



1/2017

ALLA RICERCA DEL VERO VOLTO DELLA SENTENZA DASGUPTA

*Alle Sezioni Unite il tema della rinnovazione probatoria in appello
dopo l'assoluzione in abbreviato non condizionato:
nota a [Cass., Sez. II, ord. 28 ottobre 2016 \(dep. 9 novembre 2016\), n. 47015](#)*

di Hervé Belluta e Luca Lupária

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. I dubbi della seconda Sezione. – 3. Le ragioni dei “resistenti” alla pronuncia Dasgupta delle Sezioni unite. – 4. I valori in gioco: oralità/immediatezza o canone del ragionevole dubbio? – 5. La chiusura del cerchio: oltre Dasgupta, solo l'intervento legislativo?

1. Il caso.

Dopo appena sei mesi dalla decisione con la quale le Sezioni unite – con la sentenza Dasgupta¹ – hanno stilato la *summa* dei principi e delle regole da onorare per la **formazione della prova in appello**, quando la sentenza impugnata sia di proscioglimento e il giudice intraveda la possibilità di condannare l'imputato, un nuovo – e correlato – dubbio agita la Corte.

Con l'ordinanza in esame, la seconda Sezione, abbracciando un **indirizzo minoritario** quanto radicato nella giurisprudenza di legittimità, rinvia al Supremo consesso una questione connessa al *decisum* Dasgupta, di tenore analogo ad uno dei tre principi di diritto colà formulati², ma di matrice differente, poiché derivante dalle

¹ Si tratta, come noto, di Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, Dasgupta, in *questa Rivista*, con commento di E. LORENZETTO, [Reformatio in peius in appello e processo equo \(art. 6 CEDU\): fisiologia e patologia secondo le Sezioni Unite](#), 5 ottobre 2016. Cfr. anche R. APRATI, *L'effettività della tutela dei diritti dell'uomo: Le Sezioni unite aggiungono un tassello*, in [www.archiviopenale.it](#) (n. 2/2016, Rivista Web).

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

incertezze che ancora aleggiano sul regime della rinnovazione istruttoria in appello a seguito di **giudizio abbreviato di prime cure**³.

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

2. I dubbi della seconda Sezione.

Attraverso un percorso espositivo che ripercorre in larga parte – ora facendole proprie, ora no – le argomentazioni della sentenza Dasgupta, la seconda Sezione non dubita del fatto che la rinnovazione istruttoria in secondo grado – stante un proscioglimento in prime cure – debba configurarsi come **regola** a fronte di una possibile diversa valutazione delle fonti orali ritenute decisive e di un differente epilogo decisionale, *in peius*; non ne discute nemmeno l'origine esegetica, ancorata alla più recente e consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁵. Né revoca in dubbio che la mancata rinnovazione istruttoria configuri, una volta che l'imputato sia stato condannato *ex actis*, dopo essere stato prosciolto in primo grado, un **vizio di**

legittimità, in ragione del mancato rispetto del canone decisorio del superamento di ogni dubbio ragionevole, indipendentemente dal richiamo alla violazione della Convenzione europea.

³ In argomento, da ultimo, L. PACIFICI, *L'integrazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio abbreviato d'appello*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4274 s.

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

⁵ Sulla quale la dottrina si è molto concentrata negli ultimi anni. Tra molti, cfr. E. RUBIOLA, *Rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in grado di appello: prove assunte su richiesta di parte o d'ufficio dal giudice*, in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di M. Bargis, Giuffrè, 2013, p. 223 s.; S. TESORIERO, [La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della Cedu](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3-4/2014, p. 239 s. V. anche V. PICCONE, *Riforma della sentenza assolutoria di primo grado e violazione dell'art. 6 CEDU nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, relazione n. 29 del 2013 a cura dell'Ufficio del massimario della Corte di cassazione.

motivazione della sentenza d'appello, censurabile in cassazione ai sensi dell'art. 606 lett. e) c.p.p.⁶.

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

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

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

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

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

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

⁷ Sulla dimensione europea del canone del "ragionevole dubbio", cfr. L. LUPÁRIA-J. DELLA TORRE, *La presunzione di innocenza*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, Giuffrè, 2017.

decisive di prova⁸, ma si delegittimerebbe ogni condanna non fondata sull'immediatezza.

Al contrario, ricalcando un **precedente** recentissimo della terza Sezione⁹, che già si pone **in linea di discontinuità** rispetto alla **sentenza Dasgupta**, il giudice rimettente ne ribadisce le preoccupazioni, derivanti dall'impiego del canone del ragionevole dubbio (impregnato di immediatezza) come grimaldello capace di scardinare la stessa legittimità costituzionale dei riti alternativi a prova contratta, nei quali – abbreviato *in primis* – il dubbio ragionevole viene superato (in caso di condanna) grazie ad un accertamento che può essere anche del tutto cartolare.

La riconosciuta compatibilità costituzionale del giudizio abbreviato, invece, ne fa un modulo rituale perfettamente consono ai canoni del giusto processo: non certo rispetto alla regola del contraddittorio nella formazione della prova, bensì all'eccezione del **consenso dell'imputato**¹⁰. Ne deriva, a giudizio della Sezione rimettente, che la rinuncia – compensata da indubbi effetti premiali¹¹ – a talune garanzie, da un lato, non compromette l'esigenza che il processo subito dall'imputato sia comunque giusto e, dall'altro, non impone al giudice dell'appello di adottare modalità acquisitive della prova dichiarativa «che la scelta abdicativa dell'interessato ha espunto dal processo».

In breve, la tesi della seconda Sezione si riassume nell'affermazione secondo cui «l'irrevocabile natura cartolare del rito abbreviato non impone», anche se certamente la rende possibile, «l'acquisizione in appello della prova dichiarativa, decisiva per la condanna, con le modalità previste per il rito ordinario»¹². In senso parzialmente non

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

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

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

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

¹² Non è peraltro revocabile in dubbio la possibilità di rinnovare la prova in appello, anche a seguito di giudizio abbreviato non condizionato, purché su iniziativa d'ufficio del giudice (cfr. R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso-V. Grevi-M. Bargis, VIII ed., Cedam,

coincidente, invece, le Sezioni unite Dasgupta – sebbene in un passaggio satellitare rispetto al *core* del proprio ragionamento – hanno assunto che **l’obbligo di rinnovazione grava comunque sul giudice di secondo grado** che, a fronte di un proscioglimento, si orienti diversamente.

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

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

3. Le ragioni dei “resistenti” alla pronuncia Dasgupta delle Sezioni unite.

Sebbene le Sezioni unite Dasgupta indichino un solo precedente difforme dalla soluzione abbracciata, nel quale la rinnovazione istruttoria in caso di ribaltamento *post-abbreviato* è stata interpretata come potere, ma non come dovere, del giudice dell’appello¹³, la **frangia dei “resistenti”** appare ben più nutrita e trasversale.

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

Rectius: l’unico caso in cui il giudice d’appello sarebbe tenuto a rinnovare la prova, nel rispetto delle cadenze tipiche della formazione orale ed immediata, sarebbe quello in cui anche **il giudice di primo grado abbia assistito alla formazione orale dei**

2016, p. 642, secondo il quale se l’imputato ha «rinunciato integralmente al diritto alla prova, non può pretendere che tale diritto risorga nel giudizio di appello. Reciprocamente, nemmeno il pubblico ministero appellante sarebbe qui titolare di un diritto alla prova contraria»).

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

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



1/2017

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

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

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

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

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

L'ordinanza di rimessione, che ci occupa, fa perno sul **parallelismo tra primo e secondo grado di giudizio**, in chiave di presenza/assenza dell'oralità/immediatezza nella formazione della prova. Per rispettare tale equazione, non si dà prova orale in seconde cure che non si sia già data in prime cure: sarebbe di troppo, in sostanza, esigere un episodio istruttorio orale in appello quando il giudizio abbreviato abbia prosciolto l'imputato *ex actis*. Come tale, non lo si può imporre al secondo giudice che intenda rivalutare la credibilità di un apporto testimoniale, sebbene decisivo: basta una valutazione anch'essa *ex actis*, a meno che il giudice, usando il proprio potere istruttorio, decida di procedere a rinnovare oralmente. **Non un dovere**, allora, ma **un valore**

aggiunto, peraltro non indispensabile: d'altra parte, perché imporre uno *standard* probatorio più elevato in appello che in primo grado?

Dal canto suo, la sentenza Dasgupta sembra ragionare diversamente: lungi dal riavvolgere il filo metodologico che lega primo e secondo grado, fa perno sul **concetto di dubbio ragionevole**, come soglia sopra la quale il giudice può condannare, e sotto la quale deve prosciogliere¹⁵. Il dubbio, non superato (evidentemente) nel giudizio che si è chiuso con una pronuncia liberatoria, si para davanti al giudice dell'appello con una consistenza decisamente rafforzata: **la pronuncia di proscioglimento rappresenta un precedente fondamentale** che incide sulla reale portata della regola di giudizio che presidia la condanna, innalzando ulteriormente lo *standard* qualitativo della decisione. Del resto, pare sin troppo facile preconizzare che, nei casi in esame, il dubbio attiene proprio alla coerenza del proscioglimento; per ribaltare tale esito, allora, superamento del dubbio significa **certezza della condanna** (non diversamente, peraltro, da quanto deve avvenire in primo grado). In più, però, la certezza della condanna, per la prima volta in appello, presuppone la **rinnovazione istruttoria**, anche d'ufficio, almeno quando proprio intorno alla prova testimoniale, ritenuta in prime cure decisiva, e alla sua attendibilità si consuma l'alternativa insita nell'attività di giudizio¹⁶.

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

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

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

Le Sezioni unite Dasgupta, invece, attribuiscono all'appello una **caratteristica strutturale-funzionale**: quando si profili la possibilità di rivalutare *in peius* il proscioglimento, **non si può fare a meno dell'oralità** nella riassunzione delle prove

¹⁵ Sulla elaborazione pretoria del concetto di dubbio ragionevole si sofferma, di recente, J. DELLA TORRE, [II lungo cammino della giurisprudenza italiana sull'“oltre ogni ragionevole dubbio”](#), in *questa Rivista*, 20 giugno 2014.

¹⁶ Un approdo interpretativo già sostenuto, per esempio, da G. LOZZI, *Reformatio in peius del giudice di appello e cognitio facti ex actis della Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 620 s. (a monte del dibattito che avrebbe portato alla riforma delle impugnazioni eseguita attraverso la legge 20 febbraio 2006, n. 46), secondo il quale a fronte di una possibile «diversa valutazione del contraddittorio nel momento di formazione della prova» si imporrebbe «una rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale avanti al giudice dell'appello», al precipuo fine di un compiuto rispetto dei canoni del giusto processo costituzionale (e convenzionale).

rivelatesi decisive per prosciogliere. L'architrave di tale edificio, tuttavia, non è rappresentato – come nella logica dei “resistenti” – dall'oralità stessa, bensì dal ragionevole dubbio, rispetto al quale l'oralità assume funzione servente.

Il **ragionevole dubbio** assume, allora, veste di «**criterio generalissimo**», cruna attraverso la quale passare ogni qual volta si debba decidere¹⁷. Altrettanto non vale per l'oralità/immediatezza, della quale il sistema può variamente fare a meno.

Pertanto, puntare sull'oralità significa essere disposti a rinunciarvi quando essa manchi in prime cure: è il caso del rito abbreviato, ma anche del dibattimento “a prova concordata”¹⁸. Al contrario, puntare sul ragionevole dubbio, come asse portante del convincimento, significa assegnare *sempre* alla giurisdizione una caratura alta quanto il bisogno di certezza: linea sotto la quale occorre comunque prosciogliere. Al di là del *casus belli*, non v'è chi non veda come l'oralità/immediatezza sia un metodo; il convincimento oltre ogni ragionevole dubbio, uno scopo.

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

Non tanto perché in primo grado l'imputato possa rinunciare al contraddittorio e all'oralità, legittimando l'impiego probatorio delle indagini preliminari; tale circostanza non ha necessariamente riflessi in seconde cure, dove, anzi, secondo la vecchia logica delle **garanzie verticali**, sarebbe quanto mai opportuno un recupero di oralità a fronte di una prima decisione radicata su un compendio probatorio cartolare¹⁹.

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

L'appello connotato da rinnovazione istruttoria va allora inteso come un **nuovo giudizio**: quando abbia ad oggetto una sentenza di proscioglimento, il dubbio sull'innocenza dell'imputato può essere superato solo impiegando il metodo migliore

¹⁷ Cfr. G. CANZIO, *L'“oltre il ragionevole dubbio” come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 303; B. SHAPIRO, *“Beyond Reasonable Doubt” and “Probable Cause”. Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*, Berkeley, 1991.

¹⁸ Prospettiva ampiamente – quanto criticamente – arata dalla dottrina, ma pacificamente percorsa dalla giurisprudenza. In tema, H. BELLUTA, *Contraddittorio e consenso: metodi alternativi per la formazione della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 126 s.; R. DEL COCO, *Disponibilità della prova penale e accordi tra le parti*, Giuffrè, 2004, *passim*; M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Giappichelli, 2004, p. 151 s.

¹⁹ Non è mai troppo tardi per ripercorrere le pagine di P. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Giuffrè, 1981, *passim*.

per la formazione della prova. Ma qui l'oralità non è un diritto soggettivo dell'imputato (come nel caso del *right to confrontation*), il quale verosimilmente non avrà nemmeno potuto (o voluto) proporre appello avverso una decisione liberatoria²⁰. L'oralità diviene invece il tratto qualificante della giurisdizione intesa come sistema strumentale alla decisione, la quale si basa oggi sul superamento di ogni dubbio ragionevole.

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

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

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

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

L'ospite indesiderato la cui presenza si percepisce dietro le quinte di tanti arresti giurisprudenziali è il rischio della prima condanna in appello: eventualità di fronte alla quale l'imputato, già prosciolto, si trova sguarnito della possibilità di sottoporre a nuovo scrutinio di merito la prima condanna²¹.

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

In questa luce, la prima condanna in appello non può che essere il frutto di un nuovo giudizio pieno, fondato sull'oralità/immediatezza, addirittura oltre il tracciato della sentenza Dasgupta, ad abbracciare ogni prova utile per decidere, non solo quella decisiva²²: la prova decisiva fonda il convincimento, ma le altre prove sorreggono la

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

²¹ La dottrina riflette da tempo sulle soluzioni prospettabili al fine di ridurre tale eventualità. In particolare, cfr. P. FERRUA, *Garanzie del giusto processo e riforma costituzionale*, in *Critica dir.*, 1998, p. 164 s.; ID., *La sentenza costituzionale sull'inappellabilità del proscioglimento e il diritto al "riesame" dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 611 s.; R. ORLANDI, *Sono davvero troppi tre gradi di giurisdizione?*, in *principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, a cura di C. Nunziata, 2004 (suppl. al n. 29 di *Dir. e Giust.*), p. 141; G. SPANGHER, *Riformare il sistema delle impugnazioni?*, in *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, a cura di R.E. Kostoris, Giappichelli, 2005, p. 110. Più di recente v. ancora P. FERRUA, *Carenze ed eccessi di garanzia nel diritto di difesa dell'imputato*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 540.

²² Una soluzione prospettata anche da M. DANIELE, *Norme procedurali convenzionali e margine di apprezzamento nazionale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1702.

convinzione di aver vinto ogni dubbio ragionevole. Solo in questo modo si riduce la possibilità dell'errore – per molti versi fatale – sulla prima condanna in seconde cure.

In prospettiva, da ultimo, non resta che l'intervento legislativo²³.

Attualmente è all'esame del Senato della Repubblica, come noto, un disegno di legge di origine governativa che intende, tra l'altro, inserire un comma 4-*bis* nell'art. 603 c.p.p. Ai sensi dell'art. 22 d.d.l. S N. 2607, come modificato dalla Commissione giustizia della Camera²⁴, il nuovo comma dovrebbe prevedere che in caso di «appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale». In sostanza, si ricalca analoga proposta già avanzata dalla Commissione ministeriale presieduta dall'attuale Primo Presidente della Corte di cassazione.

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

Infine, una proposta futuribile sul sistema: se davvero il rischio da contenere ha le sembianze della prima condanna in appello, occorre porre mano alla configurazione funzionale del secondo grado di giudizio. Tra le molteplici configurazioni possibili, l'unica in grado di evitare il rischio paventato è quella che assegna all'appello una funzione solo rescindente, di controllo sulla prima decisione²⁵.

A fronte del proscioglimento, allorché il secondo giudice riscontri l'opportunità di riassumere talune prove, dovrà rinviare al primo giudice per l'attività probatoria e il giudizio rescissorio. Qualora il nuovo "primo giudizio" si chiuda nuovamente con un proscioglimento, non dovrebbe restare altro che il ricorso per cassazione. Nell'ipotesi contraria, invece, potrebbero aprirsi le porte di un giudizio d'appello rescindente e rescissorio, cui farà seguito una eventuale fase di legittimità²⁶

²³ Per un'articolata proposta di "rilettura" dell'attuale disciplina del giudizio d'appello v. comunque A. CAPONE, *Dopo Dan c. Moldavia*, cit., p. 1015.

²⁴ Lo commenta M. BARGIS, [I ritocchi alle modifiche in tema di impugnazioni nel testo del d.d.l. n. 2798 approvato dalla Camera dei Deputati](#), in *questa Rivista*, 19 ottobre 2015, p. 6.

²⁵ Riassuntivamente, in argomento, H. BELLUTA, *Prospettive di riforma dell'appello penale: tra modifiche strutturali e microchirurgia normativa*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1059 s.

²⁶ Per un'organica proposta di riforma del giudizio d'appello, si rinvia a M. BARGIS-H. BELLUTA, *Linee guida per una riforma dell'appello*, in EIDEM, *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, Giappichelli, 2013, p. 283 s.