

QUESTIONI APERTE

Rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale/Appello

La decisione

Riforma della sentenza di assoluzione - Diverso apprezzamento di prove orali decisive - Perizia e consulenza tecnica - Natura di prove dichiarative - Obbligo di rinnovazione dibattimentale (Cost., art. 117; C.e.d.u., artt. 6, 6 §§ 1 e 3 lett. d); C.p.p., art. 603, co. 3-*bis*).

La dichiarazione resa dal perito nel corso del dibattimento costituisce una prova dichiarativa. Di conseguenza, ove risulti decisiva, il giudice di appello ha l'obbligo di procedere alla rinnovazione dibattimentale, nel caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un diverso apprezzamento di essa. Ove, nel giudizio di primo grado, della relazione peritale sia stata data la sola lettura senza esame del perito, il giudice di appello che, su impugnazione del pubblico ministero, condanni l'imputato assolto nel giudizio di primo grado, non ha l'obbligo di rinnovare l'istruzione dibattimentale attraverso l'esame del perito.

Le dichiarazioni rese dal consulente tecnico oralmente, vanno ritenute prove dichiarative, sicché, ove siano poste a fondamento dal giudice di primo grado della sentenza di assoluzione, il giudice di appello - nel caso di riforma della suddetta sentenza sulla base di un diverso apprezzamento delle medesime - ha l'obbligo di procedere alla rinnovazione dibattimentale tramite l'esame del consulente.

CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, 28 gennaio 2019 (dep. 2 aprile 2019), CARCANO, *Presidente* - RAGO, *Relatore* - ANIELLO, *P.G.* (diff.) - P., *ricorrente*.

Una declinazione esemplare della legalità europea in prospettiva intertemporale

La nota a sentenza commenta l'ulteriore adeguamento, imposto dalle Sezioni unite, del giudizio di appello alle condizioni di legittimità formulate dalla Corte di Strasburgo, per il caso in cui la riforma del verdetto assolutorio comporti una rivalutazione della deposizione del consulente tecnico o del perito. Dopo aver ripercorso le coordinate fondamentali del panorama di decisioni della Corte di Cassazione che hanno provocato il conflitto, l'Autore si sofferma sulla problematica compatibilità europea dell'argomentazione seguita in questo caso dai Giudici della legittimità, anche prestando attenzione alle considerazioni di diritto intertemporale grazie alle quali la pronuncia deroga al principio *tempus regit actum*.

An exemplary interpretation of European legality in intertemporal perspective

The paper commented on the further adaptation, imposed by the Grand Chamber of the Court of Cassation, of the appeal judgment to the conditions of legitimacy formulated by the Strasbourg Court, for the case in which the reform of the acquittal verdict involves a revaluation of the technical consultant or expert's deposition. After having described the fundamental coordinates of the panorama of the Court of Cassation's decisions that provoked the conflict, the Author focuses on the problematic European compatibility of the argumentation followed in this case by the Judges of legitimacy, also paying

attention to the considerations of intertemporal law thanks to which the pronouncement derogates from the principle "tempus regit actum".

SOMMARIO: 1. Il tema. 2. La prospettiva del conflitto. 3. Un'occasione di dialogo mancato tra Corti. 4. Una riflessione a margine della politica giudiziaria della Corte di legittimità attorno al principio del *tempus regit actum*.

1. Il tema.

Può dirsi risolto un altro contrasto nato nell'ambito della vicenda, invero accidentata, del progressivo adattamento del sistema dell'istruzione delle prove in appello alle esigenze di protezione dell'individuo scandite dalla Convenzione europea.

Intervenendo sull'estensione dell'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello, in riforma di un verdetto assolutorio basato sulla deposizione del consulente tecnico - ritenuta decisiva per la dimostrazione dell'insuperabilità del dubbio - le Sezioni unite hanno riconosciuto che la prova emergente dalla perizia o dalla consulenza tecnica è pur sempre una prova dichiarativa, anche se a contenuto tecnico-scientifico, con tutte le conseguenze che discendono da una classificazione di questo tipo sulla rinnovazione obbligatoria del dibattimento, dinanzi al giudice dell'impugnazione.

Il Collegio d'appello, pertanto, una volta verificato il carattere decisivo della valutazione del perito o del consulente tecnico per l'assoluzione in primo grado, ove voglia disattendere il primo Giudice e formulare un diverso verdetto, deve necessariamente rinnovare l'istruzione e disporre l'audizione del consulente tecnico o del perito, trattandosi di una prova del tutto dichiarativa e soggetta al regime europeo ormai consolidato anche nell'ordinamento interno.

Se questo è il principio di diritto ribadito anche con riferimento alla prova a contenuto scientifico, certamente più aderente all'interpretazione espansiva dei principi di oralità e immediatezza che offre la Corte di Strasburgo - che impone l'adozione di un modello di giudizio rafforzato a fronte dell'assoluzione di primo grado - occorre verificare la tenuta "europea" dell'apparato argomentativo della Corte di legittimità, appurando se e in quale misura, pur avendo raggiunto una soluzione certamente in linea con il canone europeo, la sentenza in epigrafe possa dirsi conforme alla Convenzione anche nei contenuti, oltre che nel verdetto.

La ricostruzione della storia giurisprudenziale della rinnovazione in appello che offre la sentenza annotata è, infatti, in parte artificiosa, poiché nell'intenzione di individuare un profilo di coerenza tra le premesse del diritto vivente interno e i *nova* europei provenienti da Strasburgo, i Giudici affer-

mano che le premesse del cambiamento erano già contenute nei semi gettati dalle decisioni “Andreotti”¹ e “Mannino”² o, comunque, in quelle sentenze evolutive che, grazie alla Corte europea, avrebbero trovato un naturale sviluppo: secondo la decisione annotata, infatti, negli archivi delle Sezioni unite vi sarebbero i precedenti storici dei più recenti orientamenti che hanno accolto il canone europeo della rinnovazione obbligatoria solo in caso di riforma del verdetto assolutorio in appello³.

La prospettiva non può dirsi appagante, poiché l’aspirazione normalizzante trascura il dato storico: l’odierno punto di arrivo è infatti il frutto di un conflitto aperto, del quale l’orientamento disatteso dalle Sezioni unite è sicuramente una traccia evidente, risolto per aggiustamenti progressivi e soprattutto grazie al netto intervento del legislatore.

2. La prospettiva del conflitto.

Il disorientamento che ha suscitato la rimessione, riposa sulle caratteristiche specifiche della prova di tipo tecnico che proviene dal consulente o dal perito, basandosi il dubbio di qualificazione sulla considerazione, oggi disattesa dalle Sezioni unite, che a) non possa parlarsi in ogni caso di “prova dichiarativa”, specie quando il teste specialistico, come il perito o il consulente tecnico, si limita alla lettura dibattimentale della relazione che ha prodotto adempiendo al mandato ricevuto e che, soprattutto, b) non potrebbe configurarsi un problema di attendibilità in senso stretto, considerando che il momento discrezionale, nell’apprezzamento della deposizione scientifica, si esaurisce in capo al giudice con l’esercizio del suo potere di libero convincimento, che comporta soltanto il diritto di opzione fra diverse teorie scientifiche in campo, non esistendo, al di fuori di tale libero convincimento iniziale, un problema ulteriore di apprezzamento della credibilità del contenuto scientifico prescelto.

Si tratta di un’opinione, in altri termini, che postula una vera e propria distinzione concettuale tra il testimone c.d. puro, del quale narrato la valutazione di attendibilità si svolge a tutto campo e il testimone di tipo tecnico, soggetto processuale qualitativamente distinto dal teste comune, verso cui il giudice valuterebbe soltanto, grazie al principio del libero convincimento, la solidità scientifica del metodo seguito, le ragioni di scelta di una tesi piuttosto che

¹ Cass., Sez. un., 30 ottobre 2003, Andreotti e altro, in *Mass. Uff.*, n. 226093.

² Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Mass. Uff.*, n. 231679.

³ Cfr. Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, in questa *Rivista*, con nota di GIUNCHEDI, *Ulisse approda a Itaca. Le Sezioni unite impongono la rilevanza d’ufficio dell’omessa rinnovazione dell’istruzione dibattimentale*; Id., Sez. un., 19 gennaio 2017, Patalano, in questa *Rivista*.

un'altra⁴.

Posto che il giudice penale non conosce vincoli derivanti da prove legali, vi sarebbe comunque, a parere del menzionato orientamento, una distinzione di tipo qualitativo, nell'ambito della formazione libera del convincimento del giudice, tra i dati riferiti dal teste comune e quelli introdotti in giudizio dal teste specialistico, la cui particolare posizione processuale avrebbe conseguenze dirette sul giudizio di merito, nel senso che l'attendibilità riguarderebbe soltanto la scelta tra questo o quel metodo scientifico di ricostruzione dei fatti.

Di qui il contrasto: di fianco a decisioni di legittimità più aderenti al dato europeo - che promuove l'obbligatorietà della rinnovazione in ogni caso di rivalutazione della prova dichiarativa - si sono contrapposte opinioni restrittive, che facendo leva sulla natura non dichiarativa, in uno con accenti sul carattere tecnico e scientifico del tipo di prova che da essa emerge, giungono alla contraria soluzione di legittimare la rivalutazione cartolare della deposizione a contenuto vincolato, decisiva in primo grado per il verdetto assolutorio, al fine della riforma in appello con condanna dell'imputato.

L'orientamento, oggi correttamente espulso, va incontro a una fondamentale obiezione, poiché sposta il *focus* del problema dal metodo di giudizio vincolato in caso di riforma dell'assoluzione alla valutazione di attendibilità del teste decisivo già escusso in primo grado: intendiamo dire che il principio derivato da decisioni europee come *Dan c. Moldavia*⁵ non può essere frazionato e ridimensionato per essere ricondotto sul solo campo dell'attendibilità, dal momento che la Corte europea collega in via diretta il problema della rinnovazione al giudizio di equità della procedura, un giudizio che non è suscettibile di ridimensionamenti di sorta, da parte dello Stato membro, a seconda delle forme del proprio codice di rito, poiché comprende, allo stesso tempo, valutazioni di oralità, di immediatezza, di contraddittorio effettivo e, solo all'esito, di un apprezzamento globale dell'equità del processo.

In altri termini, riteniamo che non manchi nella decisione annotata una lettura parziale del dato europeo e funzionale ai problemi giurisprudenziali già

⁴ Per ragioni di completezza, si noti che l'orientamento accennato si basa su una concezione della prova scientifica come prova "neutra", che dunque per definizione non potrebbe avere valenza decisiva, con conseguente ammissibilità del ricorso per Cassazione per il solo vizio di motivazione: Cass., Sez. IV, 22 febbraio 2018, Tupini, in *Mass. Uff.*, n. 273586; Cass., Sez. IV, 10 marzo 2016, Pietramala, *ivi*, n. 266787; Cass., Sez. V, 7 ottobre 2014, C., *ivi*, n. 262722.

⁵ Corte eur. dir. uomo, 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*, sulla quale si vedano le considerazioni di GAITO, *Verso una crisi evolutiva del giudizio d'appello*, in questa *Rivista*, 2012, 1, 349. Conformemente, Id., 19 giugno 2012, *Moldoveanu c. Romania*; Id., 5 marzo 2013, *Manolachi c. Romania*; Id., 9 aprile 2013, *Fleuras c. Romania*; Id., 4 giugno 2013, *Hanu c. Romania*.

noti al nostro ordinamento in tema di prova scientifica, quando per una corretta impostazione del tema varrebbe l'impostazione reciproca, che partendo dalla norma parametro - nel nostro caso l'art. 6 della Convenzione come interpretato dalla relativa Corte europea - offrisse una soluzione europea anche negli argomenti, che possono e devono entrare nelle decisioni di legittimità alla luce del preciso quadro costituzionale di rapporti che corrono tra le Corti in gioco.

Lungo la direttrice appena evidenziata, infatti, non è di conforto la decisione annotata. Essa si limita a disattendere, quasi apoditticamente, l'orientamento alternativo e più limitativo del canone europeo, senza spendere argomenti decisivi per come si desumono dalla giurisprudenza strasburghese: pur adottando il parametro delle decisioni della Corte di Strasburgo, in altre parole, l'espulsione dal campo di legittimità dell'orientamento restrittivo non passa per un confronto serrato tra le soluzioni cui esso giunge e i profili, singolari e poi globali, di violazione della Convenzione che comporta, ma riconduce all'insieme delle prove dichiarative la perizia e la consulenza tecnica sulla base della «*funzione*» e della «*modalità di espletamento*» di ciascun istituto.

Di qui l'indagine, tutta interna alle disposizioni del codice che disciplinano gli istituti menzionati, interpretando le quali, anche grazie a decisioni di legittimità⁶, si ottiene il risultato di selezionare, tra i vari significati possibili, quella norma idonea a soddisfare il risultato cui mira la decisione, essendo ormai evidente il contrasto con il diritto vivente europeo anche in materia di *expert witness*⁷.

Solo all'esito di tale operazione esegetica preliminare, volta a riconoscere un *trend* positivo di affermazione della natura orale e non neutra della prova di tipo tecnico, la decisione rinvia al diritto vivente europeo, che tuttavia resta in una posizione accessoria e successiva, viene evocato come parametro ma solo dopo aver già offerto un'argomentazione tutta interna alla giurisprudenza nostrana, con un approccio di tipo confermativo rispetto a quanto già desumibile *intra moenia*.

3. Un'occasione di dialogo mancato tra Corti.

⁶ La soluzione della questione, infatti, si ritiene giustificata alla luce dell'orientamento delle Sezioni unite che ha introdotto il principio di falsificabilità della prova scientifica, risalente a Cass., Sez. un., 10 luglio 2002, Franzese, in *Mass. Uff.*, n. 222138.

⁷ Diverse decisioni della Corte europea hanno condannato gli Stati membri anche in caso di omessa rinnovazione per audizione del perito, pur ammettendo che si tratta di un "testimone esperto": si veda la risalente Corte eur. dir. uomo, 28 agosto 1991, Brandstetter c. Austria, fino alla recente Corte eur. dir. uomo, 12 maggio 2016, Poletan e Azirovik c. Macedonia.

Recuperando una prospettiva ortodossa, riteniamo che occorra superare il metodo classico, che partendo dalla classificazione giudica dell'istituto aggancia ad esso le regole processuali tipiche della scelta del caso, per porre il problema del modulo procedimentale che sia il più adatto ad assicurare la tutela dei diritti fondamentali del singolo, anche considerando che incombe sul nostro sistema legale una precisa obbligazione di risultato, dovendo assicurare la più ampia applicazione, in senso materiale, del sistema di protezione europeo nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto interno.

Non si tratta di una petizione di principio, ma del criterio esegetico fondamentale seguito a Strasburgo: plurime, oramai, le decisioni che formulano una opzione, di fronte a più soluzioni possibili, proprio sulla base della regola della massima espansione fissata dall'art. 1 della Convenzione⁸.

Anche nella soluzione del quesito sottoposto al *plenum* di legittimità, infatti, l'obiezione all'orientamento minoritario avrebbe potuto esser formulata tramite "significati europei", ossia non prendendo a modello astratte teorizzazioni sulla natura sinceramente valutativa o non del giudizio in relazione alla deposizione del c.d. testimone esperto, ma parametrando la scelta in funzione dell'obbligazione convenzionale contratta e, dunque, seguendo il criterio della massima espansione.

Posta questa premessa, dunque, riteniamo che se la soluzione soddisfa, da un lato, l'istanza, ormai non più eludibile, di adeguamento del sistema delle impugnazioni ai principi europei – che in maniera sempre più insistente richiedono di guardare con sospetto ad un giudizio di appello celebrato in modo prevalentemente cartolare⁹ - dall'altro lascia insoddisfatte le pur legittime aspettative di interpretazione convenzionalmente orientata delle disposizioni interne, non potendosi sottacere che, contrariamente a quanto afferma la sentenza in commento, la questione non fosse di pronta soluzione ed è stato proprio il formante europeo a determinare una trasformazione delle impugnazioni di merito nel nostro ordinamento, anche considerando le perduranti incertezze sul tema¹⁰.

⁸ Si tratta di un orientamento che, sorto nell'ambito dell'art. 2 della Convenzione, conduce la Corte strasburghese ad adottare la decisione più estensiva dei diritti del singolo, giustificando tale interpretazione di scopo in virtù dell'obbligazione di protezione assunta dallo Stato secondo l'art. 1 C.e.d.u.: si veda, sul punto, Corte eur. dir. uomo, 21 aprile 2015, Pisari c. Repubblica di Moldavia e Russia, § 51 e i riferimenti citati.

⁹ Secondo FIORIO, *Il diritto al controllo e la riforma della sentenza di assoluzione*, in *Regole europee e processo penale*, a cura di Chinnici, Gaito, Milano, 2018, 303, è proprio grazie all'introduzione dell'art. 603, co. 3-bis c.p.p. che si è compiuto un passo deciso verso la trasformazione dell'appello come modello di *novum iudicium*.

¹⁰ S'intende far riferimento alle perduranti incertezze di legittimità sulla natura della rinnovazione in

4. Una riflessione a margine della politica giudiziaria della Corte di legittimità attorno al principio del *tempus regit actum*.

Last but non least, la Corte di legittimità pone un problema di applicabilità della rinnovazione obbligatoria, nel senso appena chiarito con la pronuncia, al processo relativo al ricorrente Pavan, dal momento che l'art. 603, co. 3-*bis* c.p.p., norma processuale che ha cristallizzato i principi della Convenzione, non era in vigore al tempo della celebrazione del giudizio di appello e, secondo il rigido insegnamento delle Sezioni unite "Mannino", cadrebbe sotto la scure del principio *tempus regit actum*, gustificando la riforma cartolare del verdetto di assoluzione ed impedendo in tal modo a tutti i procedimenti pendenti di adeguarsi alle imprescindibili ragioni di equità imposte dalla Convenzione e, dunque, dalla Costituzione.

Le Sezioni unite in commento risolvono in senso positivo il problema dell'applicabilità dell'obbligo di rinnovazione ricorrendo ad alcune affermazioni che, seppure brevissime, richiedono opportune riflessioni: si ammette la necessità di una deroga, con applicazione retroattiva del nuovo obbligo procedurale, anche considerando che la norma era stata già anticipata, sia pure a livello ermeneutico, dalle sentenze "Dasgupta" e "Patalano".

Si tratta di considerazioni che, se portate a compimento, sarebbero una valida occasione per aggiornare i rapporti tra il principio di legalità processuale e le esigenze di adeguamento del sistema ai principi della Convenzione, non sembrando ragionevole che un'esasperazione dell'irretroattività delle novelle legislative in ambito processuale impedisca la celebrazione di un giudizio "equo" in senso europeo e costituzionale, laddove la nuova norma risolve una violazione sistematica della Convenzione ed aumenta la soglia di tutela dell'accusato.

Non potendo in questa sede affrontare il tema, davvero ampio, dei problemi di diritto intertemporale circa le norme processuali, ci limitiamo a segnalare la incompatibilità, almeno parziale, della prevalenza del principio di irretroattività con i diritti fondamentali dell'individuo, quando la nuova e più favorevole disciplina sia espressione di un adeguamento sistematico del processo ai diritti del cittadino, essendo ormai doverosa la spinta verso un "*processus criminalis europeus*" capace di incrementare il tasso di protezione dell'accusato¹¹.

appello, da più parti e ancora di recente qualificata come istituto di natura eccezionale: si veda Cass., Sez. un., 17 dicembre 2015, Ricci, in *Mass. Uff.*, n. 266820.

¹¹ La prospettiva indicata, che ad oggi può dirsi ancora una ipotesi di lavoro, sarebbe la naturale evoluzione di orientamenti di legittimità che hanno già suggerito soluzioni simili in altri settori del processo, come in materia di prove: si veda Cass., Sez. un., 13 luglio 1998, Citaristi ed altri, in *Mass. Uff.*, n.

211192, sulla immediata applicazione di norme sopravvenute che ampliano i casi di inutilizzabilità delle prove.