

DONATO POLIDORO

Istruttoria dibattimentale nel processo di appello e rinnovazione delle dichiarazioni provenienti dalle fonti di prova tecnicamente qualificate: ipotesi e soluzioni

L'introduzione dell'art. 603, co. 3-bis, c.p.p. -in tema di rinnovazione dell'istruttoria in appello- impone una riflessione circa la possibilità di estendere l'ambito di applicazione della nuova disposizione anche alle dichiarazioni provenienti dai "testimoni tecnici". In particolare, una valutazione in tal senso è necessaria per verificare la tenuta del giudizio di appello penale rispetto ai canoni del giusto processo.

The introduction of the art. 603, co. 3-bis, c.p.p. -concerning the renewal of the inquiry in appeal- impose a reflection around the possibility to extend the circle of application of the new disposition also to the declarations coming from the "expert witnesses". Particularly, an evaluation in such sense is necessary to verify the estate of the judgment of appeal penalty in comparison to the canons of the fair trial.

SOMMARIO: 1. Regole d'ingaggio. - 2. La prova scientifica ed il processo penale: cenni. - 3. Minimalia sul processo penale di appello: criticità emergenti ed "imposizioni" europee. - 4. (Segue): la c.d. Riforma Orlando, la rinnovazione istruttoria obbligatoria ed i "pali di confine" giurisprudenziali. - 5. Appello e rinnovata assunzione delle dichiarazioni dei periti e dei consulenti tecnici: quali confini tra discrezionalità ed obbligatorietà?

1. Regole di ingaggio

Un'adeguata riflessione in ordine al rapporto intercorrente tra la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel processo di appello e gli accertamenti peritali deve necessariamente muovere dalla considerazione -seppur per chiavi di lettura minime- delle peculiarità dell'assunzione della prova scientifica nel processo penale, nonché su quale sia la fisiologia del processo di secondo grado nel giudizio penale.

Infatti, se l'obiettivo del presente contributo è individuare gli spazi che la legislazione vigente eventualmente concede all'assunzione della perizia in appello, è necessario, in primo luogo, comprendere, secondo una logica tendenzialmente di sistema, quali siano i tratti caratterizzanti lo specifico mezzo di prova ed il processo penale di seconda istanza.

Al riguardo, vale segnalare che il dibattito *de quo* ha origini certamente risalenti, ma ha recentemente acquisito rinnovato vigore soprattutto alla stregua delle pronunce della Corte EDU e -per diretta conseguenza- dei giudici nazionali nonché, da ultimo, in base ai contenuti espressi dalla l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. Riforma Orlando), in materia di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale *ex art.* 603 c.p.p.

Procediamo con ordine.

2. La prova scientifica ed il processo penale: cenni

La presente riflessione non può che prendere le mosse -seppur con consapevole autolimitazione- dal concetto di prova scientifica e, soprattutto, dagli effetti che l'assunzione di essa determina all' "interno" del processo penale.

In primo luogo, sotto il profilo meramente definitorio, la prova scientifica si risolve nell'essere un fenomeno articolato "scomponibile" in «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»¹ nel senso che «partendo da un fatto dimostrato, utilizza una legge scientifica per accertare l'esistenza di un ulteriore fatto da provare»².

Ciò posto, il progresso scientifico e tecnologico ha determinato un aumento della rilevanza -e, per diretta conseguenza, dei casi di assunzione- della prova scientifica ad opera del giudice penale, in quanto considerata maggiormente affidabile nella ricostruzione del fatto per cui è processo.

Infatti, le valutazioni compiute dai "testimoni tecnici" -riconducibili tanto all'impiego di «opzioni metodologiche» tradizionalmente affidabili, quanto, in particolare, all'utilizzo di strumenti non ancora consolidati nella comunità scientifica, ma comunque affidabili sotto il profilo euristico- rappresentano, oggi, condizioni sempre più necessarie -e per certi versi indispensabili- per accertare la responsabilità dell'imputato nel processo penale: ne consegue un tendenziale «accrescimento del peso probatorio delle indagini scientifiche nel processo si da consentire, attraverso il ricorso a tecniche sempre più raffinate, di raggiungere più facilmente quel grado di certezza necessario ai fini dell'esistenza della prova»³.

¹ DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi di elevata specializzazione*, Milano, 2005, 12.

² TONINI, *La prova scientifica: considerazioni introduttive*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di Tonini, in *Dir. pen. e proc. Dossier*, 2008, 6, 8, il quale specifica, altresì, che «poiché il rapporto tra il fatto noto e quello da provare è espresso da una regola, la prova scientifica rientra nella più vasta categoria della prova critica o indizio».

³ VALLI, *Le indagini scientifiche nel procedimento penale*, Milano, 2013, 3. Sul punto, si v. anche, 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, 10-11, il quale afferma che, ai fini dell'accertamento del fatto enunciato nell'ipotesi racchiusa nell'imputazione, «la prova scientifica, soprattutto nelle vicende caratterizzate da particolare complessità tecnica quanto alla ricostruzione probatoria, [è] destinata a svolgere, sempre più, un ruolo di straordinario rilievo nel ragionamento e nella decisione del giudice, 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». Stando così le cose, allora, «il fun-

Senonché -per quanto in questa sede rileva- è necessario sgombrare il campo da equivoci sempre incombenti “legati” all’asserita infallibilità delle scienze.

In particolare, è noto che con il superamento della filosofia positivista, è stato adottato un differente approccio alla tematica scientifica: segnatamente, si è constatato come la scienza sia limitata «nel senso che, di un fenomeno, è possibile cogliere un numero circoscritto di aspetti [e, quindi,] per rappresentare tutti gli aspetti di un fenomeno può non essere sufficiente una sola legge scientifica»; incompleta, «perché non appena altri aspetti del medesimo fenomeno sono conosciuti, la legge scientifica deve essere ampliata o modificata per considerare anche tali profili» e fallibile, in quanto «ogni metodo scientifico ha una percentuale di errore [ed] è proprio la conoscenza della percentuale di errore a confermare che la teoria è stata controllata in modo serio»⁴.

Pertanto, secondo la concezione post-positivista, sarebbe errato ritenere che la prova scientifica sia in grado di «assurgere l’accertamento e la valutazione dei fatti alle vette della certezza assoluta».

Occorre, infatti, comprendere che qualunque prova scientifica -ad eccezione delle sole leggi a carattere generale o quelle statistiche con margine di errore pressoché nullo- riveste comunque un carattere probabilistico, tanto che «il grado di fondatezza dell’inferenza dipende dalla maggiore o minore precisione del significato conoscitivo e dimostrativo del dato assiologico costituito dalla legge di copertura»: ne consegue che il risultato probatorio determinato dall’applicazione di una legge scientifica si rivela, in buona sostanza, «come l’esito di un procedimento conoscitivo di tipo relativo, perciò intrinsecamente “debole”»⁵.

zionamento delle Corti nelle questioni in cui sono coinvolte dimensioni tecniche e scientifiche, soprattutto se nuove per l’interprete, [deve] essere, per un verso, più flessibile, quanto al controllo delle parti sulle modalità di assunzione della prova, alla *discovery* e al contraddittorio, nel momento e in funzione sia dell’ammissione che della valutazione della prova; dall’altro, più rigoroso quanto ai profili della selezione degli esperti, della formulazione dei quesiti e della verifica di attendibilità delle risposte».

⁴ TONINI, *Dalla perizia “prova neutra” al contraddittorio sulla scienza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 3, 362-363, il quale chiarisce che secondo il superato pensiero positivista, la scienza era illimitata, incompleta, infallibile, e quindi unica. Il che, all’evidenza, riversava i propri effetti nel vecchio codice di procedura penale, il quale riconosceva al giudice la possibilità di nominare un perito, il quale individuava in segreto la legge scientifica, unica ed infallibile, da applicare al caso concreto: a tale valutazione il giudice poteva aderire anche senza motivare sul punto. Inoltre, il pubblico ministero, sotto il codice previgente, «non poteva nominare un proprio consulente tecnico perché la scienza era unica: era sufficiente il perito nominato dal giudice che doveva bastare anche al pubblico ministero. Non si riteneva necessario un ulteriore esperto della pubblica accusa; soltanto le parti private potevano nominare consulenti tecnici. Questi ultimi, peraltro, potevano soltanto argomentare, e cioè redigere memorie. Gli esperti di parte non erano considerati fonti di prova e cioè non erano sottoposti ad esame incrociato [...]».

⁵ CANZIO, *La motivazione della sentenza e la prova scientifica: “Reasoning by probabilities”*, cit., 13. A

Ad ogni buon conto, la soluzione rispetto all'intrinseca fallibilità delle leggi scientifiche è individuata nella procedura di falsificazione delle ipotesi elaborate a livello teorico: in particolare, diventa imprescindibile il «controllo dell'ipotesi congetturale proposta come soluzione del problema», così da essere in grado «di separare gli enunciati scientifici da quelli non scientifici (è il problema risolvibile della demarcazione); e questo criterio è la falsificazione»⁶. Infatti, «una legge per poter essere ritenuta scientifica deve essere sottoposta - e deve essere sottoponibile sempre - a tentativi di smentita, quelli che i filosofi della scienza definiscono "tentativi di falsificazione"»⁷.

Stando così le cose, l'adozione di un concetto di scienza che sia per natura limitata, incompleta e fallibile produce conseguenze rilevanti anche -e soprattutto- nell'ambito del processo penale.

In particolare, il giudice, in caso di assunzione di una prova tecnica, è posto dinanzi alla difficoltà di comprendere, non solo se la specifica legge scientifica sia in grado astrattamente di spiegare i fatti di cui a processo, ma anche se la stessa sia affidabile, ossia se riesca a raggiungere un certo grado di certezza (processuale), tanto da poter fondare su di essa l'accertamento al di là di ogni

tal proposito, si v., altresì, FERRUA, *Metodo scientifico e processo penale*, in TONINI (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, cit., 12-13, secondo il quale il c.d. metodo scientifico -ossia l'insieme delle procedure di formulazione delle leggi scientifiche- è quello volto alla costituzione di un sapere certo e giustificato. Tuttavia, «se il metodo può dirsi scientifico solo in quanto garantisca una conoscenza indebitamente certa, allora il metodo scientifico non esiste», salvo che nel caso delle scienze formali o analitiche. Infatti, «non esiste un metodo in grado di garantire l'assoluta certezza o verità delle conclusioni, le quali restano soltanto più o meno probabili (anche se convenzionalmente sono presentate come certe). La fallibilità è la contropartita per l'accrescimento di conoscenza che le conclusioni producono rispetto alle premesse, a differenza dei sistemi formalizzati dove le dimostrazioni sono trasformazioni sintattiche e le conclusioni sono già logicamente contenute negli assiomi di partenza». Ne deriva, pertanto, che «per quanto solida, ogni teoria scientifica ha pur sempre carattere congetturale» e che, quindi, «esiste sempre una pluralità di teorie in grado di spiegare i medesimi fatti empirici».

⁶ FERRUA, *Metodo scientifico e processo penale*, cit., 13, il quale chiarisce che alla stregua del pensiero di Popper, si assiste ad un capovolgimento della direzione del modello di riferimento, attraverso la sostituzione del criterio induttivo della verifica con quello, per l'appunto, della falsificazione. Infatti, «elaborata un'ipotesi teorica, si deducono le conseguenze in termini di enunciati osservativi o probatori, ossia si identifica in forma ipotetico-deduttiva la classe dei suoi potenti falsificatori, e su tale base si procede al controllo della teoria. Se questa resiste ad un certo numero di severi controlli, è corroborata e può essere provvisoriamente accolta; "provvisoriamente" perché i falsificatori non costituiscono un numero chiuso ma indeterminato e, quindi, la teoria rimane sempre esposta ad una futura smentita. Altrimenti, vale a dire, se le osservazioni la falsificano- la teoria è respinta».

⁷ TONINI, *Dalla perizia "prova neutra" al contraddittorio sulla scienza*, cit., 362, che, sul punto, afferma, altresì, che «ormai è convinzione diffusa che, nel costruire una legge scientifica, lo scienziato usa l'induzione, ma sa che non è risolutiva; è consapevole che non vi è un passaggio deterministico, necessario, tra l'osservazione dei casi e la regola che viene ricavata dagli stessi. Sulla base delle esperienze si possono formare soltanto congetture, che devono essere controllate. La conoscenza è scientifica in quanto rende possibile sottoporre a smentita, e cioè a falsificazione, la singola regola».

ragionevole dubbio della responsabilità dell'imputato.

D'altronde, la *vexata questio* concerne, per l'appunto, la compatibilità tra le caratteristiche proprie del processo penale -il quale tende ad un accertamento di responsabilità dell'imputato che, salvo determinate eccezioni, rimane stabile ed immodificabile nel tempo- e la succitata concezione della scienza, la quale, di contro, postula il superamento della teoria formulata con il prosieguo dello studio del fenomeno in esame.

Pertanto, se il punto di partenza è la consapevolezza che anche le scienze -come qualunque altra tipologia di accertamento- non garantiscono certezze assolute, allora la valutazione del grado di affidabilità della prova scientifica non può prescindere dal criterio della falsificazione dell'ipotesi teorica formulata, a maggior ragione se l'obiettivo è l'accertamento dei fatti per cui è processo.

Stando così le cose, non solo è necessario che il processo penale "assimili" il delineato metodo scientifico, ossia l'insieme delle procedure che puntano a falsificare una determinata legge scientifica, ma occorre anche che il metodo di accertamento della colpevolezza -a maggior ragione ove dipenda dall'assunzione di una prova tecnica- presupponga una fase di critica e controllo dell'ipotesi congetturale proposta, dal perito e/o dal consulente tecnico come soluzione del problema rappresentato, dapprima, dalla notizia di reato e poi dall'imputazione⁸.

In realtà, nell'attuale processo penale già esiste un'efficace procedura di controllo e falsificazione dell'imputazione, ed è contenuta nei principi e valori costituzionali del "giusto processo". Infatti, se è vero che la Carta costituzionale considera il principio del contraddittorio -in senso oggettivo- come il metodo migliore di ricostruzione del fatto di reato e, quindi, di ricerca della verità processuale, allora -come si vedrà infra- non vi è motivo per non applicare anche alla prova scientifica -e, quindi, ai periti ed ai consulenti tecnici- le medesime regole probatorie previste per le altre fonti di prova, tanto in punto di assunzione, quanto in termini di valutazione delle risultanze probatorie⁹.

⁸ «Quindi, anche quando esista una legge scientifica astrattamente idonea a spiegare un fenomeno, non per questo le conoscenze che lo riguardano devono essere ritenute definitive e immutabile. Ciò non deve indurre allo scetticismo: ciò che rileva è che la decisione sia fondata su una prova scientifica (o una conoscenza scientifica) ritenuta valida al momento della pronuncia anche se in futuro queste conoscenze potrebbero essere smentite da ricerche più avanzate. Quando le leggi scientifiche idonee a spiegare il caso concreto esistono l'esperto dovrà anzitutto individuare la legge scientifica pertinente da applicare; una volta scelta la legge dovrà svolgere gli accertamenti necessari per individuare le conseguenze che derivano da tale applicazione; e infine, verificare il risultato della prova». (BRUSCO, *La valutazione della prova scientifica*, in *La prova scientifica nel processo penale*, cit., 24).

⁹ «Si sarebbe tentati a questo punto di considerare il contraddittorio come la traduzione processuale

Sennonché, il controllo operato dal giudice in ordine alle singole fasi di ammissione ed assunzione della prova tecnica, rappresenta -per quanto qui rileva- «il tallone d’Achille della prova scientifica», nella misura in cui ne risulta difficile la valutazione da parte di un soggetto che non possiede le conoscenze specialistiche necessarie: il che comporta «una tendenza del giudice ad appiattirsi sulla ricostruzione del perito, anche in ragione dell’asserita neutralità di tale esperto»¹⁰.

In altre parole, il giudice «non può rimettersi all’ipse dixit degli studiosi, ma deve esercitare, nell’ottica peculiare della ricostruzione del fatto nel processo, il proprio diretto controllo sull’affidabilità dello strumento scientifico-tecnico impiegato nella prova»¹¹.

Al fine di evitare il succitato rischio è necessario, dunque, che il giudice, da un lato, valorizzi al massimo il principio del contraddittorio forte nella formazione della prova scientifica -con particolare riferimento all’esame incrociato del perito e dei consulenti tecnici- e, dall’altro lato, prenda consapevolezza del suo fondamentale ruolo di *gatekeeper*, ossia di “custode del metodo scientifico”.

Ne deriva che il controllo del giudice sulla prova scientifica non può limitarsi ad una verifica circa la coerenza interna dell’analisi peritale, ma deve anche interrogarsi sulla validità e affidabilità delle teorie scientifiche che l’*expert witness* ha indicato come idonee a spiegare i fatti per cui è processo, così da essere in grado di selezionarle, sin dalla fase dell’ammissione nel processo, e distinguerle dalla c.d. “scienza spazzatura”¹².

della falsificazione popperiana; ma, a ben vedere, i termini dell’equazione vanno invertiti. Sono la falsificazione delle teorie, il metodo delle congetture e confutazioni a discendere dal contraddittorio processuale, a rappresentarne la trasposizione nella scienza, come ha sempre riconosciuto lo stesso Popper con i suoi frequenti richiami alla procedura accusatoria per i giurati. Secoli di processo inquisitorio ci hanno indotti a vedere nella discussione tra scienziati il modello ideale, lo specimen del contraddittorio, ma in realtà è stato l’antico processo accusatorio ad ispirare la moderna visione della scienza» (FERRUA, *Metodo scientifico e processo penale*, cit., 17). A tal proposito, si v., altresì, TONINI, *Prova scientifica e contraddittorio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 12, 1459 ss., nonché CONTI, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, in *La prova scientifica nel processo penale*, cit., 31, la quale afferma che «il nuovo concetto di scienza è perfettamente consentaneo all’implicazione metodologica della epistemologia giudiziaria testé ricordata, e cioè al principio del contraddittorio nella formazione della prova. Come nell’ambito del processo penale si afferma che “i fatti vengono tanto meglio accertati quanto più si favorisce la dialettica delle parti contrapposte”, così la ricostruzione scientifica più plausibile è quella che “resiste all’urto del contraddittorio tra gli esperti”. È ben possibile che nel processo penale si riproduca quel dibattito che è vivo nella comunità scientifica».

¹⁰ CONTI, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, in *La prova scientifica nel processo penale*, cit., 33.

¹¹ DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi di elevata specializzazione*, cit., 139-140.

¹² Cfr. NAIMOLI, *Principio di falsificazione tra prova indiziaria e prova scientifica*, Ospedaletto, 2017,

Stando così le cose, il giudice, al fine di compiere una seria valutazione della prova scientifica, deve far riferimento ad una serie di criteri -non esclusivi o tassativi- che la giurisprudenza italiana¹³ -richiamando quanto già affermato da quella americana¹⁴- ha provveduto ad enucleare.

Nello specifico, i succitati criteri -in perfetta sintonia con il suspecificato approccio post-positivistico- sono la valutazione della controllabilità e della falsificabilità della teoria di riferimento; la conoscenza del suo tasso di errore; la verifica della sua sottoposizione al controllo della comunità scientifica; ed infine, come criterio ausiliario, la verifica se la teoria in esame goda di una generale accettazione presso la comunità degli esperti¹⁵.

104.

¹³ Il riferimento è a Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, Cozzini, in *Guida al dir.*, 2011, 6, 93.

¹⁴ Sul punto si v., in particolare Court of appeals of District of Columbia, 3 dicembre 1923, n. 293, *Frye v. United States*, in *Federal Report*, 1923, 1013, nonché Supreme Court of the United States 28 giugno 1993, *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*, in *Minnesota Law Review*, 1994, 1345. Per una più approfondita analisi delle succitate pronunce, si v., tra i tanti, DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi di elevata specializzazione*, cit., 115 ss.; GENNARI, *I criteri di ammissione della prova scientifica nel contesto internazionale*, in *Prova scientifica e processo penale*, cit., 165 ss.; NAIMOLI, *Principio di falsificazione tra prova indiziaria e prova scientifica*, cit., 79 ss..

¹⁵ Cfr. CONTI, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, in *La prova scientifica nel processo penale*, cit., 34, la quale precisa 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». Inoltre, sul punto si v. BLAIOTTA, CARLIZZI, *Libero convincimento, ragionevole dubbio e prova scientifica*, in *Prova scientifica e processo penale*, cit., 439 ss.; o, in giurisprudenza, ancora Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, Cozzini, cit., 93, la quale afferma che «L'affermazione del rapporto di causalità tra le violazioni delle norme antinfortunistiche ascrivibili ai datori di lavoro e l'evento-morte (dovuta a mesotelioma pleurico) di un lavoratore reiteratamente esposto, nel corso della sua esperienza lavorativa (esplicata in ambito ferroviario), all'amianto, sostanza oggettivamente nociva, è condizionata all'accertamento: (a) se presso la comunità scientifica sia sufficientemente radicata, su solide e obiettive basi, una legge scientifica in ordine all'effetto acceleratore della protrazione dell'esposizione dopo l'iniziazione del processo carcinogenetico; (b) in caso affermativo, se si sia in presenza di una legge universale o solo probabilistica in senso statistico; (c) nel caso in cui la generalizzazione esplicativa sia solo probabilistica, se l'effetto acceleratore si sia determinato nel caso concreto, alla luce di definite e significative acquisizioni fattuali; (d) infine, per ciò che attiene alle condotte anteriori all'iniziazione e che hanno avuto durata inferiore all'arco di tempo compreso tra inizio dell'attività dannosa e l'iniziazione della stessa, se, alla luce del sapere scientifico, possa essere dimostrata una sicura relazione condizionalistica rapportata all'innescio del processo carcinogenetico», nonché -sulla scia della stessa "Sentenza Cozzini"- Cass., Sez. IV, 3 novembre 2016, Ust Cisl VCO, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 5, 372 ss., nella quale si legge che «poiché il giudice è portatore di una "legittima ignoranza" a riguardo delle conoscenze scientifiche, "si tratta di valutare l'autorità scientifica

A tal proposito, preme segnalare che il consenso della comunità scientifica in ordine ad un determinato accertamento tecnico -seppur inteso come criterio di valutazione ausiliario- rappresenta in ogni caso un parametro importante al fine di valutare se l'istruttoria dibattimentale abbia fatto emergere la responsabilità al di là di ogni ragionevole dubbio dell'imputato. Infatti, se la teoria in esame è avversata dalla maggioranza degli esperti, risulterà molto più difficoltoso per il giudice riuscire a superare -nella prospettiva di condanna dell'imputato- il ragionevole dubbio che l'esperto portatore nel processo della specifica ipotesi scientifica sia stato in grado di ricostruire i fatti di cui all'imputazione¹⁶.

Tuttavia, tale affermazione non può essere considerata in termini assoluti, altrimenti significherebbe rinunciare di fatto all'ingresso nel processo di prove scientifiche nuove o ancora oggetto di contrasto.

Al contrario, il parametro della generale accettazione presso la comunità scientifica della teoria in esame se singolarmente pecca per difetto, rappresenta comunque un utile ausilio per il giudice, ma solo ove considerato unitamente agli altri criteri valutativi così come indicati, in primis, dalla succitata

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 esaminare gli studi che la sorreggono. Le basi fattuali sui quali essi sono condotti. L'ampiezza, la rigosità, 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».

¹⁶ Cass., Sez. I, 26 febbraio 2014, Proc. gen. presso Corte d'appello di Roma, in www.itagiure.giustizia.it.

“Sentenza Cozzini”¹⁷.

3. *Minimalia* sul processo penale di appello: criticità emergenti ed “imposizioni” europee.

L'appello penale è sempre stato interpretato «in termini di *revisio prioris instantiae*, o al più, come istituto ibrido, ossia mezzo di critica, nonché per alcuni residui aspetti, nuovo giudizio»¹⁸; del pari, lo specifico rimedio giuridico

¹⁷ Ad ogni buon conto, il giudice in tema di valutazione della prova scientifica, deve in ogni caso calare nel caso concreto la legge scientifica di riferimento al fine di escludere ogni ragionevole dubbio sulla ricostruzione del fatto per cui è processo: sul punto si veda la famosa Cass., Sez. un., 10 luglio 2002, Franzese, in *Foro it.*, 2002, II, 601, la quale chiarisce che «la conferma dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale non può essere dedotta automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con "alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica". L'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio del giudizio». Inoltre, in tema si v., altresì, Corte d'assise d'appello di Bologna, 7 luglio 2017, Poggiali, inedita, la quale -in riforma della sentenza di condanna di primo grado- ha assolto l'imputata alla stregua delle risultanze della nuova perizia disposta ex art. 603 c.p.p.. In particolare, per quanto qui rileva, la Corte territoriale ha ritenuto di assolvere l'imputata in ragione, tra le altre cose, dell'inesistenza nella comunità scientifica di una generale condivisione circa la teoria fatta propria dal giudice di primo grado e fondante la riformata sentenza di condanna. Infatti, i succitati giudici, in punto di valutazione del contributo degli *expert witnesses*, tra il giudizio di primo e secondo grado, hanno richiamato le succitate Cass., Sez. IV, 3 novembre 2016, Ust Cisl VCO, cit., nonché Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, Cozzini, cit. ed hanno ribadito che «il giudice deve essere "custode e garante della scientificità della conoscenza fattuale espressa dal processo" e che «"la giurisprudenza di legittimità ha abbandonato un vetusto e fuorviante modo di intendere quel ruolo, ridefinendo il significato del tradizionale *iudex peritus peritorum* sulla scia del più ampio dibattito animatosi nell'epistemologia legale, specie oltreoceano: 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'». Stando così le cose, se «non si tratta, dunque, di "pesare" i curricula, quanto di verificare sulla base di quali evidenze scientifiche si sono determinati gli esperti [...]», allora, nel caso di specie «il punto forse più critico, sotto il profilo scientifico, che la Corte ravennate ha trascurato, prendendo ne semplicemente atto e ritenendo evidentemente irrilevante il fatto che si tratti di un metodo sconosciuto alla medicina forense, mai utilizzato in alcun processo» (Corte d'assise d'appello di Bologna, 7 luglio 2017, Poggiali, inedita, 65 ss.). Ad ogni buon conto, la Corte di cassazione -anche se non sono ancora note le motivazioni- ha annullato la sentenza di assoluzione emessa dalla Corte d'assise di appello di Bologna, rinviando nuovamente alla corte d'appello territorialmente competente.

¹⁸ CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Torino, 2009, 30. Sul punto, si v., altresì, BARGIS, *Impugnazioni*, in *Compendio di procedura penale*, IV, a cura di Conso, Grevi, Padova, 2008, 852; MENNA, *Il giudizio d'appello*, Napoli, 1995, 112, secondo cui «una serie di limitazioni procedurali inerenti all'oggetto ed allo svolgimento della seconda istanza si oppone all'attribuzione

processuale è stato considerato sostanzialmente come strumento di controllo sulla decisione emessa, a seconda dei casi, dal giudice di pace, dal tribunale, ovvero dalla corte di assise, non determinando, a livello generale, la possibilità di instaurare un giudizio *ex novo* sui medesimi fatti oggetto del provvedimento impugnato.

Quando detto deriva direttamente dalla circostanza che il giudizio di appello è, seppur in via di essenza, un procedimento di natura “cartolare” nella misura in cui esso si svolge mediante la materiale lettura degli atti probatori del giudizio di primo grado -per quanto rilevanti nei limiti dei motivi degli appellanti- senza procedere ad una nuova assunzione probatoria nel contraddittorio tra le parti: infatti, la rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale è (*rectius*: era) un istituto a carattere eccezionale, in quanto ancorato alla sussistenza dei presupposti elencati dal succitato art. 603 c.p.p.¹⁹.

Senonché, tale concezione del giudizio di secondo grado in materia penale non sembra perfettamente compatibile con un sistema del processo penale improntato ai canoni del “*due process of law*”, con particolare riferimento ai principi del contraddittorio -in senso forte, ossia in relazione alla formazione della prova- di oralità e, soprattutto, di immediatezza²⁰.

Infatti, i succitati canoni, tipici, tra l’altro, di un processo penale ispirato al modello accusatorio -al quale il vigente codice di rito si è tendenzialmente votato²¹- non trovano agevolmente “diritto di cittadinanza” in un contesto

all’impugnazione in questione del carattere di *novum iudicium*”, ritrovando soprattutto nel principio del *tantum devolutum quantum appellatum* la conferma di tale impostazione».

¹⁹ «Ci è stato insegnato che i giudici del secondo processo non accertano, ma controllano, con la conseguenza che “la cognizione del giudice di appello non è un nuovo esame, ma un esame critico, e cioè una valutazione di conformità tra ciò che, in rapporto con quel fatto storico, è stato fatto e ciò che andava fatto”» (CHINNICI, *La rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale nel giudizio d’appello*, in *Cass. pen.*, 2012, F. 9, 3159).

²⁰ A tal proposito, «sembra necessario, del resto, verificare se il modello processuale penale indicato come giusto processo, quale emerge dal riconoscimento dei diritti soggettivi e dell’attuazione dei principi in tema di giurisdizione, fissati già nella Carta costituzionale del 1948, poi ribaditi con la riscrittura dell’art. 111 Cost. - una sorte di summa del processo costituzionalmente imposto - nonché, a livello di fonte ordinaria, dalla disciplina del codice di procedura penale del 1988, possa far legittimare ancora l’istituto quale congegno di mera critica della decisione di primo grado, com’era confinato nel c.p.p. 1930 (o, meglio, uno strumento misto, attesa la contaminazione degli elementi propri del mezzo di gravame con profili connotativi dell’azione di impugnativa). Ovvero se, pur avendone ereditato quasi in blocco la struttura di quel codice, l’appello, nel nuovo contesto processuale, sia inquadrabile nei termini di nuovo giudizio di accertamento, sostitutivo di quello di prima istanza, ancorché quanto al thema, di possibile area più circoscritta, con la necessità, pertanto, di un’interpretazione estensiva (id est costituzionalmente orientata) delle regole di acquisizione delle prove di cui all’art. 603 c.p.p., secondo i canoni di contraddittorio e oralità-immediatezza» (CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, cit., 31).

²¹ L’entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988 ha rappresentato, come è noto, una svolta

normativo che prevede la sussistenza di un giudizio prevalentemente cartolare, mancante quasi completamente di un contatto diretto tra il giudice e la fonte di prova legittimamente acquisita a fini decisori.

Nello specifico, posto che «anche il secondo giudice valuta nel merito, riaccertando i fatti di causa, atteso che ne deve verificare la giustizia» e che, come già accennato, «la differenza con il decidente che lo ha preceduto sta nel limite dell'accertamento, circoscritto al devoluto, ossia alla parte contestata dall'appellante, peraltro con possibili, non irrilevanti, espansioni del giudicabile, essendo stabilito che la cognizione del giudice di appello si estende alle questioni connesse in modo logico-giuridico con i capi o i punti impugnati», allora non si può prescindere dal constatare che «la strada segnata nell'art. 111 Cost. quale metodo di accertamento della verità, come l'itinerario sovranazionale del processo *equitable*, declinato in termini di tutela delle garanzie fondamentali per ogni persona accusata, impongono una modulazione del giudizio d'appello in senso dinamico, ossia nell'immediatezza e nel contraddittorio orale innanzi al nuovo organo decidente, non solo per le prove ritenute dal giudice necessarie per decidere e per le prove nuove sopravvenute scoperte dopo il processo, ma anche per quelle di cui le parti chiedono la formazione secondo i canoni ortodossi, nella dialettica orale, a fortiori se nuove»²².

Pertanto, la questione nodale da cui muovere è comprendere se abbia, per così dire, fondamento giuridico la tradizionale distinzione tra giudizio di primo grado e di appello con riferimento precipuo alla natura ed all'oggetto della verifica giudiziale dei fatti: infatti, se è corretta l'impostazione - costituzionalmente orientata - secondo cui il giudice deve accertare la responsabilità dell'imputato mediante la diretta assunzione delle prove nel contraddittorio orale, la questione si pone in termini di

fondamentale nella concezione del processo penale. In particolare -a fronte del codice del 1930, il quale era improntato sui principi tipici di un sistema sostanzialmente inquisitorio- la legge delega 16 febbraio 1987, n. 81 prescriveva, chiaramente, che il nuovo codice di rito sarebbe dovuto essere ispirato ai «*caratteri del sistema accusatorio*». Nello specifico, il legislatore delegato, in via generale, ha ritenuto opportuno «procedere ad una definizione del canone ispiratore in un duplice senso: da una parte, indicando quali requisiti si reputino imprescindibilmente appartenenti al paradigma accusatorio» -quali, a tacer d'altro, l'«adozione del metodo orale», la «partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento», nonché l'«immediatezza e concentrazione del dibattimento»- e «dall'altra, delimitando le conseguenze dell'opzione astrattamente effettuata, attraverso l'inserimento nella struttura codicistica di elementi per così dire spuri, ma ritenuti essenziali per equilibrare un meccanismo che altrimenti non sarebbe stato idoneo agli scopi che si intendevano perseguire», come, per esempio, la disciplina in materia di misure cautelari personali «universalmente riconosciute come estranee al sistema accusatorio tipico» (Cfr. UBERTIS, *Principi generali*, in UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, Vol. 1, Torino, 2013, 23).

²² CHINNICI, *Contraddittorio, immediatezza e parità delle parti nel giudizio di appello. Estenuazioni interne e affermazioni europee*, in *Processo penale e giustizia*, 2015, F. 3, 173.

ditorio orale tra le parti, non era dato comprendere perché, nel giudizio di appello, fosse sufficiente la mera rilettura degli atti del processo stante la sovrapposibilità qualitativa dello scrutinio giudiziale.

In particolare, la Corte costituzionale ha affermato che, pur in assenza di una espressa previsione normativa, al principio di immediatezza è riconosciuta un'implicita tutela costituzionale nella misura in cui l'imputato, ex art. 111, 3° comma, Cost., ha il diritto, «davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a proprio carico»²³.

Stando così le cose, se il principio del contraddittorio “per la prova” ed il principio di immediatezza concorrono, tra gli altri, alla realizzazione del “giusto processo”, è chiaro che anche il processo di appello «deve essere “giusto”, con tutto quanto ne consegue in termini di prova, oralità e contraddittorio»²⁴.

²³ Corte cost., n. 205 del 2010, in *Giur. cost.*, 2010, 3, 2392.

²⁴ 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*. Sul punto, si v., altresì, CHINNICI, *Contraddittorio, immediatezza e parità delle parti nel giudizio di appello. Estenuazioni interne e affermazioni europee*, in *Processo penale e giustizia*, cit., 175, nella quale si legge «l'argomento di tipo sostanziale, quanto all'immanenza del canone, verte sulla natura di cognizione del processo di appello: trattandosi di valutazione nel merito dei fatti, ne consegue che la diretta percezione delle prove orali da parte del decidente – che, come noto, risulta il criterio più affidabile e accreditato – non avrebbe ragionevole giustificazione di essere derogata nel secondo giudizio. Peraltro, solo il ricorso a un metodo di accertamento omogeneo a quello utilizzato per giudicare in primo grado può attestare bontà al nuovo esito (*recte*, affidabilità). Diversamente, la maggiore attitudine euristica del giudizio di appello si spiegherebbe solo perché il giudice è sempre collegiale, laddove in primo grado, quantitativamente, la maggior parte dei processi è di competenza del giudice monocratico? E, in caso di composizione collegiale anche del primo organo, la maggiore affidabilità si giustificerebbe per il numero maggiore dei componenti la Corte rispetto a quelli del Tribunale, oltre che per un'esperienza professionale più consolidata nel tempo, sebbene la decisione impugnata sia scaturita da un itinerario conforme al paradigma del c.d. giusto processo? 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 della sentenza». Tuttavia, non mancano opinioni contrarie: per esempio, si veda 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)*, in *Dir. pen. Cont. Riv. Trim.*, 2017, 3, 164, in cui si legge che «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 rinvocazione istruttoria viene ammessa solo in deroga alla generale regola 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. Guidato dai rilievi mossi dalla parte interessata, l'appello realizza una funzione complementare e non concorrente con la fase che lo precede. In questo modo riesce, meglio di quanto potrebbe avvenire con la riedizione ex novo dell'esperienza probatorio, ad assicurare un'adeguata rivalutazione della *questio facti*, attraverso nuovi parametri di persuasione e confutazione, che consentono di verificare la correttezza dei giudizi di valore espressi dal primo giudice, eliminando o comunque riducendo la compo-

Inoltre, l'impossibilità di fondare una «differenza genetica» tra il primo e secondo grado del processo penale è ulteriormente dimostrata dalla lettera dell'art. 598 c.p.p., che prevede l'estensione, nel processo d'appello, delle disposizioni relative al giudizio di primo grado, facendo salve esclusivamente le norme successive²⁵.

Tuttavia, solo con l'intervento della Corte EDU si è riusciti -seppure, in un primo momento esclusivamente in via pretoria- a ridurre le specificate "distanze" regolamentari tra il procedimento di primo e secondo grado e ciò è stato possibile principalmente mediante l'ampliamento dei casi in cui è necessario procedere alla rinnovata assunzione delle prove già assunte in prima istanza: in plurime occasioni, infatti, i giudici di Strasburgo hanno statuito che viola l'art. 6 CEDU la riforma in appello della sentenza di assoluzione che non sia stata preceduta dalla nuova audizione delle fonti di prova dichiarativa ritenute decisive e rilevanti ai fini dell'affermazione di colpevolezza dell'imputato²⁶.

nente di soggettività, irrazionalità o incoerenza della decisione controllata».

²⁵ CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, cit., 41, la quale afferma che il contenuto dell'art. 598 c.p.p. ammette «tramite tale rinvio esplicito, una compatibilità di natura e struttura tra i due giudizi, tanto che le specifiche regole dettate per l'appello, in virtù della clausola di salvezza prevista nel medesimo art. 598 c.p.p., integrano deroghe alla disciplina generale, che è per l'appunto quella di cui al libro VII del codice, sul giudizio. Chi ritenesse diversamente dovrebbe almeno convenire che non vi è una differenza genetica tra i due procedimenti, cosa che è invece pacificamente sostenibile rispetto al processo di cassazione, per il quale, come è noto, non è previsto analogo rinvio a cagione della peculiarità funzionale - e di conseguenza morfologica - di tale giudizio rispetto a quello di merito, sia esso celebrato in prima istanza ovvero in seconda».

²⁶ Sul punto si v., non solo la ormai celebre Corte EDU, Sez. III, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, in www.echr.coe.int, ma anche, tra le tante, Id., sez. I, 29 giugno 2017, Lorefice c. Italia, in *Cass. pen.*, 2017, 12, 4556; Id., Sez. II, sent. 5 luglio 2016, Lazu c. Moldavia, in www.echr.coe.int; ID., sez. III, 4 giugno 2013, Hanu c. Romania, in www.echr.coe.int; ID., sez. III, 9 aprile 2013, Fleuras c. Romania, in www.echr.coe.int; Id., Sez. III, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania, in www.echr.coe.int. Inoltre, per un commento dottrinale sulla citata giurisprudenza convenzionale, nonché sui primi recepimenti della giurisprudenza nazionale, si veda, *ex plurimis*, BOREA, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel "Giusto processo" d'appello alla luce della giurisprudenza della C.e.d.u.*, in *questa Rivista*; BRONZO, *Condanna in appello e rinnovazione della prova dichiarativa*, *ivi*, 2015, 1, 233 ss.; 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; MARCHESE, *La reformatio in peius della sentenza di assoluzione tra vincoli europei e diritto ad un equo processo*, *ivi*, 2013, 3, 1035 ss.; PARLATO, *Ribaltamento della sentenza in appello: occorre rinnovare la prova anche per la riforma di una condanna?*, *ivi*, 2015, 1, 327; 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.; REDAELLI, *La condanna in appello dell'imputato assolto, fra antinomie di sistema, principi europei ed interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Archivio penale*, 2014, 3, 737; SCACCIANOCCE, *Riforma in peius della sentenza di assoluzione senza rinnovare la prova orale. Una decisione che fa discutere*, in *Archivio penale*, 2013, 3, 1047 ss.; TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU*, *Dir. pen. Cont. Riv. Trim.*, 2014 3-4, 240.

Pertanto, alla luce dei *dicta* della Corte EDU -a cui l'Italia deve conformarsi²⁷- i giudici interni hanno ritenuto convenzionalmente eterodosso la sentenza di condanna emessa, per la prima volta, all'esito del giudizio d'appello quando essa si fondi sulla mera diversa valutazione delle prove dichiarative rispetto a quanto ritenuto dal giudice di primo grado.

In altri termini, «il giudice di appello non può riformare la sentenza impugnata nel senso dell'affermazione della responsabilità penale dell'imputato, senza avere proceduto, anche d'ufficio, a norma dell'art. 603, comma 3, c.p.p, a rinnovare l'istruzione dibattimentale attraverso l'esame dei soggetti che abbiano reso dichiarazioni sui fatti del processo ritenute decisive ai fini del giudizio assolutorio di primo grado. Qualora il giudice non abbia proceduto in tal modo, si integra un vizio di motivazione della sentenza di appello ex art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p, per mancato rispetto del canone di giudizio al di là di ogni ragionevole dubbio di cui all'art. 533, comma 1, c.p.p.»²⁸.

4. (Segue): la c.d. Riforma Orlando, la rinnovazione istruttoria obbligatoria ed i “pali di confine” giurisprudenziali.

In un contesto come quello appena descritto, il legislatore nazionale ha ritenuto di intervenire al fine di recepire normativamente gli approdi giurisprudenziali e, per diretta conseguenza, “colmare” la distanza tra processo di primo grado e di appello in punto di effettività del doppio grado di giurisdizione di merito e, soprattutto, di congruo rispetto delle garanzie giudiziarie di rilievo costituzionale riconosciute in favore dell'imputato. Infatti, «i percorsi paralleli battuti dalla giurisprudenza interna e da quella sovranazionale hanno posto in risalto le distanze tra lo “statuto convenzionale” del diritto al controllo di me-

²⁷ In merito all'obbligo degli Stati nazionali a conformarsi al diritto comunitario ed alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, si veda, tra gli altri, RANALDI, *L'interpretazione conforme*, in GIUNCHEDI (a cura di), *Rapporti tra fonti e dialogo tra corti*, Pisa, 2018, 67 ss..

²⁸ Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta, in *Cass. Pen.*, 2016, 9, 3203. A tal proposito, si veda, altresì, Cass., sez. un. 19 gennaio 2017, n. 18620, Patalano, in *Cass. pen.* 2017, 7/8, 2666. Inoltre, si 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 *Archivio penale Web*, 2016, 2; GIUNCHEDI, *Ulisse approda ad Itaca. Le Sezioni unite impongono la rilevanza d'ufficio*, in www.archiviopenale.it; 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 *Archivio penale Web*, 2017, 2; TESORIERO, *Luci e ombre della rinnovazione dell'istruttoria in appello per il presunto innocente*, in *Giust. pen.*, 2017, 3, 79 ss. TESORIERO, *Riforma della sentenza e riapertura dell'istruttoria in appello*, in *Archivio penale Web*, 2017, 2.

rito e le prassi interne. Sin dall'entrata in vigore della codificazione vigente era emerso il distacco -disarmonico- tra il primo e il secondo grado di giudizio: l'uno ispirato al principio del contraddittorio, salvo eccezioni, ed attuato tendenzialmente nel rispetto dei canoni dell'oralità e dell'immediatezza, e l'altro, meramente cartolare, fondato su una conoscenza dei fatti mediata dalla lettura di quanto valutato nel primo grado di giudizio»²⁹.

Il riferimento è al comma 3-*bis* all'interno dell'art. 603 c.p.p. -introdotto dall'art 1, comma 58, della l. 23 giugno 2017, n. 103- il quale obbliga il giudice di secondo grado alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale «nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa»³⁰. Tuttavia, va detto, seppur con consapevole autolimitazione, che l'entrata in vigore del prefato art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p. non solo non ha dato soluzione ad ogni problematica inerente all'istituto della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello, ma anche non ha affrontato *expressim* la relazione che corre tra *reformatio in pejus* della sentenza assolutoria di primo grado e la c.d. prova tecnica.

Ad ogni buon conto, la “Riforma Orlando”, ha inciso (anche) nel settore delle impugnazioni penali³¹ al fine precipuo di «realizzare una rigorosa semplifi-

²⁹ GAITO, LA ROCCA, *Il diritto al controllo nel merito tra immediatezza e ragionevole dubbio*, in GIUNCHEDI (a cura di), *Rapporti tra fonti e dialogo tra corti*, cit., 408.

³⁰ La l. 23 giugno 2017, n. 103 -ossia la c.d. “Riforma Orlando”, entrata in vigore il 3 agosto 2017- ha portato a compimento un importante progetto di riforma di plurime disposizioni normative incidenti nell'intero sistema penale, tanto da un punto vista sostanziale quanto processuale. In particolare, «l'azione riformatrice si prefigge l'ambizioso orizzonte di una riforma capace di toccare i vari segmenti dell'intervento penalistico: quello sanzionatorio, quello decisorio, quello esecutivo» (SPANGHER, *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, Ospaedito, 2017, 11). Nello specifico, secondo una prospettiva di carattere generale, la riforma legislativa in discorso, sul piano prettamente processuale, tende «principalmente a semplificare e rendere spedita la celebrazione dei processi penali, dando attuazione al principio della ragionevole durata del processo senza tralasciare le istanze di garanzia degli imputati, le indicazioni che provengono dalle Convenzioni e delle Direttive europee così come dalla giurisprudenza CGUE e CEDU, il dialogo ed il coordinamento con le nuove misure sostanziali e processuali recentemente introdotte in campo penale.» (FERRANTI, *Relazione in sede di discussione generale del disegno di legge n. 2798-A*, in *Resoconto stenografico dell'Assemblea. Seduta n. 469 di lunedì 27 luglio 2015*, in www.camera.it, 34).

³¹ Nello specifico, il legislatore, dapprima, mediante la L. 103/2017 e, da ultimo, attraverso il d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11 -che ha attuato la delega contenuta nell'art. 1, commi 82-84, L. 103/2017- ha, da un lato, modificato le disposizioni generali delle impugnazioni penali, con particolare riferimento alle prescrizioni relative all'impugnazione dell'imputato, del pubblico ministero ed alla forma dell'atto di appello. Dall'altro lato, il legislatore è intervenuto sulle disposizioni che regolano il giudizio di secondo grado, mediante la riduzione dei casi d'appello, la modifica della disciplina in materia di appello incidentale, la nuova introduzione dell'istituto del «*Concordato anche con rinuncia ai motivi d'appello*», di cui all'art. 599-*bis* c.p.p., nonché con l'introduzione di un'ulteriore ipotesi di rinnovazione obbligatoria

cazione delle procedure e un significativo ridimensionamento dell'accesso alla fase di giudizio successiva, in linea con obiettivo generale di contenere, in conformità con il principio costituzionale delineato dall'art. 111, comma 2 Cost., entro un limite ragionevole la durata del processo e, soprattutto, di deflazionare il carico di lavoro degli organi di impugnazione»³².

dell'istruttoria dibattimentale. Infine, la c.d. "Riforma Orlando" ha modificato la disciplina in tema di ricorso per Cassazione -in un'ottica «di decongestionamento del carico di lavoro della Corte, con l'introduzione di meccanismi che, da un lato, scoraggiano la presentazione di ricorsi con scopo dilatorio e, dall'altro, velocizzano la formazione del giudicato»- e di impugnazioni straordinarie (Cfr. SCACCIANOCE, *La Riforma "Orlando" e la semplificazione del sistema delle impugnazioni. Dalla "specificità" dei motivi alla struttura 'mutevole' dell'appello*, in *Archivio penale*, 2017, 3, 892).

³² SURACI, *Le disposizioni generali sulle impugnazioni*, in SPANGHER, *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, cit., 221. A tal proposito, si v., altresì, SCACCIANOCE, *La Riforma "Orlando" e la semplificazione del sistema delle impugnazioni. Dalla "specificità" dei motivi alla struttura 'mutevole' dell'appello*, cit., 891, la quale afferma che «in tema di impugnazioni, il legislatore si è mosso con l'intento di semplificarne il sistema, garantendo nuove esigenze deflative, scoraggiando i ricorsi pretestuosi e accelerando la formazione del giudicato. L'obiettivo è stato attuato mediante soluzioni volte a snellire le procedure e a introdurre meccanismi sia a funzione deflattiva sia a funzione deterrente. Va premesso che le nuove incursioni hanno riguardato non solo specificamente gli istituti dell'appello e del ricorso per cassazione, ma anche altri istituti e momenti dell'iter giudiziario, ridisegnando gli snodi che ne disciplinano i 'controlli' della decisione.». Inoltre, al fine di una approfondita analisi delle modifiche intervenute, nel settore delle impugnazioni penali con la c.d. "Riforma Orlando" si v., tra i tanti, BARGIS, BELLUTA (a cura di), *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative (Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103 e al d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11)*, Torino, 2018, *passim*; CABIALE, *Morfologia dell'atto d'impugnazione e criteri di ammissibilità*, in SCALFATI (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, 2017, 181 ss.; CAPRARO, *Novità per l'appello: concordato sui motivi e obbligo di rinnovazione istruttoria*, in SCALFATI (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, 2017, 201 ss.; CERESAGASTALDO, *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., pp. 163 ss.; CHINNICI, SCACCIANOCE, *Il legislatore scopre 'ancora una volta' il concordato sui motivi d'appello e 'per la prima volta' la prova orale nell'immediatezza*, in *Archivio penale Web*, 2018; D'ANGELO, DI TULLIO D'ELISSIS, *Riforma penale. Guida commentata alla legge 103/17. Commento sistematico di raffronto vecchia/nuova disciplina*, Santarcangelo di Romagna, 2017, 115 ss.; DELL'ANNO, ZAMPAGLIONE, *Prima condanna in appello tra riforma Orlando e recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 4, 539 ss.; GALANTINI, *La riassunzione della prova dichiarativa in appello: note a margine di sezioni unite Troise*, in www.penalecontemporaneo.it; GIALUZ, CABIALE, DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Dir. pen. Cont. Riv. Trim.*, 2017, 3, 186 ss.; MACCHIA, *Le novità dell'appello: rinnovazione dell'appello, concordato sui motivi*, in www.penalecontemporaneo.it; MARANDOLA, *Prime riflessioni sul "nuovo" giudizio d'appello*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 2, 159 ss.; MARANDOLA, *La riforma Orlando si completa: approvato il decreto legislativo sulle impugnazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 10, 260 ss.; SCACCIANOCE, *La Riforma "Orlando" e la semplificazione del sistema delle impugnazioni. Dalla "specificità" dei motivi alla struttura 'mutevole' dell'appello*, cit. 891 ss.; SURACI, *Le disposizioni generali sulle impugnazioni*, in SPANGHER, *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, cit., 221 ss.; SURACI, *Il concordato sui motivi di appello*, in SPANGHER, *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, cit., 241 ss.; SURACI, *La rinnovazione del dibatti-*

In particolare, l'intervento legislativo che interessa in questa sede concerne, come detto, la modifica dell'art. 603 c.p.p., ossia delle condizioni in presenza delle quali è possibile procedere alla riassunzione di mezzi di prova nell'ambito del giudizio d'appello³³.

mento in caso di proscioglimento, in SPANGHER, *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, cit., 255 ss.; SURACI, *Il sistema delle impugnazioni nella legge delega*, in SPANGHER, *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, cit., 267 ss.; MONACO, *Riforma Orlando: come cambia il giudizio in Cassazione*, in SPANGHER, *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, cit., 279 ss..

³³ In via preliminare, vale rilevare che il "codice Vassalli" ha concepito la rinnovazione dell'istruttoria come un istituto la cui applicazione -meramente residuale- è subordinata alla sussistenza di determinati requisiti, quali, ai sensi dell'art. 603 c.p.p., la "non decidibilità alla stato degli atti" da parte del giudice dell'appello in caso di prove già acquisite nel dibattimento di primo grado o di nuove prove; la sopravvenienza o la scoperta, dopo il giudizio di primo grado, di nuove prove; o, infine, l'ipotesi in cui l'imputato contumace provi di non essere potuto comparire nel dibattimento di prima istanza per caso fortuito o forza maggiore o di non aver avuto conoscenza del procedimento non per sua colpa. In proposito, va detto che dall'analisi della disciplina in tema di rinnovazione dell'istruttoria in appello, emerge, all'evidenza, una sostanziale differenza tra le ipotesi descritte nei primi due commi dell'art. 603 c.p.p.: infatti, «mentre nell'ipotesi di cui al comma 1 la rinnovazione è subordinata alla condizione che il giudice ritenga, nell'ambito della propria discrezionalità, che i dati probatori già acquisiti siano incerti e che l'incombente processuale richiesto rivesta carattere di decisività, diversamente, nell'ipotesi del comma 2, il giudice è tenuto a disporre la rinnovazione delle nuove prove sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado, ma con il limite costituito dalle ipotesi di richieste concernenti prove vietate dalla legge o manifestamente superflue o irrilevanti» (Cass., sez. III, 22 gennaio 2008, n. 8382, F.M., in *Cass. pen.* 2009, 4, 1618. Sul punto si veda, tra le tante, anche Cass., sez. III, 11 marzo 2015, n. 15248, P.G.L., in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2015, 4, 1302; Cass., sez. II, 10 maggio 2012, n. 31065, L.B.C., in *Cass. pen.* 2013, 11, 4076; Cass., sez. V, 9 maggio 2002, P.G. in c. Pinto e altri, in *Dir. Pen. proc.*, 2004, 1, 82 ss.; Cass., sez. V, 17 dicembre 1999, n. 1075, L.M., in *Cass. pen.*, 2001, 524). In particolare, la differenza tra le prime due ipotesi di rinnovazione -tralasciando l'evidente significato da attribuire alla "riassunzione di mezzi di prova già esperiti durante il dibattimento di primo grado"- si fonda, in buona sostanza, sul concetto di «nuove prove» rilevante per l'art. 603, 1° comma, c.p.p. e «nuove prove sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado» (art. 603, 2° comma, c.p.p.): infatti, «per "prove nuove" indicate nel 1° comma si sono intese quelle noviter productae, vale a dire quelle preesistenti al giudizio di primo grado, note alle parte e non allegate nelle prime cure; per contro nel 2° comma, il legislatore avrebbe fatto riferimento alle prove noviter repertae, vale a dire [...] a quelle assolutamente inedite, "sopravvenute o scoperte", appunto, dopo il giudizio di primo grado. A tale partizione - che finisce con il considerare residuale, rispetto all'altra, la categoria delle prove noviter productae - il tradizionale approccio giurisprudenziale (ma anche, in buona parte dottrinale) collega, sul versante dei poteri giudiziari, il binomio facoltatività-obbligatorietà, nel senso che il discrimine tra l'una e l'altra categoria sarebbe nella obbligatorietà dell'ammissione delle prove "scoperte" dopo la pronuncia di primo grado, contrapposta a una generale discrezionalità del giudice d'appello rispetto alle prove già esistenti (e perfino conosciute dalle parti) prima della conclusione del giudizio di prime cure.» (GAETA, MACCHIA, *L'appello*, in SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, Vol. 5, Milanofiori, 2009, 531-532. Inoltre, in ordine al concetto di "prova scoperta o sopravvenuta" si segnala Cass., sez. III, 13 settembre 2016, n. 47963, F.D.F., in *Mass. Urb.*, 268657 nonché Cass., sez. III, 29 gennaio 2013, n. 11530, A.E.R.M.A.A., secondo le quali «in tema di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, per prova "sopravvenuta o scoperta" dopo la sentenza di primo grado si intende la prova con carattere di novità, rinvenibile laddove essa sopraggiunga autonomamente, senza alcuno svolgimento di attività, o

Segnatamente, lo specifico intervento legislativo trasforma in diritto positivo - seppur con qualche elemento di novità- il succitato principio di diritto espresso, dapprima, da diverse pronunce della Corte EDU e, successivamente, dalla giurisprudenza nazionale³⁴. Nello specifico, la *vexata questio* non era difforme, nella sostanza, da quella che aveva spinto il legislatore ad intervenire con

quando venga reperita dopo l'espletamento di un'opera di ricerca, la quale dia i suoi risultati in un momento posteriore alla decisione»). Procedendo con ordine, per quanto concerne la prima ipotesi di rinnovazione di cui all'art. 603, 1° comma, c.p.p., la discrezionalità in capo al giudice nella scelta di rinnovare l'assunzione delle prove già acquisite in primo grado -ovvero assumere "nuove prove"- non deve essere intesa in senso assoluto, ma, al contrario, essa è legata a doppio filo all'ampiezza del significato da attribuire al concetto di «*non decidibilità allo stato degli atti*». In particolare, la giurisprudenza ha affermato che «l'ipotesi di rinnovazione del dibattimento di cui all'art. 603 comma 1 c.p.p., che riguarda prove preesistenti o prove già note alla parte, è subordinata alla condizione che il giudice di appello ritenga, secondo la sua valutazione discrezionale, di non essere in grado di decidere allo stato degli atti, situazione che può sussistere quando i dati probatori già acquisiti siano incerti ovvero quando l'incombente richiesto rivesta carattere di decisività, nel senso che lo stesso possa eliminare le eventuali incertezze oppure sia di per sé oggettivamente idoneo ad inficiare ogni altra risultanza» (Cass., sez. III, 13 novembre 2003, n. 3348, Pacca e altri, in *Cass. pen.* 2005, 2, 483 o, altresì, Cass., sez. VI, 27 giugno 1995, n. 9333, Puddu, in *Cass. pen.* 1996, 3670). Alla stregua delle precedenti argomentazioni, emerge, dunque, che le parti non sono titolari di un diritto alla rinnovazione «*di prove già acquisite nel dibattimento di primo grado*» o all'«*assunzione di nuove prove*» -ad eccezione dell'inderogabile diritto alla prova contraria- ma, di contro, tale diritto sussiste, esclusivamente, nel caso disciplinato dall'art. 603, 2° comma, c.p.p., ossia solo in caso di prove sopravvenute o scoperte dopo il dibattimento di primo grado, alle quali corrisponde, come detto, l'obbligo per il giudice di disporre l'assunzione dei relativi mezzi di prova. Infatti, l'art. 603, 2° comma, c.p.p. disciplina un'ipotesi di rinnovazione obbligatoria, per la quale viene meno -anche se solo apparentemente- il profilo di discrezionalità in capo al giudice dell'appello, in merito alla decisione se assumere o meno il mezzo di prova richiesto dalla parte. Ne consegue che, in tali casi, la scelta non è subordinata all'accertamento della "non decidibilità allo stato degli atti", ma, al contrario, il giudice sembrerebbe essere chiamato a disporre in ogni caso l'assunzione delle prove sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado. Tuttavia, non è corretto ritenere il giudice privo di qualsiasi potere di "filtro" in merito alle richieste di rinnovazione in tal senso presentate dalle parti: «la rinnovazione non si pone mai quale effetto automatico della "scoperta" probatoria, essendo quest'ultima sempre sottoposta a un vaglio giudiziale, tutt'altro che secondario» (GAETA, MACCHIA, *L'appello*, cit., p. 539). Pertanto, «il metro di valutazione risulta, quindi, ribaltato: alla necessità del giudice di disporre degli strumenti probatori richiesti, stante l'impossibilità di decidere allo stato degli atti, si sostituisce il diritto della parte a vedere assunte le prove richieste, con il limite che le stesse non siano vietate dalla legge o manifestamente "superflue o irrilevanti (art. 190 comma 1) e con l'ulteriore limite indicato dall'art. 190-bis» (GALATI, ZAPPALÀ, PATANÈ, *L'appello*, in DI CHIARA, PATANÈ, SIRACUSANO (a cura di), *Diritto processuale penale*, Milano, 2013, 781). Infine, per quanto in questa sede rileva, l'art. 603, 3° comma, c.p.p. disciplina un terzo caso di rinnovazione, il quale si differenzia dagli altri per la possibilità, da parte del giudice d'appello di disporre d'ufficio l'assunzione di una prova -ossia a prescindere da una specifica richiesta di parte- purché la ritenga «*assolutamente necessaria*». Nello specifico, il giudice -analogamente a quanto avviene nel giudizio di primo grado, ai sensi dell'art. 507 c.p.p.- può autonomamente -o anche su sollecitazione delle parti direttamente in udienza- attivare i propri poteri officiosi e disporre l'assunzione di un mezzo di prova, sia esso già conosciuto o esperito nell'ambito del processo di primo grado, oppure sia sopravvenuto o scoperto dopo il giudizio di prima istanza.

³⁴ A tal proposito, si rinvia *supra*, *sub* note 26 e 28.

la c.d. “Legge Pecorella” nel 2006³⁵: infatti, come già accennato in precedenza, a fronte di un giudizio di primo grado quasi totalmente strutturato sulla massima espansione tanto del principio del contraddittorio -debole e forte- quanto dei principi di oralità ed immediatezza -sul presupposto che la verità (giudiziale) fosse più “semplice” da accertare in presenza di un costante confron-

³⁵ La l. 20 febbraio 2006, n. 46 -ossia la c.d. “Legge Pecorella”, dal nome del parlamentare proponente-rappresenta un primo tentativo di armonizzazione tra la disciplina del secondo giudizio di merito ed il sistema processuale ad orientamento tendenzialmente accusatorio. In particolare, il legislatore è intervenuto sulle condizioni -oggettive e soggettive- di appellabilità mediante la sostanziale modifica dell’art. 593 c.p.p.: nello specifico, il pubblico ministero e l’imputato sono stati privati della possibilità di appellare le sentenze di proscioglimento emesse all’esito del giudizio di primo grado, in modo da «evitare che una condanna pronunciata per la prima volta in appello fosse sottratta alla possibilità del riesame nel merito, garantito all’imputato dall’art. 14 Patto int. dir. civ. e pol.» (Cfr. FERRUA, *La sentenza costituzionale sull’inappellabilità del proscioglimento e il diritto al “riesame” dell’imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 5, 611, oltre che FIORIO, *Il diritto al controllo e la riforma della sentenza di assoluzione*, in GAITO, CHINNICI, *Regole europee e processo penale*, Padova, 2016, 252). In altri termini, il nuovo art. 593 c.p.p. ha, da un lato, mantenuto la generale impugnabilità in appello, ad opera dell’imputato e del pubblico ministero, delle sentenze di condanna, ad eccezione di alcuni casi specifici; dall’altro lato, ha determinato una sostanziale modifica in tema di appellabilità delle sentenze di proscioglimento, nella misura in cui esse non potevano essere impugnate né dall’imputato, né dal pubblico ministero, salvo che in caso di “nuove prove”, sempre che quest’ultime fossero ritenute decisive ai fini della decisione. A tal proposito, si segnala che il nuovo art. 593, 2° comma, c.p.p. aveva circoscritto -mediante l’espresso richiamo al solo art. 603, 2° comma, c.p.p.- il concetto di “nuove prove”, rilevante ai fini dell’appellabilità di una sentenza di proscioglimento, ai soli elementi probatori sopravvenuti o scoperti dopo il giudizio di primo grado. Ad ogni buon conto, il rinnovato assetto delle impugnazioni nel processo penale così come riformato dalla “Legge Pecorella” è stato “cancellato” dalla Corte Costituzionale, la quale, in due occasioni (Corte cost., 6 febbraio 2007 n. 26, E.F., in *Giur. cost.*, 2007, 1, 221, nonché Corte cost., 4 aprile 2008, n. 85, S.D. e altro, in *Cass. pen.* 2008, 10, 3579), ha censurato la scelta legislativa, poiché aveva comportato un’irragionevole differenziazione tra i poteri e le facoltà processuali riconosciute, in materia di impugnazioni, in capo al pubblico ministero ed all’imputato. Tuttavia, dalla suspecificata esperienza è possibile trarre degli elementi utili per la presente riflessione. Infatti, la Corte costituzionale, in sede di censura della “Legge Pecorella” ha avuto modo di soffermarsi, seppur brevemente, sulla problematica del «rapporto solo “mediato” che il giudice dell’appello ha con le prove». Nello specifico, la Consulta, pur non entrando nel merito della lamentata distonia del sistema -relativa al mantenimento di impugnazioni di tipo tradizionale nell’ambito di un processo a carattere tendenzialmente accusatorio- ha osservato che «è assorbente la considerazione che il rimedio all’eventuale deficit delle garanzie che assistono una parte processuale va rinvenuto - in via preliminare - in soluzioni che escludano quel difetto, e non già in una eliminazione dei poteri della parte contrapposta che generi un radicale squilibrio nelle rispettive posizioni. All’obiezione, poi, che le possibili soluzioni alternative al problema dianzi evidenziato, almeno ove calibrate sull’attuale assetto del sistema delle impugnazioni, peserebbero negativamente sui tempi di definizione del giudizio, è agevole replicare che neppure la ragionevole durata del processo - principio che, per costante affermazione di questa Corte, va contemplato con il complesso delle altre garanzie costituzionali (ex plurimis, sentenza n. 219 del 2004; ordinanze n. 420 e n. 418 del 2004, n. 251 del 2003, n. 458 e n. 519 del 2002) - può essere perseguita, come nella specie, attraverso la totale soppressione di rilevanti facoltà processuali di una sola delle parti. E ciò a prescindere dalla possibilità - da più parti prospettata e che resta aperta alla valutazione del legislatore - di una revisione organica del regime delle impugnazioni, intesa ad eliminare le tensioni da cui, per quanto accennato, il problema stesso trae origine.» (Corte cost., 6 febbraio 2007 n. 26, cit., 221).

to dialettico tra le parti titolari degli interessi antagonisti del processo- il procedimento d'appello era strutturato «in termini sostanzialmente analoghi a quelli caratterizzanti l'abrogato assetto codicistico»³⁶ -di natura inquisitoria- e ciò è avvenuto in difetto di una norma costituzionale che imponesse al legislatore di assicurare un effettivo doppio grado di giurisdizione di merito³⁷. Permaneva, tuttavia, la necessità di risolvere la problematica relativa all'assenza di un'adeguata tutela delle garanzie difensive dell'imputato assolto in primo grado e condannato all'esito di un giudizio d'appello in cui non trovavano "diritto di cittadinanza" né il principio di oralità, né il principio di

³⁶ FIORIO, *Il diritto al controllo e la riforma della sentenza di assoluzione*, in GAITO, CHINNICI, *Regole europee e processo penale*, Padova, 2016, 250. A tal proposito, si veda, altresì, GAETA, MACCHIA, *L'appello*, cit., 297, secondo cui «nonostante la nuova Weltanschauung accusatoria rimpiazzasse il passato inquisitorio e la "colonna sonora" del dibattimento di primo grado avesse musicalità di certo assai diverse rispetto a quelle del passato; nonostante tutto ciò l'appello sopravvive essenzialmente immutato, rispetto al passato, nel nuovo rito penale».

³⁷ Sul punto, si v. SPANGHER, *Il doppio grado di giurisdizione*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, 2000, 105, secondo cui «il doppio grado di giurisdizione può essere definito come quel modello di disciplina giuridica che, per ogni controversia suscettibile di esame sul merito, consente, ad opera di due giudici diversi, due successive statuizioni sul rapporto giuridico dedotto nel processo, la seconda delle quali di competenza di un giudice di grado superiore al primo, destinata a prevalere sulla precedente». Sul punto, va segnalato, in realtà, che pur in presenza di opinioni favorevoli in dottrina (CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, cit., p. 54; si v., tra gli altri, CERESA-GASTALDO, *I limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento: discutibili giustificazioni e gravi problemi di costituzionalità*, in *Cass. pen.*, 2007, 2, 827; VERRINA, *Doppio grado di giurisdizione, convenzioni internazionali e Costituzione*, in GAITO (a cura di), *Le impugnazioni penali*, Torino, 1998, Vol. 1, pp. 143 ss.), la giurisprudenza ha, in plurime occasioni, ritenuto che la garanzia del doppio grado di giurisdizione non godesse, di per sé, di una copertura costituzionale, ma, al contrario, l'art. 111 Cost. prescriveva esclusivamente la necessaria previsione del ricorso in Cassazione, anche se per soli motivi di legittimità. A tal proposito si v., tra le tante, Corte cost., 28 ottobre 2014, n. 243, in *Foro it.*, 2015, 2, I, 358; Corte cost., 10 marzo 2014, n. 42, in *Giur. Cost.*, 2014, 2, 976; Corte cost., 12 luglio 2013, n. 190, in *Giur. Cost.*, 2013, 4, 2728; Corte cost., 15 aprile 1981, n. 62, in *Giur. cost.*, 1981, I, 351. Tuttavia, sul punto, si veda PADOVANI, *Il doppio grado di giurisdizione. Appello dell'imputato, appello del p.m., principio del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2003, 13, 4023, il quale -richiamando l'art. 2 del VII Protocollo annesso alla CEDU e l'art. 14 5° comma, del Patto internazionale dei diritti civili e politici- afferma che «ritenere il doppio grado di giurisdizione "del tutto" sprovvisto di un riconoscimento, se non di livello costituzionale, in qualche misura vincolante almeno per l'ordinamento processuale penale, sarebbe senza dubbio scorretto». Sono di contrario avviso DELLA MONICA, *L'appello*, in KALB (a cura di), *Impugnazioni. Esecuzione penale. Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in SPANGHER, MARANDOLA, GARUTI, KALB (diretto da), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, Vol. IV, Milanofiori, 2015, 88, secondo cui «il 'doppio grado di giurisdizione di merito' non trova pieno riconoscimento neppure nelle carte internazionali e, in particolare, nell'art. 14, § 5, P.i.d.c.p. e nell'art. 2 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Tale ultima disposizione, dopo aver sancito la facoltà di sottoporre la decisione penale di condanna ad un giudice di grado superiore, demanda la individuazione del relativo ambito di operatività alla discrezionalità dei legislatori nazionali e, comunque, non esclude che il controllo possa limitarsi ad un vaglio di mera legittimità».

immediatezza³⁸.

A ciò s'aggiunga che l'emissione di una sentenza di condanna per la prima volta in appello determinava, altresì, la violazione da parte del diritto nazionale delle norme della CEDU, con particolare riferimento all'art. 6, 3° comma, lett. d), alla cui stregua «ogni accusato ha diritto di [...] esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico».

Pertanto, la giurisprudenza convenzionale non ha esitato a “denunciare” la succitata violazione, evidenziando, in plurime occasioni, l'importanza della c.d. «prova viva» -ossia della prova formatasi mediante un contatto diretto con il giudice chiamato a valutarla- la quale è l'unica ipoteticamente in grado di giustificare un'eventuale *reformatio in peius* della sentenza di primo grado³⁹.

Infatti, la Corte EDU ha rilevato che, di regola, «coloro che hanno la responsabilità di decidere sulla colpevolezza o l'innocenza degli accusati devono in linea di principio essere in grado di sentire i testimoni e di valutare la loro attendibilità in prima persona. La valutazione dell'attendibilità di un testimone è un compito complesso che di solito non può essere soddisfatto da una semplice lettura delle sue dichiarazioni»⁴⁰: ne deriva, allora, che «nel caso in cui, una Corte d'appello è chiamata ad esaminare i fatti e la legge e quindi a compiere una valutazione completa circa la colpevolezza o l'innocenza dell'imputato, non può, secondo i principi del giusto processo, correttamente giungere a decidere di tali questioni senza effettuare una valutazione diretta delle prove»⁴¹.

Il citato orientamento della Corte EDU ha influenzato inevitabilmente anche la giurisprudenza interna, con particolare riferimento all'istituto della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello.

Infatti, le Sezioni unite della Corte di cassazione -evidenziando la rilevanza della presunzione di non colpevolezza dell'imputato *ex art. 27 Cost.* nonché del principio dell'accertamento della responsabilità penale “al di là di ogni

³⁸ «Il ribaltamento in seguito ad un appello “cartolare” di sentenze emesse sulla base di un accertamento in contraddittorio è stato analizzato e criticato, in primo luogo, sul versante epistemologico: 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» (TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU*, cit., 240).

³⁹ 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., 165-166.

⁴⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. III, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, cit., 1.

⁴¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. III, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, cit., 1.

ragionevole dubbio” ex art. 533 c.p.p.- hanno chiarito che la disciplina prevista dal previgente art. 603 c.p.p. «non prende[va] in considerazione l'ipotesi in cui il giudice di appello [interpretasse] le risultanze di prove dichiarative in termini antitetici alle conclusioni assunte in primo grado. Ma, mentre il ribaltamento in senso assolutorio del giudizio di condanna operato dal giudice di appello pur senza rinnovazione della istruzione dibattimentale è perfettamente in linea con la presunzione di innocenza, presidiata dai criteri di giudizio di cui all'art. 533 c.p.p., diversamente è da dire nell'ipotesi inversa»: ne consegue, quindi, che «nel nostro ordinamento processuale - che ha prescelto a statuto cognitivo fondante del processo penale il modello accusatorio, ispirato ai principi fondamentali della oralità della prova, della immediatezza della sua formazione davanti al giudice chiamato a decidere e della dialettica delle parti nella sua formazione - il giudice di appello, che ripete tutti i poteri decisorii 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»⁴².

Pertanto, la Suprema Corte ha sostenuto la necessità che il giudice d'appello, qualora intenda riformare in senso peggiorativo la sentenza di primo grado, proceda, anche d'ufficio, alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale attra-

⁴² Cfr. Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta, cit., 3209, nella quale si legge, altresì, che «deve infatti riconoscersi che, nel modello di giudizio ordinario, "contraddittorio", "oralità", "immediatezza" nella formazione della prova e "motivazione" del giudice di merito sono entità strettamente correlate. Dal lato del giudice, la percezione diretta è il presupposto tendenzialmente indefettibile di una valutazione logica, razionale e completa. L'apporto informativo che deriva dalla diretta percezione della prova orale è condizione essenziale della correttezza e completezza del ragionamento sull'apprezzamento degli elementi di prova, tanto più in relazione all'accresciuto standard argomentativo imposto per la riforma di una sentenza assolutoria dalla regola del "ragionevole dubbio", che, come già osservato, si collega direttamente al principio della presunzione di innocenza. Dal lato dell'imputato assolto in primo grado, la mancata rinnovazione della prova dichiarativa precedentemente assunta sacrifica una efficace confutazione delle argomentazioni svolte nell'appello del p.m. che possa trarre argomenti dall'interlocuzione diretta con la fonte le cui affermazioni siano state poste a sostegno della tesi di accusa. [...] Ne discende che, nel caso di appello proposto contro una sentenza di assoluzione fondata su prove dichiarative (assunte nel corso del dibattimento ma eventualmente anche in sede di incidente probatorio), la rinnovazione della istruzione dibattimentale si profila come "assolutamente necessaria" ex art. 603 c.p.p., comma 3: tale presupposto, infatti, al di là dei casi di incompletezza del quadro probatorio, si collega, più generalmente, alla esigenza che il convincimento del giudice di appello, nei casi in cui sia in questione il principio del "ragionevole dubbio", replichi l'andamento del giudizio di primo grado, fondandosi su prove dichiarative direttamente assunte.».

verso l'esame dei soggetti che abbiano reso dichiarazioni sui fatti del processo, ritenute decisive ai fini del giudizio assolutorio di primo grado⁴³.

Alla luce del prefato orientamento, il legislatore -con la succitata l. 23 giugno 2017, n. 103- ha "cristallizzato" le pronunce giurisprudenziali mediante l'introduzione del comma 3-*bis* nell'ambito dell'art. 603 c.p.p..

Tuttavia, per ragioni di completezza, preme segnalare che, sin dall'entrata in vigore della nuova disposizione normativa, in dottrina sono emerse alcune criticità in ordine alla concreta applicazione della nuova ipotesi di rinnovazione, che sono già state colmate, seppur non in modo pacifico, in sede interpretativa.

In breve e senza pretese di esaustività, la norma in discorso omette qualsiasi riferimento a soggetti diversi dal pubblico ministero: il legislatore, infatti, non si pronuncia né sulla parte civile⁴⁴ -in riferimento alla quale la succitata Sentenza Dasgupta aveva esteso l'obbligo di rinnovazione- né, tantomeno, sull'imputato⁴⁵.

⁴³ Per un orientamento precedente e contrario al principio espresso dalle Sezioni unite, si v. Cass., sez. II, 8 novembre 2012, n. 46065, Consagra, in *Mass. Uff.*, 254726, secondo cui «il principio per cui la riassunzione di prove già acquisite nel dibattimento di primo grado - stabilito nell'art. 603 c.p.p., comma 1 - sia subordinata ad una duplice circostanza (ossia che: a) i dati probatori già acquisiti siano incerti; b) l'incombente richiesto sia decisivo e, quindi, idoneo ad eliminare le eventuali incertezze ovvero ad inficiare ogni altra risultanza) è perfettamente coincidente e sovrapponibile con il principio di diritto enunciato dalla Corte EDU secondo il quale il giudice di appello non può decidere sulla base delle testimonianze assunte nel giudizio di primo grado limitandosi ad una mera rivalutazione - in termini di attendibilità - delle medesime (in senso peggiorativo per l'imputato) quando siano decisive.».

⁴⁴ Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta, cit., 3211, la quale afferma che l'obbligo di rinnovazione sussiste anche «nella ipotesi in cui il rovesciamento della pronuncia di assoluzione di primo grado sia sollecitata nella prospettiva degli interessi civili, a seguito di impugnazione della sola parte civile [...], essendo anche in questo caso in gioco la garanzia del giusto processo a favore dell'imputato coinvolto in un procedimento penale, dove i meccanismi e le regole sulla formazione della prova non subiscono distinzioni a seconda degli interessi in gioco, pur se di natura esclusivamente civilistica; tanto che anche in un contesto di impugnazione ai soli effetti civili deve ritenersi attribuito al giudice il poterdovere di integrazione probatoria di ufficio ex art. 603 c.p.p., comma 3.».

⁴⁵ La specifica circostanza è stata giudicata in maniera negativa da parte della dottrina secondo cui non è comprensibile «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» (MACCHIA, *Le novità dell'appello: rinnovazione dell'appello, concordato sui motivi*, cit., 13). Sul punto, si v., altresì, SCACCIANOCE, *La Riforma "Orlando" e la semplificazione del sistema delle impugnazioni. Dalla "specificità" dei motivi alla struttura "mutevole" dell'appello*, cit., 903, per la quale la circostanza che la nuova rinnovazione obbligatoria può essere promossa, esclusivamente, dal pubblico ministero «resta, infatti, una grave distonia sul piano dell'effettiva garanzia del diritto di difesa, che lascia assai perplessi: la conferma di una condanna può legittimamente essere decisa anche mediante una mera rivalutazione delle prove dichiarative assunte in primo grado, la prima condanna in secondo grado invece no. Al riguardo opportunamente è stato rilevato come entrambe le decisioni - proscioglimento e condanna - sottoposte al controllo non possano

Senonché, le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno avuto modo di pronunciarsi, da ultimo, in merito all'interrogativo se la rinnovazione dell'istruttoria in appello fosse obbligatoria anche in caso di impugnazione dell'imputato e, quindi, di *reformatio in melius* della sentenza di condanna di primo grado. In particolare, i giudici di legittimità -diversamente da quanto affermato dalla succitata dottrina e da un parte minoritaria della giurisprudenza⁴⁶ - hanno, da un lato, «valorizzato l'apporto informativo derivante dalla oralità e dal contraddittorio come condizioni essenziali della correttezza e completezza del ragionamento probatorio, dall'altro lato lo [hanno] posto in stretta relazione con il più intenso onere argomentativo imposto per la riforma di una sentenza assolutoria dalla regola del "ragionevole dubbio", quale canone di giudizio che informa l'intero sistema processuale». Ne consegue che «all'interno di tale prospettiva, [...] non v'è spazio per giungere alle medesime conclusioni nel diverso caso in cui, basandosi su una differente valutazione della prova dichiarativa nei due gradi di giudizio, la riforma in appello pervenga ad un esito assolutorio rispetto ad una sentenza di condanna pronunciata in primo grado»⁴⁷.

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» e CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte dellative. A proposito dell'imminente varo del d.d.l. C 4368 (e dei recenti interventi delle Sezioni Unite)*, cit., 168, il quale afferma che «se il rispetto del principio di immediatezza vale a ridurre il tasso di errore della decisione controllata, del «vantaggio competitivo» offerto dalla nuova norma beneficia, non meno dell'imputato, il pubblico ministero, che riuscirà più agevolmente a far emergere l'errore del proscioglimento. Fallito il primo tentativo, l'accusa avrà a disposizione uno strumento efficace per ribaltare il risultato; strumento che invece l'imputato non potrà invocare per rimuovere l'errore della condanna. Difficile negare che, così, si trattino irragionevolmente in modo (assai) diverso ipotesi nella sostanza identiche».

⁴⁶ Per quanto riguarda, invece, la giurisprudenza che ha condiviso lo specifico orientamento, si v., per tutte, Cass., sez. II, 20 giugno 2017, n. 41571, Marchetta, in *Mass. Uff.*, 270750 -la quale non ha aderito a quanto affermato, sul punto, dalla citata Sentenza Dasgupta- e Cass., Sez. II, 24 aprile 2014, Pipino, in *Mass. Uff.*, 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».

⁴⁷ Cass., sez. un., 21 dicembre 2017, n. 14800, P.G. in proc. Troise, cit., la quale argomenta il proprio epilogo decisorio, tra l'altro, affermando che «la disposizione che ha introdotto nel sistema codicistico il canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio è stata, non a caso, riferita dal legislatore all'esclusivo ambito di applicazione dell'art. 533 c.p.p., che attiene alla pronuncia di una sentenza di condanna, mentre dall'art. 530 c.p.p., che disciplina il diverso esito assolutorio, non soltanto non emerge un criterio di

Infine, con l'entrata in vigore del nuovo comma 3-*bis* dell'art. 603 c.p.p. è emersa un'ulteriore problematica attinente alla possibilità di estendere l'applicazione della nuova ipotesi di rinnovazione anche ai giudizi definiti con il rito abbreviato.

La risoluzione della specifica questione può apparire, a prima vista, quasi scontata, in considerazione, soprattutto, di quanto statuito, da ultimo, dalla citata "Sentenza Patalano", che -in perfetta sintonia con quanto già espresso dalla "sentenza Dasgupta"- ha chiarito che non rileva la tipologia di rito - ordinario, abbreviato condizionato o abbreviato semplice- in base alla quale viene definito il procedimento, ma, al contrario, il giudice d'appello che voglia riformare in senso peggiorativo una sentenza di assoluzione di primo grado deve, in ogni caso, rinnovare, necessariamente, l'assunzione delle prove ritenute decisive ai fini dell'accertamento della responsabilità dell'imputato⁴⁸.

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, ciò che equivale a descrivere - dalla prospettiva dell'assoluzione - il mancato soddisfacimento della regola del ragionevole dubbio». Pertanto, posto che «presunzione di innocenza e ragionevole dubbio impongono soglie probatorie asimmetriche in relazione alla diversa tipologia dell'epilogo decisionario: la certezza della colpevolezza per la condanna, il dubbio processualmente plausibile per l'assoluzione», allora è chiaro che «nell'ipotesi di riforma in senso assolutorio di una sentenza di condanna, il giudice di appello non ha l'obbligo di rinnovare l'istruzione dibattimentale mediante l'esame dei soggetti che hanno reso dichiarazioni ritenute decisive ai fini della condanna di primo grado. Tuttavia, il giudice di appello (previa, ove occorra, rinnovazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva ai sensi dell'art. 603 c.p.p.) è tenuto ad offrire una motivazione puntuale e adeguata della sentenza assolutoria, dando una razionale giustificazione della difforme conclusione adottata rispetto a quella del giudice di primo grado». Inoltre, la Suprema Corte chiarisce che l'ambito di operatività del principio di immediatezza «non ha carattere assoluto, ma deve, anzi, essere considerato recessivo là dove, come nel caso della riforma di una sentenza di condanna, il principio del ragionevole dubbio non venga in questione»; infatti, «l'applicazione della regola dell'immediatezza nell'assunzione di prove dichiarative decisive si impone unicamente in caso di sovvertimento della sentenza assolutoria, poiché è solo tale esito decisionario che conferma la presunzione di innocenza e rafforza il peso del ragionevole dubbio - operante solo pro reo e non per le altre parti del processo - sulla valenza delle prove dichiarative. È proprio tale asimmetrica incidenza del principio del ragionevole dubbio, operante in favore del solo imputato, che rende necessitato il ricorso al metodo di assunzione della prova dichiarativa, epistemologicamente più affidabile, unicamente per il sovvertimento in appello della decisione assolutoria di primo grado. Trova così una razionale giustificazione, alla stregua delle regole costituzionali del giusto processo, il diverso e meno rigoroso protocollo di assunzione cartolare della prova dichiarativa nell'ipotesi della riforma di una sentenza di condanna. Il principio di immediatezza agisce come fondamentale, ma non indispensabile, connotato del contraddittorio e non è affatto dotato di valenza costituzionale autonoma, subendo anzi svariate, e del tutto giustificate, deroghe (con riferimento, ad es., alla possibile valutazione di prove precostituite) nella disciplina processuale ordinaria. Di certo, però, esso non può essere usato per modificare le caratteristiche del giudizio di appello, trasformandone la natura sostanzialmente cartolare in quella di un novum iudicium, con l'ulteriore rischio di una irragionevole diluizione dei tempi processuali».

⁴⁸ Cass., sez. un., 19 gennaio 2017, n. 18620, Patalano, cit., 2670, la quale ha affermato che «il canone "oltre ogni ragionevole dubbio" pretende che, in mancanza di elementi sopravvenuti, l'eventuale rivisita-

Tuttavia, parte della giurisprudenza ha ritenuto superato il principio di diritto espresso dalla “sentenza Patalano”, tanto da sollevare una nuova questione alle Sezioni unite⁴⁹.

In ogni caso, il Primo presidente della Corte di cassazione ha restituito gli atti alla Sezione rimettente per una nuova valutazione alla luce di quanto affermato, sul punto, dalla giurisprudenza più recente.

In particolare, la succitata “Sentenza Troise” ha chiarito 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 comma 3-*bis* ad ogni tipo di giudizio, ivi compresi i procedimenti svoltisi in primo grado con il rito abbreviato»⁵⁰.

zione in senso peggiorativo compiuta in appello sia sorretta da argomenti dirimenti e tali da evidenziare oggettive carenze od insufficienze della decisione assolutoria, che deve, quindi, rivelarsi, a fronte di quella riformatrice, non più sostenibile, neppure nel senso di lasciare aperti residui ragionevoli dubbi sull'affermazione di colpevolezza. Ciò significa, come evidenziato nella sentenza Dasgupta, che per riformare un'assoluzione non basta una diversa valutazione di pari plausibilità rispetto alla lettura del primo giudice, occorrendo invece “una forza persuasiva superiore”, capace, appunto, di far cadere ogni ragionevole dubbio, perché, mentre la condanna presuppone la certezza della colpevolezza, l'assoluzione non presuppone la certezza dell'innocenza, bensì la mera non certezza della colpevolezza». Stando così le cose, allora, l'eventuale reformatio in peius della sentenza di assoluzione pronunciata all'esito del giudizio di primo grado presuppone «che si faccia ricorso al metodo di assunzione della prova epistemologicamente più affidabile; sicché la eventuale rinuncia dell'imputato al contraddittorio nel giudizio di primo grado non fa premio sulla esigenza di rispettare il valore obiettivo di tale metodo ai fini del ribaltamento della decisione assolutoria». Pertanto, «anche nell'ambito del giudizio 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”».

⁴⁹ Cass., sez. II, 8 novembre 2017, n. 55419, D.M.V., D.M.S., D.M.E., D.M.G., D.S.A., D.S.G., P.B. e S.D., in *Diritto & Giustizia* 2017, 13 dicembre, la quale ha affermato, che «a prima vista un'elementare riflessione sul tenore letterale e sulla ratio della nuova disposizione, dovrebbe indurre ad escludere la sua applicabilità alle vicende processuali definite in primo grado con rito abbreviato, salve le limitate ipotesi in cui il Giudice procedente in primo grado abbia direttamente assunto alcune fonti dichiarative ex art. 438 c.p.p., comma 5, ovvero ex art. 441 c.p.p., comma 5. Se, sotto il profilo letterale, il concetto di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, presupporrebbe un'istruttoria dibattimentale in primo grado che nel rito abbreviato è esclusa per definizione, la ratio sottesa alla nuova disposizione in esame dovrebbe essere quella di escludere che una diversa valutazione contra reum di una fonte dichiarativa (rispetto alla valutazione che di tale prova rappresentativa è stata effettuata dal giudice che ha proceduto all'assunzione nella pienezza dell'oralità del contraddittorio), sia possibile ove il secondo giudicante non riviva previamente l'oralità dell'assunzione. Con il corollario che se il primo giudice ha effettuato una valutazione soltanto cartolare della fonte dichiarativa, non v'è ragione per imporre l'assunzione della prova dichiarativa al Giudice di secondo grado, investito della questione da un appello del pubblico ministero che sollecita una reformatio in peius, posto che non v'è alcuna esigenza di far rivivere un'oralità che non v'è mai stata».

⁵⁰ Cass., sez. un., 21 dicembre 2017, n. 14800, P.G. in proc. Troise, cit., la quale, ponendosi sulla me-

Ad ogni buon conto, la problematica circa l'obbligo di procedere alla rinnovazione in appello delle prove dichiarative anche in caso di giudizio abbreviato tipico, sembra essere ben lontana da una sua definitiva risoluzione poiché è stata sollevata, altresì, una questione di legittimità costituzionale dell'art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p. -rispetto agli artt. 111 e 117 Cost.- «nella parte in cui dovrebbe ricevere applicazione anche nei giudizi definibili allo stato degli atti ai sensi degli artt. 438 e ss. c.p.p.»⁵¹.

5. Appello e rinnovata assunzione delle dichiarazioni dei periti e dei consulenti tecnici: quali confini tra discrezionalità ed obbligatorietà?

Tornando al punto di partenza, è chiaro che la risposta all'interrogativo se l'attuale assetto normativo -anche alla stregua del nuovo art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p.- "imponga" l'assunzione non solo delle prove dichiarative "in senso stretto", ma anche della perizia o della consulenza tecnica in caso di *reformatio in peius* della sentenza di primo grado, non possa prescindere dal delineato contesto ermeneutico.

desima impostazione espressa dalla "Sentenza Patalano", ha chiarito che «la richiesta formulata dall'imputato ai sensi dell'art. 438 c.p.p., comma 1, introduce un giudizio solo tendenzialmente impostato a prova "contratta" (ex art. 438 c.p.p., comma 5, art. 441 c.p.p., comma 5 e art. 441-bis c.p.p., comma 5), il cui svolgimento non preclude l'esercizio dei poteri officiosi assegnati al giudice d'appello dall'art. 603 c.p.p., comma 3 [...] ed il cui scopo, nel caso venga pronunciata una sentenza di condanna che abbia ribaltato una sentenza assolutoria, rimane sempre e comunque quello del superamento di ogni ragionevole dubbio nella prospettiva dell'avvenuta costituzionalizzazione del principio del giusto processo [...] La decisione assolutoria del primo giudice è sempre tale da ingenerare la presenza di un dubbio sul reale fondamento dell'accusa. Dubbio che può ragionevolmente essere superato solo attraverso una concreta variazione della base cognitiva utilizzata dal giudice d'appello, unitamente ad una corrispondente "forza persuasiva superiore" della relativa motivazione, quando il meccanismo della rinnovazione debba essere attivato in relazione ad una prova dichiarativa ritenuta decisiva nella prospettiva dell'alternativa decisoria sopra indicata». Ne consegue che «la rinuncia al contraddittorio, d'altronde, non può riflettersi negativamente sulla giustizia della decisione, nè può incidere sulla prioritaria funzione cognitiva del processo, il cui eventuale esito di condanna esige, sia nel giudizio ordinario che in quello abbreviato, la prova della responsabilità oltre ogni ragionevole dubbio, poiché oggetto del consenso dell'imputato ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 5 è la rinuncia ad un metodo di accertamento, il contraddittorio nella formazione della prova, non all'accertamento della responsabilità nel rispetto del canone epistemologico attraverso cui si inverte il principio stabilito dall'art. 27 Cost., comma 2.».

⁵¹ Corte App. Trento, ord. 20 dicembre 2017, in www.archiviopenale.it, la quale lamenta l'illegittimità costituzionale dell'art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p. -nella misura in cui viene applicato anche ai giudizi definiti con le forme del rito abbreviato- in relazione, soprattutto, con alcuni dei principi caratterizzanti il giusto processo ex art. 111 Cost., quali la ragionevole durata dei processi, la deroga, su consenso delle parti, al contraddittorio nella formazione della prova e la regola secondo cui ogni processo deve svolgersi in contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità. Ad ogni modo, i succitati dubbi di costituzionalità non sono stati, invece, condivisi da Corte App. Palermo, ord. 8 febbraio 2018, Mannino, cit., 218, secondo cui la norma in discorso, nell'interpretazione espressa dal diritto vivente, consente una maggiore tutela del principio di non colpevolezza dell'imputato, e, pertanto, non si porrebbe in contrasto con i principi costituzionali del "giusto processo".

Infatti, per un verso è evidente che le ipotesi tradizionali di rinnovazione consentono l'assunzione in appello della prova tecnica a condizione che il giudice dell'impugnazione non sia in grado di decidere la causa, a cagione della lacunosità e non completezza dell'istruttoria di primo grado, tanto che è pacificamente ammessa la rinnovazione di un accertamento peritale nel caso in cui il giudice non sia, di fatto, in grado di decidere allo stato degli atti.

Per altro verso, invece, la possibilità di una riassunzione "obbligatoria" in appello degli accertamenti peritali ai sensi del nuovo art. 603, comma 3-bis c.p.p., sembra essere esclusa a monte, non solo da quanto manifestato nel corso dei lavori preparatori dal legislatore³², ma anche, per l'effetto, dal tenore letterale della norma in discorso, che rinvia, per l'appunto, alle sole prove dichiarative. Il che sembrerebbe, pertanto, non ammettere l'eventuale obbligo di riassumere in appello quei mezzi di prova che non rientrano nel concetto tradizionale di "prove dichiarative" come, per l'appunto, la perizia o la consulenza tecnica.

A ciò s'aggiunga che la riassunzione in appello della perizia sembra essere esclusa anche in ragione della circostanza che le prove oggetto della nuova ipotesi di rinnovazione debbano essere esclusivamente quelle ritenute "decisive" per la riforma della sentenza di primo grado.

Sennonché, è consolidato l'orientamento interpretativo secondo il quale la perizia non può essere considerata in ogni caso un mezzo di prova decisivo ai sensi dell'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p. in quanto per sua natura neutro, ossia sottratto alla disponibilità delle parti per l'impossibilità di ritenerlo a carico o a discarico delle stesse.

In altri termini, l'eventuale provvedimento con cui il giudice rigetti la richiesta di assunzione dello specifico accertamento peritale non è, di fatto, sindacabile in sede di legittimità se non per motivi attinenti alla motivazione della decisione.

Infatti, in giurisprudenza, con riguardo alla perizia, «si è affermata un'impostazione univoca secondo la quale si è dinanzi ad una prova "neutra", come tale sottratta al potere dispositivo delle parti ed affidata esclusivamente alla discrezionalità del giudice. Se ne deduce, perciò, che la decisione dell'organo giurisdizionale di non ammettere tale mezzo di prova richiesto dalle parti, se sorretta da adeguata motivazione, è insindacabile dinanzi alla Suprema Corte e soprattutto, non suscettibile di ricorso in Cassazione ex art. 606 comma 1 lett. d) c.p.p.. Ciò in quanto, a parere della Suprema Corte, la

³² Si v. FERRANTI, *Relazione in sede di discussione generale del disegno di legge n. 2798-A*, in *Resoconto stenografico dell'Assemblea. Seduta n. 469 di lunedì 27 luglio 2015*, cit., *passim*.

perizia, non può formare oggetto di prova decisiva, a carico o a discarico, poiché “mezzo di prova per sua natura neutro”⁵³.

In realtà, al riguardo, preme evidenziare, innanzitutto, che il nuovo art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p. -diversamente da quanto espresso dalla giurisprudenza di legittimità- descrive testualmente un’ipotesi di rinnovazione dell’istruttoria in appello non circoscritta al mezzo di prova oggetto del contrasto valutativo tra i giudici di primo e secondo grado: infatti, il legislatore ha omesso di indicare espressamente che le prove da rinnovare debbano essere esclusivamente quelle ritenute decisive ai fini della riforma della sentenza assolutoria. Pertanto, la scelta letterale compiuta dal legislatore ha spinto i primi commentatori della novella legislativa ad affermare che la rinnovazione in appello debba estendersi a tutta l’istruzione dibattimentale e non solo ai mezzi di prova che erano risultati decisivi per la pronuncia della sentenza di assoluzione.

Infatti, «la rinnovazione dell’istruzione dibattimentale proietta il giudice in una dimensione orale che non può ridursi alla sola riedizione della prova dichiarativa decisiva, dovendo, l’oralità “essere assicurata ad ogni elemento su cui la nuova decisione poggerà le sue basi”, potendosi, perciò, estendere all’intera istruzione dibattimentale del primo grado»⁵⁴.

Di contro, sul punto si è evidenziato, che la nuova ipotesi di rinnovazione

⁵³ MONTAGNA, *La perizia come prova neutra*, in *Proc. pen. Giust.*, 2014, 3, 95. In relazione all’orientamento giurisprudenziale sul punto, si v., per tutte, Cass., sez. un., 23 marzo 2017, n. 39746, A.C., in *Cass. pen.*, 2018, 2, 500, secondo cui «la mancata effettuazione di un accertamento peritale (nella specie sulla capacità a testimoniare di un minore vittima di violenza sessuale) non può costituire motivo di ricorso per cassazione ai sensi dell’art. 606, comma 1, lett. d), c.p.p., in quanto la perizia non può farsi rientrare nel concetto di prova decisiva, trattandosi di un mezzo di prova “neutro”, sottratto alla disponibilità delle parti e rimesso alla discrezionalità del giudice, laddove l’articolo citato, attraverso il richiamo all’art. 495, comma 2, c.p.p., si riferisce esclusivamente alle prove a discarico che abbiano carattere di decisività.»

⁵⁴ SCACCIANOCE, *La Riforma “Orlando” e la semplificazione del sistema delle impugnazioni. Dalla “specificità” dei motivi alla struttura “mutevole” dell’appello*, cit., 902. Sul punto, si v. altresì, 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., 166, dove si legge che «sembra evidente che la nuova ipotesi di rinnovazione dovrà riguardare l’intera istruzione dibattimentale del primo grado, e non solo la singola prova “decisiva” la cui valutazione non sia condivisa dall’appellante. Il testo della norma non pare consentire alternative. Del resto, l’impugnazione in punto di responsabilità apre alla possibile rivalutazione in peius da parte del giudice di qualsiasi prova assunta, non solo di quella che sorregge la decisione assolutoria (ossia, quella ritenuta “decisiva” dal giudice del provvedimento impugnato). Anzi, all’operazione demolitoria dell’elemento a discarico, si accompagna pressoché inevitabilmente la riconsiderazione dell’attendibilità, prima negata, della prova a carico. Dunque, una volta assunto come postulato che un giudizio “sulle carte” non è idoneo a giustificare la riforma della sentenza, la superiore qualità del metodo di riconsiderazione live della prova dichiarativa dovrà essere assicurata ad ogni elemento su cui la nuova decisione poggerà le sue basi. E non essendo evidentemente ipotizzabile una selezione nella fase prodromica del giudizio, la Corte non potrà che disporre l’integrale riedizione dell’istruttoria.»

dell'istruttoria non può prescindere dai motivi oggetto dell'atto di appello del pubblico ministero: ne consegue che «non tutte le prove dichiarative debbano essere rinnovate ma solo quelle la cui valutazione effettuata dal primo Giudice sia contestata nell'atto di appello e che assuma la qualità di "prova decisiva", ossia di prova la cui valutazione abbia condotto il primo giudicante alla pronuncia assolutoria e che, nella logica dell'impugnante, risulti decisiva per il ribaltamento della pronuncia assolutoria.»⁵⁵.

Pertanto, rimangono ancora valide le argomentazioni sostenute sul punto dalle "sentenza Dasgupta", che hanno affermato che «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-

⁵⁵ Corte App. Palermo, ord. 8 febbraio 2018, Mannino, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 2, 218, nella quale, sul punto, si legge altresì, che «è chiaro che, non essendo prevista alcuna facoltà discrezionale, tanto rende il giudice di appello obbligato alla rinnovazione nella misura in cui viene evidenziata, nella tesi dell'appellante, la "decisività" dell'assunzione della prova ai fini del chiesto ribaltamento in ordine alla sua valutazione. Dunque, nessuna valutazione anticipatoria sul "merito" del giudizio è richiesto al giudice di appello, ma solo quella sulla "decisività" della prova a fini della valutazione delle ragioni esposte dall'appellante. Pertanto, la rinnovazione è sempre delimitata da tale parametro e, in questa fase, atiene solo alla valutazione della prospettazione della sua "decisività". Da tanto va nettamente distinto il giudizio sulla valutazione, necessariamente successiva alla assunzione della prova dal punto di vista contenutistico, all'evidenza conseguente al criterio epistemologico della sua assunzione diretta.». Sul punto si v., altresì, Cass., sez. un., 21 dicembre 2017, n. 14800, P.G. in proc. Troise, in *Diritto & Giustizia*, 2018, 4 aprile, la quale, in ordine alla specifica questione, afferma che «il nuovo quadro normativo risultante dai numerosi innesti operati per effetto della L. n. 103 del 2017 non impone affatto di ritenere che il giudice di appello sia obbligato a disporre una rinnovazione generale ed incondizionata dell'attività istruttoria svolta in primo grado, ben potendo quest'ultima essere concentrata solo sulla fonte la cui dichiarazione sia oggetto di una specifica censura da parte del pubblico ministero attraverso la richiesta di una nuova valutazione da parte del giudice di appello, operando poi, nel caso in cui a seguito di tale rinnovazione dovesse apparire "assolutamente necessario" lo svolgimento di ulteriore attività istruttoria, la disciplina ordinaria prevista dall'art. 603 c.p.p., comma 3. L'espressione utilizzata dal legislatore nella nuova disposizione di cui al comma 3-bis, secondo cui il giudice deve procedere, nell'ipotesi considerata, alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, non equivale infatti alla introduzione di un obbligo di rinnovazione integrale dell'attività istruttoria - che risulterebbe palesemente in contrasto con l'esigenza di evitare un'automatica ed irragionevole dilatazione dei tempi processuali -, ma semplicemente alla previsione di una nuova, mirata, assunzione di prove dichiarative ritenute dal giudice d'appello "decisive" ai fini dell'accertamento della responsabilità, secondo i presupposti già indicati da questa Corte nella sentenza Dasgupta. Coordinando la locuzione impiegata dal legislatore nel comma 3-bis ("il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale") con quelle - del tutto identiche sul piano lessicale - già utilizzate nei primi tre commi della medesima disposizione normativa, deve pertanto ritenersi che il giudice d'appello sia obbligato ad assumere nuovamente non tutte le prove dichiarative, ma solo quelle che - secondo le ragioni puntualmente e specificamente prospettate nell'atto di impugnazione del pubblico ministero - siano state oggetto di erronea valutazione da parte del giudice di primo grado e vengano considerate decisive ai fini dello scioglimento dell'alternativa "proscioglimento-condanna».

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.»⁵⁶.

Alla stregua di quanto detto, pare non sia discutersi che *de iure posito* la riassunzione in appello della prova tecnica sia tecnicamente possibile, ma improbabile per tendenza.

Sennonché, la questione presenta, in ogni caso, dei profili di indubbio interesse, soprattutto nella misura in cui occorre comprendere se possa ritenersi comunque "giusta" la decisione del giudice di appello di riformare la sentenza di assoluzione di primo grado, fondando il proprio *overruling* sulla mera rivalutazione cartolare dei contenuti della relazione peritale ovvero dalla consulenza tecnica di parte⁵⁷.

Infatti, l'eventuale risposta negativa al prefato interrogativo comporterebbe, come accennato in precedenza, un'irragionevole disparità di trattamento, tanto che si renderebbe necessaria un'interpretazione del dato normativo che risulti tale da comprendere la perizia e la consulenza tecnica nel novero dei mezzi di prova per cui è obbligatoria la riassunzione in appello in caso di modifica *in peius* della sentenza di primo grado.

Vale a dire.

La giurisprudenza di legittimità, di recente, ha ritenuto di rispondere in maniera affermativa al succitato quesito, sostenendo, in particolare, che la mancata «rinnovazione dell'istruttoria con la nuova escussione dei consulenti o l'effettuazione di una perizia medico legale, non viola l'art. 6 CEDU»⁵⁸.

⁵⁶ Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta, cit., 3212. Sul tema del rapporto tra rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale e prova decisiva si v., seppur in una prospettiva *ante* riforma, Cass., sez. VI, 4 luglio 2017, Favara, in www.archiviopenale.it, nonché STATUTI, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale come ago della bilancia nella definizione della natura dell'appello*, in *Archivio penale Web*, 2018, 2.

⁵⁷ Cfr. BELLUTA, LUPARIA, *La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. Cont. Riv. Trim.*, 2017, 3, 160.

⁵⁸ Cass., sez. V, 14 settembre 2016, n. 1691, A.A., O.S.L., C.A.M., F.M., in *Cass. Pen.* 2017, 7-08, 2859, la quale, nello specifico, ha affermato 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. Pur se il perito ed i consulenti tecnici sentiti in dibattimento hanno la veste di testimoni, la loro relazione forma parte integrante della deposizione ed inoltre essi sono chiamati a formulare un parere tecnico rispetto al quale il giudice può discostarsi purché argomenti congruamente la propria diversa opinione, cosicché la loro posizione non è totalmente assimilabile al concetto di "prova dichiarativa" espresso nella sentenza 'Dasgupta', tanto è vero che nella motivazione delle Sezioni unite, laddove si elencano i casi in cui è necessaria la rinnovazione della prova dichiarativa, non si menzionano periti e consulenti».

Segnatamente, la Suprema corte ha motivato il proprio convincimento prendendo le mosse, non solo dall'analisi della giurisprudenza della Corte EDU, ma anche, e soprattutto, da quanto statuito dalla succitata "sentenza Dasgupta", che sarebbe chiara e netta nell'escludere l'obbligo di rinnovazione di mezzi di prova diversi dai testimoni in senso stretto.

Infatti, secondo i giudici di legittimità, dall'orientamento, tanto della giurisprudenza convenzionale, quanto del Supremo Collegio, deriverebbe, esclusivamente, la necessità di riassumere i mezzi di prova dichiarativi, in modo tale da riconoscere al giudice d'appello la possibilità di saggiare, mediante un contatto diretto con la fonte di prova, la loro attendibilità nella prospettiva di una *reformatio in peius* della sentenza assolutoria di primo grado⁵⁹. Tale circostanza sarebbe, seppur implicitamente, confermata dalla "Sentenza Dasgupta", la quale nell'esprimere il concetto di "prova dichiarativa" non menziona periti e consulenti tecnici -per i quali, di regola, non sussisterebbe un problema di attendibilità- ma esclusivamente i testimoni, nelle loro diverse accezioni⁶⁰.

In altri termini, la perizia è un mezzo di prova sostanzialmente diverso dalla testimonianza, tanto per funzione all'interno del processo, quanto per la valutazione che compie su di essa il giudice, alla stregua dei principi espressi in materia dalla giurisprudenza.

Infatti, «se è pur vero che i periti e i consulenti tecnici sentiti in dibattimento assumono le vesti di testimone [...] e la loro relazione forma parte integrante della deposizione, nondimeno è altrettanto vero che costoro sono chiamati a formulare un parere tecnico ed a esprimere valutazioni alla luce dei principi scientifici e per questo non possono essere assimilati alla prova dichiarativa tout court [...]».

Ne consegue che, in caso di esame di un "testimone tecnico", «non si tratta di stabilire l'attendibilità del dichiarante e la credibilità del racconto sotto il profilo della congruenza, linearità e assenza di elementi perturbatori dell'attendibilità, ma di valutare la deposizione del perito alla luce dell'indirizzo ermeneuti-

⁵⁹ Sul punto, si v., altresì, Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, 28 febbraio 2017, Manoli c. Moldavia, in www.echr.coe.int. Per un commento approfondito, si v. BELLUTA, *Overtuning the acquittal in appeal e giusto processo: la Corte europea esige la rinnovazione della prova*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 886 ss..

⁶⁰ Cfr. Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta, cit., 3210, la quale, sul punto, elenca i casi in cui è necessaria la rinnovazione della prova dichiarativa ed afferma che «l'esigenza di rinnovazione della prova dichiarativa non consente distinzioni a seconda della qualità soggettiva del dichiarante, sia esso testimone "puro" (art. 197 c.p.p.) o testimone "assistito" (art. 197-bis c.p.p.). Ma a simile conclusione deve pervenirsi anche in caso di dichiarazioni di coimputato in procedimento connesso (art. 210 c.p.p.) o di coimputato nello stesso procedimento (art. 503 c.p.p.) [...]».

co 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 e confuti in modo specifico le deduzioni contrarie delle parti, sicché, ove una simile valutazione sia stata effettuata in maniera congrua in sede di merito, non è sindacabile dal giudice di legittimità.»⁶¹.

Dunque, alla luce delle richiamate argomentazioni, la giurisprudenza più recente esclude la sussistenza dell'obbligo di riassunzione delle dichiarazioni dei consulenti tecnici e dei periti, in caso di riforma in senso peggiorativo della sentenza di assoluzione di primo grado, esaltando ciò che rende la prova tecnico-scientifica altra rispetto a quella testimoniale con particolare riferimento, come detto, alla valutazione dell'apporto scientifico dato al processo dall'*expert witness* ed al principio del libero convincimento del giudice, nella propria qualità di *peritus peritorum*⁶².

⁶¹ Cass., sez. III, 18 ottobre 2017, n. 57863, Colleoni, in www.italggiure.giustizia.it, la quale, richiamando, quando già espresso dalla "Sentenza Dasgupta", ha affermato, altresì, che «la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale [è] indispensabile soltanto nel caso di valutazione "differente", e non di mero "travisamento", della prova dichiarativa, situazione nella quale il giudice di appello può pervenire ad un giudizio di colpevolezza senza necessità di rinnovare le prove dichiarative. Accanto al necessario requisito della decisività della prova dichiarativa nei termini precisati nella sentenza Dasgupta, si è affermato che la Corte d'appello potrà così prescindere dall'interlocuzione diretta con la fonte di prova in tutti i casi in cui riscontri che il primo giudice di merito sia pervenuto all'assoluzione incorrendo in errore nell'estrazione dell'informazione dal contributo narrativo - traendovi un fatto inesistente o palesemente diverso da quello riferito dal dichiarante. Da qui discende, quale logico corollario, che deve ritenersi che non sussista l'obbligo di procedere alla rinnovazione della prova dichiarativa quando l'attendibilità della deposizione è valutata in maniera del tutto identica dal giudice di appello, il quale si limita a procedere ad un diverso apprezzamento del complessivo compendio probatorio ovvero, ancor più, qualora il ribaltamento consegua ad una diversa interpretazione della fattispecie incriminatrice».

⁶² Sul punto, si v., altresì, RECCHIONE, *Diritto al controllo e canoni per la riforma della sentenza di assoluzione*, in GAITO, *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016, 568-569, secondo cui «si è correttamente esclusa la necessità della rinnovazione quando il giudice di appello disattenda le conclusioni di una perizia valorizzata positivamente dal primo giudice. In tal caso il giudice dell'impugnazione ha l'obbligo di rinnovare la prova, che può essere rivalutata facendo ricorso ad un penetrante riesame logico degli elementi tecnici acquisiti. La riedizione della prova scientifica non appare necessaria, in quanto il compendio probatorio da rivalutare non si presenta in alcun modo "deprivato", neanche nella parte relativa alla testimonianza del perito: in questo caso infatti non è in discussione l'attendibilità di un testimone, ma la tenuta logica delle valutazioni scientifiche proposte. La lettura critica di tali tesi 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, poiché le sue valutazioni sono invece sottoposte al vaglio critico tipico della prova scientifica. [...] Del resto il testimone-tecnico è sottoposto all'obbligo di

Sennonché, la soluzione offerta dalla succitata giurisprudenza -e poi, di fatto, recepita dal legislatore- non convince.

In particolare, le ragioni indicate per giustificare l'assenza dell'obbligo di rinnovare nel giudizio d'appello anche le dichiarazioni di periti e di consulenti tecnici non persuadono, non tanto per gli elementi che differenziano la prova tecnica dalla prova testimoniale, ma, piuttosto per un altro duplice ordine di ragioni.

Anzitutto, ove la rinnovazione istruttoria in appello debba ritenersi limitata ai soli testimoni, ciò determinerebbe, per coì dire, la sostanziale "equiparazione di trattamento" dei periti e dei consulenti tecnici alle prove documentali (*id est*, la pretesa oggettività ed imparzialità delle verifiche e delle valutazioni peritali renderebbe non rilevante, rispetto al libero convincimento del giudice di appello, il contraddittorio per la prova tecnica, al pari di ciò che accade per i documenti).

Sennonché, la presunzione assoluta di neutralità ed oggettività della prova scientifica non soddisfa, sotto il profilo assiologico, «poiché qualsiasi attività tecnico-scientifica comporta sempre una lettura interpretativa dei dati e, necessariamente, una valutazione soggettiva degli stessi»⁶³.

A ciò s'aggiunga che la perizia, nell'assetto probatorio vigente, è stata concepita in chiave dialettica: infatti, la «possibilità anche per il pubblico ministero di nominare un consulente tecnico [...] rompe il risalente asse privilegiato fra giudice e accusatore e introduce nell'andamento della prova scientifica il metodo del contraddittorio in cui il perito [...] è esso stesso fonte probatoria che si deve confrontare sul terreno dialettico»; ne consegue, pertanto, che «il giudice del processo di parti confida e diffida, nel rapporto con il perito, alla stessa stregua che nel rapporto con il consulente tecnico. Infatti, non semplicemente esposto al manifestarsi di differenti assunti di parte, ma partecipe della dialettica metodologica, è nell'elaborazione in contraddittorio dell'oggetto di prova che il perito guadagna o sconta un proprio credito».

Pertanto, la struttura del processo di parti, che priva il giudice della funzione egemone sulla formazione della probatoria, tanto da collocarlo in una posizione di neutralità (*id est*, di impregiudicata indifferenza gnoseologica 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 ma-

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.».

⁶³ MONTAGNA, *La perizia come prova neutra*, cit., 95 ss..

teriale del mezzo di prova scientifico-tecnico, è adibito all'attività di assunzione probatoria secondo il metodo dialettico»⁶⁴.

Stando così le cose, è chiaro che il contatto diretto con gli "esperti del sapere scientifico", alla stregua di quanto accade per l'esame dei testimoni ai sensi dell'art. 501 c.p.p., diventa imprescindibile per il giudice -chiamato a formare il proprio convincimento, nella sua qualità di *peritus peritorum*- al fine di acquisire al processo il contributo tecnico del perito e del consulente tecnico, che devono confrontarsi nel sostegno di una determinata tesi scientifica⁶⁵.

D'altronde, la mera lettura cartolare delle risultanze dell'attività tecnico scientifica priverebbe il giudice della possibilità di svolgere al meglio il proprio ruolo di "custode del metodo scientifico", nella misura in cui egli «è chiamato a valutare, ancor prima che il risultato della perizia, il metodo con il quale l'esperto vi è pervenuto. Il compito del giudice non è tanto analizzare nel merito ciò che l'esperto asserisce, quanto capire su quale base egli perviene a tale asserto»⁶⁶: il che significa che al giudice spetta «sulla base di quanto emerso dal

⁶⁴ DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi di elevata specializzazione*, cit., pp. 340-342, il quale afferma, altresì, 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 riceversi, per tale sua origine, come fonte imparziale (e perciò pretenziosamente neutra) delle conoscenze ricostruttive del fatto.».

⁶⁵ Sul punto si v. *supra* al par. 2. Inoltre, si v. BRUSCO, *La valutazione della prova scientifica*, in TONINI (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, cit., 28, il quale afferma che se il giudice -pur non essendo un esperto- deve essere in grado di valutare la validità dei metodi scientifici utilizzati e, quindi, a quali condizioni un'informazione può essere ritenuta dotata di validità scientifica, allora il metodo critico esercitato nel contraddittorio delle parti è quello più idoneo a risolvere i problemi di ammissione, assunzione e valutazione della prova scientifica. Ne deriva che «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". In conclusione: lasciamo perdere l'illusione del giudice "peritus peritorum". Parliamo invece di un giudice informato sui presupposti di validità del metodo o prova scientifici utilizzati nel processo, di un giudice pronto a esaminare visioni scientifiche diverse o anche contrapposte e a scegliere - dando logicamente conto della scelta - quella più convincente non in base ad un'opzione pregiudiziale e immotivata ma, dopo aver dato il più ampio spazio al contraddittorio, quella fondata su una dimostrata attendibilità scientifica e su argomentazioni che non abbiano trovato obiezioni insuperabili».

⁶⁶ TONINI, *La prova scientifica*, in SCALFATI (a cura di), *Trattato di procedura penale*, Vol. II, T. I, Milanofiori, 2009, 104, il quale afferma, altresì, che i rischi connessi alla valutazione della prova scientifica -ossia «da un lato il pericolo che il giudice si rimetta in toto al parere dello scienziato, abdicando, sotto

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»⁶⁷.

Ne deriva, allora, che, per quanto interessa nello specifico, sono irrilevanti le succitate differenze (pretesamente) ontologiche tra prova tecnica e dichiarativa/testimoniale *tout court*: infatti, in prospettiva, per così dire, europea, la prova dichiarativa non può essere intesa, in esclusiva, quale testimonianza, ma va concepita, in genere, come "fonte di conoscenza" da cui promanano elementi di prova dichiarativa concernenti fatti rilevanti per la decisione sull'imputazione. Il che si verifica nel caso di esame in contraddittorio del perito e del consulente tecnico di parte.

Stando così le cose, allora, anche al giudice di appello deve essere riconosciu-

questo profilo alla propria funzione giurisdizionale. Da un altro lato, il rischio contrapposto è quello che il giudice si arroghi il diritto all'ultima parola, svolgendo il ruolo di *peritus peritorum* sia pure senza avere le idonee conoscenze della materia da valutare e, dunque, in ultima analisi facendo ricorso alle proprie "intuizioni"- «si neutralizzano calando la prova scientifica all'interno degli ordinari meccanismi conoscitivi del processo. Ciò significa che la prova scientifica deve essere valutata alla stessa stregua delle altre prove.». Sul punto, la giurisprudenza italiana, come già accennato in precedenza, ha chiarito che «il giudice non può certamente assumere un ruolo passivo di fronte allo scenario del sapere scientifico, ma deve svolgere un penetrante un ruolo critico, divenendo (come è stato suggestivamente affermato) custode del metodo scientifico». Ne consegue che «per valutare l'attendibilità di una teoria occorre esaminare 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. [...] Il problema è, allora, che dopo aver valutato l'affidabilità metodologica e l'integrità delle intenzioni, occorre infine tirare le fila e valutare se esista una teoria sufficientemente affidabile ed in grado di fornire concrete, significative ed attendibili informazioni idonee a sorreggere l'argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato. In breve, una teoria sulla quale si registra un preponderante, condiviso consenso. Naturalmente, il giudice di merito non dispone delle conoscenze e delle competenze per esperire un'indagine siffatta: le informazioni di cui si parla relative alle differenti teorie, alle diverse scuole di pensiero, dovranno essere veicolate nel processo dagli esperti. Costoro, per le ragioni che si sono ormai ripetutamente dette, non dovranno essere chiamati ad esprimere (solo) il loro personale seppur qualificato giudizio, quanto piuttosto a delineare lo scenario degli studi ed a fornire gli elementi di giudizio che consentano al giudice di comprendere se, ponderate le diverse rappresentazioni scientifiche del problema, possa pervenirsi ad una "metateoria" in grado di guidare affidabilmente l'indagine. Di tale complessa indagine il giudice è infine chiamato a dar conto in motivazione, esplicitando le informazioni scientifiche disponibili e fornendo razionale spiegazione, in modo completo e comprensibile a tutti, dell'apprezzamento compiuto.» (Cass., sez. IV, 17 settembre 2010, Cozzini, cit.).

⁶⁷ VARRASO, *La prova tecnica*, in SCALFATI (a cura di), *Trattato di procedura penale*, Vol. II, T. I, cit., 284.

ta la possibilità di valutare le dichiarazioni del perito e del consulente tecnico attraverso il filtro del contraddittorio, alla stessa stregua di quanto garantito durante il giudizio di primo grado.

In altri termini, se la presunzione di non colpevolezza vale, oltre che quale regola di giudizio e di trattamento della persona nei cui confronti si procede, anche e soprattutto quale metodo di probatorio di ricostruzione del fatto-reato contestato, allora non è a discutersi che il superamento della relativa presunzione, per così dire, “rinforzato” dalla pronuncia della sentenza di assoluzione in primo grado, debba comunque avvenire nel pieno rispetto dei principi di oralità e del contraddittorio: infatti, nel caso della perizia e della consulenza tecnica, la Corte di appello è chiamata a “scegliere” la tesi scientifica ritenuta, secondo il proprio convincimento, “idonea” alla risoluzione del caso concreto e non può compiere tale valutazione, prescindendo da un contatto diretto con la specifica fonte di prova tecnica, proprio per garantire effettività ai principi del giusto processo e della presunzione di non colpevolezza⁶⁸. Quando detto fa da *pendant* con la constatazione che la mancata rinnovazione -nel giudizio di secondo grado- anche della perizia mal si concilierebbe con la rinnovata fisionomia dell’appello in materia penale.

Infatti, «l'avvenuta "costituzionalizzazione del giusto processo" induce [...] a configurare il giudizio di appello che abbia ribaltato una sentenza assolutoria, pur se a seguito del rito abbreviato, un "nuovo" giudizio, in cui il dubbio sull'innocenza dell'imputato può essere superato, come già osservato, solo impiegando il metodo migliore per la formazione della prova. L'appello in tal

⁶⁸ A sostegno della descritta opinione, si segnala una pronuncia discordante rispetto al citato orientamento maggioritario in ordine alla necessità di rinnovare in appello anche l'esame dei periti: in particolare, Cass., sez. II, 1° luglio 2015, n. 34843, S.A., in www.italgiure.giustizia.it, ha ritenuto che «il giudice di appello, per riformare "in peius" una sentenza assolutoria, non può basarsi sulla mera rivalutazione delle perizie e delle consulenze in atti, ma deve procedere al riascolto degli autori dei predetti elaborati già sentiti nel dibattimento di primo grado, altrimenti determinandosi una violazione del principio del giusto processo ai sensi dell'art. 6 CEDU, così come interpretato dalla sentenza Dan c. Moldavia del 5 luglio 2011 della Corte europea dei diritti dell'uomo.». Infatti, «è inevitabile osservare che la funzione svolta dal perito nel processo, e l'acquisizione dei risultati a cui l'esperto è giunto nello svolgimento dell'incarico peritale - ossia l'esame in dibattimento secondo le disposizioni sull'esame dei testimoni (cfr. art. 501 cod. proc. pen.) - impone che la rivalutazione della prova sia preceduta dal riascolto dello stesso. Ma anche gli altri medici autori di valutazioni rese in documenti, in quanto ascoltati in dibattimento nella qualità di testimoni, assumono tale stato: cosicché la rivalutazione delle dichiarazioni rese impone il riascolto dei testi. Ritenere - come ha fatto la corte territoriale - di poter rivalutare le prove integrate da consulenze e perizie prescindendo dal riascolto degli autori delle stesse integra un chiaro errore sulla natura stessa della prova esaminata. L'errore sulla natura della prova determina un errore metodologico: sulla valutazione della stessa in assenza della rinnovazione istruttoria.». In senso analogo, Cass., Sez. IV, 6 dicembre 2016, Maggi, in *Mass. Uff.* 26903501, ovvero Cass., sez. IV, 21 febbraio 2018, Lumaca, in www.italgiure.giustizia.it, nonché Cass., sez. IV, 28 febbraio 2018, D'Angelo, in www.italgiure.giustizia.it.

caso non si risolve, infatti, in una mera sede di valutazione critica, in fatto e in diritto, dei percorsi motivazionali del giudice di primo grado, ma in un giudizio "asimmetrico" rispetto a quello di primo grado nel quale è comunque necessaria un'integrazione probatoria, non più da considerare in termini di eccezionalità rispetto ad un primo grado di giudizio connotato dalla presunzione di regolare esaustività dell'accertamento»⁶⁹.

Stando così le cose, se i casi di rinnovazione non devono essere considerati come uno strumento processuale eccezionale e residuale, e se, per diretta conseguenza, il giudizio d'appello deve essere concepito come un "nuovo giudizio", allora limitare la riassunzione in appello solo alla testimonianza non sembra rispondere alla rinnovata fisionomia del giudizio di secondo grado: il processo d'appello deve in ogni caso garantire il rispetto dei principi del "*due process of law*", anche se ciò implica la rinnovazione delle dichiarazioni dei consulenti tecnici e dei periti considerate non condivisibili dal giudice di secondo grado.

Sul punto, inoltre, possono distinguersi due ipotesi: in astratto, rinnovare in appello le attività peritali potrebbe comportare tanto la mera riassunzione delle dichiarazioni dei periti e/o dei consulenti tecnici, quanto il conferimento di un nuovo incarico peritale ad un diverso *expert witness*.

Breve.

L'ipotesi di rinnovazione obbligatoria ex art. 603, comma 3-*bis* c.p.p. della prova tecnica sarebbe conforme al dettato europeo anche nella sua interpretazione minima, ossia disponendo il solo riascolto dei periti e dei consulenti tecnici. Di contro, il conferimento di un incarico peritale *ex novo* potrebbe

⁶⁹ Cass., sez. un. 19 gennaio 2017, n. 18620, Patalano, cit., 2671. Sul punto si v., altresì, SCACCIANOCE, *La Riforma "Orlando" e la semplificazione del sistema delle impugnazioni. Dalla "specificità" dei motivi alla struttura 'mutevole' dell'appello*, cit., 901, secondo cui «l'appello si presenta con un duplice volto, che dà luogo a due itinerari dibattimentali diversi, con o senza istruzione. [...] D'altronde, non sembra irragionevole ritenere come il connotato dell'appello quale mezzo "a critica libera", che permette al decidente di riformare la sentenza impugnata per motivi diversi da quelli dedotti nell'atto di impugnazione, sia espressione del fatto che il giudizio di secondo grado non è sempre un giudizio di solo controllo, una mera revisio prioris instantiae, potendosi sviluppare in un nuovo giudizio con istruzione in presenza di molteplici variabili. Quando si rinnova la prova in appello, infatti, indipendentemente dal caso e dalle ragioni in esso sottese (tutela di un diritto soggettivo dell'imputato, utilizzo del metodo di accertamento accreditato nell'art. 111 Cost., rispetto della regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio), non può ignorarsi che il giudizio di seconda istanza si configuri, non come attività di controllo, ma come nuovo accertamento, quindi novum iudicium. [...] Pertanto, quando in appello la funzione di ius dicere richiede un nuovo accertamento destinato a sostituire quello sottoposto al controllo, non v'è dubbio che la seconda decisione, da un lato, sia il frutto di una nuova cognizione e una nuova valutazione, diverse da quelle del primo giudice, dall'altro, debba essere suggellata dal rispetto delle stesse regole probatorie e garanzie difensive del dibattimento di primo grado, connaturali a quella tensione dialettica tra le parti che informa di 'giustizia' il metodo di formazione delle prove.».

rimanere ancorato alle tradizionali ipotesi di rinnovazione, con particolare riferimento all'art. 603, comma 3, c.p.p..

D'altronde, in chiave europea l'elemento imprescindibile è garantire al giudice la possibilità di confrontarsi con tutti gli elementi di prova presenti nel processo: tale risultato sarebbe in ogni caso assicurato dal nuovo esame dei periti e consulenti tecnici già ascoltati dal giudice di primo grado.

Al tirare delle somme: se il *target* auspicabile è giungere, al termine del giudizio di secondo grado, alla pronuncia di una sentenza che sia giusta per essere conforme alle indicazioni del diritto obiettivo, allora sarebbe *contra tenorem rationis* circoscrivere l'assunzione in appello in esclusiva delle prove dichiarative non tecniche solo ove si consideri che, sotto il profilo assiologico costituzionale e convenzionale, la formazione della prova deve avvenire in contraddittorio anche in appello, quantomeno nel caso in cui sussistano le condizioni per riformare una sentenza di assoluzione in una di condanna⁷⁰.

Del resto, che lo specifico versante interpretativo sia effettivamente controverso ha trovato chiara eco nella circostanza che, su di esso, interverranno le Sezioni Unite a cui è stata rimessa, da ultimo, la "questione" «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»⁷¹.

⁷⁰ A tal proposito, si v. CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, cit., 249 ss.; PAZIENZA, *Prova scientifica e sistema delle impugnazioni*, in CANZIO, LUPARIA (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, cit., 529 ss., secondo il quale «sembra comunque difficile escludere le deposizioni di periti e consulenti dal novero delle prove rilevanti ai sensi del nuovo comma 3-bis dell'art. 603, qualora si ponga mente non tanto alla disciplina del loro esame, tendenzialmente assimilata a quella dei testimoni (art. 501 c.p.p.), quanto soprattutto alla centrale rilevanza conferita – sin dalla sentenza Franzese – al pieno esplicarsi del contraddittorio per la prova e sulla prova, al fine di verificare l'effettiva "tenuta" dell'ipotesi di accusa rispetto ai tentativi di falsificazione prospettati dalla controparte, o dallo stesso perito nominato dal giudice».

⁷¹ Cass., sez. II, ord. 23 maggio 2018, Pavan, in www.archiviopenale.it.