

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](#)

di Hervé Belluta e Luca Lupária

SOMMARIO: 1. Le ragioni di un'ennesima investitura delle Sezioni unite. – 2. La risposta delle Sezioni unite Patalano. – 3. Tutto risolto? – 3.1. Qualche riserva sull'appello come nuovo giudizio permanente... – 3.2. ...soprattutto quando occorra bilanciare oralità e protezione delle fonti vulnerabili. – 4. Prospettive.

1. Le ragioni di un'ennesima investitura delle Sezioni unite.

Con l'ordinanza 28.10.2016, n. 2874, la seconda Sezione aveva rinviato alle Sezioni unite, pochi mesi dopo la decisione Dasgupta¹, un nuovo quesito relativo alla doverosità, o no, della rinnovazione istruttoria in appello; nel caso di specie, a seguito di proscioglimento emesso nel giudizio abbreviato semplice².

Secondo il giudice rimettente, non poteva dirsi così pacifico che il generale obbligo di rinnovazione istruttoria, delineato dalle Sezioni unite con riguardo all'appello avverso sentenza dibattimentale³, dovesse trovare spazio anche a fronte dell'impugnazione contro una sentenza assolutoria pronunciata in abbreviato, «ove questa (fosse) basata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive dal primo giudice e il cui valore (fosse) stato posto in discussione» dall'accusa appellante.

¹ A commento, v. E. LORENZETTO, [Reformatio in pejus in appello e processo equo \(art. 6 Cedu\): fisiologia e patologia secondo le Sezioni unite](#), in *questa Rivista*, 5 ottobre 2016; da ultimo, S. TESORIERO, *Luci ed ombre della rinnovazione dell'istruttoria in appello per il presunto innocente*, in *Giust. pen.*, 2017 (2), III, p. 79 s.

² L'ordinanza di rimessione è già stata da noi commentata ([Alla ricerca del vero volto della sentenza Dasgupta](#)), in *questa Rivista*, 9 gennaio 2017.

³ Orientamento delle Sezioni Unite dichiaratamente figlio della sedimentata giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani la quale, 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 risalenti, v. Corte e.d.u., 24 novembre 1986, Unterperntinger c. Austria; 7 luglio 1989, Bricmont c. Belgio. Più di recente, Corte e.d.u., 18 maggio 2004, Destrethem 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.

Nello specifico, le principali riserve gravitavano intorno alla valenza generale che le Sezioni unite Dasgupta hanno assegnato al binomio oralità-immediatezza, quali componenti essenziali dello statuto cognitivo di un processo in cui qualsiasi epilogo decisionale deve avere come orizzonte la linea tracciata dal “dubbio ragionevole”. Dubbio che solo un episodio istruttorio orale sarebbe in grado di sciogliere: tanto, in ossequio al valore fortemente garantistico della presunzione di innocenza, che nell’art. 533 comma 1 c.p.p. rinviene la propria espressione di regola di giudizio sulla responsabilità dell’imputato. Anzi, in appello, il bisogno di oralità – hanno affermato le Sezioni unite Dasgupta – non conosce eccezioni, almeno nell’ipotesi in cui il secondo giudice orienti il proprio giudizio *in pejus* per l’imputato già prosciolto; pena un vizio di motivazione rilevabile ai sensi dell’art. 606 lett. e c.p.p.

La seconda Sezione, invece, dubitava della caratura di «principio generalissimo» assegnata al criterio del dubbio ragionevole, il cui perno sarebbe costituito dall’immediatezza. Difatti, così ragionando, si sarebbe giunti a delegittimare quei riti alternativi che fisiologicamente fanno a meno dell’oralità-immediatezza.

Inoltre, se nessuno negava il potere del giudice di appello di procedere alla rinnovazione istruttorio, non si sarebbe, al contrario, potuto imporre un suo dovere di rinnovare, soprattutto qualora in primo grado non si fosse proceduto ad assumere oralmente le fonti di prova. Altrimenti ragionando, sarebbe saltato il rapporto tra statuti epistemologici di prime e di seconde cure, in termini di presenza o rinuncia all’oralità. L’ordinanza di rimessione faceva chiaramente leva sul presunto parallelismo istruttorio tra primo e secondo grado di giudizio, concludendo che sarebbe stato ultroneo esigere l’oralità in appello quando il giudizio (abbreviato) di prime cure avesse prosciolto l’imputato *ex actis*.

Le Sezioni unite Dasgupta, al contrario, si sono concentrate sul canone decisorio del dubbio ragionevole. Identificando nella pronuncia di proscioglimento di primo grado un precedente fondamentale, hanno ulteriormente alzato lo *standard* qualitativo della condanna d’appello rispetto al primo giudizio. Pertanto, per potersi condannare per la prima volta in appello, il giudice deve procedere a rinnovazione istruttorio, anche d’ufficio, almeno quando si profili un *overturning* intorno alla credibilità della fonte testimoniale decisiva.

Da un lato (approccio della Seconda Sezione rimettente), allora, varrebbe una certa simmetria di metodi probatori; dall’altro (indirizzo accolto dalle Sezioni unite Dasgupta), invece, l’appello avrebbe una sua peculiarità strutturale-funzionale, non potendo mai rinunciare all’oralità quando si prospetti un ribaltamento *in pejus*.

2. 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 positiva⁴.

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»⁵ ad imporre di rinnovare in appello la prova dichiarativa ritenuta in prime cure decisiva, «in vista di un ribaltamento del proscioglimento in condanna»⁶. Anche nel caso di abbreviato di prime cure⁷.

Del resto, deriva sempre dal canone decisorio della condanna che, «in mancanza di elementi sopravvenuti, l'eventuale rivisitazione in senso peggiorativo compiuta in appello sia sorretta da argomenti dirimenti e tali da evidenziare oggettive carenze od insufficienze della decisione assolutoria»⁸. 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»⁹, 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 grado¹⁰. Al contrario, deriva dal metodo orale dell'accertamento, unica via in grado di qualificare la decisione in termini di «certezza della colpevolezza»¹¹.

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»¹². Appare chiaro che un simile dubbio non possa essere sciolto

⁴ Senza doti di chiaroveggenza, avevamo preconizzato un tale epilogo in H. BELLUTA-L. LUPÁRIA, [Alla ricerca](#), cit., p. 9.

⁵ V. il § 3 del Considerato in diritto.

⁶ Ibidem.

⁷ Così, difatti, Cass., Sez. Un., 28.4.2016, Dasgupta, § 8.4 del Considerato in diritto.

⁸ Così il § 5 del Considerato in diritto.

⁹ Ibidem.

¹⁰ 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).

¹¹ Così il § 5 del Considerato in diritto.

¹² Cfr. il § 7 del Considerato in diritto.

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" giudizio¹³, 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»¹⁴.

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»¹⁵.

3. 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.

3.1. Qualche riserva sull'appello come nuovo giudizio permanente...

In senso molto generale, riaffiora la sensazione che le Sezioni unite stiano tentando di contenere i casi di prima condanna in appello¹⁶. Se così fosse, si dovrebbe accedere ad una 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.

¹³ Cfr. il § 8 del Considerato in diritto.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Così il § 7 del Considerato in diritto.

¹⁶ Scenario che avevamo paventato in H. BELLUTA-L. LUPÁRIA, [Alla ricerca](#), cit., p. 9. 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.

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»¹⁷.

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 motivazione¹⁸.

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*

¹⁷ Così il § 10 del Considerato in diritto.

¹⁸ 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.

cannot, as a matter of fair trial, properly determine those issues without a direct assessment of the evidence»¹⁹. 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 di differente natura.

3.2. ...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)²⁰, 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»²¹. 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.²².

Appare più complesso, invece, il caso di testimone “vulnerabile”, soprattutto se vittima del reato²³. 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»²⁴.

¹⁹ Così, da ultimo, C. eur., 28 febbraio 2017, Manoli c. Moldavia, p. 5.

²⁰ 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.

²¹ Così Cass., Sez. Un., 28.4.2016, Dasgupta, cit., § 8.6 del Considerato in diritto.

²² Peralto, 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.

²³ 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.

²⁴ Cfr. ancora Cass., Sez. Un., 28.4.2016, Dasgupta, § 8.6 del Considerato in diritto.

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»²⁵.

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.

4. Prospettive.

Qualche risposta, pur parziale, potrebbe giungere dall’approvazione (ad oggi, tuttavia, non così certa) del p.d.l. C 4368, passato in un testo unificato dal Senato della Repubblica all’esame della Commissione giustizia 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

²⁵ 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.lalegislazionepenale.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.

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.