

QUESTIONI APERTE

Appello - Rinnovazione istruzione dibattimentale

Impugnazioni - Appello - Riforma della sentenza assolutoria - Rinnovazione dell'istruzione dibattimentale - Dichiarazioni di periti e consulenti tecnici (C.p.p., art. 603).

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.

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 PENALE, SEZIONI UNITE, 2 APRILE 2019 (ud. 28 gennaio 2019) - CARCANO, *Presidente* - RAGO, *relatore* - ANIELLO, *P.G.* - PAVAN, *ricorrente*.

La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello delle dichiarazioni di periti e consulenti tecnici in caso di *overturning* accusatorio

L'Autrice focalizza l'attenzione sulla decisione delle Sezioni unite che risolve il contrasto interpretativo concernente la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello nel caso di dichiarazioni rese da periti e consulenti tecnici quando il giudice di secondo grado intenda ribaltare la precedente pronuncia assolutoria.

The renewal of trial in appeal concerning the statements made by experts and technical consultants in the case of overturning of an acquittal sentence

The Author focuses the attention on the decision of the Joint Chambers that resolves the interpretative contrast concerning the renewal of trial in appeal in the case of statements made by experts and technical consultants when the appeal judge intends to overturn an acquittal sentence.

1. Il 23 maggio 2018 la II Sezione Penale della Corte di cassazione, assegnataria del ricorso proposto dal difensore dell'imputato Pavan, lo rimetteva alle Sezioni unite, avendo riscontrato l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in ordine all'omessa rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello relativamente alle dichiarazioni del consulente tecnico e del perito nel caso di riforma della sentenza assolutoria emessa dal giudice di primo grado. Chiamate dunque a dirimere il suddetto conflitto interpretativo, il 28 gennaio

2019 le Sezioni unite si pronunciavano con la sentenza annotata.

2. Prima di analizzare nello specifico la decisione in commento, appare opportuno contestualizzare siffatta pronuncia accennando alle recenti prese di posizione della giurisprudenza in merito alla questione dell'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello, che peraltro hanno condotto all'introduzione ad opera della Legge 23 giugno 2017, n. 103, del co. 3-bis all'art. 603 c.p.p.

In un sistema processual-penalistico improntato ai canoni del “*due process of law*”, con particolare riferimento agli imprescindibili principi del contraddittorio “per la prova” e dell'immediatezza¹, appare evidente che il giudizio di appello, al pari di quello di primo grado, «deve essere “giusto”, con tutto quanto ne consegue in termini di prova, oralità e contraddittorio»².

Dal momento che anche il giudice di secondo grado «valuta nel merito, riaccertando i fatti di causa, atteso che ne deve verificare la giustizia»³, con la sola differenza rispetto all'organo giudicante che lo ha preceduto del limite di tale accertamento, confinato al devoluto ossia ai capi e/o ai punti contestati dall'appellante, la diretta percezione delle prove orali da parte del decidente non avrebbe ragionevole giustificazione di essere derogata: invero, «sarebbe illogico pensare al modello scolpito nell'art. 111 Cost. come valido per il giudizio di primo grado e sconfessabile per il giudizio di seconda istanza o per quello di rinvio in appello, in seguito a annullamento di sentenza»⁴.

Detto in altri termini, «l'adozione in primo grado del contraddittorio assistito da oralità e immediatezza in quanto metodo più accreditato, a livello euristico, per raggiungere il livello più elevato di conoscenza giudiziale [...] mal si concilierebbe con l'obliterazione del risultato giudiziale figlio di quel metodo all'esito di un appello che, fondandosi sul riesame cartolare degli atti, si gioverebbe di strumenti gnoseologici meno affidabili»⁵.

¹ Sul punto, la Corte costituzionale ha chiarito che, pur in assenza di una espressa previsione normativa, il principio di immediatezza deve ritenersi implicitamente tutelato in Costituzione ex art. 111, trattandosi di un principio che «ispira l'impianto del codice di rito»: Corte cost., n. 205 del 2010, in *Giur. cost.*, 2010, 3, 2392.

² 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, 2, 4.

³ CHINNICI, *Contraddittorio, immediatezza e parità delle parti nel giudizio di appello. Estenuazioni interne e affermazioni europee*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 3, 173.

⁴ CHINNICI, *Contraddittorio, immediatezza e parità delle parti nel giudizio di appello. Estenuazioni interne e affermazioni europee*, cit., 173.

⁵ TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3-4, 240. In senso contrario, però, v. CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative. A proposito dell'imminente varo del d.d.l. C 4368 (e dei recenti*

Sulla tematica in un primo momento è intervenuta la Corte EDU che in plurime occasioni ha rivendicato l'importanza della c.d. prova viva - ossia formata attraverso un contatto diretto con l'organo giudicante tenuto a valutarla - quale unica in grado di legittimare un'ipotetica *reformatio in peius* della sentenza di primo grado⁶.

I giudici di Strasburgo hanno infatti affermato che laddove una Corte d'appello sia chiamata a compiere una valutazione completa in ordine alla colpevolezza o all'innocenza dell'imputato la stessa non possa prescindere, secondo i principi del giusto processo, da un accertamento diretto delle prove⁷.

Ne consegue che viola l'art. 6 Cedu la riforma in appello della decisione assolutoria in assenza di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in riferimento alle prove dichiarative reputate decisive e rilevanti ai fini dell'affermazione della colpevolezza dell'imputato⁸.

Il suesposto indirizzo interpretativo è stato successivamente recepito dalla giurisprudenza interna, più esattamente, dalle Sezioni unite "Dasgupta" ove, facendo leva sui canoni della presunzione di non colpevolezza dell'imputato ai

interventi delle Sezioni Unite), in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 164, secondo cui «È un luogo comune, un'ipotesi retorica mai dimostrata, il preteso conflitto con i canoni del processo accusatorio della strutturazione dell'appello come giudizio critico, ossia come mezzo di controllo *ex actis* della prima decisione, nel quale la rinnovazione istruttoria viene ammessa solo in deroga alla generale deroga della completezza dell'indagine istruttoria compiuta in primo grado. Al contrario: è proprio per assicurare coerenza con i canoni accusatori del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza realizzati in primo grado, che il giudizio di appello non va dedicato alla replica delle attività di formazione della prova, ma alla critica della decisione impugnata, anche sotto il profilo del rigoroso rispetto delle regole dell'accertamento».

⁶ CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative. A proposito dell'imminente varo del d.d.l. C 4368 (e dei recenti interventi delle Sezioni Unite)*, cit., 165 s.; POLIDORO, *Istruttoria dibattimentale nel processo di appello e rinnovazione delle dichiarazioni provenienti dalle fonti di prova tecnicamente qualificate: ipotesi e soluzioni*, in *questa Rivista*, 2018, 3, 21.

⁷ Corte EDU, Sez. III, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia.

⁸ Corte EDU, Sez. III, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, cit. Successivamente, dello stesso avviso: Corte EDU, Sez. III, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania; Id., Sez. III, 9 aprile 2013, Fleuras c. Romania; Id., Sez. III, 4 giugno 2013, Hanu c. Romania; Id., Sez. II, 5 luglio 2016, Lazu c. Moldavia; Id., Sez. IV, 14 febbraio 2017, Potoroc c. Romania; Id., Sez. II, 28 febbraio 2017, Manoli c. Moldavia; Id., Sez. I, 29 giugno 2017, Lorefice c. Italia; Id., Sez. IV, 9 gennaio 2018, Ghinca c. Romania; Id., Sez. IV, 20 aprile 2018, Stoica c. Romania. In dottrina, in riferimento alla menzionata giurisprudenza convenzionale, v.: BOREA, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel "Giusto processo" alla luce della giurisprudenza della C.e.d.u.*, in *questa Rivista, Laboratorio di scrittura*, 2015, 1ss.; 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*, cit., 4; MARCHESI, *La reformatio in peius della sentenza di assoluzione tra vincoli europei e diritto ad un equo processo*, in *questa Rivista*, 2013, 3, 1035 ss.; PRESACCO, *Una censura ampiamente annunciata: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il ribaltamento in appello dell'assoluzione senza rinnovazione dell'istruzione dibattimentale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 7/8, 260 ss.; TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU*, cit., 240.

sensi dell'art. 27 Cost. e dell'accertamento della responsabilità penale «al di là di ogni ragionevole dubbio» di cui all'art. 533, 1° co., c.p.p., è stata evidenziata la necessità che il giudice di secondo grado rinnovi, anche d'ufficio, l'istruzione dibattimentale mediante l'escussione in prima persona dei soggetti che abbiano reso dichiarazioni ritenute decisive ai fini della pronuncia assolutoria emessa dal magistrato ovvero dal collegio che lo ha preceduto.

Invero, nel nostro ordinamento processuale, ispirato ai principi della oralità della prova, della dialettica delle parti in ordine alla stessa e della immediatezza della sua formazione innanzi all'organo giudicante chiamato a decidere, il giudice d'appello «che ripete tutti i poteri decisori da quello di primo grado, e non ha di per sé, in base alla sua costituzione e all'ordinamento giudiziario, una "autorevolezza maggiore" di quello, può vedersi attribuita la legittimazione a ribaltare un esito assolutorio, sulla base di un diverso apprezzamento delle fonti dichiarative direttamente assunte dal primo giudice, solo a patto che nel giudizio di appello si ripercorrano le medesime cadenze di acquisizione in forma orale delle prove elaborate in primo grado»⁹.

Il citato orientamento giurisprudenziale è stato fatto proprio dal legislatore che, come anticipato, attraverso la Legge 23 giugno 2017, n. 103 - c.d. Riforma Orlando - ha novellato l'art. 603 c.p.p. introducendovi il co. 3-*bis*¹⁰, il quale stabilisce che se il p.m. propone appello contro una sentenza di proscio-

⁹ Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, in *Cass. pen.*, 2016, 3203. In dottrina, v. AIUTI, *Poteri d'ufficio della Cassazione e diritto all'equo processo*, in *Cass. pen.*, 2016, 3214 ss.; CAPONE, *Prova in appello: un difficile bilanciamento*, in *Proc. pen. e giust.*, 2016, 6, 41 ss.; CISTERNA, *Le Sezioni unite su principio di oralità ed overturning dell'assoluzione in grado d'appello fondato sulla rivalutazione della prova dichiarativa*, in *questa Rivista*, 2016, 2, 1 ss.; GIUNCHEDI, *Ulisse approda ad Itaca. Le Sezioni unite impongono la rilevanza d'ufficio*, *ivi*, 2016, 2, 2ss.; LORENZETTO, *Reformatio in peius in appello e processo equo (art. 6 CEDU): fisiologia e patologia secondo le sezioni unite*, in *www.penalecontemporaneo.it*; MANI, *Resistenze giurisprudenziali al capolinea: la forza granitica della sentenza di assoluzione e la necessaria riassunzione della prova dichiarativa anche nel giudizio d'appello da rito abbreviato*, in *questa Rivista*, 2017, 2, 1ss.; STATUTI, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale come ago della bilancia nella definizione della natura dell'appello*, in *questa Rivista*, 2018, 2, 527ss.; TESORIERO, *Luci e ombre della rinnovazione dell'istruttoria in appello per il presunto innocente*, in *Giust. pen.*, 2017, 3, 79 ss.; ID., *Riforma della sentenza e riapertura dell'istruttoria in appello*, in *questa Rivista*, 2017, 2, 1ss. Prima della pronuncia in questione, parte della dottrina già riteneva che occorresse rimodellare il giudizio di appello sulla falsariga di quello di primo grado, trasformando la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale da eccezione a regola: CHINNICI, *Verso il "giusto processo" d'appello: se non ora, quando?*, in *questa Rivista*, 2012, 3, 933 ss.; GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello*, in *questa Rivista*, 2012, 2, 354 ss.; SCACCIANOCE, *Riforma in peius della decisione senza rinnovare la prova orale*, in *questa Rivista*, 2013, 3, 1055; STELLIN, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello: nuove conferme, vecchie ambiguità*, in *Cass. pen.*, 2016, 1648s.

¹⁰ L'attuale art. 603 c.p.p. al co. 3-*bis*, infatti, sancisce che: «Nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale».

glimento per ragioni riconducibili alla valutazione della prova dichiarativa il giudice è tenuto a disporre la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale. A differenti conclusioni è giunta invece la giurisprudenza, nonostante l'opinione contraria di autorevole dottrina¹¹, rispetto all'ipotesi di *reformatio in melius* della sentenza di primo grado, ossia, secondo la Suprema Corte non sussiste l'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria nel caso in cui in appello, sulla base di un diverso apprezzamento della prova dichiarativa, si pervenga ad un esito assolutorio a fronte di una decisione di condanna emessa nel precedente grado di giudizio¹². Invero, la Cassazione nella sua più autorevole composizione ha affermato che la disposizione che ha introdotto nel sistema codicistico la regola di giudizio dell'«al di là di ogni ragionevole dubbio» è stata dal legislatore posta in relazione all'ambito di applicazione dell'art. 533 c.p.p., concernente la pronuncia di condanna, mentre dall'art. 530 c.p.p., che riguarda il diverso epilogo assolutorio, «non soltanto non emerge un criterio di giudizio analogo, ma ne affiora, nella sostanza uno opposto. Nel comma 2 di tale articolo, infatti, si prevede che il giudice debba pronunciare assoluzione in tutti i casi in cui un dubbio sussiste e non può essere superato». Dunque, atteso che presunzione di non colpevolezza e ragionevole dubbio

¹¹ V. MACCHIA, *Le novità dell'appello: rinnovazione dell'appello, concordato sui motivi*, in www.penalecontemporaneo.it, secondo il quale è inesplicabile «la ragione per la quale la ritenuta inaffidabilità del teste conduca alla necessaria rinnovazione in appello nel caso di assoluzione, ma non nella inversa ipotesi in cui vi sia stata condanna in primo grado, rispetto alla quale la valutazione di attendibilità potrà essere censurata in sede di gravame da parte dell'imputato esclusivamente *ex actis*». Della stessa opinione anche CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative. A proposito dell'imminente varo del d.d.l. C 4368 (e dei recenti interventi delle Sezioni Unite)*, cit., 168, e SCACCIANOCE, *La Riforma "Orlando" e la semplificazione del sistema delle impugnazioni. Dalla "specificità" dei motivi alla struttura "mutevole" dell'appello*, in *questa Rivista*, 2017, 3, 903, la quale evidenzia come «entrambe le decisioni - proscioglimento e condanna - sottoposte al controllo non possano presumersi immuni da errori, sicché, se il principio di immediatezza vale a ridurre il tasso di errore della decisione controllata, invocandosene la sua necessità nella sola ipotesi di appello del pubblico ministero avverso la sentenza di proscioglimento, sarà quest'ultimo l'unica parte a essere avvantaggiata, "potendosi avvalere dello strumento della rinnovazione per fare emergere l'errore del proscioglimento"». In linea con siffatto orientamento, v. GAITO, LA ROCCA, *Il diritto al controllo nel merito tra immediatezza e ragionevole dubbio*, in *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, a cura di Giunchedi, Pisa, 2018, 423 ss.; SPANGHER, *Riforma in appello (proscioglimento vs. condanna) e principio di immediatezza*, in *Giur. it.*, 2014, 2590.

¹² Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, p.g. in proc. Troise, in *Guida dir.*, 2018, 18, 33. In dottrina, attribuiscono un'ampiezza diversa all'esercizio dei poteri istruttori in appello a seconda che debba essere ribaltata una pronuncia assolutoria o di condanna: FIASCHI, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello per riformare la condanna di primo grado*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 866 ss.; PARLATO, *Ribalamento della sentenza in appello: occorre rinnovare la prova anche per la riforma della sentenza di condanna?*, in *Arch. pen.*, 2015, 1, 327 ss.; PASTA, *I principi generali, la CEDU e le responsabilità dei giuristi. Sulla rinnovazione del dibattimento in appello come condizione per un'assoluzione*, in *questa Rivista*, 2017, 3, 1 ss.; ID., *Il disagio dell'interprete innanzi alle norme CEDU*, *ivi*, 2017, 1, 7 ss.

richiedono soglie probatorie asimmetriche in base alla differente tipologia di decisione conclusiva che si intende adottare (certezza della colpevolezza per la condanna, dubbio processualmente plausibile per l'assoluzione), se il giudice d'appello ritiene di riformare in senso assolutorio una sentenza di condanna a parere della Corte non ha l'obbligo di rinnovare l'istruzione dibattimentale mediante la diretta escussione dei testimoni che hanno reso dichiarazioni reputate decisive ai fini della pronuncia di primo grado, ferma restando la necessità che venga adeguatamente e puntualmente motivata la differente conclusione alla quale è pervenuto l'organo decidente¹³.

Tuttavia, da un'accurata analisi del nesso tra contraddittorio, immediatezza, ragionevole dubbio e presunzione di non colpevolezza emergono interessanti spunti di riflessione: invero, ragionevole dubbio e presunzione di non colpevolezza sono regole decisorie che intervengono soltanto in un momento successivo rispetto a quello dell'apprezzamento delle prove, ossia quando quest'ultimo si è ormai concluso, indicando al giudice come trasformare un insieme di valutazioni in una decisione; contraddittorio ed immediatezza sono invece regole istruttorie che devono essere prese in considerazione prima che venga effettuato il giudizio sulle prove e che caratterizzano il metodo migliore per formare il materiale cognitivo senza pregiudicare le valutazioni¹⁴.

L'acquisizione orale rappresenta la regola attraverso la quale si formano e possono essere rivalutate le prove dichiarative nel processo penale mentre la rilettura cartolare costituisce un'eccezione alla quale - salvo diversi contesti normativi, come nell'ipotesi di incidente probatorio - si dovrebbe ricorrere laddove il tipo di censura all'apprezzamento effettuato dal giudice di primo grado lo consenta, dunque, a prescindere dagli esiti decisorii¹⁵. Del resto, talune critiche possono essere agevolmente esaminate *ex actis*, come l'impiego di massime d'esperienza palesemente screditate mentre valutare la "ragionevolezza" di tal'altre tipologie di critica, come quelle legate al nucleo alogico del

¹³ Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, p.g. in proc. Troise, cit. In senso difforme, v. Id., Sez. II, 20 giugno 2017, p.g. in proc. Marchetta, in *Mass. Uff.*, n. 270750; Id., Sez. II, 24 aprile 2014, p.g. in proc. Pipino ed altro, *ivz* n. 260071, secondo cui «in tema di valutazione della prova testimoniale da parte del giudice d'appello, l'obbligo di rinnovare l'istruzione e di escutere nuovamente i dichiaranti, gravante su detto giudice qualora valuti diversamente la loro attendibilità rispetto a quanto ritenuto in primo grado (obbligo sancito dall'art. 6 CEDU, come interpretato dalla sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 5 luglio 2011, nel caso Dan c. Moldavia), costituisce espressione di un generale principio di immediatezza, e trova pertanto applicazione non solo quando il giudice d'appello intenda riformare "in peius" una sentenza di assoluzione, ma anche nell'ipotesi in cui vi sia stata condanna in primo grado».

¹⁴ UBERTIS, v. *Prova (in generale)*, in *Dig. Pen.*, X, Torino, 1995, 331; v. anche FERRER BELTRÁN, *La valutazione razionale della prova*, Milano, 2012, 35 ss.; TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, Torino, 2016, 282.

¹⁵ AIUTI, *Appello della condanna e rinnovazione istruttoria*, in www.penalecontemporaneo.it.

giudizio circa l'attendibilità compiuto in primo grado, resta «un compito complesso, che di solito non può essere soddisfatto in base ad una semplice rilettura delle dichiarazioni scritte»¹⁶, anche nella prospettiva del proscioglimento.

E se pure si volesse reputare che, per ragioni legate al *favor rei*, l'imputato possa essere prosciolto in base a prove valutate in modo poco affidabile, non potrebbe comunque non evidenziarsi un'argomentazione di non poco momento sul piano giuridico: la scelta tra colpevolezza e innocenza si affronta al termine dell'acquisizione delle prove, non a prescindere da essa.

In linea di principio, pertanto, se il giudice di secondo grado non condivide il giudizio di attendibilità compiuto dal precedente organo giudicante sulle prove dichiarative a carico dovrebbe ricorrere al metodo di assunzione della prova epistemologicamente più affidabile, ossia quello caratterizzato da oralità ed immediatezza, indipendentemente dagli epiloghi decisori.

L'adozione di metodi cognitivi asimmetrici tra appello della condanna ed appello del proscioglimento non consentirebbe infatti di spiegare perché, «se il ragionevole dubbio non è, come non può essere, uno stato psicologico del giudice, ma il risultato di una valutazione (come anche evidenziato dalla Corte costituzionale), che si fonda sul ragionamento critico e non su sensazioni o intuizioni o congetture del giudice, e che impone l'adozione del metodo dell'oralità/immediatezza, tale metodo non debba essere utilizzato in qualsiasi ipotesi di decisioni contrastanti nei due gradi di giudizio; per ritenere diversamente occorrerebbe dimostrare che l'assoluzione in primo grado rappresenti di per sé una decisione di forza superiore rispetto all'esito opposto e che solo essa, per questo esclusivo motivo, meriti un più affidabile standard probatorio in caso di integrale riforma in appello»¹⁷.

La Cassazione è inoltre tornata a pronunciarsi sulla tematica a seguito di remissione alle Sezioni unite della questione inerente alla necessità o meno che il giudice d'appello, a fronte dell'impugnazione proposta dal p.m. avverso una sentenza di proscioglimento emessa all'esito del giudizio abbreviato, assuma l'esame dei soggetti che abbiano reso dichiarazioni considerate decisive ai fini del giudizio assolutorio di primo grado.

Si tratta delle Sezioni unite "Patalano" ove, confermando l'orientamento già espresso sul punto con la "Dasgupta", il giudice della legittimità ha sottolineato come per riformare un'assoluzione non sia sufficiente una differente valutazione di pari plausibilità rispetto a quella effettuata dal primo organo giudi-

¹⁶ Corte EDU, Sez. III, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, cit.

¹⁷ Cass., Sez. II, 20 giugno 2017, p.g. in proc. Marchetta, cit.

cante, dovendo riscontrarsi invece «una forza persuasiva superiore», idonea ad eliminare ogni ragionevole dubbio, sicché anche nell’ambito del rito abbreviato «l’imperativo della motivazione rafforzata è destinato ad operare in tutta la sua ampiezza attraverso l’effettuazione obbligatoria di una istruttoria - quantunque non espletata nel giudizio di primo grado - e con l’assunzione per la prima volta in appello di una prova dichiarativa decisiva. L’esigenza di una giustificazione legale e razionale della decisione non può infatti retrocedere di fronte ad una pretesa esigenza di automatica “simmetria” operativa tra primo e secondo grado di giudizio [...] perché lo scopo del giudizio, sia esso ordinario o abbreviato, è, appunto, il superamento di “ogni ragionevole dubbio”»¹⁸. In buona sostanza, è stato chiarito che a prescindere dalla tipologia di rito - ordinario o “allo stato degli atti” - caratterizzante il primo grado di giudizio, per poter ribaltare in appello una precedente decisione assolutoria occorre necessariamente rinnovare l’assunzione delle prove ritenute decisive ai fini dell’accertamento della responsabilità dell’imputato.

Eppure, la soluzione a cui è giunta la Corte nella sua più autorevole composizione con la “Patalano” non può non destare qualche perplessità: invero, seguendo il *dictum* della Cassazione verrebbe messo in discussione «il “patto” tra Stato ed imputato nel sinallagma economicità-giudizio allo stato degli atti con eventuale premialità in caso di condanna»¹⁹.

L’imputato che opta per il rito abbreviato rinuncia infatti ad una serie di garanzie, prima tra tutte la formazione della prova in contraddittorio, circoscrivendo alle risultanze presenti nel fascicolo prima dell’opzione procedimentale, integrate nell’ipotesi di giudizio abbreviato condizionato, il materiale utilizzabile dal giudice ai fini della decisione, e beneficiando in tal modo nel caso di condanna di una riduzione della pena (più esattamente, di un terzo per i delitti e della metà per le contravvenzioni).

Stando così le cose, l’eventuale sentenza di assoluzione emessa all’esito del primo grado di giudizio celebrato secondo le modalità del rito abbreviato

¹⁸ Cass., Sez. un., 19 gennaio 2017, Patalano, in *Cass. pen.*, 2017, 2670. Successivamente, parte della giurisprudenza ha reputato superato il principio di diritto sancito dalla pronuncia in esame tanto che è stata nuovamente sollevata la questione alle Sezioni unite: Cass., Sez. II, 8 novembre 2017, D.M.V., D.M.S., D.M.E., D.M.G., D.S.A., D.S.G., P.B. e S.D., in *Dir. e Giust.*, 13 dicembre 2017. Il Primo Presidente, tuttavia, ha restituito gli atti alla Sezione rimettente invitandola ad effettuare una nuova valutazione alla luce della giurisprudenza più recente (in particolare, Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, p.g. in proc. Troise, cit., ha puntualizzato che «l’interpolazione operata dal legislatore sul testo normativo dell’art. 603 c.p.p. non contempla eccezioni di sorta, ma consente l’applicabilità della regola posta dal nuovo co. 3-bis ad ogni tipo di giudizio, ivi compresi i procedimenti svoltisi in primo grado con il rito abbreviato»).

¹⁹ GIUNCHEDI, *Procedimenti speciali e sistema delle impugnazioni*, Pisa, 2019, 114. Per ulteriori approfondimenti, v. anche GIUNCHEDI, *Introduzione allo studio dei procedimenti speciali*, Pisa, 2018, 126 ss.

rappresenta l'esito di una scelta processuale efficace effettuata dall'imputato che si è avvalso della possibilità legislativamente prevista di "congelare" il materiale probatorio. Siffatta scelta verrebbe messa in discussione dall'estensione della piattaforma probatoria da parte del secondo organo giudicante, ampliamento che in definitiva andrebbe a stravolgere la natura e la *ratio* del procedimento speciale in questione²⁰.

3. In tale panorama va a collocarsi la sentenza in commento: le Sezioni unite sono infatti state chiamate a pronunciarsi su un preciso interrogativo, ossia, se la perizia e la consulenza tecnica debbano considerarsi prove dichiarative al pari della testimonianza e debbano, di conseguenza, essere nuovamente assunte innanzi al giudice di secondo grado allorché si intenda ribaltare la pronuncia assolutoria emessa nel precedente grado di giudizio.

Per meglio comprendere le ragioni sottese alle due contrapposte correnti di pensiero che si sono formate sul punto, si ritiene necessaria una breve premessa in riferimento alla nozione di "prova scientifica", nell'ambito della quale sono riconducibili la perizia e la consulenza tecnica.

Pur rientrando nella cultura comune il concetto di prova scientifica in senso lato, elaborarne una definizione in "ottica giuridica", con riferimento all'impiego nel processo delle conoscenze derivanti dal progresso scientifico ed agli effetti di tale progresso nel campo del diritto, non appare così agevole.

Si fa generalmente ricorso a questa tipologia di prova laddove l'accertamento dei fatti richieda tecniche e conoscenze che trascendono la soglia del sapere "medio", e quindi del patrimonio conoscitivo del giudice.

Le prove scientifiche sono rintracciabili in presenza di «operazioni probatorie per le quali, nei momenti dell'ammissione, dell'assunzione e della valutazione, si usano strumenti di conoscenza attinti alla scienza e alla tecnica, cioè a dire principi e metodologie scientifiche, metodiche tecnologiche, apparati tecnici il cui uso richiede competenze esperte»²¹.

Peraltro, preme precisare come sia più corretto far riferimento alle "prove scientifiche" piuttosto che alla "prova scientifica", dal momento che ogni scienza «ha i suoi paradigmi, i suoi concetti generali, i suoi criteri di validità:

²⁰ Sulla tematica, v. DELL'ANNO, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello*, in *La riforma delle impugnazioni penali. Semplificazione, deflazione, restaurazione*, a cura di RANALDI, Pisa, in corso di stampa, che afferma che «rispetto all'imputato che vede stravolta la sentenza di assoluzione emessa in dibattimento, quello del rito abbreviato finisce con il correre rischi ben maggiori derivanti proprio dalla scelta di essere giudicato sulla base degli atti».

²¹ DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005, 12.

dunque, nel processo non entra un solo tipo di scienza e un solo tipo di verità scientifica»²².

All'interno della categoria degli strumenti tecnico-scientifici è necessario effettuare una preliminare distinzione tra quelli già oggetto di una consolidata esperienza nell'uso giudiziario e quelli nuovi o controversi e di elevata specializzazione.

I primi hanno acquisito col tempo un altissimo grado di affidabilità che li rende utilizzabili come prova senza alcun tipo di problema; si tratta, ad esempio, del rilevamento di impronte digitali, delle analisi del DNA, o ancora delle metodologie seguite per le autopsie; tuttavia, pur rappresentando strumenti di prova la cui attendibilità è ampiamente riconosciuta dalla giurisprudenza, non si esclude la possibilità che subentrino nuove tecniche che possano rimetterli in discussione, data la continua evoluzione che ha coinvolto l'ambito scientifico soprattutto negli ultimi tempi.

I secondi, invece, sono quelli che comprendono sia gli strumenti tecnico-scientifici nuovi che quelli controversi.

Per ciò che concerne gli strumenti tecnico-scientifici nuovi, il requisito della novità può riguardare due aspetti: o lo strumento è nuovo in quanto frutto di una scoperta scientifica recente e non ancora sottoposta ad un vaglio di affidabilità della comunità scientifica, oppure è nuovo nel campo giudiziario poiché soltanto recentemente ha iniziato ad essere utilizzato in ambito processuale.

Per converso, gli strumenti tecnico-scientifici controversi sono quelli che, pur non essendo di nuova scoperta, sono comunque ancora oggetto di giudizi contrastanti sulla loro attendibilità sia in dottrina che negli orientamenti giurisprudenziali.

Appare opportuno a tal proposito sottolineare come uno strumento tecnico-scientifico per essere considerato non controverso non abbia bisogno di una totale accettazione (anche perché talvolta sarebbe pressoché impossibile da raggiungere) ma debba godere almeno di un sufficiente sperimentato accreditamento.

Le cause della natura controversa di determinati strumenti possono essere di vario genere: ad esempio, è possibile che la comunità scientifica non sia ancora pienamente convinta dell'affidabilità delle metodologie utilizzate, oppure che giurisprudenza e dottrina vedano nelle tecniche prese in considerazione il rischio di una lesione delle garanzie riconosciute all'imputato, o più in genera-

²² CAPRIOLI, *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3523.

le alla persona, sia a livello costituzionale che codicistico.

Ad ogni buon conto, non può negarsi che, soprattutto nelle fattispecie contraddistinte da particolare complessità tecnica in ordine alla ricostruzione probatoria, la prova scientifica rivesta un ruolo di sempre maggiore rilievo nel ragionamento e nella decisione dell'organo giudicante «rivelandosi potenzialmente idonea ad accorciare i tempi e gli spazi dei “percorsi di verità” e a ridurre l'area dell'incertezza e del ragionevole dubbio»²³.

Nello specifico, per quel che in questa sede interessa, le valutazioni effettuate dai c.d. testimoni tecnici costituiscono oggi condizioni sempre più necessarie ai fini dell'accertamento della penale responsabilità dell'imputato²⁴: invero, è indubbio che negli ultimi tempi abbia avuto luogo un tendenziale incremento del peso probatorio delle indagini scientifiche si da permettere, mediante l'impiego di tecniche di volta in volta più sofisticate, di pervenire più agevolmente a quel grado di certezza indispensabile affinché la prova possa ritenersi esistente²⁵.

Per quel che riguarda i criteri attraverso i quali deve essere valutata la prova in questione, il giudice nell'ipotesi di assunzione di una “prova tecnica” deve capire sia se la specifica legge scientifica sia in astratto idonea a spiegare i fatti posti alla base del processo che l'affidabilità della stessa ossia se essa riesca ad acquisire un grado di certezza processuale tale da poter dimostrare la responsabilità dell'imputato «al di là di ogni ragionevole dubbio».

Più esattamente il decidente, al fine di compiere un serio apprezzamento della prova in esame, deve tenere a mente i criteri - peraltro, non esclusivi - elaborati dalla giurisprudenza italiana²⁶ sulla scorta di quanto già sostenuto da

²³ CANZIO, *La motivazione della sentenza e la prova scientifica: “Reasoning by probabilities”*, in *Prova scientifica e processo penale*, a cura di Canzio, Luparia, Padova, 2017, 10 s.

²⁴ POLIDORO, *Istruttoria dibattimentale nel processo di appello e rinnovazione delle dichiarazioni provenienti dalle fonti di prova tecnicamente qualificate: ipotesi e soluzioni*, cit., 2.

²⁵ VALLI, *Le indagini scientifiche nel procedimento penale*, Milano, 2013, 3.

²⁶ Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, Cozzini, in *Guida al dir.*, 2011, 6, 93. Successivamente, v. Id., Sez. IV, 3 novembre 2016, Ust Cisl VCO, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 5, 372 ss., ove si afferma che «poiché il giudice è portatore di una “legittima ignoranza” a riguardo delle conoscenze scientifiche, “si tratta di valutare l'autorità scientifica dell'esperto che trasferisce nel processo la sua conoscenza della scienza; ma anche di comprendere, soprattutto nei casi più problematici, se gli enunciati che vengono proposti trovano comune accettazione nella comunità scientifica. Da questo punto di vista il giudice è effettivamente, nel senso più alto, *peritus peritorum*: custode e garante della scientificità della conoscenza fattuale espressa dal processo”. Il giudice riceve quella che risulta essere accolta dalla comunità scientifica come la legge esplicativa - si dice ne sia consumatore - e non ha autorità per dare patenti di fondatezza a questa piuttosto che a quella teoria. L'acquisizione della legge che funge da criterio inferenziale non è però acritica; anzi è in questo segmento dell'attività giudiziale che si condensa l'essenza di questa. Non essendo esplorabile in autonomia la valenza intrinseca del sapere introdotto dall'esperto, l'attenzione si sposta sugli indici di attendibilità della teoria: “Per valutare l'attendibilità di una teoria occorre esamina-

quella americana²⁷. I citati parametri riguardano sostanzialmente la verificabilità, la falsificabilità, la sottoposizione al controllo della comunità scientifica, la conoscenza del tasso di errore, la generale accettazione nella comunità scientifica, l'affidabilità e l'indipendenza dell'esperto, la considerazione delle finalità per le quali si muove, la possibilità di formulare criteri di scelta tra le contrapposte tesi scientifiche²⁸.

Tuttavia, occorre tener presente che la verifica rispetto alle singole fasi di ammissione ed assunzione della "prova tecnica" da effettuarsi in conformità ai canoni summenzionati viene posta in essere da un soggetto che non è in possesso delle conoscenze specialistiche necessarie²⁹: in siffatto contesto il giudi-

re gli studi che la sorreggono. Le basi fattuali sui quali essi sono condotti. L'ampiezza, la rigorosità, l'oggettività della ricerca. Il grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi. La discussione critica che ha accompagnato l'elaborazione dello studio, focalizzata sia sui fatti che mettono in discussione l'ipotesi sia sulle diverse opinioni che nel corso della discussione si sono formate. L'attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica. Ancora, rileva il grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica. Infine, dal punto di vista del giudice, che risolve casi ed esamina conflitti aspri, è di preminente rilievo l'identità, l'autorità indiscussa, l'indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca, le finalità per le quali si muove". Si è aggiunto che "il primo e più indiscusso strumento per determinare il grado di affidabilità delle informazioni scientifiche che vengono utilizzate nel processo è costituito dall'apprezzamento in ordine alla qualificazione professionale ed all'indipendenza di giudizio dell'esperto". La corretta conduzione di tale verifica rifluisce sulla "logica correttezza delle inferenze che vengono elaborate facendo leva, appunto, sulle generalizzazioni esplicative elaborate dalla scienza". In ciò è anche l'indicazione del contenuto del sindacato del giudice di legittimità, che attraverso la valutazione della correttezza logica e giuridica del ragionamento probatorio ripercorre il vaglio operato dal giudice di merito non per sostituirlo con altro ma per verificare che questi abbia utilizzato i menzionati criteri di razionalità, rendendo adeguata motivazione».

²⁷ V. Court of appeals of District of Columbia, 3 dicembre 1923, n. 293, *Frye v. United States*, in *Federal Report*, 1923, 1013; Supreme Court of the United States, 28 giugno 1993, *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*, in *Minnesota Law Review*, 1994, 1345. Per un approfondimento, v., tra i tanti, DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi di elevata specializzazione*, cit., 115 ss.; NAIMOLI, *Principio di falsificazione tra prova indiziaria e prova scientifica. Riflessioni sul caso Garlasco e M. Kercher*, Pisa, 2017, 79 ss.

²⁸ TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 11, 1341 ss.; v. anche CONTI, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di TONINI, in *Dir. pen. e proc. Dossier*, 2008, 6, 34, la quale puntualizza che «questi criteri devono operare nel momento in cui il giudice, in fase di ammissione, è chiamato a valutare la scientificità di una prova. Negli Stati Uniti il richiamo è riferito precipuamente a tale fase, poiché, in un sistema a verdetto immotivato, proprio l'ammissione della prova è il momento nel quale è possibile controllare il tipo di conoscenza che entra nel processo, evitando pericolose influenze sulla giuria. Peraltro, è ovvio che gli stessi parametri si riproporranno in fase di assunzione della prova e cioè nel corso dell'esame incrociato. Infine, in un sistema come quello italiano, nel quale la sentenza deve essere motivata, i criteri testé ricordati dovranno operare anche e soprattutto in fase di valutazione nel momento in cui, ex post, il giudice deve prendere in esame la ricostruzione che lo scienziato ha introdotto nel processo». Sul punto v. anche BLAIOTTA, CARLIZZI, *Libero convincimento, ragionevole dubbio e prova scientifica*, *ibidem*, 439 ss.

²⁹ Tale circostanza rappresenterebbe il c.d. tallone d'Achille della prova scientifica comportando «una

ce, per un verso, è tenuto a valorizzare il principio del contraddittorio nella formazione della prova e, per altro verso, è chiamato ad agire quale “custode del metodo scientifico”.

Chiarite le modalità di valutazione della “prova tecnica”, resta fermo che ai fini della pronuncia di una sentenza di condanna, il giudice, ai sensi dell’art. 533 c.p.p. (così come novellato dalla L. 20.2.2006, n. 46), dovrà accertare che l’imputato risulti colpevole del reato contestatogli «al di là di ogni ragionevole dubbio». Tale regola di giudizio deve essere posta in relazione con il principio sancito dall’art. 27, co. 2, Cost.: se la colpevolezza può essere riconosciuta soltanto oltre ogni ragionevole dubbio, ne consegue che il processo dev’essere necessariamente strutturato come se l’imputato fosse innocente (o, meglio, non colpevole), altrimenti si rischierebbe che la mera attribuzione di un’ipotesi di reato induca a far ritenere probabile la colpevolezza.

Dal tenore letterale della norma di cui all’art. 533 c.p.p. si ricava che non sia sufficiente un qualsiasi dubbio razionalmente plausibile a far venir meno la colpevolezza dell’imputato: deve trattarsi, infatti, di un dubbio ragionevole, ossia, idoneo a mettere in crisi la ricostruzione del fatto storico così come risultante dall’istruzione dibattimentale. La certezza assoluta è raramente raggiungibile, pertanto, vanno tenuti fuori dalla decisione tutti quei dubbi che nel caso concreto non siano in grado di falsificare l’ipotesi ricostruttiva.

Potrà essere pronunciata una sentenza di condanna quando alla ricostruzione probatoria del fatto si oppongano soltanto eventualità remote, pur astrattamente prospettabili come possibili *in rerum natura*, ma la cui reale evenienza nel caso concreto risulti non plausibile; in caso contrario, si procederà invece all’assoluzione dell’imputato³⁰.

Dunque, la fase valutativa e quella decisoria vanno correlate nel seguente modo:

1) per quanto riguarda giudizi privi di dubbi sull’idoneità e sull’utilizzabilità dello strumento tecnico-scientifico, questi determinano:

tendenza del giudice all’appiattimento sulla ricostruzione del perito, anche in ragione della asserita neutralità di tale esperto»: in questi termini, CONTI, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, cit., 33; POLIDORO, *Istruttoria dibattimentale nel processo di appello e rinnovazione delle dichiarazioni provenienti dalle fonti di prova tecnicamente qualificate: ipotesi e soluzioni*, cit., 6.

³⁰ Esemplarmente, Cass., Sez. I, 21 aprile 2010, Erardi, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 203, con nota di SALIMBENI, *Ragionevole dubbio e motivazione sulla prova indiziaria*. Si veda anche la nota Cass., Sez. un., 10 luglio 2002, Franzese, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1133, secondo cui «l’insufficienza, la contraddittorietà e l’incertezza probatoria, quindi il plausibile e ragionevole dubbio, fondato su specifici elementi che in base all’evidenza disponibile lo avvalorino nel caso concreto [...] non può che comportare la neutralizzazione dell’ipotesi prospettata dall’accusa e l’esito assolutorio stabilito dall’art. 530 comma 2 c.p.p., secondo il canone di garanzia “*in dubio pro reo*”».

a) se positivi, una pronuncia di assoluzione qualora si tratti di prova a discarico, in quanto di per sé tendenzialmente idonea perlomeno ad istillare il ragionevole dubbio; una sentenza di condanna, laddove si tratti di prova a carico e non vi siano elementi in grado di insinuare il ragionevole dubbio circa la non colpevolezza dell'imputato;

b) se negativi su una prova a carico, nel caso in cui anche le altre risultanze probatorie siano dello stesso segno, una sentenza di assoluzione quantomeno *ex art. 530, co. 2, c.p.p.*;

2) nell'ipotesi in cui la valutazione sull'idoneità sia invece inficiata da dubbi, salvo che vi siano altri dati probatori di un certo rilievo dall'esito diverso, il giudice è tenuto ad assolvere quantomeno *ex art. 530, co. 2, c.p.p.*, vale a dire, per insufficienza o contraddittorietà della prova, sia che tratti di prova a carico che di prova a discarico.

4. Poste tali premesse e tornando alla questione in merito alla quale sono state chiamate a pronunciarsi le Sezioni unite in esame, preme sottolineare come secondo un primo orientamento interpretativo, dal momento che la perizia viene considerata dalla giurisprudenza "prova neutra"³¹, pertanto sottratta al potere dispositivo delle parti ed affidata esclusivamente alla discrezionalità del giudice, l'obbligatorietà della riassunzione in appello della medesima sia esclusa, non potendo essere ritenuta prova decisiva per la riforma della sentenza di primo grado.

I fautori di siffatta tesi sostengono altresì che la prova scientifica non possa essere equiparata a quella dichiarativa in quanto, seppur il perito ed i consulenti tecnici sentiti in dibattimento assumano la veste di testimoni³², la loro

³¹ Cass., Sez. un., 23 marzo 2017, A.C., in *Cass. pen.*, 2018, 500; Id., Sez. II, 3 novembre 2016, Russo, in *Mass. Uff.*, n. 268815; Id., Sez. IV, 17 gennaio 2013, Sciarra, *ivi*, n. 225152; Id., Sez. VI, 3 ottobre 2010, Ritorto, *ivi*, n. 253707. In dottrina, v. MONTAGNA, *La perizia come prova neutra*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, 3, 95. In senso difforme però v. DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi di elevata specializzazione*, cit., 340ss., il quale è dell'idea che «la pretesa natura "neutra" della perizia, affermata in giurisprudenza come premessa per negarla quale possibile oggetto del diritto alla prova, e metterla al riparo dall'operatività dell'art. 606 lett. d) c.p.p., è il portato di una duplice idea ormai superata: l'una epistemologica, per cui la scienza sarebbe neutra in quanto oggettiva e avalutativa; l'altra giuridico-processuale, per cui persisterebbe nel vigente processo di parti una concezione propria del processo misto enucleato dal codice del 1930, nel quale il giudice [...] benché attivo nella formazione della prova era qualificato "imparziale" in quanto autoritativamente avulso dalle dinamiche dialettiche delle parti (private) e investiva il "perito-ausiliario" dell'attitudine a una ricerca da ricevere, per tale sua origine, come fonte imparziale (e perciò pretenziosamente neutra) delle conoscenze ricostruttive del fatto».

³² Cass., Sez. III, 17 ottobre 2008, Scarlassare, in *Mass. Uff.*, 239281; Id., Sez. I, 16 maggio 2002, Comandè, *ivi*, 221737.

relazione forma parte integrante della deposizione³³ e gli stessi sono chiamati a formulare un parere tecnico e ad esprimere valutazioni alla luce dei principi scientifici.

Più esattamente, l'indirizzo in esame reputa che nel caso di "prova tecnica" non si tratti di verificare l'affidabilità del dichiarante e la credibilità del racconto sotto il profilo della congruenza, linearità ed assenza di elementi perturbatori dell'attendibilità, ma di giudicare la deposizione «alla luce dell'indirizzo ermeneutico in tema di valutazione della prova scientifica, secondo cui, in virtù dei principi del libero convincimento del giudice e di insussistenza di una prova legale o di una graduazione delle prove, il giudice ha la possibilità di scegliere, fra le varie tesi scientifiche prospettate da differenti periti di ufficio e consulenti di parte, quella che ritiene condivisibile, purché dia conto, con motivazione accurata ed approfondita delle ragioni del suo dissenso o della scelta operata e dimostri di essersi soffermato sulle tesi che ha ritenuto di disattendere, confutando in modo specifico le deduzioni contrarie delle parti, sicché una simile valutazione, ove sia stata effettuata in maniera congrua in sede di merito, non è sindacabile dal giudice di legittimità»³⁴.

In buona sostanza, rispetto alla deposizione del perito e del consulente tecnico quel che deve essere accertato è la tenuta logica delle valutazioni scientifiche proposte e la lettura critica di queste ultime può essere effettuata anche su base cartolare dato che il perito, nella misura in cui riferisce contenuti tecnici, non è sottoposto ad alcun vaglio di attendibilità mentre le sue valutazioni sono assoggettate all'esame critico tipico della prova scientifica. Del resto «il testimone-tecnico è sottoposto all'obbligo di verità (ed alla conseguente verifica di attendibilità tipica delle prove dichiarative) solo laddove importi nel processo dati acquisiti in via percettiva che, come tali, devono essere valutati come contenuti "testimoniali" e sottoposti all'ordinario statuto processuale della prova dichiarativa, dunque anche alle regole che governano la rinnovazione»³⁵.

La posizione dei periti e dei consulenti tecnici non sarebbe, quindi, totalmente assimilabile alla nozione di "prova dichiarativa", espressa nella "Dasgup-

³³ Cass., Sez. V, 14 settembre 2016, Abruzzo, in *Mass. Uff.*, n. 269529, in cui si afferma che «la *reformatio in pejus* della sentenza assolutoria di primo grado, in assenza di una rinnovazione dell'istruttoria con la nuova escussione dei consulenti o l'effettuazione di una perizia medico legale, non viola l'art. 6 CEDU, data la peculiarità della prova testimoniale rappresentata dalle deposizioni di periti e consulenti».

³⁴ Cass., Sez. III, 18 ottobre 2017, Colleoni, in *Mass. Uff.*, n. 271812. Sul punto, v. anche la celebre Cass., Sez. un., 12 luglio 2007, Mannino, in *Mass. Uff.*, 231679.

³⁵ RECCHIONE, *Diritto al controllo e canoni per la riforma della sentenza di assoluzione*, in GAFFO, *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016, 568s.

ta”³⁶, tanto è vero che nella motivazione delle Sezioni unite, laddove si elencano i casi in cui è necessaria la rinnovazione della “prova dichiarativa”, gli stessi non vengono menzionati.

Dalle suesposte considerazioni deriverebbe, dunque, la conclusione che non sussiste l’obbligo per il giudice d’appello di procedere alla rinnovazione dibattimentale delle dichiarazioni rese dal perito o dal consulente tecnico in caso di *overturning* accusatorio.

La corrente di pensiero contrapposta, invece, è dell’opinione che la funzione svolta dall’esperto nel processo e l’acquisizione dei risultati a cui perviene nell’espletamento dell’incarico impongano che la rivalutazione della prova sia preceduta dal riascolto dello stesso. Invero, sostenere di poter effettuare un nuovo apprezzamento delle prove rappresentate da consulenze e perizie prescindendo dalla diretta escussione degli autori delle medesime integra un palese errore sulla natura della prova esaminata, errore che a sua volta determina un errore metodologico: sull’apprezzamento della prova in questione in assenza della rinnovazione istruttoria³⁷.

Peraltro, i sostenitori di tale secondo indirizzo sottolineano come qualora si ritenesse che la rinnovazione dell’istruttoria in appello debba essere circoscritta ai soli testimoni, si assimilerebbe il trattamento dei periti e dei consulenti tecnici a quello previsto per le prove documentali³⁸.

Tuttavia, la pretesa oggettività delle verifiche, delle considerazioni e dei giudizi dell’esperto che renderebbe non rilevante, rispetto al libero convincimento dell’organo giudicante, il contraddittorio per la prova tecnica, al pari di ciò che accade per i documenti, non può essere condiviso «poiché qualsiasi attività tecnico-scientifica comporta sempre una lettura interpretativa dei dati e, necessariamente, una valutazione soggettiva degli stessi»³⁹. Al contrario, il sistema del processo di parti, ove il giudice riveste una posizione di terzietà ed imparzialità ossia di indifferenza rispetto alle tesi d’accusa e di difesa, «non trasmette però al perito una medesima connotazione di neutralità (o terzietà), posto che questi, ristrutturato come fonte materiale del mezzo di prova scientifico-tecnico, è adibito all’attività di assunzione probatoria secondo il metodo

³⁶ Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, cit.

³⁷ Cass., Sez. II, 1 luglio 2015, Sagone, in *Mass. Uff.*, n. 264542. Successivamente, v. Id., Sez. IV, 6 dicembre 2016, Maggi, *ivi*, n. 269035; Id., Sez. IV, 21 febbraio 2018, Lumaca, *ivi*, n. 273907.

³⁸ POLIDORO, *Istruttoria dibattimentale nel processo di appello e rinnovazione delle dichiarazioni provenienti dalle fonti di prova tecnicamente qualificate: ipotesi e soluzioni*, cit., 34.

³⁹ MONTAGNA, *La perizia come prova neutra*, cit., 95 ss.; in senso conforme v. anche: DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit., 340 ss.

dialettico»⁴⁰.

La mera lettura cartolare dei risultati dell'attività tecnico-scientifica non consentirebbe al giudice di esercitare al meglio il proprio ruolo di "custode del metodo scientifico", posto che egli deve «sulla base di quanto emerso dal contraddittorio tecnico e dall'esame incrociato dell'esperto, verificare la validità teorica del principio, del metodo, della regola, dello strumento tecnico utilizzati, nonché l'adeguatezza logica, la correttezza formale, la completezza della prova e la sua comprensione»⁴¹.

Se colui che è chiamato a decidere - pur non essendo un esperto - deve essere in grado di giudicare la solidità e l'utilizzabilità nel caso concreto dei metodi scientifici impiegati e, quindi, in presenza di quali presupposti un'informazione possa considerarsi valida dal punto di vista scientifico, allora il metodo critico esercitato nel contraddittorio delle parti è quello più idoneo a risolvere i problemi di ammissione, assunzione e valutazione della prova scientifica⁴², altrimenti si rischierebbe da un lato che il giudice si rimetta completamente al parere tecnico, rinunciando, sotto questo profilo, alla propria funzione giurisdizionale; da altro lato, che il giudicante si arroghi il diritto all'ultima parola, effettuando una propria valutazione senza essere in possesso delle adeguate conoscenze rispetto alla materia da esaminare e, dunque, in ultima analisi, avvalendosi delle proprie "intuizioni"⁴³.

In virtù delle suddette osservazioni l'audizione del "testimone tecnico" dovrebbe dunque considerarsi equiparabile alla prova dichiarativa sicché la pronuncia di secondo grado che riformasse *in peius* la sentenza emessa dal precedente organo giudicante sulla base di una diversa valutazione degli esiti decisivi della prova scientifica e che non fosse stata preceduta dalla rinnovazione dell'esame dell'esperto dovrebbe reputarsi affetta da *vulnus* motivazionale⁴⁴, rappresentando altresì una chiara violazione dell'art. 6 Cedu così come interpretato alla luce del principio affermato dalla Corte EDU con la "Sentenza

⁴⁰ DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit., 340 ss.

⁴¹ VARRASO, *La prova tecnica*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di SCALFATI, Vol. II, T. I, Torino, 2009, 284. In senso conforme v. anche TONINI, *La prova scientifica, ibidem*, 104.

⁴² «Questo metodo, utilizzato in tutte queste fasi, costituisce espressione di una concezione "forte" del contraddittorio, quale quella introdotta dal nuovo codice di rito e successivamente inserita nella Costituzione - in particolare con l'introduzione del principio della formazione della prova nel contraddittorio delle parti - che non risponde soltanto ad esigenze di garantire la parità delle parti ma costituisce il miglior metodo epistemologico per la ricerca della "verità" processuale, tanto più quando vengano utilizzati nel processo strumenti probatori "controversi": BRUSCO, *La valutazione della prova scientifica*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di TONINI, in *Dir. pen. e proc. Dossier*, 2008, 6, 28.

⁴³ TONINI, *La prova scientifica*, cit., 104.

⁴⁴ Cass., Sez. IV, 28 febbraio 2018, D'Angelo, in *Mass. Uff.*, n. 273908.

Dan c. Moldavia”⁴⁵.

5. Quello appena delineato è il panorama nell’ambito del quale si colloca la pronuncia delle Sezioni unite in commento, che sono state chiamate ad esprimersi sulla seguente questione di diritto: «*Se la dichiarazione resa dal perito o dal consulente tecnico costituisca o meno prova dichiarativa assimilabile a quella del testimone, rispetto alla quale, se decisiva, il giudice di appello avrebbe la necessità di procedere alla rinnovazione dibattimentale, nel caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un diverso apprezzamento di essa*».

La Suprema Corte ha innanzitutto condivisibilmente affermato che sebbene l’art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p., non fosse ancora in vigore all’epoca del fatto per il quale si è svolto il processo, la nuova regola non può non rappresentare il punto di riferimento per la soluzione dei casi controversi - come quello in questione - tanto più se si prende in considerazione il fatto che l’innovazione legislativa che ha interessato la suddetta norma era stata “anticipata”, a livello interpretativo, dalla Sezioni unite “Dasgupta”⁴⁶ e dalla Sezioni unite “Patalano”⁴⁷.

La citata disposizione ha introdotto una nuova ipotesi di ammissione d’ufficio delle prove ma l’ha disciplinata circoscrivendo l’obbligo di rinnovazione dell’istruttoria alle seguenti condizioni:

- a) che il soggetto impugnante sia il p.m.;
- b) che oggetto dell’impugnazione sia una sentenza di condanna che il giudice di appello riformi *in peius*;
- c) che i motivi di appello riguardino la valutazione della prova dichiarativa: dal che si desume la regola implicita secondo la quale il giudice di appello ha l’obbligo di rinnovare l’istruttoria soltanto laddove intenda ribaltare una sentenza assolutoria emessa in primo grado sulla base di un diverso apprezzamento - rispetto a quello effettuato dal precedente organo giudicante - della prova dichiarativa che abbia carattere di decisività.

L’espressione «prova dichiarativa» di cui al co. 3-*bis* dell’art. 603 c.p.p. è stata inserita per la prima volta nel codice di procedura penale dall’art. 1, co. 58, della L. 23.6.2017, n. 107, che tuttavia non chiarisce l’effettiva portata ed i confini di tale nozione. Da qui gli interrogativi circa la riconducibilità o meno della perizia e della consulenza tecnica nell’ambito di siffatto concetto.

⁴⁵ Corte EDU, Sez. III, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, cit.

⁴⁶ Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, cit.

⁴⁷ Cass., Sez. un., 19 gennaio 2017, Patalano, cit.

Nello specifico, per ciò che concerne la perizia l'art. 220 c.p.p. prevede che essa possa avere ad oggetto alternativamente: indagini; acquisizioni di dati; valutazioni.

Il presupposto che deve potersi riscontrare affinché il giudice possa ordinare una perizia è che le summenzionate operazioni richiedano «specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche».

In ordine alle modalità attraverso le quali il perito deve rispondere al quesito - previo l'impegno, ex art. 226, co. 1, c.p.p., che deve prestare al momento del conferimento dell'incarico - l'art. 227 c.p.p. individua due possibilità: la risposta orale immediata di cui al primo comma ovvero la risposta a mezzo di una relazione scritta - da depositarsi entro il termine stabilito dal giudice - nel caso di «accertamenti di particolare complessità» (commi quarto e quinto). In quest'ultima ipotesi deve essere chiarito che il contraddittorio non viene meno bensì risulta semplicemente differito in quanto, ai sensi del combinato disposto degli artt. 501-511 c.p.p., la relazione è letta ed acquisita agli atti solo dopo che il perito sia stato esaminato nel contraddittorio delle parti⁴⁸.

Secondo le Sezioni unite, alle quali si ritiene di aderire, poiché per l'espletamento del suddetto esame del perito ai sensi dell'art. 501 c.p.p. «si osservano le disposizioni sull'esame dei testimoni in quanto applicabili», può ritenersi che la disciplina codicistica abbia assimilato - nel suo nucleo essenziale - il perito al testimone come si può desumere dalle seguenti considerazioni:

- dalla *sedes materiae*, ossia dalla circostanza che sia la testimonianza che la perizia sono reputate “mezzi di prova”;
- dall'impegno che sia il perito (ex art. 226 c.p.p.) che il testimone (ex art. 497 c.p.p.) devono assumere, ove l'unica differenza concretamente riscontrabile riguarda l'oggetto su cui deve vertere il narrato;
- dalle conseguenze penali in caso di falsa testimonianza (ex art. 372 c.p.) o di falsa perizia o interpretazione (ex art. 373 c.p.);
- dalle modalità dell'esame, per le quali l'art. 501 c.p.p. rinvia alle «disposizioni sull'esame dei testimoni in quanto applicabili», dunque, *cross examination* di cui all'art. 498 c.p.p., dal momento che l'art. 468, co. 1, c.p.p., prevede che le parti che intendano chiedere l'esame dei periti devono inserirli nelle proprie liste testi; possibilità di un confronto, ex art. 211 c.p.p., tra perito e consulenti di parte⁴⁹; contestazioni ai sensi dell'art. 500 c.p.p. qualora siano finalizzate ad evidenziare contraddizioni o lacune espositive di natura fattuale

⁴⁸ Cass., Sez. IV, 3 ottobre 2006, De Rossi, in *Mass. Uff.*, n. 235374.

⁴⁹ Cass., Sez. I, 24 maggio 2006, Di Liberti, in *Mass. Uff.*, n. 235253.

e valutative sia rispetto a quanto affermato durante l'esame che rispetto a quanto scritto nella relazione depositata⁵⁰.

Visto il ruolo centrale che il più delle volte riveste ai fini della decisione, il legislatore ha delineato lo svolgimento della perizia in modo che venga assicurata la garanzia del contraddittorio sia nella fase dello svolgimento dell'incarico peritale - stabilendo a favore delle parti la possibilità di nominare propri consulenti *ex art. 225 c.p.p.* - che in quella dell'illustrazione dei risultati delle indagini laddove il perito sia sottoposto all'esame ai sensi dell'art. 501 c.p.p.

La garanzia del contraddittorio, dunque, così come per l'esame del teste, costituisce l'elemento che caratterizza, dal punto di vista processuale, l'istituto della perizia e che priva di fondamenta l'affermazione in base alla quale il perito - poiché esprime valutazioni "neutre" - non potrebbe essere equiparato al testimone.

Peraltro, per mettere in crisi la presunta "neutralità" della perizia basti pensare a tutte le ipotesi in cui all'esperto sia conferito l'incarico di svolgere indagini o acquisire dati ossia quando egli deve effettuare un'attività avente natura percettiva sulla quale, poi, ben può essere esaminato nel corso del dibattimento⁵¹.

Ma anche qualora fosse richiesto al perito di compiere soltanto delle valutazioni sarebbe tutt'altro che agevole tracciare una rigida linea di demarcazione tra il momento valutativo e quello rappresentativo (tipico della prova dichiarativa testimoniale) proprio perché il giudizio si basa pur sempre su fatti che spesso l'esperto ha percepito nell'ambito dell'incarico affidatogli.

Invero, secondo la Suprema Corte nella sua più autorevole composizione un conto è asserire la terzietà del perito, altra cosa sono le conclusioni alle quali egli perviene.

Le disposizioni che presidiano, da una parte, la terzietà di tale soggetto e, dall'altra, l'obbligo di rispettare l'impegno assunto, si pongono infatti su un piano diverso rispetto a quello dell'attendibilità o opinabilità della tesi che l'esperto, in perfetta buona fede, ritenga di dovere sostenere e che può essere non solo contestata dalle parti nel corso dell'esame ma anche disattesa dal

⁵⁰ Si può, quindi, affermare che il perito in ambito processuale può rivestire ruoli polivalenti potendo essere chiamato a svolgere sia accertamenti (indagini; acquisizione di dati probatori: c.d. attività percipiente) che apprezzamenti (c.d. attività deducente): in virtù di tale sua peculiarità viene denominato - in linea con la tradizione dei paesi di common law - anche "testimone esperto" (*expert witness*), perché, al pari del testimone ha l'obbligo di riferire sui fatti sui quali viene esaminato, ma "esperto" poiché nel rispondere si avvale delle sue competenze specialistiche.

⁵¹ Cass., Sez. IV, 27 aprile 2018, Anello ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 273872.

giudice con adeguata motivazione all'esito del giudizio. Rispetto a questo differente profilo il riferimento non può che essere alla "Sentenza Franzese"⁵², alla "Sentenza Cozzini"⁵³ ed alla "Sentenza Cantore"⁵⁴, che hanno rappresentato una significativa svolta in relazione all'approccio rispetto alla problematica della valutazione della prova scientifica essendo stato introdotto nelle aule giudiziarie il principio della falsificabilità della prova in virtù del quale una tesi scientifica non può mai essere provata in modo certo ma può essere solo falsificata.

Se è vero, quindi, che nessun metodo scientifico - per la sua intrinseca fallibilità - sia idoneo a dimostrare la verità di una legge scientifica, ne consegue che anche la perizia non può essere considerata portatrice di una verità assoluta (dunque, "neutra") tanto più in quei casi in cui il perito - legittimamente - sia fautore di una tesi scientifica piuttosto che di un'altra.

Appare evidente pertanto il ruolo decisivo che, nell'ambito della dialettica processuale, assume il contraddittorio orale per mezzo del quale si verifica nel dibattito l'attendibilità del perito, l'affidabilità del metodo scientifico utilizzato e la sua corretta applicazione alla concreta fattispecie processuale, operazioni che permettono anche di discernere le irrilevanti o false opinioni dell'esperto (c.d. *junk science*) dai pareri motivati sulla base di leggi e metodiche scientificamente sperimentate ed accreditate dalla comunità scientifica⁵⁵.

Preme sottolineare come le conclusioni alle quali è giunta la Cassazione siano le medesime alle quali è pervenuta anche la giurisprudenza europea. Infatti, la Corte EDU ha costantemente asserito che al perito - pur rivestendo un ruolo diverso da quello del testimone, dovendo qualificarsi come "testimone esperto" - si applicano le regole del giusto processo laddove egli, al pari dei "testimoni comuni", abbia un peso significativo nella decisione assunta dal giudice⁵⁶.

Secondo l'interpretazione che la Corte EDU ha fornito dell'art. 6, §3, lett. d), Cedu, le garanzie previste per i testimoni vanno dunque estese e si applicano anche agli esperti. Si tratterebbe, tra gli altri: del diritto di partecipare alla formazione della prova in tutte le sue fasi ed all'audizione di persone che possono essere chiamate dalla parte che vi abbia interesse a sostenere la pro-

⁵² Cass., Sez. un., 10 luglio 2002, Franzese, cit.

⁵³ Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, Cozzini, cit.

⁵⁴ Cass., Sez. IV, 29 gennaio 2013, in *Mass. Uff.*, n. 255105.

⁵⁵ Cass., Sez. I, 10 giugno 2013, Capogrosso, in *Mass. Uff.*, n. 257895; Id., Sez. V, 9 febbraio 1999, Andronico, *ivi*, nn. 213363 - 213366.

⁵⁶ Corte EDU, 12 maggio 2016, Poletan e Azirovik c. Macedonia.

pria tesi⁵⁷; del diritto di nominare un “contro-esperto”⁵⁸; della possibilità di partecipare alla *cross examination* delle persone sentite dal perito nonché del diritto di prendere cognizione tempestivamente dei documenti utilizzati dallo stesso al fine di poterli valutare⁵⁹; del diritto di esaminare direttamente i periti⁶⁰.

In definitiva, la Suprema Corte afferma che la prova dichiarativa di cui all’art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p., deve avere le seguenti caratteristiche:

- a) deve trattarsi di prova che può avere ad oggetto sia dichiarazioni percettive che valutative;
- b) dev’essere espletata a mezzo del linguaggio orale (testimonianza; esame delle parti; confronti; ricognizioni), perché questo è l’unico mezzo che garantisce ed attua i principi di oralità ed immediatezza;
- c) dev’essere decisiva⁶¹ essendo stata posta dal giudice di prime cure a fondamento della pronuncia assolutoria;
- d) deve essere diversamente valutata dal giudice di appello.

Secondo le Sezioni unite per prova dichiarativa deve pertanto intendersi «quell’atto comunicativo con il quale un emittente trasmette, attraverso il linguaggio verbale, fatti percettivi o valutazioni di cui sia a conoscenza e che siano rilevanti ai fini della decisione. Di conseguenza, ove risulti decisiva, il giudice di appello - nel caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un diverso apprezzamento della medesima - ha l’obbligo di procedere alla rinnovazione dibattimentale tramite l’esame del suddetto emittente».

Dalla nozione di prova dichiarativa così come poc’anzi delineata discende che la regola dell’art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p., debba essere applicata non soltanto

⁵⁷ Corte EDU, 26 marzo 2006, Doorson c. Paesi Bassi.

⁵⁸ Corte EDU, 6 maggio 1985, Bónisch c. Austria.

⁵⁹ Corte EDU, 18 marzo 1997, Mantovanelli c. Francia.

⁶⁰ Corte EDU, 27 marzo 2014, Matytsina c. Russia.

⁶¹ Relativamente al concetto di decisività, v. Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, cit., secondo le quali «[...] ai fini della valutazione del giudice di appello investito di una impugnazione del pubblico ministero avverso una sentenza di assoluzione, devono ritenersi prove dichiarative decisive” quelle che, sulla base della sentenza di primo grado, hanno determinato o anche soltanto contribuito a determinare un esito liberatorio, e che, pur in presenza di altre fonti probatorie di diversa natura, se espunte dal complesso del materiale probatorio, si rivelano potenzialmente idonee a incidere sull’esito del giudizio di appello, nell’alternativa “proscioglimento-condanna”. Appaiono parimenti “decisive” quelle prove dichiarative che, ritenute di scarso o nullo valore probatorio dal primo giudice, siano, nella prospettiva dell’appellante, rilevanti, da sole o insieme ad altri elementi di prova, ai fini dell’esito di condanna. Non potrebbe invece ritenersi “decisivo” un apporto dichiarativo il cui valore probatorio, che in sé considerato non possa formare oggetto di diversificate valutazioni tra primo e secondo grado, si combini con fonti di prova di diversa natura non adeguatamente valorizzate o erroneamente considerate o addirittura pretermesse dal primo giudice, ricevendo soltanto da queste, nella valutazione del giudice di appello, un significato risolutivo ai fini dell’affermazione della responsabilità [...]».

alla testimonianza ma anche all'esame del perito: invero, entrambe sono prove espletate a mezzo del linguaggio verbale, entrambe si possono prestare ad essere diversamente apprezzate nei due gradi del giudizio di merito ed entrambe possono essere decisive ai fini dell'assoluzione ovvero della condanna dell'imputato.

Del resto, non potrebbe giungersi ad una differente conclusione se l'obiettivo è realmente quello di pervenire ad una sentenza che sia conforme ai principi del "giusto processo", processo ove la formazione della prova deve avvenire nel contraddittorio anche in appello, quantomeno allorché sussistano le condizioni per riformare *in peius* una precedente pronuncia assolutoria⁶².

6. Per quanto riguarda la figura del consulente tecnico di parte si ravvisa un consolidato indirizzo giurisprudenziale a favore del principio di diritto secondo il quale tale consulente va assimilato al testimone. È stato infatti più volte ribadito che il giudice può legittimamente desumere elementi di prova dall'esame del consulente tecnico di cui le parti abbiano chiesto ed ottenuto l'ammissione «stante l'assimilazione della sua posizione a quella del testimone, senza necessità di dover disporre apposita perizia se, con adeguata e logica motivazione, dimostri che essa non è indispensabile per essere gli elementi forniti dall'ausiliario privi di incertezze, scientificamente corretti e basati su argomentazioni logiche e convincenti»⁶³.

Anche la Corte costituzionale condivide siffatta interpretazione tanto che ha asserito che è «da ritenere perfettamente compenetrato nello spirito del nuovo processo l'orientamento della Cassazione secondo cui il giudice, senza necessità di disporre perizia, può legittimamente desumere elementi di prova dall'esame dei consulenti tecnici dei quali le parti si siano avvalse»⁶⁴.

La consulenza può essere "endoperitale", laddove il consulente tecnico sia stato nominato nell'ambito della perizia allo scopo di garantire il contraddittorio (ex art. 230 c.p.p.), ovvero può essere "extraperitale", qualora non vi sia stata la nomina di un perito (ex art. 233 c.p.p.), ed al pari di quest'ultimo il

⁶² Sul punto, v. CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Torino, 2009, 2, 249 ss.; PAZIENZA, *Prova scientifica e sistema delle impugnazioni*, in *Prova scientifica e processo penale*, a cura di CANZIO, LUPARIA, Padova, 2018, 529 ss.

Per ragioni di completezza, si puntualizza che le Sezioni unite in commento hanno tuttavia specificato che laddove «nel giudizio di primo grado, della relazione peritale sia stata data la sola lettura senza esame del perito, il giudice d'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'istruzione dibattimentale attraverso l'esame del perito».

⁶³ Per tutte, si veda Cass., Sez. IV, 26 aprile 2018, Olteanu, in *Mass. Uff.*, n. 273406.

⁶⁴ Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 33, in *Giur. cost.*, 1999, 2, 1309 ss.

consulente tecnico può espletare il mandato conferitogli dalla parte in due modalità: oralmente o per iscritto.

Secondo le Sezioni unite in esame anche per il consulente tecnico può dunque ripetersi quanto affermato in rapporto al perito: ove tale esperto sia esaminato ai sensi dell'art. 501 c.p.p. e la sua dichiarazione sia posta dal giudice di primo grado a fondamento della sentenza assolutoria, la suddetta dichiarazione va ritenuta, agli effetti di cui all'art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p., "prova dichiarativa" con la conseguenza che laddove il giudice di appello intenda rivalutare in senso peggiorativo per l'imputato quelle dichiarazioni lo stesso ha l'obbligo giuridico di rinnovare l'istruttoria dibattimentale.

Tale conclusione non può essere contraddetta dal differente ruolo svolto dal perito (nominato dal giudice e, quindi, "terzo") e dal consulente (nominato dalla parte e portato, fisiologicamente, a parteggiare per essa), in altri termini, dalla maggiore "oggettività" della perizia rispetto alla consulenza, dal momento che il punto non è questo bensì l'effetto che ha avuto la consulenza nella decisione del giudice di prime cure. Di conseguenza, ove la sentenza assolutoria di primo grado venga appellata, si ripropone la medesima situazione già delineata in riferimento alla perizia.

7. A questo punto resta da chiarire un'ultima questione rispetto alla tematica approfondita.

Data per assodata la ricorribilità per cassazione del provvedimento di condanna adottato dal giudice di appello che abbia ribaltato una precedente pronuncia assolutoria in assenza di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in riferimento alla perizia e/o alla consulenza tecnica ritenute decisive ai fini della decisione, appare tuttavia opportuno distinguere tra sentenze emesse sotto il regime della previgente normativa (come per la vicenda sottesa) e sentenze alle quali si applica - *ratione temporis* - il novellato art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p.

Le Sezioni unite in commento hanno ragionevolmente sostenuto che in merito alle pronunce emesse sotto il vigore della previgente normativa, come nel caso di specie, deve farsi riferimento a quanto affermato dalla "Dasgupta"⁶⁵ ossia che «l'evenienza del mancato rispetto da parte del giudice di appello del dovere di procedere alla rinnovazione delle fonti dichiarative in vista di una *reformatio in peius* va inquadrata non nell'ambito di una violazione di legge ma in quello di un vizio di motivazione».

Diversamente, laddove la decisione impugnata sia stata assunta successivamente all'entrata in vigore della c.d. Riforma Orlando, dunque, del nuovo art.

⁶⁵ Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, cit.

603, co. 3-*bis*, c.p.p., essendo la legge stessa ad imporre l'obbligo per il giudice di secondo grado di rinnovare l'istruttoria dibattimentale, obbligo che, se non rispettato, comporta una violazione sostanziale del diritto al contraddittorio e, quindi, del diritto di difesa, sanzionata dalla nullità di cui al combinato disposto degli artt. 178, lett. c), e 180 c.p.p., il vizio riscontrabile in tale circostanza è quello previsto dall'art. 606, co. 1, lett. c), c.p.p.

Di conseguenza, in quest'ultima ipotesi, il ricorrente deve impugnare la sentenza per inosservanza di una norma processuale stabilita a pena di nullità.

ALESSIA MUSCELLA