

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO

Servizio Penale

Rel. n. 29/2013

Roma, 2 luglio 2013

Orientamento di giurisprudenza CEDU

Riforma della sentenza assolutoria di primo grado e violazione dell'art. 6 CEDU nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

OGGETTO: 677003 - SENTENZA - CONDANNA - IN GENERE - Convenzione Europea dei Diritti Umani - Art. 6 - Riforma in appello della sentenza assolutoria di primo grado - Presupposti - Orientamento di giurisprudenza CEDU.

RIF. NORM.: Art. 6 CEDU; artt. 533, 593, 606 cod. proc. pen.

Sommario. 1. Premessa - 2. Il caso - 3. Le considerazioni della Corte - 4. I casi precedenti - 5. Le statuizioni della Corte - 6. La riforma in pejus della decisione assolutoria di grado inferiore nella giurisprudenza di Strasburgo - 7. Cenni conclusivi.

1. Premessa.

La Corte europea dei Diritti Umani torna ad occuparsi della compatibilità di un assetto legislativo nazionale inerente il sistema processuale (nella specie, quello rumeno) con l'art. 6 della Convenzione, che riporta le condizioni e i requisiti da integrare affinché si assicuri il rispetto del principio del giusto processo, quale diritto fondamentale dell'uomo, caposaldo dello stato di diritto che ha caratterizzato l'evoluzione dei sistemi politici e degli ordinamenti democratici degli ultimi anni.

La peculiare angolazione prospettica da cui viene esaminato il caso **Hanu v. Romania** (Terza Sezione, *application no. 10890/04* del 4 giugno 2013) è quella dei limiti di carattere probatorio alla riforma in appello della decisione assolutoria di primo grado, questione già affrontata dalla Corte medesima in precedenti pronunzie, ma condotta, nel caso specie, lungo nuovi binari.

Oggetto del giudizio dinanzi a Strasburgo la dedotta iniquità del procedimento di secondo grado per non aver la Corte d'appello provveduto alla diretta audizione dei testimoni, giungendo ad una decisione opposta - di condanna - rispetto a quella di primo grado, esclusivamente sulla base di una diversa valutazione della prova precedentemente acquisita.

Viene in rilievo l'art. 6 § 3 (d) secondo il quale ogni accusato ha il diritto di esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico.

Nella coeva **Kostecki v. Poland** (Quarta Sezione, 4 giugno 2013, n. 14932/09) la Corte, richiamando la propria consolidata giurisprudenza in tema di escussione testimoniale (in particolare, **Al-Khawaja e Tahery v. Regno Unito**, no 26766/05 - 22228/06 del 15

dicembre 2011), afferma che il diritto garantito dall'art. 6 § 3 d) Conv. si basa sul principio secondo il quale affinché un imputato possa essere dichiarato colpevole, tutti gli elementi di prova a carico debbono essere prodotti in sua presenza e in pubblica udienza ai fini del contraddittorio. Da tale principio derivano due esigenze giuridiche: in primo luogo, l'assenza di un testimone deve essere giustificata da un motivo serio; in secondo luogo, nel caso in cui un provvedimento di condanna si fondi unicamente o in misura determinante sulla deposizione di un testimone assente, i diritti della difesa possono subire delle restrizioni incompatibili con le garanzie prescritte dall'art. 6 della Convenzione (secondo la regola della «prova unica o determinante»).

In particolare, un provvedimento di condanna che si basi unicamente o in misura determinante su una testimonianza non sottoposta a controinterrogatorio, né nella fase dell'istruzione né in quella del dibattimento, integra una violazione dell'art. 6 §§ 1 e 3 d) Conv. se il pregiudizio così arrecato alla difesa non sia stato controbilanciato da elementi sufficienti ovvero da solide garanzie procedurali in grado di assicurare l'equità della procedura nel suo insieme.

Secondo la Corte, quindi, la mancata escussione dei testi in dibattimento e la lettura dibattimentale delle dichiarazioni precedentemente rese sono ammissibili qualora le dichiarazioni stesse, in concreto, non abbiano avuto un ruolo decisivo sulla statuizione di condanna.

La decisione, che farà molto discutere soprattutto in ordinamenti quali il nostro ove il ricorso alle letture dibattimentali, pur astretto nei confini codicistici, ha un peso rilevante, affonda le proprie radici in un principio cardine della giurisprudenza di Strasburgo, quello della assunzione della prova in contraddittorio e dinanzi al giudice deputato a decidere, principio che è alla base anche di *Hanu v. Romania*.

2. Il caso.

Il ricorrente, ufficiale giudiziario, era stato sottoposto a procedimento penale per corruzione e abuso d'ufficio a seguito della denuncia di due privati i quali, nell'ambito di una procedura esecutiva intentata, sostenevano di aver subito la pressante richiesta di denaro tesa al millantato scopo di ottenere un ausilio da parte dell'organo giudicante.

La Corte territoriale, con decisione del 24 settembre 2002, aveva assolto l'imputato assumendo che l'unica prova disponibile consisteva nelle dichiarazioni delle parti civili e di testimoni *de relato* i quali non avevano assistito direttamente al trasferimento di danaro, mentre non era stata posta a disposizione la cassetta registrata utilizzata nel corso delle

operazioni di polizia, talché non v'era nessuna prova decisiva circa la colpevolezza dell'imputato.

In seguito all'impugnazione del procuratore, la Corte d'appello, con sentenza del 23 gennaio 2003, capovolgendo la decisione di assoluzione, aveva ritenuto il ricorrente colpevole per entrambe le accuse condannandolo a tre anni di reclusione sulla base della considerazione che le deposizioni testimoniali dovevano reputarsi prove idonee circa la commissione del fatto attribuito all'imputato.

All'esito del ricorso proposto dinanzi alla Corte Suprema, quest'ultima, con decisione assunta in data 27 giugno 2003, in seguito ad un'udienza alla quale non aveva partecipato il ricorrente, ma soltanto il suo difensore, e non erano stati sentiti testimoni, aveva concluso affermando che la prova era stata adeguatamente assunta ed esaminata dalla Corte d'appello e che le affermazioni di parte ricorrente non erano corroborate dall'allegazione di alcun elemento di prova in senso contrario. Nessun riferimento veniva fatto dalla Corte alla mancata audizione diretta di parti civili e testimoni in appello.

La Corte EDU, come sempre, esamina preventivamente la normativa interna ed afferma che, in base all'art. 378 del codice di procedura penale rumeno, il giudice, nel decidere un appello, può valutare diversamente la prova raggiunta o può disporre una nuova assunzione della prova qualora sia necessario; essa richiama, poi, la decisione **Gaitanaru v. Romania** (no. 26082/05 del 26 giugno 2012) secondo cui, sulla base dell'art. 385 del codice di procedura penale, la Corte Suprema può disporre la trasmissione degli atti alla Corte d'appello qualora sia necessario procedere *ex novo* all'assunzione di una prova.

3. Le considerazioni della Corte.

3.1. Giova preliminarmente rilevare che, secondo la Corte, quando un sistema nazionale prevede un diritto di appello, l'art. 6 si applica anche ai procedimenti di secondo grado (*in terminis, Delcourt v. Belgium*, 17 gennaio 1970, Serie A no. 11, pp. 13-15, §§ 25 - 26).

I giudici di Strasburgo, poi, confermando un principio già recentemente affermato (così in *Popa e Tananescu v. Romania*, 10 aprile 2012, no. 19946/04 § 47) affermano che, allo scopo di vagliare la sussistenza di una violazione dell'art. 6, occorre esaminare quale sia, nel contesto nazionale considerato, il ruolo dei due livelli di giurisdizione e la natura delle questioni che devono essere trattate.

Rileva quindi la Corte che il Codice di procedura penale vigente all'epoca del fatto non impone alla Corte d'appello di intervenire sul merito della causa ma le consente di farlo. Nel caso di

specie, in sede di gravame si è ritenuto di procedere in tal senso e, operando esclusivamente una diversa valutazione della prova fornita dal ricorrente e dai testimoni dinanzi al giudice territoriale di prima istanza (la County Court), si è addivenuti all'annullamento della decisione assolutoria di primo grado.

Osserva il Collegio che le questioni sulla base delle quali avrebbe dovuto decidersi se il ricorrente fosse colpevole avevano natura "fattuale" (*factual nature*), circostanza, questa, che avrebbe giustificato un nuovo vaglio della prova soprattutto in quanto la Corte d'appello sarebbe poi stato il primo giudice che perveniva ad una decisione di condanna.

In secondo luogo, secondo la Corte, che richiama sul punto la propria giurisprudenza consolidata (*Gaitanaru e Popa e Tanescu cit.*), il diritto processuale vigente all'epoca del fatto avrebbe consentito alla Corte Suprema di disporre un nuovo giudizio di merito anche nell'ipotesi di esame vertente su questioni di diritto e di procedere, quindi - qualora le circostanze avessero reso necessario provvedere ad una diretta assunzione della prova- a trasferire il giudizio ad un giudice di grado inferiore, conformemente alle previsioni del codice penale vigente.

Nel caso di specie, invece, la Corte Suprema non aveva operato in questo senso giudicando il caso sulla base della prova assunta dinanzi al procuratore ed alla corte territoriale. Ulteriormente, osservano i giudici di Strasburgo, le questioni esaminate allo scopo di dichiarare la responsabilità del ricorrente erano di natura fattuale, in quanto l'accertamento avrebbe dovuto riguardare la circostanza se il ricorrente avesse richiesto del danaro ai denunzianti allo scopo di assisterli nelle procedure esecutive; per conseguenza, il giudizio dinanzi alla Corte non poteva reputarsi limitato a questioni di diritto.

3.2. Aspetto di rilievo della decisione è, poi, quello concernente le richieste di parte istante.

Il governo rumeno aveva infatti eccepito che né il ricorrente, né il suo avvocato, avevano chiesto specificamente alle corti nazionali l'esame dell'imputato medesimo e l'escussione dei testimoni. Osserva la Corte in merito, che l'istante aveva basato il proprio appello sulla mancata audizione diretta dei testi: derivava da ciò che il ricorrente aveva fornito alle corti domestiche sufficienti elementi atti a giustificare un nuovo esame della prova, soprattutto dal momento che egli era stato assolto dalla corte di prima istanza.

In ogni caso, secondo i giudici di Strasburgo occorre ribadire che le corti nazionali sono tenute ad adottare le misure relative, persino qualora l'istante non abbia formulato alcuna richiesta in tal senso.

Il principio sembra potersi interpretare quale espressione di un significativo rischio di breccia nel sistema accusatorio, in particolare in un ordinamento, quale quello nazionale italiano, in cui

esistono strumenti processuali di definizione anticipata del giudizio che fondano il proprio *ubi consistam* sulla rinuncia allo svolgimento di attività probatoria in sede dibattimentale.

4. I casi precedenti.

4.1. La statuizione, in realtà, non è nuova, essendo stata espressa per la prima volta in **Danila v. Romania** (no. 53897/00, § 41, 8 marzo 2007) e poi reiterata in *Gaitanaru v. Romania* (no. 26082/05 del 26 giugno 2012, cit.).

Nel primo caso, il ricorrente, dirigente bancario arrestato e processato per corruzione, aveva denunciato la violazione dell'art. 6 della Convenzione sotto il profilo del § 1 per non essere stato sentito dinanzi alla Corte Suprema nonostante la propria richiesta, nonché *sub specie* del paragrafo 3 (d) poiché non gli era stato consentito esaminare il teste che aveva sporto denuncia nei suoi confronti.

Sotto il primo profilo, la Corte EDU ha ritenuto sussistere una violazione dell'art. 6 § 1 proprio in quanto, anche in tale ambito, sussisterebbe un obbligo della Corte Suprema di disporre l'audizione del ricorrente pur in assenza di esplicita sua richiesta all'uopo.

Sotto il secondo profilo, la Corte afferma che in linea di principio le prove devono essere assunte in un'udienza pubblica ed in contraddittorio. In particolare, secondo Strasburgo, i diritti della difesa sono ridotti in modo incompatibile con le garanzie dettate dall'art. 6 qualora una condanna si fondi esclusivamente sulle dichiarazioni rese da un testimone che non è stato possibile sottoporre ad esame in dibattimento (anche in questo caso, il principio non è nuovo ma era già stato espresso in *A.M. c. Italia*, del 14 dicembre 1999, no 37019/97 e in *Saïdi c. Francia*, 20 settembre 1993, série A no 261-C, pp. 56-57, §§ 43-44).

Nel caso di specie, la condanna del ricorrente era fondata esclusivamente sulle deposizioni testimoniali della parte offesa risalenti alla fase istruttoria e non riprodotte in sede dibattimentale. Soltanto la Corte di prima istanza aveva ordinato la citazione con mandato di comparizione della teste mentre la Corte d'appello e la Corte Suprema si erano limitate a citarla.

La Corte ribadisce, allora, come fa anche nei casi simili (da ultimo proprio *Hanu v. Romania*), il peculiare rilievo che assume la circostanza che un determinato giudice sia stato il primo a pronunciare una sentenza di condanna nei confronti della parte (nel caso di specie, dopo due assoluzioni, in primo grado e in appello) e che abbia deciso in tal senso senza provvedere non solo all'esame del ricorrente, ma anche alla diretta escussione dei testi a carico e a discarico,

limitandosi, quindi, a valutare diversamente la prova che aveva condotto, in primo ed in secondo grado, all'assoluzione dell'accusato.

La Corte suprema nazionale, quindi, avrebbe dovuto procedere all'assunzione diretta della prova e, qualora non fosse stato possibile ottenere la presenza del principale teste a carico - la persona offesa denunziante - in quanto, come nella specie, trasferitasi all'estero dopo la fase dell'istruzione, avrebbe dovuto disporre una rogatoria all'uopo. Secondo la Corte, l'intervenuta condanna in assenza della escussione della persona offesa e, quindi, del principale teste a carico si è tradotta nella lesione del paragrafo 3 d) dell'art. 6 della Convenzione (negli stessi termini, *Ekbatani c. Sueda*, 26 maggio 1988, série A no 134, § 25, e *Sigurþór Arnarsson c. Islanda*, 15 luglio 2003, no 44671/98 § 36).

Conseguentemente, la condanna del ricorrente da parte della Corte suprema senza che gli sia stata conferita la possibilità di interrogare la denunziante, principale teste a carico, si è tradotta, secondo la Corte, in una inammissibile lesione del paragrafo 3 d) dell'art. 6 della Convenzione.

4.2. La compromissione del diritto di difesa scaturente dalla mancata audizione dei testi a carico nell'ipotesi di riforma in senso peggiorativo della decisione assolutoria di primo o secondo grado rappresenta il momento centrale anche della più recente *Gaitanaru v. Romania* (no. 26082/05 del 26 giugno 2012). In essa la Corte sottolinea come la condanna del ricorrente sia avvenuta esclusivamente sulla base di una diversa interpretazione delle testimonianze rese nei precedenti gradi di giudizio nei quali, tuttavia, entrambe le Corti, di primo e secondo grado, erano addivenute all'assoluzione dell'istante.

Affermano, quindi, i giudici di Strasburgo che tale omissione da parte della Corte suprema che ha poi per prima proceduto alla condanna, ribaltando la statuizione assolutoria dei due gradi precedenti, si è tradotta in una sensibile riduzione dei diritti della difesa ed è contraria alle esigenze di un processo equo ai sensi dell'art. 6 § 1 della Convenzione.

5. Le statuizioni della Corte.

Nella fattispecie portata all'esame della Corte EDU nel caso *Hanu v. Romania*, parte ricorrente, richiamando i casi *Constantinescu v. Romania* (no. 288751/95) e *Danila v. Romania (cit.)*, lamentava che la Corte d'appello non aveva provveduto ad ascoltare l'imputato personalmente, né aveva direttamente escusso i testimoni e che la condanna era basata sulla medesima prova da cui era scaturita la assoluzione in primo grado, sostenendo che anche in assenza di richiesta specifica la Corte d'appello avrebbe dovuto procedere a nuovo esame dei testi con conseguente violazione, in mancanza, del diritto ad un equo processo.

Nel caso *Constantinescu v. Romania*, la Corte aveva affermato che, ai sensi dell'art. 385-15 del Codice di procedura penale, la Corte d'appello non è tenuta a compiere un *fresh judgement*, cioè, una rinnovazione del giudizio nel merito ma è legittimata a farlo.

Nella specie, in appello, la Corte aveva capovolto la decisione assolutoria di primo grado condannando il ricorrente senza procedere ad ascoltarlo personalmente. Secondo la Corte, quindi, l'appello aveva reputato il ricorrente colpevole non conferendogli al contempo l'opportunità di difendersi in ciò determinando una violazione dell'art. 6 soprattutto in ragione del fatto che la Bucharest County Court era stata la Corte che per prima era pervenuta ad una decisione di condanna nei suoi confronti.

Nel caso *Hanu v. Romania* la Corte afferma preliminarmente che l'art. 6 della Convenzione non pone regole sull'ammissibilità della prova o circa le modalità di assunzione della stessa, trattandosi di questioni rimesse alla legislazione domestica ed alle statuizioni delle corti nazionali.

Spetta, infatti, alla Corte esclusivamente la verifica circa la correttezza e l'imparzialità dei procedimenti interni nel complesso, anche con riferimento all'assunzione della prova stessa.

Si tratta di affermazione di principio non nuova in quanto espressa in modo chiaro a partire da *García Ruiz v. Spagna* (no. 30544/96 § 28, ECHR 1999-I) e successivamente consolidatasi.

Nondimeno, osserva la Corte, sebbene sia usualmente rimesso alle corti nazionali statuire circa la necessità o l'opportunità di ascoltare un testimone, "circostanze eccezionali" potrebbero indurla a ritenere che la decisione del giudice interno di non addivenire all'escussione di un testimone sia incompatibile con le previsioni dell'art. 6 della Convenzione.

Il principio non è nuovo: già da epoca risalente (in particolare, a partire da *Bricmont v. Belgium*, 7 giugno 1989, §89, Serie A, no. 158) la Corte aveva affermato con recisione che, in alcuni casi, eccezionali, appunto, può essere necessario ascoltare un testimone incorrendosi, in difetto, in una violazione dell'art. 6. In tale pronunzia il ricorrente, avvocato del Principe Carlo, era stato assolto in primo grado e poi condannato in appello e la Corte aveva ritenuto che si fosse verificata una lesione della norma convenzionale poiché non era stato disposto un confronto fra la parte civile, che agiva per il risarcimento dei danni, e il ricorrente su tre delle cinque accuse in base alle quali era stato condannato.

Può affermarsi, quindi, che già a partire dal 1989 la Corte ha enucleato il principio del divieto di *reformatio in pejus* della decisione assolutoria di primo grado ove il giudizio reso in sede di

gravame si basi esclusivamente su una diversa valutazione della prova esperita in primo grado in difetto dell'audizione diretta dei testi.

Nel caso *Hanu v. Romania* alla deduzione governativa secondo cui né il ricorrente, né il suo difensore avevano specificamente rivolto alcuna istanza espressa alle Corti domestiche in ordine all'esame del primo ovvero alla nuova escussione dei testi, la Corte risponde che l'obbligo di provvedere in tal senso da parte dei giudici precedenti prescinde da qualsiasi richiesta al riguardo ed aggiunge che sia la Corte d'appello che la Corte Suprema hanno basato la propria decisione esclusivamente sulla prova assunta dinanzi alla Corte di prima istanza, al quale, tuttavia, avendo invece provveduto alla diretta audizione dei testi, era addivenuta ad una decisione assolutoria ritenendo non dimostrata la colpevolezza dell'imputato.

Osserva la Corte che se apparentemente il giudice d'appello e quello di legittimità hanno deciso sulla base delle prove addotte al loro cospetto, in realtà, l'accusato è stato giudicato colpevole esclusivamente sulla base di dichiarazioni testimoniali che erano state reputate insufficienti dalla County Court ed avevano condotto alla sua assoluzione.

In queste circostanze, l'omissione da parte della Corte d'appello dell'audizione diretta dei testimoni ed il difetto di rinvio della causa ad opera della Corte Suprema al giudice di secondo grado per una nuova diretta assunzione della prova ha sostanzialmente ridotto i diritti di difesa del ricorrente.

Il principio, come si vedrà di qui a breve, non è nuovo ma era già stato espresso in modo molto chiaro in ***Destrehem v. Francia*** (no. 56651/00 §45, del 18 maggio 2004) e nella già citata *Gaitanaru* (§32).

La Corte a questo punto ribadisce altro principio già significativamente acquisito alla sua giurisprudenza, e, cioè, quello secondo cui uno dei requisiti del processo equo è da rinvenirsi nella possibilità per l'accusato di ottenere un confronto con i testimoni alla presenza del giudice che in ultima istanza è deputato a decidere il caso in quanto le dirette valutazioni del giudice circa il contegno e la credibilità di alcuni testi possono avere conseguenze dirette per l'accusato.

Anche stavolta si tratta di principio non originale in quanto (v. par. seguente) espresso per la prima volta in *P.K v. Finland* (no. 37442/97 del 9 luglio 2002 e, *mutatis mutandis*, anche in *Milan c. Italia*, no. 32219/02 del 4 dicembre 2003) nelle quali la Corte aveva affermato l'assoluta rilevanza ed imprescindibilità del principio di immediatezza della prova e, quindi, dell'assunzione di essa dinanzi al giudice che assume la decisione finale.

Sulla base delle suesposte considerazioni secondo la Corte non può non concludersi affermando che, nel caso di specie, le corti interne hanno omesso di conformarsi ai principi dell'equo processo così violando l'art. 6 §1 della Convenzione.

6. La riforma in pejus della decisione assolutoria di grado inferiore nella giurisprudenza di Strasburgo.

6.1. Si suole frequentemente richiamare come primo significativo arresto della Corte EDU in tema di riforma della decisione assolutoria di secondo grado il caso **Dan v. Moldavia** (n. 8999/07, Terza sezione del 22 agosto 2011); in realtà, come si vedrà fra poco, quel principio era già stato da tempo delineato dai giudici di Strasburgo e può dirsi, ormai, definitivamente acquisito fra i capisaldi del diritto ad un *fair trial*.

Nel caso, ormai noto, la Corte di appello di Chisinau aveva condannato il ricorrente - accusato di aver preteso, quale preside di una scuola, una somma di denaro da uno studente per procedere al trasferimento di quest'ultimo presso l'istituto da lui diretto - ribaltando la sentenza assolutoria emessa dal tribunale distrettuale, senza procedere a nuova escussione dei testimoni, bensì soltanto sulla base di una diversa valutazione alle deposizioni rese dagli stessi al tribunale, ritenendole tutte attendibili e non riscontrando importanti contraddizioni tra di loro.

Secondo la Corte doveva ritenersi integrata la violazione dell'art. 6, par. 1, della Convenzione proprio nella parte in cui il processo di appello aveva condotto ad una radicale modifica peggiorativa della decisione di primo grado, in assenza di qualsivoglia attività istruttoria. Si legge nella motivazione:

“...le principali prove contro il ricorrente erano le dichiarazioni testimoniali secondo cui egli aveva sollecitato una tangente e l’aveva ricevuta in un parco. Il resto delle prove erano prove indirette che non potevano condurre da sole alla condanna del ricorrente... Pertanto le testimonianze e il peso dato a esse era di grande importanza per la determinazione del caso. Il Tribunale di primo grado ha assolto il ricorrente perché esso non ha creduto ai testimoni dopo averli uditi personalmente. Nel riesaminare il caso, la Corte d’Appello ha dissentito dal Tribunale di primo grado sulla attendibilità delle dichiarazioni dei testimoni dell’accusa e ha condannato il ricorrente. Nel far ciò, la Corte d’Appello non ha udito nuovamente i testimoni ma si è semplicemente basata sulle loro dichiarazioni come verbalizzate agli atti. Visto quanto è in gioco per il ricorrente, la Corte non è convinta del fatto che le questioni che dovevano essere determinate dalla Corte d’Appello quando essa ha condannato il ricorrente e gli ha inflitto una pena – e facendo ciò ribaltando la sua assoluzione da parte del Tribunale di primo grado – avrebbero potuto, in termini di equo processo, essere esaminate correttamente senza una diretta valutazione delle prove fornite dai testimoni dell’accusa. La Corte ritiene che coloro che hanno la responsabilità di decidere la colpevolezza o l’innocenza di un imputato 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. Naturalmente, vi sono casi in cui è impossibile udire un testimone personalmente durante il processo perché, per esempio, egli o ella è deceduto/a, o per proteggere il diritto del testimone di non auto-accusarsi (vedi *Craxi c. Italia* (n. 1), n. 34896/97, § 86, 5 dicembre 2002). Tuttavia, non sembra che le cose stessero così in questo caso”.

6.2. Già nel caso ***Destrehem c. Francia*** (no. 56651/00, §45, 18 maggio 2004), il ricorrente, richiamando la mentovata giurisprudenza *Bricmont c. Belgique* del 7 giugno 1989, nonché *Unterpertinger c. Austria* del 24 novembre 1986, censurava in sede di legittimità il rifiuto della Corte d’appello di convocare i testimoni perché venissero ascoltati assumendo una violazione dell’art. 6 §§ 1 e 3 d) della Convenzione, reputarsi illegittimo tale rifiuto in quanto la decisione di condanna, intervenuta a ribaltare una decisione assolutoria di primo grado, si fondava proprio su una diversa valutazione di quelle dichiarazioni testimoniali. Il Governo sosteneva l’insussistenza del diritto essendo stati i testi già ascoltati in primo grado.

In particolare, la Corte d’appello aveva contestato la credibilità di tre testimoni a discarico rilevando una contraddizione con le altre testimonianze. Il ricorrente insisteva particolarmente sull’assoluto rilievo di una nuova escussione dei testi a discarico soprattutto in quanto non vi erano altri elementi di prova su cui fosse fondata la decisione e poiché la Corte, rifiutando di procedere ad una nuova audizione dei testi, aveva incentrato integralmente la propria pronuncia su una nuova valutazione delle dichiarazioni dagli stessi rese nella fase anteriore, nonostante la richiesta formulata in tal senso del ricorrente.

Osserva la Corte che grava sul giudice nazionale l’onere di decidere circa l’opportunità o la necessità di citare un testimone ma che, nondimeno, “circostanze eccezionali” possono condurre a reputare incompatibile con l’art. 6 la mancata audizione di una persona come testimone (il richiamo è, ancora una volta, a *Bricmont c. Belgio*, 7 luglio 1989, série A no 158, § 8).

Secondo i giudici di Strasburgo il rifiuto della Corte di procedere ad una nuova audizione dei testi era “a priori”, perché la Corte si limitava ad affermare di aver individuato una “contraddizione fondamentale” tra le dichiarazioni rese dai testi a carico e quelle rese dai testi a discarico.

Il caso riguardava il danneggiamento di un veicolo della polizia nel corso di una manifestazione: secondo la Corte, la testimonianza - in base alla quale era stato il ricorrente a danneggiare l’auto con un martello- resa da un estraneo alla manifestazione, non poteva che reputarsi attendibile, a differenza delle dichiarazioni rese dai tre testimoni addotti dalla difesa, i quali avevano preso parte alla manifestazione al pari del ricorrente. Tale testimonianza

andava, poi, ad aggiungersi alle dichiarazioni rese dagli esponenti della polizia che erano all'interno della vettura.

Osserva la Corte che, nonostante il paragrafo 3 d) dell'art. 6 non implichi la convocazione e l'esame di tutti i testimoni a discarico, nondimeno può talora essere essenziale per una completa e concreta parità delle armi disporre l'escussione.

Essa conclude, quindi, affermando che in un caso come quello di specie, in cui la riforma in appello della decisione di primo grado è stata fondata su una diversa valutazione delle prove orali già rese e il giudice del gravame non ha provveduto ad una nuova audizione dei testi, deve ritenersi configurabile una violazione del principio di equità del giudizio sancito dall'art. 6.

6.3. Nel caso **Milan c. Italia** (no. 32219/02 del 9 luglio 2002) il ricorrente, condannato per associazione a delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti, deduceva la violazione del proprio diritto ad un processo equo ai sensi dell'art. 6 adducendo che era stato depositato davanti al giudice dell'udienza preliminare soltanto un riassunto delle dichiarazioni rese contro di lui nel corso delle indagini preliminari e non invece il processo verbale delle stesse.

Come già affermato nella decisione **Luca c. Italia**, (no. 33354/96, § 38) la Corte ribadisce che non le spetta pronunciarsi sul se determinate dichiarazioni testimoniali siano state ammesse o non ammesse a buon diritto ma soltanto sul se la procedura di ammissione ed assunzione della prova abbia un carattere equo e sia compatibile con i diritti della difesa (sul punto, *De Lorenzo c. Italia*, no. 69264/01, 12 febbraio 2004). In tale contesto, assume carattere determinante il doveroso rispetto del contraddittorio teso a garantire la parità di armi fra accusa e difesa, talché alla difesa devono essere rese note tutte le prove a disposizione della parte pubblica, a carico come a discarico (*in terminis, Rowe e Davis c. Royaume-Uni (GC)*, no. 28901/95, § 60, e *Cornelis c. Paesi Bassi*, no. 994/03, 25 maggio 2004).

6.4. Nel caso **P.K. v. Finland** (no. 37442/97 del 9 luglio 2002 PK v. Finland) il ricorrente era stato condotto a giudizio dinanzi all'Imatra District Court (karajaoikeus, tingaratt) sulla base di tre accuse di frode aggravata e corruzione; al contempo, sei altri imputati erano stati accusati di diverse fattispecie di reati economici.

Con sentenza dell'11 Agosto 1994 l'accusato era stato condannato per frode sulla base di una prova documentale.

Con il ricorso alla Corte EDU l'istante lamentava di non essere stato sottoposto ad un giusto processo in quanto l'organo giudicante era mutato nel corso del procedimento.

Il primo giudice, secondo le deduzioni di parte istante, aveva provveduto all'audizione diretta della maggior parte dei testimoni, ma dopo la sua sostituzione, in seguito allo svolgimento di tre udienze, i testi escussi in precedenza non erano stati più ascoltati. Conseguentemente, la decisione era stata assunta da un giudice che non aveva ascoltato i testi, in particolare uno dei testi sulla cui testimonianza la Corte aveva basato la propria decisione. Si era verificata, pertanto, una perdita di "immediatezza" nel procedimento in contrasto con il principio di oralità.

Deduce il Governo che nella ratifica della Convenzione la Finlandia aveva presentato una riserva rispetto all'art. 6. Aggiunge che in base al capitolo 26 sezione 7 del Codice di procedura penale in vigore all'epoca del giudizio *de quo*, una Corte d'appello può, se lo reputa necessario, procedere ad un esame orale dei testi qualora sia proposto appello contro il giudizio di prima istanza.

In base a quanto previsto dalla sezione n. 8 del codice, il giudizio di una corte di primo grado non può essere modificato in sede di appello all'esito di una diversa valutazione della prova in assenza di nuova audizione dei testi già escussi salvo che per la decisione di secondo grado l'audizione dei testi sia visibilmente irrilevante.

Nel caso di specie osservano i giudici di Strasburgo che la decisione di primo grado non era stata modificata *in pejus* in appello ed anzi la condanna aveva subito la riduzione di due mesi (di reclusione) dal momento che la Corte aveva assolto l'imputato dall'accusa di truffa aggravata.

Conseguentemente, il ricorrente non aveva titolo per ottenere un nuovo esame orale dei testi in secondo grado, non sussistendo alcun obbligo per la Corte di assicurare un nuovo esame orale dei testi medesimi.

Come è evidente, l'argomento *a contrario* utilizzato dalla Corte è perfettamente conforme al principio secondo cui ogni qualvolta si addivenga ad una *reformatio in pejus* in secondo grado di una decisione assolutoria di primo grado è indispensabile procedere alla diretta escussione dei testi.

6.5. Può essere interessante, infine, richiamare almeno in parte la motivazione assunta dalla Corte EDU nel caso **Craxi c. Italia**, no. 34896/97 del 15 dicembre 2002 avente ad oggetto la conformità agli art. 6 § 1, 3 b) e 3 d) degli artt. 512 e 513 c.p.p. e, quindi, della lettura in dibattimento delle dichiarazioni di colpevolezza rese durante le indagini preliminari da soggetti

poi divenuti irreperibili o che si siano avvalsi della facoltà di non rispondere durante la fase dibattimentale.

La Corte afferma in primo luogo che le dichiarazioni rese durante le indagini da M. Pacini Battaglia non hanno in alcun modo contribuito a fondare la condanna e, pertanto, l'impossibilità di convocarlo in quanto deceduto non viola in alcun modo il diritto del ricorrente ad esaminare i testi a carico.

Il principio non è nuovo; esso, infatti, era stato già affermato in **Raniolo c. Italia**, no. 62676/00 del 21 marzo 2002. Osserva poi la Corte che è irrilevante la circostanza che Pacini Battaglia fosse un teste a discarico, non avendo il ricorrente Craxi indicato con precisione le circostanze sulle quali egli avrebbe dovuto testimoniare e nulla avendo dimostrato, quindi, in ordine alla necessità di convocare il teste al fine della ricerca della verità e circa il fatto che la mancata audizione di esso si sarebbe tradotta in un attentato ai diritti della difesa.

Anche questo principio non è nuovo; la Corte lo aveva enucleato, infatti, nella citata *Bricmont c. Belgio* del 7 luglio 1989, no 158, p. 31, § 89, nonché in **R.M.M., F.P. e L.P. c. Italia**, no 61692/00 dell'11 gennaio 2001. Conclude, quindi, la Corte ritenendo non necessario pronunciarsi sul se, effettivamente, il testimone fosse irreperibile come affermato dalla giurisdizione italiana.

Per quanto concerne l'impossibilità di escutere i coimputati Cagliari, Ligresti, Molino e Cusani, la Corte ribadisce il proprio orientamento secondo cui non rientra fra i suoi compiti verificare l'efficacia di determinate testimonianze e, in particolare, se esse siano sufficienti per condurre ad una condanna, essendo, invece, tenuta esclusivamente a vagliare se la procedura seguita nell'ammissione ed acquisizione della prova abbia un carattere equo ai sensi dell'art. 6 (*in terminis, Doorson c. Paesi Bassi*, del 26 marzo 1996, § 67, e **Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi** decisione del 23 aprile 1997, § 50).

Osserva la Corte che gli elementi di prova devono essere prodotti, in linea generale, dinanzi all'accusa in un'udienza pubblica nel contraddittorio tra le parti e che tale principio può subire eccezioni, purché non subentrino lesioni dei diritti di difesa.

In effetti, in alcune circostanze può essere necessario fare ricorso alle dichiarazioni rese durante le indagini preliminari qualora sia impossibile reitarle nella fase dibattimentale, per esempio, in caso di morte del loro autore (così, **Ferrantelli e Santangelo c. Italia**, decisione del 7 agosto 1996 § 52) ovvero qualora dalle dichiarazioni rese possa derivare una responsabilità penale per l'autore stesso.

Se l'accusato ha una occasione adeguata e sufficiente per contestare le testimonianze nel momento in cui vengono rilasciate o successivamente la utilizzazione delle stesse non contrasta con l'art. 6 §§ 1 e 3 d). Nondimeno, può verificarsi una lesione dell'art. 6, qualora la condanna si fondi unicamente od in misura determinante sulle dichiarazioni rese da un teste che non è più stato possibile sottoporre ad esame in sede dibattimentale. Anche tale principio non è nuovo essendo stato già affermato in **Saïdi c. Francia**, del 20 settembre 1993, no. 261-C, pp. 56-57, §§ 43-44, *Luca c. Italia*, del 27 febbraio 2001, no. 33354/96 § 40, e *P.S. c. Germania* § 24.

Nel caso di specie, osserva la Corte che, come risulta dalla decisione adottata dalla Corte di cassazione il 12 novembre 1996, le giurisdizioni nazionali hanno proceduto alla condanna del ricorrente esclusivamente sulla base delle dichiarazioni rilasciate prima del giudizio dai coimputati che si sono poi astenuti in dibattimento (Cusani, Ligresti e Molino), nonché da una persona successivamente deceduta (Cagliari). Né il ricorrente, né la sua difesa hanno avuto modo di escutere tali persone, le cui dichiarazioni sono state utilizzate come prova, che, quindi, devono essere repute testimoni ai sensi dell'art. 6 § 3 d) della Convenzione (così già in *S. N. c. Suede*, del 2 luglio 2002, no. 34209/96, §45).

In queste circostanze si potrebbe concludere, osserva la Corte, che il ricorrente ha, comunque, beneficiato di una occasione adeguata e sufficiente per contestare le dichiarazioni che hanno costituito la base legale della sua condanna.

Resta da esaminare se l'accusato avesse una possibilità effettiva di opporsi alla lettura e, dunque, all'utilizzazione delle dichiarazioni rese contro di lui e se, di conseguenza, possa concludersi che egli abbia rinunciato a farsi ascoltare e ad interrogare i testimoni a carico.

A questo proposito la Corte richiama la propria consolidata giurisprudenza secondo cui né la lettera, né lo spirito dell'art. 6 §§ 1 e 3 d) della Convenzione impediscono ad una persona di rinunciare volontariamente, *per facta concludentia* od esplicitamente, a tali facoltà ove la rinuncia non sia equivoca e non contrasti con un interesse pubblico significativo (*Håkansson e Sturesson c. Suede*, del 21 febbraio 1990, serie A no. 171 § 66, e *Kwiatkowska c. Italia*).

In questo caso, secondo la Corte, emergeva dagli atti che i difensori del ricorrente non avevano sollevato durante le udienze dibattimentali alcuna eccezione atta a contestare la legittimità o la stessa opportunità dell'acquisizione al fascicolo per il dibattimento delle dichiarazioni rese dai coimputati e l'acquisizione di esse doveva reputarsi conforme al diritto interno che impone l'utilizzazione delle dichiarazioni rese divenute irripetibili per venir meno del teste o perché questi si sia avvalso della facoltà di non rispondere. Pertanto poiché un'eventuale opposizione del ricorrente avrebbe potuto sortire un effetto a lui favorevole,

doveva concludersi che la mancata formale eccezione dinanzi al Tribunale di Milano andava interpretata come rinuncia tacita al diritto di interrogare o far interrogare coloro che avevano reso dichiarazioni accusatorie nella fase preliminare e, pertanto, non potesse essere ravvisata alcuna lesione dell'art. 6.

7. Cenni conclusivi.

La lettura della decisione *Hanu v. Romania* e quella delle pronunce che l'hanno preceduta orienta verso la configurazione, in ambito CEDU, di un principio cardine in base al quale deve ritenersi ammissibile una decisione di grado superiore che riformi *in pejus* la sentenza assolutoria emessa in primo o secondo grado. Nondimeno, qualora tale riforma consegua ad una diversa valutazione delle prove orali ritenute decisive, secondo i giudici di Strasburgo è indispensabile procedere ad un nuovo esame dei testi in sede di gravame.

Va, poi, rilevato come un attento esame delle decisioni intervenute in materia induca ad affermare che *Hanu v. Romania* si pone nel solco di una giurisprudenza EDU ormai consolidata che, a partire dalla citata *Destreheme c. Francia*, mira a ricondurre nell'alveo della lesione del diritto di difesa - che a sua volta si traduce in una violazione dell'art. 6 - la mancata audizione diretta dei testi da parte della Corte che addivenga ad una decisione di condanna modificativa di precedente decisione assolutoria.

Ci sono, tuttavia, alcuni aspetti che in qualche modo qualificano quest'ultima decisione rispetto alle precedenti.

Da un lato, ma la prerogativa non è esclusiva di questa pronunzia pur essendo ivi meglio esplicitata, la circostanza che, nel caso *de quo*, si tratta di riforma in appello della sentenza assolutoria di primo grado; invero, almeno fino a *Dan v. Moldavia*, la Corte si era occupata della diversa valutazione delle prove assunte nei due gradi di merito da parte della Corte suprema che per prima, giungendo ad una decisione di condanna.

Tale aspetto si spiega agevolmente. Sostanzialmente in tutti i sistemi ordinamentali confluiti nella Convenzione il terzo grado di giudizio si incentra su quello che la Corte definisce il vaglio "*on points of law*", su questioni di diritto. Ed, infatti, in *Hanu v. Romania* si precisa con chiarezza che, qualora sia necessario procedere ad una nuova indagine di natura fattuale, la Corte suprema può trasmettere gli atti ad un giudice inferiore per un nuovo esame. Nei casi peculiari in cui alla terza istanza è consentito pronunziarsi sul merito, secondo il Giudici di Strasburgo, non può consentirsi al giudice di ultimo grado di addivenire ad una decisione di condanna in riforma di quella assolutoria assunta nei gradi precedenti sulla base di una sola

diversa valutazione della prova già ammessa ed acquisita, essendo indispensabile, in questo come nel caso di riforma peggiorativa in appello, procedere all'escussione diretta dei testi.

Inoltre, ma l'aspetto era già presente in qualche modo in *Destreheme c. Francia* e in *P.K. v. Finlandia*, in *Hanu v. Romania* si trova la chiara affermazione secondo cui uno dei requisiti fondamentali del processo equo è rappresentato dalla possibilità per l'accusato di ottenere l'escussione diretta ed eventualmente un confronto con i testimoni alla presenza del giudice deputato in ultima istanza a decidere dal momento che il controllo di quest'ultimo sul contegno e la credibilità dei testimoni possono avere conseguenze per l'accusato.

Ma ciò che più sembra interessante sottolineare è la peculiare declinazione che delle "circostanze eccezionali", atte a condurre la Corte di Strasburgo ad intervenire sulle modalità di ammissione e assunzione della prova nell'ambito degli ordinamenti nazionali, viene fornita nella decisione.

Si tratta del riferimento all'accertamento di natura "fattuale" che, non potendo esser compiuto dalla Corte Suprema, deve essere oggetto di rinvio alla corte inferiore perché si proceda ad una nuova assunzione della prova.

Sembra non potersi revocare in dubbio, infatti, che il carattere di eccezionalità che connota il percorso argomentativo della Corte sulle modalità di acquisizione della prova nell'ordinamento interno, ove collegato *sic et simpliciter* alla natura fattuale dell'accertamento da compiersi, subisca una significativa dilatazione ed induca, quindi, a reputare imprescindibile un nuovo, diretto esame che appare, per conseguenza, sempre meno connotato dai tratti dell'*extra ordinem*.

Il redattore: Valeria Piccone

Il vice direttore
Giorgio Fidelbo