

LA RIASSUNZIONE DELLE PROVE DICHIARATIVE E LA RIFORMA DELLA DECISIONE IN APPELLO (*)

di Arturo Capone

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La ricerca della verità e il giudizio d'appello. – 3. Nuovo giudizio e ritorno al gravame puro. – 4. Empirismo e razionalismo. – 5. La prova e il giudizio. – 6. Contro l'immediatezza. – 7. La giurisprudenza di Strasburgo sull'immediatezza in appello. – 8. L'interpretazione conforme dell'art. 603, comma 3, c.p.p. – 9. La scelta della riforma Orlando. – 10. Presunzione di innocenza, ragionevole dubbio e immediatezza. – 11. La disparità di trattamento. – 12. Il vaglio di ammissibilità. – 13. I limiti ai poteri istruttori ex officio del giudice d'appello. – 14. I limiti ai poteri cognitivi del giudice di appello. – 15. Il rito abbreviato. 16. Il proscioglimento *ex actis*.

1. Premessa.

Ringrazio il Consiglio Direttivo per avermi invitato a svolgere questa relazione su un argomento che mi affascina ormai da qualche anno.

La relazione si divide in due parti. La prima è dedicata al rapporto tra accertamento della verità e giudizio di appello. Il tema – evidentemente – è arduo. Il fatto di trovarmi davanti a un consesso così autorevole forse avrebbe dovuto suggerirmi una maggiore cautela, ma era inevitabile ripartire dai fondamenti. La seconda parte, più lineare, è dedicata all'analisi delle principali questioni interpretative poste dal nuovo art. 603, comma 3-bis, c.p.p.

Soprattutto nella prima parte sosterrò alcune idee con un certo radicalismo; lo ritengo necessario per rafforzare un punto di vista poco rappresentato nel dibattito. Mi farò perdonare nella seconda parte, nella quale apparirà la mia quasi prona adesione alle scelte della legge Orlando.

(*) Il contributo costituisce la trascrizione, con limitati ritocchi e l'aggiunta delle note, della relazione svolta al Convegno dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale a Roma del 6 luglio 2018. Le idee fondamentali qui espresse in forma sintetica possono trovarsi già esposte e meglio argomentate in *Dopo Dan c. Moldavia. Per un processo di parti in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1007; *Prova in appello: un difficile bilanciamento*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, p. 52 ss.; *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, in M. Bargis – H. Belluta, *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, Torino, 2018, p. 53 ss.; *Appello dell'imputato contro la condanna. Le Sezioni unite negano l'obbligo di rinnovazione istruttoria*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2018, fasc. n. 3. Di queste opere si eviteranno citazioni ulteriori.

2. La ricerca della verità e il giudizio d'appello

Il nostro processo veicola un'idea di verità molto chiara per il giudizio di primo grado. Nella retorica che ha accompagnato l'approvazione del codice del 1988 si è detto addirittura che il nuovo processo sposava l'epistemologia falsificazionista. Sicuramente questa idea di verità è legata al contraddittorio e, più in generale, alla dialettica tra le parti¹.

La domanda – classica come sapete – è la seguente: come possiamo esser sicuri che la decisione del giudice di appello, in caso di riforma, sia migliore di quella del giudice di primo grado?²

In questi ultimi anni, per superare l'appello cartolare, sono state proposte soluzioni diversissime: abolizione dell'appello contro il proscioglimento, appello rescindente, appello a cognizione circoscritta ai motivi, rinnovazione integrale³. Tutte queste soluzioni veicolano implicitamente idee diverse sulla verità in appello. Ci siamo però concentrati molto sulle soluzioni pratiche e non abbiamo riflettuto abbastanza su quelle idee. Forse abbiamo peccato di tecnicismo.

3. Nuovo giudizio e ritorno al gravame puro

In questa direzione, d'altra parte, ci spingeva la Corte di Strasburgo, che giustamente pretende una congruenza tra giudizio di appello e giusto processo: soprattutto, in questi ultimi anni, con il principio di immediatezza⁴.

Larga parte della dottrina ritiene perciò che occorra rimodellare il giudizio di appello sulla falsariga di quello di primo grado, trasformando la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale da eccezione a regola⁵. In pratica in caso di appello, specie del p.m., occorrerebbe rifare il giudizio.

Condivido molte delle critiche all'appello cartolare, ma credo che questa soluzione non costituisca un passo in avanti, ma un salto all'indietro.

¹ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 2004, pp. 120-126; G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del) – Il Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, agg. 2001, pp. 1-5.

² L'ovvio riferimento è al passo di Ulpiano in *Dig.*, 49, I, 1.

³ In tema vedi H. BELLUTA, *Prospettive di riforma dell'appello penale: tra modifiche strutturali e microchirurgia normativa*, in M. Bargis – H. Belluta (a cura di), *Impugnazioni penali. Assesstamenti del sistema e prospettive di riforma*, Giappichelli, 2013, p. 235 ss.

⁴ Vedi V. AIUTI, *Impugnazioni e principio di immediatezza nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1440 ss.; A. PASTA, *Il disagio dell'interprete innanzi alle norme Cedu*, in *Arch. pen.*, 2017, pp. 204-2013.

⁵ D. CHINNICI, *Verso il "giusto processo" d'appello: se non ora, quando?*, in *Arch. pen.*, 2012, pp. 933-936; A. GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 354 ss.; C. SCACCIANOCE, *Riforma in peius della decisione senza rinnovare la prova orale*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 1055; N. STATUTI, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale come ago della bilancia nella definizione della natura dell'appello*, in *Arch. pen. web*, 2018, 2, p. 6; M. STELLIN, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello: nuove conferme, vecchie ambiguità*, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 1648-1649.

Se torniamo alla logica del nuovo giudizio, e vogliamo giustificare un'eventuale riforma della sentenza sulla base degli stessi criteri di verità del primo grado, dobbiamo introdurre anche in appello oralità, immediatezza e contraddittorio, senza alcun limite.

Soltanto che possiamo spostare più in avanti le garanzie, ma non possiamo tornare indietro nel tempo. Il tempo scolora il ricordo; nuove immagini prendono il posto delle precedenti. Inscenare nuovamente il contraddittorio, nella maggior parte dei casi, fa riaffiorare nel testimone non la memoria del fatto accaduto, ma quella dell'atto già compiuto in primo grado (o, peggio ancora, nelle indagini preliminari), insieme a tutte le suggestioni extraprocessuali successive. Un nuovo contatto tra giudice e testimone, dopo tanto tempo, tante audizioni processuali e una reputazione da difendere, spesso serve a poco.

La conclusione è netta: se inteso come nuovo giudizio, l'appello, anche a parità di garanzie, è strutturalmente meno affidabile del primo grado.

Non a caso nei paesi di tradizione accusatoria, la radicalizzazione del metodo orale di regola conduce non alla rinnovazione del giudizio, semmai all'inoppugnabilità della decisione⁶.

Rifare il giudizio in appello perciò non ci avvicina di più ai sistemi anglosassoni. Al contrario ci riporta al passato dei sistemi continentali, e cioè alla successione dei puri gravami⁷. Quando il criterio di verità, in ultima analisi, era il principio di autorità.

4. Empirismo e razionalismo.

Nel dibattito sulla prova in appello mi pare insomma che risorga una larvata contrapposizione tra diversi orientamenti culturali sul tema della teoria della conoscenza. Si tratta di un tema che va oltre le mie risorse e le mie capacità. Cerco di affrontarlo soltanto nella prospettiva del processo.

Da un lato c'è la cultura giuridica continentale moderna che, a partire dal Settecento, vara un sistema fondato su motivazione e controllo, nella direzione di una sempre più circoscritta ma penetrante analisi logica dei prodotti del giudice di primo grado.

Dall'altro c'è la cultura giuridica anglosassone, che, esaltando il momento intuitivo del giudizio, eleva a modello ideale il sistema fondato sul verdetto della giuria e sulla conseguente carenza di rimedi che si estendano a una rivisitazione del merito della decisione.

⁶ Vedi V. FANCHIOTTI, *Processo penale nei paesi di Common Law*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995, pp. 169 e 178-179.

⁷ Si veda G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in P. Del Giudice (a cura di), *Storia del diritto italiano*, III, 2, Hoepli, 1927, pp. 555-587.

A mio avviso, dietro le dietro le divergenti opinioni in tema di prova in appello, c'è un disaccordo essenziale tra chi àncora la conoscenza alla percezione e chi àncora la conoscenza all'argomentazione.

In questa chiave, a me pare che tanto le teorie integralmente o parzialmente abolizioniste dell'appello, quanto quelle orientate verso l'integrale rinnovazione del giudizio, si collochino nella prima prospettiva, perché hanno un tratto comune: la sfiducia verso la possibilità di sottoporre la decisione a una verifica razionale.

Tutto quello che dirò d'ora in poi, come avrete immaginato, intende invece portare acqua al mulino della seconda prospettiva.

5. La prova e il giudizio.

I principi del dibattimento – oralità, immediatezza e contraddittorio – indicano un metodo, il *miglior metodo di acquisizione delle prove*.

Ma poi, dopo l'acquisizione delle prove, c'è il giudizio.

Pensare che, data un'ipotesi, le prove via via acquisite valgano di per sé a confermarla o a falsificarla, ovviamente, è una semplificazione⁸. Nella maggior parte dei casi occorre spiegare le ragioni per cui un dato viene valutato a carico o a discarico, spesso sulla base delle complesse relazioni tra i diversi indizi. In breve, la falsificazione non è un fatto, è un'interpretazione.

Insomma esiste il campo del ragionamento giudiziale⁹. E non ha importanza secondaria, come appare chiaro tutte le volte in cui un giudice, dopo aver acquisito le prove secondo le regole del giusto processo, scrive una sentenza sbagliata.

La legge dunque deve imporre, dopo l'impiego del miglior metodo di acquisizione della prova, il *miglior metodo di formazione del giudizio*.

Nei sistemi continentali contemporanei, anche questo secondo metodo ha andamento dialettico. Solo che si abbandona l'oralità (e l'unità di tempo e di luogo che la caratterizza), e si privilegia la scrittura, che impone di instradare la dialettica tra parti e giudice in una sequenza procedimentale, fondata su argomentazione, critica e controllo.

Il metodo di formazione del giudizio si fonda dunque su una *sequenza dialettica*¹⁰. Le cadenze di questa sequenza sono scandite dalle norme che disciplinano la motivazione, i motivi di impugnazione e il controllo della decisione.

⁸ La circostanza è nota anzitutto agli studiosi di epistemologia; cfr. S. AMSTERDAMSKY, *Verificabilità/falsificabilità*, in *Enciclopedia*, XIV, Torino, 1981, p. 1099 ss.

⁹ Vedi, tra gli studi più rappresentativi di questo oggetto di indagine, R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica* (1978), a cura di M. La Torre, Milano, 1998. L'attenzione tuttavia è rivolta principalmente all'argomentazione in diritto. Per quanto riguarda la teoria dell'argomentazione in fatto occorre fare riferimento agli studi di teoria della prova; per una prospettiva storica vedi A. GIULIANI, *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*, Milanp, 1971; per una prospettiva metodologica vedi L.J. COHEN, *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977; tra i processualpenalisti vedi P. FERRUA, *La prova nel processo penale. I – Struttura e procedimento*, Torino, 2015, spec. p. 47 ss.

Esagerando un po', ma non troppo, si potrebbe dire che nel passaggio tra primo grado e impugnazioni si rivive il passaggio tra cultura orale e civiltà della scrittura¹¹.

E non è un caso. La discussione orale ci aiuta a maturare un convincimento, ma poi è l'argomentazione scritta che ci consente di farne una verifica razionale.

6. Contro l'immediatezza.

Negli ultimi anni, si è insistito molto sulla necessità di garantire sempre e comunque anche in appello l'immediatezza; solo il contatto tra giudice e prova sarebbe garanzia di verità¹². Credo nell'importanza del valore dell'immediatezza, ma vorrei dire qualcosa per ridimensionarne la portata.

Noi tutti abbiamo in mente le pagine del manuale di Cordero sui verbali del processo agli untori di Milano del 1630. Ricordiamo la scrupolosa annotazione di esitazioni, tremori, rossori e incertezze nelle deposizioni di imputati e testimoni. Ricordiamo meno spesso quello che scrive Cordero sulle prove la cui valutazione dipende anche da questi aspetti non verbali della comunicazione: «Valgono poco, in assoluto, sebbene ne dipenda l'intera macchina sociale: l'effetto è alogico, quindi non verificabile; vi influiscono desideri, paure, ripulsioni, simpatie»¹³.

Quando il giudice di primo grado motiva la valutazione di una prova dichiarativa, inevitabilmente gli aspetti non verbali della comunicazione finiscono per essere sommersi. È raro che il giudice argomenti sulla base del pallore o dell'esitazione del testimone.

Ci si basa in genere su altri aspetti, però molto più importanti, anche perché razionalmente argomentabili: la congruenza logica delle dichiarazioni, la plausibilità storica del fatto narrato, la compatibilità con le prove acquisite¹⁴. Sono questi gli aspetti che, grazie ai verbali, possono essere sottoposti al controllo del giudice di appello.

Naturalmente in molti casi può essere importantissimo riascoltare un testimone; ad esempio quando si teme che possa avere mentito oppure quando occorre chiedergli chiarimenti su ciò che ha dichiarato o notizie su fatti diversi.

¹⁰ Sulla teoria dialettica della conoscenza applicata al campo del diritto vedi A. GIULIANI, *Logica del diritto*. b) *Teoria dell'argomentazione*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 13 ss.

¹¹ Il tema è affrontato nell'ultimo capitolo del *Fedro* di Platone. Su di esso vedi E.A. HAVELOCK, *Cultura orale e civiltà della scrittura. Da Omero a Platone* (1963), Bari, 1973, da cui titolo si è ricalcata l'espressione usata nel testo. Per un'impostazione sociologica vedi W.J. ONG, *Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola* (1982), Bologna, 2017.

¹² Vedi da ultimo D. CHINNICI, *Contraddittorio e giudizio di appello. Ortodossia europea, resistenze interne e graduali aperture in attesa del "sigillo" del legislatore*, in D. Negri – R. Orlandi (a cura di), *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Torino, 2017, pp. 191-198; P. DELL'ANNO – A. ZAMPAGLIONE, *Prima condanna in appello tra Riforma Orlando e recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 547.

¹³ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 583.

¹⁴ Sulla funzione della motivazione di attenuare il peso della soggettività del giudice vedi L. LANZA, *La patologia della motivazione*, relazione all'Incontro di studi dal titolo *La motivazione dei provvedimenti giudiziari*, organizzata dal CSM il 27-29 settembre 2004.

Anche quando se ne dispone la riassunzione, però, il giudice di appello, se non vuole smarrire la sua funzione di controllo della decisione impugnata, deve comunque confrontarsi con verbali, motivazione e censure di parte¹⁵.

Giustificare il ribaltamento della decisione su una mera diversa risonanza emotiva, scaturita dal contatto diretto con la fonte, non credo che dia all'imputato prosciolti in primo grado maggiori garanzie.

7. La giurisprudenza di Strasburgo sull'immediatezza in appello.

La Corte di Strasburgo, soprattutto a partire dal 2012, ha però messo in evidenza una situazione in cui non riascoltare un testimone contrasta con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La situazione è questa: il giudice di primo grado, in base a quanto ha dichiarato un testimone, ha considerato accertato un fatto e l'ha posto a fondamento della decisione di proscioglimento, mentre il giudice di appello, valutando diversamente la testimonianza, riforma la sentenza e condanna l'imputato.

Il principio perciò è il seguente: non si può condannare l'imputato prosciolti in primo grado sulla base di una diversa valutazione "cartolare" di prove dichiarative.

La Corte di Strasburgo ha anche provato a indicare in che modo gli ordinamenti nazionali possono evitare di incorrere nella violazione di quel principio. Ha perciò affermato che il giudice dell'impugnazione, chiamato rivalutare il merito, qualora intenda condannare l'imputato prosciolti in primo grado, deve prima disporre, d'ufficio, la nuova audizione dei testimoni diversamente valutati¹⁶.

8. L'interpretazione conforme dell'art. 603, comma 3, c.p.p.

La cosa importante, naturalmente, era adeguarsi al principio. Quanto al modo della sua attuazione ci si poteva permettere una maggiore libertà.

Invece la giurisprudenza interna si è sentita vincolata sia sul primo sia sul secondo. Così, a partire dal 2013, ha proposto un'interpretazione conforme dell'art. 603, comma 3, c.p.p. secondo cui il giudice di appello, dopo una sentenza di

¹⁵ In questo ordine di idee vedi D. SIRACUSANO, *Ragionevole durata del processo e giudizi di impugnazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 18.

¹⁶ Corte eur., Sez. III, 5 ottobre 2011, Dan c. Moldavia, § 33; Corte eur., Sez. III, 26 giugno 2012, Găitănanu c. Romania, § 32; Corte eur., 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania, § 48; Corte eur., Sez. III, 4 giugno 2013, Hanu c. Romania, §§ 39-40; Corte eur., Sez. III, 9 aprile 2013, Flueraș c. Romania, § 59; Corte eur., Sez. II, 5 luglio 2016, Lazu c. Moldavia, § 40; Corte eur., Sez. II, 28 febbraio 2017, Manoli c. Moldavia, § 32-33; Corte eur., Sez. I, 29 giugno 2017, Lorefice c. Italia, § 45; Corte e.d.u., Sez. IV, 14 febbraio 2017, Potoroc c. Romania, §§ 36-38; Corte e.d.u., Sez. IV, 9 gennaio 2018, Ghincea c. Romania, §§ 38-52; Corte e.d.u., Sez. IV, 20 aprile 2018, Stoica c. Romania, §§ 40-47. L'unica pronuncia difforme è costituita da Corte eur., Sez. II, 24 aprile 2016, Kashlev c. Estonia. In linea con l'orientamento maggioritario, anche se talvolta annoverata a sostegno di quello minoritario, Corte eur., Sez. IV, 27 giugno 2017, Chiper c. Romania.

proscioglimento, deve riassumere anche di sua iniziativa tutte le prove dichiarative che ritiene di valutare diversamente, decisive ai fini di un'eventuale condanna¹⁷.

Tra tutti i modi di attuazione possibili, a mio avviso, questo non è certo il migliore.

Accantona la dialettica tra le parti, si affida alla discrezionalità del giudice e, soprattutto, inverte la fisiologica sequenza tra assunzione e valutazione della prova: il dubbio sulla credibilità del testimone precede la scelta di riascoltarlo¹⁸.

Quel che si guadagna in immediatezza si perde in terzietà.

9. La scelta della riforma Orlando.

La riforma Orlando non ha seguito questa strada. Non ha conferito al giudice il potere di riassumere discrezionalmente le prove dichiarative che ritenga decisive ai fini di un'eventuale condanna in appello. Ha invece inserito il recupero dell'immediatezza nell'ambito di un giudizio di appello di cui ha confermato la funzione, diretta a un controllo critico della decisione impugnata¹⁹.

Il presupposto è che in primo grado sia stata pronunciata una sentenza di proscioglimento e che il pubblico ministero l'abbia impugnata.

L'ipotesi deve senz'altro essere estesa anche ai casi in cui sia stata pronunciata una sentenza di condanna, ma il pubblico ministero l'abbia impugnata per chiedere una condanna ancora più severa, ad es. lamentando l'esclusione di circostanze aggravanti a effetto speciale. La Corte europea dei diritti dell'uomo si è già pronunciata in questo senso²⁰.

La mera eventualità di una riforma in peggio, per effetto dell'impugnazione del pubblico ministero, però non basta. Occorre infatti che l'atto di appello abbia preso

¹⁷ Tra le prime decisioni vedi Cass., Sez. V, 5 luglio 2012, Luperi, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2195; l'orientamento è stato poi confermato da Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 3203 ss., su cui vedi V. AIUTI, *Poteri d'ufficio della Cassazione e diritto all'equo processo*, *ivi*, p. 3214; A. CISTERNA, *Le Sezioni unite su principio di oralità ed overturning dell'assoluzione in grado d'appello fondato sulla rivalutazione della prova dichiarativa*, in *Arch. pen. web*, 2016 (2); E. LORENZETTO, [Reformatio in peius in appello e processo equo \(art. 6 Cedu\): fisiologia e patologia secondo le Sezioni unite](#), in questa *Rivista*, 5 ottobre 2016; L. PALMIERI, *Oralità e immediatezza nel giudizio di appello: una riforma solo annunciata*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1077 s.; S. TESORIERO, *Luci e ombre della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello per il presunto innocente*, in *Giust. pen.*, 2017, 3, c. 79 s

¹⁸ S. TESORIERO, [La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della Cedu](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2014, p. 262; V. AIUTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il libero convincimento del giudice d'appello*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3971.

¹⁹ Segnalano la discontinuità P. BRONZO, *La nuova ipotesi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello*, in G.M. Baccari – C. Bonzano – K. La Regina – E.M. Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Cedam, 2017, pp. 413-415; C. SCACCIANOCE, *La Riforma "Orlando" e la semplificazione del sistema delle impugnazioni. Dalla "specificità" dei motivi alla struttura 'mutevole dell'appello'*, in *Arch. pen. web.*, 2017, 3, p. 12.

²⁰ Vedi Corte e.d.u., Sez. IV, 4 ottobre 2016, Torja c. Romania, §§ 45-52; in tema vedi S. TESORIERO, *Riforma della sentenza e riapertura dell'istruttoria in appello*, in *Arch. pen. web*, 2017, 2, pp. 17-22.

specificamente di mira la valutazione di una prova dichiarativa e contenga dei motivi diretti a censurarla²¹. Solo in questi casi scatta l'obbligo di riassunzione.

Come hanno chiarito le Sezioni unite tale obbligo è circoscritto alle fonti dichiarative interessate dalle censure del pubblico ministero²².

La rinnovazione perciò non serve al giudice per giustificare una condanna in appello. Serve alle parti per meglio argomentare le critiche alla decisione impugnata sulla questione della valutazione della prova dichiarativa.

In questo modo la nuova rinnovazione s'innesta nel tradizionale metodo di formazione del giudizio, che resta fondato su quella sequenza dialettica: argomentazione, critica e controllo.

10. Presunzione di innocenza, ragionevole dubbio e immediatezza.

Le Sezioni unite propongono di questa disciplina un inquadramento a dir poco singolare. L'obbligo di rinnovazione costituirebbe una garanzia per l'imputato imposta, oltre che dal principio di immediatezza, anche dalla regola secondo cui la responsabilità va accertata oltre ogni ragionevole dubbio: una condanna senza immediatezza in appello, infatti, non consentirebbe di superare la presunzione di innocenza, "rafforzata" dalla decisione di proscioglimento in primo grado²³.

Questo inquadramento ha una giustificazione storica. Quando la giurisprudenza incominciò ad adeguarsi alle indicazioni di Strasburgo, la rinnovazione, nella prassi, aveva una funzione di garanzia, perché scongiurava

²¹ In questo senso vedi A. MARANDOLA, *Prime riflessioni sul "nuovo" giudizio d'appello*, in questa *Rivista*, fasc. 2/2018, p. 171.

²² Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, Troise, in questa *Rivista*, 17 aprile 2018, con nota di N. GALANTINI, *La riassunzione della prova dichiarativa in appello: note a margine di Sezioni unite Troise*, spec. pp. 6-7. In questo senso vedi P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della Riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1628. La soluzione alternativa, vale a dire la riassunzione di tutte le prove dichiarative, non solo quelle la cui valutazione è oggetto di censura nei motivi d'appello presentati dal p.m., è sostenuta da diversi autori; vedi M. CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2017, p. 166; D. CHINNICI, *Contraddittorio e giudizio di appello*, cit., pp. 208-213; N. STATUTI, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale come ago della bilancia nella definizione della natura dell'appello*, in *Arch. pen. web.*, 2018, 2, pp. 8-9. Per una posizione intermedia vedi V. AIUTI, *Obbligo di rinnovazione e prova dichiarativa*, in A. Marandola – T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Milano, 2017, pp. 254-256, secondo cui, censurata la valutazione di una prova dichiarativa ad opera del pubblico ministero, il giudice di appello dovrebbe provvedere alla riassunzione d'ufficio di tutte le prove dichiarative rilevanti e non superflue ai fini della valutazione sulla fondatezza dell'impugnazione.

²³ Vedi Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 3209-3210; Cass., Sez. un., 29 gennaio 2017, Patalano, *ivi*, 2017, pp. 2668-2671; Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, Troise, in questa *Rivista*, 17 aprile 2018, pp. 6-9. Sul punto, in senso critico, vedi S. TESORIERO, *Una falsa garanzia: l'obbligatoria attuazione del contraddittorio nel giudizio abbreviato d'appello*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3674-3676.

un'imminente condanna "cartolare" in appello, imponendo al giudice di verificare il suo convincimento alla luce di un nuovo contatto con la fonte²⁴.

Dopo la riforma Orlando questo tipo di ricostruzione non è più proponibile.

Il giudice d'appello, se non intende violare l'art. 6 C.e.d.u., non può più condannare *ex actis*. Il pubblico ministero dunque, nel censurare la valutazione della prova dichiarativa, chiede la rinnovazione perché è la condizione per ottenere la condanna dell'imputato prosciolti in primo grado.

L'imputato invece non ha alcun interesse a far risentire i testimoni: in primo grado sono stati valutati a suo favore ed è stato prosciolti; dalla riassunzione, voluta dal pubblico ministero per argomentare la richiesta di condanna, ha solo da perdere.

Continuare a vedere nella rinnovazione una garanzia, addirittura una tutela della presunzione d'innocenza, non ha molto senso. Mi pare invece che la rinnovazione sia stata costruita, piuttosto, come un diritto riconosciuto al pubblico ministero le cui pretese non siano state soddisfatte in primo grado.

11. La disparità di trattamento.

Questa conclusione fa apparire con chiarezza qual è la principale anomalia della riforma dell'art. 603, comma 3-bis, c.p.p.: il nuovo meccanismo operativo introduce a danno dell'imputato una grave disparità di trattamento²⁵.

Dopo una sentenza di proscioglimento, il pubblico ministero ha diritto di ottenere la riassunzione delle prove dichiarative di cui censura la valutazione. Il giudice, infatti, parrebbe obbligato a disporla, senza alcun vaglio²⁶.

Dopo una sentenza di condanna, l'imputato, invece, ha un'arma ben più spuntata, perché la sua eventuale richiesta di riassunzione non obbliga il giudice, che può respingerla ai sensi dell'art. 603 comma 1 c.p.p., ogni qualvolta discrezionalmente ritenga di poter decidere allo stato degli atti²⁷.

²⁴ Cfr. P. BRONZO, *Condanna in appello e rinnovazione della prova dichiarativa*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 233 ss.; S. TESORIERO, *La rinnovazione*, cit., pp. 249-251.

²⁵ In questo senso vedi anche L. CAPRARO, *Novità per l'appello: concordato sui motivi e obbligo di motivazione istruttoria*, in A. Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Torino, 2017, p. 216; M. CERESA-GASTALDO, *La riforma*, cit., p. 168.

²⁶ La lettera dell'art. 603, comma 3-bis, c.p.p., come è stato da più parti rilevato, sembra imporre un automatismo tra richiesta e rinnovazione; vedi G. DUCOLI, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello dopo la Riforma Orlando. Verso un "secondo-primo" giudizio di merito?*, in *Leg. pen.*, 12 dicembre 2017, p. 8; L. SURACI, *La rinnovazione del dibattimento in caso di proscioglimento*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando*, Pisa, 2017,

²⁷ In senso contrario, P. BRONZO, *La nuova ipotesi*, cit., pp. 417, non ravvisa una disparità di trattamento a vantaggio dell'accusa; secondo l'Autore, infatti, l'obbligo di riassunzione della prova dichiarativa non agevola, bensì appesantisce la situazione processuale del pubblico ministero, perché condiziona l'accoglimento dell'impugnazione, anche se le censure risultassero, già in base agli atti, assolutamente convincenti. Questa ricostruzione mi pare molto influenzata dall'evoluzione della giurisprudenza nazionale, che, dovendosi adeguare alle indicazioni della Corte di Strasburgo, ha finito per concepire la rinnovazione come un'incombenza che si frappone a una decisione *contra reum* in sostanza già presa. Ma il

Questa disparità è acuita dal fatto che i poteri del pubblico ministero risultano più estesi di quelli riconosciuti all'imputato proprio nella fase delle impugnazioni, laddove – come insegna la Corte costituzionale – semmai sarebbe tollerabile un ragionevole squilibrio a vantaggio della difesa²⁸.

12. Il vaglio di ammissibilità.

Come si può ridurre questo squilibrio tra le parti?

A mio avviso non attribuendo all'imputato un analogo diritto alla rinnovazione²⁹, ma subordinando anche quello del pubblico ministero a un vaglio del giudice.

Che questa sia la direzione corretta si ricava dal principio della ragionevole durata del processo. Infatti, senza un vaglio, il giudice di appello risulta obbligato alla rinnovazione anche nei casi in cui le censure del pubblico ministero sono pretestuose e la valutazione del giudice di primo grado è del tutto persuasiva. Si tratta dei casi in cui l'appello è destinato a risolversi nella conferma del proscioglimento.

Le Sezioni unite si sono mostrate sensibili a questo problema.

In particolare hanno messo in correlazione «i motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa», di cui all'art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p. con quelli che nell'atto di impugnazione, ai sensi dell'art. 581 c.p.p., devono sorreggere ogni richiesta, inclusa quella di riassunzione delle prove³⁰.

Anche questi motivi, perciò, devono essere specifici. Secondo la lettura proposta dalle Sezioni unite devono illustrare quali sarebbero gli errori di valutazione commessi dal giudice di primo grado³¹.

senso di quelle indicazioni era altro: in molti casi, senza recupero dell'immediatezza, una diversa valutazione delle testimonianze non ha affidabilità cognitiva. L'assunzione della prova perciò, prima ancora di essere, per il giudice, la condizione per l'accoglimento dell'impugnazione, costituisce lo strumento concesso alle parti per argomentare la maggiore affidabilità cognitiva di un diverso convincimento. In questa prospettiva il fatto che il giudice, anche se *prima facie* non sia persuaso dalle censure del pubblico ministero, abbia comunque l'obbligo di disporre la rinnovazione, mentre, qualora le censure provengano dall'imputato, possa direttamente confermare la sentenza di primo grado, senza voler nemmeno guardare dentro il cannocchiale, continua a sembrarmi una sperequazione irragionevole.

²⁸ Vedi Corte cost. n. 26 del 2007, in *Giur cost.*, 2007, p. 232; sul punto vedi A. GAITO – A. BARGI, *Il ritorno della Consulta alla cultura processuale inquisitoria (a proposito della funzione del p.m. nelle impugnazioni penali)*, *ivi*, pp. 244-246 e F. CAPRIOLI, *Inappellabilità delle sentenze di proscioglimento e «parità delle armi» nel processo penale*, *ivi*, pp. 259-262.

²⁹ Così invece V. AIUTI, *Obbligo di rinnovazione*, cit., pp. 258-259 e ID., *Corte europea e "motivazione rafforzata" nel caso Loreface*, in *Cass. pen.*, 2018, pp. 689-690.

³⁰ Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, Troise, in questa *Rivista*, 17 aprile 2018, p. 18. Sulla riforma dell'art. 581, vedi M. CERESA-GASTALDO, *Nuovi (discutibili) profili dell'inammissibilità delle impugnazioni*, in M. Bargis – H. Belluta (a cura di), *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, Torino, 2018, p. 15 ss.

³¹ Cass., Sez. un., 27 ottobre 2016, Galtelli in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 694, con nota di A. PULVIRENTI, *La specificità estrinseca dei motivi di appello come requisito di ammissibilità dell'appello: la fine del favor impugnationis*.

Sempre le Sezioni unite hanno poi stabilito che il giudice di appello, prima di disporre la rinnovazione, dovrebbe anche verificare se le prove controverse siano decisive³².

Ciascuno di questi criteri lascia spazio a qualche perplessità, che ora non c'è tempo di approfondire. Senza dubbio però la giurisprudenza sta cercando di individuare i parametri in base ai quali valutare l'ammissibilità della richiesta di rinnovazione³³.

A me pare appropriata una formula di questo tipo: sussiste obbligo di rinnovazione tutte le volte in cui un nuovo esame orale del dichiarante sia necessario per verificare la sussistenza degli errori di valutazione specificamente denunciati dal pubblico ministero.

Sarebbe un modo appena più preciso di dire che il giudice, anche quando lo chiede il pubblico ministero, dispone la rinnovazione se ritiene di non poter decidere allo stato degli atti.

13. I limiti ai poteri istruttori *ex officio* del giudice d'appello.

Un problema rimasto aperto dopo la riforma Orlando è questo: in assenza di censure di parte, il giudice può ancora disporre d'ufficio la rinnovazione, motivata dal suo dubbio sull'attendibilità di un testimone?

Si tratta di capire, in sostanza, se il nuovo comma 3-*bis* retroagisce in senso restrittivo sull'interpretazione conforme del comma 3, proposta in giurisprudenza prima della riforma.

Credo che la risposta debba essere positiva.

L'ambito operativo dell'assoluta necessità di cui al comma 3 era stato ampliato in virtù dell'orientamento giurisprudenziale che intendeva adeguarsi alle indicazioni della Corte di Strasburgo in tema di immediatezza³⁴.

Il legislatore però, poi, ha fatto una scelta diversa, introducendo un nuovo comma, il 3-*bis*, che ricolloca l'obbligo di rinnovazione nell'ambito della dialettica tra le parti, subordinandolo alla presentazione di motivi d'appello, ad opera del pubblico ministero, sul tema della valutazione della prova dichiarativa.

Quell'orientamento giurisprudenziale perciò dev'essere riassorbito: la tutela dell'immediatezza va canalizzata nel comma 3-*bis*, mentre l'impiego del comma 3 può tornare ad essere circoscritto, com'era prima, a casi eccezionali³⁵.

³² Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, Troise, in questa *Rivista*, 17 aprile 2018, p. 17.

³³ Vedi M. BARGIS, [Riforma in due fasi per la disciplina dell'appello penale](#), in questa *Rivista*, 13 giugno 2018, p. 17. Il legislatore spagnolo nel 2015 ha provveduto a tipizzare gli errori di valutazione della prova che consentono, una volta che siano stati dimostrati dalla parte pubblica, la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale (previo ritorno davanti al giudice *a quo*); vedi S. RUGGERI, *La riforma delle impugnazioni al vaglio del diritto comparato*, in M. BARGIS – H. BELLUTA, *La riforma*, cit., pp. 286-287.

³⁴ Vedi *supra* nt. n. 17.

La giurisprudenza – come si sa – tende a essere insofferente a questi limiti. Ad esempio le Sezioni unite sono tornate ad affermare che il principio dispositivo non può pregiudicare la ricerca della verità³⁶.

Si tratta di una *vexata quaestio*. Ritengo però che, almeno in questo caso, impedire al giudice iniziative officiose sia chiaramente funzionale alla ricerca della verità. Le parti si sono già confrontate in dibattimento e conoscono persino il fascicolo delle indagini; quando non presentano motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, vuol dire che le loro strategie processuali battono altre piste. Se il giudice di appello decide di disporre la rinnovazione *ex officio*, vuol dire che sta imboccando una terza via, rispetto alla dialettica tra le parti, che potrebbe essere foriera di gravi errori³⁷.

14. I limiti ai poteri cognitivi del giudice di appello.

Curiosamente il legislatore ha dimenticato di dire la cosa più importante; quella che costituisce l'autentica novità della riforma: Quando il giudice non dispone la rinnovazione, perché nessuno gliel'ha chiesta o comunque non ha ritenuto di disporla, non può condannare l'imputato prosciolto in primo grado sulla base di una diversa valutazione dei verbali della prova dichiarativa.

Il divieto però, anche se inespresso, si ricava dalle indicazioni della Corte di Strasburgo³⁸ e anche dalla sentenza delle Sezioni unite secondo cui, se il giudice d'appello condanna senza riascoltare i testimoni che valuta diversamente, c'è un vizio di motivazione ricorribile per cassazione³⁹.

All'obbligo di rinnovazione, dunque, si accompagna un divieto di rivalutazione *in peius*. In sintesi, la prova che va rivalutata dev'essere riassunta; la prova che non viene riassunta, non può essere rivalutata.

È interessante notare che in questo modo la nuova disciplina in parte circoscrive i poteri cognitivi del giudice di appello. Infatti, anche nell'ambito del punto della decisione, il giudice di appello, quando non vengono presentati motivi attinenti alla

³⁵ Vedi da ultimo Cass., Sez. un., 17 dicembre 2015, Ricci, in *C.e.d. Cass.*, 266820. Sul punto vedi A. BARGI, *La rinnovazione istruttoria in appello tra potere discrezionale del giudice e diritto alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 95 ss.; D. CHINNICI, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di appello*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3159 ss.

³⁶ Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, Troise, in questa *Rivista*, 17 aprile 2018, p. 21.

³⁷ Sul tema, assai discusso tra gli studiosi del processo civile, vedi, anche per indicazioni bibliografiche, M. MOCCI, *Principio del contraddittorio e non contestazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 316 ss.

³⁸ Vedi *supra* nt. n. 16.

³⁹ Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, cit., pp. 3212-3213. Dopo la riforma, il vizio può essere forse ricondotto anche alla lettera *d*: se il giudice respinge la richiesta di rinnovazione, ma poi rivaluta la prova dichiarativa *ex actis* e condanna, ci si trova di fronte a un caso di mancata assunzione di una prova decisiva. Tecnicamente però non si tratta di una controprova; vedi M. CERESA-GASTALDO, *La riforma*, cit., p. 167. Sul tema dei rimedi vedi V. AIUTI, *Poteri d'ufficio*, cit., p. 3214 ss.; N. GALANTINI, *op. cit.*, pp. 8-10; B. NACAR, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello: dubbi applicativi e questioni di legittimità costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 3, pp. 322-323; S. TESORIERO, *Luci e ombre*, cit., c. 109 ss.

valutazione della prova dichiarativa (né ricorre l'assoluta necessità di disporre la rinnovazione *ex officio*), deve confermare la valutazione del giudice di primo grado, se favorevole all'imputato.

Sia pure incidentalmente, il nesso tra rinnovazione e poteri cognitivi del giudice di appello è stato riconosciuto anche dalle Sezioni unite⁴⁰.

Ci sono infatti dei casi nei quali la riassunzione della prova dichiarativa in appello potrebbe risultare inopportuna (per usura o vulnerabilità della fonte *ex art. 190-bis c.p.p.*); poco affidabile (in caso di condizionamento *ex art. 500, commi 4 e 5, c.p.p.*); incoercibile (per il diritto al silenzio *ex artt. 210, 503 e 513 c.p.p.*); impossibile (*ex art. 512 c.p.p.*).

Per questi casi i giudici di legittimità non hanno autorizzato una rivalutazione *ex actis*; hanno invece suggerito, condivisibilmente, che, in assenza di rinnovazione, il giudice di appello deve attenersi alla valutazione contenuta nella sentenza impugnata⁴¹.

15. Il rito abbreviato.

Veniamo al rito abbreviato. Ben tre sentenze delle Sezioni unite hanno affermato che l'art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p. si applica anche all'abbreviato "secco": dopo un proscioglimento, su richiesta del pubblico ministero, il giudice d'appello avrebbe l'obbligo di riassumere in forma orale le prove dichiarative di cui si censura la valutazione⁴².

Questa soluzione divide la dottrina, non piace molto alla giurisprudenza di merito (non a caso pende una questione di legittimità costituzionale) e lascia perplesse le difese⁴³.

Infatti prevedere un abbreviato d'appello orale, su richiesta del p.m., dopo un primo grado cartolare, su richiesta dell'imputato, è una scelta sistematicamente incongrua, contraria alle esigenze di speditezza del rito e irrispettosa di un minimo *fair play* processuale.

⁴⁰ Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, cit., p. 3211.

⁴¹ In tema vedi B. NACAR, *op. cit.*, pp. 316-320.

⁴² Cass., Sez. un., 19 gennaio 2017, Patalano, cit., pp. 2669-2671, su cui vedi R. APRATI, *Overturning sfavorevole in appello e mancanza del riesame*, *ivi*, p. 2762; V. AIUTI, *Condanna in appello e rito abbreviato*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1438 ss.; H. BELLUTA – L. LUPARIA, [La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle Sezioni unite](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2017, p. 151 ss.; N. MANI, *Resistenze giurisprudenziali al capolinea: la forza granitica della sentenza di assoluzione e la necessaria rinnovazione della prova dichiarativa anche nel giudizio d'appello da rito abbreviato*, in *Arch. pen. web.*, 2017, 2; N. ROMBI, *Le Sezioni unite e le condanne cartolari nel giudizio abbreviato d'appello*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 806 ss.; S. TESORIERO, *Una falsa garanzia*, cit., p. 3668 ss.

⁴³ Vedi, in termini assai critici, S. TESORIERO, *Il sindacato costituzionale sull'(ir)ragionevole estensione dell'art. 603 comma 3 bis al giudizio abbreviato*, in corso di pubblicazione in *Giur. merito*. In senso adesivo vedi P. DELL'ANNO – A. ZAMPAGLIONE, *op. cit.*, p. 547.

In pratica la rinuncia al contraddittorio viene preservata solo nel caso in cui la scelta dell'imputato abbia esito infausto: se viene condannato, bastano le carte; se viene assolto, bisogna risentire i testimoni!⁴⁴

Secondo le Sezioni unite il comma 3-bis, c.p.p. va applicato al giudizio abbreviato perché il ragionevole dubbio sulla responsabilità, che deriva dalla prima assoluzione, può essere superato «solo attraverso una concreta variazione della base cognitiva utilizzata dal giudice di appello»⁴⁵. Passando cioè dalla prova cartolare alla prova orale. Questo problema della variazione della base cognitiva, però, viene posto solo per il giudizio abbreviato. Nel giudizio ordinario – anche dopo la rinnovazione – la base cognitiva del primo e del secondo grado, bene che vada, è la stessa. Non si capisce perché in abbreviato non ci si possa accontentare della medesima base cognitiva.

Contro l'applicabilità del comma 3-bis, c.p.p. al rito abbreviato secco credo si possano avanzare essenzialmente due argomenti.

a) *Il silenzio della legge*. In base al diritto vivente prima della riforma, era pacifico che, fermi restando i poteri officiosi del giudice, nell'abbreviato di appello le parti non avessero diritto alla rinnovazione⁴⁶; il legislatore, volendo disporre diversamente, lo avrebbe esplicitato.

b) *La Costituzione*. Il contraddittorio è un diritto dell'imputato che può essere oggetto di rinuncia. Tale rinuncia costituisce estrinsecazione del suo diritto di difesa⁴⁷. Per tutelare il criterio del ragionevole dubbio, nell'eventualità di una decisione sfavorevole, non si può vanificare l'attuale scelta difensiva sul metodo probatorio⁴⁸.

Peraltro la rinnovazione, chiesta dal pubblico ministero, tutelerà forse il ragionevole dubbio – come sostiene la Cassazione – ma intanto mira alla condanna, sia pure previo recupero dell'immediatezza.

Non a caso in uno dei tronconi del processo per la trattativa Stato-mafia, giudicati in abbreviato, è accaduto questo. In primo grado, sulla base dei verbali, alcune prove dichiarative sono state considerate a discarico e l'imputato è stato assolto. In appello il pubblico ministero ne ha chiesto l'assunzione in forma orale. Le difese hanno tentato in tutti modi di opporsi. Il giudice di Palermo invece ha accolto la richiesta, perché – come affermato dalle Sezioni unite – la rinnovazione giova agli imputati, di cui tutela la presunzione di innocenza⁴⁹. Insomma, un dialogo tra sordi.

Certo esiste, nell'abbreviato secco, il rischio di una condanna cartolare in appello. Ma è un rischio che l'imputato assume fin dal primo grado.

⁴⁴ Vedi S. TESORIERO, *Una falsa garanzia*, cit., p. 3687.

⁴⁵ Cass., Sez. un., 22 dicembre 2017, Troise, in questa *Rivista*, 4 maggio 2018, pp. 19-20, con nota di V. AIUTI, [Appello della condanna e rinnovazione istruttoria](#), *ivi*, fasc. 5/2018, p. 35 ss. e N. GALANTINI, *op. cit.*

⁴⁶ Vedi A. MAGIARACINA, *Limiti al potere di integrazione probatoria del giudice in sede di giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 704-705.

⁴⁷ Corte cost. n. 117 del 2007, in *Giur. cost.*, 2007, p. 1123; Corte cost. n. 184 del 2009, *ivi*, 2009, pp. 2050-2052.

⁴⁸ Vedi S. TESORIERO, *Una falsa garanzia*, cit., p. 3682-3684.

⁴⁹ Corte d'appello di Palermo, Sez. I, 8 febbraio 2018, Mannino, in questa *Rivista*, 19 febbraio 2018, pp. 4-6, 13, 17, 23-24, con nota di G. LEO, [Nuove risposte della giurisprudenza di merito sulle nuove ipotesi di rinnovazione "obbligatoria" in appello](#), in questa *Rivista*, fasc. 2/2018, p. 218 ss.

Non sono nemmeno prospettabili dubbi di compatibilità con la C.e.d.u.: la Corte di Strasburgo ha già chiarito che il diritto al contraddittorio nella formazione della prova di cui all'art. 6 C.e.d.u. non impedisce una condanna cartolare, se pronunciata all'esito di un rito speciale a prova contratta liberamente scelto dell'imputato⁵⁰.

16. Il proscioglimento *ex actis*.

Concludo con una questione di sistema, forse un po' accademica, ma non irrilevante.

Nella disciplina fin qui descritta c'è un'asimmetria. Lo hanno riconosciuto le Sezioni unite: rivalutando diversamente i verbali delle prove dichiarative, il giudice d'appello non può condannare l'imputato prosciolto, ma può prosciogliere il condannato⁵¹.

Si tratta di una scelta solo apparentemente logica. Come ha osservato la seconda sezione, se l'immediatezza è il metodo migliore, la rinnovazione andrebbe disposta sia che si appelli contro un proscioglimento, sia che si appelli contro una condanna⁵².

Le Sezioni unite hanno giustificato questa asimmetria richiamando un'autorevole dottrina: ribaltare una condanna in proscioglimento costituisce un'operazione di tipo demolitivo, che può essere praticata con buoni risultati anche sulla base degli atti; ribaltare un proscioglimento in condanna, invece, costituisce un'operazione più ardua, di tipo ricostruttivo, che va compiuta con metodi di accertamento migliori⁵³.

La tesi in sé è persuasiva, ma forse non esaustiva. Demolizioni e ricostruzioni, con riguardo a singole prove, giocano in modo imprevedibile sulla decisione finale. Ad esempio se in appello si demolisce, sulla base dei verbali, la credibilità di un testimone d'alibi, potrebbero restare in piedi solo prove che accertano la responsabilità oltre ogni ragionevole dubbio.

A mio avviso l'asimmetria, per cui la riassunzione risulta indispensabile solo quando si tratta di condannare il prosciolto, e non quando si tratta di prosciogliere il

⁵⁰ Vedi Corte e.d.u., 19 ottobre 2017, Fornataro c. Italia, § 36. In tema vedi R. APRATI, *op. cit.*, pp. 2678-2679.

⁵¹ Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, Troise in questa *Rivista*, 17 aprile 2018, p. 7. Sul punto vedi L. LUPARIA – H. BELLUTA, [Ragionevole dubbio ed etica del sistema: quando l'immediatezza non serve?](#), in questa *Rivista*, fasc. 12/2017, p. 92.

⁵² Cass., Sez. II, 20 giugno 2017, Marchetta, in questa *Rivista*, 19 ottobre 2017, con nota di H. BELLUTA, [Oltre Dasgupta o contro Dasgupta? Alle Sezioni Unite decidere se la rinnovazione è obbligatoria anche in caso di overturning da condanna a proscioglimento](#) (fasc. 10/2017, p. 295 ss.); vedi altresì N. ROMBI, *La riforma di una sentenza di condanna esige la rinnovazione della prova dichiarativa in appello?*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 106 ss. In senso adesivo rispetto agli argomenti della seconda sezione vedi F. FIANDANESE, [La rinnovazione del dibattimento in appello alla luce delle modifiche normative e dei principi di diritto affermati dalle Sezioni unite Dasgupta, Patalano, Troise](#), in questa *Rivista*, 18 luglio 2018, pp. 10-11; B. NACAR, *op. cit.*, pp. 323-331.

⁵³ Vedi P. FERRUA, *La prova*, cit., p. 283; In tema vedi C. SANTORIELLO, *Chi condanna esprime certezze, chi assolve può limitarsi a dubitare*, in *Arch. pen. web*, 2014, 3, p. 5 ss.

condannato, non ha fondamento cognitivo, ma normativo. Mi sembra espressione di un principio per cui le decisioni favorevoli all'imputato possono essere pronunciate allo stato degli atti.

Vale per l'udienza preliminare, ove il non luogo a procedere può fondarsi sulla base del materiale investigativo, e trova riscontro nell'art. 129, comma 1, c.p.p., che consente di interrompere l'istruzione quando emergono le prove dell'innocenza.

L'orizzonte nel quale ci si muove perciò è quello del *favor rei*: anche quando un approfondimento istruttorio, in astratto, potrebbe portare alla scoperta di nuovi elementi a carico, le decisioni liberatorie possono essere pronunciate allo stato degli atti. È forse ciò che intendono le Sezioni unite quando scrivono che «il nostro ordinamento costituzionale ha operato una scelta ben precisa di sistema, delineando il processo penale come strumento di accertamento della colpevolezza e non dell'innocenza»⁵⁴.

⁵⁴ Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, Troise in *questa Rivista*, 17 aprile 2018, p. 13.