

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Rinnovazione dell'istruzione dibattimentale

La decisione

Impugnazioni - Appello - Dibattimento - Rinnovazione dell'istruzione - Sentenza di condanna in primo grado - Appello del Pubblico ministero - Riquadrificazione *contra reum* - Rivalutazione delle prove dichiarative decisive - Obbligo di rinnovazione dibattimentale - Sussistenza (Cort. art. 117; C.E.D.U. art. 6; C.p.p. artt. 192, 530, 533, 576, 593, 603, 605, 606).

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE PRIMA, 12 giugno 2017 (ud. 3 maggio 2017),
- DI TOMASSI, *Presidente* - CENTONZE, *Relatore* - DI LEO, *P.G.*, (*Diff.*) - H., *ricorrente*.

Se la prova dichiarativa conduce ad un'affermazione di colpevolezza, la sua valutazione non può che passare per l'ascolto diretto della fonte.

L'obbligo di rinnovazione dibattimentale è ormai codificato per ribaltare l'assoluzione di primo grado, ma il suo raggio di azione è tuttora in espansione.

La pronuncia in commento estende l'operatività dell'obbligo all'ipotesi di reformatio in peius parziale, nell'ottica di un giudizio di appello rispettoso dei canoni del giusto processo.

If the declaratory test leads to a statement of guilt, its assessment can only pass through direct listening to the source of proof.

The obligation to renewal the evidentiary trial is now codified to overturn the acquittal of the first degree, but its range of action is still expanding.

The pronouncement in the commentary extends the operability of the obligation in case of an only partial reformation in peius, in order to a judgment of appeal respectful of the canons of the due process.

SOMMARIO: 1. Il caso sottoposto al vaglio della Corte di cassazione. - 2. Il ragionevole dubbio nell'ipotesi di prima condanna in appello: l'obbligo di motivazione rafforzata. - 3. Gli approdi della Corte Edu in tema di rinnovazione della prova dichiarativa. - 4. La rinnovazione dell'istruttoria nell'ordinamento interno: dalle Sezioni unite alla Riforma Orlando. - 5. Riflessioni conclusive sull'estensione dell'obbligo di rinnovazione istruttoria all'ipotesi di riforma *contra reum* di una condanna.

1. Il caso sottoposto al vaglio della Corte di cassazione

La sentenza in commento affronta la questione dell'applicazione dell'art. 6 CEDU par. 3, lett. d)¹, nel caso di riforma *contra reum* di una sentenza di condanna, alla luce della giurisprudenza di legittimità consolidatasi a seguito della sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 05.07.2011, nella

¹ Nell'ambito dell'equo processo, garantito ex art. 6 CEDU, ogni accusato ha il diritto di "esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a scarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico". La prerogativa così riconosciuta, letta unitamente ai diritti di partecipazione all'udienza, di un'udienza pubblica e del doppio grado di giurisdizione, per come interpretati dalla stessa giurisprudenza sovranazionale, ha consentito di costruire l'ulteriore diritto dell'imputato alla riassunzione delle dichiarazioni a carico nel giudizio di impugnazione.

controversia *Dan c. Moldavia*², in ordine all'istituto della rinnovazione istruttorie del mezzo di prova dichiarativo. La Corte di Strasburgo, in quella sede, ha ritenuto lesivo dei canoni del *fair trial* il ribaltamento in appello di un'assoluzione, se fondato su una rivisitazione cartolare delle prove orali già assunte nel giudizio di primo grado.

La riforma legislativa del 23 giugno 2017³, attraverso l'introduzione del nuovo co. 3-*bis* dell'art. 603 c.p.p., offre il primo, pur parziale, riconoscimento della richiamata giurisprudenza: “*Nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale*”.

In precedenza, l'art. 603 c.p.p., rubricato, *Rinnovazione dell'istruzione dibattimentale* subordinava l'imponibilità della rinnovazione alle seguenti condizioni: al fine di riassumere mezzi di prova già acquisiti nel dibattimento di primo grado oppure per assumere nuovi mezzi di prova, laddove il giudice d'appello avesse ritenuto di non poter decidere allo stato degli atti; per assumere, a richiesta di parte e nel rispetto dei criteri di cui all'art. 190 c.p.p., dei mezzi di prova sopravvenuti o scoperti dopo il giudizio di primo grado; in ogni caso, d'ufficio, ove il giudice l'avesse ritenuto assolutamente necessario⁴. Dunque, in seguito al recepimento dei *dicta* della giurisprudenza comunitaria e fino al recentissimo intervento legislativo, sarebbe stata la previsione della “assoluta necessità”, disciplinata dall'art. 603, co. 3, c.p.p., ad enucleare l'ipotesi “pretoria” di rinnovazione della dichiarazione già resa e determinante per la riforma di un proscioglimento⁵.

Che il giudice dell'appello, nel ribaltare il provvedimento liberatorio di prime cure, abbia l'obbligo di riascoltare la fonte di una dichiarazione determinante del compendio probatorio, è approdo interpretativo del canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio, secondo quanto affermato, a più riprese, dai giudici di legittimità. La regola dell'assunzione diretta delle dichiarazioni dei testi a carico, ritenuti inattendibili in primo grado, viene sviluppata quale corollario dell'obbligo di motivazione rafforzata per la riforma *in peius* di

² Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sez. III, sentenza del 5 luglio 2011, definitiva il 5 ottobre 2011, causa *Dan c. Moldavia* (Ricorso n. 8999/07), estratto da *hudoc.echr.coe.int*.

³ Si fa riferimento all'intervento legislativo n. 103 del 23 giugno 2017 *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 154, anno 158, del 4 luglio 2017, vigente dal 3 agosto 2017.

⁴ Sull'argomento, DALIA, FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Ed. IX, Padova, 2016, 835-836.

⁵ Il percorso interpretativo che ha portato a tale risultato è stato, di recente, spiegato dalle Sezioni unite nelle sentenze nn. 27620/16 (ric. Dasgupta) e 18620/17 (ric. Patalano), sentenze che ci si riserva di commentare nei prossimi paragrafi.

un'assoluzione⁶. Quest'obbligo discende, a sua volta, dalla necessità di superare il dubbio conoscitivo sotteso a dispositivi antitetici tra gradi di merito.

La predetta regola di giudizio è utilizzata nella sentenza annotata per traslare i principi elaborati riguardo al ribaltamento dell'assoluzione, in forza di una diversa valutazione dell'attendibilità della prova dichiarativa, alla condanna riformata *in peius*.

La Corte di appello di Roma, Sezione per i minorenni, condannava il ricorrente alla pena di anni dieci e mesi quattro di reclusione, ai sensi degli artt. 81, 110, 337, 575, 581, 582, 583 co. 1 e 585 c.p., per aver violato la normativa vigente in materia di circolazione stradale e, così, travolto numerosi passanti, in una fuga intrapresa dopo essersi sottratto al controllo di polizia.

La vicenda delittuosa, ricostruita attraverso l'acquisizione delle deposizioni delle persone offese e dei testi divergeva tra le due decisioni di merito sotto due profili, riguardanti la velocità dell'autovettura condotta dall'imputato, elemento valorizzato dalla sola sentenza di appello, e l'inquadramento della condotta omicida. La Corte territoriale riteneva sussistente il dolo eventuale, da intendere come rappresentazione della significativa possibilità di verifica dell'evento concreto⁷, sulla scorta di indici sintomatici quali l'alta densità di traffico, la strada percorsa dal veicolo guidato dall'imputato, l'aver proceduto contromano, la notevole velocità.

Il motivo di ricorso per cassazione sollevato dalla difesa valorizza il percorso logico-argomentativo della sentenza di primo grado, la quale escludeva, per converso, l'atteggiamento doloso in virtù di alcuni taluni elementi fattuali: la condizione minorile dell'imputato, la circostanza che a bordo del veicolo fossero presenti alcuni familiari dello stesso; il dato per cui, pur non avendo la patente di guida, il soggetto si considerasse esperto guidatore, erroneamente ipotizzando che sarebbe riuscito ad evitare incidenti stradali.

In sostanza, l'inasprimento sanzionatorio consegue alla riqualificazione del fatto per il diverso atteggiarsi di un elemento strutturale; nello specifico, dell'elemento soggettivo.

Tramite il vizio di mancanza, contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione ex art. 606, co. 1, lett. e) c.p.p., si censura, pertanto, un giudizio *contra reum* di fonti dichiarative acquisite nel giudizio di primo grado e valutate in modo difforme in quello di impugnazione, senza rinnovata escussione dei

⁶ Per il rapporto di derivazione sussistente tra i due principi, nei termini di corollario l'uno dell'altro, CATALANO, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, Milano, 2016, 106-112.

⁷ Gli elementi grazie ai quali è stato possibile inquadrare la condotta nell'omicidio doloso, piuttosto che colposo, sono stati esaminati alla luce della definizione di "dolo eventuale" fornita dalle Sezioni Unite nella cosiddetta sentenza c.d. *Espenhahn*, del 24/04/2014.

dichiaranti.

Questione non espressamente dedotta ma di preliminarizzare trattazione, stabilire l'applicabilità o meno al caso di specie dei parametri probatori elaborati dalla giurisprudenza di legittimità sul diritto alla rinnovazione istruttoria, in seguito all'appello del magistrato del pubblico ministero avverso una sentenza di proscioglimento.

La risposta positiva fornita dalla Sezione penale prima ripercorre la "piattaforma ermeneutica" che ha ispirato la giurisprudenza di legittimità degli ultimi anni in merito alla rilevanza del ragionevole dubbio quale criterio fondante un giudizio di colpevolezza⁸, da ritenere indifferentemente valido per le ipotesi in cui, all'esito del secondo grado di merito, si giunga alla riforma integralmente o solo parzialmente peggiorativa del provvedimento sottostante.

Questo, il ragionamento della Corte che fonda il diverso convincimento sugli stessi apporti dichiarativi, sull'utilizzo del metodo dell'oralità e dell'immediatezza.

Tuttavia, se la necessità di superare ogni ragionevole dubbio sulla colpevolezza vale, non solo quando la si affermi per la prima volta in appello, ma anche quando in tale fase trovi un'affermazione più rigorosa, allora in entrambi i casi s'imporrà la rinnovazione⁹.

Il principale interrogativo sollecitato dalla decisione *de qua* è la possibilità di un'effettiva equiparazione tra riforma dell'assoluzione e riforma *contra reum* di una condanna, ai fini dell'obbligatorietà della rinnovazione istruttoria e alla luce dello standard di cui all'art. 533, co. 1, c.p.p.¹⁰

Aspetti connessi e nodali sono il ruolo dell'appello penale, la pienezza d'operatività in appello del metodo dell'oralità e dell'immediatezza, l'eccezionalità della rinnovazione istruttoria, infine ed inevitabilmente, il rap-

⁸ In ordine temporale, per facilitare la lettura dell'*iter* giurisprudenziale sul ragionevole dubbio nella doppia difforme, *iter* che si intende riportare ed analizzare nella presente nota a sentenza, si citano le sentenze della Cass., Sez. I, 16 dicembre 1994, Felice, in *Mass. Uff.*, n. 201487; Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2003, Andreotti, in *Mass. Uff.*, n. 226093; Cass., Sez. Un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Mass. Uff.*, n. 231674; Cass., Sez. IV, 20 aprile 2005, Aglieri, in *Mass. Uff.*, n. 233083; Cass., Sez. VI, 10 luglio 2012, Aimone, in *Mass. Uff.*, n. 253718; nonché le già richiamate sentenze Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, Dasgupta, in *Mass. Uff.*, n. 267491; Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2017, Patalano, in *Mass. Uff.*, n. 269780.

⁹ Come evidenziato in BELLUTA e LUPÁRIA, *Alla ricerca del vero volto della sentenza Dasgupta. Alle Sezioni unite il tema della rinnovazione probatoria in appello dopo l'assoluzione in abbreviato non condizionato: nota a Cass., Sez. II, ord. 28 ottobre 2016 (dep. 9 novembre 2016), n. 47015*, in *www.penalecontemporaneo.it*; mentre il ragionevole dubbio rappresenta "cruna attraverso la quale passare ogni qual volta si debba decidere", dell'oralità/immediatezza il sistema può variamente fare a meno: il convincimento oltre ogni ragionevole dubbio è scopo; l'oralità/immediatezza, metodo.

¹⁰ L'art. 533 c.p.p. "Condanna dell'imputato", al comma 1 prevede che "Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio. Con la sentenza il giudice applica la pena e le eventuali misure di sicurezza".

porto tra ordinamento sovranazionale ed interno in materia di prova penale¹¹.

2. Il ragionevole dubbio nell'ipotesi di prima condanna in appello: l'obbligo di motivazione rafforzata.

Per capire se il criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio operi in modo analogo nell'eventualità di riforma del proscioglimento e di riforma peggiorativa della condanna, e comporti, pertanto, i medesimi adempimenti istruttori, sembra utile esaminarne l'applicazione nell'ipotesi peculiare di prima condanna in appello.

In generale, non vi è gerarchia, né dovrebbe esservi condizionamento, tra giudici di merito nei diversi gradi dello stesso procedimento penale. Il giudice dell'appello conserva piena libertà di convincimento attorno al materiale probatorio a disposizione, quand'anche (come avviene nella maggior parte dei processi) si tratti dello stesso materiale a disposizione del giudice di primo grado e da quest'ultimo già raccolto.

Le conseguenze sono varie e variano a seconda che la successione di pronunce si combini in una doppia conforme o in una doppia difforme.

Quando i dispositivi di primo e di secondo grado siano concordanti, i relativi apparati motivazionali si saldano in un unico corpo argomentativo. D'altro canto, la seconda motivazione potrebbe legittimamente richiamare *per relationem* argomenti sviluppati nella prima¹². Sotto il profilo conoscitivo, la deci-

¹¹ In particolare, secondo BALSAMO, *Verso un modello di prova dichiarativa europea: il nesso tra acquisizione e impiego della prova*, in *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea. Atti del Convegno, Milano, 24-26 ottobre 2014*, Milano, 2015, 227 ss., la dimensione transnazionale della prova dichiarativa è un tema destinato a contrassegnare il futuro dell'integrazione giuridica europea, non solo sul piano tecnico-giuridico, ma dei principi di civiltà giuridica. Lo stesso FERRAJOLI, in *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2000, 628, osservava come nelle prove dichiarative si riflettessero i diversi stili processuali, dando diverso contenuto al principio di legalità processuale.

¹² Come spiegato in SIRACUSANO, *I provvedimenti penali e le motivazioni implicite, per relationem e summarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 367 ss., l'integrazione è legittima se garantisce la certezza del controllo, certezza sussistente se il risultato del collegamento tra motivazione incompleta del provvedimento di appello e contenuto dell'atto oggetto di *relatio* non differisca da quanto si sarebbe ottenuto motivando il primo compiutamente ed espressamente.

Sempre sulla legittimità della motivazione *per relationem*, nella giurisprudenza, come già affermato da Cass., Sez. Un., 21 giugno 2000, Primavera, in *Mass. Uff.*, n. 216664, da ultimo testualmente ripreso da Cass., Sez. VI, 8 ottobre 2014, Barone, in *Mass. Uff.*, n. 261248 <<La motivazione "per relationem" di un provvedimento giudiziale è da considerare legittima quando: 1) faccia riferimento, recettizio o di semplice rinvio, a un legittimo atto del procedimento, la cui motivazione risulti congrua rispetto all'esigenza di giustificazione propria del provvedimento di destinazione; 2) fornisca la dimostrazione che il giudice ha preso cognizione del contenuto sostanziale delle ragioni del provvedimento di riferimento e le abbia meditate e ritenute coerenti con la sua decisione; 3) l'atto di riferimento, quando non venga allegato o trascritto nel provvedimento da motivare, sia conosciuto dall'interessato o almeno ostensibile, quanto meno al momento in cui si renda attuale l'esercizio della facoltà di valutazione, di critica ed, eventualmente, di gravame e, conseguentemente, di controllo dell'organo della valutazione o dell'impugnazione>>.

sione verrà a fondarsi su un unico ragionamento, dotato complessivamente di un elevato grado di probabilità: innanzi alla Corte di Cassazione risulterà unitariamente sindacabile e logicamente meno vulnerabile.

E' ben possibile che il giudice di appello si discosti dalla decisione del giudice che l'abbia preceduto, accordando privilegio ad elementi di prova diversi o diversamente valutati¹³. Nell'ipotesi di decisione difforme, un ragionevole dubbio sulla colpevolezza è inevitabile: due giudici di merito hanno fornito un'autonoma motivazione per giustificare decisioni di segno opposto.

Le maggiori criticità attengono alla possibilità che, a seguito di impugnazione del magistrato del pubblico ministero, una sentenza assolutoria venga ribaltata con un'affermazione di responsabilità, c.d. *overturning*. Innanzitutto, considerato che l'appello si fonda su una rivisitazione cartolare degli atti del giudizio di primo grado, siano essi formati direttamente nel dibattimento oppure acquisiti al fascicolo attraverso le letture, l'imputato non beneficerà di una prova raggiunta nel contraddittorio, davanti al giudice chiamato a decidere. In secondo luogo, la sentenza sarà censurabile soltanto per vizi di legittimità innanzi alla Corte di cassazione, con evidente disparità di trattamento rispetto a chi sia stato riconosciuto colpevole sin dal primo grado ed abbia, quindi, goduto di un doppio vaglio di merito sulla propria condanna.

Nella prima fase di vigenza del codice di rito, la giurisprudenza di legittimità ha imposto al giudice di secondo grado che avesse voluto modificare una sentenza di proscioglimento, una serrata lettura critica degli elementi di prova impiegati per l'assoluzione, volta a dimostrare l'incompletezza, la non correttezza o l'incoerenza delle relative argomentazioni, con rigorosa e penetrante analisi¹⁴.

Perché la spiegazione alternativa di un fatto non si risolva in esercitazione astratta del ragionamento disancorata dalla realtà processuale, il giudice non può limitarsi a formularla in termini di mera possibilità, dovendosi piuttosto riferire a *“specifici dati fattuali che rendano verosimile la conclusione di un iter logico cui si perviene senza affermazioni apodittiche”*¹⁵ ovvero a *“concreti*

¹³ Cass., Sez. IV, 09 giugno 2005, Baia, in *Mass. Uff.*, n. 232441, *“In tema di impugnazioni, il giudice di appello è libero, nella formazione del suo convincimento, di attribuire alle acquisizioni probatorie il significato e il peso ritenuti giusti e rilevanti ai fini della decisione, con il solo obbligo di spiegare con motivazione immune da vizi le ragioni del suo convincimento, obbligo che, nell'ipotesi di decisione difforme da quella assunta dal giudice di primo grado, impone anche l'adeguata confutazione delle ragioni poste alla base della sentenza riformata”*.

¹⁴ In questi termini, la questione è stata affrontata in *Relazione su orientamento della giurisprudenza* n. 20131018 del 23 aprile 2013, del Cons. della Cassazione Cantone, *oggetto: sentenza - condanna - in genere - Assoluzione in primo grado - Riforma in grado di appello - Presupposti*.

¹⁵ In questo senso, Cass., Sez. I, 16 dicembre 1994, Felice, in *Mass. Uff.*, n. 201487. A seguire, Cass., Sez. I, 27 giugno 1995, Manservigi, in *Mass. Uff.*, n. 202280 *«Il giudice dell'appello non è tenuto ad una analitica motivazione della decisione quando questa sia di conferma di quella del primo giudice,*

*elementi processualmente acquisiti, posti a fondamento di un iter logico che conduca a soluzioni divergenti da quelle prospettate da altro giudice di merito*¹⁶.

Nel 2003, le Sezioni unite hanno denunciato espressamente l'inadeguatezza normativa del giudizio di appello che sfoci nella condanna dell'imputato in precedenza assolto, in quanto caratterizzato da un contraddittorio dibattimentale *ex actis*: in ossequio ad i principi costituzionali, alle norme di diritto internazionale convenzionale e ad autorevole dottrina, ove l'appello non si concluda con la conferma dell'alternativa assolutoria, dovrebbe essere riqualficato come giudizio di natura esclusivamente rescindente, cui far seguire un rinnovato giudizio di primo grado sul merito della responsabilità dell'imputato¹⁷.

Lo stesso Consesso ha, comunque, escluso l'illegittimità costituzionale del co. 1 dell'art. 593 c.p.p., recante i casi di appello, con riferimento agli artt. 24, co. 2, e 111 Cost., nella parte in cui non vieta al magistrato del pubblico ministero di proporre appello avverso sentenza di proscioglimento di primo grado: in virtù dell'effetto ampiamente devolutivo dell'appello del P.M., l'imputato è rimesso nella fase iniziale del giudizio e può riproporre, anche se respinte, tutte le istanze che attengono alla ricostruzione probatoria del fatto ed alla sua consistenza giuridica¹⁸.

Gli interventi "correttivi" forniti dalla Cassazione rappresentavano terreno fertile perché il legislatore sancisse l'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento, salvo il caso eccezionale della nuova prova decisiva, emersa dopo la chiusura del giudizio di primo grado, *ex art. 603, co. 2, c.p.p.*¹⁹.

In particolare, la legge c.d. Pecorella del 20 febbraio 2006, n. 46 ha il pregio

essendo in proposito sufficiente che nel discorso motivazionale siano richiamati gli argomenti giustificativi della statuizione. Qualora, però, dissenta dal primo giudice, deve indicare le specifiche ragioni dell'invalidazione di quelle che sorreggono la sentenza impugnata>>.

¹⁶ Così, Cass., Sez. II, 12 dicembre 2002, Contrada, in *Mass. Uff.*, n. 225564.

¹⁷ L'indicazione *de jure condendo* è così proposta da Cass., Sez. Un., 24 novembre 2003, Andreotti, in *Mass. Uff.*, n. 226093. L'opzione di un giudizio di appello come giudizio unicamente rescindente era già presente in NAPPI, *Il nuovo processo penale: un'ipotesi di aggiornamento del giudizio di appello*, in *Cass. pen.*, 1990, pp. 974 ss.

¹⁸ La questione di illegittimità costituzionale è stata ritenuta manifestamente infondata da Cass., Sez. Un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Mass. Uff.*, n. 231674; nella stessa pronuncia, sono state ribadite le modalità argomentative alle quali è tenuto il giudice di seconde cure, con la seguente massima (Rv. 231679): <<In tema di motivazione della sentenza, il giudice di appello che riformi totalmente la decisione di primo grado ha l'obbligo di delineare le linee portanti del proprio, alternativo, ragionamento probatorio e di conflutare specificamente i più rilevanti argomenti della motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza o incoerenza, tali da giustificare la riforma del provvedimento impugnato>>.

¹⁹ In BETZU, *Pubblico ministero e imputato nella sentenza n. 26 del 2007: la parità e il suo mito*, estratto da *giurcost.org*, si menziona, esemplificativamente, l'emendamento V della Costituzione degli Stati Uniti d'America, ove è fissato il divieto di "double jeopardy" (letteralmente, "duplice depenalizzazione"), a mente del quale l'accusa non può ricorrere in appello dinanzi a una pronuncia assolutoria.

di collegare l'inappellabilità all'introduzione formale della regola di giudizio del ragionevole dubbio, con modifica dell'art. 593, comma 1, c.p.p.²⁰: la sentenza di assoluzione in primo grado, seguita da una condanna in appello, sarebbe *"l'emblema di una situazione di incertezza"* e, dunque, non potrebbe giustificarsi quale condanna proprio alla luce del ragionevole dubbio che porterebbe con sé²¹.

La scelta di privare la parte pubblica del processo penale del potere di impugnazione non ha fatto tardare la reazione della Corte costituzionale, la quale con sentenza 6 febbraio 2007, n. 26, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 1 della legge n. 46 nella parte in cui aveva modificato l'art. 593 c.p.p., per violazione del principio di parità delle armi fra parti processuali ex art. 111, comma 2, Cost.²²

*"Il rimedio all'eventuale deficit delle garanzie che assistono una parte processuale va rinvenuto - in via preliminare - in soluzioni che escludano quel difetto, e non già in una eliminazione dei poteri della parte contrapposta che generi un radicale squilibrio nelle rispettive posizioni"*²³.

²⁰ Un secondo bilanciamento al ridotto ambito di appellabilità era costituito dalla modifica della norma sul ricorso per cassazione, con riferimento alla mancata assunzione della prova decisiva (art. 606, comma 1, lett. d, c.p.p.) e soprattutto dall'ampliamento dei limiti di censurabilità, nel grado di legittimità, della motivazione (art. 606, comma 1, lett. e, c.p.p.): *<<per mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato ovvero da altri atti del processo specificamente indicati>>*.

²¹ Commento in REDAELLI, *La condanna in appello dell'imputato assolto, fra antinomie di sistema, principi europei ed interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Arch. pen.*, 2014, III, 6 ss. Secondo l'Autrice, l'intervento legislativo del 2006 avrebbe colto nel segno. I limiti all'appello del pubblico ministero si giustificavano alla luce di un sistema processuale che, attraverso due gradi di giudizio di merito, l'uno ad integrazione dell'altro, traccia e rispetta un percorso conoscitivo unitario: il dubbio ragionevole che connoti anche un solo grado inficerebbe in ogni caso la validità della condanna. L'Autrice ravvisa in siffatto ragionamento, avallato a più riprese dalla giurisprudenza nazionale sia precedente che successiva alla novella, un criterio di raffronto tra prospettiva interna e convenzionale in tema della condanna in appello dell'imputato assolto.

²² In realtà, già il Presidente della Repubblica, rispetto ad una prima versione del testo legislativo di riforma, si era rifiutato di promulgarlo, proprio in punto di inappellabilità da parte del p.m. delle sentenze di assoluzione. Come può leggersi nel *Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica*, in *XIV Legislatura - Scheda lavori preparatori. Atto parlamentare n. 4604 "Modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento"*, estratto da *legxiv.camera.it*, da una parte, la soppressione dell'impugnabilità, *<<la sì che la stessa posizione delle parti nel processo venga ad assumere una condizione di disparità che supera quella compatibile con la diversità delle funzioni svolte dalle parti stesse nel processo>>*; dall'altra, *<<la funzione compensativa attribuita all'ampliamento delle ipotesi del ricorso per cassazione ha un effetto inflattivo superiore di gran lunga a quello dellattivo derivante dalla soppressione dell'appello delle sentenze di proscioglimento>>*.

²³ Corte cost., n. 26 del 2007, in *Giur. Cost.*, 221. In successione, la Consulta ha eliminato, con sent. n. 26/2006, l'art. 1 della legge n. 46/2006 nella parte in cui modificava l'art. 593 c.p.p. ed escludeva l'appellabilità per il pubblico ministero delle sentenze di proscioglimento; con sent. n. 32/2007, l'art. 2 della legge n. 46/2006 nella parte in cui modificava l'art. 443 c.p.p. ed escludeva l'appellabilità per il pubblico ministero delle sentenze di proscioglimento emesse a seguito del giudizio abbreviato. Infine,

Su queste basi, una volta riabilitato l'appello del P.M., la Cassazione è tornata sul dovere del giudice di fornire una motivazione rafforzata per superare in sede di impugnazione il precedente proscioglimento: in mancanza di un percorso argomentativo rafforzato, la pronuncia, quando si sia limitata a ritenere “*maggiormente persuasiva*” altra lettura in chiave di colpevolezza del materiale probatorio, è illegittima²⁴.

Riepilogando. Considerato che “*la condanna presuppone la certezza della colpevolezza, mentre l'assoluzione non presuppone la certezza dell'innocenza ma la mera non certezza della colpevolezza*”²⁵, l'alternanza di un'assoluzione e di una condanna tra i due gradi di merito porta con sé la forte presunzione di un ragionevole dubbio e la sussistenza di un ragionevole dubbio non può che condurre all'assoluzione. Se, quindi, l'assoluzione segue ad una condanna, almeno un dubbio ragionevole ha effettivamente scongiurato un'affermazione di responsabilità penale fondata sull'incertezza; se l'assoluzione precede una condanna, l'esistenza di un dubbio ragionevole deve esser fronteggiata con una motivazione dotata di forza persuasiva ad esso ben maggiore, che faccia ritenere effettivamente raggiunto lo standard di certezza formalmente codificato nell'art. 533, co. 1, c.p.p.

3. Gli approdi della Corte Edu in tema di rinnovazione della prova dichiarativa.

Esclusa l'inappellabilità dell'assoluzione, la carenza di garanzie che contraddistingue la condizione in cui versa l'imputato proscioltto in primo grado non poteva che essere colmata agendo sullo svolgimento del giudizio di appello.

Il primo passo, come si è visto sopra, è stato il rafforzamento dell'impegno argomentativo e motivazionale spettante al giudice dell'impugnazione, nell'ottica del superamento del ragionevole dubbio eventualmente nutrito dal giudice di prime cure.

Quando, però, il ribaltamento è determinato dalla diversa valutazione di attendibilità della testimonianza o dell'esame di parte, la motivazione rafforzata non soddisfa l'esigenza di certezza.

La condanna incentrata sulla prova dichiarativa esige l'adozione del metodo dell'oralità e dell'immediatezza. Ciò deve valere, a maggior ragione, se la

con sent. n. 85/2008, è stato dichiarato illegittimo l'art. 1 della legge n. 46 nella parte in cui modificava l'art. 593 c.p.p. ed escludeva in danno dell'imputato l'appellabilità delle sentenze di proscioglimento relative ai reati diversi dalle contravvenzioni punite con la sola pena dell'ammenda o con pena alternativa, fatta eccezione per le ipotesi previste dall'art. 603 c.p.p., in presenza di una prova decisiva.

²⁴ *Ex multis*, Cass., Sez. V, 05 maggio 2008, Aleks, in *Mass. Uff.*, n. 241169; Cass., Sez. II 27 marzo 2012, Urciuoli, in *Mass. Uff.*, n. 253407; anche per la riforma dell'assoluzione ai soli effetti civili, Cass., Sez. VI, 19 dicembre 2012, Crispi, in *Mass. Uff.*, n. 253940.

²⁵ *Ex multis*, Cass., Sez. VI, 26 ottobre 2011, Abbate, in *Mass. Uff.*, n. 251581.

condanna intervenga per la prima volta in appello: il giudice non può convincersi della colpevolezza sulla base di una revisione meramente cartolare delle dichiarazioni assunte in primo grado.

La testimonianza è mezzo di prova a struttura complessa, in quanto *“il dato probatorio non è, semplicemente, il contenuto della testimonianza, ma la testimonianza stessa, e il testimonio insieme”*²⁶. Il convincimento maturato attorno alla dichiarazione riguarda *cosa* sia stato dichiarato, *chi* lo abbia dichiarato, *come* lo si sia dichiarato.

Solo da un confronto personale il giudice può valutare direttamente le spiegazioni fornite sulle antinomie ed il comportamento del teste, l'espressione del volto, le pause di riflessione prima di rispondere, le sue titubanze, ogni dato comunicativo diverso dalla parola²⁷.

Su questo solco, si forma e si consolida la giurisprudenza, prima sovranazionale, poi domestica, favorevole all'obbligo di rinnovazione in appello del mezzo di prova dichiarativo, quando una diversa valutazione di attendibilità possa fondare la riforma *contra reum* dell'assoluzione di primo grado.

Si segnala l'analogia, tra ordinamenti, del supporto normativo: l'art. 6, par. 3, lett. d), CEDU riconosce il diritto di ogni accusato a *“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”*; l'art. 111, comma 3, Cost., richiede che il legislatore assicuri alla persona accusata di un reato *“la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogazione di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa”*²⁸.

L'elaborazione della Corte di Strasburgo sulla riassunzione del mezzo di prova orale nel giudizio di impugnazione corre lungo due binari²⁹: il diritto

²⁶ MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964, 271 ss. Secondo l'Autore, l'esigenza di evitare la mediazione di un soggetto da quello sotto giudizio si spiega nella totale assenza di meccanicità nell'operazione percettiva e del teste e del giudice o di chi per lui raccoglie la testimonianza. In ambito processual-civilistico, CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, 187 ss. evidenzia come il processo moderno sconti la consapevolezza culturale, implicita nella disciplina della testimonianza, della naturale impossibilità della rilevazione diretta del fatto: *«soltanto chi ha posto in essere il fatto o ne è stato comunque protagonista si trova in quella situazione»*.

²⁷ RUBIOLA, *Rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in grado di appello: prove assunte su richiesta di parte o d'ufficio dal giudice*, in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di Bargis, Milano, 2013, 244: *«il convincimento sulla credibilità del teste si raggiunge attraverso l'analisi della comunicazione principale linguistica, ma anche attraverso le forme espressive diverse dalla parola»*.

²⁸ In REDAELLI, *La condanna in appello dell'imputato assolto, fra antinomie di sistema, principi europei ed interpretazione costituzionalmente orientata*, cit., 12, si ritiene che già l'art. 111, co. 3, Cost., possa rappresentare lo strumento utile per risolvere sul piano interpretativo l'apparente discrasia tra normativa interna e comunitaria.

²⁹ L'itinerario tracciato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo è descritto da TESORIERO, *La rinnova-*

all'udienza pubblica e il diritto all'ammissione delle prove.

Nel definire la consistenza del diritto all'udienza pubblica³⁰, si è ritenuto inconciliabile con i canoni dell'equo processo, un giudizio di impugnazione che si svolgesse, non solo, in senso stretto, senza una pubblica udienza, ma anche senza la rinnovazione del mezzo di prova, quando il giudice dell'impugnazione sia chiamato ad esaminare il caso in fatto e in diritto e l'oggetto concretamente devoluto alla sua cognizione sia l'integrale rivalutazione della responsabilità penale dell'imputato³¹.

Il passaggio successivo, alla luce del diritto all'ammissione delle prove, concerne l'iniquità della rivalutazione delle prove dichiarative, prodromica al ribaltamento del giudizio di assoluzione in condanna, senza l'audizione delle relative fonti. Un principio implicitamente ricavabile da quest'ultima affermazione è l'astratta compatibilità con l'ordinamento sovranazionale di una condanna emessa per la prima volta dal giudice d'appello³².

La sentenza del 5 luglio 2011, nel definire la causa *Dan c. Moldavia*, combina i suddetti approdi interpretativi per sostenere l'applicazione del metodo di oralità e di immediatezza ogniqualvolta l'autorità decidente abbia pieni poteri, in fatto ed in diritto, sulla valutazione della responsabilità, nonché intenda fondare la condanna proprio sul mezzo di prova da riassumere³³. Mihail

zione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU, in *Dir. pen. cont.*, III, 2014, 239 ss.

³⁰ Ai sensi del comma 1 dell'art. 6 C.E.D.U. <<Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia>>.

³¹ Corte Edu, sentenza del 26.05.1988, *Ekbatani c. Svezia*, § 32, estratto da *hudoc.echr.coe.int*, <<that question could not, as a matter of fair trial, have been properly determined without a direct assessment of the evidence given in person by applicant - who claimed that he had not committed the act alleged to constitute the criminal offence - and by the complainant>>.

³² Corte Edu, Sez. II, sentenza del 18.05.2004, *Destrehem c. France*, in *Cass. pen.*, 2004, IV, 3829. Il ricorrente era accusato di avere inferto un colpo di martello contro un'auto della polizia durante una manifestazione, secondo quanto deposto a suo carico da due agenti di polizia. Mentre in primo grado, l'interessato veniva assolto sulla base delle dichiarazioni a discarico di quattro diversi testimoni, in appello veniva condannato per diversa valutazione dei medesimi elementi di prova, senza nuova escussione dei testi della difesa. I giudici di Strasburgo, tenuto conto che gli stessi elementi erano stati ritenuti sufficienti dal giudice di primo grado per l'assoluzione, ha affermato come la Corte di appello avesse menomato la difesa del ricorrente, debordando nella violazione dell'art. 6, par. 3, lett. d) della Convenzione.

³³ RECCHIONE, *La prova dichiarativa cartolare al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo. Nota a C. eur. dir. uomo, Sez. III, 5 marzo 2013, ric. N. 36605/04, Manolachi c. Romania e C. eur. dir. uomo, Sez III, 9 aprile 2013, ric. Recn. 17520/04, FlueraĂȚ c. Romania*, in www.penalecontemporaneo.it.

DAN proponeva ricorso contro la Repubblica di Moldavia, rappresentando che il procedimento penale svoltosi nei suoi confronti, per l'accusa di aver preteso una somma di denaro da uno studente per acconsentire al trasferimento di quest'ultimo dall'istituto scolastico di cui era preside, non fosse stato equo ai sensi dell'art. 6 della Convenzione: dopo esser stato assolto per inattendibilità della testimonianza del denunciante, veniva condannato dalla Corte di appello di Chisinau per diversa valutazione delle deposizioni già rese in primo grado, senza nuova audizione dei dichiaranti. L'accertamento della violazione dell'art. 6, par. 1, è così argomentato: *“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 compito complesso che generalmente non può essere eseguito mediante una semplice lettura delle sue parole verbalizzate”*³⁴.

I presupposti per rinnovare l'istruttoria sono due: la decisività della prova testimoniale e la necessità di una rivalutazione da parte del giudice di appello dell'attendibilità dei testimoni.

Quale possibile eccezione, la Corte europea evoca la situazione di impossibilità materiale, esemplificandola nell'ipotesi di decesso del testimone, nonché nella salvaguardia del diritto del teste di non auto-accusarsi. Correlativamente, se ne deduce l'esclusione in riferimento sia alle deroghe praticate nei processi di criminalità organizzata sia alle persone sentite in incidente probatorio³⁵.

L'innovato regime di obbligatoria escussione in appello delle voci di accusa non pare fungibile con l'obbligo di motivazione rafforzata che compensava l'eventualità di un appello cartolare su sentenza assolutoria.

Per questa ragione, l'ordinamento interno utilizzerà la chiave di lettura del criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio per adattarsi ai principi sovranazio-

³⁴ Corte Edu, Sez. III, sentenza del 5 luglio 2011, causa *Dan c. Moldavia* (Ricorso n. 8999/07), cit., § 33. A seguire, Corte Edu, Sez. III, sentenza del 5 marzo 2013, causa *Manolachi c. Romania* (Ricorso n. 36605/04); Sez. III, sentenza del 9 aprile 2013, causa *Flueras c. Romania* (Ricorso n. 17520/04).

³⁵ GAITO, *Giudizio di appello. Verso una crisi evolutiva per il giudizio di appello. L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il p.m. impugna l'assoluzione*, in *questa Rivista*, 2012, II, 3. L'Autore coglie ed estende il valore del richiamo a possibili eccezioni alla regola, così esemplificando ipotesi ulteriori, similari rispetto all'unica individuata dalla Corte europea.

nali, sulla scia della motivazione rafforzata. Scelta, questa, che troverà riscontro positivo in una recentissima pronuncia europea, riguardante direttamente la Repubblica Italiana: la Corte Edu chiarisce come un controllo approfondito sulla motivazione della sentenza di prime cure, pur evidenziando eventuali lacune alla luce di tutti gli elementi di prova inseriti nel fascicolo, non dispensi il giudice di appello *“dal suo obbligo di sentire personalmente i testimoni le cui dichiarazioni, che si apprestava ad interpretare in maniera sfavorevole per l'imputato e completamente diversa rispetto a quella del giudice di primo grado, costituivano il principale elemento a carico”*³⁶.

4. La rinnovazione dell'istruttoria nell'ordinamento interno: dalle Sezioni unite alla Riforma Orlando.

In virtù del dovere di conformazione agli obblighi internazionali *ex art.* 117, co. 1, Cost., per come interpretato dalle sentenze “gemelle” della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007, spettava, *in primis*, al giudice italiano l'attuazione dei principi contenuti nelle richiamate sentenze europee³⁷.

Sotto un primo aspetto, la Cassazione ha vagliato la legittimità costituzionale dell'art. 603 c.p.p., con riguardo agli artt. 117 Cost. e 6 CEDU, nella parte in cui non prevedeva l'obbligatorietà della rinnovazione parziale del dibattimento, nella prospettiva della riforma *in peius* di una sentenza assolutoria: la Corte ha ritenuto l'eccezione di illegittimità manifestamente infondata e l'art. 603 c.p.p. perfettamente coincidente e sovrapponibile col principio di diritto enunciato dalla Corte Edu c.d. *Dan c. Moldavia*, consentendo un'ampia possibilità di rinnovazione del dibattimento, su richiesta di parte o d'ufficio, anche per procedere alla riassunzione di prove già assunte in primo grado. Nessun divieto di rinnovazione del dibattimento in appello, nessun ostacolo di diritto e, quindi, nessuna carenza strutturale dell'ordinamento processuale.

Al più, si sarebbe potuto configurare un ostacolo di fatto, ove il giudice di appello avesse ritenuto di non rinnovare il dibattimento; decisione, comunque, censurabile in sede di legittimità, ove ritenuta affetta da vizio motivazionale³⁸.

Viene, quindi, rimessa al giudice la verifica dei presupposti per la rinnovazione istruttoria, quando non sia in grado di decidere allo stato degli atti o la ritenga assolutamente necessaria *ex art.* 603, co. 1 e 3, c.p.p., di fronte ad una

³⁶ Corte Edu, Sez. I, sentenza del 29 giugno 2017, causa *Lorefice c. Italia* (Ricorso n. 63446/139).

³⁷ TONINI, *Manuale di procedura penale*, Ed. XV, Milano, 2014, 933-934.

³⁸ Cass., Sez. II, 08 novembre 2012, Consagra, in *Mass. Uff.*, n. 254726. Già Cass., Sez. V, 05 luglio 2012, Luperi, in *Mass. Uff.*, n. 253541, si era pronunciata sull'eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 603 c.p.p.: l'eccezione era manifestamente infondata per carenza del requisito di rilevanza (nell'ipotesi in esame, non vi era stata una diversa valutazione dell'attendibilità dei testimoni); incidentalmente, veniva confermata la piena applicabilità nel diritto interno dei principi espressi dalla Corte europea.

situazione processuale con le seguenti caratteristiche: la decisione di merito si fonda sulla prova dichiarativa; il giudice di primo grado, che ha assolto l'imputato, ha sentito personalmente i testi ed ha espresso dubbi sulle loro dichiarazioni; dalla lettura dei relativi verbali, il giudice d'appello ne valuta in modo diverso l'attendibilità³⁹.

La riconduzione della rinnovazione *de qua* all'ipotesi della *assoluta necessità*, di cui all'art. 603, co. 3, c.p.p., trovava, altresì, conferma nella circostanza per la quale l'efficacia della riproposizione dell'esperimento probatorio risulta limitata sia dal decorso del tempo sia dalla presumibile minore genuinità e spontaneità del teste già esaminato, che si trovi a rispondere nuovamente alle medesime domande⁴⁰. D'altra parte, sarebbe un mero palliativo tentare di aggirare i suddetti limiti o lo stesso deficit di immediatezza con la videoregistrazione delle dichiarazioni testimoniali rese in fase predibattimentale e di primo grado, in quanto d'ostacolo all'esercizio da parte del giudice delle sue prerogative di intervento e di interlocuzione nel momento della formazione della prova ex artt. 499, 504, 506 c.p.p.⁴¹

Per diversi anni, alcune pronunce della Suprema Corte⁴² hanno ammesso il c.d. *overturning* senza tenere in considerazione che il giudice dell'appello, per giustificare una diversa lettura del medesimo compendio probatorio, non potesse più limitarsi ad una motivazione rafforzata, avendo bisogno di un contatto diretto con la fonte dichiarativa⁴³.

La discrezionalità nell'attivazione della rinnovazione lascia progressivamente il posto all'obbligatorietà della regola di giudizio che assegna al giudice di appello il dovere di procedere, anche d'ufficio, all'esame dibattimentale dei soggetti che abbiano reso dichiarazioni sui fatti del processo, ritenute decisive per

³⁹ Cass., Sez. V, 24 febbraio 2015, Prestanico, in *Mass. Uff.*, n. 263906.

⁴⁰ Sugli effetti negativi di un secondo contatto col testimone, in dottrina, sia CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative. A proposito dell'imminente varo del d.d.l. C 4368 (e dei recenti interventi delle Sezioni Unite)*, in www.penalecontemporaneo.it, sia PALMIERI, *Oralità e immediatezza nel giudizio di appello: una riforma solo annunciata*, in *Dir. pen. proc.*, VIII, 2017, 1087.

⁴¹ Disposizioni rispettivamente riguardanti le *regole per l'esame testimoniale*, le *opposizioni nel corso dell'esame dei testimoni* ed i *poteri del presidente in ordine all'esame dei testimoni e delle parti private*.

⁴² Cass., Sez. IV, 06 dicembre 2012, Bifulco, in *Mass. Uff.*, n. 254950, <<Il giudice d'appello per procedere alla reformatio in peius della sentenza assolutoria di primo grado non è tenuto a procedere alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale (La Corte ha precisato che, nel caso di specie, il giudice d'appello non ha compiuto una rivisitazione in senso peggiorativo delle prove già acquisite, ma ha fornito una lettura corretta e logica degli elementi probatori palesemente travisati dal primo giudice)>>. Ancora, Cass., Sez. III, 05 giugno 2013, N.S., in *Mass. Uff.*, n. 256906, ove si esclude l'obbligatorietà quando <<l'escussione risulti a priori superflua perché le dichiarazioni rese in primo grado non necessitino di chiarimenti o integrazioni, né sussistano contraddittorietà o ambiguità da dirimere>>.

⁴³ Rilievo eccepito da PALMIERI, *Oralità e immediatezza nel giudizio di appello: una riforma solo annunciata*, cit., 1077 ss.

il precedente giudizio assolutorio.

Questo è uno dei principi di diritto scolpiti dalle Sezioni unite c.d. *Dasgupta*, del 28 aprile 2016⁴⁴, chiamate a pronunciarsi sulla rilevanza d'ufficio, in sede di legittimità, della violazione dell'art. 6 CEDU, per mancato rispetto della suddetta regola di giudizio. Non coglierebbe nel segno la giurisprudenza favorevole all'inquadramento nella violazione di legge processuale, rilevante se sanzionata con nullità, inutilizzabilità, inammissibilità o decadenza ex art. 606, co. 1, lett. c), c.p.p. Nel caso in esame, invece, la violazione non rileva di per sé, ma in quanto conduca alla prima condanna in appello, per diversa lettura, *ex actis*, degli elementi di prova dichiarativi: è l'esito, la motivazione, ad essere censurabile ai sensi dell'art. 606, co. 1, lett. e), c.p.p., "*per mancato rispetto del canone di giudizio <<al di là di ogni ragionevole dubbio>>*"⁴⁵. Perché la Cassazione annulli con rinvio la sentenza impugnata, sarà sufficiente un atto di ricorso non viziato da inammissibilità globale che censuri, tramite il vizio di motivazione, un'errata valutazione delle risultanze probatorie, senza che sia necessario un riferimento specifico all'art. 603 c.p.p. né all'art. 6 CEDU.⁴⁶

Un significativo *obiter dictum* della sentenza concerne l'estensione dell'obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa al caso di impugnazione del pubblico ministero contro una pronuncia di assoluzione emessa all'esito di un giudizio abbreviato non condizionato.

Anche per il procedimento alternativo, l'obbligatorietà è stata sostenuta grazie alla valorizzazione del principio del ragionevole dubbio, "*da ritenere di carattere generalissimo*", ed in ragione del quale è irrilevante che gli apporti dichiarativi siano stati valutati in primo grado sulla base dei soli atti di indagine o in seguito ad integrazione probatoria ex artt. 438, comma 5, o 441, comma 5, c.p.p.

La trasposizione in parola non passa, ovviamente, inosservata né trova unanime accoglimento in seno alla stessa Corte di cassazione⁴⁷. Le riserve sulla

⁴⁴ Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, *Dasgupta*, in *Mass. Uff.*, n. 267487.

⁴⁵ Così, il corrispondente principio di diritto della sentenza *Dasgupta*. Quali precedenti costitutivi l'orientamento accolto dalle Sezioni Unite, Cass., Sez. II, 15 settembre 2015, *Pircher*, in *Mass. Uff.*, n. 265323; Cass., Sez. VI, 22 ottobre 2014, *P.R.*, in *Mass. Uff.*, n. 261799; Cass., Sez. VI, 28 novembre 2013, *Cozzetto*, in *Mass. Uff.*, n. 258236.

⁴⁶ Non sarebbe potuta essere soluzione alternativa valida, la riconduzione al vizio di legittimità di cui all'art. 606, comma 1, lett. d), c.p.p., in tema di mancata assunzione della prova decisiva, in quanto circoscritto all'ipotesi di cui all'art. 495, comma 2, c.p.p. Com'è possibile leggere in Sez. Un., n. 27620/16 <<Nello scenario qui preso in esame, invece, 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>>.

⁴⁷ Tra le pronunce che già prima delle Sezioni unite c.d. *Dasgupta* escludevano che il giudice di appello, qualora il primo grado si fosse svolto con rito abbreviato non condizionato, fosse tenuto alla rinnova-

caratura del criterio del dubbio ragionevole gravitano attorno a quello che è il suo perno, l'immediatezza, in quanto suscettibile di portare alla delegittimazione di quei riti alternativi che fisiologicamente fanno a meno dell'oralità-immediatezza⁴⁸.

La Sezione Terza, in particolare, segnala l'illogicità di obbligare il giudice di appello a ricondurre nei canoni propri di un giudizio dibattimentale il rito speciale attraverso un contatto diretto con la fonte della prova dichiarativa che il giudice di primo grado non ha avuto per espressa scelta dell'imputato; d'altronde, l'argomento adoperato dalle Sezioni Unite c.d. *Dasgupta* per superare la contraddizione, ossia far discendere il dovere di attivare l'ascolto diretto del dichiarante non tanto da un obbligo convenzionale ma dal canone generalissimo del ragionevole dubbio, "*provverebbe troppo*"⁴⁹.

La Sezione seconda raccoglie le obiezioni formulate dalla Sezione Terza in un'ordinanza di remissione sulle criticità afferenti al giudizio abbreviato⁵⁰. Le Sezioni unite c.d. *Patalano* ribadiscono che l'imperativo di motivazione rafforzata, nel suo corollario dell'oralità nella riassunzione delle prove rivelatesi decisive per l'*overturning*, non deve retrocedere di fronte ad un'eventuale esigenza di simmetria tra andamento del primo giudizio, svoltosi nelle forme proprie dell'abbreviato, e convincimento del giudice di appello. Sul punto, "*l'assoluzione pronunciata dal giudice di primo grado travalica ogni pretesa di simmetria. Essa, implicando l'esistenza di una base probatoria che induce quantomeno il dubbio sulla effettiva valenza delle prove dichiarative, pretende che si faccia ricorso al metodo di assunzione della prova epistemologicamente più affidabile*"⁵¹.

L'orientamento così consacrato ha trovato immediata traduzione legislativa nell'ipotesi di rinnovazione ex art. 603, co. 3-bis, c.p.p.: l'appello del magistrato del pubblico ministero avverso provvedimento di proscioglimento per mo-

zione dell'istruzione, Cass., Sez. III, 23 giugno 2015, U., in *Mass. Uff.*, n. 264793; Cass., Sez. III, 24 febbraio 2015, P., in *Mass. Uff.*, n. 262985; Cass., Sez. II, 15 luglio 2014, Zanon, in *Mass. Uff.*, n. 261851; Cass., Sez. II, 12 giugno 2014, Avallone, in *Mass. Uff.*, n. 260442; Cass., Sez. II, 23 maggio 2014, De Silva, in *Mass. Uff.*, n. 260147.

⁴⁸ BELLUTA, LUPÁRIA, *Ragionevole dubbio e prima condanna in appello: solo la rinnovazione ci salverà? Commento a Cass. SSUU, sent. 19 gennaio 2017 (dep. 14 aprile 2017), n. 18620, Pres. Canzio, Rel. De Crescenzo, Est. Piccialli, Ric. Patalano*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁹ Cass., Sez. III, 12 luglio 2016, C.M., in *Mass. Uff.*, n. 277626: <<è da escludere un dovere di <<decartolarizzazione>> in capo al giudice d'appello nel rito abbreviato, da adempiersi per legittimare una reformatio in peius, laddove i limiti della <<cartolarizzazione>> possono essere già fronteggiati su impulso dell'imputato con la species del rito condizionato ad integrazione probatoria, conservando comunque il giudice di appello nel rito abbreviato il potere - non l'obbligo -, se lo ritiene assolutamente necessario a fini decisori, di assumere d'ufficio nuove prove o riassumere prove già acquisite agli atti>>.

⁵⁰ Cass., Sez. II, ord. n. 47015 del 28 ottobre 2016.

⁵¹ Letteralmente, Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2017, Patalano, cit.

tivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa riguarda l'intera istruzione dibattimentale del primo grado⁵².

Nella sua assolutezza e meccanicità, la nuova regola vuole evitare il pericolo, oltre di non soddisfare lo standard garantistico convenzionale, di un giudizio di ammissibilità della prova da riassumere in grado di integrare un'indebita anticipazione o del giudizio di merito o della ritenuta fondatezza dell'ipotesi accusatoria⁵³. Oltretutto, se si fosse ancorata la rinnovazione, come prospettato dalla giurisprudenza, alla decisività della prova dichiarativa, si sarebbe dovuto definire il relativo significato, parametrandolo alla (diversa?) categoria europea di prova determinante⁵⁴.

5. Riflessioni conclusive sull'estensione dell'obbligo di rinnovazione istruttoria all'ipotesi di riforma *contra reum* di una condanna.

Il rispetto della decisione liberatoria, rafforzando significativamente la presunzione di innocenza, impone la ri-espansione in appello dell'oralità e dell'immediatezza, quali cardini del miglior metodo di formazione e di valutazione della prova, nell'ottica del processo accusatorio.

Sostenere la validità di tale assunto nel giudizio abbreviato semplice rappresenta un passaggio intermedio, preliminare, alla proposta di estendere l'obbligo di rinnovazione, ormai codificato per l'appello di un proscioglimento, all'appello di una condanna, laddove si preveda una riforma *in peius* a fronte della riqualificazione giuridica del fatto per diversa valutazione della testimonianza.

Nella sentenza n. 29165/17, è ben chiaro il limite che si oppone a tale possibilità, ovvero sia il fatto che il provvedimento decisorio da riformare già esprima un giudizio di colpevolezza. Per inserirsi nel solco delle Sezioni Unite, è stata ricondotta alla motivazione rafforzata ogni riforma *contra reum* della sentenza di primo grado: se la prima non è sufficiente nel caso di riforma di assoluzione per rivalutazione del compendio dichiarativo, ne discende che la rinnovazione deve ammettersi anche per la riforma solo parzialmente peg-

⁵² In MARANDOLA, *Prime riflessioni sul "nuovo giudizio" d'appello*, in *DPC*, II, 2018, 159 ss., non vengono taciuti alcuni dei problemi applicativi sollevati dalla nuova formula: oltre al mancato richiamo a soggetti diversi dal pubblico ministero, quali, esemplificativamente, la parte civile, per i quali è dubbio che la norma possa operare, è controverso il richiamo all'"attinenza" dei motivi alla valutazione dichiarativa.

⁵³ In senso critico, CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative. A proposito dell'imminente varo del d.d.l. C 4368 (e dei recenti interventi delle Sezioni unite)*, cit., 4 ss.

⁵⁴ LORENZETTO, *Reformatio in peius in appello e processo equo (art. 6 CEDU): fisiologia e patologia secondo le Sezioni Unite. Commento a Cass., SS.UU., Sent. 28 aprile 2016 (dep. 6 luglio 2016)*, Pres. Canzio, Rel. Conti, Ric. Dasgupta, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4-6.

giorativa.

Tuttavia, è il proscioglimento di primo grado a far saltare il rapporto complementare con l'appello, a far rivendicare l'operatività delle regole del giusto processo nella formazione della prova in sede di impugnazione, a portare con sé quella presunzione di incertezza conoscitiva colmabile o con la motivazione rafforzata o con la rinnovazione della fonte della prova dichiarativa. E' il ragionevole dubbio il fondamento teorico del diritto alla rinnovazione e della prevalenza di quest'ultimo diritto rispetto ad interessi concorrenti quali la ragionevole durata del processo o la logica premiale e deflattiva dei riti alternativi, costruiti sulla base del consenso dell'imputato⁵⁵.

In conclusione, a parere di chi scrive, si ritiene condivisibile l'approdo giurisprudenziale in commento, garantendo che il giudice di secondo grado abbia un'esperienza diretta del mezzo di prova⁵⁶. Sotto altro profilo, non verrebbe tutelato il diritto di difesa laddove si addivenisse ad una diversa e pregiudizievole qualificazione giuridica del fatto, rispetto a quanto originariamente contestato, senza consentire all'imputato di confrontarsi con il testimone che rende accuse a suo carico.

Nondimeno, si osserva come, proprio perché la *reformatio in peius* di una condanna è ipotesi ben diversa dal ribaltamento di un'assoluzione, non sussiste quella discontinuità che giustifica l'ulteriore estensione della motivazione rafforzata e dell'oltre ogni ragionevole dubbio, così come canonizzati della giurisprudenza di legittimità.

In detta ipotesi, sarebbe preferibile riconoscere l'obbligo di rinnovazione direttamente sulla scorta dell'art. 111, co. 3, Cost., il quale assicura che *“la persona accusata di un reato (...) abbia la facoltà, davanti al giudice di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico”*, lo

⁵⁵ Una precisazione. I dubbi che sorgono nell'ipotesi di *reformatio in peius* di una condanna, stante la “porzione di aggiuntiva di colpevolezza” addebitata all'imputato, non dovrebbero sorgere rispetto al ribaltamento della condanna in assoluzione, ipotesi in cui non vi è spazio alcuno per gli argomenti finora passati in rassegna. Sebbene la giurisprudenza sia nel tempo rimasta granitica sul punto, è stato necessario ribadirlo. La Sezione Seconda della Cassazione, il 20 giugno 2017, ha considerato obbligatoria la rinnovazione in seconde cure anche quando il giudice dell'appello intenda prosciogliere il condannato, ritenendo che la regola istruttoria non potesse operare in senso unidirezionale. L'accento si sposta dalla criticità della prima condanna in appello alla (asserita) criticità di qualsiasi *overturning*. Le Sezioni Unite del 21 dicembre 2017 hanno escluso un siffatto obbligo per il giudice dell'appello.

⁵⁶ Segnala alcuni limiti dell'impostazione in commento, GANESCHI, *Rinnovazione istruttoria anche in caso di reformatio in peius parziale: l'inarrestabile metamorfosi del giudizio di appello*, in Arch. Pen., III, 2017 <<in effetti, a voler garantire a tutti i costi l'immediatezza in appello, non si tiene in considerazione il dato essenziale che la prova dichiarativa da riassumere consisterebbe nella deposizione di un testimone che ha già reso esame in dibattimento e che, pertanto, non conserva un ricordo “vergine” dei fatti, ma è indiscutibilmente influenzato dal primo racconto; in aggiunta, la fonte potrebbe essere mossa, nel rispondere, anche dalla volontà di evitare contrasti con quanto precedentemente dichiarato; ed ha, oltretutto, una memoria indebolita dall'ulteriore tempo trascorso dai fatti>>.

stesso diritto posto a fondamento, in ambito sovranazionale, dell'oralità e della rinnovazione della prova dichiarativa nell'equo processo.

GABRIELE CAPPELLETTI