



*Procura Generale della Repubblica della
Corte di Cassazione*

UDIENZA PUBBLICA
DEL 30 SETTEMBRE 2021
delle
SEZIONI UNITE PENALI
DELLA CORTE DI CASSAZIONE

NOTE DI UDIENZA DEL PROCURATORE GENERALE

Ruolo n. 2 (n. 35534/2019 R.G.)

Ricorrente: ***** (Avv. Massimiliano Orrù, del Foro di Rimini)

Ricorre contro: Sentenza della Corte di assise di appello di Bologna del 20 marzo 2019.

IL PUBBLICO MINISTERO

nella persona dell'Avvocato Generale, Piero Gaeta - premesso che la presente memoria inerisce esclusivamente al quesito di diritto delineato nell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite e, dunque, esclusivamente al primo I primo motivo del ricorso proposto nell'interesse di ***** - rileva quanto segue.

1. Premessa

I profili attinenti ai motivi di ricorso – ad eccezione, ovviamente, di una parte del primo motivo, incentrato anche sulla *questio iuris* in esame - saranno oggetto della discussione orale in sede di udienza.

Il quesito per il quale la Sezione V^a ha rimesso il ricorso (Rc. *****, RG. N. 35534/2019) dinanzi alle Sezioni Unite penali è il seguente:

“Se, in caso di riforma in appello del giudizio assolutorio di primo grado, fondata su una diversa valutazione delle dichiarazioni ritenute decisive, l'impossibilità di procedere alla rinnovazione dibattimentale della prova dichiarativa per il decesso del soggetto da esaminare precluda, di per sé sola, il ribaltamento del giudizio assolutorio”.

Per la necessaria chiarezza, la complessa vicenda processuale -nei limiti qui congeniali esclusivamente alla sua comprensione per l'inquadramento del problema di diritto - può così sintetizzarsi:

i) codesta Corte di cassazione – con sentenza della Sezione I^a 13 luglio 2018 n. 48293 – ha annullato la sentenza della Corte di assise d'appello di Bologna (del 19 aprile 2017), la quale aveva emesso una pronuncia di condanna per duplice omicidio nei confronti dell'odierno ricorrente *****, dopo che questi era stato assolto nel giudizio di primo grado: condanna pronunciata senza procedere, attraverso la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, ad una nuova audizione in dibattimento della coimputata e (decisiva) chiamante in correità, *****;

b) in particolare, la sentenza rescindente aveva stigmatizzato - alla luce dei principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite Dasgupta, 28 aprile 2016, n. 27620 – l'erronea «rivalutazione, meramente cartolare in secondo grado del contributo narrativo offerto al processo dalla coimputata *****, unica fonte che colloca il ricorrente sulla scena del crimine in un momento antecedente al decesso della vittima, con attribuzione di condotta funzionale a causarne la morte»;

c) il giudice di rinvio (Corte di assise di appello di Bologna, in diversa composizione, con sentenza deliberata il 20 marzo 2019) confermava la condanna all'ergastolo dell'odierno ricorrente (salvo la dichiarata prescrizione per il reato di porto di un coltello a serramanico), previa acquisizione agli atti di tutte le dichiarazioni rese dalla dichiarante ***** (comprese quelle rilasciate nel corso delle indagini preliminari ed in udienza preliminare) sul presupposto che il sopravvenuto decesso della stessa impedisse di rinnovarne l'esame e che l'art. 603, comma 3-bis c.p.p. non escludesse espressamente l'applicabilità al giudizio di appello degli artt. 512 e 513 c.p.p.;

d) dal successivo ricorso avverso detta sentenza, proposto dalla difesa dell'imputato *****, originava la presente rimessione, in esito all'ordinanza della Sezione V^a del 4 giugno 2021, depositata lo scorso 1 luglio.

2. Focalizzazione del problema.

Come messo bene in luce dalla perspicua ordinanza della sezione V, il problema di diritto rimesso alla decisione delle Sezioni Unite è quello di stabilire se il principio affermato nel paragrafo 8.6 della sentenza Dasgupta (SS.UU., 28 aprile 2016, n. 27620) possa o meno intendersi quale "regola di esclusione probatoria" (sul modello e con affinità a quella sancita dall'art. 526, comma 1-bis, c.p.p.) che si impone anche *dopo* la disciplina positiva introdotta dalla legge n. 103 del 2017, concernente la rinnovazione dell'istruttoria in appello attraverso la previsione del comma 3-bis dell'art. 603 c.p.p.

Si tratta di un problema di notevole portata teorica e sistematica (oltre che di effetti pratici), implicando esso l'esame e la soluzione di una serie di quesiti 'intermedi' che ne anticipano, pregiudizialmente, l'esame e che ne condividono la complessità: tanto per esemplificare, entro quali limiti esiste una 'sostanziale continuità' tra la nota pronuncia del

vertice allargato del 2016 e la normativa poi introdotta l'anno successivo sulla rinnovazione in appello; in particolare: se la sentenza Dasgupta debba considerarsi il 'metodo ermeneutico' unico per interpretare le disposizioni di cui alla legge n. 103 del 2017; ancora: entro quali limiti una 'regola di esclusione probatoria' possa avere origine giurisprudenziale in presenza di una disciplina positiva che non la contempra espressamente; se la regola di esclusione refluisca sul piano della validità della pronuncia o invece soltanto su quello della sufficienza ed idoneità della motivazione.

Ma soprattutto non è esattamente semplice dar conto – e con la massima chiarezza possibile - di tutti i passaggi intermedi che, appunto, portano alla focalizzazione del citato problema principale: ed è ciò che si cercherà di fare innanzitutto.

2.1. Il punto di partenza non può che essere lo specifico pronunciamento, sul punto, delle SS.UU. Dasgupta, fissato nella massima Rv. 267490: «nel caso di riforma in appello del giudizio assolutorio di primo grado, fondata su una diversa valutazione della concludenza delle dichiarazioni ritenute decisive, l'impossibilità di procedere alla necessaria rinnovazione dibattimentale della prova dichiarativa - ad esempio per irreperibilità, infermità o decesso del soggetto da esaminare - preclude il ribaltamento del giudizio assolutorio *ex actis*, fermo restando il dovere del giudice di accertare sia la effettiva sussistenza della causa preclusiva alla nuova audizione, sia che la sottrazione all'esame non dipenda né dalla volontà di favorire l'imputato né da condotte illecite di terzi, essendo in tali casi legittimo fondare il proprio convincimento sulle precedenti dichiarazioni assunte».

La massima – anche nella perentorietà con cui veicola il principio (che, in pillole, è: “in appello, se non è possibile rinnovare la prova, non è possibile ribaltare l'assoluzione”) – riporta, con grande fedeltà, il pensiero espresso del Collegio allargato nel già indicato § 8.6., nel quale (integralmente) si legge: «8.6. *Può accadere che la rinnovazione in appello della prova dichiarativa si riveli impossibile, ad esempio per irreperibilità, infermità o decesso del soggetto da esaminare. Ma anche in questi casi, salva l'applicabilità nel giudizio di appello dell'art. 467 cod. proc. pen. per l'assunzione urgente delle prove "non rinviabili", non vi sono ragioni per ritenere consentito un ribaltamento del giudizio assolutorio ex actis. Resta fermo il dovere del giudice di accertare sia la effettiva sussistenza della causa preclusiva della nuova audizione sia che la sottrazione all'esame non dipenda dalla volontà di favorire l'imputato o da condotte illecite poste in essere da terzi, essendo in tal caso il giudice legittimato a fondare il proprio convincimento sulle precedenti dichiarazioni. Anche per quanto riguarda, in particolare, la figura del soggetto vulnerabile (come per i minori, soprattutto se vittime di reati) non sussistono valide ragioni per ritenere inapplicabile la preclusione di un ribaltamento ex actis del giudizio assolutorio. Peraltro, in questa speciale situazione è rimessa al giudice la valutazione circa l'indefettibile necessità di sottoporre il soggetto debole, sia pure con le opportune cautele, a un ulteriore stress al fine di saggiare la fondatezza dell'impugnazione proposta avverso la sentenza assolutoria.»*

E' evidente che, con tale *dictum*, le Sezioni Unite hanno affermato una "regola di esclusione probatoria", che si riflette – per la sua cogenza e portata – sulla stessa validità del provvedimento giudiziale (sentenza di appello), con eccezioni assai marginali. Queste ultime riguardano: *i*) la possibile eziologia 'patologica' della sottrazione della fonte dichiarativa alla rinnovazione della sua audizione in appello (volontà di favorire l'imputato o, all'inverso, intimidazione patita ad opera di costui); *ii*) la (non) "indefettibile necessità" di riascoltare la p.o. se soggetto vulnerabile (dove il pleonasma rafforzativo mostra quanto sia confinata l'eccezione).

Che si tratti di una regola di esclusione probatoria è detto dalla medesima sentenza, allorquando – enunciando le eccezioni – parla di (inapplicabilità della) "*preclusione di un ribaltamento ex actis del giudizio assolutorio*". Ad essere esclusa – secondo le affermazioni della sentenza Dasgupta – è la possibilità dell' "*apprezzamento meramente cartolare degli elementi di prova su cui il giudice di appello è chiamato dall'appellante a trarre il convincimento di un esito di condanna*" (§ 10, in fine), in relazione a prove dichiarative "decisive", vale a dire «quelle che, sulla base della sentenza di primo grado, hanno determinato o anche soltanto contribuito a determinare un esito liberatorio, e che, pur in presenza di altre fonti probatorie di diversa natura, se espunte dal complesso del materiale probatorio, si rivelano potenzialmente idonee a incidere sull'esito del giudizio di appello, nell'alternativa "proscioglimento-condanna"» (§ 10). Così, la Corte enuncia tutte le componenti della regola preclusiva (o di esclusione probatoria, che dir si voglia): innanzitutto, il suo presupposto (appello avverso l'assoluzione); il suo l'oggetto (prove dichiarative decisive ai fini dell'affermazione della responsabilità); poi, la modalità 'preclusa' (valutazione *contra reum* delle fonti dichiarative senza procedere a una rinnovazione dell'esame delle fonti dichiarative).

2.2. È noto poi che, nel momento di qualificare gli effetti conseguenti alla violazione della 'regola di esclusione probatoria', la Dasgupta non indirizzò la sua scelta verso il vizio di violazione di legge, ma virò verso quello di motivazione. La ragione fu semplice ed inevitabile al tempo stesso, legata a due concomitanti fattori.

In primo luogo, nell'impianto codicistico non esisteva ancora un obbligo di rinnovazione - quale poi fu codificato con l'introduzione del comma 3-*bis* dell'art. 603 c.p.p., ad opera della l. n. 103 del 2017 - per l'ipotesi di appello del p.m. contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla prova dichiarativa. Dunque, difficile ricondurre alla 'violazione di legge processuale', rilevante, ex art. 606, c 1, lett. c, c.p.p., se sanzionata con la nullità, inutilizzabilità, inammissibilità o decadenza e solo in quanto dedotta dalla parte impugnante a norma degli artt. 581, c. 1, lett. c), e 591, c 1, lett. c) o attinente a questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento ex art. 609, c 2, c.p.p. Detto altrimenti, la 'regola processuale' violata era, essa stessa, di creazione giurisprudenziale, con

tutte le conseguenti difficoltà di sistema a connotare la relativa sanzione in termini di ‘violazione di legge’: la Corte – correttamente, condivisibilmente – rispettò questo confine.

In secondo luogo, non si volle – anche qui, con grande lungimiranza – ‘agganciare’ la violazione di legge ai principi contenuti nella Convenzione EDU ed alla giurisprudenza consolidata della Corte EDU: gli uni e l’altra non si traducono «*in norme di diretta applicabilità nell’ordinamento nazionale, [ma] costituiscono criteri di interpretazione ('convenzionalmente orientata') ai quali il giudice nazionale è tenuto a ispirarsi nell’applicazione delle norme interne*» (§ 12, primo principio di diritto affermato). Di conseguenza, la violazione di tali principi non fu ritenuta integrare *in sé* una ‘violazione di legge processuale’, ancorché si traducesse, in concreto, nella disapplicazione di una regola di esclusione probatoria prospettata dalle norme della Convenzione e dalle sentenze della Corte EDU.

La sentenza Dasgupta ha affermato quindi il principio (§ 11) in forza del quale «*l’evenienza del mancato rispetto da parte del giudice di appello del dovere di procedere alla rinnovazione delle fonti dichiarative in vista di una reformatio in pejus va inquadrata non nell’ambito di una violazione di legge ma in quello di un vizio di motivazione*». Dunque, la mancata rinnovazione della istruzione dibattimentale «*non rileva di per sé, ma solo in quanto la sentenza di appello abbia operato ex actis un ribaltamento della decisione assolutoria di primo grado sulla base di una diversa lettura delle prove dichiarative. È quindi solo l’esito di condanna del giudizio di appello e, in primo luogo, la motivazione della relativa sentenza ad essere potenzialmente censurabile*».

2.3. Come accenna perspicuamente l’ordinanza di rimessione, da tale schema teorico sembra tuttavia fuoriuscire, quasi come una fuga in avanti rispetto all’assetto argomentativo della sentenza, l’affermazione secondo cui, quando la rinnovazione in appello della prova dichiarativa si riveli impossibile (irreperibilità, infermità o decesso del soggetto da esaminare) *non può ritenersi consentito* un ribaltamento del giudizio assolutorio *ex actis*. L’affermazione del § 8.6. è, insomma, di tale perentorietà da configurarsi, già nel suo lessico, quale ‘divieto’ posto al giudice di impiegare, ai fini della decisione sfavorevole, la dichiarazione non rinnovata, né rinnovabile per *vis maior*. Il sospetto insomma che, in questo caso, operi una vera preclusione all’*overturning* – dunque, un divieto all’acquisizione per impossibilità sopravvenuta, ex art. 512 c.p.p., che si accompagna a quello di una diversa valutazione rispetto a quella fornita dal giudice di prime cure – nasce dalla circostanza che la sentenza Dasgupta neppure accenna alla disciplina del ‘recupero’ dei pregressi contenuti dichiarativi in ragione della sopravvenuta impossibilità della rinnovazione: il discorso è bloccato prima, *in apicibus*, senza che cioè l’impossibilità, per il giudice, di fare ciò che dovrebbe e vorrebbe fare, abbia un qualche rilievo e comporti qualche effetto.

‘Non si può ribaltare, senza rinnovare’, appunto. Nonostante le affermazioni generali e di principio, sembra che il vizio, in tal caso, si riverberi più che sulla motivazione, sull’omissione della rinnovazione *in sé* rispetto al diverso esito decisorio. Sembrerebbe che, sul punto, la sentenza Dasgupta dica: *proprio* perché non si può più rinnovare, è impossibile (*recte: contra legem*, illegittima ecc.) una decisione che costituisca un ribaltamento decisorio del giudizio assolutorio. Ma, detto così – e nonostante le affermazioni generali, sopra esaminate, sulla tipologia del vizio – si è in presenza di una classica regola di esclusione probatoria, il cui aggiramento determina una (piena) violazione di legge, ben prima di ogni possibile vizio di motivazione. La sentenza Dasgupta non lo dice espressamente, ma questa pare l’unica interpretazione plausibile sul punto.

3. Ipotesi di soluzione.

Proprio su tale plausibilità si fonda l’odierna questione controversa. Vale a dire, se tale affermazione continui ad avere efficacia vincolante, quale cogente ‘regola di esclusione’, pur in presenza: *i*) di una nuova disciplina normativa in tema di obbligo di rinnovazione da parte del giudice di appello; *ii*) di un assestamento della giurisprudenza sovranazionale (e conseguente giurisprudenza nazionale) nel frattempo intervenuta nell’ultimo lustro. O se invece, mutato il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, quella perentoria ‘regola di esclusione’ probatoria possa ritenersi mitigata ed attenuati i suoi (implacabili) effetti. Se, insomma, essa si ritrae da ‘regola processuale di esclusione probatoria’, trasformandosi da divieto per il giudice in ‘regola di valutazione probatoria’, in criterio ermeneutico che refluisce esclusivamente sulla logicità/sufficienza/completezza della motivazione.

Ritiene questo Ufficio che la questione di diritto oggi sottoposta all’esame di codeste Sezioni Unite possa trovare soluzione proprio alla luce di tale evoluzione.

Sussistono, cioè buone e sopravvenute ragioni per ritenere che il principio delle SS.UU. Dasgupta in discorso non possa comunque attenersi al profilo della validità ‘formale’ della sentenza – e, prima ancora, alla legittimità processuale dell’operato del giudice di appello, il quale eventualmente rivaluti il contenuto cartolare della prova dichiarativa, in caso di impossibilità di sua rinnovazione – ma riguardi esclusivamente quello della motivazione della sentenza di appello. Che dunque, in tale ipotesi, il vizio denunciabile dinnanzi a codesta Corte potrà essere solo quello contemplato nei "casi di ricorso" di cui all'art. 606, comma 1, lett. e), e non già quello normativamente riconducibile alla violazione della legge processuale, di cui all’art. 606, comma 1, lett. c) del codice di rito.

Questo è il principio che l’Ufficio di Procura Generale chiede di affermare, nel ricorso in esame a codeste Sezioni Unite.

3.1. La prima ragione è che è subentrata la normativa di cui alla legge n. 103 del 2017, con l'inserimento del comma 3-bis all'art. 603 c.p.p.

È ben vero quanto si legge nell'ordinanza di rimessione: che, cioè, "il legislatore del 2017 si è posto in una prospettiva di sostanziale continuità rispetto al quadro dei principi stabiliti da SU Dasgupta". Ed è altrettanto vero che tali principi costituiscono il canone interpretativo, la pietra di volta ermeneutica della scarna disciplina codicistica: la sentenza ha cioè occasionato la disciplina e quest'ultima le è debitrice di tale origine.

Ma non può sfuggire, parimente, la sensibile differenza esistente tra l'allora e l'oggi. La sentenza Dasgupta ha 'creato' la regola del divieto dell'*overturnig* assolutorio in mancanza di rinnovazione ed, in assenza di disciplina nazionale, ne ha tracciato il perimetro. Quest'ultimo è stato in gran parte rispettato dal legislatore poi intervenuto: ma non è dubbio che, proprio in ragione di tale intervento, spetta al legislatore la traccia del confine nei punti più aspri e controvertibili. Si vuol dire che, in presenza di una disciplina che *non* detta una chiara regola di 'esclusione probatoria' per l'impossibilità di rinnovare la prova dichiarativa, tale silenzio legislativo non può essere eterointegrato a mezzo di un principio giurisprudenziale pregresso, il quale funga da regola processuale.

Il dubbio è, insomma, che la giurisprudenza – per quanto autorevolmente espressa dal vertice massimo – abbia il potere di tipizzare una regola di giudizio, che assurge al rango di cogente norma processuale in presenza di una disciplina specifica dell'istituto che non la contempla e che neppure la implica di necessità. A quest'ultimo proposito, l'ordinanza del 6 febbraio 2019 della Corte d'assise di appello di Bologna, quale giudice del rinvio, nella sua semplicità, pone un'affermazione di difficile confutazione: e cioè che la riforma normativa che ha introdotto la disposizione di cui al comma 3 *bis* dell'art. 603 c.p.p., nel disporre l'obbligo di rinnovazione istruttoria, non esclude espressamente l'applicabilità al giudizio di appello degli artt. 512 e 513 c.p.p. Non ci sono ragioni ostative, infatti, all'estensione delle norme sul giudizio di primo grado a quello di appello (*ex art.* 598 c.p.p.) quanto alla lettura degli atti per sopravvenuta impossibilità di ripetizione *ex art.* 512 c.p.p.

Ora, nulla vieterebbe al legislatore – perfino agevolmente superando il *crash test* della ragionevolezza di sistema - di spezzare questa simmetria tra primo grado ed appello, stabilendo l'applicabilità solo al primo giudizio della disciplina dei 'recuperi dichiarativi' di tipo cartolare. Ma, appunto, ciò sarebbe consentito *solo* al legislatore, non al formante giurisprudenziale, posto che sull'esistenza di una simmetria *attuale* il ragionamento della Corte bolognese pare impeccabile. Come dire, in metafora: una volta che il legislatore ha assunto il comando delle operazioni, dettando una disciplina, a lui ed a lui soltanto spetta il potere di innestare regole processuali, specie se di natura preclusiva, specie se di eccezione.

Né varrebbe in contrario affermare che la 'regola di esclusione' postulata dalla Dasgupta, risolvendosi in una garanzia per l'imputato, 'compensa', per ciò stesso, la fonte del suo innesto. Si tratterebbe, in sostanza, di una evidente attività creativa – e non certo solo interpretativa - ma 'a fin di bene': finalizzata, cioè, al dispiegarsi di imprescindibili garanzie per l'imputato.

Qui il discorso diviene delicatissimo e particolarmente complesso, oltre che infinito, impingendo esso nei limiti ascrivibili all'ermeneutica giurisprudenziale: e questa è sede impropria per affrontarlo. Ma – nell'assoluta sintesi qui imposta e solo per cenni – ci si limita ad osservare che, se per un verso, è indubbio come il principio 'diffuso' del processo penale debba essere quello della maggiore intensità possibile delle garanzie dell'imputato, è, per altro verso, innegabile che ciò possa avvenire solo alla condizione che la regola processuale (di garanzia) origini pur sempre dal dato normativo, più o meno remotamente. Non sia cioè – specie quanto alle sanzioni processuali subite dalle altre parti del processo – esito di una ermeneutica interamente evasiva di lettera e sistema delle norme, ancorché nobilmente orientata. Il processo, sia pure con accenti ed intensità diversi rispetto alle norme penali sostanziali, vive comunque di tipicità, di "numeri chiusi" (si pensi ai mezzi di impugnazione), di effetti predeterminati (solo) normativamente: principi primi, questi, irrinunciabili, perché essenza della procedura, persino a fronte delle garanzie dell'imputato.

Così, nel caso di specie, attraverso una regola di creazione giurisprudenziale dovrebbe essere precluso l'ulteriore sviluppo del processo - affermandone irreparabilmente o la conferma dell'esito assolutorio o la fine del processo stesso – anche a fronte, ad esempio, di motivazioni manifestamente illogiche o di prove del tutto travisate (seppur a favore dell'imputato), con patologie decisive perché paralizzate, nel loro possibile accertamento, dalla sopravvenuta irripetibilità probatoria, che tutto preclude. Conclusione assai forte, quella cui approderebbe il diritto vivente: risolvere antinomie è mestiere del giudice, direttamente o con l'incidente di costituzionalità; risolvere questa antinomia (tra la regola che obbliga il giudice alla rinnovazione e quella che lo faculta, in caso di sopravvenuta impossibilità di rinnovazione, alla lettura ex artt. 512 e 513 c.p.p.) con l'innesto di una regola di preclusione processuale sembra essere prerogativa del legislatore, implicando esercizio di discrezionalità in quanto soluzione non certo necessitata 'per sistema'.

Ciò anche considerando che, nell'ipotesi in esame, la garanzia all'imputato risulterebbe comunque assicurata a mezzo della possibilità di ricorrere per cassazione sia pure ai sensi della lett. e) dell'art. 606 c.p.p.: e ciò vale – in un corretto bilanciamento di antitetiche esigenze- a preservarne pienamente ed intensamente i diritti processuali, secondo quanto si dirà tra breve.

In conclusione: la disciplina codicistica introdotta nel 2017 (comma 3 bis, art. 603 c.p.p.) non soltanto non implica che la 'regola Dasgupta' sia da intendere quale regola di esclusione probatoria – sì che la sua 'violazione' comporti comunque *et immediato iure* l'invalidità della sentenza - ma postula una serie di indici che paiono addirittura contrastare con tale qualificazione della regola.

3.2. Altra ragione che favorisce la prospettiva qui sostenuta è nel fatto che essa non risulterebbe resistita dai portati della giurisprudenza sovranazionale (e di quella nazionale che ad essa si è uniformata) nel frattempo intervenuti.

Il tema trova nell'ordinanza di rimessione una trattazione talmente approfondita che quasi esime lo scrivente da una completa argomentazione in questa sede.

In sintesi, si pone correttamente in evidenza come la giurisprudenza della Corte EDU abbia progressivamente assimilato ed ammesso l'eccezione al principio della valutazione di attendibilità di un teste solo in presenza e non attraverso una semplice lettura delle sue dichiarazioni. Si cita la sentenza della Sezione Prima della Corte EDU, *Lorefice C. Italia* (Ricorso n. 63446/13) del 27 giugno 2017, nella quale la Corte di Strasburgo ha affermato (§§ 43-44) essere ben vero «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 [poiché] la valutazione dell'attendibilità di un testimone è un'attività complessa che, normalmente, non può essere svolta mediante una semplice lettura del contenuto delle dichiarazioni di quest'ultimo, come riportate nei verbali delle audizioni»; ma che « (...) vi sono dei casi in cui risulta impossibile sentire un testimone di persona al dibattimento di appello, ad esempio a causa del suo decesso (si vedano, tra altre, *Ferrantelli e Santangelo c. Italia*, 7 agosto 1996, § 52, Recueil 1996-III, e *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito-Uni [GC]*, n. 26766/05 e 22228/06, § 153, CEDU 2011) o al fine di rispettare il suo diritto di mantenere il silenzio su circostanze che potrebbero condurre alla sua incriminazione (si veda, ad esempio, *Craxi c. Italia* (n. 1), n. 34896/97, § 86, 5 dicembre 2002)» La condanna dell'Italia, in quella ipotesi discese proprio dalla mancata prova «che nel caso di specie sussistessero tali impedimenti».

In breve, l'odierno statuto giurisprudenziale di Strasburgo – che discende dalla citata pronuncia, ma soprattutto da *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito-Uni [GC]*, n. 26766/05 e 22228/06, richiamate anche dal 'secondo atto' della nota *Dan vs Moldavia*, vale a dire, Corte EDU, Sezione seconda, 10 novembre 2020, *Dan vs Moldavia* n. 2- pare assestato nell'affermazione della compatibilità convenzionale di condanne fondate su dichiarazioni non raccolte nel contraddittorio dibattimentale (per impossibilità di interrogare il teste fondamentale), purché rese in presenza di 'adeguate garanzie procedurali'.

A tale giurisprudenza si è adeguata quella di codesta Corte di legittimità, secondo un indirizzo che pare uniforme: e ciò sia con pronunce che espressamente richiamano la

giurisprudenza di Strasburgo,¹ sia con affermazioni di carattere più generale.²

Emerge insomma – ai limitati fini che qui rilevano - un quadro giurisprudenziale di riferimento (sovrnazionale e nazionale) che non disconosce la legalità/legittimità ad una sentenza di condanna *per il solo fatto* che essa usi probatoriamente dichiarazioni unilateralmente raccolte perché sia divenuta impossibile la loro rinnovazione in presenza e fatto salvo il bilanciamento di “solide garanzie procedurali”, individuate nell’esistenza di elementi di riscontro, che quei contenuti corroborino.

E’ ben vero che in tali pronunce non viene in rilievo – e non è dunque espressamente considerata - la variante dell’*overturning*; ma ciò che interessa notare è che la costruzione della giurisprudenza sovranazionale mitiga assai pregresse affermazioni e non postula preclusioni o regole di esclusione, quanto bilanciamenti in punto di garanzia, individuate tuttavia sul piano della valutazione probatoria. Ciò che conferma come la ‘regola Dasgupta’ non sia necessitata da un allineamento con la giurisprudenza sovranazionale.

4. Gli effetti della ‘regola Dasgupta’ sulla motivazione.

Sintetizzando quanto argomentato fino al momento, si può affermare che le affermazioni contenute nel § 8.6. della sentenza delle Sezioni Unite Dasgupta non possono essere intese come foriere di una regola di esclusione probatoria, incidente sul piano della validità/legittimità della sentenza, in quanto tale soluzione: i) appare eccentrica rispetto alla stessa complessiva impostazione della sentenza Dasgupta, la quale afferma – con riferimento al problema generale del ribaltamento della decisione assolutoria di primo grado in assenza di rinnovazione - che il vizio che ne consegue attiene alla motivazione della

¹ Sez. 2, Sentenza n. 15492 del 05/02/2020 Ud. (dep. 20/05/2020) Rv. 279148 – 01: “Le dichiarazioni predibattimentali acquisite ai sensi dell’art. 512 cod. proc. pen. possono costituire, conformemente all’interpretazione espressa dalla Grande Camera della Corte EDU con le sentenze 15 dicembre 2011, Al Khawaja e Tahery c/ Regno Unito e 15 dicembre 2015, Schatschaachwili c/ Germania, la base «esclusiva e determinante» dell’accertamento di responsabilità, purché rese in presenza di «adeguate garanzie procedurali», individuabili nell’accurato vaglio di credibilità dei contenuti accusatori, effettuato anche attraverso lo scrutinio delle modalità di raccolta, e nella compatibilità della dichiarazione con i dati di contesto, tra i quali possono rientrare anche le dichiarazioni dei testi indiretti, che hanno percepito in ambiente extra-processuale le dichiarazioni accusatorie della fonte primaria, confermandone in dibattimento la portata. (In motivazione la Corte ha precisato che ciò che rafforza la credibilità della dichiarazione predibattimentale non è il contenuto omologo e derivato della dichiarazione “de relato”, quanto la circostanza che il dichiarante assente abbia riferito ad altri i contenuti accusatori introdotti nel fascicolo del dibattimento attraverso l’art. 512 cod. proc. pen.); Sez. 6, Sentenza n. 50994 del 26/03/2019 Ud. (dep. 17/12/2019) Rv. 278195 – 03: “Le dichiarazioni predibattimentali acquisite ai sensi dell’art. 512 cod. proc. pen. possono costituire, conformemente all’interpretazione espressa dalla Grande Camera della Corte EDU con le sentenze 15 dicembre 2011, Al Khawaja e Tahery c/ Regno Unito e 15 dicembre 2015, Schatschaachwili c/ Germania, la base determinante dell’accertamento di responsabilità, purché l’assenza di contraddittorio sia controbilanciata da solide garanzie procedurali, individuabili nella esistenza di elementi di riscontro, che corroborino quei contenuti”.

² Sez. 2, Sentenza n. 19864 del 17/04/2019 Ud. (dep. 09/05/2019) Rv. 276531 – 02: “La legittima acquisizione al fascicolo del dibattimento delle dichiarazioni predibattimentali rese da persona successivamente divenuta irreperibile, ai sensi dell’art. 512 cod. proc. pen., richiede che le stesse siano state raccolte in presenza di adeguate garanzie procedurali o, in alternativa, confermate da elementi esterni ai contenuti accusatori e che l’irreperibilità, non prevedibile in fase investigativa ed accertata sul territorio nazionale ed estero con tutti gli strumenti disponibili, non sia riconducibile alla volontà del soggetto di sottrarsi al contraddittorio”.

sentenza; *ii*) non è giustificata – ed anzi, per diversi aspetti, resistita – dai portati normativi sopravvenuti con l’inserimento del comma 3-bis dell’art. 603 c.p.p.; *iii*) non è necessitata da alcuna conformazione alla giurisprudenza della Corte EDU, quantomeno nel meccanismo di invalidazione procedurale ed immediata della sentenza.

Queste considerazioni sembrano quindi di necessità collocare anche questo segmento decisorio delle Sezioni Unite Dasgupta tra le regole di valutazione probatoria, come d’altra parte espressamente predicato, in via generale, dalla medesima pronuncia (§ 11: (...) *l’evenienza del mancato rispetto da parte del giudice di appello del dovere di procedere alla rinnovazione delle fonti dichiarative in vista di una reformatio in pejus va inquadrata non nell’ambito di una violazione di legge ma in quello di un vizio di motivazione*”).

Nondimeno, si tratta di un vizio di motivazione assai intenso nelle sue probabilità di realizzarsi. A ben riflettere, gli spazi disponibili per il giudice di appello, proprio in punto di motivazione, sono estremamente angusti e risicati, benché teoricamente esistenti.

La motivazione, infatti, dovrà: *i*) superare il ‘ragionevole dubbio’ circa la colpevolezza dell’imputato, innestato dalla sentenza assolutoria di primo grado; *ii*) al contempo, ribaltare la valutazione probatoria della prova dichiarativa ‘in presenza’ effettuata dal primo giudice attraverso un metodo cartolare, offrendo al contempo quelle “*solide garanzie procedurali, individuabili nella esistenza di elementi di riscontro, che corroborino quei contenuti*”, secondo il linguaggio della giurisprudenza CEDU.

Si tratterà di una motivazione *doppiamente* rafforzata: per l’esito di *overturning* che consegue; per il metodo che è costretta a seguire.

E’ intuitivo che in questa cruna dell’ago che si prospetta su tale tipologia di sentenza e di motivazione, lo scrutinio del giudice di legittimità non potrà che essere particolarmente attento e rigoroso.

È ben vero che, a differenza del giudice di prime cure, quello di appello potrà giovare di un patrimonio dichiarativo più ampio, risultando acquisibili agli atti (e probatoriamente utilizzabili), *ex art. 512 c.p.p.*, anche le dichiarazioni rese in fase di indagine preliminare, oltre che quelle rese in fase dibattimentale di prime cure. Ed è altrettanto indubbio che il giudice di appello potrà – volendo – rinnovare l’istruttoria dibattimentale tesa alla verifica ed all’apprezzamento degli elementi di riscontro. Ma è altrettanto indubbio che il ribaltamento assolutorio con impossibilità di rinnovazione, oltre che statisticamente eccezionale, lo sarà anche sul piano del metodo e dei principi: e come tale dovrà essere scrutinato in sede di legittimità. Ciò che tuttavia non vale a trasformare un vizio di motivazione (assai probabile) in una regola di esclusione probatoria, di incerta origine e giustificazione.

5. Conclusioni.

In esito al quesito posto, va affermato il seguente principio di diritto:

«In caso di riforma in appello del giudizio assolutorio di primo grado, fondata su una diversa valutazione delle dichiarazioni ritenute decisive, l’impossibilità di procedere alla

rinnovazione dibattimentale della prova dichiarativa per il decesso del soggetto da esaminare non preclude, di per sé sola, il ribaltamento del giudizio assolutorio. Nondimeno, l'impossibilità di procedere alla rinnovazione delle fonti dichiarative in vista di una *reformatio in pejus* esigerà uno sforzo di motivazione della relativa sentenza particolarmente intenso e di assoluto rigore, per l'esito del ribaltamento che da essa consegue e per il metodo di rivalutazione meramente cartolare della prova dichiarativa cui il giudice è costretto».

Roma, 20/9/2021

L'Avvocato Generale
Piero Gaeta