

## QUESITI

---

**PIER PAOLO PAULESU**

### **Il divieto di *reformatio in peius*: note a margine di una garanzia controversa.**

Se l'appello viene proposto dal solo imputato, il giudice non può irrogare una pena più grave per specie e quantità, né applicare una misura di sicurezza nuova o più grave. E non gli è neppure consentito prosciogliere per una causa meno favorevole rispetto a quella enunciata nella sentenza appellata, né tantomeno revocare benefici (residua comunque la possibilità di dare al fatto una definizione giuridica più grave). Il contributo analizza i principali aspetti problematici sottesi a questa tradizionale ma discussa garanzia, soffermandosi, in particolare, sulle ragioni che la rendono compatibile con l'attuale struttura cognitiva del giudizio d'appello.

*The prohibition of reformatio in peius: side notes on a controversial guarantee*

*In case where the appellant is only the accused, the judge shall neither impose a more serious penalty in terms of type, length or amount, nor apply a new or more serious security measure, nor dismiss the accused for a less favourable reason than that referred to in the appealed judgment nor revoke any benefits (however, the judge can assign a more serious legal definition to the criminal act). The paper analyzes this traditional but controversial guarantee in relation to the current appeal structure.*

**SOMMARIO:** 1. Premessa - 2. L'irrisolta (e forse irrisolvibile) *querelle* sul fondamento del divieto di *reformatio in peius*. - 3. Divieto di riforma in peggio e struttura dell'appello penale: il vero nodo problematico? - 4. Cenni sulla latitudine operativa e sul contenuto del divieto.

1. *Premessa.* Che il dibattito (oggi mediaticamente incandescente) sui tempi lunghi della giustizia penale coinvolga anche il divieto di *reformatio in peius* in appello è inevitabile<sup>1</sup>. Lo è perché quel divieto, lo sappiamo, rappresenta, per i suoi detrattori, un nervo scoperto del sistema, una sorta d'incentivo «legalizzato» a differire l'epilogo del processo, e quindi una delle principali cause della proliferazione di appelli inutili, temerari, ostruzionistici. Insomma, una spina nel fianco della durata ragionevole dei processi. E, così come accade quando si discute di prescrizione dei reati, anche con riferimento al divieto di riforma in peggio i profili ideologici (logiche efficientistiche *vs* logiche garantiste) e i profili strettamente tecnici si fondono e si confondono, rendendo dav-

---

<sup>1</sup> Sul divieto di *reformatio in peius* cfr., in particolare, nel vigore del codice abrogato, PISANI, *Il divieto di reformatio in peius nel processo penale italiano*, Milano, 1967, *passim*; con riferimento al codice vigente, BELLUTA, *Divieto di reformatio in peius*, in *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, a cura di Bargis, Belluta, Torino, 2013, 3 s. MARANDOLA, voce *Reformatio in peius (divieto di)* in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXX, 2007, 1; MONTAGNA, *Divieto di reformatio in peius e appello incidentale*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di Gaito, vol. I, Torino, 1998, 367 ss.; PISANI, *Divieto della reformatio in peius: appunti penalistici retrospettivi e considerazioni impolitiche*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 279; SPANGHER, voce *Reformatio in peius (divieto di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, 1988, 286.

vero arduo l'approdo a soluzioni equilibrate, stabili, condivise.

La struttura del divieto è nota: se l'appello viene proposto dal solo imputato, il giudice non può irrogare una pena più grave per specie e quantità, né applicare una misura di sicurezza nuova o più grave. E non gli è neppure consentito prosciogliere per una causa meno favorevole rispetto a quella enunciata nella sentenza appellata, né tantomeno revocare benefici. Intatto resta, invece, in forza del principio *iura novit curia*, il potere del giudice di ridefinire giuridicamente il fatto in una forma più grave, a patto che una variazione di questo tipo non superi la competenza del giudice di primo grado e che il relativo punto compaia nei motivi d'appello (art. 597 co. 3 c.p.p.).

Come si vede, il divieto di riforma in peggio introduce una palese asimmetria tra il perimetro dei poteri cognitivi del giudice d'appello, che coinvolge i capi e i punti della sentenza impugnata, e l'area dei poteri decisorii, che risultano fortemente limitati. Detto altrimenti: il giudice d'appello conosce il punto devoluto dall'imputato, ma non è completamente libero di decidere sul quel punto, perché non può aggravare la posizione di chi impugna sotto il profilo strettamente sanzionatorio. Di qui la natura *eccezionale* del divieto<sup>2</sup>. Se fosse soppresso, la *regola* della devoluzione ripristinerebbe infatti il normale parallelismo tra l'area della cognizione e l'area della decisione<sup>3</sup>.

Chi critica il divieto lo considera privo di un solido fondamento logico-giuridico. Qualcuno lo degrada addirittura al rango di opzione puramente "politica", frutto di una impostazione ideologica di retroguardia, antistorica, distonica rispetto alle istanze di efficienza e di celerità sottese ad un moderno processo penale. E ne auspica, pertanto, la definitiva rimozione dal sistema. L'accesso al giudizio di seconde cure diventerebbe così una mossa strategica doppiamente rischiosa per l'imputato unico appellante: all'alea della condanna si aggiungerebbe anche il rischio di un aggravamento del quadro sanzionatorio.

Chi, all'opposto, difende il divieto di riforma in peggio, vi coglie il precipitato tecnico di una scelta culturale di fondo del nostro sistema: l'ordinamento considera più grave il rischio di condannare un innocente rispetto al rischio di assolvere il colpevole, e perciò agevola le impugnazioni in *bonam partem*.

Tanto premesso, la materia del contendere può essere così sintetizzata.

<sup>2</sup> Non sarebbe quindi possibile estenderlo analogicamente. Tuttavia, secondo CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, 1147, il divieto opererebbe anche quando l'appellante fosse il «pubblico ministero, *pro reo*; ipotesi gemella non prevista ma ovviamente riferibile alla stessa regola»; *contra*, SPANGHER, *Reformatio in peius*, cit., 274.

<sup>3</sup> Per questa puntualizzazione, ancorché riferita al codice previgente, SPANGHER, *L'appello istruttorio nel processo penale*, Milano, 1982,701.

Il pubblico ministero, non appellando, manifesta un disinteresse per la progressione verticale del processo. Un profilo, questo, che ha ovviamente il suo peso nel dibattito sul divieto di riforma in peggio, come si vedrà meglio in seguito.

L'imputato, appellando, vuole invece proprio quella progressione verticale; una scelta che, nei fatti, lo porta a "gestire" autonomamente, dilatandoli, i tempi del *suo* processo. Fin qui, difficile negarlo, ci si muove all'interno della logica del diritto di difesa, inteso come diritto di difendersi "impugnando". È la stessa Costituzione, del resto, a tutelare la difesa in ogni *stato e grado* del procedimento (art. 24, co. 2, Cost.). Ma ecco il punto nodale. Quel diritto di difendersi impugnando merita di essere preservato al punto da restringere lo spazio decisorio del giudice d'appello rispetto al giudice di primo grado? Perché proteggere in maniera così netta l'imputato (rispetto alla pretesa punitiva statale), solo perché unico appellante? L'impressione, qui, è che ci si spinga *oltre* quella ineccepibile logica di tutela difensiva. Ricavare dal diritto di difendersi impugnando anche un vistoso limite ai poteri del giudice, vietandogli ogni modifica in peggio della sentenza di primo grado, non significa forse trasformare un legittimo diritto dell'imputato (attivare un secondo giudizio di merito per contestare una sentenza ritenuta ingiusta o invalida) in una sorta di privilegio sul piano dell'entità della pena? Sul piano tecnico, non si tratta forse di attribuire, nei fatti, a chi impugna (e per il solo fatto di essere l'unica parte ad attivarsi in tal senso), una vera e propria immunità sanzionatoria in peggio?

Indagare su questi profili è lo scopo delle pagine che seguono.

Può essere senz'altro utile partire dai principi, domandandosi se (ed eventualmente in che misura) il trattamento di favore che pone l'imputato (unico appellante) al riparo da modifiche peggiorative della sentenza di primo grado interagisca con alcuni valori (costituzionali e "convenzionali") che stanno alla base di un moderno processo penale: diritto di difesa, presunzione di non colpevolezza, congruità e proporzionalità della pena, imparzialità del giudice. Fondamentale è, però, la chiave di lettura basata sulla peculiare struttura cognitiva che caratterizza oggi il giudizio d'appello<sup>4</sup>. Si tratta cioè di verificare *come* il divieto di riforma in peggio interagisca con quella struttura: un profilo, questo, di grande attualità, se solo si riflette sulla natura ibrida (palesamente compromissoria, surrettiziamente ambigua) che il giudizio di seconde cure

---

<sup>4</sup> Su quella struttura, CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e "giusto processo"*, Torino, 2009, 131 s.; MENNA, *Il giudizio d'appello*, Napoli, 1995, 381; PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, Padova, 1995, 130 s.

presenta anche dopo gli ultimi ritocchi legislativi: momento di *controllo di errori* presenti nella sentenza di prima istanza, da un lato (qui il sistema punta apertamente all'efficienza, alla semplificazione, alla velocità); *nuovo giudizio* strutturato sull'assunzione di prove, dall'altro lato (qui il sistema è sensibile alla qualità dell'accertamento).

2. *L'irrisolta (e forse irrisolvibile) querelle sul fondamento del divieto di reformatio in peius*. Individuare la *ratio* del divieto di riforma in peggio è operazione tutt'altro che semplice. Molto si è discusso e si discute in proposito, con esiti sempre incerti. Incertezze alimentate anche dalla Corte costituzionale, la quale, dopo aver (sia pur incidentalmente) annoverato il divieto tra i principi fondamentali dell'ordinamento<sup>5</sup>, non ha più ribadito quell'assunto.

Posto che il divieto di riforma in peggio agisce solo se l'imputato è l'unico appellante, va da sé che gli sforzi interpretativi volti a ricercarne il fondamento tendano a privilegiare un punto di vista, per così dire, "soggettivo", concentrato soprattutto sulle prerogative individuali. Il divieto risulta così di volta in volta associato al diritto di difesa, all'interesse ad impugnare dell'imputato, o, ancora, al *favor rei*, inteso come chiave di volta e cifra stilistica di un moderno processo penale orientato in chiave garantista. Vediamo in estrema sintesi queste posizioni, le argomentazioni che le sorreggono, le obiezioni a cui si espongono.

Chi ricollega il divieto di riforma in peggio al diritto di difesa considera il primo un requisito di effettività del secondo. Perché il diritto di difendersi impugnando risulti concretamente tutelato, bisognerebbe garantire a chi lo esercita la certezza che la nuova pronuncia non possa aggravare il quadro sanzionatorio cristallizzato in primo grado. In questo ordine di idee, si ritiene che il vero confine decisorio del giudice d'appello non sia costituito tanto dal contenuto della domanda dell'imputato (secondo il noto principio *tantum devolutum quantum appellatum*), quanto, piuttosto, dal «diritto che quella domanda esprime». In particolare, «se quel diritto è rappresentato dal diritto costituzionale di "difendersi provando"» si osserva, «non vi è dubbio che il diritto di difesa preclude al giudice dell'appello qualsiasi riforma in peggio della sentenza di primo grado, appellata "in propria difesa" dall'imputato»<sup>6</sup>. Chi condivide questa tesi soggiunge che «se il diritto di difesa si traduce nella possibilità d'impugnare il merito di una sentenza ingiusta, il divieto di *refor-*

<sup>5</sup> Corte cost. 14 gennaio 1974, n. 3.

<sup>6</sup> Cfr. FLICK, *Efficienza a costo zero: l'abolizione del divieto di reformatio in peius*, in [www.magistraturaindipendente.it](http://www.magistraturaindipendente.it); cfr. anche MONTAGNA, *Divieto*, cit., 377.

*matio in peius* non può che profilarsi come indispensabile premessa per conferire piena effettività alla potestà impugnatoria<sup>7</sup>. Considerata l'assenza di censure da parte dell'accusa, la pienezza della funzione giurisdizionale verrebbe quindi (eccezionalmente ma ragionevolmente) sacrificata sull'altare del diritto di chi impugna.

Queste argomentazioni presentano una loro solidità, ma non riescono a convincere pienamente, perché sembrano dare per scontato un profilo che andrebbe invece dimostrato: e cioè che il diritto di difendersi appellando, esercitato in solitudine, affinché risulti effettivamente garantito, debba necessariamente portare, *dal punto di vista della pena*, ad una decisione *sicura*, di un *certo tipo*, favorevole a chi impugna, confinando i poteri del giudice all'interno di un predefinito orizzonte sanzionatorio. Ma la circostanza che l'imputato sia l'unico appellante basta davvero a giustificare un vincolo così forte in capo al giudice?

Nell'ampio solco del diritto di difesa potremmo collocare anche l'opinione (autorevole ma risalente) che individua nel divieto di riforma in peggio una proiezione dell'interesse ad impugnare dell'imputato. Posto che per impugnare occorre avere interesse (e poiché sarebbe logicamente inconcepibile una impugnazione di una parte contraria al proprio interesse), l'esito del gravame del solo imputato non potrebbe sortire effetti contrastanti con quel requisito: diversamente cadrebbe la premessa<sup>8</sup>. Questa tesi finisce però col sovrapporre due piani che andrebbero invece tenuti distinti: l'attivazione del gravame e il suo epilogo; l'interesse ad impugnare è un requisito di ammissibilità del mezzo di impugnazione, non un criterio vincolante della sentenza<sup>9</sup>.

Poco persuasiva risulta, peraltro, l'idea di associare il divieto di riforma in peggio al *favor rei*<sup>10</sup>, che, nella sua specifica dimensione processuale, si tradurrebbe in strumenti di tutela dell'imputato tesi ad evitare (o a rimediare a) "condanne ingiuste". Tracce di quel *favor* sarebbero rinvenibili, si osserva, ad esempio, nella revisione *in melius* o nella rescissione del giudicato (per restare nel settore di controlli), ma anche nell'art. 129 c.p.p., o negli strumenti di

<sup>7</sup> Cfr. MINGIONE, *Divieto di reformatio in peius tra storture sistematiche e prospettive di riforma*, in *www.giurisprudenzapenaleweb*, 2019, n. 5.

<sup>8</sup> Cfr. CARNELUTTI, *Sulla reformatio in peius*, in *Studi di diritto processuale*, vol. II, Padova, 1928, 157; tesi ripresa da BONETTO, *L'appello*, in *Le impugnazioni*, coordinato da Aimonetto, *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da Chiavario-Marzaduri, Torino, 2005, 254.

<sup>9</sup> Cfr. SPANGHER, *Reformatio in peius*, cit., 286; sulla stessa linea, MARANDOLA, *Reformatio in peius*, cit., 5.

<sup>10</sup> Sembra privilegiare questa impostazione FLICK, *Efficienza a costo zero*, cit., 2. Sul *favor rei* in generale, cfr. il fondamentale studio di LOZZI, *Favor rei e processo penale*, Milano, 1968, *passim*.

riparazione degli errori giudiziari<sup>11</sup>.

Due le obiezioni a cui si espone questa tesi. La prima. Il *favor rei* non può contare su appigli normativi sicuri agli alti livelli della gerarchia delle fonti (Costituzione, CEDU). Difficile, pertanto, elevarlo addirittura al rango di principio fondamentale idoneo a limitare l'esercizio del potere giurisdizionale. Se proprio si vuole insistere sulla presenza di quel *favor*, ricavandolo dal sistema processuale in via, per così dire "inferenziale" o "indiziaria", bisognerebbe coerentemente accettarne la vera natura: si tratterebbe, al più, di un criterio interpretativo, tendenziale, che orienterebbe a privilegiare, tra le diverse letture di una norma, quella più favorevole all'imputato. Troppo poco (forse?) per giustificare le drastiche restrizioni che il divieto di riforma in peggio impone ai giudici d'appello. La seconda obiezione. Ammesso (e non concesso) che esista davvero nel sistema un *favor rei* finalizzato a ridurre il rischio di "condanne ingiuste", bisognerebbe anche spiegare (da un punto di vista logico, prima che giuridico) perché vadano considerate *automaticamente* "ingiuste" quelle che comportino un inasprimento delle sanzioni comprovato da una *ricostruzione oggettiva* del fatto storico in appello, nel rispetto di tutte le garanzie fruibili in quel contesto dall'imputato.

Per restare su un terreno (logicamente e ideologicamente) contiguo al *favor rei*, non convince neppure l'idea di associare il divieto di riforma in peggio alla presunzione di non colpevolezza (art. 27, co. 2, Cost. e art. 6 par. 3 C.e.d.u.). Intesa come regola di trattamento, quella presunzione esprime, come è noto, un doppio divieto: il divieto di assimilare l'imputato al colpevole durante il processo, e quindi il divieto di punire (cioè di anticipare l'esecuzione della pena) prima della condanna definitiva. Considerata come regola di giudizio, la presunzione cristallizza l'onere della prova (da intendere a rigore, tecnicamente, nel processo penale, come "rischio della mancata prova", vista la presenza, in tale ambito, di poteri di iniziativa probatoria del giudice) della responsabilità penale in capo al pubblico ministero, obbligando il giudice a risolvere l'incertezza processuale (il ragionevole dubbio) con una sentenza di assoluzione.

Ora, che il divieto di riforma in peggio assicuri all'imputato un particolare trattamento di favore è evidente. Ma le analogie con la regola di trattamento imposta dalla presunzione di non colpevolezza finiscono qui. Quest'ultima vieta di adottare misure (o di compiere attività) che sottendano anticipati giudizi di colpevolezza e che possano quindi tradursi (sul piano afflittivo e delle

---

<sup>11</sup> Cfr. ancora, FLICK, *loc. ult cit.*

finalità perseguite) in occasioni per applicare sanzioni prima della condanna definitiva. In estrema sintesi, la presunzione costituzionale protegge l'imputato dal rischio di subire cripto-condanne e "pene nascoste" in contesti processuali in cui non è (ancora) consentito *eseguirle*. Il divieto di riforma in peggio, dal canto suo, serve solo ad impedire al giudice d'appello d'inasprire la pena quando è istituzionalmente chiamato ad individuarla proprio a seguito di una condanna.

Quanto alla presunzione di non colpevolezza come regola di giudizio, sappiamo che quest'ultima vincola il giudice sul piano decisorio: se ricorrono determinate condizioni, il giudice *deve* decidere in un certo modo. Certo, ad una analisi superficiale, il meccanismo di azione del divieto di riforma in peggio non sembrerebbe poi tanto diverso: agendo sui poteri decisorii, quel divieto limita il giudice, lo vincola; e da questo punto di vista parrebbe comportarsi, nei fatti, come una regola di giudizio. Un esame più attento rivela però le differenze. La presunzione agisce selettivamente sul piano dell'alternativa proscioglimento/condanna e indica come risolverla, stabilendo le condizioni per l'assoluzione (il ragionevole dubbio) e per la condanna (la colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio). Il divieto di riforma in peggio interviene quando quell'alternativa decisoria è stata già risolta nel senso della condanna, e riguarda solo la tipologia e la gravità della sanzione irrogabile. Insomma, quel divieto agisce in un momento in cui la regola di giudizio sottesa alla presunzione di non colpevolezza ha già esaurito il suo fondamentale compito.

Proseguendo nell'indagine, non andrebbe poi trascurato il profilo dei rapporti tra il divieto di riforma in peggio e la congruità e la proporzionalità della pena. Vietare al giudice d'appello di aggravare il quadro sanzionatorio significa, nei fatti, impedirgli di effettuare l'ordinaria verifica sul quadro sanzionatorio (operazione che l'art. 132 c.p. definisce "discrezionale", salvo ovviamente l'obbligo di motivare) alla luce dei criteri previsti dell'art. 133 c.p. (si tratta quindi di una discrezionalità vincolata). Se l'imputato è l'unico appellante, la soglia massima di pena applicabile deriva da una presunzione assoluta. Insomma, in quel caso il giudice d'appello non può applicare pene realmente proporzionate alla gravità del reato, perché la proporzionalità è predeterminata dalla legge (art. 597, co. 3, c.p.p.). Può solo rivedere il trattamento sanzionatorio al ribasso.

Ci si può allora domandare se una scelta di questo tipo risulti compatibile con la finalità rieducativa della pena (art. 27, co. 3, Cost.), che, come sottolineato dalla Corte costituzionale, può essere effettivamente perseguita solo se si riconosce al giudice il potere di sindacarne l'effettiva congruità nel caso concre-

to<sup>12</sup>. Secondo la Corte, infatti, quantificare la sanzione in misura non adeguata alla gravità del fatto di reato significa compromettere la tensione della pena verso la rieducazione del condannato: una sanzione troppo grave risulta sostanzialmente inefficace perché percepita come sproporzionata, e quindi ingiusta; una sanzione troppo lieve impedisce al condannato di avere piena consapevolezza della gravità del reato commesso, vanificando le istanze di prevenzione speciale<sup>13</sup>. Posto sotto la lente degli artt. 132 e 133 c.p., insomma, il divieto di riforma in peggio sembrerebbe un meccanismo in grado di allontanare il diritto processuale dal diritto sostanziale, impedendo ai giudici d'appello di assicurare, con sanzioni commisurate alla effettiva gravità del caso concreto, proprio quella finalità special-preventiva della pena che costituisce l'obiettivo dichiarato delle politiche criminali degli ultimi anni. Sotto questo specifico profilo, quel divieto introduce un'apparente antinomia all'interno del sistema: l'ordinamento esige dai giudici condanne "giuste", ma, al contempo, in certi casi (art. 597, co. 3, c.p.p.), preclude ai giudici d'appello la possibilità d'irrogare pene altrettanto "giuste" (vale a dire commisurate alla concreta gravità del reato).

Resta infine da verificare se il divieto di riforma in peggio interagisca con la garanzia dell'imparzialità del giudice. Pensiamo ad una concreta vicenda processuale. L'imputato viene condannato in primo grado alla pena *x*, che appare oggettivamente congrua rispetto alla gravità del fatto commesso (artt. 132 e 133 c.p.), così come ricostruito in quella sede sulla base delle prove disponibili. L'imputato appella mentre il pubblico ministero, soddisfatto del risultato raggiunto, abbandona la scena e non impugna. Dal quadro cognitivo emerso in appello risulta che il fatto di reato è più grave. Il giudice ne prende atto, condanna, vorrebbe inasprire la pena per renderla più congrua, ma il codice glielo vieta. Ebbene, è plausibile ritenere che quel divieto miri anche a salvaguardare l'imparzialità del giudice d'appello? Sarebbe ragionevole ricollegare il divieto di riforma in peggio a quella primaria istanza (costituzionale e "convenzionale") d'imparzialità? Forse sì. Perlomeno se si accetta l'idea (opinabile, ma non irragionevole) che, in assenza di doglianze in senso peggiorativo provenienti dal pubblico ministero (il quale, con quella mossa, implicitamente ma inequivocabilmente mostra di considerare la prima condanna non meritevole di censure sotto quello specifico profilo), il giudice d'appello non po-

<sup>12</sup> Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313.

<sup>13</sup> Per questi rilievi, ancorché riferiti al controllo sulla congruità della pena nell'ambito del patteggiamento, cfr. CESARI, *I procedimenti speciali*, in *Fondamenti di procedura penale*, a cura di Camon, Cesari, Daniele, Negri, Di Bitonto, Paulesu, Padova, 2019, 667.



trebbe inasprire la pena d'ufficio senza apparire, in qualche misura, tendenzialmente "schierato" sul versante di una pretesa punitiva statale che il suo titolare non ha inteso coltivare dopo la prima sentenza.

Dai rilievi svolti risulta evidente come l'analisi del divieto di riforma in peggio condotta alla luce di alcuni principi fondamentali del processo non porti ad esiti risolutivi: esistono buone ragioni per avversare quel divieto, ma anche buone ragioni per difenderlo. Bisogna cambiare il piano di lettura.

3. *Divieto di riforma in peggio e struttura dell'appello penale: il vero nodo problematico?* Che l'appello costituisca la sede in cui confluiscono inevitabilmente tutte le decisioni sfavorevoli all'imputato è empiricamente assodato. Di qui il noto cortocircuito giudiziario. Gli imputati appellano sempre. I capi e i punti dedotti da chi impugna possono arrivare a coprire anche l'intera materia oggetto del primo giudizio (strategicamente, all'appellante conviene devolvere al giudice superiore tutto il deducibile). L'appello diventa così una «strettoia processuale»<sup>11</sup> che dilata i tempi del processo. Il sistema non è in grado di gestire gli appelli in tempi ragionevoli.

Da questo specifico punto di vista, l'appello è sicuramente una risorsa antieconomica: differisce l'approdo al giudicato; posticipa l'esecuzione della pena (in virtù dell'effetto sospensivo delle impugnazioni); non di rado impegna giudici, pubblici ministeri, difensori in attività che spesso costituiscono la replica di quelle già svolte in primo grado; comporta spese per i privati e per lo Stato.

Guardare all'appello solo dal punto di vista dell'efficienza del sistema è però sbagliato. L'appello rappresenta infatti una risorsa moderna, attuale. Per convincersene, basta riflettere su tre profili. Il primo. L'ingresso della prova scientifica nel contesto penalistico costringe spesso i giudici e le parti a confrontarsi con protocolli incerti e insidiosi, oggetto di dispute nella stessa comunità scientifica di riferimento. Il processo penale è oggi il luogo dove i periti e i consulenti tecnici svelano le lacune di quelle stesse discipline che dovrebbero invece orientare in maniera corretta le sentenze. Il secondo. La prova dichiarativa (che resta uno degli strumenti cognitivi principali del processo penale) presenta oggi nuovi e più alti livelli di difficoltà rispetto ad un tempo. Pensiamo alla moltiplicazione dei dichiaranti sulla scena del processo: testimoni comuni, «testimoni tecnici», testimoni assistiti, testimoni "protetti", persone imputate in procedimenti connessi. Di qui la crescita esponenziale dei pro-

---

<sup>11</sup> L'efficace espressione è di FLICK, *Efficienza a costo zero*, cit., 2. In argomento v. anche le riflessioni di CERESA GASTALDO, voce *Appello (dir.proc.pen.)*, in *Enc. dir. Annali*, vol. III, 2010, 15 s.

blemi cognitivi da sempre legati a quel tipo di prova (quesiti, percezioni, ricordi, errori percettivi, silenzi, menzogne, discrasie, blandizie, pressioni, minacce). Il terzo. Non va trascurato il peso sempre più rilevante che stanno via via assumendo le cd. prove digitali, che portano a ripensare le tradizionali metodologie cognitive.

Un insieme di ragioni che impone verifiche adeguate anche in appello, allo scopo di prevenire gli errori giudiziari.

Come già in parte anticipato, le ultime riforme restituiscono una immagine dell'appello strutturalmente ibrida. Per un verso, il legislatore mira apertamente a valorizzare il profilo del controllo della sentenza di primo grado, vale a dire la rivalutazione critica dei risultati acquisiti in quel contesto, e, più in generale, l'indagine su eventuali errori contenuti nella sentenza impugnata. L'accertamento in appello si basa infatti prevalentemente sui verbali delle prove acquisite in primo grado (art. 602 co. 3 c.p.p.). E la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale è permessa, di regola, solo quando il giudice non è in grado di decidere allo stato degli atti. Per altro verso, l'appello resta in parte legato all'idea tradizionale del "nuovo giudizio" fondato sull'assunzione di prove. Emblematica la scelta di obbligare il giudice ad assumere la prova dichiarativa a seguito di appello del pubblico ministero contro la sentenza di proscioglimento (art. 603 co. 3 *bis*). Prevale in questo caso la necessità di *ricostruire meglio il fatto storico*, a vantaggio dell'imputato, anche a costo di allungare i tempi del processo. Forte è qui, lo sappiamo, il peso esercitato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani<sup>15</sup>.

Il legislatore italiano sembra dunque stretto in una morsa. Da un lato, vi è la necessità di razionalizzare e semplificare l'accertamento in appello, riducendo le attività cognitive particolarmente lunghe e laboriose (esami e controesami, *in primis*). Dall'altro lato, bisogna fare i conti con i giudici di Strasburgo, che non sembrano tollerare eccessive restrizioni del contraddittorio in materia di prove dichiarative.

Tanto premesso, c'è da chiedersi come il divieto di *reformatio in peius* interagisca con uno scenario normativo così articolato e polifunzionale, frutto di un evidente compromesso tra istanze antitetiche ma tutte meritevoli di tutela. Si potrebbe cominciare col dire che quel divieto sembra avere una sua logica

---

<sup>15</sup> Cfr. Corte E.D.U., 14 giugno 2011, *Dan c. Moldavia*. Cfr., sul punto, 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*, in *questa rivista*, 2012, 349 ss.; nonché CAPONE, *Dopo Dan c. Moldavia. Per un processo di parti nell'appello penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1007; BRONZO, *Condanna in appello e rinnovazione della prova dichiarativa*, in *questa rivista*, 2015, 233 ss.

all'interno di un sistema, come quello attuale, che non assicura al giudice d'appello gli stessi poteri cognitivi di cui dispone il giudice di primo grado. Pesa, peraltro, inevitabilmente, in termini di qualità delle prove disponibili, anche la maggiore distanza dal *tempus commissi delicti*. Proprio perché chiamato a decidere in un momento molto distante da quello della commissione del reato, il giudice d'appello incontra non poche difficoltà nella ricostruzione del fatto storico. Su queste basi, non sembra azzardato ritenere che l'errore in appello possa risultare più probabile dell'errore in primo grado.

Ebbene, quei limiti cognitivi orientano a considerare ogni variazione *in peius* della condanna inflitta in primo grado una prospettiva in difficoltà di senso. Ipotizziamo uno scenario processuale che non preveda il divieto di riforma in peggio. E supponiamo che il giudice d'appello applichi una pena che il giudice di primo grado, attingendo alle ampie risorse cognitive disponibili in quello specifico contesto, non aveva preso in considerazione perché ritenuta evidentemente troppo grave rispetto al reato commesso. È probabile che la pena sbagliata (nel senso di incongrua, sproporzionata) sia proprio quella irrogata in appello, perché, come si diceva, il livello qualitativo del materiale probatorio che la giustifica e la sorregge è di gran lunga inferiore a quello concretamente raggiungibile in prime cure. Quella pena sarebbe probabilmente sbagliata perché andrebbe ad infrangere l'ordinaria (e logica) sequenza accertamento-condanna-sanzione che in uno Stato di diritto costituisce la ragion d'essere della giurisdizione penale. Quella sequenza ha un suo equilibrio interno, perché ogni passaggio risulta *qualitativamente condizionato* da quello che lo precede: la sanzione irrogata deve essere proporzionata alla condanna (dispositivo, motivazione), e quest'ultima, a sua volta, deve risultare proporzionata al livello cognitivo concretamente raggiunto e raggiungibile.<sup>16</sup>

Se si guarda alla prassi giudiziaria è noto che le restrizioni probatorie nel giudizio d'appello sono tutt'altro che rare. Così, ad esempio, accade che i giudici d'appello decidano di non reiterare le perizie già effettuate in prime cure. Sappiamo del resto che la giurisprudenza concepisce la perizia come una «prova neutra»<sup>17</sup> (né a carico e né a discarico), quindi estranea all'area del diritto alla prova delle parti (un diritto da esercitare, eventualmente, con la no-

---

<sup>16</sup> Basti pensare alla ben nota questione cognitiva del patteggiamento, dove l'ordinaria sequenza accertamento-condanna-sanzione non sembrerebbe rispettata: il punto è controverso, ma sembra davvero difficile (soprattutto se ci si sposta dal piano delle ricostruzioni dogmatiche a quello della concreta esperienza giudiziaria) sottrarsi all'idea che le condanne e le pene patteggiate si fondino su una colpevolezza non "accertata" ma solo "negoziata".

<sup>17</sup> Cfr. ad esempio, Cass., Sez. un. 23 marzo 2017, n. 39746, in *Cass. pen.* 2018, 500.

mina di un consulente tecnico). Postulato molto discutibile<sup>18</sup>, da cui deriva (l'altrettanto discutibile) corollario restrittivo del diritto alla prova: le parti non potrebbero ricorrere per cassazione contro l'eventuale rigetto della domanda di perizia *ex art. 606, co. 1, lett. d.* (non potrebbero insomma lamentare la mancata assunzione d'una controprova che non cade nella loro piena disponibilità). Coglie perfettamente nel segno chi osserva come su questo specifico terreno si facciano sentire le istanze di economia processuale: la perizia è una prova laboriosa e complessa, e i giudici, se possono, cercano di farne a meno<sup>19</sup>. Ma riflettiamo anche sul diritto alla prova dichiarativa. Come s'è detto, quando il pubblico ministero impugna la sentenza di proscioglimento per motivi attinenti a quella specifica tipologia probatoria, il giudice deve rinnovare l'istruzione dibattimentale per consentire l'escussione del dichiarante nel contraddittorio tra le parti<sup>20</sup>. Al pubblico ministero basta insomma addurre quei motivi (persino in modo pretestuoso) per ottenere un diritto alla prova pieno anche in appello. Resta però da chiedersi che cosa succede quando è l'imputato a proporre appello contro la sentenza di condanna. Ebbene, in tal caso, nel silenzio della legge, dovrebbero operare i criteri fissati dall'art. 603, co. 1, c.p.p., nel senso che il giudice sarebbe tenuto a rinnovare l'assunzione della prova dichiarativa solo se impossibilitato a decidere allo stato degli atti. Una soluzione di questo tipo sembra però confliggere con il principio costitu-

---

<sup>18</sup> Astrattamente considerato, ogni mezzo di prova non può essere definito né a carico né a discarico. Lo diventa solo in concreto rispetto ad uno specifico tema di prova. Del resto, quando una perizia viene ammessa, non è possibile preconizzarne l'esito, come accade con le altre prove orali da forgiare nel contraddittorio. Non va peraltro dimenticato che la perizia è disposta anche d'ufficio: non è quindi completamente sottratta alla disponibilità delle parti (basti dire che cade nel catalogo delle prove orali che ciascuna parte ha l'onere di indicare nelle liste ai sensi dell'art. 468 c.p.p.)

<sup>19</sup> Cfr. CAMON, *I mezzi di prova*, in *Fondamenti di procedura penale*, cit., 340.

<sup>20</sup> In argomento, nell'ambito di una letteratura molto vasta, cfr. APRATI, *L'effettività della tutela dei diritti dell'uomo. Le Sezioni unite aggiungono un tassello*, in *questa rivista*, 2016 n. 3; BELLUTA-LUPARIA, *Alla ricerca del vero volto della sentenza Dasgupta*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2017; BERARDI, *La rinnovazione della prova orale in appello: tra antiche questioni e nuovi orizzonti*, in *questa rivista*, 2014, n. 3; CANESCHI, *La rinnovazione istruttoria in appello dopo la riforma Orlando: una non soluzione ad un problema apparente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 822 ss.; CHINNICI, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio d'appello*, in *Cass. pen.* 2012, 3159; CISTERNA, *Le sezioni unite sul principio di oralità ed overturning dell'assoluzione in grado d'appello fondato sulla rivalutazione della prova dichiarativa*, in *questa rivista*, 2016, n. 2; GAITO, *Vecchio e nuovo a proposito della rinnovazione in appello*, in *questa rivista*, 2015, n. 3; SCACCIANOCE, *Ancora in tema di rinnovazione della prova orale in appello*, in *questa rivista*, 2014, n. 3; POLIDORO, *Istruttoria dibattimentale nel giudizio d'appello e rinnovazione delle dichiarazioni provenienti dalle fonti di prova tecnicamente qualificate: ipotesi e soluzioni*, in *questa rivista*, 2018, 1 ss.; PARLATO, *Ribaltamento della sentenza in appello: occorre rinnovare la prova anche per la riforma di una condanna*, in *questa rivista*, 2015, 327 ss.; TESORIERO, *Riforma della sentenza e riapertura dell'istruttoria in appello*, in *questa rivista*, 2017, n. 2.

zionale della parità delle parti (art. 111, co. 2, Cost.), perché il diritto alla prova pieno, concesso al pubblico ministero, risulterebbe invece negato all'imputato<sup>21</sup>. E risulterebbe negato proprio nei casi in cui l'imputato sarebbe probabilmente l'unica parte sulla scena del processo d'appello. Ancora più forte, risulterebbe, in quel caso, l'esigenza di vietare modifiche in peggio della sentenza di condanna impugnata.

Alla luce dei rilievi svolti, sembra corretto approdare alla seguente conclusione. *L'attuale struttura cognitiva* dell'appello penale e il divieto di riforma in peggio stanno e cadono insieme. Se, come si diceva, l'accertamento in appello è, di regola, qualitativamente inferiore (metodo, contenuti, esiti) a quello realizzabile in primo grado, appare ragionevole impedire al giudice di seconde cure di applicare sanzioni più gravi. Si ripropone l'annoso problema dei rapporti tra il controllore e il controllato: difficile accettare l'idea che il primo possa modificare in peggio una decisione presa dal secondo senza il supporto di poteri adeguati allo scopo. Un giudice d'appello dotato di poteri cognitivi sensibilmente inferiori e diversi rispetto a quelli assegnati al giudice di primo grado serve a garantire l'efficienza e la ragionevole durata del processo (è assodato che il sistema non può gestire due giudizi di merito strutturalmente identici da punto di vista cognitivo, indipendentemente dalla loro effettiva utilità). Ma bisognerebbe anche accettare l'idea che il divieto di riforma in peggio costituisca oggi un ragionevole punto di equilibrio tra il primo ed il secondo giudizio di merito: una sorta di compromesso sanzionatorio (favorevole all'imputato, parte debole del processo) volto a bilanciare la sostanziale diversità tra i due gradi di giurisdizione.

Se si accetta questa conclusione, ecco allora che il discorso sulla sopravvivenza o no del divieto di riforma in peggio andrebbe necessariamente inserito all'interno del più ampio dibattito sulla rivisitazione dell'appello (struttura, funzione, poteri del giudice; rapporti con il giudizio di primo grado e con il giudizio in Cassazione), e, più in generale, dell'intero assetto delle impugnazioni<sup>22</sup>. Per questo motivo, vanno assolutamente respinte le proposte di legge estemporanee e settoriali, promozionali, prive di un'autentica visione

---

<sup>21</sup> La giurisprudenza ritiene comunque possibile riformare in appello la condanna in proscioglimento anche senza assumere nuovamente la prova dichiarativa già valutata in primo grado, ma impone al giudice un obbligo di motivazione rafforzato: un adempimento che richiede, da parte del giudice d'appello, un confronto con i singoli passaggi esplicativi della motivazione della sentenza impugnata: cfr. Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, Troise, in *questa rivista*, 2018, 1. Sul punto v. GALANTINI, *La riasunzione della prova dichiarativa in appello: note a margine di Sezioni Unite Troise*, in *Dir. pen. cont.*, 16 aprile 2018.

<sup>22</sup> Cfr. BELLUTA, *Divieto di reformatio in peius*, cit., 25 ss.; FLICK, *Efficienza a costo zero*, cit., 3.

d'insieme del problema dei controlli<sup>23</sup>. L'idea draconiana di espellere *tout court* dal sistema il divieto di riforma in peggio perché ritenuto incompatibile con una certa (e a volte preconcepita) idea di processo penale efficiente, è una opzione metodologicamente sbagliata. Lo è perché, concentrandosi selettivamente sull'interesse che indurrebbe l'imputato ad utilizzare l'appello in modo distorto, pretende di risolvere dall'interno un problema di «gigantismo degenerare del sistema delle impugnazioni, che avrebbe invece bisogno di interventi [...] globalmente riformatori»<sup>24</sup>, anche sul versante dell'organizzazione degli uffici e del sistema delle notificazioni, riducendo così i tempi morti nel passaggio da un grado all'altro<sup>25</sup>.

4. *Cenni sulla latitudine operativa e sul contenuto del divieto.* Quando si affronta il tema della latitudine operativa del divieto di riforma in peggio, il pensiero corre immediatamente ai tormentati rapporti tra quel divieto e l'appello incidentale del pubblico ministero<sup>26</sup>. Sappiamo che, storicamente, il divieto di *reformatio in peius* nasce e si evolve in stretto raccordo con quello strumento reattivo dell'accusa: il secondo è stato introdotto per neutralizzare il primo, con il preciso scopo di consentire al giudice d'appello di aggravare il quadro sanzionatorio per disincentivare ogni impugnazione pretestuosa dell'imputato. Caduta quella singolare (e costituzionalmente sospetta<sup>27</sup>) figura di reazione

<sup>23</sup> Cfr. il d.d.l S 551 (Abrogazione del divieto di *reformatio in peius* nel processo d'appello in caso di proposizione dell'impugnazione da parte del solo imputato), assegnato in data 27 settembre 2018 alla Commissione Giustizia del Senato. L'obiettivo del disegno di legge, come sostenuto dai suoi promotori, sarebbe quello di evitare l'uso strumentale delle impugnazioni, consentendo, al contempo, la riduzione del carico dei contenziosi pendenti nelle Corti d'appello.

<sup>24</sup> Così CHIAVARIO, *Nel nuovo regime delle impugnazioni i limiti e i mancati equilibri di una riforma*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, vol. VI, Torino, 1991,16. Per un efficace quadro riassuntivo delle diverse proposte di riforma in materia di impugnazioni, cfr. BELLUTA-BARGIS, *Impugnazioni penali*, cit., 283 ss.; cfr. anche i contributi raccolti nel volume *Le impugnazioni penali: evoluzione o involuzione? Controlli di merito e controlli di legittimità*, Milano, 2008, *passim*. Con specifico riferimento alle proposte di modifica del giudizio d'appello, ci limitiamo qui a segnalare le più rilevanti: a) configurare l'appello come un giudizio rescindente, con il successivo rinvio ad un altro giudice per la fase rescissoria; b) introdurre motivi predeterminati, rigorosamente tassativi e specifici, destinati soprattutto a risolvere questioni di diritto sostanziale o processuale, avvicinando così il giudizio d'appello ad una azione di mera impugnativa; c) irrigidire e rendere molto più selettivo il vaglio di ammissibilità dell'appello, attraverso un controllo a maglie strette assegnato al giudice *a quo* o ad una apposita sezione filtro, come accade nel giudizio di cassazione.

<sup>25</sup> Cfr. SPANGHER, *Sistema delle impugnazioni e durata ragionevole del processo*, in *Corr. giur.* 2002,1261.

<sup>26</sup> In argomento, FILIPPI, *L'appello incidentale nel processo penale*, Padova, 40 s.; MONTAGNA, *Divieto*, cit., 443 s.

<sup>27</sup> L'appello incidentale del pubblico ministero sembrava infatti agevolare comportamenti strategicamente contraddittori da parte dell'accusa: iniziative che apparivano davvero poco consone alla figura istitu-

postuma del pubblico ministero, la tutela fornita dal divieto di riforma in peggio riacquista oggi, in seconde cure, una sua più razionale dimensione applicativa.

Ci si può peraltro domandare se il divieto di riforma in peggio possa estendersi oltre il giudizio d'appello.

Premesso che l'operatività di quel divieto è logicamente legata ad una precedente pronuncia che possa fungere da termine di paragone, e che il giudizio per Cassazione è per sua natura inidoneo a sortire epiloghi peggiorativi quando il ricorso sia presentato dal solo imputato, il problema si manifesta, come è intuibile, nel giudizio di rinvio. In linea generale, parrebbe irragionevole ipotizzare nel giudizio di rinvio un aggravamento del trattamento sanzionatorio che l'imputato intendeva rimuovere proprio con il ricorso per cassazione. La soluzione andrebbe quindi ricercata nei poteri assegnati al giudice. Sappiamo che il giudice di rinvio decide con gli stessi poteri del giudice che ha emesso la sentenza impugnata, salvi i limiti stabiliti dalla legge (art. 627 co. 2, primo periodo, c.p.p.)<sup>28</sup>. Di qui la condivisibile conclusione: se il giudice d'appello che ha pronunciato la sentenza annullata era vincolato al divieto di *reformatio in peius*, lo sarà anche il giudice del rinvio, indipendentemente dal fatto che il ricorso per cassazione sia stato presentato dal solo imputato<sup>29</sup>. Se invece il giudice di merito non era tenuto a rispettare quel divieto (perché l'imputato non era l'unico appellante o, più semplicemente, perché la sentenza era inappellabile), la sua estensione al giudizio di rinvio andrebbe limitata solo all'ipotesi in cui il ricorso per cassazione sia stato proposto solo dall'imputato, rappresentando il giudizio di rinvio una fase legata alla sentenza

---

zionale del latore della pretesa punitiva statale. Il pubblico ministero prima desisteva dall'azione penale, rinunciando ad impugnare in via principale, salvo poi attivarsi in via incidentale per reagire all'iniziativa dell'imputato. Come è noto, la Corte costituzionale ha escluso qualsiasi profilo di illegittimità costituzionale dell'appello incidentale del pubblico ministero in relazione al principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.), negando l'esistenza di un rapporto di implicazione necessaria tra azione penale e potestà d'impugnare (Corte cost. 28 giugno 1995, n. 280).

<sup>28</sup> Sui poteri del giudice di rinvio cfr. DINACCI, *Il giudizio di rinvio nel processo penale*, Padova, 2002, 90 s.; MONACO, *Il giudizio di rinvio Struttura e logiche probatorie*, Padova, 2012, 35, secondo cui, da quel punto di vista, non sarebbe possibile delineare un modello tipico di giudizio di rinvio.

<sup>29</sup> Cfr. BARGIS, *Impugnazioni*, in *Compendio di procedura penale*, IX ed., Padova, 2018, 990; nonché, BELLUTA, *Divieto di reformatio in peius*, cit., 15; in giurisprudenza, Cass. Sez. un. 18 maggio 2006, Maddaloni, in *Cass. pen.* 2006, 3132. La giurisprudenza considera applicabile il divieto di riforma in peggio anche nell'ipotesi in cui si verifichi una pluralità di giudizi di rinvio. La comparazione tra la sentenza di primo grado e quelle adottate nei giudizi di rinvio non consentirebbe di variare in senso peggiorativo l'esito più favorevole tra quelli emersi nei diversi gradi di giudizio: Cass. 7 settembre 2009, G.R., in *C.e.d.* 245234; soluzione condivisa da S. BELTRANI, *Il giudizio di rinvio*, in *Le impugnazioni, Trattato di procedura penale*, a cura di Spangher, vol. V, cit., 839.

di annullamento<sup>30</sup>.

Resta da chiedersi, poi, se il divieto di riforma in peggio valga anche nell'ipotesi in cui il giudizio di rinvio scaturisca dall'annullamento della sentenza di primo grado per nullità dell'atto introduttivo di quel giudizio o per effetto di una nullità assoluta o intermedia (non sanata). Posto che in caso di annullamento della sentenza di primo grado il giudice di rinvio è investito degli stessi poteri riservati al giudice di primo grado<sup>31</sup>, sembra corretto fornire al quesito una risposta negativa. Alle medesime conclusioni si potrebbe giungere, come puntualizzato dalle Sezioni unite, rilevando come l'invalidità della sentenza di primo grado impedisca al divieto di riforma in peggio di operare per mancanza del necessario termine di paragone (costituito, per l'appunto, da una sentenza valida: l'annullamento da parte del giudice d'appello renderebbe infatti la sentenza di primo grado processualmente irrilevante: di qui l'impossibilità di configurare un intervento riformatrice della stessa, *in melius* o *in peius*<sup>32</sup>.

Spostando il *focus* sul contenuto del divieto di riforma in peggio, è ragionevole ritenere che quest'ultimo riguardi solo il dispositivo della sentenza impugnata e non la motivazione<sup>33</sup>. Così, ad esempio, non violerebbe il divieto la decisione in appello che, senza aumentare la pena, modificasse le percentuali di colpa ascritte agli imputati all'esito del primo giudizio<sup>34</sup>. Scopo del divieto è disallineare la cognizione dalla decisione in ordine al solo trattamento sanzionatorio. Includervi anche la motivazione, per impedire al giudice d'appello di argomentare *in peius* (criticando, ad esempio la sentenza impugnata, ritenuta troppo blanda) significherebbe limitare il principio del libero convincimento che proprio in quella motivazione trova la sua più immediata (e costituzionalmente rilevante) espressione.

Stando al tenore letterale dell'art. 597 co. 3 c.p.p., il divieto di riforma in peggio dovrebbe interessare le sole statuizioni penali della sentenza e non anche i capi civili della stessa. La giurisprudenza è però divisa. Secondo un primo orientamento, il giudice d'appello sarebbe legittimato a riconoscere per la prima volta alla parte civile (anche non appellante) una provvisionale; ma po-

<sup>30</sup> Cass. Sez. un. 18 maggio 2006, Maddaloni, cit.

<sup>31</sup> Cfr. SPANGHER, *Divieto di reformatio in peius o poteri del giudice di rinvio*, in *Cass. pen.* 2006, 3235.

<sup>32</sup> Cass. Sez. un., 18 maggio 2006, Maddaloni, cit.

<sup>33</sup> Cfr. BARGIS, *Impugnazioni*, cit., 919; in giurisprudenza, Cass, Sez. IV, 23 gennaio 2008, Podda, in *Riv. pen.* 2008, 1170; in precedenza v. Cass. Sez. un. 19 gennaio 1994, Cellerini ed a., in *Cass. pen.* 1994, 2027.

<sup>34</sup> Cass., Sez. IV, 19 febbraio 2002, Basile, in *Riv. pen.* 2005,78.



trebbe anche incrementare l'entità di una provvisoria già concessa in primo grado<sup>35</sup>. Più equilibrata, perché in linea con la *ratio* di garanzia sottesa al divieto di riforma in peggio e con il principio devolutivo, appare la diversa impostazione che autorizza il giudice d'appello a modificare il quadro risarcitorio delineato in primo grado solo in presenza di un motivo di gravame *ad hoc*<sup>36</sup>. Appare peraltro ragionevole escludere dall'area del divieto le pene accessorie, trattandosi di effetti che conseguono automaticamente alla condanna<sup>37</sup>. Come già anticipato, il giudice d'appello può dare al fatto una definizione giuridica più grave (*iura novit curia*), discostandosi sia dalle scelte effettuate dal primo giudice, sia dai motivi dedotti dall'imputato, ma non può comunque inasprire il trattamento sanzionatorio<sup>38</sup>. L'imputato non è però completamente al riparo da alcuni effetti collaterali della condanna: la nuova fattispecie incriminatrice potrebbe impedirgli di usufruire di alcuni benefici penitenziari, o, ancora, precludere la declaratoria di estinzione del reato o la remissione di querela (perché il nuovo reato è perseguibile d'ufficio). Il potere del giudice d'appello di dare al fatto una definizione giuridica più grave, anche nel caso di appello del solo imputato, spinge inevitabilmente a riflettere sulla effettiva tutela del diritto di quest'ultimo a contraddire sul punto, in linea con le conclusioni cui è pervenuta la nota sentenza *Drassich*<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Cass., Sez. un. 27 ottobre 2016, B., in *Mass. Uff.*, n. 268179; Id. Sez. I, 4 maggio 2011, B.C. ed a., in *Cass. pen.* 2012, 1806.

<sup>36</sup> Cass. Sez. I, 27 marzo 2009, Bestetti, in *Mass. Uff.*, n. 243132.

<sup>37</sup> Per una diversa conclusione, volta ad includere nel trattamento sanzionatorio vietato anche le pene accessorie, cfr. MONTAGNA, *Divieto*, cit., 405. Secondo SPANGHER, *Reformatio in peius*, cit., 279, il divieto di riforma in peggio opera quando la pena accessoria non è compiutamente predeterminata dalla legge (residuando così uno spazio di discrezionalità in capo al giudice d'appello).

<sup>38</sup> In argomento, QUATTROCOLO, *Riqualificazione giuridica del fatto e tutela del contraddittorio*, Napoli, 2011, 225; CAPONE, *Iura novit curia*, Padova, 2010, 106.

<sup>39</sup> Corte E.D.U. 11 dicembre 2007 *Drassich* c. Italia. Tra i contributi specifici, cfr. CAIANIELLO, *La riapertura del processo ex art. 625 bis c.p.p. a seguito di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2009, 1465; DE MATTEIS, *Condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo e revoca del giudicato*, in *Cass. pen.* 2009, 1474; KOSTORIS, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni delle Corti europee dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich* (in *Giur. it.* 2009, 2514), ora in Kostoris, *Processo penale e paradigmi europei*, Torino, 2018, 15 s; LONATI, *Il "caso Drassich": continua l'opera di supplenza della giurisprudenza di fronte alla perdurante (e sconcertante) inerzia del legislatore italiano in tema di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.* 2011, 262; NEGRI, *Corte europea e iniquità del giudicato penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1229; QUATTROCOLO, *Giudicato interno e condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo: la Corte di Cassazione "inaugura" la fase rescissoria*, in *Cass. pen.* 2010, 2619; SCALFATI, *I giudici offrono un "rimedio tampone" in attesa che si colmi il vuoto legislativo*, in *Guida dir.* 2007, 9, 81; UBERTIS, *Conformarsi alle condanne europee per violazione dell'equità processuale: doveroso e già possibile*, in *Corr. merito*, 2007, 599; ZACCHE, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, in *Dir. pen. proc.* 2009, 785.

Sappiamo che per i giudici di Strasburgo il valore dell'equità processuale implica anche il diritto dell'imputato di conoscere la qualificazione giuridica dell'addebito e di censurarne la fondatezza. Il contraddittorio sul fatto giuridico va posto sullo stesso piano del contraddittorio sul tema storico. Ebbene, in caso di variazione in peggio del titolo del reato *ex abrupto* nella sentenza d'appello, resterebbe comunque salva la possibilità dell'imputato di ricorrere per Cassazione ai sensi dell'art. 606, co. 1, lett. b c.p.p.<sup>40</sup>.

Un cenno, infine, ai confini del trattamento sanzionatorio imposto dall'art. 597 co. 3 c.p.p. Per quanto riguarda la "gravità" della pena, il punto di riferimento resta naturalmente l'art. 17 c.p.: le pene detentive sono più gravi di quelle pecuniarie: la reclusione è più grave dell'arresto; la multa è più grave dell'ammenda.

La durata della pena detentiva e l'ammontare della pena pecuniaria costituiscono i parametri per individuare la quantità di sanzione applicabile. Sotto questo profilo, e in linea con la *ratio* sottesa al divieto di riforma in peggio, è ragionevole considerare l'entità complessiva della pena (anche alla luce del tenore letterale dell'art. 597 co. 4 c.p.p.<sup>41</sup>), dando peso a ciascuna delle sue componenti. Il trattamento favorevole per l'imputato si riferisce a ciascun elemento del calcolo della pena<sup>42</sup>: sono vietate compensazioni interne che determinino riduzioni e aumenti di pena (l'alleggerimento su un fronte non può essere recuperato con un inasprimento sull'altro fronte).

Il divieto copre anche le misure di sicurezza (tipologia, durata)<sup>43</sup>. Disorientamenti giurisprudenziale si registrano però in materia di confisca. Alla tesi che considera illegittimo il provvedimento con cui il giudice d'appello disponga

<sup>40</sup> Se, come è stato sottolineato, si ritenesse consentita quella modifica in peggio solo se la questione sul *nomen iuris* fosse inclusa nei motivi d'appello, l'imputato potrebbe contestarla in udienza: cfr. BARGIS, *Impugnazioni*, cit., 921.

<sup>41</sup> Secondo cui «in ogni caso, se è accolto l'appello dell'imputato relativo a circostanze o a reati concorrenti, anche se unificati per la continuazione, la pena complessivamente irrogata è corrispondentemente diminuita». Sul punto, MONTAGNA, *Divieto*, cit., 391; nonché, LEO, *Sulla necessaria diminuzione di pena in caso di accoglimento dell'appello dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.* 2011, 171 s.

<sup>42</sup> Cfr. BARGIS, *Impugnazioni*, cit., 919; BELLUTA, *Divieto di reformatio in peius*, cit., 20; MARANDOLA, *Reformatio in peius*, cit., 3; Cass. Sez. un. 10 novembre 2005, William Morales, in *Cass. pen.* 2006, 408; Cass., Sez. VI, 13 maggio 2010, Benadra, in *Mass. Uff.*, n. 247013. Tuttavia, secondo le Sezioni unite (Cass., Sez. un. 14 aprile 2014, C.E., in *Cass. pen.* 2014, 2833, non violerebbe il divieto di riforma in peggio il giudice di rinvio che, dopo aver individuato la fattispecie più grave conformemente a quanto stabilito dalla Corte di cassazione in sede di annullamento, prescriva per uno dei reati in continuazione un aumento maggiore rispetto a quello stabilito dal giudice di primo grado, pur non applicando una pena complessivamente maggiore.

<sup>43</sup> Ad esempio, Cass. Sez. I, 12 maggio 2009, V.R. in *Mass. Uff.*, n. 243779, in tema di assegnazione ad una casa di cura o di custodia.

per la prima volta la confisca a seguito di appello promosso dal solo imputato<sup>44</sup>, fa da contrappunto l'idea che sia comunque possibile applicare per la prima volta in quel contesto la confisca obbligatoria: l'imposizione della misura deriverebbe infatti direttamente dalla legge<sup>45</sup>, non da scelte discrezionali dell'organo giudicante.

Il divieto di riforma in peggio impedisce poi al giudice di prosciogliere l'imputato per una causa meno favorevole rispetto a quella enunciata nella sentenza impugnata. Una soluzione in linea con la scala di priorità che il sistema assegna alle singole formule liberatorie, come conferma anche il tenore letterale dell'art. 652 c.p.p.

Al giudice d'appello è infine preclusa la revoca di benefici. Cadono senz'altro nella categoria dei benefici ex art. 597 co. 3 c.p.p. la sospensione condizionale della pena<sup>46</sup>, la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale, l'amnistia e l'indulto, ma anche il perdono giudiziale e la libertà provvisoria, le attenuanti generiche, il giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle aggravanti, la rimessione in libertà e le misure sostitutive della custodia cautelare in carcere. Ma violerebbe il divieto di riforma in peggio anche la decisione del giudice che vincolasse la concessione della sospensione della pena alle restituzioni o a risarcimenti ai sensi dell'art. 165 c.p.<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Cass. Sez. IV, 20 febbraio 2009, I.C., in *Mass. Uff.*, n. 242919.

<sup>45</sup> Cass. Sez. I, 1° agosto 2001, Lilli, in *Guida al dir.* 2001, 45, 92.

<sup>46</sup> Sul punto si rinvia ancora a BELLUTA, *op. cit.*, 22; cfr. anche, LORENZETTO, *Commento all'art. 597*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda, Spangher, V ed., Milano, 2017, 3204.

<sup>47</sup> In tal senso, MONTAGNA, *Divieto*, cit., 395.



