduto da parte del giudice ad un nuovo esame delle prove, compresi l'audizione dei testimoni e il loro controinterrogatorio da parte della difesa¹⁷. Eppure, nel caso di specie vi era un elemento che avrebbe potuto giustificare la mancata audizione: il consenso manifestato dal ricorrente o, meglio, il suo non opporsi alla lettura in appello delle dichiarazioni rese dai testimoni assenti durante il giudizio.

Prevedibile la risposta della Corte: se l'obiettivo del giudice di seconde cure quale organo di merito¹⁸ è garantire un processo equo, ristabilendo l'oralità necessaria, ne deriva l'onere di adottare tutte le misure positive per ascoltare i testimoni assenti, nonostante la mancata richiesta in tal senso¹⁹. La prospettiva è chiara: la rinnovazione, imponendo il contatto diretto tra il giudice che decide e la fonte di prova, trascende la volontà "acquisitiva" della parte, richiedendo un doveroso intervento *ex officio* da parte del giudice del merito. Ne va della correttezza dell'accertamento. È da domandarsi se in questo argomentare non sia possibile cogliere la presa di coscienza di una concezione "multiforme" dell'immediatezza, che va oltre quel diritto "soggettivo" al confronto con il proprio accusatore che promanava dalla precedente decisione²⁰. Merita di essere rammentato come l'immediatezza si coaguli attorno a tre elementi fondamentali: «quello

¹⁷ Corte EDU, 5 luglio 2011, Dan v. Moldavia, cit., § 33; Corte EDU, 4 giugno 2013, Hanu v. Romania, cit., § 40; Corte EDU, 5 luglio 2016, Lazu v. Repubblica di Moldavia, cit., § 43.

¹⁸ Su questo profilo v. Corte EDU, 16 luglio 2019, Jūlius Pör Sigurpörsson v. Islanda, § 36.

¹⁹ Corte EDU, 5 marzo 2013, Manolachi v. Romania, cit., § 50; Corte EDU, 4 giugno 2013, Hanu c. Romania, cit., § 37.

²⁰ Per questa chiave di lettura v. MAZZA, *Immediatezza e crisi sanitaria*, Relazione al XXXIV Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale sul tema "L'immediatezza nel processo penale", 28 novembre 2020. Secondo BELLUTA-LUPARIA, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale fra legge e giurisprudenza. Punti fermi ... e no*, in www.sistemapenale.it, 20 novembre 2019, 6, nelle pronunce in tema di *overturning* in appello di un proscioglimento in condanna, «è facile avvedersi subito di come la Corte europea sia andata oltre l'idea dell'oralità quale voce del diritto soggettivo dell'imputato a confrontarsi con le fonti d'accusa, svelando un volto in certa misura "oggettivo" della garanzia: il *fair trial* richiederebbe, in altre parole, che ogni *fresh determination of the merits of the charge* fosse supportata da adeguati momenti di formazione della prova, così da permettere al giudice di saggiare senza mediazioni la credibilità delle fonti di prova». Un'ambiguità nella concezione "europea" dell'immediatezza è stata evidenziata da AIUTI, *Mutamento del giudice e diritto al confronto: una falsa analogia del diritto al confronto*, cit., 3757, con riferimento alla sentenza della Corte europea nel caso Famulyak v. Ucraina, dove non si comprende se il principio di immediatezza sia importante perché consente al giudice di farsi un'idea sull'attendibilità dei testimoni, oppure permette alle parti di dimostrare in contraddittorio l'erroneità di una certa valutazione.

soggettivo-spaziale, che si esplica nel contatto diretto tra il giudice e la fonte della prova e nell'identità del giudice che quella prova assume; quello temporale, altrimenti identificabile con la concentrazione; quello funzionale: l'immediatezza svolge il ruolo di mantenere la prova rappresentativa nel suo massimo di rappresentatività, riducendo ogni superflua mediazione tra oggetto della prova e soggetto che l'assume»²¹.

Sin qui il principio di immediatezza, suscettibile di eccezioni anche nel secondo grado di merito. Perché il testimone non partecipi al giudizio deve esservi però una "buona ragione": in assenza di coordinate normative, la precedente elaborazione giurisprudenziale ci rimanda, come sopra accennato, ad ostacoli di natura fisica (la morte o motivi di salute), o giuridica (il diritto a non rispondere).

Al di là di queste situazioni, che si traducono in impedimenti più o meno oggettivi, secondo parte della dottrina²², trattandosi di elencazione esemplificativa, si potrebbero aprire spazi anche alle esigenze di protezione del testimone c.d. vulnerabile, per escluderne la partecipazione. Profili di interesse su questo tema presenta una sentenza della Corte di Giustizia²³ relativa all'interpretazione di alcune disposizioni della direttiva 2012/29/UE²⁴. Nello specifico, si è affermato che gli artt. 16 e 18 «devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale ai sensi della quale, nel caso in cui la vittima di un reato sia stata sentita una prima volta dal collegio giudicante di un organo giurisdizionale penale di primo grado e la composizione di tale collegio sia successivamente mutata, detta vittima deve, in linea di principio, essere nuovamente sentita dal collegio di nuova composizione qualora una delle parti nel procedimento rifiuti che detto collegio si basi sul verbale della prima audizione». È vero che la Corte di Lussemburgo non esclude che la rinnovazione dell'audizione della vittima

²¹ In questi termini GAITO-LA ROCCA, *Il diritto al controllo nel merito tra immediatezza e ragionevole dubbio*, in GIUNCHEDI (a cura di), *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, Pisa, 2017, p. 410.

²² Così BELLUTA, *Overtuning the acquittal in appello e giusto processo: La Corte europea esige la rinnovazione della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 888.

²³ C. Giust., 29 luglio 2019, Gambino e altro, C-38/18. Non del tutto in linea appare un passaggio di una successiva sentenza della C. Giust., 22 ottobre 2020, GmbH & Co. KG, C-702/19 P, seppure relativa ad un ricorso di annullamento di una decisione amministrativa che aveva inflitto alle persone giuridiche un'ammenda per violazione delle regole di concorrenza dell'Unione. Al § 41 si afferma che «un'audizione orale non è l'unico mezzo per valutare la credibilità delle dichiarazioni di una persona. Il giudice può in particolare, a tal fine, basarsi su altri elementi di prova che confermino o, al contrario, contraddicano tali affermazioni».

²⁴ Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

possa essere omessa²⁵, dovendo l'autorità nazionale esaminare se quest'ultima «possa essere determinante ai fini del giudizio sull'imputato e accertarsi, con garanzie procedurali sufficienti, che la produzione delle prove nel contesto del procedimento penale non pregiudichi» l'equità del processo e i diritti della difesa. Ma una impostazione forse ancora più restrittiva è stata adottata dalla nostra Corte di Cassazione²⁶. Questa, nell'applicare l'art. 190 *bis* c.p.p. al giudizio di appello, non ha mancato di sottolineare come nel delimitare l'assunzione della prova in casi particolari, la norma includa l'ipotesi in cui il giudice o taluna delle parti ritengano necessaria l'audizione sulla base di specifiche esigenze. Ebbene, tra queste rientra quella in cui debba procedersi alla rinnovazione. Certamente, la vittima vulnerabile è soggetto meritevole di speciale cautela, ma ciò nel duplice significato della sua protezione e di quella dello stesso imputato, attesa l'esigenza della massima attenzione nella valutazione della prova dichiarativa. Sicché, anche la prova vulnerabile va rinnovata in appello, pur con le dovute cautele, suggerite dalla stessa Corte di Lussemburgo.

4. *La prova sola o “determinante”*. Guardando ancora oltre, la Corte europea, nel richiamare i principi generali, innesta un elemento di “discontinuità” con la precedente giurisprudenza, del quale in verità si può cogliere un germe nella sentenza *Chernika v. Ucraina*²⁷: in questa sede si è attuata una “combinazione” tra i principi elaborati in tema di immediatezza in appello e i criteri per l'ammissione al processo di testimonianze non assunte nel contraddittorio. Per effetto di questa interazione, l'assenza del testimone dal processo e la conseguente impossibilità di ascoltarne la viva voce, funzionale all'immediatezza, ci proietta verso la regola della prova “sola” (intesa come unica) o “determinante”²⁸, elaborata nei contesti dove

²⁵ Il profilo è evidenziato da BARGIS, *Il principio di immediatezza in caso di mutata composizione del giudice: dai responsi di Corte costituzionale, Sezioni Unite e Corti europee alle prospettive de iure condendo*, in *Sist. pen.*, 2020, 4, 59.

²⁶ Cass., Sez. III, 25 giugno 2019, n. 50774. In precedenza, già Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, n. 27620, § 8.6 del considerato in diritto.

²⁷ Corte EDU, 12 marzo 2020, *Chernika v. Ucraina*, cit., § 40 ss. Ancora prima v. Corte EDU, 2 maggio 2019, *Famulyak v. Ucraina*, § 37 ss.

²⁸ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 11 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery v. Regno Unito*, cit.; Corte EDU, Grande Camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili v. Germania*, § 123: «*Decisive evidence should be narrowly interpreted as indicating evidence of such significance or importance as is likely to be determinative of the outcome of the case. Where the untested evidence of a witness is supported by other corroborative evidence, the assessment of whether it is decisive will depend on the strength of the supporting evidence; the stronger the corroborative evidence, the less likely that the evidence of the absent witness will be treated as decisive.*»

i giudici nazionali avevano utilizzato a fini probatori testimonianze acquisite nella fase anteriore al dibattimento, in carenza pertanto del principio del contraddittorio.

Ancorché il caso esaminato sia diverso, avendo avuto il ricorrente la possibilità di ascoltare direttamente il testimone nel corso del primo grado di giudizio, la Corte ne estende l'applicazione anche alle situazioni nelle quali il rispetto dei principi del giusto processo richiede alla corte di appello di riascoltare i testimoni: un riascolto finalizzato ad assicurare un corretto esame del caso sulla base di una nuova e diretta valutazione della prova. Una notazione che non può non condividersi proprio per le intrinseche caratteristiche della prova dichiarativa, dotata di una duplice componente comunicativa “verbale” e “non verbale”, la cui valutazione non può esaurirsi nella pallida lettura di quanto restituisce il verbale. Risuonano, oggi nostalgicamente, le affermazioni della nostra Corte costituzionale che, nell'individuare la *ratio* della rinnovazione proprio nell'opportunità di mantenere un diretto rapporto tra giudice e prova dichiarativa, metteva in luce «la diretta percezione, da parte del giudice deliberante, della prova stessa nel momento della sua formazione, così da poterne cogliere tutti i connotati espressivi, anche quelli di carattere non verbale, particolarmente prodotti dal metodo dialettico dell'esame e del controesame»²⁹.

Tornando ai principi da applicare ai casi nei quali il teste d'accusa non abbia partecipato al processo ma le dichiarazioni in precedenza rese siano state ammesse come prova, questi, com'è noto, sono compendati nel c.d. “*Al-Khawaja test*”, oggetto di specificazioni nella giurisprudenza successiva. In particolare, i giudici sono chiamati ad affrontare tre questioni: a) se esistesse una buona ragione per la mancata partecipazione del testimone e per l'ammissione come prova delle dichiarazioni del teste assente; b) se la prova del testimone assente fosse l'unica o decisiva base per la condanna; c) se vi fossero sufficienti fattori di bilanciamento, comprese forti garanzie procedurali, idonei a compensare gli svantaggi causati alla difesa dall'ammissione della prova non verificata, così da garantire l'equità del processo.

Non vi è dubbio che i punti nodali di questa verifica scandita in tre tempi – sia pure non in sequenza obbligata – siano quelli relativi alla definizione della nozione di prova “determinante” o “decisiva” e all'individuazione delle garanzie procedurali³⁰, in funzione compensativa: un apprezzamento che spet-

²⁹ Corte cost., ord. n. 205 del 2020.

³⁰ C. VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza, oralità nella giurisprudenza della Corte e.d.u.*, in *questa Rivista*, 2016, n. 2, 33, rammenta come sia impensabile che la Corte europea in relazione alle “forti

ta alla corte di merito, secondo un approccio modulato alle caratteristiche del caso concreto.

5. *La rinnovazione parziale e il vizio di motivazione.* Entro questa cornice occorre muoversi per esaminare le specificità del secondo tempo della *never ending story Dan v. Moldavia*.

Come accennato, il giudizio di appello è stato parzialmente rinnovato mediante l'audizione di tre testimoni, tutti ufficiali di polizia giudiziaria: un dato non "neutro" già in sé. Questi soggetti, come evidenzia la Corte europea, durante l'esame reso nel 2013, avevano ricordato fatti nuovi rispetto a quelli riportati durante la prima audizione avvenuta nel 2006. Nello specifico, due di loro (C.M. e C.C.) avevano dichiarato di avere assistito alla consegna del denaro in favore dell'imputato, mentre nulla avevano detto sul punto nel 2006; ancora, il testimone C.C. aveva riferito di essere stato incaricato di filmare l'operazione ma di non sapere chi vi avesse provveduto. Ciononostante, i tre testimoni non avevano affermato di volere modificare le precedenti dichiarazioni, ma di mantenerle ferme, con il risultato di innestare una evidente contraddizione.

Tuttavia, pur di fronte a questa situazione, la corte di appello non ha cercato di spiegare e superare le contraddizioni emerse, ma ha confermato la responsabilità del ricorrente, senza però esplicitare in motivazione quali dichiarazioni reputava credibili: se, cioè, quelle rese nel giudizio originario o in quello "rinnovato" e, ancora, per quali motivi ha ritenuto alcune dichiarazioni più affidabili di altre. Nella sostanza, la corte di appello non ha offerto sufficienti spiegazioni in merito alla colpevolezza dell'imputato, così concretizzando un vizio di motivazione nel ragionamento. Su questo profilo si tornerà di qui a breve.

6. *La prova non rinnovata "decisiva".* È tempo adesso di interrogarsi sulla legittimità della mancata rinnovazione della prova dichiarativa degli altri quattro testimoni (C., M., B. e V.) - le cui dichiarazioni, come anticipato, sono state lette - e sul rispetto delle regole prima enunciate. Relativamente al principale teste d'accusa esisteva una "buona ragione", essendo costui deceduto prima della riapertura del procedimento interno: in ogni caso, l'affidabilità riconosciuta alle sue dichiarazioni avrebbe dovuto esse-

garanzie processuali" fornisca parametri astratti, che esulano dai lineamenti concreti dei casi decisi; e non potrebbe farlo in ragione del suo ruolo di organo deputato al controllo di processi e regole processuali derivanti dagli ordinamenti più disparati.

re accompagnata da garanzie appropriate.

Quanto agli altri due soggetti (B. e V.), la loro testimonianza non può essere ricondotta alla nozione di prova “decisiva”, non avendo costoro mai dichiarato di avere assistito al momento del passaggio del denaro. Per prova “decisiva” deve infatti intendersi quella la cui importanza è tale da comportare la soluzione del caso. Esulano, pertanto, le prove assunte nel giudizio di primo grado che si rivelino superflue nell’economia della decisione di appello, non incidendo sulla tenuta della motivazione della sentenza.

Diversamente, questa qualifica va riconosciuta alla testimonianza di M., poiché le sue dichiarazioni rappresentavano gli unici elementi idonei a corroborare la versione del principale accusatore, poi deceduto. In altri termini, si legge tra le righe, la decisività di una prova, dalla quale segue l’obbligo di rinnovazione, va estesa ai casi in cui debba procedersi ad una rivalutazione dell’attendibilità della prova non solo intrinseca, ma anche estrinseca. Una distinzione in tal senso, del resto, come già osservato in dottrina³¹, sarebbe “opinabile”, considerato che «il giudizio sulla credibilità “interna” del flusso comunicativo risente, inevitabilmente, anche del valore attribuito agli elementi “esterni” al dichiarato, rendendo necessario in entrambi i casi riassumere la prova dichiarativa in appello». Entro questo telaio, il dovere di rinnovazione istruttoria dovrebbe sorgere ogni volta che le dichiarazioni risultino rilevanti ai fini dell’accertamento della responsabilità, nel senso che il giudice le abbia incluse nella trama a fondamento della condanna³².

Così individuata la prova “determinante”, in linea con il test “*Al-Khawaja*”, rimangono da sciogliere altri due interrogativi: se la Corte di appello abbia compiuto tutti gli sforzi necessari per assicurare la presenza di quel teste; e se vi fossero sufficienti fattori atti a compensare la violazione dei diritti della difesa causata dalle valutazioni delle dichiarazioni dei testi C. ed M.

Rispetto al primo punto, la Corte europea manifesta dubbi sulla messa in opera di tutti gli sforzi per assicurare la presenza del testimone in appello. Non è superfluo rammentare come, pur nell’impossibilità di una esatta individuazione del luogo in cui si trova il soggetto – situazione analoga a quella del presente caso – la precedente giurisprudenza abbia posto

³¹ LORENZETTO, *Reformatio in peius in appello e processo equo (art. 6 CEDU): fisiologia e patologia secondo le Sezioni Unite*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 ottobre 2016, 5.

³² In questi termini DANIELE, *Norme processuali convenzionali e margine di apprezzamento nazionale*, in *Cass. pen.*, 2015, 1702; v., anche, le considerazioni di SANTORIELLO, *Il contraddittorio “per” e “sulla” prova*, in *Rapporto tra fonti europee e dialogo tra Corti*, cit., 338 s.

l'accento sulla necessità che le ricerche siano attive, con l'aiuto delle forze di polizia e ricorrendo, se necessario e possibile, anche ai meccanismi di assistenza giudiziaria internazionale³³. Un orientamento che cela la forte esigenza di garantire *ex officio* l'oralità: ciò, potremmo aggiungere, al di là del rischio, comunemente avvertito, che il dichiarante, richiamato a deporre a distanza di ben sette anni dal primo giudizio (come nel caso di specie), possa limitarsi semplicemente a confermare quanto già detto, avendo un ricordo scolorito.

La Corte ha poi escluso, rispetto alla seconda verifica, l'esistenza di fattori di controbilanciamento idonei a spostare l'ago della bilancia in una posizione di equilibrio che, peraltro, nell'approccio europeo sappiamo dover essere direttamente proporzionati al valore della prova utilizzata³⁴. Mancano, nella specie, gli elementi di riscontro, ritenuti invece necessari a causa delle serie contraddizioni presenti nelle dichiarazioni dei tre testimoni sentiti dalla Corte di appello nel nuovo processo. Neppure, in linea con quanto in precedenza affermato, può valere a mutare siffatta conclusione la circostanza che il ricorrente comunque è stato in grado di esaminare i tre testimoni assenti in appello durante il giudizio di primo grado, celebrato nel rispetto dei principi del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza: non è una garanzia tale da rimettere in equilibrio gli interessi in gioco. Portando a più ampie conseguenze questo ragionamento, è da ritenere che neppure l'eventuale disponibilità delle registrazioni delle dichiarazioni degli esami dibattimentali in capo al giudice di appello avrebbe potuto colmare il *vulnus* accertato.

7. Le opinioni concorrenti: verso la motivazione "rafforzata"? Sul profilo di doglianza della mancata rinnovazione in appello delle testimonianze, poi

³³ TAMIETTI, *La giurisprudenza in tema di testimoni assenti e le criticità del sistema italiano*, in BUFFA-CIVININI, *La Corte di Strasburgo*, gli speciali di *Quest. giust.*, aprile 2019, p. 333, evidenzia come non sia sufficiente allegare che la persona abbia abbandonato il territorio dello Stato convenuto: saranno comunque determinanti gli sforzi effettuati per localizzarla.

³⁴ Corte EDU, 12 marzo 2020, *Chernika v. Ucraina*, cit., § 66. Nella specie ciò che è mancato «è stata la garanzia di fattori capaci di rimediare al vantaggio dell'accusa: la difesa, insomma, non ha avuto la possibilità di esprimere la propria tesi, di provarla e di confrontarsi con le prove avversarie, nemmeno in situazioni diverse dall'udienza dibattimentale». Secondo TRAPPELLA, *Equo processo e inutilizzabilità tra codice e C.e.d.u.*, in *questa Rivista*, 2020, 3, 9, è «confermata la natura dell'equità, che si configura come guida per il processo giusto e, quindi, per l'esercizio della giurisdizione in un sistema democratico: al contempo, si conferma la difficoltà nel dare una definizione al concetto, che va, invece, ripresa nei singoli casi, valutando il modo in cui le parti si siano rapportate di fronte al giudice, ciascuna esprimendo le proprie tesi ed avendo l'opportunità di dimostrarle».

acquisite mediante lettura, conviene soffermarsi oltre, soprattutto in ragione delle argomentazioni utilizzate nelle opinioni concorrenti: queste, pur non assumendo valore giuridicamente vincolante³⁵, integrano la motivazione tanto da essere considerate come un buon punto di partenza per lo studio delle sentenze esaminate. Ebbene, pur se i giudici³⁶ concordano con l'accertata violazione nel caso di specie dell'art. 6 § 1 Cedu, non può non sottolinearsi come questi spostino l'accento sulla fondamentale garanzia rappresentata dalla motivazione del provvedimento, nella sua proiezione interna ed esterna al processo. La motivazione, volendo riprendere un'efficace sintesi, costituisce «un atto d'intelligenza postuma attraverso cui il giudice “rende conto” della decisione adottata che si caratterizza come espressione razionale del momento emotivo del giudizio, inevitabilmente condizionato da quel sistema di valori di cui è portatore il dato probatorio»³⁷.

Così, avendo riguardo anche alla funzione che la Corte europea è chiamata a rivestire nel sistema, il tema non è stabilire se il consenso dato in appello alla lettura delle dichiarazioni rese davanti al primo decidente sia stato conforme all'art. 6 § 1 Cedu, ma se la condanna fosse giustificata sul piano razionale e, quindi, se sia stato dimostrato alla parte di essere stata ascoltata in relazione ai punti essenziali del processo. Nello stesso solco si pone l'opinione concorrente del giudice Roosma, seguito dal giudice Jelić, il quale individua la principale *quaestio iuris* nella mancanza di “*sufficient reasoning*” alla base della condanna. In sintesi, la corte di appello avrebbe dovuto spiegare in maniera esaustiva perché il ricorrente poteva ritenersi responsabile, secondo il criterio dell’ “oltre ogni ragionevole dubbio”, di avere ricevuto una tangente nel 2004. Due le annotazioni, non irrilevanti: la condanna riportata in sede europea avrebbe dovuto suggerire una maggiore cautela nel riaffermare la responsabilità, senza avere sentito tutti i testimoni; ciò in aggiunta alla maggiore complessità nella valutazione della prova rispetto al 2006, in ragione del tempo trascorso, dello smarrimento del video, della morte del teste principale e degli sviluppi nelle testimo-

³⁵ Sul valore delle opinioni concorrenti o dissenzienti v. PINTO DE ALBUQUERQUE-CARDAMONE, *Efficacia della dissenting opinion*, in BUFFA-CIVININI, *La Corte di Strasburgo*, cit., 150 e 155.

³⁶ Cfr. l'opinione concorrente del giudice Bårdsen, affiancato dai giudici Kjølbrot e Bošnjak: «*I agree that there has been a breach of Article 6 § 1 of the Convention in this case, but on a narrower ground than that of my esteemed colleagues*».

³⁷ DINACCI, *Il valore costituzionale dell'obbligo di motivazione quale limite ad espansionismi operativi in tema d'inammissibilità dell'impugnazione tra diritto interno e sensibilità europea*, in *questa Rivista*, 2020, n. 1, 5.

nianze dei tre agenti ascoltati. Di tutti questi elementi la corte di merito avrebbe dovuto fornire una giustificazione adeguata.

Ciò considerato, rimane da segnalare un dubbio: qualora la corte nazionale avesse correttamente esercitato il dovere di motivare, dando altresì conto delle difficoltà sopra enunciate, e vi fossero state delle garanzie adeguate³⁸, si sarebbe potuta escludere la violazione dell'art. 6 § 1 Cedu per la mancata rinnovazione orale della prova? Le conseguenze di una simile lettura, protesa a spostare il baricentro tutto sulla struttura logico-motiva della sentenza, sarebbero difficilmente accettabili: significherebbe riaprire le maglie di quell'indirizzo giurisprudenziale minoritario che ritiene sufficiente, pur in carenza della rinnovazione in appello, una motivazione "rafforzata"³⁹. Certamente la motivazione rappresenta un fondamentale e ineludibile presidio di garanzia, non soltanto per le parti del processo - come correttamente sottolineato in sentenza - ma da sola non basta: occorre qualcosa di più.

8. I *contraccolpi*. Com'è noto, il filone giurisprudenziale inaugurato dalla prima sentenza *Dan v. Moldavia* ha avuto un considerevole impatto sul nostro giudizio di appello⁴⁰: l'epilogo dell'itinerario convenzionalmente orientato, inaugurato dalla Suprema Corte con la nota sentenza "Dasgupta"⁴¹, si è sostanziato nel nuovo testo del comma 3 *bis* dell'art. 603 c.p.p.⁴², finalizzato a colmare il *gap* tra lo statuto convenzionale dell'immediatezza in appello e quello interno: Una disposizione che non ha mancato di creare dubbi interpretativi, anche (e soprattutto) con riguardo alla "decisività" della prova da

³⁸ V. l'opinione concorrente del giudice Roosma, seguito dal giudice Jelić, § 2: «*The Court has found that if sufficient reasons are given and adequate safeguards are in place, an appeal court's overturning of the acquittal of an accuse at first instance, and his or her conviction without the re-hearing of witnesses, is not necessarily in breach of Article 6 of the Convention*», il quale richiama Corte EDU, 26 aprile 2016, *Kashlev v. Estonia*, cit.

³⁹ Sul punto v. GIUNCHEDI, In claris non fit interpretatio. "*Dan v. Moldavia 2*" impone rinnovazioni effettive, cit., 13.

⁴⁰ CHINNICI, *Contraddittorio e giudizio di appello. Ortodossia europea, resistenze interne e gradual aperture in attesa del "sigillo" del legislatore*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di Negri, Orlandi, Torino, 2017, 187 ss.

⁴¹ Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, *Dasgupta*, n. 27620, cit. Tra i tanti commenti v. APRATI, *L'effettività della tutela dei diritti dell'uomo: le Sezioni unite aggiungono un tassello*, in *questa Rivista*, 2016, 3, 1 ss.; CAPONE, *Prova in appello: un difficile bilanciamento*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 6, 46 ss.

⁴² Alcune riserve sono state espresse da MACCHIA, *La prova dichiarativa. La giurisprudenza della Corte costituzionale, della Corte EDU e delle sezioni Unite della Corte di Cassazione a confronto. Il valore nei procedimenti civili, amministrativi e disciplinari della prova dichiarativa assunta nel procedimento penale*, in *Cass. pen.*, 2020, 4431 ss.

rinnovare⁴³, di parte dei quali si è fatta carico ancora una volta la giurisprudenza di legittimità⁴⁴.

Cosa dobbiamo aspettarci da questa nuova decisione, sul versante interno? Nessuna scossa, solo un lieve tremore⁴⁵. La chiave di volta sta nella nozione di prova “decisiva”, qui elaborata secondo un’accezione volta a ricomprendere tutti i dati probatori che confluiranno nel discorso giustificativo a supporto della condanna⁴⁶; fanno però sempre da contraltare le garanzie compensative che il giudice nazionale nelle situazioni critiche dovrà individuare in relazione alle specificità del caso, con l’obbligo di darne contezza in motivazione secondo un criterio di razionalità e completezza. Queste ultime, ormai entrate anche nel patrimonio culturale della nostra Corte costituzionale⁴⁷, rischiano di attenuare la forza della giurisprudenza europea, alla quale va comunque il merito, anche in questa occasione, al di là di qualche ombra, di avere rammentato i valori che si celano dietro il binomio oralità-immediatezza in appello. E ciò, nonostante il considerevole lasso di tempo trascorso dalla celebrazione del primo processo: chissà se gli interpreti sapranno cogliere il segnale. Da ultimo, appare opportuna una riflessione sul versante dei rimedi che trae spunto dalla condanna riportata dall’Italia, per la medesima violazione dell’art. 6 § 1 Cedu⁴⁸, a distanza di pochi giorni da quella della Moldavia. Il

⁴³ Su questo profilo v. BALSAMO, *La rinnovazione dell’istruzione dibattimentale*, in PULVIRENTI (a cura di), *Le impugnazioni penali dopo la riforma*, Torino, 2018, p. 177 s.; ulteriori aspetti critici sono esaminati da CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, in *Il sistema delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, a cura di Bargis, Belluta, Torino, 2018, 77 ss.

⁴⁴ Per un quadro completo v., di recente, MARANDOLA, *L’appello riformato*, Milano, 2020, 168 ss.

⁴⁵ Approccio non condiviso da GAITO, *Ancora alla ricerca di un passaggio a Nord-Ovest...oltre il giudizio d’appello*, cit., 12. Da ultimo v. Corte EDU, 1° dicembre 2020, Lamatic v. Romania, ha escluso la violazione dell’art. 6 § 1 Cedu, rilevando come nel presente caso il compito della corte di appello «was not to assess the trustworthiness of an essential witness (...), but rather to verify whether her statements were corroborated by the other evidence in the file, or whether, as held by the first-instance court (...), such corroborating elements were missing» (§ 56). E, ancora, v. § 57: «This appears evident in view of the fact that A.M.D. maintained a consistent position in all her statements, both in respect of the factual details of the incident and in relation to the facial features of the perpetrator, pointing to the applicant as the perpetrator before the investigating authorities, both at the beginning of and during the investigations, and before the first-instance court (...). Moreover, the appellate court took into consideration her full statements, and not only parts thereof, precisely because they were unvarying and consistent».

⁴⁶ Su questo profilo v. l’approfondimento di GAETA, *Quando l’assoluzione viene riformata in condanna: le regole minime europee su prove e regole di giudizio nelle impugnazioni penali*, cit., 10.

⁴⁷ Corte cost., n. 132 del 2019, § 3.2. In termini critici v., tra i tanti, FERRUA, *Il sacrificio dell’oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *questa Rivista*, 2019, 2, 1 ss.; NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il “giusto processo” sulla giostra dei bilanciamenti*, *ivi*, 5; MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, *ivi*, 4.

⁴⁸ Corte EDU, 22 ottobre 2020, Tondo v. Italia, cit., §§ 45. Nella specie, peraltro, la Corte osserva come

ricorrente, vittorioso a Strasburgo, potrà adesso accedere, come già evidenziato in premessa, alla revisione europea ex art. 630 c.p.p., al fine di ottenere un nuovo giudizio finalizzato a porlo nelle condizioni in cui si sarebbe trovato in assenza della violazione accertata.

Rimane, però, aperta la questione del trattamento dei c.d. “fratelli minori”: di coloro, cioè, che non avendo proposto ricorso alla Corte di Strasburgo, abbiano subito una lesione identica a quella di chi abbia invece ricevuto tutela da parte di tale organo. In questo ambito permane una forma di resistenza da parte dei giudici nazionali ad estendere il *decisum* europeo ai casi riconducibili alla situazione del ricorrente, tanto più in ipotesi di violazioni di natura processuale⁴⁹, con un evidente *vulnus* del principio di eguaglianza processuale che, invece, imporrebbe un eguale trattamento nei casi uguali⁵⁰.

Emblematica in questo senso è la vicenda dei “fratelli minori” di “Lorefice”⁵¹, rimasti privi di tutela dopo la declaratoria di inammissibilità dell’istanza di revisione per *errores in procedendo* verificatisi in procedimento relativo appunto ad altro imputato. Nella trama delle motivazioni addotte – al di là del tema relativo all’esistenza o meno di una sentenza “pilota” – si intravede una strenua difesa del giudicato penale, quale argine alla penetrazione della normativa convenzionale in ambito interno. La Corte ha messo in luce il rischio di attribuire alle sentenze della Corte europea una «portata demolitoria del giudicato (...) ben più forte» di quella propria delle sentenze «di illegittimità

i giudici non abbiano sentito il ricorrente, seppure presente al dibattimento, «privandolo in tal modo della possibilità di esporre le proprie argomentazioni su questioni di fatto determinanti per la valutazione della sua colpevolezza».

⁴⁹ Cfr. Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, § 9: «Diverso è il caso (...) di una pena rivelatasi illegittima esclusivamente perché irrogata all’esito di un giudizio ritenuto dalla Corte EDU non equo, ai sensi dell’art. 6 CEDU: in questa ipotesi, l’apprezzamento, vertendo su eventuali *errores in procedendo* e implicando valutazioni strettamente correlate alla fattispecie specifica, non può che essere compiuto caso per caso, con l’effetto che il giudicato interno può essere posto in discussione soltanto di fronte a un vincolante *dictum* della Corte di Strasburgo sulla medesima fattispecie e attraverso lo strumento della revisione ex art. 630 c.p.p. (...) che comporta la riapertura del processo». La decisione si pone sulla stessa linea v. Corte cost., n. 210 del 2013, § 8.

⁵⁰ Su questo profilo v. DINACCI, *Obblighi europei, resistenze giurisprudenziali e negazione dei diritti: Contrada è figlio unico*, in *questa Rivista*, 2020, 2, 19.

⁵¹ V. Cass., Sez. I, 23 ottobre 2018, Bruno, in *Mass. Uff.*, n. 561631. La Corte richiama una precedente sentenza – Cass., Sez. II, 20 giugno 2017, Cariolo, *ivi*, n. 271197 – nella quale si è affermato che «è inammissibile il ricorso volto ad ottenere la c.d. revisione “europea” quando la richiesta sia relativa a situazione processuale esaurita e coperta da giudicato, in assenza di esito favorevole dinanzi alla Corte EDU da eseguire in Italia, a prescindere dalla natura pilota o ordinaria della sentenza europea richiamata a sostegno della propria istanza». Per un articolato commento v. BIONDI, *La Cassazione e i fratelli minori di Lorefice*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, f. 3, 199 ss. Successivamente, nello stesso senso, v. Cass., Sez. V, 13 dicembre 2018, Di Dato, in *Mass. Uff.*, n. 275628.

costituzionale di norme di pari tipo». Infatti, mentre la pronuncia di incostituzionalità di una norma sostanziale travolge il giudicato *ex art. 30 comma 4 l. n. 87 del 1953*, «non altrettanto accade nell'eventualità che oggetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale sia una norma processuale applicata nel procedimento conclusosi col giudicato di condanna, seppure si ritenga che essa appartenga al nucleo del giusto processo costituzionale». In conseguenza, «l'attribuzione alla revisione c.d. europea di una portata generale, con rimozione dei giudicati di condanna per violazione del diritto di cui all'art. 6 della Convenzione in forza di meccanismi processuali ritenuti iniqui, determinerebbe uno squilibrio irragionevole nell'ordinamento interno, non giustificato dalle previsioni convenzionali»⁵².

Eppure delle timide aperture erano state manifestate da parte di alcuni giudici rispetto all'uso della revisione “europea”⁵³, ponendo l'accento sull'obbligo, *ex art. 46 Cedu*, di conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea. Questo, si osserva, ricorrerebbe quando la sentenza sia stata resa sulla medesima vicenda oggetto del processo definito con sentenza passata in giudicato, oppure quando abbia natura di sentenza pilota, ovvero, ancora, quando abbia accertato una violazione di carattere generale, desumibile dal *dictum* della Corte e ricorra una situazione corrispondente che implichi la riapertura del dibattimento. Un orientamento, come accennato, presto disatteso.

Neppure sembra andare meglio sul fronte delle violazioni di natura sostanziale, dove la chiusura verso il pronunciamento europeo si è tradotta in una negazione dello stesso⁵⁴. Senza entrare nel merito della decisione specifica, con la quale le Sezioni Unite hanno reso il caso “Contrada” un “figlio unico”, tuttavia, è da notare come la Corte di legittimità, pur nelle sue conclusioni di

⁵² In questi termini Cass., Sez. I, 23 ottobre 2018, cit. Le argomentazioni sono condivise da LAVARINI, *Il sistema dei rimedi post-iudicatum in adeguamento alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 161.

⁵³ Cass., Sez. VI, 2 marzo 2017, Barbieri, in *Mass. Uff.*, n. 270321; Cass., Sez. VI, 23 settembre 2014, Scandurra, *ivi*, n. 271189. V., anche, Cass., Sez. I, 11 ottobre 2016, Dell'Utri, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1374, con il commento di MAGGIO, *Dell'Utri e Contrada “gemelli diversi”: è la revisione europea lo strumento di ottemperanza alle sentenze CEDU?*. Nella specie, però, la Corte ha escluso l'identità tra la posizione del ricorrente e quella di Bruno Contrada.

⁵⁴ Cfr. Cass., Sez. un., 24 ottobre 2019, Genco, in *Cass. pen.*, 2019, 2259 ss., con il commento critico di MAGGIO, *La prevedibilità col “vestito di carta”: le Sezioni Unite escludono la portata generale della sentenza Contrada c. Italia n. 3*. Parla di disapplicazione della sentenza europea ESPOSITO, *Giochi di luce: quando il mostro diventa riconoscibile*, in *questa Rivista*, 2020, 2, 2. In favore della tesi restrittiva v. GERACI, *L'impugnativa straordinaria per la violazione della CEDU accertata a Strasburgo: le ipotesi, le procedure, gli effetti*, in *Le impugnazioni straordinarie nel processo penale*, a cura di Corvi, Torino, 2016, 79; GIALUZ, *Il giudizio di revisione*, in *L'errore giudiziario*, a cura di Donati Luparia, Milano, 2021, 612.

segno negativo, non abbia sbarrato in modo netto la strada ad un'applicazione *erga alios* di una decisione europea che abbia accertato una violazione convenzionale, purché ricorrano determinate condizioni: in particolare, occorre che ci si trovi al cospetto di una sentenza “pilota”, adottata in conformità all'art. 61 del Regolamento della Corte, ovvero di una pronuncia che rappresenti espressione di una giurisprudenza europea consolidata, secondo i parametri delineati dalla Corte costituzionale⁵⁵.

Da qui occorre ripartire, ancorché in quella vicenda la violazione avesse natura sostanziale, per comprendere se i fratelli minori di “Tondo”⁵⁶ possano avere qualche *chance* in più rispetto a quelli di “Lorefice”. Non trovandoci al cospetto di una sentenza “pilota”, l'interrogativo che dovrebbe porsi il giudice è se quanto affermato dalla Corte europea costituisca una statuizione capace di rivestire “valore generale e di principio” e possa dirsi espressione di una giurisprudenza consolidata secondo i criteri identificati dalla Corte costituzionale nella pronuncia n. 49 del 2015. O, meglio, riformulando la questione, se il precedente, sempre vincolante per la Corte fino a quando l'orientamento non sia modificato dalla Grande Camera, sia “pertinente” rispetto al caso a decidere⁵⁷. Fermo restando che in questa apertura all'ordinamento convenzionale il giudice interno - nella specie la corte di appello - dev'essere governato da un “metaprinzipio”: la massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali⁵⁸.

Nella sentenza “Tondo” pronunciata contro l'Italia, la Corte europea, nel solco di una linea interpretativa consolidata, nella sostanza confermata in *Dan v. Moldavia 2*, rammenta il valore che assume l'immediatezza nel giudizio di

⁵⁵ Cfr. Corte cost., n. 49 del 2015, che ha individuato i seguenti criteri negativi da impiegare a tal fine: «la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano». Considera la pronuncia come portatrice di un «nazionalismo costituzionale esasperato», RUGGERI, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno (a prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015)*, in *Rivista diritti comparati (web)*, 7 aprile 2015, 9.

⁵⁶ Corte EDU, 22 ottobre 2020, *Tondo v. Italia*, cit.

⁵⁷ Sulla portata del principio di pertinenza v. le considerazioni di MAGGIO, *La prevedibilità col ‘vestito di carta’: le Sezioni Unite escludono la portata generale della sentenza Contrada c. Italia n. 3*, cit., 2290; ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio AIC (web)*, 2015, 6.

⁵⁸ RUGGERI, *Protocollo 16 e identità costituzionale*, in *Rivista diritti comparati (web)*, 2020, 5.

appello laddove questo sia configurato quale giudizio sul fatto⁵⁹. Ne segue che il ribaltamento in secondo grado di un'assoluzione, previa rivalutazione della credibilità dei testi le cui dichiarazioni abbiano inciso sulla condanna, impone di ristabilire un rapporto diretto tra prova e giudice, non mediato dal verbale. Se questa esegesi del principio di immediatezza sarà "pertinente" al caso concreto, la sentenza di condanna che sia stata pronunciata prima della riforma del 2017, ancorché nei confronti di soggetti non vittoriosi a Strasburgo, proprio perché non soddisfa le esigenze di un processo equo ex art. 6 Cedu⁶⁰, richiederà un intervento correttivo.

Nell'attuale quadro dei rimedi *post iudicatum*, pur in carenza di un provvedimento legislativo o di un nuovo intervento della Corte costituzionale che ampli la portata della sentenza del 2011, «così da tutelare i diritti umani, senza la necessità di un previo ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo», nei casi analoghi⁶¹, le corti di appello – previa valutazione di ammissibilità alla luce di quel criterio di pertinenza sopra identificato – dovrebbero aprire la strada alla revisione "europea"⁶². Spetta ancora una volta ai giudici nazionali il compito di non erigere paletti, almeno fino a quando i rapporti "intersistemici" non potranno avvalersi delle potenzialità del protocollo n. 16 alla Cedu⁶³, in vigore dal 1° agosto 2018 per gli Stati che hanno già concluso l'*iter* di ratifica. Questo strumento consentirebbe ai nostri giudici di attivare un meccanismo sotto certi aspetti analogo al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE⁶⁴, seppure privo della vincolatività, nell'ottica di un più fecon-

⁵⁹ Corte EDU, 22 ottobre 2020, Tondo v. Italia, cit., § 43: « La Corte ritiene, alla luce di questi elementi, che il giudice di appello non si sia limitato a procedere a una nuova valutazione di elementi di natura puramente giuridica, ma si sia pronunciato su una questione fattuale, ossia la credibilità di un testimone chiave a carico, modificando in tal modo i fatti constatati dai giudici di primo grado (...). Essa rammenta che la valutazione della credibilità di un testimone è un compito complesso, che, normalmente, non può essere compiuto attraverso una semplice lettura del contenuto delle dichiarazioni di quest'ultimo, riportate nei verbali delle audizioni (Lorefice, sopra citata, § 43)».

⁶⁰ GAITO, *Vecchio e nuovo a proposito della rinnovazione in appello*, cit., 2.

⁶¹ Ne sollecita l'introduzione, tra gli altri, UBERTIS, *Diritti umani e mito del giudicato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 luglio 2012, 6.

⁶² Sull'applicabilità della revisione v. GAITO-LA ROCCA, *Il diritto al controllo nel merito tra immediatezza e ragionevole dubbio*, cit., 430; LORENZETTO, *Violazioni convenzionali e tutela post-iudicatum dei diritti umani*, in *Leg. pen. (web)*, 2016, 29 ss. In termini contrari LOGGI, *Riflessi processuali del caso Contrada*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 268, per il quale occorre ricorrere all'incidente di costituzionalità.

⁶³ CONTI, *Il Protocollo di dialogo fra Alte Corti italiane, Csm e Corte Edu a confronto con il Protocollo n. 16 annesso alla Cedu. Due prospettive forse inscindibili*, in *Quest. giust. (web)*, 30 gennaio 2019; RUGGERI, *Protocollo 16 funere mersit acerbo*, in *Giust. insieme (web)*, 22 ottobre 2020.

⁶⁴ Alcune interessanti questioni pregiudiziali, per le quali è stato attivato il procedimento accelerato, sono state sollevate, seppure in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, da Cass., Sez. un. civ., ord. 18 settembre 2020, n. 19598, innestando una sorta di processo "europeo" alla Corte costituzionale. Come

do dialogo tra le Corti. Quest'ultimo muove dalla consapevolezza della continua evoluzione del diritto, nel quale «fatto e diritto non riescono più nettamente a distinguersi ma si fondono armonicamente nella ricerca di un *ius litigatoris* che è anche *ius constitutionis*»⁶⁵. Nello specifico, tramite lo strumento che si tende a introdurre, le giurisdizioni superiori di uno Stato parte possono richiedere alla Corte europea dei diritti dell'uomo pareri consultivi (*advisory opinions*), seppure non vincolanti, su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli.

L'auspicio è che, nel cammino ancora lungo verso la massima espansione dei diritti, possano vincersi le resistenze che serpeggiano tra i giudici, rispetto a una più effettiva integrazione dei sistemi giuridici. La ratifica da parte dell'Italia del protocollo n. 16 potrebbe rappresentare un inizio⁶⁶, nell'attesa che si ripensi a livello normativo la revisione "europea", quale strumento per rimediare ad ampio raggio alle violazioni processuali della Cedu⁶⁷.

segnalato da NASCIBENE-PIVA, *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di Giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, in *Giust. insieme (web)*, 24 novembre 2020, il primo quesito costituisce il *punctum dolens* di una prassi, «rafforzata da una pronuncia della Corte costituzionale, la n. 6 del 18 gennaio 2018, volta ad impedire - in omaggio al principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri - l'impugnazione ex art. 111 Cost. delle decisioni del Consiglio di Stato confliggenti in modo grave e manifesto con il prevalente diritto dell'Unione europea, nella specie con pronunce della Corte di Giustizia fondate sul principio della tutela giurisdizionale effettiva». Nel senso che l'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost., non possa prescindere dal significato costituzionale di giurisdizione accolto nel medesimo art. 111 Cost., ai commi 1 e 2, v. COSTANTINO-CARRATTA-RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni unite e Corte costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Quest. Giust. (web)*, 19 ottobre 2020, con la conseguenza di dovere ritenere ammissibile «anche il ricorso per cassazione avverso le pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti con il quale si facciano valere i vizi che attengono all'essenza della funzione giurisdizionale ricavabile dalla medesima norma costituzionale e dai principi generali dell'ordinamento in tema di giurisdizione, quali il vizio derivante dalla violazione del contraddittorio, del principio di terzietà e imparzialità del giudice o del divieto di *bis in idem*, come pure quello derivante dall'assoluto difetto di motivazione». Ritiene che la decisione della Corte di Giustizia potrà incidere significativamente sui futuri scenari europei GAITO, *Ancora alla ricerca di un passaggio a Nord-Ovest...oltre il giudizio d'appello*, cit., 13.

⁶⁵ CONTI, *Chi ha paura del protocollo 16- e perché?*, in *www.sistemapenale.it*, 27 dicembre 2019, p. 12.

⁶⁶ L'invito ad un ripensamento proviene, tra gli altri, da BIAVATI, *Giudici deresponsabilizzati? Note minime sulla mancata ratifica del Protocollo 16*, in *Giust. insieme (web)*, 17 dicembre 2020; PINELLI, *Il rinvio all'autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 16 CEDU e le conseguenze inattese del sovranismo simbolico sull'interesse nazionale*, *ivi*, 3 novembre 2020; RUGGERI, *Ancora sul prot. 16: verrà dai giudici la sollecitazione al legislatore per il suo recepimento in ambito interno?*, in *Rivista diritti comparati (web)*, 20 novembre 2020.

⁶⁷ Su possibili strumenti *de iure condendo* v. PAGLIANO, *I fratelli minori e l'applicazione conforme delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *questa Rivista (web)*, 2020, 41 s.

