

GENNARO GAETA

Quale immediatezza nel giudizio di rinvio?

Sopito il dibattito sull'immediatezza in appello con la previsione dell'obbligo di riapertura del dibattimento di cui all'art. 603, co. 3-bis, c.p.p. il problema si ripropone, in termini analoghi, per il giudizio di rinvio, nella sequenza assoluzione in primo grado - condanna in secondo - annullamento di legittimità della condanna - rinvio prosecutorio sul giudizio di responsabilità. Col quesito analizziamo i principali orientamenti di legittimità sul tema, proponendo una soluzione adeguata alle indicazioni provenienti da Strasburgo.

What Immediacy in the referral judgment?

The debate on immediacy in the appeal's judgement has recently risen, mutatis mutandis, about the referral judgment, in the sequence of acquittal in the first instance - sentence in the second - cassation of the sentence - referral judgement on the responsibility. With this paper we analyze how the immediacy can operate in the referral judgement, also proposing an appropriate solution in the light of ECHR.

SOMMARIO: 1. Dalla legge "Pecorella" alle preclusioni alla riforma sfavorevole dell'assoluzione nelle impugnazioni. 2. Dall'obbligo di rinnovazione in appello all'obbligo di rinnovazione nell'impugnazione di merito. 3. I contrasti nella giurisprudenza di legittimità sulla portata dell'art. 603, co. 3-bis, c.p.p. nel giudizio di rinvio. 4. Una soluzione conforme ai principi superiori.

1. *Dalla legge "Pecorella" alle preclusioni alla riforma sfavorevole dell'assoluzione nelle impugnazioni.* Anche se buona parte dell'assetto processuale disegnato dalla L. 20 febbraio 2006, n. 46, può dirsi tramontato - poiché è rimasto nella sostanza un'ipotesi di lavoro a seguito delle plurime declaratorie di illegittimità costituzionale che l'hanno interessata - i problemi a cui quella legge tentava di dare una soluzione sono riemersi, per un curioso caso di eterogenesi dei fini, a causa della nozione di immediatezza di cui all'art. 6 C.E.D.U. che, secondo la Corte europea, esclude la legittimità del controllo solo cartolare della sentenza assolutoria, quando questa dipende da una valutazione di attendibilità delle prove dichiarative.

Quell'intervento legislativo rispondeva all'esigenza di assicurare alla pronuncia liberatoria nel merito una peculiare forza di resistenza al gravame della parte pubblica sul presupposto, in conflitto col principio della parità delle armi¹, che la cognizione negativa del giudice - cioè l'accertamento dell'insussistenza del fatto anche, se del caso, per inattendibilità della prova orale a carico - merita un trattamento diverso che preveda dei limiti alla legittimazione ad impugnare, per via dell'esito favorevole prodotto dalla ricostruzione dibattimentale del primo grado.

¹ Tra tutte v. Corte cost., sent. n. 26 del 2007.

Sia pure partendo da una premessa differente, la giurisprudenza europea ci ha restituito risultati sovrapponibili: quando l'istruttoria di prime cure si conclude con un verdetto favorevole a fronte di un capitolato di testimonianze - attendibili nel senso dell'innocenza o non credibili quando narrano la colpevolezza - s'innalza la barriera dell'immediatezza nella sua concezione forte, imponendo ai giudicanti di merito successivamente investiti dell'affare di ricostruire il rapporto diretto coi testi rilevanti o decisivi per l'assoluzione, prima di potersi convincere della responsabilità dell'accusato².

La legge "Pecorella" agiva sul piano della legittimazione soggettiva del p.m. ad impugnare, mentre la Corte europea opera su quello della legittimazione del giudice a condannare, una volta intervenuta l'assoluzione del tribunale: al di là delle differenze di sorta, in entrambi i casi emerge l'esigenza di tutelare il diritto alla prova dell'accusato prosciolto apprestando un modulo processuale speciale e adeguato alle particolarità del caso.

Può perciò dirsi che vale, anche ai fini dell'applicazione dell'art. 6 C.E.D.U., la regola del diverso trattamento processuale da riconoscere alla sentenza dibattimentale di assoluzione rispetto a quella di condanna: se nella sequenza ordinaria delle impugnazioni è possibile, secondo la giurisprudenza europea, porre in bilanciamento ogni principio della Convenzione nell'ottica di un'equità che si valuta guardando al prodotto complessivo - poiché non basta la singola infrazione se questa non si ripercuote sul trattamento complessivo - viceversa nelle fasi di gravame dell'assoluzione la prospettiva è nettamente diversa.

In tal caso il giudice è chiamato all'instaurazione del rapporto di immediatezza con tutte le prove rilevanti, è tenuto cioè a compiere ogni sforzo per assicurare la conservazione di questa relazione diretta e, solo se ciò sia impossibile - come nel caso patologico della rinnovazione solo parziale dei testimoni significativi - dovrà attivare delle adeguate contromisure in favore della difesa³ e salvo, comunque, lo scrutinio della Corte di Strasburgo sulla sufficienza degli elementi posti alla base della condanna all'esito dell'impugnazione⁴: viene così

² In questi termini, infatti, la Corte europea descrive l'immediatezza in appello: non nel senso che il giudice è chiamato a riaprire l'istruttoria solo se intende condannare ma, più in generale e però correttamente, prima di assumere ogni determinazione a fronte dell'assoluzione. V. Corte EDU, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania; Id., 4 giugno 2013, Hanu c. Romania; Id., 9 aprile 2013, Flueras c. Romania.

³ V. Corte EDU, Gr. Cam., 15 dicembre 2011, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, § 147 poi affinata in Id., Gr. Cam., 15 dicembre 2015, Schatschaschwili c. Germania, § 116; più di recente Id., 16 aprile 2019, Bondar c. Ucraina.

⁴ Corte EDU, 10 novembre 2020, Dan. c. Moldavia (n. 2), in *questa Rivista*, 2020, 3, con note di GAITO, *Ancora alla ricerca di un passaggio a Nord-Ovest... oltre il giudizio d'appello*, GIUNCHEDI, In claris

introdotto un inedito potere di controllo di merito che raramente la giurisprudenza sovranazionale avoca a sé, in sostituzione del tradizionale atteggiamento di *self restraint* sulla ricostruzione del fatto compiuta dai tribunali interni⁵.

In base al diritto della Convenzione, dunque, nel gravame dell'assoluzione di primo grado l'immediatezza rispetto alla prova orale è irretrattabile e giustifica, se del caso, l'ingerenza della relativa Corte sulla cognizione degli eventi: di qui la conclusione che dal formante europeo è emerso uno statuto di regole speciali per l'impugnazione dell'assoluzione che condiziona l'intera serie di controlli del verdetto liberatorio, bisognoso di un ulteriore approfondimento sia perché il tema non si esaurisce nella trattazione dell'obbligo di rinnovazione del dibattimento in appello sia, ancora, perché recenti pronunciamenti sovranazionali pongono lo stesso problema anche per il giudizio di rinvio, a seguito di annullamento di legittimità del provvedimento sfavorevole di seconde cure per malgoverno della prova dichiarativa, quando il primo giudice aveva assolto l'imputato⁶.

2. *Dall'obbligo di rinnovazione in appello all'obbligo di rinnovazione nell'impugnazione di merito.* Per chiarire se - ed eventualmente in quali termini - il giudizio di rinvio successivo all'annullamento della condanna in appello, che riformava l'assoluzione di prime cure, risente delle medesime regole europee valide per la rinnovazione in secondo grado, oggi iscritte nel comma 3-*bis* dell'art. 603 c.p.p., occorre confrontarsi con le ultime puntualizzazioni della Corte di Strasburgo in tema di completezza istruttoria del "processo all'assoluzione".

I tempi e i modi con cui la giurisprudenza sovranazionale ha causato più volte l'intervento delle Sezioni unite, fino all'introduzione della disposizione appe-

non fit interpretatio. "*Dan c. Moldavia 2*" impone rinnovazioni effettive; LA ROCCA, *Quale immediatezza, ora?*; MANGIARACINA, *Dan v. Moldavia 2: la rinnovazione in appello tra itinerari sperimentati e cedimenti silenziosi*.

⁵ In precedenza, infatti, la giurisprudenza europea era ferma nel ritenere che è compito del giudice nazionale fare valutazioni sulle prove orali che devono essere acquisite e, dunque, la mancata audizione di un testimone non può di regola determinare la non equità del processo: cfr. ad es. Corte EDU, 9 aprile 2013, Flueras c. Romania, § 46 a proposito del principio di sussidiarietà che informa il sindacato della Corte europea, per comprendere appieno il mutamento di passo della decisione in analisi. Per ulteriori riferimenti circa l'approccio in via di superamento, Corte EDU, 27 giugno 2017, Chipper c. Romania, §§ 52-53; Id., 22 novembre 2012, Tseber c. Repubblica Ceca, § 42.

⁶ Ancora Corte EDU, 10 novembre 2020, Dan. c. Moldavia (n. 2), cit.

na citata, sono ormai noti⁷: a partire dalla vicenda “Dan c. Moldavia”, infatti, la gran parte della produzione scientifica e pretoria ha concentrato l’attenzione sullo statuto della rinnovazione istruttoria in secondo grado delineato dall’art. 603 c.p.p., che è stato sottoposto ad un’esegesi additiva per imporre il dovere di convocare i testi significativi per il giudizio di responsabilità quando il p.m. ha interposto appello contro la sentenza liberatoria⁸.

Eppure la semplice introduzione di un obbligo *ad hoc* di questo tipo, pur essendo un adeguamento necessario, lascia irrisolti molti altri quesiti, che possono essere suddivisi in due insiemi.

Il primo riguarda le condizioni di legittimità convenzionale della rinnovazione una volta disposta: ci si chiede, ad esempio, quale sia l’estensione necessaria della parentesi istruttoria; cosa si deve intendere per prova decisiva; che fare se il giudice dispone l’audizione solo parziale dei testi rilevanti⁹.

Un secondo insieme di aspetti riguarda, invece, il raggio d’azione dell’immediatezza a fronte dell’assoluzione originaria, cioè se questa possa essere confinata al solo appello oppure se, invece, coinvolge l’intera sequenza delle impugnazioni di merito, dunque anche la fase rescissoria del giudizio di legittimità.

Oltre l’appello, i principi europei continuano a condizionare la conformazione del gravame, pretendendo l’instaurazione del medesimo contatto diretto coi proponenti che ha caratterizzato il primo controllo del verdetto favorevole all’imputato.

È quanto emerge dalla giurisprudenza sovranazionale più recente, che in occasione del controllo sul modo in cui il giudicante interno ha ottemperato al *dictum* della precedente condanna a Strasburgo in sede di riapertura del processo iniquo, ha approfondito gli effetti della Convenzione sul circuito delle

⁷ Può darsi per acquisito che si tratta di un principio formato dalla giurisprudenza europea e successivamente cristallizzato nella sentenza “Dasgupta” delle Sezioni unite, che ha definito il diritto al confronto di cui all’art. 6, § 3, lett. d C.E.D.U. – cioè di esaminare o fare esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l’esame dei testimoni a discarico – come condizionante i casi di rinnovazione dell’istruttoria nel giudizio di appello; si è così giunti alla conclusione che il giudice di secondo grado, su impugnazione dell’assoluzione da parte del p.m. che denuncia un’erronea valutazione delle prove dichiarative, non può condannare l’imputato già assolto senza prima aver proceduto d’ufficio a disporre la rinnovazione dell’istruzione dibattimentale con l’esame dei soggetti le cui dichiarazioni sono state ritenute decisive ai fini del giudizio assolutorio di primo grado (Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, in *Mass. Uff.*, n. 267487).

⁸ V. la parabola inaugurata da Corte EDU, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, in *questa Rivista*, 2012, 1, 349, con nota di GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d’appello. L’Europa impone la riasunzione delle prove dichiarative quando il p.m. impugna l’assoluzione*.

⁹ Per interessanti spunti di riflessione in questa direzione v. DANIELE, *Norme procedurali convenzionali e margine di apprezzamento nazionale*, in Cass. pen., 2015, 1702 ss.

impugnazioni: reiterando la condanna della Moldavia, infatti, il Collegio europeo riafferma la cogenza dell'immediatezza prescindendo dalla tipologia di fase di merito e sostiene che il controllo di compatibilità con l'art. 6 C.E.D.U. va svolto con riferimento a ciascun segmento dell'impugnazione istaurata dalla parte pubblica, in relazione ai motivi che attengono alla valutazione della prova dichiarativa¹⁰.

La regola dell'instaurazione del contatto diretto con il testimone viene in tal modo estesa all'intero procedimento e collegata, più che al segmento del processo, al giudice, o meglio a ogni giudice che con quella assoluzione venga in contatto.

3. *I contrasti nella giurisprudenza di legittimità sulla portata dell'art. 603, co. 3-bis, c.p.p. nel giudizio di rinvio.*

Superate le criticità della fase di appello, i problemi si spostano sul giudizio di rinvio, precisamente sul come si deve applicare la disposizione dell'art. 603, co. 3-bis c.p.p. e quali sono i rapporti tra questa norma e il principio di diritto.

È opportuno segnalare, sin da subito, che il tema è controverso e potrebbe dal luogo, in futuro, ad un intervento ortopedico delle Sezioni unite, comunque auspicabile per evitare degenerazioni al ribasso sul piano dell'immediatezza europea a tutela dell'imputato assolto in primo grado per inattendibilità dei testi d'accusa.

Prima di affrontare il quesito, occorre evocare la nota distinzione tra rinvio restitutorio, da un lato, e rinvio prosecutorio dall'altro, a seconda del motivo a sostegno della cassazione del provvedimento¹¹.

Con l'annullamento di tipo restitutorio, in particolare, il procedimento regredisce al momento in cui si è verificato un vizio che impone la riparazione dell'errore mediante la celebrazione *ex novo* dell'atto nullo e di tutti quelli conseguenti, per via dell'invalidità derivata: si verifica, in altri termini, una retrocessione piena del giudizio e le fasi rescisse non producono più alcun effetto condizionante sulla successiva attività processuale.

Col rinvio prosecutorio la Corte di cassazione non amputa un segmento del processo già celebrato ma rinviene un errore "sostanziale" nella gestione del procedimento probatorio o nell'apprezzamento dei risultati di prova, a cui si accompagna una motivazione illogica o contraddittoria del provvedimento

¹⁰ Corte EDU, 10 novembre 2020, Dan. c. Moldavia (n. 2), cit.

¹¹ A tal proposito v. DINACCI, *Il giudizio di rinvio nel processo penale*, Padova, 2002, 232 e ss.; GAITO, *Divieto di reformatio in peius nel giudizio di rinvio*, in *Cass. pen.*, 1976, 1190 ss.

cassato e l'esigenza di un nuovo apprezzamento del fatto: il giudizio, quindi, procede per un ulteriore corso che non sostituisce l'attività precedente e in cui la Corte territoriale svolge quella valutazione di merito preclusa al Collegio regolatore, nel rispetto delle indicazioni fornite dalla sentenza rescindente¹².

Il tema di cui discutiamo riguarda soprattutto l'ipotesi di rinvio prosecutorio, quando la S.C. di cassazione ha annullato la condanna in appello per *mala gestio* dei criteri di valutazione della prova o, comunque, per causa diversa dalla violazione dell'obbligo di rinnovazione: è chiaro, infatti, che se il provvedimento è stato cassato proprio per l'infrazione della regola europea in questione, il giudice del rinvio sarebbe comunque obbligato a riaprire l'istruttoria per dare esecuzione al principio di diritto, a prescindere dall'applicabilità diretta dell'art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p.

Le cose si complicano, invece, quando la Corte d'appello ha correttamente riaperto l'istruttoria e, ciò nonostante, la sua pronuncia di condanna viene annullata per altra causa, poiché ci si chiede se anche in questo caso il giudicante del rinvio prosecutorio deve recuperare l'immediatezza e convocare i testi che sono stati decisivi per l'assoluzione di primo grado, per poter validamente formulare un giudizio di responsabilità penale¹³.

Sul punto le Sezioni regolatrici giungono a soluzioni opposte, valorizzando in alcuni casi la *ratio* dell'obbligo per imporre l'audizione dei testimoni anche dopo la pronuncia del Collegio regolatore e, in altri, la specialità della fase *de qua* e le sue connotazioni peculiari per limitare la riapertura del dibattimento all'appello.

La tesi favorevole all'applicazione del menzionato comma 3-*bis* nel giudizio di rinvio muove dalla considerazione che l'intera sequenza delle impugnazioni deve allinearsi ai principi provenienti dalla giurisprudenza del caso "Dan c. Moldavia", ragion per cui occorre rinnovare l'istruttoria dei dichiaranti che influiscono sulla valutazione della responsabilità penale, citando quelli già escussi in secondo grado o anche assumendo, se del caso, «*prove diverse da*

¹² Cfr. GAITO, *Ancora alla ricerca di un passaggio a Nord-Ovest... oltre il giudizio d'appello*, cit.

¹³ Si potrebbe obiettare che non sempre il giudice del rinvio interviene in riforma della sentenza di prime cure poiché ciò dipende dalla tipologia di annullamento, ben potendo quel giudicante riformare quanto resta del verdetto d'appello all'esito della fase di legittimità, ad esempio in caso di rideterminazione della pena a fronte della dichiarazione di irrevocabilità del giudizio di responsabilità ex art. 624 c.p.p. Il rilievo, tuttavia, non è pertinente per il tema che trattiamo, visto che il problema dell'applicazione dell'obbligo di rinnovazione in sede di rinvio può porsi, a rigore, solo quando la sentenza d'appello (di condanna) sia stata colpita proprio nel giudizio di responsabilità, ponendo la Corte del rinvio di fronte all'alternativa di assolvere l'imputato o affermarne la responsabilità.

quelle indicate dalla sentenza rescindente» in piena adesione alle indicazioni provenienti dall'Europa¹⁴.

La portata del principio in discussione impone, infatti, di prescindere dal fatto che uno o più testimoni decisivi siano stati già escussi al tempo della prima rinnovazione: se il proscioglimento iniziale su prova dichiarativa genera una preclusione all'*overturning* sfavorevole fino a che non viene riaperto il dibattimento, la cassazione della condanna in appello fa rivivere la preclusione nata dall'assoluzione del tribunale e impone al giudice del rinvio di seguire la medesima regola di metodo¹⁵, senza attenuazioni di sorta.

La tesi contraria, per il vero senza porsi in aperta rottura con i principi derivanti dall'art. 6 C.E.D.U., valorizza invece i tratti distintivi della fase rescissoria e da ciò deduce una sorta di incompatibilità strutturale con l'obbligo di rinnovazione completa del capitolato di prove orali.

Il giudizio di rinvio, rappresentando la prosecuzione dell'impugnazione di legittimità - che avviene dinanzi ad altro giudice solo a causa dei limiti di cognizione della Corte di cassazione - è condizionato dalla decisione di annullamento e dalle preclusioni che nascono da essa, per cui quel giudicante potrà intervenire esclusivamente sui capi o sui punti che sono stati riformati senza possibilità di manipolare l'oggetto del giudizio anche sul piano istruttorio, già circoscritto a monte dall'accoglimento o dal rigetto dei motivi di ricorso.

L'assunto è la sintesi (e anche la conseguenza) della giurisprudenza di legittimità a proposito dei caratteri tipici del segmento rescissorio, spesso valorizzati per escludere l'applicazione analogica di norme procedurali altrimenti vincolanti.

Si afferma, ad esempio, che la sentenza di annullamento è vincolante anche se contiene un errore nell'interpretazione del diritto o, ancora, se è l'espressione di una posizione *medio tempore* superata dal diritto vivente di legittimità¹⁶.

Similmente, vi sono rigide preclusioni alle eccezioni di incompetenza e nullità: la decisione della SC vincola sia nell'individuazione dell'ufficio giudiziario che dovrà celebrare la fase, al quale attribuisce una competenza "funzionale"

¹⁴ Cfr. Cass., Sez. V, 24 novembre 2020, Marino, in *www.archiviopenale.it*.

¹⁵ Cfr. Cass., Sez. V, 24 novembre 2020, Costantino, non mass.

¹⁶ Ricorrente l'assunto per cui «*L'obbligo del giudice di rinvio di uniformarsi alla sentenza della Corte di cassazione per quanto riguarda ogni questione di diritto con essa decisa è assoluto ed inderogabile anche quando, a seguito di tale decisione, sia intervenuto un mutamento di giurisprudenza*»: si vedano, tra le altre, Cass., Sez. II, 28 marzo 2017, Antinoro, in *Mass. Uff.*, n. 270699; Id., Sez. V, 19 settembre 2013, Cacciatore, *ivi*, n. 257945; Id., Sez. I, 10 aprile 2012, Licata, *ivi*, n. 254217.

insindacabile¹⁷, sia con riferimento alle possibili invalidità degli atti, visto che nel segmento di rinvio è precluso ogni rilievo di tal genere che non sia già contenuto nel provvedimento rescindente¹⁸.

Da questi tratti specifici si deduce, dunque, che siamo di fronte ad un segmento speciale ad ogni effetto processuale, che si inserisce nel solco del procedimento di legittimità e prevede la supplenza del giudicante investito limitatamente alle ragioni dell'annullamento, salvo, com'è ovvio, l'esame dei motivi di doglianza che sono stati dichiarati assorbiti in virtù dell'avvenuto accoglimento di altre censure avanzate dal ricorrente.

Lungo questa strada, la questione interpretativa sorta attorno all'obbligo di rinnovazione viene risolta ricorrendo a considerazioni generali sulla portata e i limiti del sindacato rescissorio, da cui discenderebbe un impedimento all'operatività dell'immediatezza.

Si evidenzia, in linea generale, che i poteri di quel giudice cambiano in funzione del tipo di annullamento: se questo è dipeso dalla violazione o erronea applicazione della legge penale, il vincolo copre sia il principio di diritto che la valutazione dei fatti già svolta con la decisione impugnata; nel caso della mancanza o manifesta illogicità della motivazione, invece, il giudicante può procedere a una nuova valutazione delle prove raccolte, salvo il divieto di ripercorrere gli *errores in procedendo* già segnalati in sede di legittimità¹⁹.

Perciò nel caso in cui la condanna in appello sia stata annullata per vizio di motivazione, restano intatti i poteri di cognizione e la Corte territoriale può riconsiderare la ricostruzione del fatto – salvo il limite dell'eventuale giudicato interno formatosi – e, all'esito, confermare le pregresse conclusioni o ribaltare il verdetto purché, in ogni caso, offra motivazioni autonome rispetto a quelle

¹⁷ «La sentenza di annullamento con la quale la Corte di cassazione devolve il giudizio al giudice del rinvio è attributiva della competenza in favore di questi, senza che la corretta applicazione dei criteri per la sua individuazione, stante il disposto dell'art. 627, comma primo, cod. proc. pen., possa essere in una qualunque sede sindacata. Ne consegue che la designazione, una volta intervenuta, non è suscettibile di revoca o modifica, quand'anche risulti effettuata in violazione della legge»: così Cass., Sez. VI, 19 novembre 2015, Brizi, in *Mass. Uff.*, n. 265516; Id., Sez. V, 6 novembre 2008, Anello, *ivi*, n. 243592.

¹⁸ *Ex multis* Cass., Sez. V, 9 settembre 2008, Di Pasquale, in *Mass. Uff.*, n. 241697; Id., Sez. VI, 22 ottobre 2014, Scuto, *ivi*, n. 261836; Id., Sez. I, 16 dicembre 2014, Borrelli, *ivi*, n. 261979.

¹⁹ Cass., Sez. III, 10 gennaio 2012, Montali, in *Mass. Uff.*, n. 252333. Con l'ulteriore specificazione che il principio di diritto al quale corre l'obbligo di uniformarsi è soltanto quello appositamente enunciato dal provvedimento rescindente, mentre un effetto di tal genere non scaturisce dai passaggi argomentativi che si limitano ad approfondire i vizi della sentenza gravata ma non indicano i rimedi per recuperare la legittimità della decisione (Cass., Sez. I, 18 maggio 1999, Di Virgilio, *ivi*, n. 213873).

già considerate illogiche o carenti²⁰, senza nemmeno risentire delle eventuali considerazioni in fatto contenute nella decisione rescindente²¹.

Insomma, si pone l'accento sul fatto che quello del rinvio è un giudice di pieno merito per il caso in cui la sentenza sia stata cassata per violazione dello statuto della motivazione, con conseguente reintegra nel potere di ricostruire i fatti e valutare la rilevanza di ciascuna fonte di prova.

Con questa chiave di lettura viene affrontato il tema dell'omessa rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale e si giunge alla conclusione che nel giudizio rescissorio, a seguito di annullamento per vizio di motivazione, non vige la norma dell'art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p., attraverso il confronto con la disposizione dell'art. 627, co. 2, c.p.p.

In quest'ottica il giudice del rinvio, ferme le limitazioni descritte, può valutare in autonomia gli elementi probatori e l'insieme dei fatti relativi ai punti oggetto di annullamento, mentre l'eventualità della rinnovazione dell'istruttoria in questa fase è subordinata dall'art. 627 in parola allo scrutinio di rilevanza delle prove richieste coi motivi d'appello dal p.m.²².

Quest'ultima disposizione sarebbe, dunque, ostativa alla regola europea della riapertura obbligatoria del dibattimento poiché prevede un potere solo discrezionale di accoglimento delle domande istruttorie, mentre la novella di cui all'art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p. si riferisce al giudizio di secondo grado su impulso del p.m. avverso una sentenza di proscioglimento²³.

²⁰ Cass., Sez. V, 22 giugno 2010, Gambino, in *Mass. Uff.*, n. 248413. Nella medesima direzione si evidenzia che «*eventuali elementi di fatto e valutazioni contenuti nella pronuncia di annullamento non sono vincolanti per il giudice di rinvio, ma rilevano esclusivamente come punti di riferimento al fine dell'individuazione del vizio o dei vizi segnalati e, non, quindi, come dati che si impongono per la decisione a lui demandata, di talché si devono ritenere inammissibili le censure sollevate in merito*» (Cass., Sez. IV, 17 marzo 2015, S., *ivi*, n. 263864).

²¹ Cass., Sez. V, 27 marzo 2015, Knox, in *Mass. Uff.*, n. 264861.

²² Cfr. Cass., Sez. II, 29 novembre 2019, Fasciani, in *Mass. Uff.*, n. 278745, sia pure riferita a un'ipotesi in cui era stata ribaltata la prima sentenza d'appello assolutoria in sede di legittimità e ad essa aveva fatto seguito la condanna in sede di rinvio.

²³ Invece nel caso in cui alla condanna di primo grado segue l'assoluzione in appello e il suo ribaltamento in sede di rinvio, per il tramite dell'intervento rescindente della SC, la giurisprudenza di legittimità esclude l'operatività dell'art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p. sul diverso rilievo che la disposizione fa riferimento esclusivo al p.m. appellante contro il proscioglimento iniziale, mentre nell'ipotesi appena indicata il giudice del rinvio decide alla luce dei motivi d'appello dell'imputato, per cui tanto basta ad escludere l'applicazione del principio europeo.

Secondo alcune decisioni, segnatamente, l'ipotesi descritta produce una singolare ipotesi di doppia conforme: «*nel caso di ribaltamento di condanna che intervenga tra le due sentenze d'appello coinvolte nella dinamica del giudizio di annullamento con rinvio, infatti, la sentenza di primo grado e quella successiva di appello che la conferma, all'esito del giudizio rescissorio disposto dalla Cassazione, formano una diade non già intimamente contraddittoria, bensì del tutto coerente: una doppia pronuncia conforme di condanna – come affermato anche dalla sentenza n. 53052 del 2019 - che non si presta alle*

Invece in sede rescissoria la disposizione dell'art. 627 c.p.p. conferisce facoltà istruttorie discrezionali e, comunque, da esercitare nell'ambito del perimetro segnalato dalla Corte regolatrice al momento dell'investitura: lo spazio di manovra del giudice territoriale va rintracciato non nella possibilità di replicare il procedimento probatorio, anche solo limitatamente ai testi decisivi per l'assoluzione, ma in quella di rivalutare, in autonomia, le prove già raccolte e i fatti coinvolti dall'annullamento²⁴.

Nemmeno il richiamo dell'art. 627, co. 2, c.p.p. alla circostanza che il giudice del rinvio decide con gli stessi poteri che aveva il giudicante la cui sentenza è stata annullata, invero, porta a conclusioni difformi, poiché il parallelismo dei poteri va coordinato col rilievo che «*in sede di rinvio, la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, in sé già istituito di carattere eccezionale, non può che parametrarsi allo scrutinio sulla rilevanza delle prove "nuovamente" richieste ai fini dello specifico spazio decisorio con cui il giudice del rinvio è chiamato a confrontarsi*»²⁵.

4. *Una soluzione conforme ai principi superiori.* La tesi da ultimo esposta non sembra in linea coi principi dell'equo processo che governano l'impugnazione dell'assoluzione iniziale, basati sul controllo diretto di attendibilità della fonte di prova orale per poter validamente affermare la responsabilità dell'accusato.

Già sul piano del diritto positivo, invero, si rinvencono indicazioni utili ad una lettura estensiva, che consenta l'applicazione del dovere di rinnovazione anche al giudizio di rinvio, dopo l'annullamento della condanna pronunciata per la prima volta in appello.

L'art. 627, co. 2, c.p.p. segna, infatti, un parallelismo che presta il fianco all'esegesi suggerita, evidenziando che i poteri – anche istruttori – del Collegio della fase rescissoria devono essere rintracciati, per quanto di interesse, nell'art. 603 c.p.p., per cui non sembra avventato sostenere che il rinvio alla disciplina dell'appello impone di riproporre il medesimo dovere di citare i testi decisivi a fronte dell'assoluzione del primo giudicante²⁶.

obiezioni fondanti della linea interpretativa disegnata dagli approdi suddetti in tema di overturning di condanna che si sviluppa nell'ordinaria dialettica tra primo e secondo grado» (Cass., Sez. V, 24 novembre 2020, Costantino, cit.).

²⁴ Cass., Sez. V, 19 aprile 2018, Cesarano, in *Mass. Uff.*, n. 273628.

²⁵ Cass., Sez. V, 11 dicembre 2020, Ottino, non mass., punto 8 del *Considerato in diritto*.

²⁶ A chi obietta che la rinnovazione è un istituto eccezionale e quindi soggetto alla tassatività, si può replicare che in questo ambito l'analogia, diversamente che dal diritto penale sostanziale, trova applicazione senza violare alcun precetto costituzionale, poiché consente di adattare la regolazione positiva

Né, a ben vedere, si può giungere ad una soluzione opposta valorizzando il fatto che la condanna di secondo grado si è sostituita *in toto* alla sentenza liberatoria di primo grado e, perciò, ha vanificato la preclusione all'*overturning in malam partem* nei confronti del giudice del rinvio, essendo ormai pacifico che la sentenza rescindente elimina quella annullata, *in parte qua*, dall'orbita delle decisioni legittimamente emesse e della stessa non si deve tener conto se non in negativo, per evitare di incorrere nuovamente negli errori già censurati dalla Corte regolatrice²⁷.

Eppure l'argomento dirimente resta quello europeo.

Un decennio di pronunciamenti del Collegio di Strasburgo e di assestamenti progressivi interni hanno introdotto l'obbligo di rinnovazione in appello come applicazione particolare dei principi di oralità e immediatezza previsti dalla Convenzione, quando il primo dibattimento si è chiuso col proscioglimento di merito per inattendibilità dei testi a carico.

Anche se le originarie decisioni di condanna a Strasburgo hanno riguardato vicende di *overturning* sfavorevole in appello, la posizione della giurisprudenza europea comprende e supera questa piegatura del problema, segnalando che l'intera sequenza dei controlli dell'assoluzione iniziale richiede un contatto coi testi decisivi.

Il secondo grado, in altri termini, non rappresenta l'unico obiettivo del precetto sovranazionale, formulato in termini generali e senza conferire peso dirimente alle articolazioni interne della procedura, che dovrà risultare equa nel suo complesso e che, dunque, può produrre la violazione dei principi indicati in ciascuno dei segmenti di cui si compone²⁸.

Una conclusione che, d'altronde, è coerente con le regole d'interpretazione proprie del Documento sovranazionale, il cui scopo non è garantire diritti teorici e illusori ma, all'opposto, pratici ed effettivi, con la conseguenza che la pienezza del diritto dell'imputato ad un giudice in rapporto diretto con la prova richiede, appunto, l'espulsione di spazi di approfondimento della responsabilità, in sede di controllo dell'assoluzione, sganciati dalla regola del contatto diretto con le testimonianze rilevanti²⁹.

Se si segue – come pare inevitabile stando all'art. 117 Cost. – la prospettiva multilivello occorre prescindere da distinzioni formalistiche o dalla valorizza-

dell'atto processuale a quanto prescrivono i diritti fondamentali dell'accusato per renderlo ad essi conforme.

²⁷ Cfr. Cass., Sez. VI, 4 novembre 2010, Regine, in *Mass. Uff.*, n. 248738; Id., Sez. V, 19 giugno 2014, Cataldo, *ivi*, n. 261760; Id., Sez. III, 19 maggio 2017, F., *ivi*, n. 271345.

²⁸ Lo dimostra, da ultimo, ancora Corte EDU, 10 novembre 2020, Dan c. Moldavia (n. 2), cit.

²⁹ Corte EDU, Gr. Cam., 12 febbraio 2004, Perez c. Francia, § 80.

zione delle peculiarità del segmento processuale, poiché ciò che conta non è l'articolazione interna del procedimento prevista dal legislatore nazionale³⁰ ma il significato dell'immediatezza nell'impugnazione dell'assoluzione: quando la statuizione di colpevolezza (in appello o nel giudizio di rinvio) si basa sulle medesime prove orali del proscioglimento di primo grado, la rivalutazione della credibilità è legittima solo se effettuata a seguito di un'audizione diretta, mentre l'approccio cartolare, in qualunque segmento si verifichi, finisce per riproporre lo stesso problema di compatibilità con la Convenzione.

In breve, altro è esercitare quel margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati membri quando conformano gli istituti interni ai diritti sovranazionali, altro è ritenere che un'intera parentesi del giudizio di responsabilità vada esente dal confronto con l'art. 6 C.E.D.U., col rischio di trasformare, in tal modo, il rinvio proscutorio in una di quelle «*sacche di arbitrio incontrollabile*» (GAITO) che più volte hanno prodotto condanne a Strasburgo.

³⁰ E infatti sulla rilevanza della suddivisione in fasi si sottolinea che questa, lungi dal poter escludere l'applicazione dell'art. 6 C.E.D.U., può al più comportare degli adattamenti tenendo conto delle caratteristiche dei poteri di ciascun giudice coinvolto, specie se di legittimità, ma sempre considerando - ecco il punto - «*the entirety of the procedural system in the domestic legal order and of the role of the particular court therein*» (Corte EDU, 19 febbraio 1996, *Botten c. Norvegia*, § 39; conf. *Id.*, 15 luglio 2003, *Sigurþórsson Arnarsson c. Islanda*, § 30; *Id.*, Gr. Cam., 18 ottobre 2006, *Hermi c. Italia*, § 60; *Id.*, 5 luglio 2016, *Lazu c. Moldavia*, § 33).