GIUSTIZIA INSIEME

Diritto Penale

La dichiarazione resa dal perito o dal consulente tecnico è prova dichiarativa assimilabile a quella del testimone?

di Roberto Aniello

12 gennaio 2019

---

simbolo

PROCURA GENERALE della CORTE di CASSAZIONE

Note del Sostituto Procuratore Generale Roberto Aniello per l'udienza delle Sezioni Unite penali del 21 dicembre 2018.

Questione controversa: *"Se la dichiarazione resa dal perito o dal consulente tecnico costituisca o meno prova dichiarativa assimilabile a quella del testimone, rispetto alla quale, se decisiva, il giudice d'appello avrebbe la necessità di procedere alla rinnovazione dibattimentale, nel caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un diverso apprezzamento di essa".*

Ritiene questo Ufficio che alla questione controversa sopra indicata codeste On.me Sezioni Unite penali debbano fornire soluzione positiva, alla stregua dei principi di diritto e delle argomentazioni che seguono.

La questione di diritto rimessa alle Sezioni Unite dalla 2^ sezione penale è la seguente: *"Se la dichiarazione resa dal perito o dal consulente tecnico costituisca o meno prova dichiarativa assimilabile a quella del testimone, rispetto alla quale, se decisiva, il giudice d'appello avrebbe la necessità di procedere alla rinnovazione dibattimentale, nel caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un diverso apprezzamento di essa".*

1. E' opportuno richiamare brevemente, prima di formulare le necessarie osservazioni critiche, le argomentazioni dei due orientamenti contrapposti, peraltro delineati con chiarezza dall'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, che ha inoltre aggiunto le proprie riflessioni sul tema.

1.1. Secondo la tesi prevalente sussiste l'obbligo di risentire periti e consulenti, così come per i testimoni, dato che la natura della prova è analoga.

Al riguardo, la sentenza di Sez. 2^ n. 34843/2015, Sagone, ha infatti osservato che l'acquisizione dei risultati di perizia e consulenze avviene mediante l'esame in dibattimento secondo le disposizioni sull'esame dei testimoni, a norma dell'art. 501 c.p.p., cosicché la rivalutazione (*in peius*) della prova deve essere preceduta dal riascolto dei dichiaranti.

Non offre autonome argomentazioni la sentenza di Sez. 4^ n. 6366/2017, Maggi, che si limita a richiamare la sentenza delle Sezioni Unite n. 27620/2016, Dasgupta, nella parte in cui afferma che la necessità di rinnovazione dibattimentale non consente distinzioni a seconda della qualità soggettiva del dichiarante.

La sentenza di Sez. 4^ n. 9400/2017, Gashi, non prende una netta posizione sulla questione, in quanto muove dalla necessità di riascoltare un testimone, la cui attendibilità era stata differentemente valutata dai giudici di merito e, di conseguenza, anche il perito, che aveva espresso le proprie valutazioni proprio sulla base di quella deposizione dibattimentale.

Le successiva pronunce di Sez. 4^ n. 14649/2018, Lumaca, e n. 14654/2018, D'Angelo, richiamano adesivamente le sentenze Sagone e Maggi, senza aggiungere ulteriori considerazioni.

La sentenza di Sez. 4^ n. 36736/2018, Anello, ha invece considerato che la sentenza Dasgupta non aveva indicato, tra i dichiaranti dei quali è obbligatoria la nuova audizione, periti e consulenti, ma ha sostenuto che *"si tratta di un principio che deve essere esteso anche alle dichiarazioni rese dai consulenti tecnici e dai periti in sede di esame, allorquando si attribuisca alle affermazioni dei medesimi, anche di contenuto scientifico, ma ancor più descrittivo, un senso diverso da quello loro assegnato dalla decisione impugnata"*.

1.2. L'opposto orientamento è rappresentato da due decisioni, la prima delle quali è quella di Sez. 5^ n. 1691/2017, Abbruzzo. Al fine di sorreggere le proprie conclusioni, la motivazione richiama anzitutto i principi elaborati dalla giurisprudenza per la valutazione di periti e consulenti, in particolare citando due precedenti: Sez. 4^ n. 8527/2015: *"In tema di prova, in virtù del principio del libero convincimento, il giudice di merito, pur in assenza di una perizia d'ufficio, può scegliere tra le diverse tesi prospettate dai consulenti delle parti, quella che ritiene condivisibile, purché dia conto, con motivazione accurata ed approfondita, delle ragioni della scelta nonché del contenuto della tesi disattesa e delle deduzioni contrarie delle parti e, ove tale valutazione sia effettuata in modo congruo, è inibito al giudice di legittimità procedere ad una differente valutazione, trattandosi di accertamento di fatto, come tale insindacabile in sede di legittimità";* Sez. 5^ n. 6754/2015*: "In tema di prova scientifica, la Cassazione non deve stabilire la maggiore o minore attendibilità scientifica delle acquisizioni esaminate dal giudice di merito e, quindi, se la tesi accolta sia esatta ma solo se la spiegazione fornita sia razionale e logica; essa, infatti, non è giudice del sapere scientifico ed è solo chiamata a valutare la correttezza metodologica dell'approccio del giudice di merito al sapere tecnico- scientifico, che riguarda la preliminare, indispensabile verifica critica in ordine all'affidabilità delle informazioni utilizzate ai fini della spiegazione del fatto. Ne deriva che il giudice di legittimità non può operare una differente valutazione degli esiti di una consulenza, trattandosi di un accertamento di fatto, insindacabile in sede di legittimità, se congruamente motivato"*.

La sentenza in esame ha quindi concluso che *"pur se il perito ed i consulenti tecnici sentiti in dibattimento hanno la veste di testimoni, la loro relazione forma parte integrante della deposizione ed inoltre essi sono chiamati a formulare un parere tecnico rispetto al quale il giudice può discostarsi purché argomenti congruamente la propria diversa opinione.*

La loro posizione non è, quindi, totalmente assimilabile al concetto di "prova dichiarativa" espresso nella sentenza Dasgupta, tanto è vero che nella motivazione delle Sezioni Unite, laddove si elencano i casi in cui è necessaria la rinnovazione della prova dichiarativa, non si menzionano periti e consulenti".

La sentenza di Sez. 3^ n. 57863/2017, Colleoni, ha sinteticamente ribadito le medesime osservazioni.

2. Una prima considerazione di carattere metodologico: il punto fermo da cui muove la discussione è costituito dall'obbligo di risentire in appello i testimoni per i quali si prospetti una diversa valutazione *contra reum*. Pertanto, è certamente necessario verificare se perizia e consulenza tecnica rientrino nel *genus* della prova dichiarativa, ma, una volta data risposta positiva a questo primo quesito, occorrerà anche valutare se siano riscontrabili peculiarità tali da legittimare una diversa soluzione.

Questa verifica, inoltre, andrà fatta in relazione alle ragioni che, secondo la giurisprudenza di legittimità (rilevano in particolare, ma non solo, le sentenze delle Sezioni Unite n. 27620/2016, Dasgupta e n. 18620/2017, Patalano), impongono la rinnovazione istruttoria in grado d'appello, peraltro anche rivisitando l'impostazione adottata dalle Sezioni Unite.

Una seconda considerazione, che è opportuno svolgere preliminarmente perché attiene ad un preteso *dictum* della sentenza Dasgupta, riguarda l'omessa menzione, in tale pronuncia, di periti e consulenti tra i soggetti per i quali è necessaria la rinnovazione della prova dichiarativa.

In realtà, si tratta di un'omissione che non può assumere un significato escludente, sia perché le Sezioni Unite non affrontano espressamente la questione, sia perché sembra che si siano preoccupate di estendere l'obbligo di rinnovare la prova dichiarativa a soggetti che non rivestono la qualifica di testimoni "puri", cioè il testimone assistito, il coimputato nello stesso procedimento, l'imputato in procedimento connesso. Si tratta di dichiaranti per i quali vigono regole particolari che li differenziano dai normali testimoni e per i quali era dunque opportuno fornire una precisa indicazione, laddove per i periti e consulenti è prevista l'applicabilità delle norme sull'esame dei testimoni, sia pure con modalità peculiari, che però non incidono sulla veste processuale.

Invero, la norma del codice di rito che regola l'assunzione della perizia e della consulenza in dibattimento è l'art. 501 c.p.p., ove è previsto che per l'esame di periti e consulenti si osservino le norme sull'esame dei testimoni, in quanto applicabili.

Dunque, un'assimilazione della forma di acquisizione della prova che implica – di questo occorre dare atto – una natura parzialmente diversa della prova stessa, sia perché altrimenti la norma non sarebbe stata neppure necessaria, sia perché le norme sull'esame dei testimoni si applicano a periti e consulenti solo "in quanto applicabili"[1].

Sono però fondamentali gli artt. 508 e 511 comma 3, che completano la disciplina dell'assunzione della perizia in dibattimento, prevedendo come forma tipica quella orale, dato che il perito, immediatamente citato a comparire, deve esporre il suo parere nello stesso dibattimento e, in caso di sospensione del dibattimento, nella nuova udienza il perito risponde ai quesiti ed è esaminato a norma dell'art. 501 (art. 508 comma 3); la lettura della relazione peritale è disposta solo dopo l'esame del perito (art. 511 comma 3).

La violazione di quest'ultima disposizione, secondo consolidata giurisprudenza, dà luogo ad una nullità di ordine generale non assoluta – come tale soggetta ai limiti di deducibilità di cui all'art. 182 ed alle sanatorie di cui all'art. 183 del codice di rito – per violazione del diritto di difesa, poiché non si assicura al difensore la possibilità di rivolgere domande al perito (Sez. 5^ n. 38413/2003, Alvaro; conformi, Sez. 4^ n. 1288/2004, Castelli, e Sez. 5^ n. 16384/2011, Carrino, in tema di perizia disposta nel giudizio abbreviato; Sez. 5^ n. 32902/2011, Cifelli; Sez. 6^ n. 25807/2014, Rizzo, con specifico riferimento alla consulenza tecnica di parte; Sez. 3^ n. 35497/2016, L.M.).

Caratteristiche del tutto analoghe ha la perizia assunta in incidente probatorio, stante la norma di rinvio contenuta nell'art. 401 comma 5 c.p.p.; e proprio in relazione ad una perizia in questa fase si è affermato che "*costituiscono momenti indefettibili del procedimento di formazione della prova l'esposizione orale del parere del perito in udienza e il successivo eventuale esame del perito ad opera delle parti*" (Sez. 4^ n. 36613/2006, De Rossi)

Si può dunque pervenire, sulla scorta di queste considerazioni, ad una prima conclusione in ordine al carattere centrale della oralità nell'assunzione della perizia; oralità ovviamente finalizzata a garantire il contraddittorio.

Ciò peraltro ancora non significa una completa equiparazione alla prova dichiarativa testimoniale. Invero, le obiezioni più pregnanti al riguardo attengono all'oggetto della deposizione di periti e consulenti, i quali – come evidenziato dalle pronunce citate in precedenza – formulano pareri tecnici, rispetto ai quali il giudice di merito può scegliere, tra le diverse tesi prospettate, quella che ritiene condivisibile, purché dia conto, con motivazione accurata ed approfondita, delle ragioni della scelta nonché del contenuto della tesi disattesa e delle deduzioni contrarie delle parti.

In altri termini, poiché periti e consulenti esprimono considerazioni tecniche attinenti l'accertamento da loro eseguito, non si tratterebbe di dichiarazioni assimilabili a quelle del testimone e non sarebbe quindi necessario procedere ad una nuova audizione nel caso si voglia

procedere ad una diversa interpretazione e valutazione delle stesse.

Ora, benché le dichiarazioni di periti e consulenti non siano perfettamente assimilabili a quelle dei testimoni, la tesi non appare condivisibile.

Va anzitutto rammentata la distinzione tra prova e mezzo di prova: non occorre richiamare Carnelutti e Cordero per affermare che una cosa è la prova scientifica, ovvero l'accertamento tecnico eseguito dal perito, altra cosa è l'introduzione della prova in dibattimento, che avviene a mezzo dell'esame orale – essenziale, come si è visto – e dell'acquisizione della relazione.

Quanto al contenuto della deposizione di periti e consulenti, si deve in primo luogo notare che essi riferiscono anche circostanze di fatto relative agli accertamenti eseguiti, e per questa parte la loro posizione non è affatto diversa da quella dei testimoni. Si tratta di quell'attività che l'ordinanza di rimessione definisce, in aderenza alla giurisprudenza civile, "percipiente". Invero, quando i fatti da accertare necessitano di specifiche conoscenze tecniche, il giudice può affidare al consulente non solo l'incarico di valutare i fatti accertati (consulente deducente), ma anche quello di accertare i fatti stessi (consulente percipiente); in tale ultimo caso la consulenza costituisce essa stessa fonte oggettiva di prova ed è necessario e sufficiente che la parte deduca il fatto che pone a fondamento del suo diritto e che il giudice ritenga che l'accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche (Sez. 3^ civile n. 4792/2013). Del resto, tali attività corrispondono a quelle indicate nell'art. 220 c.p.p., ove l'oggetto della perizia è definito in relazione alla necessità di *"svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche"*.

In relazione all'attività percipiente, le dichiarazioni del perito e del consulente non appaiono dissimili da quelle del testimone, dovendo essi riferire sulla svolgimento delle indagini eseguiti e dei dati oggettivi acquisiti.

Quanto all'attività valutativa, ci sono diversi aspetti da considerare.

Anzitutto, non può certo essere escluso che anche per periti e consulenti si pongano questioni di attendibilità soggettiva ovvero di veridicità del dichiarato. Costituiscono infatti reato sia la falsa perizia, a norma dell'art. 373 c.p.[2], sia la falsa consulenza, che – quanto meno per il consulente del P.M. – può risultare punibile ai sensi degli artt. 371 bis o 372 c.p., secondo quanto affermato da S.U. n. 51824/2014, Guidi. Quest'ultima pronuncia ha osservato in motivazione che *"anche in relazione ai giudizi di natura squisitamente tecnico-scientifica può essere svolta una valutazione in termini di verità-falsità"* e che pertanto *"il consulente tecnico del pubblico ministero va equiparato al testimone anche quando formula giudizi tecnico-scientifici".*

Questa condivisibile puntualizzazione, relativa alla falsità delle dichiarazioni rese dal consulente, apre la strada alla soluzione della questione anche per quanto riguarda gli aspetti più strettamente valutativi delle deposizioni di periti e consulenti.

E' certamente esatto affermare che compito del giudice è quello di verificare la logica del ragionamento seguito da periti e consulenti e posto a fondamento delle loro conclusioni e, in caso di contrasto, di valutare criticamente le opposte argomentazioni in modo da giustificare congruamente la scelta finale di una tesi piuttosto che dell'altra.

La valutazione del giudice presuppone comunque una corretta interpretazione delle osservazioni formulate da periti e consulenti; ciò in particolare quando gli accertamenti eseguiti e le conseguenti conclusioni degli esperti non siano connotate da certezze rigorosamente oggettive sotto il profilo scientifico.

Si pensi, ad esempio, alle perizie psichiatriche o alle ricostruzioni della dinamica di incidenti stradali o di infortuni sul lavoro, alle perizie sulla colpa medica, per indicare alcune delle più frequenti evenienze: le variabili sono molteplici, i metodi e gli strumenti tecnici utilizzati non necessariamente uniformi e le conclusioni non riconducibili a formule incontrovertibili.

E' pertanto indispensabile in primo luogo un puntuale recepimento delle tesi degli esperti, che sono spesso fondate su argomenti specialistici, a volte di particolare tecnicismo e complessità.

Soltanto avendo ben chiare le argomentazioni di periti e consulenti si può passare alla fase valutativa, tenendo conto delle opinioni contrapposte e ponendole a confronto, per poi trarne le conseguenze in tema di scelta della conclusione che appaia al giudice maggiormente logica e plausibile.

Nel caso in cui quest'opera di interpretazione e valutazione porti il giudice di primo grado al convincimento della insufficienza delle conclusioni tecniche che dovrebbero supportare la tesi accusatoria, l'appello avverso la sentenza assolutoria contesterà la valenza che il giudice di primo grado ha attribuito alle perizie o consulenze di segno favorevole all'accusa, sottoponendo a critica l'interpretazione e/o la valutazione dell'esito di perizie e consulenze.

La situazione è quindi assolutamente parallela a quella che impone la rinnovazione istruttoria per i testimoni: anche in tal caso, risultano prospettabili due differenti apprezzamenti delle osservazioni e argomentazioni dei soggetti che hanno riferito in dibattimento, e ciò sia sul piano della perfetta comprensione del loro significato intrinseco, sia su quello della valutazione della effettiva pregnanza delle stesse sul piano probatorio.

Dunque, sembra innegabile che l'imputato abbia il diritto di far risentire periti e consulenti al fine di confutare la tesi accusatoria sostenuta dall'appellante e far emergere, mediante il nuovo esame, l'esattezza dell'impostazione in suo favore.

E' chiaro, peraltro, che l'obbligo così configurato riguarda soltanto l'audizione di periti e consulenti; l'accertamento tecnico rimane intatto nel suo valore probatorio, che deve soltanto essere oggetto di nuove deposizioni, e – tranne che risulti necessario qualora si riscontrino lacune di qualche tipo – non andrà pertanto rinnovato.

3.1. Questa prima conclusione è stata raggiunta sulla base del raffronto tra i caratteri salienti della testimonianza e quelli di perizia e consulenza. Tuttavia, prima di giungere alle conclusioni finali, è il caso di formulare qualche osservazione in ordine alle ragioni sottese alla necessità di rinnovazione istruttoria, alla stregua dell'inquadramento della questione che è stato dato dalle sentenze delle Sezioni Unite Dasgupta e Patalano.

La questione, com'è noto, nasce nel 2011 a seguito della sentenza della CEDU Dan c. Moldavia.

In precedenza, la giurisprudenza si era posta il problema della riforma di una sentenza di primo grado che aveva assolto l'imputato.

Si era allora affermato, peraltro anche in relazione a una sentenza d'appello assolutoria che abbia ribaltato la condanna in primo grado, che la totale riforma *"impone la dimostrazione dell'incompletezza o della non correttezza ovvero dell'incoerenza delle relative argomentazioni con rigorosa e penetrante analisi critica seguita da completa e convincente dimostrazione che, sovrapponendosi "in toto" a quella del primo giudice, dia ragione delle scelte operate e del privilegio accordato ad elementi di prova diversi o diversamente valutati"* (Sez. 2^, n. 15756/2003 del 12.12.2002, Contrada).

La giurisprudenza in tal senso si era consolidata, giungendo ad affermare la illegittimità della condanna in secondo grado fondata su una interpretazione alternativa e non maggiormente persuasiva dello stesso compendio probatorio che aveva condotta all'assoluzione in primo grado.

E' chiaro pertanto che la nostra giurisprudenza individuava la condizione di legittimità del ribaltamento della sentenza di primo grado nell'adeguata motivazione della opposta valutazione effettuata dal giudice d'appello.

La sentenza Dan c. Moldavia sposta l'obiettivo dalla motivazione alle modalità con le quali si perviene a una differente valutazione. La Corte europea ritiene infatti che i giudici *"dovrebbero,*

in linea di massima, poter udire i testimoni personalmente e valutare la loro attendibilità. La valutazione dell' attendibilità di un testimone è un compito complesso che generalmente non può essere eseguito mediante una semplice lettura delle sue parole verbalizzate"[3].

La giurisprudenza italiana si adegua (sono numerose anche le successive decisioni conformi della CEDU: Manolachi c. Romania del 5 marzo 2013; Flueras c. Romania del 9 aprile 2013; Hanu c. Romania del 4 giugno 2013 e, di recente, Lorefice c. Italia del 29.6.2017)e perviene quindi alle note pronunce delle Sezioni Unite n. 27620/2016, Dasgupta, che risolve in senso positivo la questione controversa della rilevabilità d'ufficio della omessa rinnovazione dibattimentale della prova dichiarativa, e la successiva sentenza n. 18620/2017, Patalano, che estende l'obbligo della nuova audizione dei testimoni anche al processo celebrato con rito abbreviato. Parallelamente, le Sezioni Unite (sent. Troise) escludono che tale obbligo sussista nel caso che il giudice d'appello riformi in senso assolutorio la condanna pronunciata in primo grado, fermo restando l'obbligo di una motivazione che confuti puntualmente le argomentazioni contenute nella sentenza di primo grado.

3.2. Occorre fare una considerazione sulla sentenza Dan c. Moldavia e sulle altre conformi pronunce della CEDU: la Corte europea pone l'accento essenzialmente sulla complessità della valutazione dell'attendibilità del teste, che non può fondarsi sulla mera lettura delle sue dichiarazioni, in quanto è necessario prendere diretta cognizione dell'atteggiamento del dichiarante, assumendo rilevanza anche la comunicazione extraverbale.

Limitandosi a considerare questa prima argomentazione, alcune decisioni della Corte di Cassazione hanno ritenuto che la rinnovazione dell'audizione dei testimoni sia obbligatoria soltanto qualora la nuova valutazione della prova dichiarativa differisca da quella effettuata in primo grado in ordine alla sola attendibilità intrinseca, sul presupposto che questa è l'unica a dipendere (anche) dalla valutazione del contegno del teste e dai dati comunicativi extraverbali (Sez. 6^ n. 16566/2013, Caboni; Sez. 3^ n. 45453/2014; Sez. 2^ n. 41736/2015, Di Trapani; Sez. 5^ n. 45847/2016, Colombo; Sez. 6^ n. 47722/2015, Arcone).

In realtà, non è questa, e non può essere questa, la sola ragione per la quale si rende necessaria la rinnovazione istruttoria in grado d'appello, anzi, a ben vedere, questa è l'argomentazione più debole della Corte Europea, essendo frutto di un approccio empirico che nel nostro sistema processuale non dovrebbe avere grande spazio applicativo.

Certamente i principi di oralità e immediatezza nell'assunzione delle prove sono importanti, ma il contegno del testimone mentre rende la sua deposizione è sicuramente valutabile con difficoltà

e ancor più difficilmente motivabile. E nel nostro ordinamento la motivazione è imprescindibile.

La ragione fondamentale che impone la nuova audizione dei testimoni in appello è un'altra, e la sua radice è nell'art. 6 comma 3 lett. d) della Convenzione Europea, che specifica i diritti dell'accusato nell'ambito di un processo equo, nonché nell'art. 111 comma 3 della Costituzione: il diritto di interrogare e fare interrogare i testimoni che rendono dichiarazioni a suo carico: il diritto al contraddittorio.

E' un diritto che non si esaurisce nel dibattimento di primo grado, quando vi sia stata assoluzione.

Lo precisa giustamente la sentenza Dasgupta, quando sottolinea che il giudice d'appello non ha un'autorevolezza maggiore dei quello di primo grado, ma solo una differente funzione, e allora può essere legittimato a ribaltare un esito assolutorio solo dopo aver ripercorso le medesime cadenze di acquisizione delle prove dichiarative assunte in primo grado.

Ma soprattutto, nota la sentenza Dasgupta (par. 8.1 – p. 12) che *"dal lato dell'imputato assolto in primo grado, la mancata rinnovazione della prova dichiarativa precedentemente assunta sacrifica una efficace confutazione delle argomentazioni svolte nell'appello del p.m. che possa trarre argomenti dall'interlocuzione diretta con la fonte le cui affermazioni siano state poste a sostegno della tesi di accusa"*.

In altri termini, la situazione che si presenta, in seguito all'appello del P.M. o della parte civile è la seguente: il giudice di primo grado ha interpretato e valutato le prove dichiarative in un senso che ha condotto all'assoluzione dell'imputato (sono due fasi distinte ancorché connesse, l'interpretazione del contenuto della dichiarazione e la sua valutazione); l'appellante prospetta una differente interpretazione e/o valutazione, sostenendo che il giudice di primo grado è pervenuto a conclusioni erronee.

Si può forse pensare, avendo come parametri di riferimento i principi della Convenzione europea e della Costituzione sopra richiamati, che l'imputato non abbia il diritto di far risentire i soggetti che rendono dichiarazioni per difendersi da quella che è un'accusa a suo carico, evidentemente la stessa sostenuta in primo grado, ma che ora è protesa a confutare le conclusioni assolutorie cui è pervenuto il giudice di primo grado?

Richiamando ancora la sentenza Dasgupta, da un lato vi è la posizione del giudice, che può pervenire ad una decisione di condanna solo superando il ragionevole dubbio e confutando le argomentazioni poste a sostegno della sentenza impugnata; e per far questo deve porsi nelle stesse condizioni del primo giudice, replicando l'assunzione diretta delle prove (decisive) da

valutare diversamente.

Dall'altro lato, ma ancor più consistente, vi è il diritto dell'imputato a contrastare le ragioni dell'appellante, non solo condividendo le motivazioni della sentenza di primo grado, ma anche esponendo ulteriori argomenti a proprio favore; e certamente la miglior difesa passa per la nuova audizione di quei testimoni le cui dichiarazioni hanno un'opposta valenza nell'ottica dell'accusa e in quella della difesa.

A questo punto, però, non si può fare a meno di esprimere perplessità sulla riconducibilità della mancata rinnovazione istruttoria al vizio di motivazione ex art. 606 lett. e) c.p.p.; la sentenza Dasgupta ricollega espressamente il vizio di motivazione al mancato rispetto del canone di giudizio "al di là di ogni ragionevole dubbio" di cui all'art. 533 comma 1 c.p.p.; precisa inoltre che, per valutare se la sentenza di appello sia viziata occorre *"apprezzarne il contenuto, dal quale dovrà desumersi: a) se sia stata espressa nella motivazione della sentenza una valutazione contra reum delle fonti dichiarative; b) se tale diversa valutazione sia in contrasto con quella resa dal giudice di primo grado; c) se essa sia stata decisiva, nel senso sopra precisato, ai fini dell'affermazione della responsabilità; d) se essa sia stata assunta senza procedere a una rinnovazione dell'esame delle fonti dichiarative".*

Ora, queste ultime scansioni della fase valutativa sulla sussistenza del vizio di motivazione sono meramente riepilogative e, quanto al canone del ragionevole dubbio, la pronuncia delle Sezioni Unite non spiega compiutamente per quale ragione esso non possa essere rispettato con una motivazione che, pur senza la rinnovata audizione del dichiarante diversamente valutato, confuti in modo puntuale e convincente ogni argomentazione del giudice di primo grado, secondo i criteri enunciati dalla giurisprudenza sulla motivazione cosiddetta rafforzata.

Invero, nella motivazione della sentenza Dasgupta, si fa in primo luogo riferimento, come si è notato, alla posizione non sovraordinata del giudice d'appello ed alla necessità di una diretta percezione orale.

Ma da questo punto di vista, se l'esame dibattimentale in primo grado è stato completo e non presenti punti oscuri in relazione al significato oggettivo delle dichiarazioni, la divergenza potrà concernere soltanto la valutazione a fini probatori del contenuto delle stesse. Si tratterebbe, pertanto, esclusivamente di una questione di standard argomentativo, che non dipende necessariamente dalla rinnovazione della prova in appello.

L'aggancio tra mancata rinnovazione e standard del ragionevole dubbio non è nella legge né nel diritto vivente convenzionale.

La sentenza Dasgupta introduce una c.d. *prova legale negativa*: senza quella prova (la prova dichiarativa rinnovata) non si può condannare, in sua presenza si può condannare o assolvere.

Per collegare la mancata rinnovazione al vizio di motivazione e al ragionevole dubbio la Dasgupta introduce, nel silenzio della legge, una prova legale che contrasta col principio del libero convincimento del giudice.

Inoltre, il vizio di motivazione va accertato caso per caso, scendendo nella concretezza dei singoli ragionamenti probatori, mentre qui avremmo un vizio di motivazione precostituito per legge.

La rinnovazione della prova attiene alla fase dell'istruzione probatoria (ed infatti correttamente il comma 3 bis del nuovo art. 603 la pone in tale fase), il ragionevole dubbio attiene allo stato della valutazione finale sulle prove e sulle ipotesi.

Ed infatti l'art. 603 comma 3 bis c.p.p. smentisce la Dasgupta perché:

a) inserisce la rinnovazione della prova dichiarativa (e solo nel caso di diversa valutazione, non di omissione) nella rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, non nella fase della decisione, come sarebbe stato coerente con la Dasgupta;

b) non prevede alcun vizio di motivazione di ufficio.

Quindi, la *ratio* del *novum* legislativo non è il *corretto giudizio* (che è tutelato dal libero convincimento del giudice, dal metodo legale di ragionamento e dal vizio di motivazione eccepibile dalle parti).

La *ratio* è garantire la genuinità e completezza dell'evidenza probatoria disponibile.

Ma c'è un secondo aspetto preso in considerazione dalla sentenza Dasgupta, e cioè il diritto dell'imputato assolto in primo grado di far risentire i soggetti che l'appellante assume aver rilasciato dichiarazioni che, rettamente interpretate e valutate, sarebbero a suo carico, ha un legame diretto con le citate norme di cui all'art. 6 comma 3 lett. d) della Convenzione EDU e all'art. 111 comma 3 della Costituzione.

Si tratta di disposizioni che enunciano il medesimo principio e, se la norma convenzionale non ha una diretta efficacia precettiva nel nostro ordinamento, la norma costituzionale quanto meno impone una interpretazione che non contraddica il principio in essa contenuto.

Sembra pertanto che possa ravvisarsi, più che un vizio di motivazione, una inosservanza di norme, così come del resto dovrà essere per i procedimenti cui si applicherà il nuovo art. 603

comma 3 bis c.p.p., che prevede la rinnovazione dell'istruttoria nel caso di appello del P.M. avverso una sentenza di proscioglimento *"per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa"*.

La nuova norma codifica un principio già affermato dalla Convenzione, dalla Costituzione e dalla giurisprudenza, ma – così come la sentenza Dasgupta – va vista in sintonia con l'art. 507 cpp.; anche il giudice di primo grado, infatti ha il potere-dovere di garantire la completezza di informazioni probatorie affidabili e la violazione di questo dovere-potere è presidiato dal motivo di ricorso per vizio di motivazione.

La differenza tra l'art. 603 comma 3 bis e l'art. 507 cpp sta in questo:

nell'art. 507 cpp l'ordinamento attribuisce al giudice un potere discrezionale di valutazione circa la indispensabilità della prova da assumere; nell'art. 603 comma 3 bis c.p.p. invece l'ordinamento compie una valutazione legale tipica: non è il giudice che decide se – in caso di motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa – la prova va riassunta, è la legge che lo impone.

La questione è quale vizio risulti configurabile in seguito alla mancata riassunzione della prova in grado d'appello.

Non è espressamente prevista una sanzione di nullità, ma si tratta indubbiamente dell'omessa acquisizione di una prova decisiva – tale ritenuta non dal giudice, ma dalla legge – che dà luogo ad una violazione del diritto di difesa e configura quindi non un *error* in iudicando, ma un *error* in procedendo.

Dunque, la nullità per violazione dell'art. 603 comma 3 bis c.p.p. va inquadrata tra le nullità generali non assolute, ai sensi dell'art. 178 c.p.p.

Le conseguenze sono che tale nullità (omessa rinnovazione della prova dichiarativa) è sanata se la parte interessata non la eccepisce prima che inizi la fase deliberativa.

Ma è ancor prima indeducibile (art. 182 c.p.p.) se la difesa non ha chiesto la rinnovazione della prova perché in questo modo la difesa ha concorso a dar causa alla nullità[4].

Risulta pertanto corretto far riferimento alla previsione dell'art. 606 lett. d) c.p.p., che contempla la mancata assunzione di una prova decisiva, quando la parte ne ha fatto richiesta anche nel corso dell'istruzione dibattimentale limitatamente ai casi previsti dall'articolo 495, comma 2.

La sentenza Dasgupta ha escluso che ricorra questa ipotesi ed ha altresì ritenuto che il concetto di decisività non è lo stesso che viene in considerazione nell'ambito della rinnovazione delle

prove dichiarative. In questo caso, infatti, *“il giudice di appello deve prendere in considerazione non prove "negate" ma prove "da riassumere", il cui contenuto rappresentativo si era già completamente dispiegato in primo grado, e ha dunque già formato oggetto della decisione impugnata, che proprio su esso ha fondato l'esito assolutorio”.*

Si ritiene che questa posizione debba essere rivista, perché affermare che il contenuto rappresentativo della prova dichiarativa si è già completamente dispiegato in primo grado significa negare la *ratio* stessa della rinnovazione istruttoria, riducendolo ad un mero obbligo di natura formale: obbligo che deve invece essere sorretto dalla necessità, almeno potenziale, che il rinnovato esame consenta di approfondire e chiarire gli aspetti che formano oggetto di contrasto tra la prospettazione dell’appellante e la tesi della sentenza assolutoria del primo giudice. Se invece il contenuto rappresentativo fosse insuscettibile di modifiche, aggiunte, chiarimenti, pur potendo essere oggetto di differenti valutazioni, queste potrebbero essere soltanto cartolari, senza alcuna necessità di una nuova audizione, che diventerebbe un passaggio rituale privo di significato.

Inoltre, ricondurre la situazione in esame alla previsione dell’art. 606 lett. d), da un lato non trova ostacoli nei limiti posti dalla stessa norma, dall’altro consente di introdurre un argine ad una indiscriminata applicazione della rinnovazione istruttoria, che – non si può ignorare – può avere riflessi negativi su un altro valore costituzionalmente tutelato, la ragionevole durata del processo.

L’art. 606 lett. d) limita, infatti, la rilevanza della mancata assunzione di prova decisiva al caso in cui la parte ne abbia fatto richiesta anche nel corso dell'istruzione dibattimentale limitatamente ai casi previsti dall'articolo 495 comma 2.

La sentenza Dasgupta osserva al riguardo che questo richiamo riconduce la previsione ad un contesto in cui il dibattimento di primo grado è alle battute iniziali.

Ma in realtà la norma richiama l’art. 495 comma 2 soltanto per introdurre un limite alla estensione operata nel testo immediatamente prima, ove afferma che il presupposto costituito dalla richiesta di una parte è integrato quando la richiesta è formulata *“anche nel corso dell’istruzione dibattimentale”*; e ciò, tuttavia, nei soli casi previsti dall’art. 495 comma 2, cioè nel caso di prova contraria.

Ora, nel momento in cui l’appellante indica come prova a carico quella che è stata valutata dal giudice di primo grado come prova a discarico – e deve farlo con argomentazioni specifiche volte a confutare le ragioni poste a base della sentenza assolutoria – sorge l’esigenza di dedurre a

prova contraria lo stesso mezzo istruttorio. E allora, da un lato risulta indebita la limitazione al solo dibattimento di primo grado, potendo la richiesta essere formulata anche per il dibattimento d'appello; dall'altro, in assenza di una norma come l'attuale comma 3 bis dell'art. 603, vi deve essere una richiesta di parte, e quindi spetterà all'imputato appellato attivare il contraddittorio con una propria richiesta.

Anche su questo punto, dunque, si perviene a conclusioni diverse da quelle delle sentenze Dasgupta e Patalano, che hanno ritenuto rilevabile d'ufficio la omessa rinnovazione dibattimentale della prova dichiarativa e obbligatoria la rinnovazione anche nel processo celebrato con rito abbreviato.

Ma., così come la rilevabilità d'ufficio di un vizio di motivazione non specificamente dedotto nel ricorso[5], appare scarsamente convincente anche l'obbligo di rinnovare una prova dichiarativa che non è stata assunta in primo grado, e dunque andrebbe assunta per la prima volta, a seguito di rinuncia dell'interessato. Anzi, l'interessato che ha scelto di essere giudicato allo stato degli atti e in tale contesto è stato assolto, potrebbe essere addirittura danneggiato dalla assunzione in appello della prova dichiarativa, cosicché un istituto elaborato a garanzia dell'imputato potrebbe avere un effetto contrario.

D'altra parte, la Corte EDU, con alcune sentenze più recenti, ha deciso in difformità rispetto agli orientamenti espressi dalle Sezioni Unite.

In particolare, con la sentenza Kashlev c. Estonia si è ritenuto che non fosse violato l'art. 6 della Convenzione perché l'imputato non aveva chiesto l'esame dei testimoni in appello.

Con la pronuncia nel caso Fornataro c. Italia, il ricorso è stato dichiarato irricevibile perché l'imputato aveva scelto di essere giudicato col rito abbreviato.

Si tratta, peraltro, di questioni che, pur rientrando nell'ambito di una rivisitazione dell'istituto, non si ritiene necessario approfondire in questa sede, ove non hanno diretta rilevanza, e comunque meritavano un accenno.

4. Il requisito della decisività della prova resta comunque fermo qualunque sia l'inquadramento alla questione in esame; esso infatti discende dalle stesse sentenze della CEDU ed è stato ben delineato dalle sentenze Dasgupta e Patalano.

La prima ha precisato che devono ritenersi decisive quelle prove 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". Appaiono parimenti "decisive" quelle prove dichiarative che, ritenute di scarso o nullo valore probatorio dal primo giudice, siano, nella prospettiva dell'appellante, rilevanti, da sole o insieme ad altri elementi di prova, ai fini dell'esito di condanna".

Per converso, ha escluso il carattere di decisività nel caso di *"un apporto dichiarativo il cui valore probatorio, che in sé considerato non possa formare oggetto di diversificate valutazioni tra primo e secondo grado, si combini con fonti di prova di diversa natura non adeguatamente valorizzate o erroneamente considerate o addirittura pretermesse dal primo giudice, ricevendo soltanto da queste, nella valutazione del giudice di appello, un significato risolutivo ai fini dell'affermazione della responsabilità"*

La sentenza Patalano ha ulteriormente puntualizzato che la regola della rinnovazione istruttoria è valida *"nei casi in cui di differente valutazione del significato della prova dichiarativa si possa effettivamente parlare: non perciò quando il documento che tale prova riporta risulti semplicemente travisato, quando cioè emerga che la lettura della prova sia affetta da errore revocatorio, per omissione, invenzione o falsificazione. In questi casi, difatti, la difformità cade sul significante (sul documento) e non sul significato (sul documentato) e, perciò, non può sorgere alcuna esigenza di rivalutazione di tale contenuto attraverso una nuova audizione del dichiarante".*

Questi concetti sono stati ribaditi dalla successiva giurisprudenza, che ha escluso l'obbligo di rinnovare la prova dichiarativa decisiva qualora emerga che la lettura della prova compiuta dal primo giudice sia stata travisata per omissione, invenzione o falsificazione (Sez. 4^, n. 49159/17, Ferrara; Sez. 6^, n. 16501/18, Portaro) o, in altri termini, che sia inficiata non da un errore di valutazione, ma soltanto da un errore di percezione, che ricorre nel caso in cui si afferma l'inesistenza di un dato che in realtà esiste (Sez. 1^, n. 26390/2018, Amato).

Si può aggiungere che il concetto di decisività della prova va configurato sulla base della concreta incidenza nel contesto probatorio, risultando decisiva la prova che, *coeteribus paribus*, cambia la decisione, in un senso o nell'altro.

Così, esemplificando in riferimento alla prova scientifica, una perizia che si esprima in termini di compatibilità (dell'arma sequestrata con l'arma del delitto, della fisionomia dell'imputato con l'autore del reato) non è prova decisiva.

E' prova decisiva quella che conclude in termini di certezza (sulla identificazione dell'arma o dell'imputato, per restare agli esempi fatti).

Inoltre, la prova dichiarativa è in realtà un mezzo di prova che introduce nel processo informazioni probatorie, cioè informazioni fattuali. La struttura della prova dichiarativa è data da un dichiarante che veicola nel processo una dichiarazione.

E' evidente che per prova decisiva si intende l'informazione probatoria decisiva.

Il che significa che la rinnovazione del mezzo di prova (testimonianza dell'esperto) deve riguardare non l'intera perizia (a meno che non venga in discussione l'intero metodo scientifico applicato), ma la specifica informazione probatoria, cosicché per la rinnovazione della prova peritale sarà sufficiente l'esame orale del perito, a meno che la necessità della relazione scritta sorga durante l'esame stesso.

Inoltre, l'indicazione delle informazioni probatorie controverse e decisive rientra nell'inderogabile onere di specificità del pubblico ministero appellante; a tale onere corrisponde l'onere della difesa di chiedere la rinnovazione specificando i punti su cui si chiede la rinnovazione.

5.1. Applicando al caso di specie i principi illustrati, si deve ritenere che non ricorressero i presupposti per la rinnovazione dell'esame del consulente tecnico.

Il giudice di primo grado, infatti, ha svalutato le prove a carico del PAVAN con argomentazioni non solo trancianti e inconsistenti, ma anche del tutto incomplete rispetto alle risultanze sottoposte al suo esame.

Egli, infatti, si è limitato ad affermare, per quanto riguarda il consulente tecnico del P.M., che questi *ha creduto di veder ritratto*, nel filmato estratto dalle videocamere della banca, proprio l'imputato, e che il perito è giunto invece alla conclusione che le somiglianze, pur esistenti, *"attengono a caratteri generali che non consentono di pervenire ad un giudizio di identificazione, in quanto gli stessi possono essere riscontrati anche in più soggetti"*.

Nella sentenza di primo grado sono inoltre totalmente svalutati, in modo pressoché immotivato, gli ulteriori elementi desunti dalla localizzazione del cellulare dell'imputato.

Nella sentenza d'appello si è invece evidenziato, mediante un approfondito esame delle relazioni sia del consulente del P.M. che del perito (acquisite sull'accordo delle parti) che il consulente del

P.M. ha proceduto ad un'accurata comparazione delle immagini ed è pervenuto ad un giudizio di elevata probabilità di identificazione tra l'autore della rapina e l'imputato.

Il perito, d'altro canto, si è effettivamente espresso nei termini riportati, ma ciò dopo aver premesso che *"l'identità di un soggetto nel suo significato etimologico esprime un giudizio connesso a un confronto tra due o più termini che si considerano perfettamente uguali"*; in assenza di tale perfetta uguaglianza, si spiega il giudizio conclusivo del perito, il cui significato va dunque rapportato – secondo il corretto ragionamento seguito dalla Corte d'Appello – alla premessa, che è stata totalmente ignorata dal giudice di primo grado.

Si verifica pertanto il caso di omissione di valutazione che legittima il diverso apprezzamento da parte del giudice di primo grado senza procedere a nuova audizione dei dichiaranti.

Non solo: sempre con riferimento alla individuazione del PAVAN desumibile dalle immagini, il collegio d'appello ha proceduto alla visione diretta delle immagini ed ha riscontrato una somiglianza *"fortissima ed evidentissima"* tra il rapinatore e l'imputato.

Sulla legittimità di tale valutazione, si deve richiamare la pronuncia di Cass. Sez. 6^ n. 25383/2010, Galluzzi, con la quale si è osservato che, *"in tema di valutazione della prova, occorre distinguere tra la scienza privata del giudice, che non rientra fra le prove ritualmente acquisibili al processo e, come tale, non può essere posta a fondamento del giudizio, e le percezioni che il giudice trae direttamente dal processo e dai suoi atti, trattandosi di dati ed elementi che ritualmente entrano a far parte della sfera di cognizione del giudice e ben possono essere oggetto di valutazione e confronto con le ulteriori acquisizioni probatorie. (Fattispecie in cui il collegio giudicante ha fatto ricorso al proprio convincimento in merito alla conformità della identità dell'imputato, presente al dibattimento, rispetto alle immagini di una persona ripresa da una videoregistrazione)".*

Ma ancora, quanto agli elementi di prova valutati a carico del PAVAN, la sentenza impugnata ha motivato in modo assolutamente congruo e logico in ordine alla valenza delle risultanze dei tabulati telefonici dell'utenza cellulare intestata all'imputato, evidenziando i seguenti dati di fatto:

- quell'utenza cellulare era presente in luogo prossimo a quello del furto dell'autovettura utilizzata per la rapina in coincidenza con l'orario del furto;
- la stessa senza era presente in luogo prossimo a quello della rapina in coincidenza con l'orario della rapina;
- l'utilizzatore di quella utenza era rientrato in Veneto sia dopo il furto dell'auto sia dopo la rapina, il che consentiva di escludere la casualità delle riscontrate coincidenze di luoghi e orari e di individuare l'utilizzatore in un soggetto che dimorava nel Veneto;

- la riconducibilità dell'utenza al PAVAN derivava dalla intestazione della stessa, dall'assenza di indicazioni da parte dell'imputato circa l'uso dell'utenza stessa da parte di altro soggetto e dalla residenza in Padova del medesimo, cioè nel luogo in cui era stato localizzato il cellulare dopo la rapina.

Si tratta quindi di elementi che, superficialmente svalutati dal giudice di primo grado, sono stati esattamente ritenuti di assoluto rilievo dalla Corte territoriale e valutati congiuntamente a quello costituito dalla identificazione del PAVAN mediante le immagini delle videocamere, nell'ambito di un giudizio globale e non parcellizzato del quadro probatorio emerso nel processo.

Pertanto, non solo non era necessaria l'audizione di periti e consulenti in grado d'appello, ma la sentenza impugnata ha altresì adempiuto all'onere di motivazione cosiddetta rafforzata, confutando in modo approfondito e puntuale le opposte argomentazioni, peraltro evanescenti, della sentenza assolutoria.

5.2. In relazione all'ultimo motivo di ricorso, non può che osservarsi come il trattamento sanzionatorio sia stato adeguatamente motivato sotto tutti i profili.

per questi motivi

chiede il rigetto del ricorso.

Il sost. Proc.

Roberto Aniello

Roma, 21 dicembre 2018

[1] Una delle differenze è chiaramente espressa dal comma 2 dello stesso art. 501, che consente direttamente a periti e consulenti di consultare documenti, note scritte e pubblicazioni, diversamente dai testimoni, che, per consultare documenti – ma solo redatti dagli stessi – devono essere autorizzati dal Presidente (art. 499 comma 5 c.p.p.). Le peculiarità attengono comunque alle sole modalità dell'esame.

[2] Il reato risulta integrato quando la valutazione contraddica criteri indiscussi o indiscutibili e sia fondata su premesse contenenti false attestazioni (Sez. 5^ n. 7067/2011, Sabolo, che richiama Sez. 5^ n. 15773/2017, Marigliano) e vi sia divergenza tra il convincimento reale e quello manifestato dal perito (Sez. 6^ n. 36654/2015, Tonnarelli; Sez. 6^, n. 38307/2015 (Panciera).

[3] In realtà, già molti anni addietro la CEDU si era espressa negli stessi termini, ma non sembra che la decisione del 18.5.2004 nel caso Destrehem c. Francia abbia avuto risonanza, pur avendo affermato l'identico principio.

[4] Ovviamente la sanatoria del vizio formale non preclude alla parte di ricorrere per vizio di motivazione, ponendosi su piani distinti la violazione del diritto di difesa e il vizio logico.

[5] Si devono oltretutto considerare le conseguenze della rilevabilità d'ufficio: se il giudice di appello condanna perché ignora completamente una prova a difesa valorizzata dal giudice di primo grado, il vizio di motivazione può essere eccepito solo dalla parte con il ricorso; se invece il giudice di appello condanna dando una diversa valutazione della prova decisiva rispetto al giudice di primo grado, il vizio di motivazione sarebbe rilevabile di ufficio.