

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Impugnazioni - Appello

Appello - Divieto di *reformatio in peius* - Omessa impugnazione del P. M. - Diversa qualificazione giuridica del fatto - Delitto procedibile d'ufficio in luogo di uno procedibile a querela - Difetto di condizione di procedibilità - Esclusione (C.p.p. art. 593, co. 3).

Viola il divieto di reformatio in peius la sentenza del Giudice di appello il quale, in assenza di impugnazione da parte del Pubblico Ministero, abbia configurato una diversa e più grave qualificazione giuridica del fatto, esclusa dal Giudice di primo grado, onde farne derivare un delitto procedibile d'ufficio in luogo di uno procedibile a querela.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE QUINTA, 7 ottobre 2016 (c.c. 20 luglio 2016) - SAVANI, *Presidente* - FIDANZIA, *Estensore* - DI NARDO, P.G. (*conf.*), Anetrini, *ricorrente*.

Luci e ombre sul potere del giudice di appello di dare al fatto una diversa e più grave qualificazione giuridica

1. La sentenza che si commenta si colloca nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale inerente all'ambito di applicazione del divieto di *reformatio in peius*, ossia di quel divieto di irrogare un trattamento sanzionatorio *in peius* rispetto a quello inflitto in primo grado.

A seguito di appello del solo imputato la Corte d'appello di Roma, in parziale riforma della sentenza del Tribunale di Viterbo che aveva inquadrato il fatto nel delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose, ha riqualificato giuridicamente il fatto nell'originaria imputazione di violenza privata.

A fronte del ricorso, la Cassazione ha annullato senza rinvio la sentenza impugnata poiché l'azione penale non poteva essere iniziata per difetto di querela. Infatti la diversa e più grave qualificazione giuridica del fatto da parte del Giudice del gravame¹, in assenza di impugnazione del Pubblico Ministero, ha

¹ I poteri decisorii del giudice d'appello assumono una diversa configurabilità, a seconda che l'appello sia proposto anche dal pubblico ministero oppure dal solo imputato. In particolare, quando l'appellante è il pubblico ministero, se l'appello riguarda una sentenza di condanna, il giudice può dare al fatto una definizione giuridica più grave, mutare la specie o aumentare la misura della pena, revocare i benefici, applicare eventualmente le misure di sicurezza ed adottare ogni altro provvedimento previsto e consen-

dato luogo ad una violazione del divieto di *reformatio in peius*, essendo stato configurato un delitto procedibile d'ufficio, escluso dal giudice di prime cure, quando questa difettava.

2. In dottrina² è assai controverso se il divieto di *reformatio in peius* possa costituire o meno un principio normativo generale nella determinazione del suo ambito di efficacia. Tale istituto sarebbe conseguenza diretta ed immediata del principio dispositivo vigente nel giudizio di appello e in modo più preciso della regola *ne eat iudex ultra petita partium*³.

Questo principio non solo non emerge da alcuna disposizione legislativa, ma appare un collegamento illogico consentire che il giudice del merito non possa giudicare "oltre il limite" tracciato dal giudizio stesso. Pur volendo ammettere che tale principio possa riferirsi al processo penale vigente, il divieto di *reformatio in peius* non potrà essere conseguenza diretta ed immediata del principio ribadito sopra, in quanto non impedirebbe nei motivi di appello una riforma *in peius* della sentenza impugnata dal solo imputato. In altre pa-

tito dalla legge, entro i limiti di competenza del giudice di primo grado; ciò può avvenire anche se l'appello riguarda una sentenza di proscioglimento. Invece, quando l'appellante sia il solo imputato, con l'esclusione di appello incidentale del pubblico ministero, il giudice di secondo grado, pur qualificando giuridicamente il fatto diverso e più grave, nei limiti della competenza del giudice di prime cure, risulta comunque vincolato dal divieto di *reformatio in peius*, ovvero il giudice non potrà aumentare la pena per specie e quantità o revocare i benefici concessi in primo grado, né applicare una misura di sicurezza nuova o più grave. Se l'imputato propone appello avverso una sentenza di proscioglimento, il giudice di secondo grado non potrà proscioglierlo per una causa meno favorevole di quella enunciata nella sentenza impugnata. Sul punto GAITO, *L'appello*, in DOMINIONI, CORSO, GAITO, SPANGHER, GALANTINI, FILIPPI, GARUTI, MAZZA, VARRASO, VIGONI, *Procedura penale*, IV ed., Torino, 2015, 805 s. Sembra che il legislatore, in presenza dell'appello da parte del Pubblico Ministero, intenda accentuare le ipotesi peggiorative della condizione dell'imputato. In realtà deve riconoscersi la possibilità per il Giudice del merito di emettere provvedimenti più favorevoli per la difesa. Con riferimento all'appello del Pubblico Ministero nei confronti delle sentenze di non luogo a procedere in sede di udienza preliminare ove all'art. 428, co. 6, c.p.p. si prevede che la Corte d'appello «se non conferma la sentenza, pronuncia decreto che dispone il giudizio ovvero sentenza di non luogo a procedere con formula meno favorevole all'imputato» (RICCIO, SPANGHER, *La procedura penale*, Napoli, 2002, 706). Per ragioni di completezza, deve sottolinearsi che non esiste un divieto di *reformatio in melius*, pertanto, il giudice può sul giudizio di appello proposto dal Pubblico Ministero emanare una sentenza che migliori senza dubbio la situazione giuridica dell'imputato.

² CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, 1131 s.

³ Questa impostazione, criticata da molti autori tra cui LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2016, 703 s., anche riguardo all'effettivo potere cognitivo del giudice che sarebbe limitato non ai motivi dell'impugnazione della parte ma ai capi e ai punti della sentenza. Inoltre, tale principio non sarebbe presente nell'ordinamento processuale penale, anche perché nell'appello non esiste una vera e propria domanda, per cui il giudice sarebbe costretto in limiti che non avrebbero nemmeno esistenza.

role non si esclude una riforma deteriore per l'imputato, ma la possibilità di riformare in modo peggiorativo senza l'iniziativa della parte interessata⁴.

Nel qualificare il divieto di *reformatio in peius* come principio generale, esso discenderebbe dal principio secondo cui, nei giudizi di impugnazione del solo imputato, questi non si dovrebbe trovare esposto ad un possibile aggravamento dalla sua situazione giuridica risultante dalla sentenza impugnata, poiché l'interesse ad impugnare costituisce uno dei presupposti per l'ammissibilità dell'appello. L'impugnazione del solo imputato, pertanto, non potrebbe mai condurre a risultati contrastanti con l'interesse ad impugnare⁵ (ai sensi dell'art. 568, co. 4, c.p.p.). Mentre il fondamento del divieto di *reformatio in peius* ravvisato nell'interesse ad impugnare⁶ è ormai superato, come requisito imprescindibile per esercitare l'azione di impugnativa.

È stato infatti rilevato che tale requisito operi come presupposto e limite della domanda, postulando che l'impugnazione dell'appellante possa determinare effetti giuridici favorevoli per la condizione giuridica di chi realmente è legittimato a proporre l'impugnazione. Questo discorso però non genera alcuna limitazione in capo al Giudice poiché tale potere non può essere condizionato dalle aspettative delle parti⁷.

A dire il vero il divieto di *reformatio in peius* può esser spiegato soltanto in base al principio del *favor rei*, il quale non è principio generale normativo, bensì un principio generale informatore⁸. Il *favor rei*, dunque, costituisce il

⁴ Vedi in tal senso MANZINI, *Trattato di diritto processuale italiano*, Torino, 1972, 744.

⁵ In altri termini, l'interesse ad impugnare dovrebbe assurgere a specifico oggetto di tutela, come interesse di libertà, che, comunque, non può venir compromesso rispetto alla posizione formata dalla sentenza di primo grado. In linea di principio è pur vero che l'interesse ad impugnare possa determinare un limite *in iudicando* posto che l'indagine, con la quale si accerta la sussistenza o meno di tale interesse, importa un confronto tra la decisione richiesta nei motivi di impugnazione e la decisione oggetto dell'impugnazione stessa.

⁶ GAETA, MACCHIA, *L'appello*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, 5, *Impugnazioni*, a cura di Spangher, Torino, 2009, 335 s.; DE MARSICO, *Il divieto di reformatio in peius come principio generale nel sistema delle impugnazioni*, in *Riv. giur. circ. e trasp.*, 1963, 585 ss.; VANNINI, COCCIARDI, *Manuale di diritto processuale penale*, Milano, 1979, 376.

⁷ SPANGHER, *Reformatio in peius (divieto di)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 295; MONTAGNA, *Il divieto di reformatio in peius*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di Gaito, Torino, 1998, 374.

⁸ I principi informativi, quale il *favor rei* penalistico, non disciplinano situazioni concrete e, quindi, non possono esercitare una funzione normativa integrativa come i principi normativi, disciplinati all'art. 12 disp. prel. c.c., e, pertanto, non sono affatto idonei a giustificare l'applicazione in via analogica di norme particolari che non prevedono determinate situazioni a cui la norma viene applicata in base ad un principio generale normativo. In merito a ciò LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., 706 s.; SPANGHER,

fondamento del divieto di *reformatio in peius*.

3. Sul piano sostanziale il giudice «*non può irrogare una pena più grave per specie e quantità...*» in caso di mancata impugnazione della pubblica accusa. Può, invece, *iura novit curia* dare al fatto una diversa e più grave qualificazione giuridica costante o minore la pena irrogata, con la conseguenza che al giudice non sono posti limiti di definizione giuridica diversa del fatto contestato. Impossibile superare il limite sanzionatorio già fissato in primo grado, modificabile solo in *melius* per l'imputato.

Salvo il divieto di *reformatio in peius*, la facoltà di una definizione giuridica diversa riguarda oltre al fatto per come descritto nell'imputazione, anche il fatto per come accertato nella sentenza impugnata. Con la conseguenza che la correlazione tra l'imputazione e la decisione può ridursi alla mera identità dell'episodio storico dedotto nel processo, quando il giudice d'appello constati che in base agli accertamenti contenuti nella sentenza di primo grado, il medesimo episodio storico doveva essere considerato più grave per il titolo, per il grado o per le circostanze e i relativi elementi non appaiono menzionati nell'imputazione contestata.

Tale impostazione deriva sia dall'art. 521 c.p.p., che attiene alla definizione giuridica diversa da quella imputata, sia dall'art. 597 c.p.p., che nell'enunciare tale potere, non fa più menzione dell'imputazione.

I limiti, tuttavia, della riqualificazione dell'imputazione sono segnati dalla competenza del giudice di prime cure determinata dalla stessa imputazione e dall'accertamento compiuto. Il divieto di *reformatio in peius*, dunque, riguarda soltanto il trattamento sanzionatorio, in senso stretto, stabilito in concreto dal giudice⁹. Tale divieto imposto dal legislatore è unicamente preordinato a conservare l'integrità della pena ed a salvaguardare la preclusione nascente dal giudicato in ordine al trattamento sanzionatorio.

Nel caso in esame la riqualificazione del fatto sul ricorso proposto dal solo imputato ha determinato l'applicazione di un reato diverso da quello conte-

Reformatio in peius (divieto di), cit., p. 295; MONTAGNA, *Il divieto di reformatio in peius*, cit., 376.

⁹ Cass., Sez. II, 5 marzo 2013, F. M., in *Mass. Uff.*, n. 256649; Id., Sez. II, 22 ottobre 2009, Castellano, *ivi*, n. 245236.

stato in primo grado¹⁰.

La materia della riqualificazione del fatto da parte del giudice è oggetto di dibattito assai intenso a seguito delle numerose vicende intervenute negli ultimi anni.

Con la sentenza “Drassich”¹¹ la Corte europea dei diritti dell’uomo ha condannato l’Italia ribadendo il principio secondo cui, in caso di modifica della riqualificazione giuridica del fatto, all’imputato deve essere garantito il diritto al contraddittorio¹².

La Suprema corte ha più volte tentato di prospettare un’interpretazione adeguatrice all’art. 521 c.p.p.¹³; invece la Corte costituzionale¹⁴ ha avvalorato l’imprescindibile necessità di un intervento ad opera del legislatore.

La garanzia del contraddittorio in ordine alla diversa definizione giuridica del fatto deve ritenersi assicurata anche quando detta qualificazione viene operata dal giudice di secondo grado, qualora sia possibile per l’interessato recuperare una piena possibilità di interlocuzione e di contraddittorio quanto ai profili di difesa compromessi dalla diversa definizione giuridica del fatto contestato¹⁵. Non poche risultano le questioni riguardanti l’applicazione del divieto di *reformatio in peius*, risolte od ancora oggi aperte, al vaglio della Suprema Corte. Tale principio, in assenza di impugnazione nel merito della pubblica accu-

¹⁰ Cass., Sez. Un., 27 marzo 2014, C., in *Mass. Uff.*, n. 258652.

¹¹ Corte EDU, Sez. II, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia, in *Cass. pen.*, 2009, 1457.

¹² In argomento, COLELLA, *La disciplina della modifica in iure dell’imputazione davanti alla Corte costituzionale per violazione del diritto di Strasburgo*, in *Giur. mer.*, 2009, 2535.; DE MATTEIS, *Diversa qualificazione giuridica dell’accusa e diritto di difesa*, in Balsamo-Kostoris, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 205; IACOBACCI, *Riqualificazione giuridica del fatto ad opera della Corte di cassazione: esercizio di una facoltà legittima o violazione del diritto di difesa?*, in *Giur. it.*, 2008, p. 2584; MELE, *La diversa qualificazione del fatto operata ex officio e la tutela del diritto al contraddittorio*, in *Dir. pen. e processo*, 2011, 77; PIERRO, *Equità del processo e principio di legalità processuale*, *ivi*, 2009, 1519; QUATTROCOLO, *Riqualificazione del fatto, ma non conclusiva, della Corte costituzionale*, in *Legisl. pen.*, 2010, 337; RAFARACI, *Poteri d’ufficio e contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto: la Consulta rimanda al legislatore*, in *Giur. cost.*, 2010, 1165; SCULCO, *Diversa qualificazione giuridica del fatto e prerogative difensive*, in *Cass. pen.*, 2011, 633; UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, II ed., Milano, 2009, 56 ss.

¹³ Cass., Sez. II, 15 maggio 2013, Drassich, in *Cass. pen.*, 2013.

¹⁴ Corte cost., n. 103 del 2017.

¹⁵ Cass., Sez. VI, 14 febbraio, V., in *Mass. Uff.*, n. 251961; Id., Sez. IV, 8 giugno 2012, Saviolo, in *Mass. Uff.*, n. 254055; Id., Sez. I, 29 aprile 2011, C., in *Mass. Uff.*, n. 250275; Id., Sez. I, 18 febbraio 2010, Di Gati, in *Mass. Uff.*, n. 246494; Id., Sez. VI, 19 febbraio 2010, Fadda, in *Mass. Uff.*, n. 247571; Id., Sez. II, 26 febbraio 2010, Salord, *ivi*, n. 246922; Id., Sez. VI, 25 maggio 2009, Drassich, *ivi*, n. 244974; Id., Sez. VI, 1 luglio 2009, Alessandri, *ivi*, n. 244769.

sa, riguarda ancora oggi non soltanto il risultato finale, ma anche tutti gli elementi finalizzati a determinare la pena secondo gli indici di cui all'art. 133 c.p.¹⁶. In particolar modo il giudice nei casi previsti all'art. 597, co. 4, c.p.p., ha il dovere di diminuire la pena complessiva irrogata in misura corrispondente all'accoglimento dell'impugnazione¹⁷.

Si sostiene, pertanto, che non viola il divieto di *reformatio in peius* il giudice d'appello, che, sull'impugnazione del solo imputato, lasci inalterata la pena inflitta in primo grado¹⁸.

Sul punto si sono espresse anche le Sezioni unite per le quali «*il divieto di reformatio in peius investe anche i singoli elementi che compongono la pena complessiva e riguarda non solo il risultato finale di essa, ma tutti gli elementi del calcolo relativo*»¹⁹. Ne consegue che, nel caso di specie in cui l'impugnazione viene proposta dal solo imputato, il giudice d'appello non può apportare un peggioramento alla posizione di questi irrogando una pena più grave per specie e quantità di quella stabilita in primo grado, ma può dare al fatto soltanto una definizione giuridica diversa e più grave. Tale facoltà del giudice nel qualificare il fatto *in peius* va sempre esercitata nei limiti, indicati nel co. 1 dell'art. 597 c.p.p., dell'effetto devolutivo tipico del giudizio d'appello senza oltrepassare la competenza del giudice di prime cure, poiché secondo la giurisprudenza conforme si evincerebbe altrimenti un vizio di incompetenza per materia del giudice stesso e di conseguenza il giudice d'appello dovrà annullare la sentenza di primo grado per incompetenza per materia e trasmettere gli atti al Pubblico Ministero presso il giudice di primo grado a sua volta competente²⁰.

¹⁶ Cass., Sez. un., 27 settembre 2005, Morales, in *Mass. Uff.*, n. 232066; Id., Sez. Un., 12 maggio 1995, Pellizzoni, *ivi*, n. 201034; Id., Sez. un., 19 gennaio 1994, Cellerini, *ivi*, n. 196894; Id., Sez. IV, 4 novembre 2010, Pizzi, *ivi*, n. 248549.

¹⁷ Cass., Sez. I, 14 ottobre 2005, Seferovic, in *Mass. Uff.*, n. 232873.

¹⁸ Cass., Sez. II, 23 settembre 2005, Battaglia, in *Mass. Uff.*, n. 232742.

¹⁹ Cass., Sez. Un., 27 settembre 2005, W. M. L., in *Cass. pen.*, 2005; Cass., Sez. II, 6 giugno 2013- 21 agosto 2013, De Marino ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 257744; Conformi Cass., Sez. II, 18 ottobre-15 novembre 2013, A. S., in *Mass. Uff.*, n. 257522; Cass., Sez. V, 12 gennaio-18 aprile 2012, P. G., in *Mass. Uff.*, n. 252326; Id., Sez. I, 3 novembre 1997, D'Ascenzo, in *Mass. Uff.*, n. 209435.

²⁰ Il che significa che il giudice d'appello non può esorbitare dalla propria sfera di competenza per materia. Infatti ove qualificasse il fatto di reato appartenente ad un'autorità diversa ad esempio dal Giudice di Pace al Tribunale e dal Tribunale alla Corte d'assise, la competenza del Giudice di primo grado decadrebbe automaticamente per quei fatti sottratti alla propria competenza.

4. In conclusione le limitazioni del divieto di *reformatio in peius* che il giudice di appello incontra non sono meramente dirette ad attribuire all'imputato un trattamento più favorevole sotto ogni profilo rispetto a quello derivante dal primo grado di giudizio, ma hanno soltanto lo scopo di impedirgli di subire un trattamento sanzionatorio *in peius* rispetto a quello riservatogli dal giudice di prime cure.

Ancora una volta risulta quindi affermato e ribadito il principio per cui nell'ambito del processo penale il divieto di *reformatio in peius* rappresenta un limite al sindacato del giudice d'appello.

A fondamento di tale divieto nel giudizio di secondo grado non esisterebbe una *ratio* specifica del sistema processuale, ma una previsione di carattere del tutto eccezionale ispirata al *favor rei*, ove il "favore" consisterebbe nell'esigenza di rafforzare la garanzia fondata sul doppio grado di giurisdizione di merito, attraverso una vera e propria limitazione del potere decisorio *in peius* del giudice d'appello, quale proiezione del diritto di difesa costituzionalmente garantito.

È difficile contestare che la garanzia offerta da tale istituto non possa essere una scelta imposta dalla nostra Carta costituzionale, poiché l'articolato diritto di difesa e il concreto atteggiarsi del rimedio dell'appello sono entrambi aspetti che sfuggono a soluzioni "a rime obbligate" sul piano della conformazione costituzionale²¹.

Sul punto si era pronunciata con sentenza la Corte costituzionale nel lontano 1974 affermando che il divieto di *reformatio in peius* è tutt'oggi quell'istituto che opera tra i "principi fondamentali del processo penale", ma tale parallelismo non vale a far assurgere tale principio al rango costituzionale²².

Nel caso che ci appassiona si evidenzia, pertanto, che in assenza di impugnazione della pubblica accusa proprio perché la posizione giuridica dell'imputato veniva pregiudicata rispetto a quanto ritenuto dal giudice di prime cure, la diversa qualificazione del fatto da parte del giudice del gravame dava luogo ad una violazione del divieto di *reformatio in peius*, per l'effetto

²¹ GAETA, MACCHIA, *L'appello*, in *Trattato di procedura penale*, cit., 336 s.

²² Corte cost., n. 3 del 1974.

della quale veniva a configurarsi un delitto procedibile d'ufficio, escluso dal primo giudice, in luogo di uno procedibile a querela: violenza privata e non più esercizio arbitrario delle proprie ragioni in una situazione in cui, peraltro, difettava la condizione di procedibilità, non essendo stata ritenuta valida la querela dal giudice di secondo grado.

In merito alla *ratio* sottesa all'istituto non si può negare che il divieto di *reformatio in peius* sia da sempre un principio dal fondamento controverso: dal principio dispositivo, in base al quale al giudice sarebbe inibito pronunciare *ultra petita*, all'interesse ad impugnare o, ancora, alla semplice espressione del *favor rei* fino ad arrivare al diritto di difesa costituzionalmente garantito.

Difatti gli innumerevoli interventi ad opera della giurisprudenza di legittimità non hanno, ancora oggi, fatto chiarezza in ordine ai diversi approdi menzionati.

FEDERICA LUCATELLI