

LA RIASSUNZIONE DELLA PROVA DICHIARATIVA IN APPELLO: NOTE A MARGINE DI SEZIONI UNITE TROISE (*)

di Novella Galantini

SOMMARIO: 1. I precedenti. – 2. I principi delle Sezioni Unite. – 3. Il nuovo art. 603 comma 3-bis c.p.p. – 4. I rimedi.

1. I precedenti.

L'avvento della nuova disposizione a sostegno della rinnovazione della prova dichiarativa in appello (art. 603 comma 3-bis c.p.p.) e la recente sentenza Sezioni Unite Troise¹ – che, pur rispondendo a un quesito, fissa ulteriori e rilevanti principi di diritto – induce a una verifica delle posizioni giurisprudenziali su un tema che ha ricevuto una particolare attenzione sul piano applicativo e interpretativo dopo che la Corte europea dei diritti ha sancito un principio destinato a segnare in modo incisivo il percorso parallelo degli organi giurisdizionali interno ed europeo.

Già fissato in tempi risaltanti, il canone della necessaria rinnovazione della prova dichiarativa in appello a fronte del proscioglimento in primo grado, ha poi trovato precisa definizione nel *leading case* Dan c. Moldavia cui si sono uniformate successive pronunce pur in presenza talvolta di un disallineamento tra le diverse posizioni, riferibile alla luce dei differenti casi trattati². Il principio, fondato sulla disposizione secondo cui l'imputato ha diritto a interrogare e far interrogare i testimoni a carico (art. 6 comma 3 lett. d) Cedu), viene in sostanza esteso al giudizio di secondo grado, viziato nella misura in cui fonda la conversione della assoluzione in condanna in assenza della rivisitazione orale e immediata della prova dichiarativa precedentemente assunta.

La terapia sul piano interno è stata individuata, come è noto, dalla pronuncia Dasgupta con cui le Sezioni Unite³ hanno fissato il primo punto fermo nella

(*) Il testo costituisce la sintesi della relazione svolta all'Incontro di studio "Le impugnazioni penali dopo la riforma Orlando", Milano, Aula Magna, Palazzo di Giustizia, 23 marzo 2018, con le integrazioni riferite alla motivazione delle Sezioni Unite Troise.

¹ Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2017 (dep. 3 aprile 2018), n. 14800, Pres. Canzio, Est. De Amicis, ric. P.G., imp. Troise.

² Sul punto, v. la preziosa ricostruzione di G. BIONDI, *Tanto tuonò che piovve! La prima condanna dell'Italia da parte della Corte Edu in tema di overturning sfavorevole in appello: una sentenza (quasi) annunciata*, in Cass. pen., 2017, p. 4561 ss.

³ Sez. Un. 28 aprile 2016 n. 27620, Dasgupta, rv 267486. Tra i numerosi commenti, 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.

individuazione dei criteri esegetici con i quali il principio convenzionale deve essere tradotto in concreto nei singoli giudizi. Oltre ad avere superato il profilo della diversa configurazione dei dichiaranti – ora individuabili anche nel coimputato o nell'imputato in procedimento connesso o nel teste assistito – e ad avere valorizzato anche l'impugnazione della parte civile ai fini della riassunzione, la Corte ha precisato i confini del vizio, rilevabile d'ufficio al di là di una specifica censura, e produttivo di un effetto scompositivo dell'intero assunto motivazionale, così da generare un ineluttabile travolgimento della sentenza non supportata dal superamento del ragionevole dubbio che costituisce il principio generalissimo con cui doversi confrontare. La decisività della prova ha poi trovato una definizione articolata che si nutre di vari profili funzionali a descrivere il grado di incidenza sull'esito del giudizio di appello, "nell'alternativa proscioglimento-condanna".

Se la giurisprudenza, successiva anche alla modifica normativa, ha mostrato atteggiamenti ancora restrittivi, tornando al profilo già battuto della sufficienza della rivalutazione dell'intero compendio probatorio in luogo della rinnovazione della prova dichiarativa⁴, o della valorizzazione delle intercettazioni telefoniche ignorate dal primo giudice⁵, o ancora, dubitando della necessità della riassunzione dell'esame dell'imputato⁶, in altri casi ha sostenuto il principio sostenendone la doverosità pure in caso di *reformatio in peius* parziale determinata dalla sola riqualificazione giuridica del fatto in sede di appello⁷. Permaneva comunque la tesi, poi confermata, della improponibilità della riassunzione dell'esame del perito o del consulente tecnico⁸.

Allo stesso modo, qualche dissonanza poteva ancora emergere nel *parterre* delle decisioni della Corte europea che talvolta si manifestava recessiva rispetto all'obbligo di riassunzione, distaccandosi dai precedenti e sostenendo la insussistenza di un dovuto automatismo in caso di riforma peggiorativa, dovendosi invece valutare la singola *valeur probante* della dichiarazione non riassunta⁹. La varietà dell'approccio è proseguita a fasi alterne, con diverse prese di posizione positive, oltre che nel caso Ghincea c. Romania¹⁰, anche nel caso Loreface contro Italia dove si è ribadita la insufficienza della mera motivazione rafforzata a sanare il vizio della mancata riassunzione¹¹.

⁴ Cass. Sez. 3, 4.7.2017 n. 31949, I., rv 270632; Cass. Sez. 5, 19.9.2017 n. 42746, Fazzini, rv 271012; Cass. Sez., 2, 27.11.2017 n. 53594, Piano, rv 271964.

⁵ Cass. Sez. 6, 25.10.2017 n. 49067, Bertolini, rv 271503.

⁶ Cass. Sez. 2, 28.7.2017 n. 37883, Liuzzi, rv 271141.

⁷ Cass. Sez. 2, 17.5.2017 n. 24478, Salute, rv 269967, sulla quale S. TESORIERO, *Riforma della sentenza e riapertura dell'istruttoria in appello*, in *Arch. pen.*, n. 1/2017, p. 2 ss.

⁸ Sul punto, Cass., Sez. 5, 14.9.2016 n. 1691, Abbruzzo, rv 269529; Cass. Sez. 3, 28.12.2017 n. 57863, Colleoni, rv 271812.

⁹ Corte eur. 27.6.2017, Chiper c. Romania. V., inoltre, Corte eur. 26.4.2016, Kashlev c. Estonia.

¹⁰ Corte eur. 9 gennaio 2018.

¹¹ Corte eur., Sez. 1, 29.6.2017, Loreface c. Italia, sulla quale L. PRESSACCO, *Una censura ampiamente annunciata: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il ribaltamento in appello della assoluzione senza rinnovazione dell'istruzione dibattimentale*, in *questa rivista*, 12 luglio 2017.

2. I principi delle Sezioni Unite.

Del quadro attuale prende atto la sentenza Troise che ripercorre gli aspetti evolutivi e le varianti intervenute nella attuazione del principio, tracciando un preciso filo conduttore che risolve le varie questioni, oggetto di approcci contrastanti, sotto il faro comune dei principi costituzionali e convenzionali.

2.1. Così è per lo specifico quesito portato alla attenzione delle Sezioni Unite circa l'obbligo di riassunzione della prova dichiarativa nel caso in cui il giudice dell'appello trasformi *in melius* la sentenza di condanna resa in primo grado. La Corte, rilevando la mancanza di previsione nel nuovo art. 603 comma 3-*bis* c.p.p. – che si limita a prevedere l'appello del pubblico ministero contro la sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa – esamina il percorso giurisprudenziale sul tema, che aveva già peraltro ricevuto un primo inquadramento delle stesse Sezioni unite Dasgupta nel senso della non necessità della riassunzione, essendo questo approccio perfettamente in linea con la presunzione di innocenza presidiata dal criterio di giudizio *ex art.* 533 c.p.p. Il dissenso di una singola Sezione ¹² ha indotto la Corte a procedere ora nel segno della continuità interpretativa a sfavore della rinnovazione, comprensibile nella misura in cui l'obbligo dell'ascolto in via diretta della fonte dichiarativa si riflette nel diritto dell'imputato, in questo caso non violato, ad essere giudicato in base ad una valutazione della prova dichiarativa direttamente percepita. Sottolineando come nel caso della riforma in senso assolutorio della condanna "*non viene in rilievo il principio del 'ragionevole dubbio'*" – posto che "*la assoluzione dopo la condanna non deve superare alcun dubbio*", mentre "*è la condanna che deve intervenire al di là di ogni ragionevole dubbio*" –, la Corte torna quindi a ribadire il principio della sola necessità per il giudice di appello di argomentare '*in modo rigoroso*', dovendo "*offrire una motivazione puntuale ed adeguata della sentenza assolutoria, (e) dando una razionale giustificazione della difforme conclusione adottata rispetto a quella del giudice di primo grado*".

La sentenza non si limita tuttavia a questa conclusione, dovendo esprimersi sull'ulteriore profilo, trattato nella sentenza da cui è scaturita la rimessione, che riguarda la riassumibilità della testimonianza della persona offesa in caso di conversione *in melius* della prima sentenza di condanna. Anche su questo piano l'analisi risulta approfondita con il richiamo alle fonti europee a protezione della vittima del reato che peraltro, pur riconoscendo le esigenze di tutela e gli interessi tali da consentire "*un sempre maggiore spazio partecipativo nell'articolazione e nello sviluppo delle sequenze processuali*", non possono tradursi "*nella previsione di alcun obbligo normativo di rinnovazione dell'escussione del dichiarante*", tanto più in assenza di indicazioni "*circa l'imposizione di una pretesa simmetria di ruoli tra la vittima e l'imputato*". La Corte applica tuttavia, a fronte del "*nuovo volto processuale della vittima*", un correttivo che implica "*l'esigenza di affidare alla saggia*

¹² Cass. Sez. 2, 12.9.2017 n. 41571, Marchetta, rv 270570, sulla quale N. ROMBI, *La riforma di una sentenza di condanna esige la rinnovazione della prova dichiarativa in appello?*, in *Proc. pen e giust.*, 2018, p. 93.

ponderazione del giudice la decisione di rinnovarne, se del caso, la deposizione nelle ipotesi di c.d. reformatio in melius" (p. 16 sent.).

2.2. La Corte non tralascia di trattare inoltre il tema dell'obbligo di riassunzione della prova dichiarativa posta a base della pronuncia assolutoria resa nel giudizio abbreviato.

Sulla questione, ancora particolarmente sentita dalla giurisprudenza di merito, per la soluzione affermativa si erano già espresse favorevolmente le Sezioni Unite Dasgupta, ritenendo irrilevante che le dichiarazioni siano state valutate in primo grado a seguito di integrazione probatoria o anche solo in base agli atti di indagine, potendo il giudizio di appello convertire *in peius* la sentenza favorevole soltanto dopo la (ri)assunzione dei dichiaranti¹³. Se anche le Sezioni Unite Patalano hanno poi confermato l'assunto¹⁴, il quesito si è riproposto in più sedi tanto da indurre alla prospettazione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 603 comma 3-bis c.p.p. *"nella parte in cui dovrebbe ricevere applicazione anche nei giudizi definibili allo stato degli atti ai sensi degli artt. 438 e ss. c.p.p."*¹⁵. La ipotizzata incompatibilità della nuova disposizione con i principi costituzionali della ragionevole durata del processo, della regola che consente la deroga al contraddittorio su consenso e del canone sulla parità delle parti, non ha trovato peraltro condivisione in altra pronuncia¹⁶. I dubbi di costituzionalità sono stati risolti alla stregua di altri principi assorbenti e dominanti quali la presunzione di non colpevolezza, alla luce della quale la rinnovazione della prova dichiarativa risulta essere imprescindibile per una legittima conversione in condanna della assoluzione.

La questione si è ripresentata tuttavia ancora in singoli casi recenti¹⁷ in cui la natura di giudizio abbreviato semplice ha continuato ad alimentare la tesi opposta della irragionevole riassunzione della prova dichiarativa che, in realtà, non essendo mai stata assunta, si ritiene improponibile qualificare come dichiarazione da riascoltare secondo un principio di immediatezza legittimamente superato nel primo giudizio.

Se la Corte europea aveva nel frattempo escluso la violazione dell'art. 6 commi 1 e 3 lett. d) Cedu in un caso italiano di giudizio abbreviato in cui non era stato (ri)ascoltato il consulente tecnico le cui dichiarazioni erano state acquisite al fascicolo prima della

¹³ Sez. Un. Dasgupta, cit.

¹⁴ Sez. Un. 14.4.2017 n. 18620, Patalano, rv 269786. In tema, H. BELLUTA-L. LUPARIA, *La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi 'formante' delle sezioni Unite*, in questa rivista, n. 3/2017, p. 151.

¹⁵ Corte App. Trento, ord. 20.12.2017.

¹⁶ Corte App. Palermo, ord. 8.2.2018, sulla quale G. LEO, *Nuove risposte della giurisprudenza di merito sulla rinnovazione 'obbligatoria' dell'istruzione in appello*, in questa rivista, 19 febbraio 2018.

¹⁷ Corte App. Milano, ord. 20.2.2018 secondo cui l'obbligo di rinnovazione nel caso di giudizio abbreviato non condizionato "appare confliggente con i diritti della difesa e segnatamente con il diritto dell'imputato di rinuncia al contraddittorio".

Per Cass. Sez. 5, 7.4.2017 n. 33870, Crescenzo, rv 270474, la assunzione di nuove prove nel giudizio abbreviato non condizionato è possibile solo qualora queste prove non si riferiscano a circostanze di fatto anteriori al processo e conosciute dall'imputato, trattandosi altrimenti di prove che avrebbero dovuto formare oggetto di richiesta di abbreviato condizionato ad integrazione probatoria e sottoposte al vaglio di ammissibilità.

richiesta di rito speciale¹⁸, la Cassazione a Sezioni unite è nuovamente intervenuta, restituendo gli atti alla Sezione rimettente che dubitava della continuità della interpretazione favorevole alla rinnovazione dopo l'intervento legislativo sull'art. 603 comma 3-bis c.p.p.¹⁹. I quesiti ancora incentrati sulla superabilità del consenso espresso dall'imputato alla utilizzazione degli atti di indagine o sulla sostenibilità della simmetria tra giudizi, trovano ora risposta nella sentenza Troise, alla quale il provvedimento di restituzione degli atti ha fatto riferimento, imponendo alla Sezione rimettente di rivalutare il quesito alla luce delle argomentazioni svolte nella stessa sentenza. In effetti, esprimendosi sulla nuova disposizione, la Corte rileva che *"l'interpolazione operata dal legislatore (...) non contempla eccezioni di sorta, ma consente l'applicabilità della regola posta dal nuovo comma 3-bis ad ogni tipo di giudizio, ivi compresi i procedimenti svoltisi in primo grado con il rito abbreviato"* (p. 19 sent.). Richiamando la imprescindibilità della applicazione del criterio del ragionevole dubbio, nonché la *"necessità di temperare il potere dispositivo delle parti in materia probatoria con un quadro di poteri integrativi ad iniziativa officiosa del giudice"* (p. 21), la Corte esclude ogni dubbio sulle criticità evidenziate nelle varie sedi giurisprudenziali, anche se la sottolineatura della natura di garanzia dell'imputato alla riassunzione dei dichiaranti 'decisivi', ripropone ancora 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.

Il tema non sembrerebbe peraltro esaurirsi nell'ambito del rito speciale, 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.)²⁰, o richiamata in sede di contestazione nell'esame testimoniale (art. 500 comma 4 c.p.p.)²¹ o soggetta ai limiti imposti normativamente all'esercizio del diritto alla prova (art. 190-bis c.p.p.). Trattata incidentalmente da Sezioni Unite Dasgupta, la ulteriore questione della impossibilità di rinnovazione ha trovato soluzione nel divieto di riforma *in peius* a fronte della mancata rinnovazione della prova dichiarativa²². La fonte non riassumibile per

¹⁸ Corte eur., 26.9.2017, Fornataro c. Italia.

¹⁹ Cass. Sez. Un., Provvedimento di restituzione n. 25052/2017 del Primo Presidente, alla Sezione Seconda, proc. De Mari Vera.

²⁰ Cass. Sez. 6, 23.11.2017 n. 53336, Garbin, rv 271716 secondo cui "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 espresso il consenso alla acquisizione degli atti di indagine preliminare al fascicolo per il dibattimento, ai sensi dell'art. 493 comma 3 c.p.p., 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".

²¹ Cass. Sez. 2, 11.12.2017 n. 55068, P., rv 271552. In questo caso si è invece deciso per la insussistenza dell'obbligo di rinnovazione "a condizione che non sussistano elementi indicativi di una successiva modifica delle condizioni del dichiarante".

²² Secondo Sezioni Unite Dasgupta, cit., *"non vi sono ragioni per ritenere consentito un ribaltamento del giudizio assolutorio ex actis"* quando la rinnovazione della prova dichiarativa *"si riveli impossibile, ad esempio, per irreperibilità, infermità o decesso del soggetto da esaminare"* (p. 15). In tema, A. CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, in AA.VV., *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, a cura di M. Bargis-H. Belluta, Giappichelli, 2018, p. 71.

impossibilità sopravvenuta, se decisiva e diversamente valutata nei due giudizi, dovrebbe dunque generare il divieto di trasformare l'assoluzione in condanna non essendovi ragioni in questa ipotesi per consentire un ribaltamento della assoluzione.

3. Il nuovo art. 603 comma 3-bis c.p.p.

La sentenza Troise interviene inoltre sulla codificazione della regola che traspone il diritto di cui al menzionato art. 6 comma 3 lett. d) Cedu, nell'art. 603 comma 3-bis c.p.p. con la formula per cui 'nel caso di appello del pubblico ministero contro la sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale' (art. 603 comma 3-bis c.p.p.). Se pure al fine di "*verificarne i riflessi e le possibili interferenze sulla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nell'ipotesi di reformatio in melius*" (p. 16), la Corte si fa carico in realtà di fissare alcuni opportuni e rilevanti criteri interpretativi.

Ad un primo approccio la nuova norma che dispone in via formale il divieto di *reformatio in peius* in assenza di dichiarazioni riassunte, si è infatti prestata a vari quesiti²³ in termini di coordinate applicative anche a motivo del fatto di non rappresentare la perfetta trasposizione della regola enunciata in sede europea e poi interna. In primo luogo, alla specifica fattispecie della riassunzione delineata in sede europea, si è sostituita quella più ampia della rinnovazione della istruzione dibattimentale, mentre la condizione della diversa valutazione di attendibilità della prova dichiarativa viene ricostruita attraverso la più generica formula dei motivi riguardanti la sua valutazione. Nemmeno la decisività della prova, cui le Sezioni unite Dasgupta hanno fornito un dettagliato profilo individuativo, viene inserita tra i presupposti dell'appello. Ne esce così un quadro complessivo che, da un lato, delimita l'impugnazione al solo organo dell'accusa con esclusione della parte civile, e dall'altro, allarga la base probatoria del giudizio di secondo grado fino a consentire la totale rinnovazione istruttoria come caso speciale sganciato dai presupposti ordinari. Se il riferimento *tout court* alla prova dichiarativa non sembra creare problemi nell'escludere la riassunzione della perizia o della consulenza tecnica – che in astratto sarebbe comunque passibile di rientrare comunque nei casi ordinari – il testo riformato dell'art. 603 comma 3-bis c.p.p. crea qualche criticità là dove prevede che il giudice 'dispone' la totale rinnovazione della istruzione dibattimentale, configurandone anche la obbligatorietà. A questo riguardo soccorrono le precisazioni formulate nella sentenza che, rimarcando la continuità normativa rispetto ai principi fissati dalle Sezioni Unite anche sul piano della omologazione dei due casi inversi di conversione delle pronunce nei due giudizi, delinea i limiti applicativi della nuova disposizione. Partendo dalla considerazione di un suo necessario inquadramento all'interno del più ampio contesto normativo delle impugnazioni riformate che impone anche al pubblico ministero il rispetto dei requisiti

²³ Circa i contenuti dello schema di disegno di legge, M. CERESA GASTALDO, [La riforma dell'appello tra malinteso garantismo e spinte deflative](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2017, p. 172.

di specificità richiesti (art. 581 comma 1 lett. b) e art. 591 comma 1 lett. c) c.p.p.), con critica agli errori del primo giudice e con motivi adeguati alle richieste anche istruttorie, la Corte afferma chiaramente che *"il nuovo quadro normativo risultante dai numerosi innesti operati per effetto della legge n. 103 del 2017 non impone affatto di ritenere che il giudice di appello sia obbligato a disporre una rinnovazione generale ed incondizionata dell'attività istruttoria svolta in primo grado, ben potendo quest'ultima essere concentrata solo sulla fonte la cui dichiarazione sia oggetto di una specifica censura da parte del pubblico ministero attraverso la richiesta di una nuova valutazione da parte del giudice di appello, operando poi, nel caso in cui a seguito di tale rinnovazione dovesse apparire "assolutamente necessario" lo svolgimento di ulteriore attività istruttoria, la disciplina ordinaria prevista dall'art. 603, comma 3, cod. proc. pen."*. Si ribadisce infatti che *"l'espressione utilizzata dal legislatore nella nuova disposizione di cui al comma 3-bis secondo cui il giudice deve procedere, nell'ipotesi considerata, alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, non equivale infatti alla introduzione di un obbligo di rinnovazione integrale dell'attività istruttoria – che risulterebbe palesemente in contrasto con l'esigenza di evitare un'automatica ed irragionevole dilatazione dei tempi processuali – ma semplicemente alla previsione di una nuova, mirata, assunzione di prove dichiarative ritenute dal giudice d'appello "decisive" ai fini dell'accertamento della responsabilità, secondo i presupposti già indicati da questa Corte nella sentenza Dasgupta"* (p. 19). Dovrà dunque il giudice dell'appello assumere nuovamente *"non tutte le prove dichiarative, ma solo quelle che – secondo le ragioni puntualmente e specificamente prospettate nell'atto di impugnazione del pubblico ministero – siano state oggetto di erronea valutazione da parte del giudice di primo grado e vengano considerate decisive ai fini dello scioglimento dell'alternativa 'proscioglimento-condanna'"* (ivi).

In ogni caso, a fronte di una eventuale inammissibilità dell'appello dell'organo dell'accusa, generico sui motivi, e in contestuale presenza della impugnazione della parte civile, il giudice potrebbe intervenire con i suoi poteri di rinnovazione *ex art. 603 commi 1 e 3 c.p.p.* – come definiti dalla stessa sentenza (p. 17) e come del resto esercitabili in relazione alla riassunzione, già ricordata, delle dichiarazioni della persona offesa (p. 15) – così tutelando quel diritto convenzionale delle prerogative probatorie dell'imputato, escluse dalla formulazione del nuovo 603 comma 3-bis c.p.p. Rimarrebbe comunque al giudice la valutazione circa la decisività della prova dichiarativa.

Quanto ad altri quesiti, non toccati dalla sentenza, la nuova disposizione non sembra alterare alcuni punti sui quali si è espressa la giurisprudenza quali ad esempio la insussistenza dell'obbligo ovvero del diritto alla riassunzione nel caso di travisamento della prova²⁴ o al contrario la praticabilità del riesame della fonte dichiarativa quale che sia la formula terminativa della sentenza di proscioglimento emessa nel primo giudizio²⁵. Allo stesso modo, è da ritenersi assodato che il potere-dovere del giudice dell'appello di risentire i testi considerati decisivi non comporta una anticipata valutazione di merito, in quanto il provvedimento che apre alla rinnovazione deve

²⁴ Cass. Sez. Un. 14.4.2017 n. 18620, Patalano, cit.; Cass. Sez. 4, 26.10.2017 n. 49159, Ferrara, rv 271518.

²⁵ Cass. Sez. 4, 17.7.2017 n. 34878, Soriano, rv 271065.

soltanto esprimersi sulla decisività della prova ai fini della valutazione delle ragioni dell'appellante²⁶.

4. I rimedi.

Se i quesiti che si sono rappresentati toccano l'*an* e il *quomodo* dei doveri del giudice dell'appello, di non minore rilievo si prospetta il quadro dei rimedi nei casi in cui in sede di giudizio di secondo grado non siano state rispettate le regole che consentono di modificare *in peius* la posizione dell'imputato.

Tra le questioni che si sono poste, di particolare rilievo è quella già emersa con riguardo alla tutela dei soggetti condannati irrevocabilmente in cassazione dopo che in appello la conversione della assoluzione era avvenuta senza riassunzione della prova dichiarativa. Distinguendo tra casi trattati su ricorso alla corte europea – passibili dello strumento della revisione di genesi costituzionale²⁷ – e casi analoghi, ma privi della possibilità del rimedio straordinario in assenza del riconoscimento della violazione in sede supranazionale, si è pervenuti talvolta a delineare una protezione anche per i cosiddetti 'fratelli minori' alla stregua di determinati criteri individuati in via giurisprudenziale²⁸ a fronte del vuoto normativo non compensato dall'intervento legislativo della recente riforma²⁹.

Al di là di queste ipotesi, da inquadrarsi nel più ampio tema della recessività del giudicato a fronte di inosservanza di diritti inviolabili³⁰, nei più semplici casi di ricorso per cassazione imperniato sulla mancata osservanza dei doveri del giudice di appello, si dovrebbe riflettere, anche alla luce dei principi fissati dalla sentenza Troise, se il giudizio di rinvio conseguente all'annullamento della sentenza di condanna assuma una diversa configurazione ovvero se i poteri del giudice del rinvio possano ancora essere delineati negli stessi termini descritti nell'art. 627 comma 2 c.p.p. Da un lato, se è vero che il giudice dell'appello "decide con gli stessi poteri che aveva il giudice la cui sentenza è stata annullata", è anche vero che i limiti stabiliti dalla legge a questi 'stessi poteri' (art.

²⁶ Corte App. Palermo, ord. 18.2.2018, cit.

²⁷ Per la tesi che ammette la 'revisione europea' ai soli casi di pronuncia della Corte di Strasburgo, a prescindere dalla natura 'pilota' della sentenza, Cass. Sez. 2, 7.9.2017 n. 40889, Cariolo, rv 271197.

²⁸ Cass. Sez. 6, 4.5.2017 n. 21635, Barbieri, rv 269945 secondo cui i casi riconducibili al meccanismo individuato dalla sentenza della Corte costituzionale (n. 113/2011) sono da individuarsi anche in relazione a sentenze relative a situazioni analoghe verificatesi per disfunzioni sistematiche o strutturali all'interno del medesimo ordinamento giuridico ovvero che abbiano accertato una violazione di carattere generale che possa essere riconosciuta in una situazione corrispondente.

Per il caso Dell'Utri (Cass. Sez. 1, 11.10.2016 n. 44193), v. P. Maggio, *Dell'Utri e Contrada 'gemelli diversi': è la revisione europea lo strumento di ottemperanza alle sentenze CEDU?*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1374 e S. Bernardi, *I 'fratelli minori' di Bruno Contrada davanti alla Corte di cassazione*, in *questa rivista*, n. 2/2017, p. 257.

²⁹ Il nuovo caso di revisione era invece previsto dal d.d.l. C. 3009 recante "Modifiche al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del medesimo codice, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989 n. 271, in materia di revisione del processo a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", assegnato alla Commissione Giustizia della Camera il 4 giugno 2015.

³⁰ G. UBERTIS, *Diritti umani e mito del giudicato*, in *questa rivista*, 5 luglio 2012.

627 comma 2, prima parte, c.p.p.) dovrebbero essere ora individuati sul piano probatorio. Applicare nel giudizio di rinvio il seguito della disposizione secondo cui "se è annullata una sentenza di appello e le parti ne fanno richiesta, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale per l'assunzione delle prove rilevanti per la decisione"(art. 627 comma 2, seconda parte, c.p.p.), significherebbe contraddire la *ratio* sottostante la nuova regola e contrastare la stessa interpretazione ora fornita da Sezioni Unite all'art.603 comma 3-bis c.p.p. A parte la valutazione di rilevanza, necessaria premessa a quella di decisività³¹, non sarebbe più concepibile una complessiva rinnovazione, addirittura su richiesta di parte, dopo che l'annullamento deve la sua genesi alla violazione di un diritto e non alla messa in discussione di tutto l'apparato probatorio. Tanto che, nella fattispecie inversa di ribaltamento della condanna in assoluzione, si è ormai stabilito che *"imponendo praeter legem la rinnovazione istruttoria anche ai fini del proscioglimento (si) trasformerebbe inevitabilmente l'appello in una innaturale replica del giudizio di primo grado"* (sent. Troise, p. 18). In sostanza, ripetere l'istruzione non serve, non essendo stata lesa una prerogativa soggettiva e bastando che la motivazione sia adeguatamente rafforzata a sostenere il mutamento del dispositivo.

Che poi si possa enucleare un criterio per cui dalla pronuncia di annullamento sia consentito desumere i limiti all'esercizio del potere probatorio in sede di rinvio, è quesito su cui ancora discutere. Tuttavia, a fronte di singoli casi già trattati, emerge una serie di soluzioni variabili che vanno dalla riedizione di un 'nuovo giudizio' previa rinnovazione istruttoria di prove dichiarative ritenute rilevanti a fini decisori³², alla riassunzione di alcuni testi indispensabili e rilevanti per la decisione³³ o di testi se oggetto di diversa considerazione rispetto a quella effettuata dai primi giudici³⁴ o di tutti i testi e imputati che si ritengano necessari per la completa valutazione di attendibilità delle prove dichiarative³⁵. Da qui il dubbio che, al di là del principio di diritto vincolante sul piano riassuntivo della fonte dichiarativa, si possa dedurre dalla decisione di annullamento una valutazione già precostituita di decisività della prova da riassumere che possa vincolare il giudice del rinvio³⁶. In realtà è mancata la necessaria attenzione normativa ai riflessi dell'annullamento in sede di rinvio nel particolare caso di specie, dove l'azzeramento della sentenza che ha ribaltato in condanna l'assoluzione implica il riconoscimento della violazione del diritto dell'imputato alla riassunzione della prova dichiarativa decisiva diversamente valutata e, nel contempo, richiede che quel diritto sia ripristinato negli stessi termini in cui non è stato osservato.

³¹ Corte eur. Sez. II, 28 febbraio 2017, *Manoli c. Moldavia*.

³² Sez.Un. Dasgupta, cit., p.20.

³³ Corte App. Milano, ord.13.11.2017.

³⁴ Cass. Sez. 3, 16.12.2016 n. 1464, non massimata.

³⁵ Cass. Sez. 2, 17.5.2017, Salute, cit.

³⁶ Per il caso di annullamento dovuto a mancata ammissione della controprova, v. M. M. MONACO, *Il giudizio di rinvio. Strutture e logiche probatorie*, Cedam, 2012, p. 123, sulla rinnovazione istruttoria che si potrebbe ritenere disposta direttamente dalla cassazione che "di fatto, ha già valutato la pertinenza e rilevanza della prova contraria in relazione alla prova principale."

Se la natura e la finalità della riassunzione vanno dunque collocate nella logica di una prerogativa soggettiva – come le Sezioni Unite ribadiscono focalizzando l'attenzione sulla presunzione di innocenza di cui il canone del ragionevole dubbio è di "*immediata derivazione*" e di operatività "*in favore del solo imputato*"³⁷ – il punto da chiarire è costituito dal perimetro probatorio nel quale deve essere circoscritto il nuovo giudizio. La totale rinnovazione istruttoria fissata dal nuovo 603 comma 3-*bis* c.p.p., che rischierebbe di vanificare la garanzia dell'imputato estendendo l'accertamento oltre le dichiarazioni decisive e magari rinforzando la tesi della valutazione dell'intero compendio probatorio, potrebbe tuttavia rischiare di influenzare anche il giudizio di rinvio in senso contrario al suo scopo di compensazione degli errori processuali o di merito pregressi. Se pure è vero, secondo una risalente giurisprudenza, che il vizio di motivazione in cui è incorsa la sentenza di appello, in questo caso per mancata riassunzione e rivalutazione della prova dichiarativa³⁸, può generare un annullamento con reviviscenza di tutti i poteri del nuovo giudice³⁹, è anche vero che non può non disconoscersi la differente prospettiva nella quale è calato l'annullamento nei casi di specie. In particolare, considerando che anche nel giudizio di rinvio opera il divieto di *reformatio in peius* quando, come nei casi considerati, il ricorrente è il solo imputato⁴⁰, andrebbe valutato se l'annullamento determini una sorta di 'giudicato probatorio' che implichi la preclusione ad acquisire prove diverse da quelle dichiarative diversamente valutate, potenzialmente incidenti sulla riforma della sentenza di assoluzione pronunciata in primo grado che ancora esiste dopo l'annullamento della pronuncia di condanna resa in appello. Si dovrebbe in sostanza ripensare agli spazi istruttori del rinvio e, in base alla motivazione della sentenza annullata e ai motivi di ricorso, limitare l'acquisizione delle sole prove in relazione agli effetti derivanti dalla sentenza di annullamento⁴¹, con chiusura alla eventualità di un ulteriore completo giudizio. Più semplicemente, basterebbe allora sostenere che gli stessi poteri probatori sono quelli di cui all'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p. come rivisitati dalle attuali Sezioni Unite. Il che non implicherebbe una riduzione dei poteri valutativi e decisorii del giudice di appello, immutati e pari a quelli del primo giudice, ma resettati sulla base delle sole dichiarazioni riassunte. Il fine dell'accertamento ovvero della ricerca della verità ovvero ancora il principio dell'immanenza dei poteri officiosi del giudice, ancora richiamati nella giurisprudenza che si occupa del tema in oggetto⁴², non sarebbero emarginati, ma solo ricondotti nella logica di un processo che, corretti gli errori, viene restituito ad un finale razionalmente ed armonicamente proteso al bilanciamento delle diverse esigenze in gioco.

³⁷ Sez. Un. Troise, cit., p. 9.

³⁸ Sez. Un. Dasgupta, cit. e Sez. Un. Patalano, cit.

³⁹ Cass. Sez. 2, 16.1.2018 n.1726, Liverani, rv 271696.

⁴⁰ Cass. Sez. 4, 7.3.2017 n. 20337, I., rv 270704U

⁴¹ Per il rapporto tra *divieto di reformatio in peius* e acquisizioni probatorie in sede di rinvio, F. R. DINACCI, *Il giudizio di rinvio nel processo penale*, Cedam, 2002, p. 102.

⁴² Corte App. Palermo, ord., 18.2.2018, cit.