

RAGIONEVOLE DUBBIO ED ETICA DEL SISTEMA: QUANDO L'IMMEDIATEZZA NON SERVE?

La rinnovazione probatoria in appello torna sotto la lente delle Sezioni Unite

di Luca Lupária e Hervé Belluta

SOMMARIO: 1. La questione. – 2. Le opzioni in contrasto. – 3. Argomenti per una previsione.

1. La questione.

Tra qualche giorno le Sezioni unite della Corte di cassazione dovranno decidere «se il giudice di appello, investito di impugnazione del solo imputato contro sentenza di condanna in primo grado, fondata in tutto o in parte su prove dichiarative, possa pervenire a una riforma della decisione impugnata nel senso dell'assoluzione senza previa rinnovazione dell'istruzione dibattimentale».

In effetti, rispetto al tracciato delle sentenze Dasgupta e Patalano¹ – granitiche nell'imporre la rinnovazione a fronte dell'*overturning* da proscioglimento a condanna – è rimasto (in astratto) aperto il varco ad una riforma in senso assolutorio della pronuncia di prime cure in assenza di rinnovazione della prova; anche se, va detto, proprio nel caso Dasgupta, la Corte di cassazione aveva incidentalmente escluso la necessità della rinnovazione delle fonti orali per ribaltare la condanna in proscioglimento, considerando a tal fine sufficiente una motivazione rafforzata, capace di giustificare la decisione di riforma.

Questa prospettiva è parsa incongruente alla seconda Sezione, la quale ha considerato obbligatoria la rinnovazione istruttoria in seconde cure anche quando il giudice dell'appello intenda prosciogliere il condannato². Adottando un (forse troppo?) rigido registro logico, si è concluso che la regola della rinnovazione non possa operare in senso unidirezionale: infatti, «affermare che il giudice di appello, riformando la decisione di primo grado, può assolvere *ex actis*, ma non può condannare *ex actis*,

¹ In ordine alle quali, per uno sguardo d'insieme, si rinvia a H. BELLUTA - L. LUPÁRIA, [La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle Sezioni Unite](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3/2017, p. 151 ss.

² Così [Cass., Sez. II, 20 giugno 2017, n. 41571, p.m. in c. Marchetta e a.](#) (in *questa Rivista*, 19 ottobre 2017). In precedenza, nello stesso senso, v. *Cass., Sez. II, 24 aprile 2014, Pipino*, in *Ced*, n. 260071. Per un primo commento, v. H. BELLUTA, [Oltre Dasgupta o contro Dasgupta? Alle Sezioni Unite decidere se la rinnovazione è obbligatoria anche in caso di overturning da condanna a proscioglimento](#), in *questa Rivista*, 19 ottobre 2017.

significherebbe adottare uno statuto probatorio del tutto privo di base logico-sistemica»³.

Al netto dell'obbligo di una motivazione rafforzata a sostegno di ogni decisione in riforma, per la seconda Sezione «non si può ritenere che il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio assorba quello della motivazione rafforzata, ma, al contrario sia quest'ultimo, alimentato dal canone dell'immediatezza, che assorbe quel principio»⁴. Qualsiasi sentenza in riforma, dunque, necessiterebbe dell'oralità-immediatezza, anche perché qualunque «*overturning* che sia basato su compendi probatori "deprivati" rispetto a quelli utilizzati dal primo giudice» sarebbe censurabile, indipendentemente dagli esiti decisori dell'appello⁵.

Per motivare il proprio indirizzo, la seconda Sezione richiama anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, laddove ripete che l'esame in appello di un caso «in fatto e in diritto», che comporti «una valutazione completa della questione della colpevolezza o dell'innocenza» dell'imputato, non può che compiersi attraverso una valutazione diretta delle prove⁶. Una premessa che, perverso, anche le Sezioni unite Dasgupta hanno fatto propria, riconoscendo che «la percezione diretta è il presupposto tendenzialmente indefettibile di una valutazione logica, razionale e completa»⁷.

2. Le opzioni in contrasto.

Appare chiaro che l'opzione metodologica sostenuta dalla seconda Sezione assegna il ruolo di perno rotore dell'intero sistema al principio di immediatezza, anziché a quello "generalissimo" del dubbio ragionevole, propugnato ormai costantemente dalle Sezioni unite in casi del genere.

Se il valore da preservare è l'immediatezza, che permette al giudice di conoscere in ogni caso i fatti nel migliore dei modi possibili, l'epilogo decisionale di prime cure diviene indifferente, trattandosi sempre di rispettare l'oralità in caso di rinnovazione probatoria. Accogliendo questa linea interpretativa, oralità e

³ In tal senso v. il § 9 del Considerato in diritto.

⁴ Cfr. il § 10 del Considerato in diritto.

⁵ In tal senso v. il § 11 del Considerato in diritto.

⁶ In effetti, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani da tempo afferma 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». Tra le pronunce più risalenti, v. già Corte e.d.u., 24 novembre 1986, Unterperthinger c. Austria; 7 luglio 1989, Bricmont c. Belgio. Più di recente, Corte e.d.u., 18 maggio 2004, Destrehem c. Francia; 21 settembre 2010, Marcos Barrios c. Spagna; 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; 28 febbraio 2017, Manoli c. Moldavia.

⁷ Così Cass., S.U., 28 aprile 2016, Dasgupta, § 8.1. del Considerato in diritto.

immediatezza in appello si legano alla prospettiva di ribaltare l'epilogo decisionale di primo grado, oltre il caso di *overturning* del proscioglimento.

Nella logica sino ad oggi seguita dalle Sezioni unite, invece, si deve distinguere in base alla decisione di prime cure: laddove il dubbio ragionevole non sia stato superato in primo grado, in appello occorre rinnovare oralmente l'assunzione delle fonti di prova; al contrario, stante la prima condanna, che rappresenta il superamento di ogni ragionevole dubbio, in appello non si impone l'oralità, trattandosi di prosciogliere l'imputato.

3. Argomenti per una previsione.

Volendo esercitarci nel tentativo di preconizzare gli esiti della camera di consiglio delle Sezioni unite del prossimo 21 dicembre, iniziamo dal richiamo alla Corte europea dei diritti umani.

Più che altro, alla giurisprudenza di Strasburgo va riconosciuto il merito di aver puntato i riflettori sul problema della prima condanna in appello: in quest'ottica, infatti, si sono mossi i giudici europei, costanti nel riconoscere che la riassunzione orale delle fonti di prova in seconde cure debba avvenire allorché il giudice intenda ribaltare in condanna la prima decisione assolutoria. Senza ignorare, però, che il *case law* tipico della giurisdizione di quella Corte annovera ormai un certo numero di pronunce che ritengono sufficiente una motivazione rafforzata, senza necessità di rinnovazione probatoria⁸. Il forte – ma non sempre indispensabile – richiamo all'oralità, dunque, va declinato in chiave di *overturning* del proscioglimento in condanna e – almeno sino ad oggi – non viceversa.

Un secondo argomento capace di orientare la risposta delle Sezioni unite può essere rinvenuto nella lettera del nuovo comma 3-*bis* dell'art. 603 c.p.p. Infatti, al culmine del proprio impeto innovativo, il legislatore ha coniato una disposizione assolutamente unidirezionale: la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale va disposta allorché il pubblico ministero interponga appello «contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa». Nonostante la sua (eccessiva) genericità, la previsione non è in grado di imporre la rinnovazione qualora l'epilogo decisionale oggetto di appello sia la condanna. La logica legislativa, dunque, rispecchia quel legame che le Sezioni unite hanno indicato esistere non tanto tra metodi probatori di prime e di seconde cure – parallelismo reciso con la sentenza Patalano -, ma tra l'esito liberatorio di primo grado e la possibile

⁸ In tal senso, di recente, v. Corte eur., sez. II, 26 aprile 2016, Kashlev c. Estonia, §§ 50-51, in cui i giudici di Strasburgo concludono che la rinnovazione istruttoria in seconde cure potrebbe anche non realizzarsi, a patto che esistano «*safeguards against arbitrary or unreasonable assessment of evidence or establishment of the facts*», tra le quali spicca l'onere rafforzato di motivazione («*that the Court of Appeal followed the requirement of domestic law to provide particularly thorough reasoning for departing from the assessment given to the evidence by the first-instance court, including the indication of mistakes made by it*»). Da ultimo, v. anche Corte eur., sez. IV, 13 novembre 2017, Chiper c. Romania.

condanna in appello. La rinnovazione funzionale al proscioglimento va dunque parametrata sulle ordinarie regole ammissive indicate dall'art. 603 c.p.p., al comma 1 o al comma 3: fattispecie che, notoriamente, la giurisprudenza indica non come doveri, ma come poteri, che assegnano alla non decidibilità allo stato degli atti (comma 1), o alla necessità assoluta (comma 3), un valore aggiunto, cioè l'oralità.

Un terzo argomento, poi, pare dirimente. Come accennato, la stessa sentenza Dasgupta ha già offerto una risposta al quesito ora veicolato alle Sezioni unite: muovendo dal presupposto per cui «la condanna presuppone la certezza della colpevolezza, mentre l'assoluzione non presuppone la certezza dell'innocenza, ma la mera non certezza della colpevolezza»⁹, si è affermato che «il ribaltamento in senso assolutorio del giudizio di condanna operato dal giudice di appello pur senza rinnovazione della istruzione dibattimentale è perfettamente in linea con la presunzione di innocenza, presidiata dai criteri di giudizio di cui all'art. 533» c.p.p.

L'esigenza di rinnovazione, pertanto, si avverte solo «nei casi in cui sia in questione il principio del "ragionevole dubbio"»: in tali casi, il convincimento del secondo giudice trarrà massimo beneficio dall'immediatezza, dal momento che replica «l'andamento del giudizio di primo grado, fondandosi su prove dichiarative direttamente assunte»¹⁰. Detto altrimenti, mentre oralità-immediatezza alimentano la parità tra le parti e una forma di eguaglianza di metodi istruttori tra gradi di giudizio che si susseguono, il ragionevole dubbio crea fatalmente un'asimmetria.

Ricordando come le attuali Sezioni unite siano alquanto "fedeli a se stesse", come ha dimostrato la sequenza Dasgupta-Patalano, verosimilmente ripeteranno quanto appena ricordato. Del resto, sebbene l'oralità sia il metodo migliore nella formazione della prova, nessuno nega che essa sia funzionalmente votata al convincimento del giudice: poiché tale convincimento ha come orizzonte il dubbio ragionevole, appare condivisibile l'idea per cui l'oralità in appello si imponga qualora si tratti di superare l'asta rappresentata dal dubbio ragionevole, ma non quando si tratti di starne al di sotto. Sotto il dubbio ragionevole alberga la presunzione d'innocenza, che spetta al giudice di seconde cure riconoscere, non appena maturi un'incertezza sull'esito decisorio di condanna in primo grado.

Infine, una nota ancorata alla realtà: che ne sarebbe del giudizio d'appello se la rinnovazione istruttoria diventasse la regola, anche per prosciogliere? Al di là del formale equilibrio che si restaurerebbe rispetto alla previsione dell'art. 603 comma 3-bis c.p.p.¹¹, l'appello si trasformerebbe in un secondo-primo giudizio, con buona pace non solo degli intenti efficientistici generalmente sottesi alle macchine processuali, ma anche della sua stessa vocazione funzionale, stravolta dall'ansia di una innaturale riedizione del primo grado.

⁹ Così già Cass., 3.11.2011, n. 40159.

¹⁰ Cfr. Cass., S.U., Dasgupta, § 8.1 del Considerato in diritto.

¹¹ Paradossalmente, l'appello post-Riforma Orlando appare più "garantito" quando investa un proscioglimento (con conseguente necessità di immediatezza e oralità), anziché quando sia orientato contro una sentenza di condanna (con possibile rivalutazione *ex actis*). Paradosso che si giustifica solo pensando alle maggiori cautele che devono sorreggere l'ipotesi di prima condanna in appello.