

**LA RINNOVAZIONE DEL DIBATTIMENTO IN APPELLO
ALLA LUCE DELLE MODIFICHE NORMATIVE
E DEI PRINCIPI DI DIRITTO AFFERMATI
DALLE SEZIONI UNITE DASGUPTA, PATALANO, TROISE (*)**

di Franco Fiandanese

SOMMARIO: 1. Le sentenze delle Sezioni unite: autorevolezza o autorità? – 2. Le conseguenze della ricostruzione di sistema operata dalle Sezioni unite. – 3. Il ragionevole dubbio. – 4. Giusto processo e riforma della sentenza di assoluzione. – 5. Giudizio abbreviato. – 6. Prova dichiarativa assunta in sede di incidente probatorio. – 7. Coimputato in procedimento connesso o nello stesso procedimento. – 8. Rinnovazione impossibile. – 9. Modifica della qualificazione giuridica del fatto. – 10. Rinnovazione della prova scientifica. – 11 Conclusioni.

1. Le sentenze delle Sezioni unite: autorevolezza o autorità?

A fronte di tre sentenze delle Sezioni Unite (Sez. Un., n. 27620 del 28/04/2016 – dep. 06/07/2016, Dasgupta; Sez. Un., n. 18620 del 19/01/2017 – dep. 14/04/2017, Patalano; Sez. Un., n. 14800 del 21/12/2017 – dep. 03/04/2018, P.G. in proc. Troise) che elaborano il tema della rinnovazione del dibattimento in appello e ad un sopravvenuto intervento normativo (legge n.103 del 23 giugno 2017, a decorrere dal 3 agosto 2017) che, introducendo il comma 3-bis dell'art. 603 c.p.p. ha inteso tradurre in una norma i risultati del percorso interpretativo giurisprudenziale (la sentenza Troise ha riconfermato, a fronte del testo della novella legislativa, tutti gli approdi interpretativi delle Sezioni Unite), mi potrei limitare ad una neutra esegesi della "trilogia" e del testo della normativa, sopravvenuta tra la sentenza Patalano e la sentenza Troise, ma credo sia necessario porsi la domanda se il dibattito possa dirsi veramente chiuso o se, invece, lo scopo perseguito dalle Sezioni Unite, con ben tre sentenze consecutive, di una rivisitazione di sistema del nostro processo penale non abbia sollevato più problemi di quelli che abbia risolto.

Mi limiterò a segnalare tali problemi e ad indicare, là dove possibile, percorsi di soluzione.

(*) Il contributo costituisce il testo della relazione svolta al corso di formazione *"Il contraddittorio: metodo o valore del giusto processo"*, organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura e svoltosi a Siracusa dal 6 all'8 giugno 2018.

Sono necessarie, però, alcune considerazioni preliminari. Il principio della certezza del diritto, riconducibile al principio costituzionale di legalità (art. 25), è certamente fondamentale nel nostro ordinamento, soprattutto con riferimento alle pronunce della Corte di cassazione, alla quale è assegnato il compito di assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale» (art. 65 ord. giud.). Quando, però, si tratta delle Sezioni Unite, dovrebbe essere chiaro che queste non sono composte da magistrati selezionati per "guidare" la giurisprudenza della Corte di cassazione, ma da magistrati di tutte le sezioni penali (art. 170 disp. att. cod. proc. pen.), proprio perché dovrebbe essere l'organo istituzionalmente deputato a comporre e risolvere i dibattiti interni alle sezioni semplici. Ciò dovrebbe comportare la conseguenza che quando viene rimessa alle sezioni unite una specifica questione di diritto, debba essere rispettato il *devolutum* e non possa ritenersi principio vincolante quello che nel contesto motivazionale della sentenza delle sezioni unite non ha stretta attinenza con il *devolutum*, soprattutto quando altri principi di diritto sparsi nella motivazione non siano il frutto di una attenta analisi della giurisprudenza in materia, che sia stata oggetto di preventivo confronto, ma siano in contrasto con prevalente o addirittura costante giurisprudenza, senza che sul punto specifico vi sia stata una rimessione alle sezioni unite, le quali, in tal modo, perverrebbero, non a risolvere un dibattito giurisprudenziale al fine di conferire certezza di interpretazione, ma a recidere la possibilità dello stesso dibattito.

Tali considerazioni assumono ancora più rilevanza a seguito della introduzione, per effetto della legge 23 giugno 2017, n. 103, del comma 1-*bis* dell'art. 618 c.p.p., che vincola le sezioni semplici che ritengano di non condividere un principio di diritto enunciato dalla Sezioni Unite, di rimettere a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso. In dottrina è stato segnalato¹ che un vincolo rigido al precedente sarebbe di dubbia compatibilità con l'art. 101 Cost., ma quello che è certo è che tale vincolo legislativamente previsto pone il problema dei confini degli interventi delle sezioni unite. Anche nel processo civile in cassazione, dove era già previsto analogo vincolo (art. 374, comma 3 c.p.c.), le sezioni semplici avevano evidenziato² la «necessità di un'applicazione in senso costituzionalmente orientato, entro confini rigorosi e con speculare esclusione del carattere vincolante di enunciazioni di carattere concettuale o dottrinario» al fine di evitare «un'acritica imitazione coatta del precedente, in ogni sua statuizione, pur se collaterale alla vera *ratio decidendi*». La stessa dottrina citata invita le Sezioni Unite ad esercitare «con parsimonia» il suo rafforzato potere.

Ci si domanda: è stato esercitato con parsimonia questo potere dalle Sezioni Unite Dasgupta, che, investita del solo contrasto di giurisprudenza sulla possibilità di rilevare d'ufficio il mancato rispetto dei parametri di legalità convenzionale in materia di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale reinterpreta l'intero codice di procedura

¹ D. PULITANÒ, Quale giudice supremo in materia penale?, in *Questione giustizia*, fasc. 3/2017.

² Cass. Sez. I n. 16048 del 29 luglio 2015. Lo stesso Pulitanò, richiamando la sentenza della Corte costituzionale n. 230 del 2012, osserva che le Sezioni Unite sono «dentro, e non sopra, il dispiegarsi del confronto sulle interpretazioni della legge» (in *Questione giustizia*, fasc. 2/2017, *Il giudice supremo e la legge penale*).

penale alla luce del canone dell’“al di là di ogni ragionevole dubbio” fissando un catalogo di regole che il giudice di merito dovrebbe rispettare?; oppure dalle Sezioni Unite Patalano, che sul tema dell’obbligo della rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale nel giudizio abbreviato pur di riaffermare un principio incidentalmente pronunciato dalla Dasgupta, contrario alla costante giurisprudenza che si era espressa fino a quel momento e contrastata successivamente da una sezione semplice³ e da una ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite di altra sezione semplice, si limita ad affermazioni che non esiterei a definire apodittiche?; oppure dalle Sezioni Unite Troise, che si autoinvestono, attraverso l’ufficio spoglio, che è sotto la direzione del Primo Presidente, dell’esame del principio di diritto fissato da una sezione semplice⁴ e così formulato: «l’art. 603, comma 3, c.p.p. in applicazione dell’art. 6 CEDU deve essere interpretato nel senso che il giudice di appello per pronunciare sentenza di assoluzione in riforma della condanna del primo giudice deve previamente rinnovare la prova testimoniale della persona offesa, allorché, costituendo prova decisiva, intenda valutarne diversamente la attendibilità, a meno che tale prova risulti travisata per omissione, invenzione o falsificazione», mentre la motivazione dell’autoinvestitura è il possibile contrasto di giurisprudenza che avrebbe potuto sorgere, così che si ritiene di esaminare quel principio di diritto in un processo dove non viene in questione il problema della rinnovazione della prova testimoniale della persona offesa semplicemente perché questa è vittima del reato di omicidio e la sentenza Troise quindi formula una serie di principi di diritto che non hanno altro scopo che completare la trilogia senza alcuna attinenza con la fattispecie concreta?; o, infine, dal provvedimento del Primo Presidente, pronunciato successivamente all’udienza del procedimento Troise, che ha restituito gli atti di un processo alla sezione remittente⁵, che dubitava della continuità della interpretazione favorevole alla rinnovazione del dibattimento nel giudizio abbreviato dopo l’intervento legislativo sull’art. 603 comma 3-bis, c.p.p., invitando la stessa sezione a leggere la sentenza Troise di cui, peraltro, non era ancora stata depositata la motivazione e che neppure era stata chiamata a pronunciarsi sul punto?

2. Le conseguenze della ricostruzione di sistema operata dalle Sezioni unite.

Bisogna premettere che la Corte di cassazione aveva avviato un immediato processo conformativo dello statuto della prova dichiarativa nel giudizio di secondo grado alla *ratio decidendi* emergente dalla giurisprudenza della Corte Edu e che, pertanto, sul punto nessuna sostanziale innovazione ha apportato la sentenza Dasgupta, la quale, peraltro, ha tratto spunto dalla giurisprudenza della CEDU per una rivisitazione di sistema del processo penale alla luce del canone “al di là di ogni

³ Sez. 3, n. 43242 del 12/07/2016.

⁴ Sez. 2, n. 41571 del 20/06/2017.

⁵ Sez. 2, ord. n. 55419 del 08/11/2017.

ragionevole dubbio”, inserito nel comma 1 dell’art. 533 c.p.p. ad opera della legge 20 febbraio 2006, n. 46, ritenuto «criterio generalissimo nel processo penale, direttamente collegato al principio costituzionale della presunzione di innocenza» (sent. Troise).

Leggiamo, pertanto, nelle citate sentenze le seguenti affermazioni: «canone al di là di ogni ragionevole dubbio, dovere di rinnovazione dell’istruzione dibattimentale e limiti alla *reformatio in peius* si saldano sul medesimo asse cognitivo e decisionale»; «la decisione assolutoria del primo giudice è sempre tale da ingenerare la presenza di un dubbio sul reale fondamento dell’accusa»; «il giudice di appello non ha di per sé, in base alla sua costituzione e all’ordinamento giudiziario, una autorevolezza maggiore di quello di primo grado», con la conseguenza che il dubbio sull’innocenza dell’imputato può essere superato solo impiegando «il metodo migliore per la formazione della prova, quello epistemologicamente più affidabile, consistente nell’oralità nella riassunzione delle prove rivelatesi decisive», così da configurare il giudizio di appello come un «nuovo giudizio».

Sulla base di tali affermazioni di principio la sentenza Dasgupta ritiene di rispondere al quesito di diritto (l’unico che le era stato sottoposto, peraltro con ordinanza di trasmissione favorevole alla rilevabilità d’ufficio) sulla rilevabilità d’ufficio del mancato rispetto da parte del giudice di appello del dovere di procedere alla rinnovazione delle fonti dichiarative in vista di una *reformatio in peius*, nel senso che il mancato rispetto del canone di giudizio “al di là di ogni ragionevole dubbio” integra un vizio di motivazione rilevabile d’ufficio; a tal fine è sufficiente che «l’imputato nell’atto di ricorso attacchi il punto della sentenza contenente l’affermazione della responsabilità penale e si dolga di una errata valutazione delle risultanze probatorie». Ebbene, un primo problema: è stato configurato un inedito vizio di motivazione rilevabile d’ufficio che rischia di porre le basi per snaturare le caratteristiche del giudizio di cassazione quale giudizio di legittimità, ma soprattutto come si concilia la genericità della richiesta dell’imputato, ritenuta sufficiente a sollecitare una rilevabilità d’ufficio del vizio, con le caratteristiche di specificità che deve avere l’impugnazione soprattutto alla luce dei nuovi più stringenti requisiti di specificità richiesti dalla riforma Orlando? Perché l’imputato può limitarsi ad una generica doglianza di errata valutazione delle risultanze probatorie, mentre l’impugnazione del pubblico ministero è legata a rigidi requisiti di specificità? Non sarebbe stato più coerente al sistema affermare la rilevabilità d’ufficio su altre basi, come ad esempio quelle suggerite dalla stessa ordinanza di rimessione?⁶

⁶ L’ordinanza (Sez. 2, n. 2259 del 26/11/2015, dep. 26/01/2016) «valorizza la necessità che il processo si svolga in coerenza con le indicazioni della Corte europea dei diritti umani, evitando di “ridurre” il mancato rispetto del divieto di *overturning* su prova dichiarativa cartolare ad una mera violazione di legge. Nella scala delle fonti disegnata dalla Corte costituzionale (a partire dalle sentenze gemelle nn. 347 e 348 del 2007, fino alla recente sentenza n. 49 del 2015) la Convenzione, come interpretata dalla Corte di Strasburgo è una fonte normativa sovra-legislativa, sebbene sub-costituzionale; il rispetto dei parametri convenzionali non potrebbe, pertanto, ridursi ad una mera violazione di legge ed assorbire, in tal modo, lo statuto processuale delle impugnazioni, che prevede per le violazioni che non determinano inutilizzabilità o nullità assolute, il rigoroso rispetto della catena devolutiva [.....] il mancato rispetto delle indicazioni convenzionali produce l’effetto di immettere nell’ordinamento un prodotto “precario”, caducabile con

Le conseguenze della nuova impostazione sistematica delle Sezioni Unite sono molteplici, poiché da essa prende le mosse la sentenza Dasgupta per formulare in motivazione un catalogo di regole alle quali deve attenersi il giudice di merito:

– È affetta da vizio di motivazione, per mancato rispetto del canone di giudizio "al di là di ogni ragionevole dubbio", la sentenza di appello che, su impugnazione del pubblico ministero, affermi la responsabilità dell'imputato, in riforma di una sentenza assolutoria emessa all'esito di un giudizio abbreviato non condizionato, operando una diversa valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, senza che nel giudizio di appello si sia proceduto all'esame delle persone che abbiano reso tali dichiarazioni.

– Proprio in quanto non viene in questione il principio del "ragionevole dubbio", non può condividersi l'orientamento secondo cui anche in caso di riforma della sentenza di condanna in senso assolutorio il giudice di appello, al di là di un dovere di "motivazione rafforzata", deve previamente procedere a una rinnovazione della prova dichiarativa.

– L'obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa da parte del giudice di appello riguarda non solo quelle assunte nel corso del dibattimento, ma eventualmente anche in sede di incidente probatorio.

– L'esigenza di rinnovazione della prova dichiarativa non consente distinzioni a seconda della qualità soggettiva del dichiarante, sia esso testimone "puro" (art. 197 c.p.p.) o testimone "assistito" (art. 197-bis c.p.p.). Ma a simile conclusione deve pervenirsi anche in caso di dichiarazioni di coimputato in procedimento connesso (art. 210 c.p.p.) o di coimputato nello stesso procedimento (art. 503 c.p.p.), fermo restando che l'eventuale rifiuto di sottoporsi ad esame non potrà comportare conseguenze pregiudizievoli per l'imputato prosciolto in primo grado, cui va conservato il diritto di confrontarsi con la prova dichiarativa, la quale, nella valutazione del primo giudice, non era stata considerata concludente per l'affermazione della sua responsabilità penale. Discorso analogo è da fare per le dichiarazioni rese dall'imputato in causa propria: fermo restando che, ove anche su esse si sia basata la pronuncia assolutoria, dovendo in tal caso il giudice di appello promuovere un nuovo esame dell'imputato, dal rifiuto di questo di sottoporvisi non potrebbe conseguire, evidentemente, alcuna preclusione all'accoglimento della impugnazione, perché ciò equivarrebbe ad attribuire all'imputato il potere di condizionare potestativamente l'esito del processo.

– Può accadere che la rinnovazione in appello della prova dichiarativa si riveli impossibile, ad esempio per irreperibilità, infermità o decesso del soggetto da esaminare. Ma anche in questi casi, salva l'applicabilità nel giudizio di appello dell'art. 467 c.p.p. per l'assunzione urgente delle prove "non rinviabili", non vi sono ragioni per ritenere consentito un ribaltamento del giudizio assolutorio ex actis. Resta fermo il dovere del giudice di accertare sia la effettiva sussistenza della causa preclusiva della nuova audizione sia che la sottrazione all'esame non dipenda dalla volontà di favorire l'imputato o da condotte illecite poste in essere da terzi, essendo in tal caso il giudice legittimato a fondare il proprio convincimento sulle precedenti dichiarazioni.

l'esperimento di un eventuale ricorso innanzi alla Corte europea. Questo potrebbe essere proposto essendo sufficiente che la parte interessata abbia comunque impugnato la decisione a lei sfavorevole affinché possa dirsi osservato, secondo la giurisprudenza della Corte Edu il requisito del previo esaurimento dei rimedi interni».

– Anche per quanto riguarda, in particolare, la figura del soggetto vulnerabile (come per i minori, soprattutto se vittime di reati) non sussistono valide ragioni per ritenere inapplicabile la preclusione di un ribaltamento ex actis del giudizio assolutorio. Peraltro, in questa speciale situazione è rimessa 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.

3. Il ragionevole dubbio.

La sentenza Dasgupta afferma esplicitamente che le conseguenze applicative che essa trae dal canone “al di là di ogni ragionevole dubbio” hanno la finalità di introdurre un “contrappeso” alla sentenza n. 26 del 2007 della Corte costituzionale che aveva ripristinato l'ampia facoltà di appello del pubblico ministero contro le sentenze di proscioglimento, e la sentenza Patalano, nell'estendere anche al giudizio abbreviato l'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in caso di *reformatio in peius*, ammette esplicitamente che tale obbligo “discende non tanto e non solo dalla necessità di una interpretazione adeguatrice rispetto ai principi della CEDU, come espressi dalla Corte di Strasburgo, ma, prima ancora, dal rispetto del criterio generalissimo” espresso dal canone “al di là di ogni ragionevole dubbio”.

Ebbene, da un lato, non sembra che sia compito della Corte di cassazione, neppure a Sezioni Unite, quello di fare da “contrappeso” alle sentenze della Corte costituzionale, dall'altro lato, occorre osservare che, seppure riconducibile alla norma costituzionale (art. 27) secondo la quale l'imputato non è considerato colpevole fino alla sentenza definitiva, la norma di cui all'art. 533 comma 1 c.p.p. rimane pur sempre una norma di legge ordinaria, sulla base della quale, quindi, nessuna modifica di sistema è possibile, soltanto le norme della Convenzione EDU così come interpretate dalla Corte EDU, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, assumono un valore sub-costituzionale ma sovra-legislativo, che consentono di piegare il dato normativo interno verso significati diversi da quelli originariamente prefigurati dal legislatore nazionale. Non vi è dubbio, invece, che lo scopo delle Sezioni Unite è stato quello di piegare il dato normativo verso significati diversi da quelli originariamente prefigurati dal legislatore nazionale.

Ciò è dimostrato anche dal carattere pervasivo del c.d. criterio generalissimo del ragionevole dubbio, tanto da essere utilizzato dalla giurisprudenza che intende porsi sulla scia delle Sezioni Unite finanche nel giudizio cautelare, con riferimento al quale si è ritenuto, secondo un orientamento giurisprudenziale, che la nozione di indizio contenuta nell'art. 273, comma 1, va intesa come «prognosi di condanna futura» o come «qualificata probabilità di colpevolezza» e rappresenta l'oggetto stesso del giudizio cautelare, la cui sussistenza va dimostrata utilizzando il criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio. A differenza che nel giudizio di cognizione, in cui il canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio è funzionale all'accertamento della responsabilità

dell'imputato, nel giudizio cautelare lo stesso canone è in funzione della dimostrazione della probabilità di colpevolezza dell'indagato⁷. Tale giurisprudenza, però, da un lato non offre argomenti per spiegare la ragione per la quale il criterio dell'“oltre ogni ragionevole dubbio” previsto dal legislatore con riferimento al giudizio di cognizione (art. 533) si applichi anche al giudizio cautelare, dall'altro lato, si pone in contrasto con numerosi arresti giurisprudenziali, anche delle Sezioni Unite, secondo le quali l'applicazione della misura cautelare personale è subordinata, in primo luogo, alla condizione della sussistenza di gravi indizi di colpevolezza, per tali intendendosi, per consolidata giurisprudenza, tutti quegli elementi a carico, di natura logica o rappresentativa che – contenendo *in nuce* tutti o soltanto alcuni degli elementi strutturali della corrispondente prova – non valgono, di per sé, a provare oltre ogni dubbio la responsabilità dell'indagato e tuttavia consentono, per la loro consistenza, di prevedere che, attraverso la futura acquisizione di ulteriori elementi, saranno idonei a dimostrare tale responsabilità, fondando nel frattempo una qualificata probabilità di colpevolezza⁸.

Ben diverso è il principio testualmente affermato dalla Corte di Strasburgo: «Se una Corte d'Appello è chiamata esaminare un caso in fatto e in diritto e a compiere una valutazione completa della *questione della colpevolezza o dell'innocenza* del ricorrente, essa non può, per una questione di equo processo, determinare correttamente tali questioni senza una valutazione diretta delle prove [...] La Corte ritiene che coloro che hanno la responsabilità di decidere la *colpevolezza o l'innocenza* di un imputato dovrebbero, in linea di massima, poter udire i testimoni personalmente e valutare la loro attendibilità. La valutazione dell'attendibilità di un testimone è un compito complesso che generalmente non può essere eseguito mediante una semplice lettura delle sue parole verbalizzate». Non vi è dubbio che la Corte di Strasburgo basi la sue pronunce sul principio di immediatezza, mentre conosce e utilizza la regola della prova al di là di ogni ragionevole dubbio solo al fine di stabilire i requisiti minimi dell'obbligo di motivazione delle sentenze che l'equo processo pone in capo ai giudici, in assonanza con il concetto di motivazione rafforzata elaborato dalla giurisprudenza italiana: la portata dell'obbligo dipende dalla natura della decisione e dalle circostanze di ogni singolo caso⁹. D'altro canto, lo statuto convenzionale della rinnovazione istruttoria in appello non è rigido, ma va valutato, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, nel complesso del singolo procedimento: la violazione dell'art. 6 CEDU non sussiste – come ha riconosciuto la Corte nel recente caso Kashlev c. Estonia, 26

⁷ Sez. 6, n. 35243 de 16/03/ 2017.

⁸ Sez. Un., n. 11 del 21/04/1995; nonché, da ultimo, Cass. II, n. 28865/2013). È stato osservato che insuperabili ragioni di ordine logico e sistematico non consentono l'estensione dell'art. 533 alla materia cautelare, non solo perché si tratta di norma volta a disciplinare il giudizio di merito, ma anche perché l'incompletezza dell'accertamento nella fase cautelare preclude la trasposizione in questa di principi propri del giudizio di merito che viene espresso all'esito del formarsi questa di principi propri del giudizio di merito che viene espresso all'esito del formarsi della prova in dibattimento: appare concreto il rischio di una non coerente applicazione del criterio risolutore del fatto incerto al di fuori dei confini fisiologici del giudizio di merito (Sez. 2, n. 12851 del 07/12/2017 – dep. 20/03/2018).

⁹ Caso Ajdaric c. Croazia del 13/12/2011.

aprile 2016 – quando la rinnovazione non si è tenuta ma l'ordinamento comunque assicura *adeguate garanzie contro arbitrarie o irragionevoli valutazioni della prova o ricostruzioni dei fatti* (§ 50), come l'obbligo per il giudice di appello di esporre *una motivazione particolarmente approfondita* sulle ragioni del mutato apprezzamento delle risultanze processuali, con l'evidenza degli errori compiuti dal giudice di primo grado, e la previsione di un controllo sul rispetto di quell'obbligo (§ 51). Sulla necessità di valutazione della "complessiva equità del processo" si è espressa anche la Grande Camera: Schatschaschwili c. Germania del 15 dicembre 2015. Le più recenti sentenze Kashlev c. Estonia Sez. II 26 aprile 2016 e Chiper c. Romania Sez. IV 27 giugno 2017, individuano i casi in cui la motivazione rafforzata può sostituire l'obbligo di rinnovazione in seguito all'appello del proscioglimento.

La sentenza Troise afferma che il principio di immediatezza ha carattere "recessivo" «là dove, come nel caso di riforma di una sentenza di condanna, il principio del ragionevole dubbio non venga in questione». Ancora una volta, però, le Sezioni Unite pongono a fondamento del nostro sistema processuale, con valore preminente, il canone "al di là di ogni ragionevole dubbio" per la considerazione della sua riconducibilità al principio costituzionale della presunzione di innocenza, senza considerare che anche il principio di immediatezza trova il suo referente nell'art. 111, comma 3, Cost. (così Corte cost. n. 205 del 2010), ma, per di più, essendo stato riconosciuto come principio fondamentale dalla giurisprudenza della Corte EDU assume un carattere sovra-legislativo ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost. che il suddetto canone non possiede.

Inoltre, la Sezioni Unite non prendono in esame quelli che devono essere considerate le basi costituzionali del nostro sistema processuale.

In verità, il "dubbio" posto a fondamento di una sentenza di assoluzione non è una situazione psicologica del giudice, ma l'esito di un percorso argomentativo che rispetti rigorosamente le regole della logica e si basi su elementi processualmente emersi e correttamente valutati singolarmente e nella loro connessione. D'altro canto, il principio costituzionale secondo il quale «i magistrati si distinguono tra loro soltanto per diversità di funzioni» (art. 107, comma 3) è stato formulato in una prospettiva ordinamentale, mentre per quanto riguarda il sistema processuale, questo postula una differenziazione che si riconnette ai tre gradi della giurisdizione previsti dall'ordinamento processuale, preordinata ai fini di giustizia ed alla esigenza di esattezza delle decisioni, in vista del raggiungimento della verità processuale e per l'attuazione del principio di legalità (Corte cost. n. 168 del 1963). In tale ottica, deve ritenersi, in conformità a quanto affermato dalla Corte costituzionale, che «la sussistenza o meno della colpevolezza dell'imputato "al di là di ogni ragionevole dubbio" rappresenti *«la risultante di una valutazione: e la previsione di un secondo grado di giurisdizione di merito trova la sua giustificazione proprio nell'opportunità di una verifica piena della correttezza delle valutazioni del giudice di primo grado, che non avrebbe senso dunque presupporre esatte, equivalendo ciò a negare la ragione stessa dell'istituto dell'appello»*; pertanto, il canone "al di là di ogni ragionevole dubbio", rappresentando la risultante di una valutazione, non incide sul giudizio di "certezza" che i diversi gradi di giurisdizione mirano a rafforzare, indipendentemente dai diversi approdi decisori, di

colpevolezza o di innocenza, dei distinti giudizi. *«In tale ottica, l'iniziativa del pubblico ministero volta alla verifica dei possibili (ed eventualmente, anche evidenti) errori commessi dal primo giudice, nel negare la responsabilità dell'imputato, non può qualificarsi, in sé, "persecutoria"; essa ha, infatti, come scopo istituzionale quello di assicurare la corretta applicazione della legge penale nel caso concreto e – tramite quest'ultima – l'effettiva attuazione dei principi di legalità e di eguaglianza, nella prospettiva della tutela dei molteplici interessi, connessi anche a diritti fondamentali, a cui presidio sono poste le norme incriminatrici»* (così Corte cost. n. 26 del 2007).

Mentre la Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo all'art. 6, con riferimento all'"equo processo" afferma un "diritto" che ogni persona ha «a che la sua causa sia esaminata, equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente ed imparziale» (§ 1) in particolare specificando questo diritto in quello di «esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico» (§ 3 lett. d), la nostra Costituzione, a seguito delle modifiche apportate dalla I. cost. 23 novembre 1999, n. 2, all'art. 111 Cost. stabilisce che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge» (comma 1) e che «il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova» (comma 4). Già la Corte costituzionale aveva osservato che il "giusto processo" è una «formula in cui si compendiano i principi che la Costituzione detta in ordine tanto ai caratteri della giurisdizione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio» (Corte cost. n. 131 del 1996). Ebbene, l'intervento legislativo di modifica costituzionale ha certamente privilegiato l'aspetto oggettivo del giusto processo, poiché la collocazione nella Sezione II relativa alle "Norme sulla giurisdizione" del Titolo IV della Parte II "Ordinamento della Repubblica" e non nella Parte I "Diritti e doveri dei cittadini" individua il principio stesso, prima ancora che come una pretesa di parte, come un'esigenza obiettiva ed irrinunciabile dell'ordinamento costituzionale.

L'affermazione delle Sezioni Unite che «la decisione assolutoria del primo giudice è sempre tale da ingenerare la presenza di un dubbio sul reale fondamento dell'accusa» oltre a contrastare con le caratteristiche del nostro sistema costituzionale e processuale è anche contraria alla comune esperienza, che segnala sentenze di primo grado del tutto apodittiche, incomplete nell'esame del materiale probatorio, ovvero puramente elencative delle fonti di prova¹⁰, o, infine, addirittura del tutto prive di motivazione¹¹, tanto che la sentenza Patalano ha sentito la necessità di correggere

¹⁰ Come dimostra la seguente massima: «Il principio di necessaria riassunzione in appello della prova dichiarativa, la cui diversa e positiva valutazione di attendibilità abbia determinato la riforma della decisione assolutoria di primo grado e la pronuncia di una sentenza di condanna, non si applica nell'ipotesi di motivazione generica della sentenza del primo giudice, che non contenga valutazioni specifiche sull'attendibilità delle dichiarazioni utilizzate, ma si limiti a riportarne il contenuto, dovendo ritenersi, in tal caso, che difetti il presupposto applicativo del principio, e cioè l'esistenza di una effettiva valutazione negativa sull'attendibilità della prova dichiarativa da parte del giudice di primo grado» (Sez. 5, n. 12783 del 24/01/2017)

¹¹ Tanto numerosi i casi di mancanza di motivazione che è stato necessario un intervento delle Sezioni Unite per chiarire quali fossero le conseguenze processuali: «La mancanza assoluta di motivazione della

parzialmente il tiro, quando ha affermato il giudice d'appello che intenda procedere alla *reformatio in peius* di una sentenza assolutoria di primo grado, emessa all'esito di giudizio ordinario o abbreviato, non ha l'obbligo di rinnovare la prova dichiarativa decisiva qualora emerga che la lettura della prova compiuta dal primo giudice sia affetta da errore revocatorio, per omissione, invenzione o falsificazione, ma questa è solo una parte della realtà giurisprudenziale che emerge dalle sentenze di primo grado¹².

4. Giusto processo e riforma della sentenza di assoluzione.

Se si ritiene che il «metodo di assunzione della prova epistemologicamente più affidabile» sia quello dell'oralità, come afferma la sentenza Patalano, non si vede perché questo metodo non possa essere adottato sempre dal giudice dell'impugnazione a fini di giustizia e di certezza della decisione e a presidio delle esigenze di legalità a

sentenza non rientra tra i casi, tassativamente previsti dall'art. 604 cod. proc. pen., per i quali il giudice di appello deve dichiarare la nullità della sentenza appellata e trasmettere gli atti al giudice di primo grado, ben potendo lo stesso provvedere, in forza dei poteri di piena cognizione e valutazione del fatto, a redigere, anche integralmente, la motivazione mancante. (La Corte ha precisato che la mancanza di motivazione è causa di nullità della sentenza e non invece di inesistenza della stessa)». Così Sez. Un., n. 3287 del 27/11/2008 – dep. 23/01/2009, R., Rv. 24411801).

¹² A conferma che il dibattito non è tra chi vuole dare più garanzie all'imputato e chi vuole darne meno, ma tra chi ritiene che le garanzie del giusto processo siano tutte "tarate" sul "canone al di là di ogni ragionevole dubbio" e chi, invece, ritiene imprescindibili i fini di giustizia e di certezza della decisione, a presidio delle esigenze di legalità, la citata sentenza n. 41571/2017 aveva rilevato: «Il rispetto del principio della motivazione rafforzata può condurre anche a conseguenze più favorevoli per l'imputato rispetto all'applicazione del principio di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale basato soltanto sul ragionevole dubbio. Infatti, l'adempimento dell'obbligo da parte del giudice di appello di rinnovare l'istruttoria dibattimentale per assumere nuovamente una prova dichiarativa ritenuta decisiva, non deve indurre alla convinzione che in tal modo lo stesso giudice possa ritenere che la sua sentenza sarà immune da censure sotto il profilo della necessità di motivazione rafforzata. Il controllo della Corte di cassazione rimarrà comunque fermo, non solo sulla effettiva decisività della prova in tal modo assunta nell'ambito della struttura motivazionale del giudice di appello, ma anche sulla tenuta motivazionale complessiva della sentenza dello stesso giudice rispetto alla motivazione del giudice di primo grado, rimanendo immutato il dovere del secondo giudice «di confutare specificamente i più rilevanti argomenti della motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza o incoerenza, tali da giustificare la riforma del provvedimento impugnato». Quanto ora chiarito ha rilevanza in ordine all'esito decisorio del ricorso per cassazione, nel caso di accoglimento del motivo concernente proprio la violazione dell'obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva. Infatti la violazione di quell'obbligo dovrebbe condurre all'annullamento con rinvio della sentenza impugnata al fine di procedere alla rinnovazione imposta dai principi di legalità convenzionale, ma la decisione della Corte di cassazione potrebbe essere anche di annullamento senza rinvio, nel caso in cui lo stesso giudice non abbia argomentato su tutti i passaggi motivazionali del primo giudice e su tutti i risultati probatori dallo stesso utilizzati, in modo da rendere inutile un rinvio, non potendo la semplice rinnovazione della prova testimoniale, pur ritenuta decisiva dal secondo giudice, condurre ad un risultato decisorio diverso da quello già adottato dal primo giudice il cui percorso argomentativo non risulterebbe comunque scalfito in maniera determinante (v. in tal senso: Sez. 2, n. 1673 del 18/10/2016 – dep. 13/01/2017, P.G. in proc. Chan Mei Yu e altro, Berlusconi e altri)».

prescindere dagli esiti decisori. Né vale a spiegare una diversità di metodo in relazione all'esito decisorio del primo giudice la riconduzione del canone del ragionevole dubbio alla presunzione di innocenza, perché questa vale "sino alla condanna definitiva", cioè fino a quando non è completato il percorso che consente di raggiungere la verità processuale e fino a quando il sistema processuale non ha esaurito tutti i sistemi di controllo della legalità della decisione¹³.

La sentenza Troise afferma¹⁴ che «l'estensione dell'obbligo di motivazione, in caso di totale riforma in grado di appello, si atteggia diversamente a seconda che si verta nell'ipotesi di sovvertimento della sentenza assolutoria ovvero in quella della totale riforma di una sentenza di condanna. Mentre nel primo caso, infatti, al giudice d'appello si impone l'obbligo di argomentare circa la plausibilità del diverso apprezzamento come l'unico ricostruibile al di là di ogni ragionevole dubbio, in ragione di evidenti vizi logici o inadeguatezze probatorie che abbiano inficiato la permanente sostenibilità del primo giudizio, per il ribaltamento della sentenza di condanna, al contrario, il giudice d'appello può limitarsi a giustificare la perdurante sostenibilità di ricostruzioni alternative del fatto, sulla base di un'operazione di tipo essenzialmente demolitivo». Ma anche ciò ammesso, domando alla coscienza giuridica del giudice, anzi semplicemente alla coscienza del giudice, se a fronte di una sentenza di condanna in primo grado a seguito di un'operazione di tipo demolitivo sorge un "ragionevole dubbio", ma vi è la possibilità di superare questo dubbio nel senso della certezza dell'innocenza o della definitiva conferma della colpevolezza, cosa decide di fare? fermarsi al dubbio o adottare quello che è il metodo epistemologicamente più affidabile cioè la rinnovazione della prova dichiarativa decisiva?¹⁵

La sentenza Troise, nata con l'intento di contrastare la citata sentenza Sez. 2, n. 41571 del 20/06/2017, che, peraltro, mai aveva affermato in caso di riforma *in melius* l'obbligo di rinnovare totalmente l'istruttoria dibattimentale, ma solo l'obbligo di

¹³ Anche in questo caso la giurisprudenza precedente alla sentenza Dasgupta aveva accolto, senza contrasti, il principio del rinnovo della prova dichiarativa della persona offesa in caso di proscioglimento in appello (Sez. 2, n. 32619 del 24/04/2014; Sez. 2, n. 50643 del 18/11/2014; Sez. 3, n. 42982 del 26/10/2015; Sez. 2, n. 36434 del 21/07/2015; Sez. 5, n. 36208 del 13/02/2015; Sez. 5, n. 42389 del 11/05/2015). Solo la giurisprudenza successiva aveva, invece, ritenuto di dovere aderire al diverso enunciato formulato in via incidentale nella motivazione della sentenza Dasgupta.

¹⁴ È stato osservato che «le Sezioni Unite hanno stranamente dimenticato di citare la sentenza capostipite del *case law* convenzionale sul contraddittorio in secondo grado: la sentenza Ekbatani, con cui la Corte europea si era occupata dell'appello contro una sentenza di condanna, ritenendo l'audizione dei testimoni comunque necessaria» (V. AIUTI, [Appello della condanna e rinnovazione istruttoria](#), in questa Rivista, fasc. 5/2018, p. 35 ss.).

¹⁵ In dottrina è stato osservato che la giurisprudenza delle Sezioni Unite «associando rinnovazione dibattimentale e impugnazione della pubblica accusa, nega di fatto la stessa tutela all'appello proposto dall'imputato contro la sentenza di condanna; è vero che «la conversione di una condanna in assoluzione può realizzarsi con un'attività essenzialmente demolitiva», ma non è detto che, per ribaltare la decisione di primo grado, non serva in qualche caso riacquisire la prova dichiarativa controversa; tutto sta a capire quale tipo di "ragionevole dubbio" si sta inoculando nella ricostruzione del primo giudice» (G. DALIA, *Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio*, Cedam, 2018).

rinnovare la testimonianza della persona offesa ritenuta inattendibile dal secondo giudice, perviene, però, alla fine ad un risultato interpretativo che, sotto un certo profilo, va oltre la sentenza criticata. Il principio di diritto affermato è il seguente: *"Nell'ipotesi di riforma in senso assolutorio di una sentenza di condanna, il giudice di appello non ha l'obbligo di rinnovare l'istruzione dibattimentale mediante l'esame dei soggetti che hanno reso dichiarazioni ritenute decisive ai fini della condanna di primo grado. Tuttavia, il giudice di appello (previa, ove occorra, rinnovazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva ai sensi dell'art. 603 c.p.p.) è tenuto ad offrire una motivazione puntuale e adeguata della sentenza assolutoria, dando una razionale giustificazione della difforme conclusione adottata rispetto a quella del giudice di primo grado"*. Ebbene, se colleghiamo tale principio con quello poco prima riconosciuto nella stessa sentenza (e che era proprio alla base della sentenza n. 41571/2017) secondo cui i poteri integrativi ad iniziativa officiosa del giudice sono coessenziali all'esigenza di ricerca della verità, che rappresenta il fine primario ed ineludibile del processo penale, perveniamo alla conclusione che il giudice di appello, anche in una prospettiva decisionale assolutoria, deve dare specifica e congrua motivazione sul punto del mancato rinnovo della prova dichiarata ritenuta decisiva, incorrendo, altrimenti, in un vizio di motivazione, censurabile in cassazione.

Per quanto riguarda la persona offesa, la cui prova dichiarativa era l'unica che la citata sentenza n. 41571/2017 aveva ritenuto fosse obbligatoriamente da rinnovare nel caso in cui il giudice di appello avesse effettuato una diversa valutazione di attendibilità rispetto al primo giudice al fine di pervenire ad una pronuncia assolutoria, non appare pertinente il richiamo fatto dalla sentenza Troise, per contrastare quella decisione, alle più recenti decisioni della Corte EDU, che ritengono non sussistente un obbligo perentorio di nuova escussione dei testimoni la cui credibilità sia stata rivalutata nel contesto del giudizio di impugnazione, dovendosi effettuare un ponderato bilanciamento dei diversi indici di complessiva equità del procedimento: non si vede, infatti, perché queste pronunce non possano essere utilizzate per attenuare anche l'obbligo che le Sezioni Unite ritengono, invece, generalizzato e inderogabile con riferimento alla pronuncia di condanna, utilizzando parametri che, come ho detto, non hanno valenza di parametri di costituzionalità. Neppure è pertinente l'affermazione che l'imputato e la parte civile esprimono situazioni soggettive non omologabili e che, pertanto, è possibile una distribuzione asimmetrica delle facoltà e dei poteri processuali delle parti, in primo luogo perché la prospettiva della sentenza n. 41571/2017 è quella della salvaguardia dell'interesse collettivo al processo fondato su prove affidabili, vale a dire: oralità, contraddittorio, immediatezza come garanzie oggettive coessenziali al processo, in secondo luogo, perché il diritto della persona offesa è limitato al rinnovo in appello della propria prova dichiarativa ritenuta decisiva e non si estende al diritto al rinnovo di tutte le prove dichiarative ritenute decisive, come, invece, ha diritto l'imputato: così che la asimmetria risulta rispettata e si dà attuazione alla giurisprudenza EDU che impone una particolare tutela per la vittima

del reato, non solo in applicazione dell'art. 6 CEDU¹⁶, ma anche dell'art. 3 CEDU avendo la Corte di Strasburgo ravvisato nella mancata punizione in sede penale dei colpevoli dell'atto criminoso un trattamento disumano e degradante nei confronti della vittima del reato, pur risarcita in sede civile¹⁷; è evidente, pertanto, che può ritenersi tutelato a livello convenzionale l'interesse individuale della vittima all'accertamento della responsabilità. Con riferimento alla vittima del reato, del resto, l'art. 10 della direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012, recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 15 ottobre 2015, n.212, garantisce che "possa essere sentita nel corso del procedimento penale e possa fornire elementi di prova": come si può ritenere che tale diritto sia garantito se il giudice di secondo grado, a sorpresa e senza rinnovo della sua prova dichiarativa, perviene a ritenerla inattendibile sulla base di un esame cartolare e senza consentirgli di fornire eventualmente ulteriori elementi di prova? Pertanto, sarebbe ipotizzabile una questione di costituzionalità dell'art. 603 c.p.p., con riferimento all'art. 117 cost. così come interpretato dalle Sezioni Unite che esclude nella prospettiva decisionale assolutoria il rinnovo della prova dichiarativa della persona offesa ritenuta inattendibile dal secondo giudice.

5. Giudizio abbreviato.

La sentenza Patalano, confermata sul punto dalla sentenza Troise, ha affermato che l'assoluzione pronunciata dal giudice di primo grado travalica ogni pretesa di simmetria, così che, secondo le sezioni unite, un giudizio abbreviato in appello a seguito di pronuncia assolutoria in primo grado si configura come un nuovo giudizio, asimmetrico e per nulla toccato dal principio della ragionevole durata del processo¹⁸, mentre in caso di pronuncia assolutoria in secondo grado, dovrebbero essere rispettati: la natura sostanzialmente cartolare del giudizio di appello quale *revisio prioris instantiae*, la simmetria con il primo grado e dovrebbe essere evitato il rischio di una irragionevole diluizione dei tempi processuali. All'evidenza stiamo parlando di un

¹⁶ La Corte EDU, da ultimo, Ben Moumen c. Italia del 23/06/2016⁶ ha ricordato che «nell'esaminare un motivo di ricorso relativo all'articolo 6, la Corte deve in sostanza determinare se il procedimento penale abbia rivestito un carattere equo (si veda, tra molte altre, Taxquet c. Belgio [GC], n. 926/05, § 84, CEDU 2010). Per farlo, essa considera il procedimento nell'insieme e verifica se siano stati rispettati non soltanto i diritti della difesa ma anche l'interesse del pubblico e delle vittime a che gli autori del reato siano debitamente perseguiti (Gggen c. Germania [GC], n. 22978/05, § 175, CEDU 2010) e, se necessario, dei diritti dei testimoni (si vedano, tra moltissime altre sentenze, Doorson c. Paesi Bassi, 26 marzo 1996, § 70, Recueil des arrêts et décisions 1996-11, e Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito [GC], nn. 26766/05 e 22228/06, § 118, CEDU 2011). La Corte rammenta anche in questo contesto che la ricevibilità delle prove è regolata dalle norme di diritto interno ed è di competenza dei giudici nazionali, e che il suo unico compito consiste nel determinare se il procedimento sia stato equo (GMgen, sopra citata, § 162, con i riferimenti ivi citati)».

¹⁷ Alikaj e altri c. Italia del 29/03/2011; Beganovic c. Croazia del 25/06/2009; Kosteckas c. Lituania del 13/06/2017.

¹⁸ Come già detto, la costante giurisprudenza delle Sezioni semplici sia precedente che successiva alla Dasgupta aveva ritenuto l'inapplicabilità al giudizio abbreviato del principio della Convenzione EDU di rinnovazione della prova dichiarativa in appello.

sistema processuale che prevede un “appello a geometria variabile” che non sembra proprio quello pensato dal legislatore, ma è costruito sulla base, come ho detto, di una norma di legge ordinaria quale quella relativa al “ragionevole dubbio”, trascurando non solo i fondamenti costituzionali del nostro ordinamento processuale, ma anche la giurisprudenza della CEDU, che essendosi basata non sul ragionevole dubbio ma sul principio di immediatezza processuale ha attribuito a quest’ultimo, e solo a quest’ultimo, una valenza di parametro di costituzionalità. La Corte di Strasburgo, nel frattempo¹⁹, aveva escluso la violazione dell’art. 6 CEDU in un caso italiano di giudizio abbreviato in cui non era stato ascoltato in appello il consulente tecnico le cui dichiarazioni erano state acquisite al fascicolo prima della richiesta di rito speciale²⁰.

La Corte di appello di Trento, con ordinanza del 20 dicembre 2017, ha sollevato questione di costituzionalità dell’art. 603-bis c.p.p. così come interpretato dalle Sezioni Unite, con riferimento al giudizio abbreviato, per contrasto con gli artt. 111 e 117 Cost.

La Corte di Appello di Palermo, invece, con ordinanza dell’8 febbraio 2018, ha ritenuto manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale con riferimento agli artt. 117, 111, comma 2, 81, comma 3, e 24 Cost.²¹.

Senza entrare nel merito delle questioni di costituzionalità, che richiederebbe un esame approfondito, osservo che l’ordinanza della Corte di appello di Palermo, per superare le questioni di costituzionalità, adotta tra i principali argomenti quelli che attengono al «superiore interesse pubblico all’accertamento della verità» ed all’assenza di un diritto dell’imputato «ad inibire i poteri officiosi del giudice finalizzati alla ricerca della verità ed all’accertamento dei fatti» «men che mai nell’ipotesi di appello del P.M. avverso una sentenza assolutoria». Ma così argomentando, la citata ordinanza, in realtà, non sta applicando i principi delle sezioni unite che ritengono obbligatoria, alla luce del canone generalissimo “al di là di ogni ragionevole dubbio” la rinnovazione della prova dichiarativa decisiva anche nel giudizio abbreviato di appello nella prospettiva decisoria della condanna, ma stanno applicando quella giurisprudenza, ribadita anche di recente²², secondo la quale il giudizio abbreviato non

¹⁹ Corte EDU, 26 settembre 2017, Fornataro c. Italia.

²⁰ La Corte EDU, dopo avere ricordato che secondo la sua costante giurisprudenza «né la lettera né lo spirito dell’articolo 6 della Convenzione impediscono a una persona di rinunciare volontariamente, in modo esplicito o tacito, alle garanzie di un processo equo, ma che tale rinuncia deve essere inequivocabile e non deve essere in contrasto con alcun interesse pubblico importante», osserva, in particolare: «nel caso di specie, il ricorrente ha accettato di essere giudicato esclusivamente sulla base degli elementi raccolti dalle autorità durante le indagini preliminari e ha subordinato il rito abbreviato esclusivamente alla valutazione della capacità di testimoniare del minore e non all’audizione della psicologa. Pertanto, la Corte considera che l’interessato sapesse o avrebbe dovuto sapere, grazie al suo avvocato, che l’udienza preliminare sarebbe stata limitata, in linea di principio, alle richieste delle parti, senza acquisizione di prove o interrogatorio di testimoni [...] In queste circostanze, la Corte ritiene che il ricorrente abbia rinunciato inequivocabilmente al suo diritto di ottenere la citazione in giudizio della psicologa. Non sembra neppure che la causa sollevasse delle questioni di interesse pubblico che si opponessero a una tale rinuncia».

²¹ L’ordinanza si può leggere in questa Rivista, 19 febbraio 2018, con nota di G. LEO, [Nuove risposte della giurisprudenza di merito sulla rinnovazione “obbligatoria” dell’istruttoria in appello](#) (fasc. 2/2018, p. 218 ss.).

²² Sez. III, n. 4186 del 21 settembre 2017, dep. 30 gennaio 2018.

è un giudizio a prova bloccata ma a prova limitata e non possono ritenersi sussistenti preclusioni di natura strutturale o sistematica alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale anche del giudizio d'appello, ciò nel rispetto del disposto letterale del comma 3 dell'art. 603 c.p.p., contenente il richiamo all'assoluta necessità per la decisione e ciò a prescindere dalle finalità (*in bonam* o *in malam partem*) della disposta integrazione probatoria; poiché «l'interesse dell'imputato a vedersi giudicato in base ad un compendio probatorio non completo, ed a bloccare quindi ogni integrazione in senso a lui sfavorevole, non può che soccombere rispetto all'interesse dello Stato alla ricerca della verità, anche a costo di sacrificare l'ulteriore interesse statale alla rapida definizione del processo, perseguito incentivando la scelta del rito abbreviato». Così ragionando, in conformità del resto ad analoghi ragionamenti sviluppati sul punto dalla sentenza Troise, non ci avvede che non si parla più di garanzie, riconducibili al canone “al di là di ogni ragionevole dubbio” «delineate in favore del destinatario di un'accusa in materia penale e in funzione della tutela del principio fondamentale della presunzione di innocenza» (così sent. Troise), ma dell'interesse pubblico all'accertamento della verità, come è dimostrato plasticamente, nel caso del processo che ha originato la citata ordinanza della Corte di appello, dal fatto che l'imputato è intervenuto a sostegno delle questioni di costituzionalità sollevata dal procuratore generale, evidentemente ritenendo l'assunzione di prove dichiarative contrastanti con la scelta difensiva del rito abbreviato e, quindi, allo stato degli atti ²³. Allora, nel caso di specie, la Corte di Appello non ha adempiuto ad un dovere imposto dal canone “al di là di ogni ragionevole dubbio”, ma ha esercitato un potere al fine della ricerca della verità processuale e, quindi, le questioni di costituzionalità sollevate, nella parte in cui intendevano censurare l'interpretazione giurisprudenziale delle Sezioni Unite e l'applicazione estensiva al giudizio abbreviato dell'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p., risultavano in gran parte irrilevanti prima ancora che manifestamente infondate.

Le problematiche non si esauriscono nell'ambito del giudizio abbreviato, potendo riproporsi in relazione:

- alla rinnovazione della dichiarazione acquisita a seguito di accordo delle parti nel momento delle richieste di prova (art. 493, comma 3, c.p.p.). Infatti, in giurisprudenza si è affermato che «è affetta da vizio di motivazione la sentenza di appello che, su impugnazione del pubblico ministero ed in riforma di una sentenza assolutoria emessa all'esito di un giudizio ordinario durante il quale l'imputato ha prestato il consenso all'acquisizione degli atti delle indagini preliminari al fascicolo per il dibattimento, ai sensi dell'art. 493, comma 3, cod. proc. pen., affermi la responsabilità dell'imputato operando una diversa valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, senza che nel giudizio si sia proceduto all'esame delle persone che abbiano reso tali dichiarazioni». (Sez. 6, n. 53336 del 24/10/2017).

²³ È stato osservato in dottrina che rimane il dubbio se «riaprendo gli spazi probatori non si vada a comprimere il diritto a un risultato decisorio in qualche misura già prevedibile in base alle risultanze cartolari, sulle quali l'imputato ha confidato» (N. GALANTINI, [La riassunzione della prova dichiarativa in appello: note a margine di sezioni unite Troise](#), in questa Rivista, 17 aprile 2018).

– o alla rinnovazione della dichiarazione richiamata in sede di contestazione nell'esame testimoniale (art. 500, comma 4, c.p.p.). In questo caso, invece, la giurisprudenza ha ritenuto che «il giudice d'appello che intende procedere alla *reformatio in peius* di una sentenza assolutoria di primo grado non ha l'obbligo di procedere alla rinnovazione della prova dichiarativa cartolare, ritenuta decisiva, se acquisita ai sensi dell'art. 500, comma 4, cod. proc. pen. a seguito dell'accertamento della subornazione del testimone, a condizione che non sussistano elementi indicativi di una successiva modifica della condizione del dichiarante» (Sez. 2, n. 55068 del 26/09/2017).

6. Prova dichiarativa assunta in sede di incidente probatorio.

Afferma la Dasgupta: *L'obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa da parte del giudice di appello riguarda non solo quelle assunte nel corso del dibattimento, ma "eventualmente anche in sede di incidente probatorio. A questa affermazione si aggiunge l'altra: Anche per quanto riguarda, in particolare, la figura del soggetto vulnerabile (come per i minori, soprattutto se vittime di reati) non sussistono valide ragioni per ritenere inapplicabile la preclusione di un ribaltamento ex actis del giudizio assolutorio. Sebbene, poi, si aggiunga, con generica concessione alla discrezionalità del giudice, che: Peraltro, in questa speciale situazione è rimessa 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. La regola dunque è quella del nuovo esame anche per questa figura di dichiarante, con la seconda frase pare si stabilisca un'eccezione, che sembra diventare la regola. Qualora detto esame non venga effettuato per evitare la vittimizzazione secondaria del teste, si potrà ribaltare ex actis la sentenza di assoluzione?*

Anche in tal caso si va al di là di quanto richiesto dalla Corte EDU che ha ritenuto conforme al diritto convenzionale l'assunzione della testimonianza in incidente probatorio, malgrado la prova non sia assunta dal giudice che accerta la responsabilità: nel caso di specie si trattava di un reato di violenza sessuale a danno di minori e la Corte EDU ammette che nei processi penali per reati sessuali, siano prese misure a protezione della vittima, purché sia comunque garantito il diritto di difesa²⁴.

L'affermazione della Dasgupta, da un lato, non considera la rilevanza nel sistema processuale del disposto 190-bis c.p.p., che nei procedimenti per taluno dei delitti nell'art. 51 comma 3-bis c.p.p., quando è richiesto l'esame di un testimone che ha già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio l'esame è ammesso solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengano necessario sulla base di specifiche esigenze (quindi deve intendersi: esercizio del potere discrezionale del giudice e non adempimento di un obbligo di rinnovazione), pervenendo ad una sostanziale

²⁴ 20 gennaio 2005, Accardi c. Italia

interpretazione abrogativa²⁵; dall'altro lato, trascura completamente la vittima del reato, che trova particolare protezione da parte della normativa europea, ampiamente citata, del resto, anche dalla sentenza Troise; lo stato di vulnerabilità della vittima comporta l'attivazione normalmente della procedura di anticipazione della raccolta della prova dichiarativa in sede di incidente probatorio.

È stato osservato correttamente²⁶: «il riconoscimento dello stato di vulnerabilità e della correlata incapacità del vulnerabile di fornire contributi probatori affidabili, ove sia escusso reiteratamente e con modalità ordinarie, costituisce un significativo riconoscimento della testimonianza come “evento”, che dipende dalle condizioni soggettive del dichiarante, dall'ambiente in cui si svolge l'esame, oltre che dalle interazioni tra intervistato ed intervistatore [...] Le norme che consentono l'attivazione di speciali modalità di protezione non sono poste solo a tutela degli interessi del dichiarante, ma della stessa genuinità della prova: le modalità di assunzione della testimonianza incidono infatti sui processi di riedizione del ricordo ed, in definitiva, sull'attendibilità della prova testimoniale, sicché l'audizione in ambiente non tutelante, e con modalità non adeguate, potrebbe avere importanti conseguenze non solo sulla lesione di diritti del dichiarante, ma sulla stessa affidabilità della prova. [...] Occorre, inoltre, considerare che la rinuncia all'oralità è ampiamente bilanciata dalla videoregistrazione. Il supporto documentale audiovisivo consente infatti di “rinnovare” la percezione diretta della testimonianza durante ogni fase processuale, dal dibattimento all'appello. [...] L'imposizione di un obbligo di rinnovazione rischia di destrutturare il sistema in quanto contrasta la riconosciuta idoneità probatoria permanente della videoregistrazione, idonea a surrogare la valutazione diretta della testimonianza/evento».

7. Coimputato in procedimento connesso o nello stesso procedimento.

Altra affermazione contenuta nella sentenza Dasgupta è quella secondo la quale ove l'imputato abbia reso dichiarazioni in causa propria, ove anche su esse si sia basata la pronuncia assolutoria, il giudice di appello deve promuovere un nuovo esame dell'imputato, ma «dal rifiuto di questo di sottoporvisi non potrebbe conseguire,

²⁵ La giurisprudenza aveva ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 190-bis, comma primo, cod. proc. pen., sollevata per l'asserito contrasto con gli artt. 3 e 24 della Costituzione, nella parte in cui, relativamente ai procedimenti concernenti i reati di cui all'art. 51 comma 3-bis, cod. proc. pen., impone limiti all'ammissibilità dell'esame di testimoni o di persone indicate nell'art. 210 dello stesso codice che già abbiano reso precedenti dichiarazioni nel contraddittorio tra le parti, atteso che il peculiare regime della lettura di dette dichiarazioni si giustifica per l'esigenza di prevenire l'usura delle fonti di prova (particolarmente pressante in ragione delle peculiarità soggettive ed oggettive dei procedimenti in questione), e che si tratta pur sempre di dichiarazioni provenienti da persona già debitamente esaminata e controesaminata dal soggetto nei cui confronti saranno utilizzate (Sez. 6, n. 32803 del 11/05/2012).

²⁶ S. RECCHIONE, [La vittima cambia il volto del processo penale: le tre parti eventuali, la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità](#), in questa Rivista, fasc. 1/2017, p. 69 ss.

evidentemente, alcuna preclusione all'accoglimento della impugnazione, perché ciò equivarrebbe ad attribuire all'imputato il potere di condizionare potestativamente l'esito del processo». Con riferimento, invece, alle dichiarazioni di coimputato in procedimento connesso (art. 210 c.p.p.) o di coimputato nello stesso procedimento (art. 503 c.p.p.), «l'eventuale rifiuto di sottoporsi ad esame non potrà comportare conseguenze pregiudizievoli per l'imputato prosciolto in primo grado, cui va conservato il diritto di confrontarsi con la prova dichiarativa, la quale, nella valutazione del primo giudice, non era stata considerata concludente per l'affermazione della sua responsabilità penale».

Anche in tal caso si tratta di un'interpretazione abrogante dell'art. 190-*bis* c.p.p.; senza considerare che le Sezioni Unite non spiegano il motivo per cui in questo caso le esigenze di corretta amministrazione della giustizia non possano attribuire rilievo al rischio di attribuire al coimputato il potere di condizionare potestativamente l'esito del processo.

8. Rinnovazione impossibile.

Altra affermazione contenuta nella sentenza Dasgupta: «Può accadere che la rinnovazione in appello della prova dichiarativa si riveli impossibile, ad esempio per irreperibilità, infermità o decesso del soggetto da esaminare. Ma anche in questi casi, salva l'applicabilità nel giudizio di appello dell'art. 467 c.p.p. per l'assunzione urgente delle prove "non rinviabili", non vi sono ragioni per ritenere consentito un ribaltamento del giudizio assolutorio *ex actis*. Resta fermo il dovere del giudice di accertare sia la effettiva sussistenza della causa preclusiva della nuova audizione sia che la sottrazione all'esame non dipenda dalla volontà di favorire l'imputato o da condotte illecite poste in essere da terzi, essendo in tal caso il giudice legittimato a fondare il proprio convincimento sulle precedenti dichiarazioni». Affermazioni ambigue: sembrerebbero voler dire che se le cause impeditive sono reali ed effettive il giudice è legittimato a fondare il proprio convincimento sulle precedenti dichiarazioni. D'altro canto, la stessa Corte EDU attribuisce rilevanza ai casi «in cui è impossibile udire un testimone personalmente durante il processo perché, per esempio, egli o ella è deceduto/a»²⁷, Comunque, tali affermazioni trascurano del tutto la giurisprudenza della CEDU e delle Sezioni Unite con riferimento all'art. 512 c.p.p., che consentono l'utilizzo anche di dichiarazioni predibattimentali rese in assenza di contraddittorio, purché su di esse non si fondi in modo esclusivo o determinante l'affermazione della responsabilità penale²⁸.

²⁷ Dan c. Moldavia, 05/07/2011, § 33

²⁸ Sez. Un., n. 27918 del 25/11/2010 – dep. 14/07/2011.

9. Modifica della qualificazione giuridica del fatto.

Secondo un orientamento giurisprudenziale, l'obbligo per il giudice di appello, sancito dall'art. 6 CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, di escutere nuovamente i dichiaranti qualora valuti diversamente la loro attendibilità rispetto a quanto ritenuto in primo grado, trova applicazione non soltanto nei casi di ribaltamento della precedente sentenza di assoluzione, ma anche nel caso di riqualificazione giuridica dell'ipotesi delittuosa ritenuta dal giudice di primo grado, in relazione alla quale la sentenza riformata aveva comunque espresso un giudizio di colpevolezza dell'imputato²⁹. In senso contrario, si è, invece, affermato che tale obbligo non sussiste, in particolare, si argomenta che la diversa qualifica "in diritto" effettuata in grado di appello di una condotta contestata "in fatto" in modo invariato nel corso di tutta la progressione processuale, anche se produce un aggravamento della posizione dell'imputato non è una situazione riconducibile al ribaltamento della sentenza assolutoria che è alla base della invocata giurisprudenza della Corte Edu, oltre che di quella espressa dalle sezioni unite della Cassazione, poiché non si effettua alcuna rivalutazione del fatto, che rimane lo stesso, mutando solo la qualifica giuridica³⁰. Tale ultima interpretazione appare conforme alla stessa giurisprudenza della CEDU³¹, che ha, bensì, affermato l'obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa in appello in un caso di modifica della qualificazione giuridica del fatto (nel caso di specie, da furto a rapina, come era originariamente contestato), ma perché l'oggetto del diverso giudizio riguardava proprio il "fatto", cioè la sussistenza o meno della condotta violenta.

10. Rinnovazione della prova scientifica.

Deve rilevarsi un contrasto giurisprudenziale con riferimento al rinnovo della prova scientifica, poiché, secondo un primo orientamento, il giudice di appello, per riformare *in peius* una sentenza assolutoria, non può basarsi sulla mera rivalutazione delle perizie e delle consulenze in atti, ma deve procedere al riascolto degli autori dei predetti elaborati già sentiti nel dibattimento di primo grado, altrimenti determinandosi una violazione del principio del giusto processo ai sensi dell'art. 6 CEDU³²; in senso contrario si è, invece, osservato che se è pur vero che i periti e i consulenti tecnici sentiti in dibattimento assumono le veste di testimone e la loro relazione forma parte integrante della deposizione, nondimeno è altrettanto vero che costoro sono chiamati a formulare un parere tecnico ed a esprimere valutazioni alla luce della principi scientifici e per questo non possono essere assimilati alla prova dichiarativa *tout court*; non si tratta di stabilire l'attendibilità del dichiarante e la credibilità del racconto sotto il profilo della congruenza, linearità e assenza di elementi

²⁹ Sez. 1, n. 53601 del 02/03/201; Sez. 2, n. 24478 del 08/05/2017; Sez. 1, n. 29165 del 18/05/2017.

³⁰ Sez. 5, n. 54296 del 28/06/2017; Sez. 2, n. 28957 del 03/04/2017.

³¹ Torja c. Romania 04/10/2016.

³² Sez. 4, n. 6366 del 06/12/2016 – dep. 10/02/2017; Sez. 2, n. 34843 del 01/07/2015.

perturbatori dell'attendibilità, ma di valutare la deposizione del perito alla luce dell'indirizzo ermeneutico in tema di valutazione della prova scientifica secondo cui, in virtù dei principi del libero convincimento del giudice e di insussistenza di una prova legale o di una graduazione delle prove, il giudice ha la possibilità di scegliere, fra le varie tesi scientifiche prospettate da differenti periti di ufficio e consulenti di parte, quella che ritiene condivisibile, purché dia conto, con motivazione accurata ed approfondita delle ragioni del suo dissenso o della scelta operata e dimostri di essersi soffermato sulle tesi che ha ritenuto di disattendere e confuti in modo specifico le deduzioni contrarie delle parti, sicché, ove una simile valutazione sia stata effettuata in maniera congrua in sede di merito, non è sindacabile dal giudice di legittimità³³.

La Sezione Seconda, come da *notizia di decisione dell'udienza del 23 maggio 2018*, ha rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: se la dichiarazione resa dal perito o dal consulente tecnico costituisca o meno prova dichiarativa assimilabile a quella del testimone, rispetto alla quale, se decisiva, il giudice di appello avrebbe la necessità di procedere alla rinnovazione dibattimentale, in caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un diverso apprezzamento di essa.

11. Conclusioni.

Quello che manca nella giurisprudenza delle Sezioni Unite è la ricerca di un punto di equilibrio tra esigenze tutte meritevoli di tutela: il diritto dell'imputato a difendersi, il diritto della persona offesa all'accertamento della responsabilità, l'interesse generale alla tutela dei soggetti deboli, l'interesse dello Stato alla corretta amministrazione della giustizia secondo i principi di legalità e di eguaglianza. Equilibrio certo non assicurato da regole che si caratterizzano per assolutezza di formulazione e meccanicità di applicazione, ben oltre le esigenze di adeguamento ad uno statuto convenzionale, che la stessa Corte di Strasburgo non ha ritenuto rigido, dovendo essere valutata la complessiva equità del processo.

³³ Sez. 3, n. 57863 del 18/10/2017; Sez. 5, n. 1691 del 14/09/2016, dep. 13/01/2017.