

Ancora una pronuncia delle Sezioni Unite su “prima condanna in appello”: obbligo di rinnovazione e prova non più ripetibile

di

Pierpaolo Dell’Anno*

SOMMARIO: 1. Un nuovo tassello che arricchisce lo statuto della prova dichiarativa in appello di matrice europeista; 2 Il caso; 3. Il *dictum* del Collegio esteso; 4. Rilievi conclusivi.

1. Un nuovo tassello che arricchisce lo statuto della prova dichiarativa in appello di matrice europeista.

Ad un decennio dalla prima sentenza Dan c. Moldavia¹, dopo la significativa interpolazione operata dalla riforma Orlando² al testo dell’art. 603 c.p.p., le numerose pronunce delle Sezioni Unite³ e la “nuova” e recentissima pronuncia Dan

*Professore ordinario di Diritto processuale penale – Università Tor Vergata

¹ Corte Edu, Sez. III, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, in *Arch. Pen.*, 2012, 349, con nota di GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d’appello. L’Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il p.m. impugna l’assoluzione.*

² Si tratta della legge 23 giugno 2017, n. 103 (Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario). Con tale intervento normativo è stato introdotto all’interno dell’art. 603 c.p.p. il comma 3 *bis* il quale stabilisce che “nel 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”. Sulla riforma Orlando si consiglia AA.VV., *La riforma Orlando*, a cura di Spangher, Pacini editore, 2017. Per un’ampia indagine sul tema specifico in questione, sia consentito un rinvio a P. DELL’ANNO, *La rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale in appello*, in *La riforma delle impugnazioni penali. Semplificazione, deflazione, restaurazione*, a cura di Ranaldi, Pisa, 2019, 187 ss.

³ Le principali pronunce cui si fa riferimento sono: Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, in *Cass. Pen.*, 2016, p. 3203, con nota di V. AIUTI, *Poteri d’ufficio della Cassazione e diritto all’equo processo*. Successivamente sono intervenute: Sez. un., 19 gennaio 2017, Patalano (obbligo di rinnovazione della prova per la condanna in appello da giudizio abbreviato), in *Cass. Pen.*, 2017, p. 1437, con

c. Moldavia⁴, continuano inarrestabili le *querelle* sullo statuto della prova dichiarativa in appello nella ipotesi di ribaltamento della sentenza di proscioglimento emessa in primo grado.⁵

Come noto, la Corte europea dei diritti dell'uomo, nel rilevare un chiaro *deficit* del nostro giudizio di appello tutte le volte in cui l'imputato assolto in primo grado venga poi condannato nel successivo grado di giudizio mediante una mera rilettura degli atti, ha indotto il legislatore italiano ad introdurre nel sistema processuale la inedita ipotesi di rinnovazione della prova in appello in caso di impugnazione di una sentenza di assoluzione ad opera della parte pubblica (art. 603, comma 3 *bis*, c.p.p.).

Senza ripercorrere le numerose pronunce che si sono succedute, basti ricordare che è stata considerata in contrasto con l'art. 6 n.1 e n. 3 lett. d Cedu, per violazione del principio di immediatezza, la condanna in appello che ribalti una precedente assoluzione in seguito ad una diversa valutazione delle testimonianze assunte in primo grado senza che sia ripetuta, anche se la parte non lo chiede, l'escussione diretta dei testimoni decisivi. L'omissione non è invece considerata rilevante

nota di R. APRATI, *"Overturning" sfavorevole in appello e mancanza del riesame*; Id., 21 dicembre 2017, Troise (non necessità di rinnovazione in caso di riforma in senso assolutorio), in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, p. 274, con nota di A. CAPONE, *Appello dell'imputato contro la condanna. Le Sezioni Unite negano l'obbligo di rinnovazione istruttoria*; Id., 28 gennaio 2019, Pavan (obbligo di rinnovazione dell'esame del perito o del consulente sentito in primo grado), in *Giur. it.*, 2019, p. 1443, con nota di L. ALGERI, *Per la reformatio in peius è obbligatoria la rinnovazione dell'esame dell'esperto*; Id., 28 gennaio 2021, Cremonini (individuazione del giudice di rinvio dopo l'annullamento agli effetti civili per mancata rinnovazione della prova), in *Cass. Pen.*, 2021, p. 2694, con nota di F.M. DAMOSSO, *Rinnovazione e rinvio ai soli effetti civili. Tra soluzioni necessitate e incongruenze processuali*.

⁴ Corte Edu, Sez. II, 10 novembre 2020, Dan c. Moldavia (n. 2). Sulla pronuncia si rinvia a G. GAETA, *Quando l'assoluzione viene riformata in condanna: le regole minime su prove e regole di giudizio nelle impugnazioni penali*, in *Arch. Pen. - Rivista Web*, 17 dicembre 2020, consultabile all'indirizzo internet www.archiviopenale.it; F. GIUNCHEDI, *In claris non fit interpretatio. "Dan c. Moldavia 2" impone rinnovazioni effettive*, *ivi*, 30 dicembre 2020; A. MANGIARACINA, *Dan c. Moldavia 2: la rinnovazione in appello tra itinerari giurisprudenziali e cedimenti silenziosi*, *ivi*, 31 dicembre 2020; L. PARLATO, *La seconda puntata del "caso Dan": la Corte europea insiste sull'effettività della rinnovazione in appello*, in *il Penalista*, 26 gennaio 2021, consultabile all'indirizzo internet www.ilpenalista.it.

⁵ Per una visione d'insieme del tema e per gli opportuni approfondimenti, si consiglia, *ex multis*, A. GAITO, *L'appello*, in *Procedura Penale*, VII Ed., Giappichelli, Torino, 2021, 818.

quando la prova non abbia influito sulla decisione (perché basata in maniera determinante su altri e diversi elementi).⁶

Di qui, appunto, l'inserimento nel codice di rito penale della nuova ipotesi di rinnovazione di matrice europea, attraverso la quale non si assumono prove nuove bensì "prove già assunte" nel giudizio di prime cure e, a far scattare l'obbligo di rinnovazione, la differente valutazione operata dal giudice di appello in punto di attendibilità o inattendibilità delle fonti dichiarative decisive rispetto a quella effettuata dal giudice di primo grado. Dunque, si tratta di un obbligo scaturente dalla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio che ispira la decisione del giudice penale: la sentenza di assoluzione di primo grado implica l'esistenza di una base probatoria che induce quantomeno il dubbio sulla effettiva valenza delle prove dichiarative ed impone il ricorso al metodo di assunzione della prova epistemologicamente più affidabile.⁷

Questa volta banco di prova della inedita forma di rinnovazione è stata la prova dichiarativa non più ripetibile per decesso, irreperibilità o infermità del dichiarante. Investito della questione⁸, il Collegio esteso è giunto alla conclusione che «la riforma, in grado di appello, della sentenza di assoluzione non è preclusa nel caso

⁶ Più di recente, tuttavia, la Corte europea ha occasionalmente ammesso la compatibilità con la Convenzione di una condanna basata sulla semplice rivalutazione del compendio probatorio, qualora il giudice ne abbia dato una giustificazione ritenuta adeguata e non arbitraria, con una motivazione rafforzata, sottoposta inoltre al giudizio di una corte suprema inteso a verificare la sua accuratezza e il rispetto dei principi generali del processo (Corte Edu, 24 aprile 2016, Kashlev c. Estonia; più o meno nella medesima direzione, Corte Edu., 27 giugno 2017, CIPHER c. Romania, ove si afferma che l'audizione diretta delle prove non è una regola automatica affinché il processo sia equo).

⁷ Il principio del contraddittorio, oltre a rappresentare l'espressione del metodo di conoscenza più congeniale alla logica accusatoria, costituisce anche lo strumento epistemologico più efficace per colmare il divario tra la *originaria incertezza* sull'imputazione formulata e la *ricercata certezza* sulla colpevolezza dell'accusato, la sola in grado di determinarne la condanna, dato che il nostro sistema giuridico non consente che possa essere valutata in danno dell'imputato la prova insufficiente o contraddittoria e, tantomeno, che possa farsi luogo ad una affermazione di responsabilità penale, se non siano stati pienamente provati tutti gli elementi del reato. Ne consegue che per condannare per la prima volta in appello, non è sufficiente una diversa valutazione di pari plausibilità rispetto alla lettura del primo giudice, ma occorre «una forza persuasiva superiore, capace di far cadere ogni ragionevole dubbio, perché, mentre la condanna presuppone la certezza della colpevolezza, l'assoluzione non presuppone la certezza dell'innocenza bensì la mera non certezza della colpevolezza».

⁸ Cass. Pen., Sez. V, 4 giugno-1° luglio 2021, n. 25283.

in cui la rinnovazione della prova dichiarativa decisiva sia divenuta impossibile per decesso del dichiarante, e tuttavia la relativa decisione deve presentare una motivazione rafforzata sulla base di elementi ulteriori, idonei a compensare il sacrificio del contraddittorio, acquisibili dal giudice anche avvalendosi dei poteri officiosi di cui all'art. 603, comma 3, c.p.p., ivi compresa la possibilità di lettura delle dichiarazioni predibattimentali già rese dal suddetto deceduto».⁹

2. Il caso.

Nel caso di specie, il giudice di primo grado aveva assolto l'imputato da vari reati tra i quali due omicidi commessi in concorso con altri, ritenendo, in particolare, per il primo dei due fatti di sangue, che le dichiarazioni di un coimputato, costituenti l'unica fonte di prova a carico, fossero inattendibili e non supportate da elementi di riscontro, e, per il secondo, che non vi fosse alcuna prova relativa all'elemento soggettivo.

La Corte di assise di appello, su impugnazione del pubblico ministero e delle parti civili, aveva riformato la sentenza di assoluzione e condannato l'imputato per entrambi gli omicidi, ritenendo, in relazione al primo, credibili le dichiarazioni del coimputato giudicato inattendibile in primo grado e sussistenti gli elementi di riscontro, e, con riguardo al secondo, ravvisabili indizi gravi, precisi e concordanti in ordine all'elemento soggettivo.

Investita del ricorso, la Corte di cassazione aveva però annullato con rinvio la sentenza di condanna, essendo stata riformata la sentenza di assoluzione sulla base della mera rilettura delle dichiarazioni del coimputato, senza che si fosse proceduto alla rinnovazione dell'esame di tale dichiarante in sede di appello, così come necessario in applicazione del principio enunciato dalla sentenza Dasgupta.¹⁰

Il Giudice del rinvio ribadiva la sentenza di condanna, senza aver rinnovato l'esame del coimputato, perché nel frattempo deceduto, ma previa acquisizione

⁹ Cass. Pen., Sez. Un., 30 settembre 2021-30 marzo 2022, n. 11586.

¹⁰ Cass. Pen., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta.

delle dichiarazioni rese dal medesimo in fase di indagini, su richiesta del pubblico ministero, al fine di verificare la credibilità di quanto raccontato dal precisato dichiarante nel dibattimento di primo grado. In particolare, il giudice del rinvio acquisiva le dichiarazioni rese dal coimputato nel corso delle indagini ai sensi degli artt. 512 e 513 c.p.p., ritenuti compatibili con il dettato del comma 3 *bis* dell'art. 603 c.p.p., entrato in vigore dopo la pronuncia della sentenza di annullamento della Corte di cassazione.

L'imputato, nel proporre nuovamente ricorso per cassazione, denunciava sia vizi di motivazione, anche per la violazione del principio enunciato dalle Sezioni Unite Dasgupta, in tema di divieto di un ribaltamento di una sentenza di assoluzione in caso di mancata riassunzione della prova dichiarativa decisiva, sia l'illegittimità dell'applicazione degli artt. 512 e 513 c.p.p., in quanto la mancata (nuova) escussione non sarebbe stata determinata da fatti o circostanze imprevedibili, essendo il coimputato da tempo ricoverato in una struttura per malati terminali.

Il Collegio della Corte di cassazione alla cui cognizione era stato sottoposto il ricorso¹¹ rimetteva il giudizio alle Sezioni Unite, a norma dell'art. 618, comma 1 *bis*, c.p.p., ritenendo condivisibili le conclusioni cui era pervenuto il giudice del rinvio, e ravvisando però il contrasto tra queste ed il principio enunciato dalla sentenza Dasgupta.

3. Il *dictum* del Collegio esteso.

Le Sezioni unite Dine, con una sentenza articolata ed esaustivamente argomentata, hanno preliminarmente voluto fare chiarezza sulla asserita violazione dell'art. 512 c.p.p. e sulla conseguente inutilizzabilità delle dichiarazioni del teste deceduto. Sul punto, l'ordinanza di rimessione ha osservato come la valutazione sulla imprevedibilità dell'evento, che impedisce la ripetizione dell'atto assunto nelle indagini preliminari e ne legittima la lettura, trovi il suo fondamento in un giudizio di prognosi postuma, che deve far riferimento alle circostanze note o conoscibili al

¹¹ Cass. Pen., sez. V, 4 giugno 2021.

momento in cui la parte interessata avrebbe potuto chiedere l'incidente probatorio, secondo un criterio di ragionevolezza,¹² mentre la difesa ha individuato il momento in cui operare la "prognosi postuma" nel giudizio di rinvio, anziché collocarlo al tempo in cui si sarebbe potuto richiedere l'incidente probatorio, cioè entro i termini di chiusura delle indagini. Secondo i giudici della sentenza in commento, l'osservazione è corretta, tuttavia l'infondatezza del motivo trova la sua ragione soprattutto in considerazione del fatto che, sebbene lo stesso giudice del rinvio richiami l'art. 512 c.p.p., nel caso di specie si è al di fuori dell'ambito applicativo di tale disposizione, dal momento che le dichiarazioni predibattimentali erano già state "ripetute" essendo stata la coimputata escusa nel contraddittorio dibattimentale mentre, come è noto, le letture previste dal codice di rito, tra cui quelle cui si riferisce l'art. 512 c.p.p., consentono agli atti formati fuori del giudizio, in presenza di determinati presupposti previsti dalla legge, di essere acquisiti ufficialmente al fascicolo dibattimentale e, quindi, di divenire legittimamente valutabili come prove ai fini della decisione: in ogni caso alla lettura si può procedere solo quando un esame dibattimentale è mancato e, nel caso in questione, non si è verificata questa situazione perché uno dei coimputati era stato esaminato in dibattimento nel corso del primo giudizio. Per il Supremo Consesso, il recupero di tali dichiarazioni non si giustifica attraverso il ricorso al citato art. 512, bensì sotto il profilo dei poteri officiosi che vanno riconosciuti al giudice nella presente fattispecie.

Fatta chiarezza sulla questione preliminare, il Collegio esteso si è trovato a fare i conti con la propria giurisprudenza, in particolare con l'ingombrante precedente costituito dalla sentenza Dasgupta¹³, pronuncia anteriore alla introduzione del comma 3 bis nell'art. 603 c.p.p. Da un lato, evidenziando come tale pronuncia abbia posto una regola tendenzialmente rigida in forza della quale al cospetto di una sentenza assolutoria di primo grado, rafforzativa del principio di presunzione di non colpevolezza, il ribaltamento in appello possa avvenire solo attraverso una

¹² *Ex plurimis*, Cass. Pen., Sez. V, n. 4945, del 20 gennaio 2021, T., Rv. 28669.

¹³ Cass. Pen., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta.

riedizione della prova in contraddittorio delle parti, essendo questo l'unico metodo processuale per superare l'oltre ogni ragionevole dubbio sulla colpevolezza dell'imputato ma, dall'altro, facendo notare come, nella medesima sentenza Dasgupta, tale regola non sembri espressa in termini assoluti, atteso che, soprattutto con riguardo al teste vulnerabile, si introduce un fattore di flessibilità, affidando al giudice la valutazione circa l'insuperabile necessità della reiterazione dell'atto istruttorio e, inoltre, sembrano ammessi casi residui in cui il giudice possa decidere su "precedenti dichiarazioni".

A fondamento dell'autorevole approdo interpretativo, vari i passaggi argomentativi.

Innanzitutto, le Sezioni Unite tengono a precisare che il giudizio di appello rimane, anche dopo l'entrata in vigore della legge n. 103/2017, uno "strumento di controllo"¹⁴ della decisione assunta in primo grado e che l'obbligo di rinnovazione è circoscritto alle sole prove dichiarative ritenute «decisive», secondo una valutazione da compiere «in rapporto alla rilevanza ed utilità della prova stessa, in vista della decisione». A supporto di ciò, la lettura restrittiva dell'art. 603 comma 3 *bis* c.p.p. operata dalle Sezioni unite Troise, per le quali il comma in parola «non impone affatto di ritenere che il giudice di appello sia obbligato a disporre una rinnovazione generale e incondizionata dell'attività istruttoria, 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 dovesse apparire "assolutamente necessario" lo svolgimento di ulteriore attività

¹⁴ Molto dibattuta in questi anni la questione inerente alla natura del giudizio di appello: giudizio di controllo o nuovo giudizio. Alcune prescrizioni sembrano rafforzare la prospettiva del "controllo": a) sono previste restrizioni all'appellabilità delle sentenze; b) in alcuni casi, le parti possono adire direttamente la Corte di cassazione (art. 569 c.p.p.); c) l'accertamento in appello è prevalentemente "cartolare", fondandosi, di regola, sui verbali delle prove acquisite in primo grado; d) al di fuori della peculiare ipotesi della prova dichiarativa (art. 603, comma 3 *bis*, c.p.p.), la rinnovazione della istruttoria dibattimentale resta condizionata all'impossibilità del giudice di decidere allo stato degli atti. All'opposto, la scelta di obbligare il giudice ad assumere la prova dichiarativa a seguito di appello del pubblico ministero contro la sentenza di proscioglimento spinge verso la dimensione del "nuovo giudizio". Si preferisce assicurare una completa cognizione del fatto storico, a vantaggio dell'imputato, anche a costo di allungare i tempi del processo.

istruttoria, la disciplina ordinaria» ex art. 603 comma 3 c.p.p.¹⁵ Infatti, l'espressione impiegata dal legislatore «il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale» non equivale «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»: la locuzione utilizzata nel comma 3 *bis* va del resto coordinata con quelle, identiche a livello lessicale, che compaiono nei primi tre commi dell'art. 603 c.p.p., permettendo di concludere che il giudice di appello sia obbligato ad assumere soltanto le prove dichiarative 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”». ¹⁶

In secondo luogo, le Sezioni Unite si dedicano alla questione sollevata facendo leva, da un lato, su importanti riferimenti costituzionali e, dall'altro, sul panorama giurisprudenziale emergente da Strasburgo.

Dal primo angolo di visuale, quello dei “canoni costituzionali”, si esplicita la necessità di mettere la rinnovazione istruttoria in relazione anche con l'art. 111 Cost. Quest'ultima norma, per un verso, assicura alla persona accusata di un reato la facoltà di ottenere, davanti al giudice, l'acquisizione di «ogni altro mezzo di prova a suo favore» (art. 111, comma 3, terzo periodo, Cost.); dall'altro, però, al quinto comma, prevede una deroga al principio del contraddittorio nei casi di

¹⁵ Cass. Pen., Sez. Un., 21 dicembre 2017, n. 14800, Troise, punto 7.2 del *Considerato in diritto*.

¹⁶ Cass. Pen., Sez. Un., 21 dicembre 2017, n. 14800, Troise, punto 7.2 del *Considerato in diritto*. Tuttavia, appare anche doveroso sottolineare come il nuovo comma 3 *bis* dell'art. 603 c.p.p. non si riferisca alla prova dichiarativa “ritenuta decisiva” dal giudice di primo grado per la pronuncia della sentenza assolutoria, bensì a qualunque prova dichiarativa. Sembrerebbe, dunque, che la nuova norma tenda ad una rinnovazione dell'istruzione dibattimentale estesa all'intero compendio probatorio (se ancora disponibile) già acquisito in primo grado, fatta sempre salva la lettura dei verbali delle dichiarazioni pregresse su consenso dell'imputato.

consenso dell'imputato, di accertata impossibilità di natura oggettiva o di provata condotta illecita (art. 111, comma 5, Cost.). Ne consegue che, se il principio del contraddittorio nella formazione della prova stabilito dall'art. 111 Cost. è applicabile anche in appello, devono operare, nel medesimo giudizio, anche le eccezioni previste dal quinto comma della medesima norma costituzionale. Una preclusione assoluta di ribaltamento della sentenza assolutoria in caso di impossibilità della prova dichiarativa implicherebbe «una vera e propria regola di esclusione probatoria, sul tipo di quella prevista dall'art. 526, comma 1 *bis*, c.p.p., e che, però, non è imposta dalla Costituzione e di cui non vi è traccia nella legge processuale».

Con riferimento alla evoluzione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo si ricorda come la Corte dei diritti dell'uomo, già in occasione della pronuncia Corte Edu, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, abbia precisato che «vi sono casi in cui è impossibile udire un testimone personalmente durante il processo perché, per esempio, è deceduto». L'ammissibilità di una deroga alla necessità di rinnovazione istruttoria in caso di decesso del dichiarante è stata riconosciuta, in più occasioni, dalle successive decisioni della Corte di Strasburgo. Da ultimo, anche da Corte Edu, 10 novembre 2020, Dan c. Moldavia (nota come "Dan 2"), che ha censurato la decisione del giudice nazionale che aveva statuito il ribaltamento della pronuncia assolutoria non per il mero utilizzo delle pregresse dichiarazioni, ma solo in quanto l'affidamento su queste avrebbe dovuto essere accompagnato da adeguate garanzie. Tale decisione, a sua volta, si ricollega esplicitamente a Corte Edu, Grande Camera, 15 dicembre 2011, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, nonché a Corte Edu, Grande Camera, 15 dicembre 2015, Schatschaschwili c. Germania, le quali hanno entrambe ritenuto compatibile con le garanzie convenzionali la condanna fondata su dichiarazioni decisive assunte in via unilaterale, ogni volta che il sacrificio del diritto di difesa, quale è l'impossibilità di interrogare direttamente il teste fondamentale, sia bilanciato da "adeguate garanzie procedurali". I principi affermati dalle due decisioni della Grande Camera appena citate risultano recepiti dalla più recente giurisprudenza di legittimità – (*ex multis*,

Cass. pen., sez. II, 5 febbraio 2020-dep. 20 maggio 2020, n. 15492) – sì che può dirsi in corso anche una parziale riconsiderazione del principio enunciato da Cass. Pen., Sez. Un., 25 novembre 2010-dep. 14 luglio 2011, n. 27918, secondo cui le dichiarazioni predibattimentali rese in assenza di contraddittorio, ancorché legittimamente acquisite, non possono fondare in modo esclusivo o significativo l'affermazione della responsabilità penale, perché ciò violerebbe le garanzie convenzionali.

Infine, il Collegio esteso affronta il delicato tema delle garanzie procedurali necessarie a controbilanciare la mancanza di contraddittorio, evidenziando: 1) *in primis*, che, ai fini dell'ammissibilità del ribaltamento della sentenza assolutoria, occorre una motivazione «rafforzata», che esamini approfonditamente tutti gli elementi relativi alla credibilità del dichiarante ed alla attendibilità della sua narrazione, ed evidenzi gli errori valutativi compiuti dal giudice di primo grado;¹⁷ 2) *in secundis*, che il «rafforzamento» della motivazione deve avvenire anche sulla base di ulteriori elementi idonei a compensare il sacrificio del contraddittorio. In ordine a tale ultimo profilo, il riferimento è ad «elementi che il giudice ha l'onere di ricercare e acquisire anche avvalendosi dei poteri officiosi di cui all'art. 603, comma 3, c.p.p.», e che possono essere costituiti, ad esempio, da «prove in origine ritenute superflue» o da «una perizia», ovvero, come nel caso di specie, dalla lettura delle dichiarazioni pre-dibattimentali del soggetto deceduto, la quale «si giustifica in base al combinato disposto degli artt. 598 e 603, comma 3, c.p.p.», perché «si è al di fuori dell'ambito applicativo proprio dell'art. 512 c.p.p.». Tuttavia, «spetta alla discrezionalità del giudice, in rapporto alla necessità di integrazione probatoria, valutare se sia necessario o meno ricorrere ad una rinnovazione anche officiosa dell'istruzione dibattimentale, oppure sia sufficiente una motivazione rafforzata con gli opportuni riscontri».

¹⁷ Tale rafforzamento deve concernere la dichiarazione “decisiva” resa in primo grado, che è stato impossibile riassumere, «attraverso un esame e una valutazione di tutti gli elementi riguardanti la credibilità del soggetto e l'attendibilità del suo narrato, per poi procedere alla falsificazione della stessa prova dichiarativa».

Sulla scorta di tali considerazioni, la cassazione, riunita nella Sua composizione più autorevole, conclude che nel caso di rinnovazione istruttoria, «soprattutto quando particolarmente estesa in funzione della necessità di ricomporre il quadro probatorio, il giudizio di appello fatalmente si avvicina ad una forma di *novum iudicium*» perché, «quanto più vasta è l'istruttoria dibattimentale in appello, tanto maggiore è la trasfigurazione del giudizio d'appello in *novum iudicium*, che trova la sua ragione di essere nella necessità di dover superare la mancanza del contraddittorio insieme alla presunzione rafforzata di innocenza per effetto della preesistente pronuncia assolutoria».¹⁸

Così facendo, il Supremo Collegio finisce con il rinnegare la premessa da cui era partito, e l'avverbio «fatalmente» suona quasi come uno “scarico” di responsabilità. Comunque, la scelta delle Sezioni unite, nella sua ampiezza, oblitera il dato letterale dell'art. 603 comma 3 c.p.p., sulla cui base la rinnovazione «è disposta di ufficio solo se il giudice la ritiene assolutamente necessaria»: il tenore eccezionale della rinnovazione officiosa entra dunque in rotta di collisione con un suo uso troppo esteso. In altri termini, non si può forzare *ad libitum* la disciplina ordinaria della rinnovazione in appello.¹⁹

4. Rilievi conclusivi.

La questione sottoposta al Collegio esteso affonda le proprie radici nell'impervio terreno solcato dalle polemiche, ormai risalenti nel tempo e mai del tutto sopite, inerenti ai poteri decisorii del giudice di seconde cure ed alle condizioni di ammissibilità della riforma di una sentenza di assoluzione in sentenza di condanna.

Sullo sfondo si staglia la necessità di individuare il punto di equilibrio tra esigenze non sempre in sintonia, tenendo conto del fatto che il processo non persegue

¹⁸ Per tale conclusione si veda Cass. Pen., Sez. Un., 30 settembre 2021, n. 11586, punto 9 del *Considerando in diritto*.

¹⁹ Cfr. M. BARGIS, *Brevi riflessioni sulla pronuncia delle Sezioni Unite relativa all'art. 603, comma 3 bis c.p.p. nell'ipotesi in cui sia impossibile rinnovare la prova per decesso del dichiarante*, in *Sistema Penale, on line*, 6 giugno 2022.

esclusivamente l'obiettivo, tipicamente giurisdizionale, di attuare la legge penale nel caso concreto, ma riveste una ben più alta funzione politico-assiologica di tutela di tutti i valori e gli interessi in gioco, a partire dai "diritti fondamentali" dell'imputato.²⁰

Non si intende negare che il fine del processo sia quello di ricostruire il fatto-reato e di accertare, tanto in positivo quanto in negativo, l'eventuale responsabilità penale dell'imputato; si vuole solo sottolineare come il processo abbia in sé una connotazione ulteriore rappresentata dalla finalità di assicurare la tutela di interessi e diritti che potenzialmente entrano in conflitto con l'obiettivo della concreta repressione dei reati.

Sul giudice di appello, poi, grava un delicatissimo compito: quello di "coniugare sapientemente" la necessità di speditezza del procedimento penale con l'altra, importante esigenza, di un accertamento processuale senza errori, quale corrispondenza della decisione ai dati probatori emersi ed emergenti dal processo.²¹ Se ciò è vero, tanto l'ottica dell'efficienza quanto la necessità di reprimere i reati non possono travolgere le garanzie individuali, a meno che non si individuino "nuovi ed ulteriori elementi" idonei a compensare il sacrificio di importanti principi posti a presidio dell'accertamento.

²⁰ La centralità dei diritti fondamentali dell'individuo si pone in perfetta sintonia con i principi ricavabili all'interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonché con quanto stabilito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Come ben rilevato da autorevole dottrina, infatti, mentre la "grande Europa", quella del Consiglio di Europa, anche attraverso la giurisprudenza della Corte Edu, sembra propendere per un modello universale di procedura penale sensibile ed attenta ai diritti dell'imputato da importare in tutte le giurisdizioni nazionali degli Stati membri del Consiglio d'Europa, la "piccola Europa", ovvero quella dell'Unione, sembra essersi attestata su una visione più angusta (e distorta) del processo penale come strumento di difesa sociale, una barriera da ergere a fronte della minaccia rappresentata da gravi forme di criminalità organizzata e transnazionale, compreso il terrorismo, ovvero per arginare gli attacchi agli interessi economici delle stesse istituzioni dell'Unione (O. MAZZA, *Cedu e diritto interno*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Dike, 2016, 3 ss.).

²¹ L'interesse a realizzare una decisione giusta, la consapevolezza della fallibilità dei giudici e delle prove, e quindi l'esigenza di prevenire l'errore giudiziario, orientano a sottoporre il giudizio di primo grado (atti, prove, sentenza) al controllo di un giudice superiore. L'appello mira, per l'appunto, a soddisfare tale esigenza di giustizia assicurando una verifica ad ampio spettro che coinvolge la legittimità e il merito della decisione impugnata (cfr. P.P. PALESU, *Le impugnazioni*, in *Fondamenti di procedura penale*, a cura di A. Camon-C. Cesari-M. Daniele-M.L. Di Bitonto-D. Negri-P.P. Palesu, Cedam, 2017, 741 ss.).

Ciò posto, occorre mettere in risalto un primo dato: la recente pronuncia delle Sezioni Unite ha “esteso” il principio secondo cui la riforma in appello della sentenza di assoluzione non è preclusa nel caso in cui la rinnovazione della prova dichiarativa decisiva sia divenuta impossibile per decesso del dichiarante, ad “altre situazioni di impossibilità” di riassunzione della deposizione, vale a dire «ai casi di irreperibilità o infermità del dichiarante». Una puntualizzazione sul punto, però, va fatta. Ora che il codice di procedura penale, con l’inserimento del comma 3 *bis* all’interno dell’art. 603 c.p.p., ha recepito la regola della rinnovazione della prova in appello in caso di ribaltamento della sentenza di proscioglimento di primo grado, sarebbe senz’altro opportuno che tali “eccezioni” alla rinnovazione fossero espressamente previste. Tuttavia, anche in assenza di una previsione normativa derogatrice, va comunque riconosciuta la esistenza di un principio generale in base al quale – in perfetta sintonia con l’art. 111, comma 5, Cost. – l’impossibilità di natura oggettiva, se imprevedibile e incolpevole, consente di derogare all’assunzione diretta della prova, e dunque di pervenire ad una diversa valutazione in base al solo verbale di dichiarazioni rese in primo grado; sempre che, come garanzia minima, una motivazione rafforzata metta in evidenza gli eventuali errori del primo giudice e sia idonea a confutarli punto per punto.

Un secondo aspetto di assoluto rilievo è rappresentato dal “parziale” superamento del principio, espresso e consolidato dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite²², in forza del quale le dichiarazioni predibattimentali rese in assenza di contraddittorio, ancorché legittimamente acquisite, non possono – conformemente ai principi affermati dalla giurisprudenza europea, in applicazione dell’art. 6 Cedu – fondare in modo esclusivo o significativo l’affermazione della responsabilità penale. La sentenza finisce cioè con l’ammettere, sia pure a patto che vi siano elementi ulteriori ed idonei a compensare il sacrificio del contraddittorio, che le dichiarazioni predibattimentali rese in assenza di contraddittorio e legittimamente

²² Cass. pen., Sez. Un., 25 novembre 2010-dep. 14 luglio 2011, n. 27918.

acquisite dal giudice, possano fondare l'affermazione della responsabilità penale anche nel giudizio dibattimentale.²³

Ciò che, invece, resta un "nodo ancora irrisolto" è la individuazione degli «elementi ulteriori, idonei a compensare il sacrificio del contraddittorio» necessari per corroborare le dichiarazioni rese in assenza di contraddittorio al fine di legittimare una decisione di condanna. La giurisprudenza è chiamata a contemperare l'esigenza di evitare rigidi automatismi preclusivi della riforma di sentenze assolutorie non condivisibili con l'esigenza di assicurare l'accertamento della colpevolezza dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio, essendo quest'ultimo intuitivamente "rafforzato" in caso di una decisione di proscioglimento in primo grado.

In realtà, utile per la ricerca di rimedi compensativi all'eventuale deroga al principio di immediatezza può essere il raffronto dell'approdo esegetico cui è giunto il Collegio esteso con le novità contenute nella recentissima legge n. 134 del 2021 (riforma Cartabia).

Innanzitutto, con la novella è stato circoscritto l'ambito di operatività dell'obbligo di rinnovazione della prova. All'interno dell'art. 1, comma 13, lett. l), infatti, il legislatore ha dato mandato al Governo di modificare l'art. 603, comma 3 *bis*, c.p.p. prevedendo che nel caso di appello contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale sia limitata ai soli casi di prove dichiarative assunte in udienza nel corso del giudizio di primo grado. La soluzione privilegiata dal

²³ Sotto altro profilo, il Collegio esteso, si preoccupa anche di precisare che il principio *tempus regit actum* non osta, sempre e in ogni caso, all'applicazione di nuove disposizioni in materia di impugnazione a tutti i procedimenti già pervenuti a questa fase, anche per la semplice pendenza dei termini per impugnare, ma produce conseguenze diversificate, da determinare avendo riguardo allo specifico atto o segmento processuale oggetto della nuova disciplina. Questa puntualizzazione serve a meglio definire la portata del principio enunciato da Cass. pen., Sez. Un., 29 marzo 2007-dep. 12 luglio 2007, n. 27614, la quale, così come indicato nella massima ufficiale C.E.D. Cass, n. 236537-01, aveva affermato che, «[a]i fini dell'individuazione del regime applicabile in materia di impugnazioni, allorché si succedano nel tempo diverse discipline e non sia espressamente regolato, con disposizioni transitorie, il passaggio dall'una all'altra, l'applicazione del principio *tempus regit actum* impone di far riferimento al momento di emissione del provvedimento impugnato e non già a quello della proposizione dell'impugnazione».

legislatore risulta certamente condivisibile, là dove la rinnovazione in appello della prova orale si giustifichi in ragione della necessità di dare modo al giudice di grado superiore di rivalutare la correttezza della delibazione delle testimonianze dal primo decidente, ascoltando la viva voce dei soggetti le cui dichiarazioni – secondo l'assunto della parte pubblica – sarebbero state male interpretate o non ben valorizzate dal primo giudice. Situazione che non ricorre quando: a) dinnanzi a quest'ultimo non sia stata richiesta o non fosse possibile l'audizione del dichiarante già escusso in incidente probatorio, ai sensi del combinato disposto degli artt. 190 e 511, comma 2, c.p.p.; b) si versi in taluna delle ipotesi tassative di cui all'art. 190 *bis* c.p.p. in cui la lettura dei verbali dichiarativi raccolti in sede di incidente probatorio è possibile senza una nuova citazione della fonte e prescindendo dall'accordo tra le parti (ferme restando la doverosità dell'esame se chiesto su circostanze diverse e la facoltà del giudice, in ogni caso, di ammetterlo ove ritenuto necessario); c) l'esame richiesto riguardi una persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità, ai sensi dell'ultima parte del comma 1 *bis* dell'art. 190 *bis* c.p.p.

In secondo luogo, ed è questa la parte della riforma che più interessa in questa sede, il recente intervento normativo, all'art. 1, comma 8, si preoccupa di incentivare la "videoregistrazione"²⁴ quale forma di documentazione dell'attività giudiziaria.²⁵ Si tratta di una scelta che prende le mosse dalle indicazioni contenute

²⁴ Precisamente il comma 8 stabilisce: Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, i decreti legislativi recanti modifiche al codice di procedura penale in materia di atti del procedimento sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) prevedere la registrazione audiovisiva come forma ulteriore di documentazione dell'interrogatorio che non si svolga in udienza e della prova dichiarativa, salva la contingente indisponibilità degli strumenti necessari o degli ausiliari tecnici; b) prevedere i casi in cui debba essere prevista almeno l'audioregistrazione dell'assunzione di informazioni dalle persone informate sui fatti, senza obbligo di trascrizione; c) individuare i casi in cui, con il consenso delle parti, la partecipazione all'atto del procedimento o all'udienza possa avvenire a distanza.

²⁵ La videoregistrazione audiovisiva è attualmente prevista non in termini generali ma per documentare: a) la testimonianza del minorenni: gli artt. 398, comma 5 *bis* (in sede di incidente probatorio) e 498 (nel corso del dibattimento), prevedono che l'audizione possa essere svolta con modalità particolari tra le quali, anche la riproduzione "fonografica o audiovisiva" delle dichiarazioni testimoniali; b) come alternativa a quella fonografica, in relazione all'interrogatorio dell'indagato che si trovi in stato di detenzione, *ex art.* 141 *bis* c.p.p., con la previsione di fare ricorso laddove si verifichi una indisponibilità "di strumenti di riproduzione o di personale tecnico", a perizia o consulenza tecnica, ferma restando la verbalizzazione in forma riassuntiva.

nella sentenza n. 132/2019 della Corte costituzionale²⁶ la quale ha sottolineato come la videoregistrazione della prova dichiarativa possa costituire un rimedio compensativo all'eventuale deroga al principio di immediatezza rappresentato dal mutamento della composizione del giudicante. Così facendo, si metterebbe a disposizione dell'organo giudicante – “anche quindi del giudice di appello” – una documentazione affidabile anche di quei tratti prosodici del discorso, così favorendo la delicata attività del giudice di valutazione della prova nel suo complesso.

²⁶ C. Cost., n. 132 del 2019, commentata dai seguenti autori: P. FERRUA, *Il sacrificio dell'oralità in nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Arch. pen.*, 2, 2019; O. MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in *Arch. pen.*, 2, 2019; D. NEGRI, *La Corte costituzionale mira a squilibrare il “giusto processo” sulla giostra dei bilanciamenti*, in *Arch. pen.*, 2, 2019; L. ZILLETI, *La linea del Piave e il duca di Mantova*, in *Arch. pen.*, 2, 2019.