

# La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle Sezioni Unite\*

## *The Ascending Parabola of the Renewal of the Trial Evidentiary Hearing and the Jurisprudence of the Joint Chambers of the Court of Cassation*

HERVÉ BELLUTA\* e LUCA LUPÁRIA\*\*

\* *Professore associato di Diritto processuale penale presso l'Università di Brescia*

\*\* *Professore ordinario di Diritto processuale penale presso l'Università Roma Tre*

APPELLO, RINNOVAZIONE, CONDANNA,  
RAGIONEVOLE DUBBIO, IMMEDIATEZZA

APPEAL, RENEWAL OF THE TRIAL EVIDENTIARY HEARING,  
CONVICTION, REASONABLE DOUBT, IMMEDIACY

### ABSTRACT

Le Sezioni Unite, con le famose sentenze Dasgupta e Patalano, disegnano le condizioni dell'*overturning* della condanna in proscioglimento, imponendo la rinnovazione istruttoria in appello. Sullo sfondo, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, peraltro meno esigente della nostra Corte di legittimità. All'orizzonte, la c.d. "Riforma Orlando", che di questa giurisprudenza si fa sostanziale veicolo legislativo.

The Joint Chambers, with the famous judgements Dasgupta and Patalano, require the renewal of the trial evidentiary hearing in appeal to overturn the acquittal in conviction. The case law of the European Court of Human Rights in on the background. The "Orlando Reform" of criminal justice is on the horizon, becoming the legislative translation of this innovative jurisprudence.

\* Sebbene il contributo sia frutto della riflessione comune degli Autori, Hervé Belluta ha scritto i § 4-5-7-7.1-7.2; Luca Lupária ha scritto i § 1-2-3-6-8.

\*\* Il lavoro è stato ultimato e pubblicato in anteprima sulla versione quotidiana di *Diritto penale contemporaneo* quando ancora il d.d.l. relativo alla c.d. riforma Orlando ancora non era stato approvato. Le disposizioni qui citate e discusse sono rimaste, tuttavia, inalterate nella legge 23 giugno 2017, n. 103, così come successivamente pubblicata in G.U.

SOMMARIO

Parte I: 1. Il caso. – 2. I dubbi della seconda Sezione. – 3. Le ragioni dei “resistenti” alla sentenza Dasgupta delle Sezioni unite. – 4. I valori in gioco: oralità/immediatezza o canone del ragionevole dubbio? – 5. La chiusura del cerchio: oltre Dasgupta, solo l'intervento legislativo? – Parte II: 6. La risposta delle Sezioni unite Patalano. – 7. Tutto risolto? – 7.1. Qualche riserva sull'appello come nuovo giudizio permanente... – 7.2. ...soprattutto quando occorra bilanciare oralità e protezione delle fonti vulnerabili. – 8. Prospettive?

PARTE I

1.

Il caso.

Dopo appena sei mesi dalla decisione con la quale le Sezioni unite – con la sentenza Dasgupta<sup>1</sup> – hanno stilato la *summa* dei principi e delle regole da onorare per la **formazione della prova in appello**, quando la sentenza impugnata sia di proscioglimento e il giudice intraveda la possibilità di condannare l'imputato, un nuovo – e correlato – dubbio agita la Corte.

Con l'ordinanza in esame, la seconda Sezione, abbracciando un **indirizzo minoritario** quanto radicato nella giurisprudenza di legittimità, rinvia al Supremo consesso una questione connessa al *decisum* Dasgupta, di tenore analogo ad uno dei tre principi di diritto colà formulati<sup>2</sup>, ma di matrice differente, poiché derivante dalle incertezze che ancora aleggiano sul regime della rinnovazione istruttoria in appello a seguito di **giudizio abbreviato di prime cure**<sup>3</sup>.

Il caso, che bene si iscrive nel filone della consolidata giurisprudenza in materia della **Corte europea dei diritti umani**<sup>4</sup>, si segnala perché a fronte di una valutazione di inattendibilità delle dichiarazioni (*in actis*) della persona offesa da parte del giudice dell'udienza preliminare in funzione di giudice dell'abbreviato (non condizionato), con conseguente assoluzione, la Corte d'appello territoriale, senza procedere a rinnovazione istruttoria per ascoltare la fonte di prova, giunge ad una diagnosi opposta e, considerando attendibile quanto affermato dalla vittima davanti alla polizia giudiziaria (e congruenti i contenuti di due denunce dal medesimo depositate), condanna l'imputato.

<sup>1</sup> Si tratta, come noto, di Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, Dasgupta, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2016, con commento di E. LORENZETTO, *Reformatio in peius in appello e processo equo (art. 6 CEDU): fisiologia e patologia secondo le Sezioni Unite*. Cfr. anche R. APRATI, *L'effettività della tutela dei diritti dell'uomo: Le Sezioni unite aggiungono un tassello*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it) (n. 2/2016, Rivista Web); S. TESORIERO, *Luci ed ombre della rinnovazione dell'istruttoria in appello per il presunto innocente*, in *Giust. pen.*, 2017 (2), III, p. 79 s.

<sup>2</sup> In realtà l'ordinanza di rimessione (Cass., Sez. II, 26 ottobre 2015, n. 2451, in *Dir. pen. cont.*, 15 febbraio 2016, con nota di E. LORENZETTO, *Reformatio in peius in appello in violazione del diritto all'equo processo (art. 6 CEDU): alle Sezioni unite stabilire se la questione sia rilevabile d'ufficio*) chiedeva alle Sezioni unite soltanto «se sia rilevabile d'ufficio la questione relativa alla violazione dell'art. 6 C.e.d.u. per avere il giudice d'appello riformato la sentenza di primo grado sulla base di una diversa valutazione di attendibilità di testimoni di cui non si procede a nuova escussione». In risposta, le Sezioni unite hanno stilato, come noto, ben tre principi di diritto, sinteticamente riguardanti: a) il valore di parametri esegutici da riconoscere ai precetti della Convenzione europea dei diritti umani, come interpretati dalla Corte di Strasburgo; b) l'obbligo del giudice d'appello, per ribaltare il proscioglimento in condanna, di rinnovare, anche d'ufficio, l'esame delle fonti di prova dichiarative ritenute decisive in primo grado; c) la configurazione della prima condanna in appello, in assenza di rinnovazione istruttoria, quale vizio di motivazione censurabile di fronte alla Corte di legittimità, in ragione del mancato rispetto del canone decisorio del superamento di ogni dubbio ragionevole, indipendentemente dal richiamo alla violazione della Convenzione europea.

<sup>3</sup> Ordinanza 28.10.2016, n. 2874. In argomento, da ultimo, L. PACIFICI, *L'integrazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio abbreviato d'appello*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4274 s.

<sup>4</sup> La quale, come noto, è ormai da tempo giunta ad affermare che «qualora un giudice d'appello sia chiamato ad esaminare un caso in relazione ai fatti di causa e alla legge, e a fare una valutazione completa della questione relativa alla colpevolezza o all'innocenza del ricorrente, non può, per una questione di giusto processo, adeguatamente stabilire questi problemi senza una valutazione diretta delle prove» (così già Corte e.d.u., 24 novembre 1986, Unterpertinger c. Austria; 7 luglio 1989, Bricmont c. Belgio. Più di recente, cfr. tra altre Corte e.d.u., 18 maggio 2004, Destrehem c. Francia; 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia; 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania; 4 giugno 2013, Hanu c. Romania; 4 giugno 2013, Kostecki c. Polonia; 15 settembre 2015, Moinescu c. Romania). Riassuntivamente, in argomento, H. BELLUTA, *Sub art. 603*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso-G. Illuminati, Cedam, 2015, p. 2669 s. Tra i commenti alla sentenza Dan c. Moldavia, v. A. CAPONE, *Dopo Dan c. Moldavia. Per un processo di parti nell'appello penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1007 s.

## 2.

### I dubbi della seconda Sezione.

Attraverso un percorso espositivo che ripercorre in larga parte – ora facendole proprie, ora no – le argomentazioni della sentenza Dasgupta, la seconda Sezione non dubita del fatto che la rinnovazione istruttoria in secondo grado – stante un proscioglimento in prime cure – debba configurarsi come **regola** a fronte di una possibile diversa valutazione delle fonti orali ritenute decisive e di un differente epilogo decisionale, *in peius*; non ne discute nemmeno l'origine esegetica, ancorata alla più recente e consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>5</sup>. Né revoca in dubbio che la mancata rinnovazione istruttoria configuri, una volta che l'imputato sia stato condannato *ex actis*, dopo essere stato prosciolto in primo grado, un **vizio di motivazione** della sentenza d'appello, censurabile in cassazione ai sensi dell'art. 606 lett. e) c.p.p.<sup>6</sup>.

Qualche riserva esprime, invece, in ordine all'evoluzione motivazionale seguita dalle Sezioni unite per avallare il proprio orientamento: la critica si concentra in particolare sulla "genericità" del richiamo allo **statuto cognitivo del nostro modello processuale**, che gravita intorno «ai principi fondamentali della oralità della prova» e della «immediatezza nella sua formazione».

Se così fosse, allora anche in appello si dovrebbero rispettare «le scadenze di acquisizione in forma orale delle prove elaborate in primo grado». L'**immediatezza**, che lega indissolubilmente il giudice alla prova, diverrebbe dunque «il presupposto tendenzialmente indefettibile di una valutazione logica, razionale e completa»; l'unica, in effetti, in grado di soddisfare appieno l'alto *standard* valutativo imposto dalla derivazione codicistica della **presunzione di innocenza**, cioè il superamento di **ogni ragionevole dubbio**<sup>7</sup>. A maggior ragione se la devoluzione cognitiva e decisoria al secondo giudice è tale – in forza di un appello del pubblico ministero avverso il proscioglimento di primo grado – da poter condurre ad una **riforma in peius della decisione**: in tale ipotesi, non potrebbe darsi reale **motivazione** in assenza di immediatezza nella percezione dei contributi probatori forniti dalle fonti orali.

Approdi, quelli appena visti, inattaccabili in sé, ma discutibili quando se ne voglia estendere l'operatività anche a moduli procedurali che istituzionalmente rinunciano all'immediatezza: nella fattispecie, il **giudizio abbreviato**.

Secondo il giudice rimettente, non è così pacifico che il generale obbligo di rinnovazione istruttoria, delineato dalle Sezioni unite con principale riguardo all'appello seguente a giudizio dibattimentale, debba trovare spazio anche a fronte dell'impugnazione dell'accusa avverso una sentenza assolutoria d'abbreviato, «ove questa sia basata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive dal primo giudice e il cui valore sia stato posto in discussione» dal pubblico ministero appellante. Soprattutto, si dubita che sul secondo giudice gravi l'**obbligo di rinnovare** la prova indipendentemente dal fatto che gli apporti cognitivi in primo grado fossero derivati solo da atti d'indagine o da integrazioni probatorie a norma degli artt. 438 comma 5 o 441 comma 5 c.p.p.

Non convince la seconda Sezione, poi, il ragionamento che fa perno sul **criterio del dubbio ragionevole**: se davvero si trattasse di un «**principio generalissimo**», al cui centro campeggia il canone imprescindibile dell'immediatezza, non solo non potrebbe darsi condanna in

<sup>5</sup> Sulla quale la dottrina si è molto concentrata negli ultimi anni. Tra molti, cfr. E. 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 M. Bargis, Giuffrè, 2013, p. 223 s.; S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della Cedu*, in *Questa Rivista – Riv. trim.*, n. 3-4/2014, p. 239 s. V. anche V. PICCONE, *Riforma della sentenza assolutoria di primo grado e violazione dell'art. 6 CEDU nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, relazione n. 29 del 2013 a cura dell'Ufficio del massimario della Corte di cassazione.

<sup>6</sup> In ordine a questo principio di diritto, formulato dalle Sezioni unite Dasgupta v., criticamente, V. AIUTI, *Poteri d'ufficio della Cassazione e diritto all'equo processo*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3214 s.

<sup>7</sup> Sulla cui elaborazione pretoria si sofferma, di recente, J. DELLA TORRE, *Il lungo cammino della giurisprudenza italiana sull'«oltre ogni ragionevole dubbio»*, in *Dir. pen. cont.*, 20 giugno 2014.

riforma che non affondi le radici nell'assunzione diretta delle fonti decisive di prova<sup>8</sup>, ma si delegittimerebbe ogni condanna non fondata sull'immediatezza.

Al contrario, ricalcando un **precedente** recentissimo della terza Sezione<sup>9</sup>, che già si pone **in linea di discontinuità** rispetto alla **sentenza Dasgupta**, il giudice rimettente ne ribadisce le preoccupazioni, derivanti dall'impiego del canone del ragionevole dubbio (impregnato di immediatezza) come grimaldello capace di scardinare la stessa legittimità costituzionale dei riti alternativi a prova contratta, nei quali – abbreviato *in primis* – il dubbio ragionevole viene superato (in caso di condanna) grazie ad un accertamento che può essere anche del tutto cartolare.

La riconosciuta compatibilità costituzionale del giudizio abbreviato, invece, ne fa un modulo rituale perfettamente consono ai canoni del giusto processo: non certo rispetto alla regola del contraddittorio nella formazione della prova, bensì all'eccezione del **consenso dell'imputato**<sup>10</sup>. Ne deriva, a giudizio della Sezione rimettente, che la rinuncia – compensata da indubbi effetti premiali<sup>11</sup> – a talune garanzie, da un lato, non compromette l'esigenza che il processo subito dall'imputato sia comunque giusto e, dall'altro, non impone al giudice dell'appello di adottare modalità acquisitive della prova dichiarativa «che la scelta abdicativa dell'interessato ha espunto dal processo».

In breve, la tesi della seconda Sezione si riassume nell'affermazione secondo cui «l'irrevocabile natura cartolare del rito abbreviato non impone», anche se certamente la rende possibile, «l'acquisizione in appello della prova dichiarativa, decisiva per la condanna, con le modalità previste per il rito ordinario»<sup>12</sup>. In senso parzialmente non coincidente, invece, le Sezioni unite Dasgupta – sebbene in un passaggio satellitare rispetto al *core* del proprio ragionamento – hanno assunto che **l'obbligo di rinnovazione grava comunque sul giudice di secondo grado** che, a fronte di un proscioglimento, si orienti diversamente.

La rimessione alle Sezioni unite rileva ai fini della risposta che la seconda Sezione deve fornire al quesito rivoltole (al vizio denunciato) con il ricorso: la difesa dell'imputato, infatti, rileva un **difetto di motivazione** nella sentenza di condanna di secondo grado, con la quale la Corte di appello di Roma ha ribaltato, senza istruzione probatoria alcuna, il proscioglimento emesso, in prime cure, dal giudice dell'udienza preliminare in funzione di organo del giudizio abbreviato, che pure aveva deciso in assenza di contributi cognitivi orali, sulla semplice base delle indagini in atti.

Ecco dunque il **quesito**: se «nel caso d'impugnazione del pubblico ministero contro una pronuncia di assoluzione emessa nell'ambito di un giudizio abbreviato non condizionato, ove questa sia basata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive dal primo giudice e il cui valore sia posto in discussione dall'organo dell'accusa impugnante, il giudice di appello debba porre in essere i poteri d'integrazione probatoria e procedere all'assunzione diretta dei dichiaranti per ritenere raggiunta la prova della colpevolezza dell'imputato, in riforma della sentenza appellata».

<sup>8</sup> Approdo interpretativo con il quale le Sezioni unite Dasgupta assorbono, superandola, la diatriba che ha diviso due posizioni antagoniste della giurisprudenza di legittimità: l'una favorevole alla rinnovazione solo in caso di necessità della verifica sull'attendibilità intrinseca della fonte testimoniale di prova (Cass., 6 ottobre 2015, n. 47722, Arcone, in *C.e.d.* n. 265879; Cass., 26 febbraio 2013, C.M. e M.G., in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 191, con nota di V. COMI; Cass., 10 ottobre 2012, Andrini, in *C.e.d.* n. 254024). In argomento, in chiave critica, v. S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello*, cit., p. 249 s.; l'altra, invece, propensa a ritenere non necessaria la rinnovazione – al cospetto dei dettami della giurisprudenza europea – in caso di rivalutazione di una testimonianza alla luce degli altri elementi di prova assunti in primo grado (Cass., 16 ottobre 2013, Caracciolo e altro, in *C.e.d.* n. 258945; Cass., 11 gennaio 2013, Cava e altro, in *C.e.d.* n. 255223; Cass., 6 dicembre 2012, Bifulco, in *C.e.d.* n. 254950). Su questa seconda scia si colloca anche quella giurisprudenza che ritiene rispettato il principio del dubbio ragionevole qualora il secondo giudice, senza riassumere le fonti orali, condanni attraverso una diversa valutazione di merito sul medesimo compendio probatorio, sottolineando travisamenti in cui sarebbe incorso il primo giudice nel prosciogliere, o dando peso ad elementi in quella sede trascurati (Cass., 9 aprile 2015, Maricosu, in *C.e.d.* n. 263763).

<sup>9</sup> Così Cass., 12 luglio 2016, n. 43242, inedita, il cui principale approdo esegetico consiste nel concludere che «nel rito abbreviato non condizionato la condanna di secondo grado che riforma l'assoluzione pronunciata nel primo non ha come presupposto l'obbligo di rinnovazione istruttoria».

<sup>10</sup> Sul punto v., in particolare, V. PATANÈ, *Giudizio abbreviato e consenso: una problematica compatibilità costituzionale?*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di G. Di Chiara, Giappichelli, 2009, p. 81 s.

<sup>11</sup> Per un esame dei quali si rinvia a F. ZACCHÈ, *Il giudizio abbreviato*, Giuffrè, 2004, p. 167 s. Anche la Corte europea dei diritti umani si è soffermata sul tema, rimarcandone la vocazione di favore per l'imputato che rinuncia a talune garanzie processuali (tra altre, Corte e.d.u., 8 dicembre 2015, Podoleanu c. Italia).

<sup>12</sup> Non è peraltro revocabile in dubbio la possibilità di rinnovare la prova in appello, anche a seguito di giudizio abbreviato non condizionato, purché su iniziativa d'ufficio del giudice (cfr. R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso-V. Grevi-M. Bargis, VIII ed., Cedam, 2016, p. 642, secondo il quale se l'imputato ha «rinunciato integralmente al diritto alla prova, non può pretendere che tale diritto risorga nel giudizio di appello. Reciprocamente, nemmeno il pubblico ministero appellante sarebbe qui titolare di un diritto alla prova contraria»).

### 3.

## Le ragioni dei “resistenti” alla sentenza Dasgupta delle Sezioni unite.

Sebbene le Sezioni unite Dasgupta indichino un solo precedente difforme dalla soluzione abbracciata, nel quale la rinnovazione istruttoria in caso di ribaltamento *post*-abbreviato è stata interpretata come potere, ma non come dovere, del giudice dell'appello<sup>13</sup>, la **frangia dei “resistenti”** appare ben più nutrita e trasversale.

In effetti, sono molte le pronunce, elencate dalla seconda Sezione, che concludono in tal senso; precedenti e successive alle Sezioni unite Dasgupta. Secondo questo orientamento, posto che nulla impedisce al giudice d'abbreviato di secondo grado (anche indipendentemente dalle richieste delle parti) di far uso dei propri **poteri istruttori d'ufficio** per rinnovare la prova, è altresì pacifico che il ricorso alla rinnovazione, al fine di ascoltare i testimoni che in prime cure sono risultati non attendibili, rappresenti **un potere e non un dovere**<sup>14</sup>.

*Rectius*: l'unico caso in cui il giudice d'appello sarebbe tenuto a rinnovare la prova, nel rispetto delle cadenze tipiche della formazione orale ed immediata, sarebbe quello in cui anche **il giudice di primo grado abbia assistito alla formazione orale dei contributi probatori**. Al contrario, allorché l'imputato abbia deciso di accedere al rito **abbreviato non condizionato**, rinunciando alle garanzie dell'oralità e del contraddittorio, l'abdicazione sarebbe totale e definitiva, operando anche in seconde cure. Insomma, una nuova assunzione probatoria funzionale a saggiare l'attendibilità di una fonte personale di prova si imporrebbe, anche secondo la logica delle pronunce della Corte di Strasburgo, solo allorché, stante il proscioglimento in primo grado, emesso per ritenuta inattendibilità delle dichiarazioni accusatorie assunte oralmente, ci si orienti altrimenti in appello proprio in virtù di quelle medesime fonti di prova, le quali non possono che essere riassunte oralmente.

Il rapporto tra **oralità** e **cartolarità** potrebbe rivelarsi patologico, a valle dei traguardi esegetici raggiunti dalla Corte dei diritti umani, secondo l'uso che ne fa questo indirizzo di legittimità, in duplice direzione: sia che la cartolarità (in appello) segua all'oralità (in primo grado), sia che l'oralità (in appello) segua alla cartolarità (in primo grado).

Nella prima eventualità, per un palese difetto di corrispondenza (questo sì, rilevato dalla Corte europea) che condurrebbe ad un ribaltamento decisionale *in peius* senza riedizione delle garanzie cognitive, legate al metodo probatorio orale, che sole possono sciogliere il dubbio sull'attendibilità dell'accusatore. Nella seconda, perché “salterebbe” il parallelismo tra **statuti epistemologici di prime e di seconde cure**: l'oralità, già oggetto di rinuncia da parte dell'imputato che abbia chiesto di essere giudicato allo stato degli atti (art. 438 comma 1 c.p.p.), sarebbe allora un valore aggiunto che non si può imporre verticalmente, al secondo giudice (il quale, al massimo, *potrà* farvi ricorso, rinnovando la prova). Del resto, conclude la seconda Sezione, «l'accertamento cartolare non è incompatibile con il superamento del ragionevole dubbio», così come la **condanna senza oralità** fa parte delle variabili del nostro processo penale, imponendosi come risultato decisivo comunque idoneo a superare la presunzione di innocenza.

### 4.

## I valori in gioco: oralità/immediatezza o canone del ragionevole dubbio?

Giacché pare proprio che la seconda Sezione si rivolga alle Sezioni unite per ottenere un chiarimento in ordine al diametro operativo delle conclusioni raggiunte nella sentenza Dasgupta, e alla generale applicabilità dei suoi approdi, sembra utile raffrontarne i rispettivi “argomenti forti”.

L'ordinanza di rimessione, che ci occupa, fa perno sul **parallelismo tra primo e secondo grado di giudizio**, in chiave di presenza/assenza dell'oralità/immediatezza nella formazione della prova. Per rispettare tale equazione, non si dà prova orale in seconde cure che non si sia già data in prime cure: sarebbe di troppo, in sostanza, esigere un episodio istruttoria orale in

<sup>13</sup> In tal senso, Cass., 23 maggio 2014, De Silva, in *C.e.d.* n. 260147.

<sup>14</sup> Su questa linea interpretativa, tra altre, Cass., 12 giugno 2014, in *C.e.d.* n. 260442; Cass., 15 luglio 2014, in *C.e.d.* n. 261851; Cass., 23 giugno 2015, in *C.e.d.* n. 264793; Cass., 6 ottobre 2015, in *C.e.d.* n. 265589 (tutte richiamate dall'ordinanza di rimessione in commento).

appello quando il giudizio abbreviato abbia prosciolto l'imputato *ex actis*. Come tale, non lo si può imporre al secondo giudice che intenda rivalutare la credibilità di un apporto testimoniale, sebbene decisivo: basta una valutazione anch'essa *ex actis*, a meno che il giudice, usando il proprio potere istruttorio, decida di procedere a rinnovare oralmente. **Non un dovere**, allora, ma **un valore aggiunto**, peraltro non indispensabile: d'altra parte, perché imporre uno *standard* probatorio più elevato in appello che in primo grado?

Dal canto suo, la sentenza Dasgupta sembra ragionare diversamente: lungi dal riavvolgere il filo metodologico che lega primo e secondo grado, fa perno sul **concetto di dubbio ragionevole**, come soglia sopra la quale il giudice può condannare, e sotto la quale deve prosciogliere. Il dubbio, non superato (evidentemente) nel giudizio che si è chiuso con una pronuncia liberatoria, si para davanti al giudice dell'appello con una consistenza decisamente rafforzata: **la pronuncia di proscioglimento rappresenta un precedente fondamentale** che incide sulla reale portata della regola di giudizio che presidia la condanna, innalzando ulteriormente lo *standard* qualitativo della decisione. Del resto, pare sin troppo facile preconizzare che, nei casi in esame, il dubbio attiene proprio alla coerenza del proscioglimento; per ribaltare tale esito, allora, superamento del dubbio significa **certezza della condanna** (non diversamente, peraltro, da quanto deve avvenire in primo grado). In più, però, la certezza della condanna, per la prima volta in appello, presuppone la **rinnovazione istruttoria**, anche d'ufficio, almeno quando proprio intorno alla prova testimoniale, ritenuta in prime cure decisiva, e alla sua attendibilità si consuma l'alternativa insita nell'attività di giudizio<sup>15</sup>.

Solo a questo punto, le Sezioni unite Dasgupta inseriscono l'argomento del **metodo probatorio**: per cambiare l'epilogo decisivo *in peius* si impone l'assunzione orale della prova, pena un **vizio di motivazione censurabile tramite ricorso di legittimità**. E tanto vale anche nel caso in cui il primo grado di giudizio abbia seguito le cadenze del **rito abbreviato, con o senza integrazione probatoria**.

Sembra chiaro, a questo punto, che le ragioni che sostengono – rispettivamente nell'ottica delle Sezioni unite e della seconda Sezione rimettente – l'opzione a favore del **metodo orale in appello**, con il suo fondamentale portato di **immediatezza**, sono differenti.

La seconda Sezione, nell'ordinanza di rimessione, si concentra su una rigida **dosimetria di metodi probatori**: stante l'oralità in primo grado, un eventuale ribaltamento decisivo in secondo grado si legittima solo in base ad un nuovo episodio istruttorio orale (traguardo indicato anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani), e viceversa (traguardo proprio dell'indirizzo accolto dalla seconda Sezione).

Le Sezioni unite Dasgupta, invece, attribuiscono all'appello una **caratteristica strutturale-funzionale**: quando si profili la possibilità di rivalutare *in peius* il proscioglimento, **non si può fare a meno dell'oralità** nella riassunzione delle prove rivelatesi decisive per prosciogliere. L'architave di tale edificio, tuttavia, non è rappresentato – come nella logica dei “resistenti” – dall'oralità stessa, bensì dal ragionevole dubbio, rispetto al quale l'oralità assume funzione servente.

Il **ragionevole dubbio** assume, allora, veste di «**criterio generalissimo**», cruna attraverso la quale passare ogni qual volta si debba decidere. Altrettanto non vale per l'oralità/immediatezza, della quale il sistema può variamente fare a meno.

Pertanto, puntare sull'oralità significa essere disposti a rinunciarvi quando essa manchi in prime cure: è il caso del rito abbreviato, ma anche del dibattimento “a prova concordata”<sup>16</sup>. Al contrario, puntare sul ragionevole dubbio, come asse portante del convincimento, significa assegnare *sempre* alla giurisdizione una caratura alta quanto il bisogno di certezza: linea sotto la quale occorre comunque prosciogliere. Al di là del *casus belli*, non v'è chi non veda come l'oralità/immediatezza sia un metodo; il convincimento oltre ogni ragionevole dubbio, uno scopo.

Perché non funziona il ragionamento che gravita intorno al parallelismo tra metodi istruttori adottabili in prime e in seconde cure?

<sup>15</sup> Un approdo interpretativo già sostenuto, per esempio, da G. LOZZI, *Reformatio in peius del giudice di appello e cognitio facti ex actis della Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 620 s. (a monte del dibattito che avrebbe portato alla riforma delle impugnazioni eseguita attraverso la legge 20 febbraio 2006, n. 46), secondo il quale a fronte di una possibile «diversa valutazione del contraddittorio nel momento di formazione della prova» si imporrebbe «una rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale avanti al giudice dell'appello», al precipuo fine di un compiuto rispetto dei canoni del giusto processo costituzionale (e convenzionale).

<sup>16</sup> Prospettiva ampiamente – quanto criticamente – arata dalla dottrina, ma pacificamente percorsa dalla giurisprudenza. In tema, volendo, H. BELLUTA, *Contraddittorio e consenso: metodi alternativi per la formazione della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 126 s. A livello monografico cfr. R. DEL COCO, *Disponibilità della prova penale e accordi tra le parti*, Giuffrè, 2004, *passim*; M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Giappichelli, 2004, p. 151 s.

Non tanto perché in primo grado l'imputato possa rinunciare al contraddittorio e all'oralità, legittimando l'impiego probatorio delle indagini preliminari; tale circostanza non ha necessariamente riflessi in seconde cure, dove, anzi, secondo la vecchia logica delle **garanzie verticali**, sarebbe quanto mai opportuno un recupero di oralità a fronte di una prima decisione radicata su un compendio probatorio cartolare<sup>17</sup>.

Non funziona – pare persino superfluo rimarcarlo – perché tra primo e secondo grado si posiziona una **sentenza di proscioglimento**. Pertanto, qualora nel giudice dell'appello sorgano dubbi sul fatto che il proscioglimento sia la **giusta decisione**, egli si trova in una condizione differente rispetto al primo giudice che dubiti della fondatezza dell'accusa. È il rispetto per la decisione liberatoria che impone di riassumere le prove decisive, le quali meritano il metodo orale e immediato perché di esso si nutre il convincimento di quell'organo giudicante che debba persuadersi di qualcosa di cui non si è convinto il giudice che lo ha preceduto nell'attività di giudizio. In diversi termini, il ribaltamento della pronuncia assolutoria operata sulla scorta di una identica valutazione cartolare del costruito probatorio già a disposizione del giudice di prime cure rischia di contenere in sé un implicito dubbio ragionevole: quello determinato dalla avvenuta adozione di decisioni contrastanti a geometria probatoria invariata.

L'appello connotato da rinnovazione istruttoria va allora inteso come un **nuovo giudizio**: quando abbia ad oggetto una sentenza di proscioglimento, il dubbio sull'innocenza dell'imputato può essere superato solo impiegando il metodo migliore per la formazione della prova. Ma qui l'oralità non è un diritto soggettivo dell'imputato (come nel caso del *right to confrontation*), il quale verosimilmente non avrà nemmeno potuto (o voluto) proporre appello avverso una decisione liberatoria<sup>18</sup>. L'oralità diviene invece il tratto qualificante della giurisdizione intesa come sistema strumentale alla decisione, la quale si basa oggi sul superamento di ogni dubbio ragionevole.

## 5. La chiusura del cerchio: oltre Dasgupta, solo l'intervento legislativo?

Aver ripercorso, pur scomponendole, le tappe logiche che le Sezioni unite hanno seguito nella sentenza Dasgupta può ora rivelarsi doppiamente utile.

In un primo senso, la compattezza del ragionamento del Supremo Collegio non sembra lasciare molti spazi, proprio per i valori sui quali si è fatto leva, a qualche *revirement* in tema di rinnovazione in appello a seguito di giudizio abbreviato non condizionato.

In secondo luogo, la costante opera esegetica della Corte di cassazione in ordine alla configurazione del rapporto tra proscioglimento e rinnovazione è uno dei molti indici che segnalano la crescente urgenza di un ripensamento più ampio e meditato sul giudizio d'appello, che soprattutto ne coinvolga la vocazione funzionale.

L'ospite indesiderato la cui presenza si percepisce dietro le quinte di tanti arresti giurisprudenziali è il rischio della prima condanna in appello: eventualità di fronte alla quale l'imputato, già prosciolto, si trova sguarnito della possibilità di sottoporre a nuovo scrutinio di merito la prima condanna<sup>19</sup>.

A sistema processuale invariato, diventa un problema di etica della giurisdizione.

In questa luce, la prima condanna in appello non può che essere il frutto di un nuovo giudizio pieno, fondato sull'oralità/immediatezza, addirittura oltre il tracciato della sentenza Dasgupta, ad abbracciare ogni prova utile per decidere, non solo quella decisiva<sup>20</sup>: la prova

<sup>17</sup> Non è mai troppo tardi per ripercorrere le pagine di P. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Giuffrè, 1981, *passim*.

<sup>18</sup> Paradigmatico proprio il caso di appello avverso sentenza liberatoria emessa al termine di giudizio abbreviato. Dopo la modifica dell'art. 443 c.p.p. ad opera dell'art. 2 della legge n. 46 del 2006, come interpretato dapprima da Corte cost., 20 luglio 2007, n. 320, mentre il pubblico ministero ha riacquisito la potestà di appellare avverso il proscioglimento, l'imputato detiene medesimo potere solo nel caso di sentenze di assoluzione per difetto di imputabilità, derivante da vizio totale di mente (Corte cost., 29 ottobre 2009, n. 274).

<sup>19</sup> La dottrina riflette da tempo sulle soluzioni prospettabili al fine di ridurre tale eventualità. In particolare, cfr. P. FERRUA, *Garanzie del giusto processo e riforma costituzionale*, in *Critica dir.*, 1998, p. 164 s.; ID., *La sentenza costituzionale sull'inappellabilità del proscioglimento e il diritto al "riesame" dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 611 s.; R. ORLANDI, *Sono davvero troppi tre gradi di giurisdizione?*, in *principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, a cura di C. Nunziata, 2004 (suppl. al n. 29 di *Dir. e Giust.*), p. 141; G. SPANGHER, *Riformare il sistema delle impugnazioni?*, in *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, a cura di R.E. Kostoris, Giappichelli, 2005, p. 110. Più di recente v. ancora P. FERRUA, *Carenze ed eccessi di garanzia nel diritto di difesa dell'imputato*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 540.

<sup>20</sup> Una soluzione prospettata anche da M. DANIELE, *Norme procedurali convenzionali e margine di apprezzamento nazionale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1702.

decisiva fonda il convincimento, ma le altre prove sorreggono la convinzione di aver vinto ogni dubbio ragionevole. Solo in questo modo si riduce la possibilità dell'errore – per molti versi fatale – sulla prima condanna in seconde cure.

In prospettiva, da ultimo, non resta che l'intervento legislativo<sup>21</sup>.

Attualmente è all'esame del Senato della Repubblica, come noto, un disegno di legge di origine governativa che intende, tra l'altro, inserire un comma 4-*bis* nell'art. 603 c.p.p. Ai sensi dell'art. 22 d.d.l. S.N. 2607, come modificato dalla Commissione giustizia della Camera<sup>22</sup>, il nuovo comma dovrebbe prevedere che in 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 sostanza, si ricalca analoga proposta già avanzata dalla Commissione ministeriale presieduta dall'attuale Primo Presidente della Corte di cassazione<sup>23</sup>.

Al di là del merito del possibile innesto, in questa sede non può che derivarne un argomento che conferma la prognosi sull'esito del prossimo vaglio di legittimità a Sezioni unite: il ribaltamento decisivo – da proscioglimento a condanna – necessita della rinnovazione delle prove dichiarative, (in prospettiva siano esse) decisive o no, indipendentemente dal metodo istruttorio adottato in primo grado.

Infine, una proposta futuribile sul sistema: se davvero il rischio da contenere ha le sembianze della prima condanna in appello, occorre porre mano alla configurazione funzionale del secondo grado di giudizio. Tra le molteplici configurazioni possibili, l'unica in grado di evitare il rischio paventato è quella che assegna all'appello una funzione solo rescindente, di controllo sulla prima decisione<sup>24</sup>.

A fronte del proscioglimento, allorché il secondo giudice riscontri l'opportunità di riassumere talune prove, dovrà rinviare al primo giudice per l'attività probatoria e il giudizio rescissorio. Qualora il nuovo “primo giudizio” si chiuda nuovamente con un proscioglimento, non dovrebbe restare altro che il ricorso per cassazione. Nell'ipotesi contraria, invece, potrebbero aprirsi le porte di un giudizio d'appello rescindente e rescissorio, cui farà seguito una eventuale fase di legittimità<sup>25</sup>.

## PARTE II

# 6.

## La risposta delle Sezioni unite Patalano.

La risposta al quesito se, «nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento emessa all'esito del giudizio abbreviato per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva, il giudice di appello che riforma la sentenza impugnata debba avere precedentemente assunto l'esame delle persone che hanno reso tali dichiarazioni», era intuitivamente positiva.

Alle odierne Sezioni unite è bastato riprendere il filo logico e i traguardi raggiunti nella precedente sentenza Dasgupta, per ribadire come sia la portata del «criterio “generalissimo” ispiratore della decisione del giudice penale»<sup>26</sup> ad imporre di rinnovare in appello la prova dichiarativa ritenuta in prime cure decisiva, «in vista di un ribaltamento del proscioglimento in condanna»<sup>27</sup>. Anche nel caso di abbreviato di prime cure<sup>28</sup>.

Del resto, deriva sempre dal canone decisivo della condanna che, «in mancanza di elementi sopravvenuti, l'eventuale rivisitazione in senso peggiorativo compiuta in appello sia sorretta

<sup>21</sup> Per un'articolata proposta di “rilettura” dell'attuale disciplina del giudizio d'appello v. comunque A. CAPONE, *Dopo Dan c. Moldavia*, cit., p. 1015.

<sup>22</sup> Lo commenta M. BARGIS, *I ritocchi alle modifiche in tema di impugnazioni nel testo del d.d.l. n. 2798 approvato dalla Camera dei Deputati*, in *Dir. pen. cont.*, 19 ottobre 2015, p. 6.

<sup>23</sup> La proposta, intitolata *Modifiche in tema di “Impugnazioni”*, può essere letta in *Dir. pen. cont.*

<sup>24</sup> Riassuntivamente, in argomento, H. BELLUTA, *Prospettive di riforma dell'appello penale: tra modifiche strutturali e microchirurgia normativa*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1059 s.; nonché in M. BARGIS-H. BELLUTA, *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, Giappichelli, 2013, p. 250 s.

<sup>25</sup> Per un'organica proposta di riforma del giudizio d'appello v. M. BARGIS-H. BELLUTA, *Linee guida per una riforma dell'appello*, in M. BARGIS-H. BELLUTA, *Impugnazioni penali*, cit., p. 283 s.

<sup>26</sup> V. il § 3 del Considerato in diritto.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Così, difatti, Cass., Sez. Un., 28.4.2016, Dasgupta, § 8.4 del Considerato in diritto.



da argomenti dirimenti e tali da evidenziare oggettive carenze od insufficienze della decisione assolutoria<sup>29</sup>. Al punto che, per riformare l'assoluzione, «non basta una diversa valutazione di pari plausibilità rispetto alla lettura del primo giudice», ma occorre una «forza persuasiva superiore»<sup>30</sup>, tale da frantumare ogni dubbio ragionevole. E tale forza persuasiva non deriva, *ex se*, dalla pronuncia del giudice d'appello il quale, come hanno ben ricordato le Sezioni unite Dasgupta, non «ha di per sé (...) una "autorevolezza maggiore" di quello» di primo grado<sup>31</sup>. Al contrario, deriva dal metodo orale dell'accertamento, unica via in grado di qualificare la decisione in termini di «certezza della colpevolezza»<sup>32</sup>.

Contro qualsivoglia parallelismo di metodo (orale o no) tra primo e secondo grado, le Sezioni unite in esame ribadiscono che si deve identificare nella pronuncia di una **sentenza di proscioglimento** l'elemento che sospinge a «travalica(re) ogni pretesa di simmetria». Il ribaltamento puramente cartolare della pronuncia assolutoria, invece, porta con sé un **implicito dubbio ragionevole**, «determinato dall'avvenuta adozione di decisioni contrastanti»<sup>33</sup>. Appare chiaro che un simile dubbio non possa essere sciolto semplicemente adottando una motivazione rafforzata: sarebbe un errore, difatti, confondere il piano della giustificazione razionale del convincimento con quello, ben diverso e logicamente precedente, della qualità metodologica degli elementi probatori, poi impiegati nel motivare.

Quanto alla sua configurazione funzionale, il Supremo Collegio individua **nell'appello avverso il proscioglimento un "nuovo" giudizio**<sup>34</sup>, nel quale il dubbio sull'innocenza dell'imputato può essere superato solo esigendo massima qualità nel metodo istruttorio: un risultato, questo, che deriverebbe direttamente dalla «costituzionalizzazione del giusto processo»<sup>35</sup>.

In rapporto ad un simile assetto, appare allora «recessiva (...) la circostanza che sia stata l'opzione dell'imputato verso il giudizio abbreviato a consentire il giudizio a suo carico allo stato degli atti»; in appello, deve comunque «prevalere l'esigenza di riassumere le prove decisive attraverso il metodo epistemologicamente più appagante, quello orale ed immediato»<sup>36</sup>.

## 7.

### Tutto risolto?

La soluzione oggi ribadita dalle Sezioni unite in ordine alla configurazione del rapporto tra proscioglimento e rinnovazione conferma la compattezza dell'opera esegetica intrapresa nell'ultimo anno dalla Corte di cassazione. Tuttavia, trattandosi di un tema di ampio respiro sistematico, rimane lo spazio per qualche riflessione sulla sostenibilità dell'assetto del secondo grado di giudizio che ne deriva.

## 7.1.

### Qualche riserva sull'appello come nuovo giudizio permance...

In senso molto generale, riaffiora la sensazione che le Sezioni unite stiano tentando di contenere i casi di **prima condanna in appello**<sup>37</sup>. Se così fosse, si dovrebbe accedere ad una

<sup>29</sup> Così il § 5 del Considerato in diritto.

<sup>30</sup> Ibidem.

<sup>31</sup> Testualmente, Cass., Sez. Un., 28.4.16, Dasgupta, cit., § 8.1 del Considerato in diritto. L'argomento è anche ripreso dalla sentenza in commento, al § 7 del Considerato in diritto. Storicamente, tuttavia, taluno ha sostenuto questa tesi. Così, ad esempio, C.U. DEL POZZO, *L'appello nel processo penale*, Utet, 1957, p. 62, che paragonava il rapporto esistente tra giudice d'appello e giudice di primo grado al rapporto che intercorre tra esaminatore ed esaminando: l'ovvio prevalere del giudizio dell'esaminatore equivale alla maggiore forza che possiede il controllo critico del giudice superiore rispetto al giudice inferiore, dal momento che il giudizio sulle impugnazioni è un vero e proprio «giudizio su di un giudizio». Evidentemente, la maggiore autorità del secondo giudizio derivava dalla configurazione funzionale dell'appello, piuttosto che dall'autorevolezza dei giudici di seconde cure. Al contrario, se davvero i giudici d'appello avessero maggiore autorevolezza, basterebbe, «per risolvere ogni problema, affidare a questi giudici il compito di decidere le cause fin dal primo grado» (così, non senza una certa ironia, A. PIZZORUSSO, *Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 44).

<sup>32</sup> Così il § 5 del Considerato in diritto.

<sup>33</sup> Cfr. il § 7 del Considerato in diritto.

<sup>34</sup> Cfr. il § 8 del Considerato in diritto.

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> Così il § 7 del Considerato in diritto.

<sup>37</sup> Sull'argomento, cfr. P. FERRUA, *Garanzie del giusto processo e riforma costituzionale*, in *Critica dir.*, 1998, p. 164 s.; ID., *La sentenza costituzionale sull'inappellabilità del proscioglimento e il diritto al "riesame" dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 611 s.; ID., *Carenze ed eccessi di garanzia nel diritto di difesa dell'imputato*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 540; R. ORLANDI, *Sono davvero troppi tre gradi di giurisdizione?*, in *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, a cura di C. Nunziata, 2004 (suppl. al n. 29 di *Dir. e Giust.*), p. 141.

lettura estensiva dei risultati sinora raggiunti in via pretoria sulla scorta della consolidata giurisprudenza di Strasburgo. Nel momento in cui si convenga che la prima condanna in appello esige un nuovo giudizio, dotato di oralità e immediatezza, occorre riflettere sui possibili limiti che può incontrare tale forma di giudizio.

Anzitutto, la **decisività della prova** da riassumere. Il concetto, assai elastico, si presta fatalmente a più letture. Lo hanno ricordato anche le Sezioni unite Dasgupta, distinguendo la decisività rilevante ai sensi dell'art. 606 lett. d c.p.p. (prove negate) dalla decisività delle prove da riassumere in appello: quest'ultima, ancorata a prove assunte e valutate in prime cure, riguarderebbe le prove che «hanno determinato o anche solo contribuito a determinare un esito liberatorio» e che, «se espunte dal complesso del materiale» a disposizione del secondo giudice, «si rivelano potenzialmente idonee a incidere sull'esito del giudizio di appello»<sup>38</sup>.

Sembra chiaro che questo genere di decisività si spinga ben oltre il perimetro tracciato dal *test* della *condicio sine qua non*: al di là della decisività, le prove al più sono utili. Tali si rivelano tutte le prove impiegate dal primo giudice per prosciogliere. Difatti, proseguono le Sezioni unite Dasgupta, vanno considerate «parimenti “decisive” quelle prove dichiarative che, ritenute di scarso o nullo valore probatorio dal primo giudice, siano, nella prospettiva dell'appellante, rilevanti, da sole o insieme ad altri elementi di prova, ai fini dell'esito di condanna».

Dalla **decisività alla rilevanza**, dunque: però, forse è meglio così, se è vero che la prova decisiva fonda il convincimento, ma le altre prove sorreggono la certezza di aver vinto ogni dubbio ragionevole. Certo, a fronte del proscioglimento, la gerarchia delle regole di ammissione della prova in appello, scandita dai commi 1 (non decidibilità allo stato degli atti) e 3 (assoluta necessità) dell'art. 603 c.p.p., è destinata a saltare, a favore di un'operatività generalizzata del criterio scritto al comma 2, che appunto riprende i filtri stabiliti per il primo grado. Il rischio di incorrere in un vizio di motivazione sospingerà il giudice d'appello a disporre la rinnovazione sempre e comunque, solo che l'appellante lo chieda o si profili un epilogo decisorio difforme, *in pejus*, rispetto al primo grado.

Dal canto suo, anche la costruzione del **vizio di motivazione** della sentenza di condanna in riforma (che non abbia beneficiato della rinnovazione istruttoria), pur presentandosi quale unico accorgimento capace di vincolare il giudici d'appello all'obbligo della rinnovazione istruttoria, rivela qualche piccola forzatura. Infatti, non è sempre detto che l'*overturning* in appello si presti alla critica in punto motivazione: il costruito logico-motivazionale della condanna potrebbe non rivelare mancanze, contraddittorietà o illogicità. Semmai, la mancanza riguarda il momento di riassunzione delle prove: sarebbe più una **carenza di contraddittorio** che un difetto di motivazione<sup>39</sup>.

Resta poi nell'ombra il caso di rinnovazione avente ad oggetto **prove diverse da quelle dichiarative**. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, da cui è filtrata l'attuale posizione delle Sezioni unite della Corte di cassazione, afferma costantemente che quando «*an appellate court is called upon to examine a case as to the facts and the law and to make a full assessment of the question of the applicant's guilt or innocence, it cannot, as a matter of fair trial, properly determine those issues without a direct assessment of the evidence*»<sup>40</sup>. Il principio generale viene per lo più declinato nel senso della necessità di riassumere le fonti di prova dichiarative, al fine di permettere ai giudici d'appello di saggiarne direttamente la *trustworthiness*, ma nulla esclude che la rinnovazione – strumentale al *fair trial* – possa investire anche prove non dichiarative, come una perizia, un esperimento giudiziale o una ricognizione. In effetti, ben potrebbe darsi che il giudice d'appello non ritenga affidabili le conclusioni raggiunte dal perito; in tal caso, l'ascolto diretto della fonte potrebbe non bastare (non trattandosi – di regola – di un problema di attendibilità intrinseca), divenendo necessario riaffidare ad altri l'incarico peritale.

D'altra parte, v'è da chiedersi se, a fronte dell'odierna posizione assunta dalla Corte di cassazione, sarebbe legittimo l'*overturning* in condanna fondato sulla diversa valutazione, *in pejus*, della relazione peritale. Verosimilmente no, se solo tale prova sia confluita nella valutazione del giudice di prime cure e poi sia stata rivalutata in appello.

<sup>38</sup> Così il § 10 del Considerato in diritto.

<sup>39</sup> In ogni caso, Cass., Sez. Un., 28.4.2016, Dasgupta, cit., § 11.1 del Considerato in diritto, scarta la possibilità di dolersi, di fronte al giudice di legittimità, della sentenza di condanna in riforma ai sensi dell'art. 606 lett. c c.p.p.

<sup>40</sup> Così, di recente, C. eur., 28 febbraio 2017, Manoli c. Moldavia, p. 5. Per un commento, v. H. BELLUTA, *Overturning the acquittal in appello e giusto processo: la Corte europea esige la rinnovazione della prova*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, p. 886 s.

## 7.2.

### *...soprattutto quando occorra bilanciare oralità e protezione delle fonti vulnerabili.*

Irrisolta resta, infine, l'ipotesi in cui le fonti di prova non possano essere riascoltate, o sia preferibile non riascoltarle.

*Quid* allorché le **fonti dichiarative non siano più assumibili**, per morte, infermità o altra causa?

Sono ancora le Sezioni unite Dasgupta a far luce sul punto (pur con qualche ambiguità)<sup>41</sup>, dapprima affermando che «in tali casi non vi sono ragioni per ritenere consentito un ribaltamento del giudizio assolutorio *ex actis*»; poi affidando al giudice d'appello la verifica circa l'effettiva consistenza di tali presupposti. Se le cause impeditive sono reali ed effettive, «il giudice (è) legittimato a fondare il proprio convincimento sulle precedenti dichiarazioni»<sup>42</sup>. Insomma, se in appello vale il principio del contraddittorio nella formazione della prova (soprattutto quando il proscioglimento rischia di trasformarsi in condanna), trovano applicazione anche le relative eccezioni, elencate all'art. 111 comma 5 Cost.<sup>43</sup>.

Appare più complesso, invece, il caso di **testimone "vulnerabile"**, soprattutto se vittima del reato<sup>44</sup>. Anche qui le Sezioni unite Dasgupta ribadiscono «la preclusione di un ribaltamento *ex actis* del giudizio assolutorio», rimettendo però al giudice «la valutazione circa l'indefettibile necessità di sottoporre il soggetto debole, sia pure con le opportune cautele, a un ulteriore *stress* al fine di saggiare la fondatezza dell'impugnazione proposta avverso la sentenza assolutoria»<sup>45</sup>.

In tal caso, il giudice è chiamato ad una *mise en balance* di interessi contrapposti, ma non ha strumenti precisi con cui operare, se non – da un lato – il criterio della non decidibilità allo stato degli atti per ammettere la riassunzione di fonti di prova già sentite in prime cure, e – dall'altro – il rischio di vedere censurata la propria decisione qualora non riassuma o non motivi adeguatamente il rifiuto di riassumere.

La via più corretta da seguire, allora, potrebbe essere quella di ripetere in appello le regole stabilite per il primo grado: a partire, naturalmente (ai sensi dell'art. 587 c.p.p.), dall'impiego delle varie modalità protette di audizione disponibili, per arrivare (quando il testimone sia vittima del reato) all'art. 190-*bis* comma 1-*bis* c.p.p., che ha esteso le limitazioni all'ammissione della prova, di cui al comma 1, a tutte le ipotesi nelle quali «l'esame testimoniale richiesto riguarda una persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità»<sup>46</sup>.

Tra decidibilità allo stato degli atti, limiti alla riedizione di contributi già assunti da fonti deboli e obblighi di rinnovazione in caso di *overturning*, il giudice d'appello dovrà trovare la strada giusta; favorito, almeno in tali ultimi casi, dallo strumento dell'interpretazione conforme alla direttiva 2012/29/UE, che indica chiaramente come priorità la **protezione delle vittime dal processo**, inteso sia come apparato giudiziario, sia come sede del confronto con la persona accusata.

## 8.

### Prospettive?

Qualche risposta, pur parziale, potrebbe giungere dall'approvazione del p.d.l. C 4368, passato in un testo unificato dal Senato della Repubblica all'esame della Commissione giustizia

<sup>41</sup> Come afferma Cass., Sez. II, 7 aprile 2017, n. 2129, inedita, interpretando la posizione assunta dalle Sez. Un. Dasgupta nel senso di una possibile "regola" consistente nella riassunzione della fonte dichiarativa in caso di possibile *overturning*, e di una "eccezione", allorché si tratti di teste vulnerabile a rischio di vittimizzazione secondaria.

<sup>42</sup> Così Cass., Sez. Un., 28.4.2016, Dasgupta, cit., § 8.6 del Considerato in diritto.

<sup>43</sup> Peraltro, la rinuncia al contraddittorio e al diritto alla prova, implicita nella richiesta dell'imputato di essere giudicato allo stato degli atti con le forme del rito abbreviato di prime cure, non si ripercuote – stando alle Sezioni unite in commento e alla precedente sentenza Dasgupta – sul corrispondente giudizio d'appello avverso il proscioglimento. È ragionevole pensare che nel bilanciamento di valori costituzionali – presunzione d'innocenza, da un lato, ed eccezioni al contraddittorio, dall'altro – prevalga la portata estensiva dell'art. 27 comma 2 Cost.; anche perché le previsioni che stabiliscono eccezioni alla regola (come, nel caso, l'art. 111 comma 5 Cost.) devono sempre essere interpretate in senso restrittivo.

<sup>44</sup> Sul punto, v. le riflessioni di G. ILLUMINATI, *La vittima come testimone*, in L. LUPÁRIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Cedam, 2015, p. 63 s.

<sup>45</sup> Cfr. ancora Cass., Sez. Un., 28.4.2016, Dasgupta, § 8.6 del Considerato in diritto.

<sup>46</sup> Tale estensione si deve al d.lgs. 15.12.2015, n. 212. In argomento, volendo, H. BELLUTA, *Il processo penale di fronte alla vittima particolarmente vulnerabile: aspirazioni (comunitarie) e aporie nazionali*, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu), 4.7.2016, p. 20 s. Sul tema v. A. PRESUTTI, *Le audizioni protette*, in M. BARGIS-H. BELLUTA (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Giappichelli, 2017, p. 375 s.

della Camera dei Deputati. Il nuovo comma 4-*bis* dell'art. 603 c.p.p. dovrebbe prevedere che in 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». Per un verso, non compare il richiamo alla decisività della prova da riassumere, ampliando il novero dei casi di riedizione istruttoria; per l'altro, si circoscrive la rinnovazione alle sole prove dichiarative.

Ad ogni modo, la strada segnata dai recenti arresti delle Sezioni unite sottintende che il rischio da contenere continua ad avere le sembianze della **prima condanna in appello**: un esito la cui problematicità obbligherà, prima o poi, a porre mano alla fisionomia funzionale del secondo grado di giudizio.

A sistema invariato, comunque, la posizione assunta dalla recente giurisprudenza delle Sezioni unite conferma il costante bisogno di qualità metodologica nel momento di formazione della prova, avvalorando l'opzione di fondo del processo accusatorio, orale e immediato. Semmai, il vero limite di questo indirizzo così garantista è rappresentato dal **numero relativamente contenuto dei casi di *overturning* da assoluzione a condanna**: se in tali ipotesi – proprio perché assai rare – è anche possibile immaginare un appello strutturato come vero nuovo giudizio, altrettanto non è dato pensare per il secondo grado nel suo complesso, funzionalmente votato più al controllo sulla prima decisione che alla rinnovazione del giudizio.